

**JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 22 novembre 2011

---

Présidence de M. PELLET, juge délégué  
Greffière : Mme Tchamkerten

\*\*\*\*\*

**Art. 241 al. 2, 298 al. 1; 308 al. 1 let. b, 328 al. 1 let. c CPC; 12 CDE; 23 et ss CO**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **H.**\_\_\_\_\_, à Prilly, contre le prononcé rendu le 1<sup>er</sup> septembre 2011 par la Présidente du Tribunal civil d'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **Q.**\_\_\_\_\_, à Prilly, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

**En fait :**

**A.** Par prononcé rendu le 1<sup>er</sup> septembre 2011, la Présidente du Tribunal civil d'arrondissement de Lausanne a ratifié séance tenante la convention conclue entre H. \_\_\_\_\_ et Q. \_\_\_\_\_ lors de son audience du même jour, et dont la teneur est la suivante:

"I. Les parties s'autorisent à vivre séparées pour une durée d'une année à compter de ce jour;

II. La garde des enfants P. \_\_\_\_\_ et W. \_\_\_\_\_ est confiée à leur père;

III. H. \_\_\_\_\_ jouira d'un libre et large droit de visite, à exercer d'entente avec ses enfants. A défaut d'entente, elle pourra avoir ses enfants un week-end sur deux, du vendredi soir à 18h00 au dimanche soir à 20h00 ainsi que durant la moitié des vacances scolaires;

IV. La jouissance du domicile conjugal sis Avenue de [...] à Prilly est attribuée à Q. \_\_\_\_\_, à charge pour lui d'en payer le loyer et les charges;

V. H. \_\_\_\_\_ quittera le domicile conjugal d'ici au vendredi 2 septembre 2011, à 18h00 au plus tard, en emportant ses effets personnels et son armoire;

VI. L'usage du véhicule Seat Leon est laissé à Q. \_\_\_\_\_, à charge pour lui d'en assumer les frais y relatifs. H. \_\_\_\_\_ sera autorisée à utiliser le véhicule durant l'exercice du droit de visite. A cet effet, le véhicule sera pris et restitué sur sa place de parc habituelle, à Prilly, P. \_\_\_\_\_ se chargeant de donner et reprendre la clé à sa mère;

VII. En l'état et au vu de la situation financière actuelle des parties, aucune contribution d'entretien n'est due, ni aux enfants par H. \_\_\_\_\_ ni à celle-ci par Q. \_\_\_\_\_. Q. \_\_\_\_\_ remettra à son épouse, d'ici au 6 janvier 2012, les fiches de salaire pour les mois de septembre à décembre 2011. H. \_\_\_\_\_ informera dans le même délai son mari de ses revenus ou rentes pour la période précitée;

VIII. Les acomptes d'impôt payés en 2011 sont intégralement attribués à Q. \_\_\_\_\_. Celui-ci paiera les impôts de H. \_\_\_\_\_ pour l'année 2011;

IX. Le compte BCV n° [...] est attribué à Q. \_\_\_\_\_, ce dernier étant dès lors autorisé à demander à l'établissement bancaire que son épouse ne soit plus cotitulaire du compte;

X. Chaque partie garde ses frais et renonce à l'allocation de dépens. "

En droit, la première juge a implicitement considéré que la convention correspondait à la volonté réelle des parties et répondait à l'intérêt des enfants.

**B.** Par acte du 12 septembre 2011, H.\_\_\_\_\_ a fait appel de ce prononcé, concluant, avec suite de frais et dépens, principalement à sa réforme en ce sens que: elle est autorisée à vivre séparée de son mari, Q.\_\_\_\_\_, pour une durée indéterminée (ch. I); l'appartement conjugal lui est attribué, à charge pour elle d'en payer le loyer (ch. II); la garde sur les enfants P.\_\_\_\_\_ et W.\_\_\_\_\_ lui est confiée (ch. III); un droit de visite sur les enfants est attribué au père, selon des modalités fixées à dire de justice (ch. IV); interdiction est faite à l'intimé Q.\_\_\_\_\_ de les approcher, elle et les enfants, à moins de cinq cents mètres, à quelque titre et sous quelque prétexte que ce soit, et de prendre contact avec eux de quelque manière que ce soit, notamment par téléphone et / ou sms, sous la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 CP (ch. V et VI); Q.\_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement, par mois et d'avance en mains de l'appelante, d'un montant de 4'000 fr. pour la première fois le 15 août 2011 (ch. VII).

Subsidiairement, l'appelante a conclu à l'annulation dudit prononcé, la cause étant renvoyée en première instance pour instruction et nouvelle décision. A titre de mesures d'instruction, l'appelante a requis la réaudition des enfants du couple, l'audition et l'assignation de sa psychologue, B.\_\_\_\_\_, ainsi que la production, en mains du Procureur de l'arrondissement de Lausanne, du dossier de l'enquête pénale instruite à la suite de la plainte qu'elle avait déposée contre son époux. Enfin, elle a demandé à être mise au bénéfice de l'assistance judiciaire.

En date du 30 septembre 2011, le juge délégué de la cour de céans a communiqué aux parties le procès-verbal de l'audition des enfants W.\_\_\_\_\_ et P.\_\_\_\_\_, en les invitant à déposer leurs déterminations dans un délai au 10 octobre suivant.

Par prononcé du même jour, le juge de céans a accordé à H.\_\_\_\_\_ le bénéfice de l'assistance judiciaire dans la procédure d'appel l'opposant à Q.\_\_\_\_\_, avec effet au 6 septembre 2011, dans la mesure suivante: exonération d'avances, exonération des frais judiciaires et

assistance d'un avocat en la personne de l'avocat Bernard Geller. Il l'a astreinte à verser une franchise de 50 fr. dès et y compris le 1<sup>er</sup> novembre 2011, auprès du Service juridique et législatif.

Le 6 octobre 2011, l'appelante s'est déterminée sur le procès-verbal de l'audition des enfants, relevant que, si celui-ci était conforme au résumé qu'en avait fait la première juge, il comportait bon nombre de contrevérités.

Par lettre du 10 octobre 2011, l'intimé a indiqué que ce procès-verbal correspondait au résumé communiqué par la Présidente. Les propos tenus par les enfants étaient mesurés et ne paraissaient nullement avoir été influencés ou exprimés sous la contrainte.

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

**C.** Le juge délégué retient les faits suivants, sur la base du prononcé complété par les pièces du dossier :

H.\_\_\_\_\_, née le [...] 1971, et Q.\_\_\_\_\_, né le [...] 1973, tous deux de nationalité portugaise, se sont mariés le [...] 1994 à Rougement. Deux enfants sont issus de cette union: P.\_\_\_\_\_, né le [...] 1994, et P.\_\_\_\_\_, née le [...] 1999.

Le 12 août 2011, Q.\_\_\_\_\_ a saisi le Président du Tribunal civil d'arrondissement de Lausanne d'une requête de mesures protectrices de l'union conjugale et de mesures d'extrême urgence, en prenant, avec suite de frais et dépens, des conclusions libellées comme il suit:

"I. Les parties sont autorisées à vivre séparées pour une durée indéterminée.

II. L'appartement conjugal sis av. [...] à 1008 Prilly, est attribué à Q.\_\_\_\_\_, à charge pour lui d'en payer les frais y afférents.

III. Ordre est donné à H.\_\_\_\_\_, sous la menace de la peine d'amende prévue à l'article 292 CP, de quitter le domicile conjugal sis av. [...] à 1008 Prilly dans les

dix jours après réception de l'Ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale et de remettre dans ce même délai l'intégralité de ses clés à son mari.

IV. Interdiction est faite à H.\_\_\_\_\_, sous la menace de la peine d'amende prévue à l'article 292 CP, d'emporter, céder ou détruire les biens mobiliers garnissant le domicile conjugal à l'exception de ses effets personnels qu'elle est autorisée à emporter lors de son départ.

V. La garde sur les enfants P.\_\_\_\_\_ né le [...] 1994 et W.\_\_\_\_\_ née le [...] 1999 est confiée à leur père, Q.\_\_\_\_\_.

VI. H.\_\_\_\_\_ jouira d'un droit de visite sur ses enfants P.\_\_\_\_\_ et W.\_\_\_\_\_, fixé à dires de justice.

VII. H.\_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien de ses enfants P.\_\_\_\_\_ et W.\_\_\_\_\_ par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable le 1<sup>er</sup> de chaque mois en mains de Q.\_\_\_\_\_, fixée à dires de justice.

VIII. Le véhicule Seat Leon est attribué à Q.\_\_\_\_\_, à charge pour lui d'en payer les frais y afférents. "

Le 15 août 2011, H.\_\_\_\_\_ a également déposé une requête de mesures protectrices de l'union conjugale et de mesures d'extrême urgence devant le Président du Tribunal civil d'arrondissement de Lausanne, en prenant, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes:

"I. La requérante, H.\_\_\_\_\_ est autorisée à vivre séparée de son mari, Q.\_\_\_\_\_, pour une durée indéterminée.

II. L'appartement conjugal sis à l'Av. [...], à 1008 Prilly, est attribué à la requérante, à charge pour elle d'en payer le loyer.

III. La garde sur les enfants P.\_\_\_\_\_, né le [...] 1994, et W.\_\_\_\_\_, née le [...] 1999, est attribuée à leur mère, H.\_\_\_\_\_.

IV. Un droit de visite sur les enfants P.\_\_\_\_\_, né le [...] 1994, et W.\_\_\_\_\_, née le [...] 1999, est attribué à Q.\_\_\_\_\_, selon des modalités fixées à dire de justice.

V. Il est fait interdiction à l'intimé Q.\_\_\_\_\_ d'approcher de la requérante à quelque titre et sous quelque prétexte que ce soit à moins de cinq cents mètres et de prendre contact avec elle de quelque manière que ce soit, notamment par téléphone et / ou sms, sous la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 du Code pénal suisse.

VI. Il est fait interdiction à l'intimé Q.\_\_\_\_\_ d'approcher les enfants P.\_\_\_\_\_, né le [...] 1994, et W.\_\_\_\_\_, née le [...] 1999, à quelque titre et sous quelque prétexte que ce soit, à moins de cinq cents mètres et de prendre contact avec elle [recte: eux] de quelque manière que ce soit, notamment par téléphone et/ou sms, sous la menace de la peine d'amende prévue à l'art. 292 du Code pénal suisse.

VII. Q. \_\_\_\_\_ contribuera à l'entretien des siens par le régulier versement, par mois et d'avance en mains de la requérante, d'un montant de Fr 4'000.- (quatre mille francs) dès le dépôt de la présente requête."

La Présidente a rejeté les requêtes d'extrême urgence par décision du 16 août 2011.

L'audience de mesures protectrices de l'union conjugale a eu lieu le 1<sup>er</sup> septembre 2011. Elle a été suspendue pour permettre à la première juge de procéder à l'audition des enfants P. \_\_\_\_\_ et W. \_\_\_\_\_.

En résumé, W. \_\_\_\_\_ a indiqué que ses parents se disputaient régulièrement depuis longtemps, principalement pour des questions financières. Son frère et elle avaient l'habitude de s'interposer pour les faire cesser. Depuis quelques mois, la situation avait empiré. Durant l'été 2011, ses parents s'étaient battus - sa mère ayant donné un coup de pied à son père qui l'avait mordue - alors que sa mère tentait de cacher à sa famille ses contacts sur le réseau social facebook. W. \_\_\_\_\_ pensait que sa mère trompait son père et qu'elle mentait en affirmant le contraire. Elle a émis le souhait de vivre, avec son frère, auprès de son père, lequel lui prêterait davantage d'attention, l'aiderait à faire ses devoirs et lui préparerait les repas. Quant à P. \_\_\_\_\_, il a déclaré que ses parents se disputaient depuis toujours pour des questions financières, son père reprochant à sa mère d'être trop dépensière, et que leurs disputes finissaient régulièrement par des insultes réciproques. Depuis l'été, la situation avait péjoré, sa mère passant beaucoup de temps sur les réseaux sociaux. P. \_\_\_\_\_ a exprimé sa colère envers sa mère, à laquelle il reprochait de mentir en cachant sa nouvelle relation amoureuse, qu'il avait apprise de la bouche de sa tante maternelle. Il a dit vouloir vivre chez son père, avec sa sœur.

A la reprise de l'audience, la première juge a résumé les déclarations des enfants aux parties, lesquelles ont ensuite passé une convention réglant les modalités de leur séparation.

## **En droit :**

**1. a)** L'appel étant dirigé contre un prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale ratifiant une convention judiciaire passée entre les parties, il convient d'examiner en premier lieu si la voie de l'appel est ouverte.

Selon l'art. 241 al. 2 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272), une transaction (judiciaire) a les effets d'une décision entrée en force. Une fois celle-ci consignée au procès-verbal, le tribunal raye la cause du rôle (art. 241 al. 3 CPC). L'admissibilité dans un tel cadre d'un appel ou d'un recours est controversée, au motif que la convention ne constitue pas une décision (cf. Tappy, CPC commenté, n. 37 ad art. 241 CPC et les références citées). Seule la voie de la révision au sens de l'art. 328 al. 1 let. c CPC serait ainsi ouverte contre une telle transaction.

Toutefois, par application analogique de l'art. 279 CPC une convention de mesures protectrices de l'union conjugale peut être ratifiée par le juge (Tappy, op. cit., n. 49 ad art. 273 CPC), qui rend ainsi une décision. Tappy rejette l'idée qu'une convention ratifiée ne serait pas susceptible d'appel ou de recours, mais seulement de révision, à l'instar d'une transaction judiciaire ordinaire. Il estime que si une partie apprend une cause d'invalidité d'une convention, par exemple un vice de la volonté, après la décision de première instance, mais alors que celle-ci n'est pas encore exécutoire, elle doit faire valoir ce moyen dans le cadre d'un appel. Une révision selon l'art. 328 al. 1 let. c CPC n'entrerait ainsi en considération que si la cause d'invalidité de la convention se révèle seulement après l'entrée en force de la décision de première instance ratifiant la convention (Tappy, op. cit., n. 20 ad art. 289 CPC; cf. aussi Kobel, in *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (éd.), 2010 [ci-après: ZPO-Komm.], n. 26 ad art. 279 CPC et Fankhauser, in ZPO-Komm., n. 7 ad art. 289 CPC).

Cette opinion est convaincante. En effet, lorsque le juge ratifie une convention, celle-ci perd son caractère purement contractuel. La situation est ainsi différente de celle prévue par l'art. 241 al. 2 CPC, où le juge se limite à rayer la cause du rôle. La voie de l'appel doit donc être ouverte contre un prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale ratifiant une convention conclue entre les parties, selon l'art. 308 al. 1 let. b CPC.

**b)** Les prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale étant régis par la procédure sommaire, selon l'art. 271 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 vaudoise d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

En l'espèce, le prononcé ratifiant la convention passée par les parties lors de l'audience du 1<sup>er</sup> septembre 2011 a été rendu et communiqué aux parties le même jour, de sorte que le délai de dix jours a commencé à courir le lendemain 2 septembre 2011. Déposé le 12 septembre suivant par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions patrimoniales, qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., ainsi que sur des conclusions non patrimoniales, le présent appel est recevable.

**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 (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, 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).

**3. a)** A titre de mesures d'instruction, l'appelante sollicite la réaudition des deux enfants du couple, l'assignation et l'audition de sa psychologue, B.\_\_\_\_\_, ainsi que la production du dossier de l'enquête pénale instruite par le Procureur de l'arrondissement de Lausanne. Elle entend démontrer que les enfants ont fait l'objet de menaces et de chantage au suicide de la part de l'intimé, que leurs déclarations ont ainsi été influencées, et qu'elle-même a été victime de violences verbales et physiques de la part de son époux.

**b)** Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte 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, ces deux conditions étant cumulatives (let. b) (Tappy, JT 2010 III 115, pp. 136-137). 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 (Tappy, *ibid.*, pp. 136-137).

La doctrine est divisée sur le point de savoir si la maxime inquisitoire, applicable en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC), est applicable également en appel et si des faits et moyens de preuves nouveaux sont dès lors admissibles en deuxième instance même si les conditions restrictives de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réalisées. Certains auteurs considèrent que l'art. 229 al. 3 CPC devrait s'appliquer par analogie (Hofmann/Lüscher, *Le Code de procédure civile*, 2009, p. 197; Spühler, *Basler Kommentar*, 2010, n. 7 ad art. 317 CPC; Reetz/Hilber, in *ZPO-Komm.*, nn. 14 et 16 ad art. 317 CPC). Cette opinion se fonde essentiellement sur le Message du Conseil fédéral, qui affirme que la maxime inquisitoire, lorsqu'elle est prévue notamment dans certains cas de procédure simplifiée ou sommaire, doit s'appliquer aussi en appel (FF 2006 p. 6982). Comme le relève à juste titre Tappy, le Message se réfère à des règles sur les novae en deuxième instance très différentes de celles retenues par les Chambres. L'art. 317 al. 1 CPC finalement adopté ne

contient pas de règle élargissant la possibilité d'invoquer des faits ou preuves nouveaux dans les cas soumis à la maxime inquisitoire, contrairement à la règle résultant en première instance de l'art. 229 al. 3 CPC. On ne saurait y voir une lacune de la loi et l'on doit bien plutôt admettre qu'il s'agit d'un silence qualifié impliquant qu'en appel les novas seront soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, JT 2010 III 115; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2e éd., 2010, n. 2410, p. 437). Les parties peuvent toutefois faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits (Hohl, op. cit., n. 2414, p. 438). Des novas peuvent par ailleurs être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Tappy, JT 2010 III 115, p. 139), à tout le moins lorsque le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (Hohl, op. cit., n. 2415 p. 438; sur le tout, JT 2011 III 43).

**c)** En l'espèce, la requête de réaudition des enfants du couple doit être rejetée par appréciation anticipée des preuves, de même que celle de l'audition de la psychologue B.\_\_\_\_\_ qui, étant le médecin traitant de l'appelante, ne pourrait que relater les déclarations de sa patiente, sans être en mesure de faire part de ses constatations personnelles. La production du dossier pénal sur les menaces et violences dont aurait fait preuve l'intimé envers l'appelante doit également être refusée par appréciation anticipée des preuves, dès lors qu'elle ne serait d'aucune utilité pour résoudre le présent litige.

**4.1. a)** L'appelante soutient que la convention de mesures protectrices de l'union conjugale est entachée d'un vice de consentement au sens des art. 23 et suivants CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220) et qu'elle doit par conséquent être invalidée. Dès lors que ses griefs reposent sur le résultat de l'audition des enfants effectuée en première instance, il convient dans un premier temps de déterminer si celle-ci a été conduite régulièrement.

**b)** En vertu de l'art. 298 al. 1 CPC (anciennement art. 144 al. 2 CC [Code civil du 10 décembre 1907; RS 210]), avant de statuer sur le sort des enfants, le juge ou un tiers nommé à cet effet entend ceux-ci personnellement de manière appropriée, pour autant que leur âge ou d'autres motifs importants ne s'y opposent pas. Le choix de la personne habilitée à entendre l'enfant relève donc en principe de l'appréciation du juge. Il serait toutefois contraire à la *ratio legis* de déléguer systématiquement l'audition à une tierce personne, car il est essentiel que le tribunal puisse se former directement sa propre opinion. L'audition est donc, en principe, effectuée par la juridiction compétente elle-même; en cas de circonstances particulières, elle peut l'être par un spécialiste de l'enfant, par exemple un pédopsychiatre (ATF 133 III 553 c. 4 rendu au sujet de l'art. 144 al. 2 CC). L'audition des enfants découle aussi directement de l'art. 12 CDE (Convention relative aux droits de l'enfant; RS 0.107).

**c)** En l'espèce, les enfants du couple, qui ont exprimé le souhait d'être entendus par la Présidente, étaient âgés de dix-sept et douze ans lors de leur audition et jouissaient de la maturité nécessaire pour se prononcer sur le conflit divisant leurs parents. Aucune circonstance particulière ne commandait qu'un pédopsychiatre procède à leur audition en lieu et place de la première juge. Il apparaît en conséquence que cette audition ne souffre aucune informalité.

**4.2.** **a)** Cela étant, l'appelante fait valoir qu'elle a été victime d'une erreur essentielle au moment de la signature de la convention, se prévalant implicitement des art. 23 et 24 CO.

**b)** A teneur de l'art. 23 CO, le contrat n'oblige pas celle des parties qui, au moment de conclure, se trouvait dans une erreur essentielle. Les cas d'erreur sont énumérés à l'art. 24 CO. L'art. 24 CO précise que l'erreur est essentielle, notamment lorsque la partie qui se prévaut de son erreur entendait faire un contrat autre que celui auquel elle a déclaré consentir (ch. 1); lorsqu'elle avait en vue une autre chose que celle qui a fait l'objet du contrat, ou une autre personne et qu'elle

s'est engagée principalement en considération de cette personne (ch. 2); lorsque la prestation promise par celui des cocontractants qui se prévaut de son erreur est notablement plus étendue, ou lorsque la contre-prestation l'est notablement moins qu'il ne voulait en réalité (ch. 3); et lorsque l'erreur porte sur des faits que la loyauté commerciale permettait à celui qui se prévaut de son erreur de considérer comme des éléments nécessaires du contrat.

**c)** Dans son écriture, l'appelante invoque ce vice du consentement sans toutefois le motiver, de sorte que l'on peine à comprendre en quoi elle aurait été victime d'une erreur essentielle lorsqu'elle a signé la convention litigieuse, ce qui ne ressort nullement du dossier. En particulier, les parties ont toutes deux admis que le résumé des déclarations des enfants fait à l'audience par la première juge était conforme au procès-verbal de leur audition. On ne saurait ainsi considérer que l'appelante a signé la convention sur la base d'une version tronquée des propos exprimés par ses enfants que lui aurait rapportée la Présidente.

Mal fondé, ce moyen doit par conséquent être rejeté.

**4.3. a)** L'appelante estime avoir été induite à signer la convention par le dol de l'intimé (art. 28 CO), lequel aurait manipulé et menacé les enfants du couple au point d'influencer leur témoignage.

**b)** Le dol au sens de l'article 28 CO consiste à induire intentionnellement une personne en erreur, à l'entretenir ou la confirmer dans l'erreur, pour la déterminer à faire une déclaration de volonté, par exemple un acte juridique; il peut être l'affirmation de faits faux ou la dissimulation de faits vrais (ATF 116 II 431 c. 3a, JT 1991 I 45; Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2e éd., 1997, p. 349). C'est au moment de la conclusion du contrat que la victime doit subir l'influence du dol. Ce qui s'est passé avant ou après ne fait plus partie du dol selon l'article 28 CO (Schmidlin, Commentaire romand, 2003, n. 2 ad art. 28 CO). Le fardeau de la preuve incombe à la partie qui prétend avoir été induite à contracter

par le dol de l'autre (Schmidlin, Berner Kommentar, 1995, n. 171 ad art. 28 CO; Schwenger, Basler Kommentar, 3e éd., 2002, n. 26 ad art. 28 CO). Il n'est pas nécessaire que la tromperie provoque une erreur essentielle; il suffit que sans l'erreur, la dupe n'eût pas conclu le contrat ou ne l'eût pas conclu aux mêmes conditions (arrêt du Tribunal fédéral du 22 juin 2007 dans la cause 4C.44/2007 c. 3; ATF 132 II 161 c. 4.1; Schmidlin, Commentaire romand précité, n. 5 ad art. 28 CO).

**c)** En l'espèce, la thèse de l'appelante, selon laquelle l'intimé aurait interdit aux enfants, sous la menace, de dire à la présidente qu'il avait frappé et menacé leur mère, et leur aurait ordonné de déclarer que leur garde devait lui être confiée, est battue en brèche par l'examen du procès-verbal de l'audition des enfants. Tant W.\_\_\_\_\_ que P.\_\_\_\_\_ expriment leurs opinions de manière nuancée et il paraît manifeste, à la lecture de certaines phrases, qu'ils ont été libres de faire valoir leur point de vue. Tout d'abord, la version de l'un des parents n'est aucunement privilégiée, puisque les enfants affirment tous deux que leurs parents se disputent régulièrement, invoquant des coups et des insultes réciproques. Il résulte aussi de leurs déclarations que les enfants doivent souvent s'interposer pour que les disputes cessent. De plus, tant P.\_\_\_\_\_ que W.\_\_\_\_\_ expliquent de manière claire pourquoi ils souhaitent vivre auprès de leur père, invoquant notamment l'aide qu'il leur apporte pour les devoirs. Enfin, ils soulignent qu'ils souhaitent rester ensemble, ce qui montre aussi qu'ils ont pu prendre en compte les intérêts de la fratrie. En définitive, les déclarations des enfants ne révèlent pas le moindre indice que ceux-ci auraient été manipulés de manière à s'exprimer contrairement à leur volonté. Le dol invoqué par l'appelante est ainsi inexistant.

Mal fondé, ce moyen doit être rejeté.

**4.4. a)** L'appelante invoque enfin avoir contracté cette convention alors qu'elle se trouvait sous l'empire d'une crainte fondée au sens de l'art. 30 al. 1 CO, en raison des graves menaces proférées par l'intimé à son encontre les jours précédant l'audience.

**b)** Vice du consentement, la crainte fondée est celle qu'une personne - partie ou tiers - inspire à une autre, intentionnellement et sans droit, pour la déterminer à faire une déclaration de volonté. La cause de la crainte est la menace d'un mal futur dans l'hypothèse d'un refus d'obtempérer; elle vicie la volonté au stade de sa formation (Engel, op. cit., p. 363). Pour qu'un contrat - ou une déclaration de volonté - soit invalidé au titre de la crainte fondée, quatre conditions doivent être réunies : une menace dirigée sans droit contre une partie ou l'un de ses proches, la crainte fondée qui en résulte, l'intention de l'auteur de la menace de déterminer le destinataire à faire une déclaration de volonté et le lien de causalité entre la crainte et le consentement (ATF 111 II 349 c. 2, résumé in JT 1986 I 249).

**c)** En l'espèce, rien au dossier ne permet de retenir que l'appelante aurait signé la convention sous l'empire d'une crainte fondée que lui aurait inspirée l'intimé. Si l'appelante a déposé plainte pénale pour des violences verbales et physiques qu'elle dit subir de la part de son époux, la procédure pénale n'en est pour l'heure qu'au stade de l'enquête, de sorte que ces accusations ne sont pas établies. En l'état, il ressort des déclarations des enfants, qu'il n'y a pas lieu de remettre en cause pour les raisons évoquées sous considérant 4.3. lettre c ci-dessus, que les deux parents font preuve de violences l'un envers l'autre et s'adressent réciproquement des insultes. Il en résulte également que les responsabilités dans les disputes au sein du couple sont partagées. Ces circonstances ne permettent pas d'admettre, à elles seules, la présence d'une crainte fondée et a fortiori l'existence d'un lien de causalité entre celle-ci et la signature de la convention.

Mal fondé, ce grief doit être rejeté.

**5.** Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté et le prononcé ratifiant la convention de mesures protectrices de l'union conjugale confirmé.

L'assistance judiciaire ayant été accordée à l'appelante, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr., sont laissés à la charge de l'Etat.

L'appelante, qui succombe, doit verser des dépens, fixés à 600 fr., à l'intimé, celui-ci ayant dû se déterminer sur le procès-verbal de l'audition des enfants.

Le conseil d'office de l'appelante sera rémunéré équitablement par l'Etat (art. 122 al. 1 let. a et d et al. 2 CPC).

Sur le vu de la listes des opérations et débours produite, Me Bernard Geller, conseil d'office de l'appelante, a droit à une indemnité de 1'609 fr. 20, comprenant un défraiement de 1'440 fr. plus 115 fr. 20 de TVA et le remboursement de ses débours, par 50 fr. plus 4 fr. de TVA (art. 2 et 3 RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010 ; RSV 211.02.3]).

La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenue, dans la mesure de l'art. 123 CPC, au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à son conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,  
le juge délégué 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. La décision est confirmée.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.

**IV.** L'indemnité d'office de Me Geller, conseil de l'appelante H.\_\_\_\_\_, est arrêtée à 1'609 fr. 20 (mille six cent neuf francs et vingt centimes), TVA et débours compris.

**V.** La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est tenue, dans la mesure de l'art. 123 CPC, au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité du conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

**VI.** L'appelante H.\_\_\_\_\_ doit verser à l'intimé Q.\_\_\_\_\_ la somme de 600 fr. (six cents francs) à titre de dépens de deuxième instance.

**VII.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

La greffière :

Du 25 octobre 2011

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

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 Bernard Geller, avocat (pour H.\_\_\_\_\_),
- Me José Coret, avocat (pour Q.\_\_\_\_\_).

Le juge délégué de la Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

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).

La greffière :