

JUGE DELEGUEE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 28 décembre 2011

Présidence de Mme CHARIF FELLER, juge déléguée
Greffier : M. Schwab

* * * * *

**Art. 176 al. 1 ch. 1 et al. 3 CC; 48 al. 1, 85 al. 1 LDIP; 2, 3, 5 CLaH
96; 308 al. 1 let. b CPC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **V.**_____, à Lausanne, intimée, contre le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 8 septembre 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **A.W.**_____, à Lausanne, requérant, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 8 septembre 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a autorisé les époux V._____ et A.W._____ à vivre séparés pour une durée d'une année, soit jusqu'au 31 octobre 2012 (I), confié la garde sur les enfants B.W._____, né le [...] 2003, et C.W._____, né le [...] 2005, à A.W._____ (II), chargé le Service de protection de la jeunesse (SPJ ci-après) d'un mandat d'évaluation au sens de l'art. 20 al. 1 LProMin (Loi sur la protection des mineurs du 4 mai 2004; RSV 850.41), le rapport déposé au 31 janvier 2012 devant décrire les conditions d'existence des enfants B.W._____ et C.W._____ auprès de leurs parents ainsi que les capacités éducatives de ceux-ci en vue de faire toute proposition s'agissant de l'attribution du droit de garde et de l'exercice du droit de visite du parent non gardien (III), dit que V._____ jouira d'un libre et large droit de visite à fixer d'entente avec A.W._____ et qu'à défaut d'entente elle pourra avoir ses enfants auprès d'elle, à charge pour elle d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les y ramener, un week-end sur deux, du vendredi à 18h00 au dimanche à 18h00, alternativement à Noël ou Nouvel An, Pâques ou Pentecôte et à l'Ascension ou au Jeûne fédéral, ainsi que la moitié des vacances scolaires (IV), attribué la jouissance de l'appartement conjugal, sis [...], à Lausanne, au requérant, qui en assumera toutes les charges (V), imparti à l'intimée un délai au 31 octobre 2011 pour quitter le domicile conjugal, en emportant ses effets personnels et de quoi meubler sommairement son nouveau logement (VI), dit que l'intimée n'est pas astreinte au versement d'une contribution en faveur de ses deux enfants (VII), dit que le requérant ne doit aucune contribution à l'intimée (VIII), déclaré le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale, rendu sans frais ni dépens, immédiatement exécutoire (IX) et a rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (X).

En droit, le premier juge a tout d'abord établi sa compétence pour statuer sur la requête de mesures protectrices de l'union conjugale déposée par A.W._____. Il a ensuite retenu qu'il convenait de limiter la

durée de la séparation des parties à une année pour examiner l'évolution de la situation au terme de cette période. S'agissant de l'attribution de la garde sur les deux enfants du couple, il a considéré que A.W._____ se montrait plus responsable dans l'éducation des enfants et qu'il convenait de la lui attribuer, quand bien même aucun reproche précis ne pouvait être formulé à l'encontre de la mère, qui pouvait bénéficier d'un libre et large droit de visite. Dans ces conditions, il a également chargé le SPJ d'un mandat d'évaluation au sens de l'art. 20 LProMin. Le requérant ayant obtenu la garde sur les enfants des parties, il lui a également été attribué la jouissance du logement conjugal pour permettre à B.W._____ et C.W._____ de conserver le même environnement local et social, l'intimée devant alors trouver un nouveau logement. Le premier juge a enfin estimé que le requérant, qui devait déjà assumer la charge financière de la garde sur les enfants, ne devait pas verser de contribution d'entretien à son épouse, qui avait la capacité de retrouver un emploi pour assumer l'entier de son entretien.

B. Par mémoire du 20 septembre 2011, V._____ a fait appel de cette décision, concluant, sous suite de frais et dépens, préalablement, à ce que l'effet suspensif à l'exécution des chiffres V et VI du prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 8 septembre 2011 soit accordé (I), principalement, à ce que les chiffres II, IV, V et VI du prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale soient modifiés comme il suit: "II. La garde des enfants B.W._____, né le [...] 2003, et C.W._____, né le [...] 2005, est confiée à V._____", "IV. A.W._____ jouira d'un libre et large droit de visite à fixer d'entente avec la mère, à défaut d'entente et une fois qu'il disposera d'un logement adéquat pour les accueillir, il pourra avoir ses enfants auprès de lui, à charge pour lui d'aller les chercher où ils se trouvent et de les ramener au domicile de leur mère : un week-end sur deux, du vendredi à 18h au dimanche à 18h, alternativement à Noël ou Nouvel An, à Pâques ou Pentecôte et à l'Ascension ou au Jeûne fédéral, durant la moitié des vacances scolaires", "V. La jouissance de l'appartement conjugal, sis [...], à Lausanne, est attribuée à V._____, à charge pour elle d'en payer le loyer et les

charges", "VI. A.W._____ doit immédiatement quitter l'appartement conjugal en emportant ses effets personnels" et "VII. A.W._____ contribuera à l'entretien des siens par le versement régulier, payable d'avance chaque mois en mains de V._____, de la somme de 3'000 fr., allocations familiales en sus, cela dès le 1^{er} septembre 2011" (II), que les chiffres III et VIII du prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 8 septembre 2011 soient annulés (III) et à ce qu'ordre soit donné à [...], de verser chaque mois directement en mains de V._____ la somme de 3'000 fr., ainsi que les allocations familiales, en déduction du salaire versé à A.W._____, sur le compte postal [...] (IV).

L'appelante a produit un bordereau de huit pièces à l'appui de son mémoire.

V._____ a sollicité le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel, le 13 septembre 2011. Par décision du 19 octobre 2011, l'assistance judiciaire lui a été accordée pour cette procédure.

Le 7 octobre 2011, la juge déléguée de la cour de céans a admis la requête d'effet suspensif de V._____, en se réservant toutefois de revoir cette décision à l'issue de l'audience du 14 octobre 2011 devant la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne. A l'occasion de cette audience, la Présidente du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a ratifié une convention par laquelle les parties sont convenues notamment que les passeports suisses des enfants demeureraient au greffe du Tribunal d'arrondissement de Lausanne jusqu'à décision contraire, chacun des époux pouvant venir les prélever moyennant accord de son conjoint.

Par mémoire de réponse du 11 novembre 2011, l'intimé a conclu, avec suite de dépens, à libération des fins de la requête d'appel du 20 septembre 2011.

A l'appui de son mémoire de réponse, A.W._____ a produit un bordereau de dix-neuf pièces.

L'intimé a sollicité le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel, le 11 octobre 2011. Par décision du 1^{er} novembre 2011, l'assistance judiciaire lui a été accordée pour dite procédure.

C. La juge déléguée retient les faits suivants, sur la base de la décision complétée par les pièces du dossier :

V._____, née en 1982, ressortissante marocaine, et A.W._____, né en 1972, ressortissant suisse, se sont mariés le 27 février 2002 au Maroc.

Deux enfants sont issus de cette union: B.W._____, né le [...] 2003, et C.W._____, né le [...] 2005.

Par courrier du 6 juin 2011, A.W._____ a requis des mesures protectrices de l'union conjugale. Le 17 août 2011, il a précisé sa requête en concluant à ce que les époux soient autorisés à vivre séparés pour une durée indéterminée (I), que la garde sur les enfants lui soit attribuée, sous réserve d'un droit de visite usuel en faveur de l'intimée (II), que la jouissance de l'appartement conjugal lui soit attribuée, à charge pour lui d'en payer le loyer (III) et à ce que l'intimée quitte l'appartement conjugal dans un délai raisonnable à déterminer (IV).

Peu avant les vacances scolaires d'été 2011, V._____ s'est rendue au Maroc avec ses enfants, sans en demander l'autorisation aux autorités scolaires. Dans le courant du mois de juillet 2011, l'appelante y a ouvert une procédure en divorce.

Lors de l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 19 août 2011, V._____ a conclu à ce que les parties vivent séparées, que la garde sur les enfants lui soit attribuée avec un droit de visite en faveur du père, que la jouissance de l'appartement conjugal lui soit attribuée, avec le départ de son époux dans un délai de trente jours,

et à ce que celui-ci lui verse une contribution d'entretien. Le requérant a conclu au rejet de ces conclusions.

A.W._____ est employé auprès de [...] et réalise un salaire mensuel net de 5'850 fr., treizième salaire compris. Il a quitté le logement de famille le 22 août 2011 pour s'installer dans une auberge de jeunesse, ce qui engendre des frais de 40 fr. par jour en moyenne. Le reste de ses charges mensuelles comprend des primes d'assurance maladie de 170 fr., un montant de 100 fr. pour les repas pris à l'extérieur et un montant de 66 fr. au titre d'abonnement de bus. L'intimé fait également état de dettes à hauteur de 62'000 fr., issues d'une faillite personnelle, d'un montant de 250 fr. qu'il verse chaque mois à sa mère, au Maroc, ainsi que des charges mensuelles de 2'000 fr. en remboursement d'un emprunt effectué pour la construction d'une maison au Maroc.

V._____ occupait deux postes de travail auprès de [...] pour un salaire mensuel net de 3'750 francs. Elle a toutefois donné sa démission au 1^{er} octobre 2011 pour l'un de ces deux emplois, réduisant ainsi son salaire mensuel net à 1'500 francs. L'appelante loge toujours au sein de l'appartement conjugal, dont le loyer se monte à 1'565 fr. par mois. Ses charges mensuelles comprennent des primes d'assurance maladie de 170 fr., un montant de 100 fr. pour les repas pris à l'extérieur ainsi qu'un montant de 66 fr. au titre d'abonnement de bus.

Le minimum vital de base des enfants B.W._____, né le [...] 2003, et C.W._____, né le [...] 2005, est de 800 francs. Les primes de leur assurance maladie s'élèvent à 118 fr. par mois et les frais mensuels liés à l'accueil pour enfants en milieu scolaire (APEMS) sont de 100 francs.

En droit :

1. a) Le prononcé attaqué a été rendu le 8 septembre 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008; RS 272]).

b) L'appel est recevable contre les prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale, lesquels doivent être considérés comme des décisions provisionnelles au sens de l'art. 308 al. 1 let. b CPC (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, spéc. p. 121) dans les causes exclusivement patrimoniales pour autant que la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). En présence d'un prononcé cumulant des conclusions non patrimoniales et des conclusions patrimoniales inférieure à 10'000 fr., l'appel est recevable pour le tout, pour autant que les conclusions non patrimoniales restent litigieuses et ne paraissent pas secondaires (Tappy, op. cit., in JT 2010 III 115, p. 126). Les prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale étant régies 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 est de la compétence du juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

c) Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant sur des conclusions non patrimoniales et des conclusions patrimoniales qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr., le présent appel est formellement recevable.

2. a) L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour 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 librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. Le large

pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (JT 2011 III 43 c. 2 et les réf. citées).

b) Les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en compte que s'ils sont invoqués ou produits sans retard et ne pouvaient être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise, ces deux conditions étant cumulatives (art. 317 al. 1 CPC). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 III 43 c. 2 et les réf. citées).

La doctrine est divisée sur le point de savoir si la maxime inquisitoire, applicable en mesures protectrices de l'union conjugale (art. 272 CPC) et en mesures provisionnelles dans une procédure matrimoniale (art. 277 al. 3 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. La jurisprudence vaudoise (JT 2011 III 43, RSPC 2011 p. 320, note approuvée de Tappy) considère qu'en appel les novae sont soumis au régime ordinaire (en ce sens Tappy, op. cit., p. 115 ; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^e éd., Berne 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). Par ailleurs, des novae peuvent 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, op. cit., 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).

c) En l'espèce, les parties ont produit de nouvelles pièces à l'appui de leur mémoire respectif. Une partie de celles-ci étant antérieures

à l'audience de mesures protectrices de l'union conjugale du 19 août 2011, la question de leur recevabilité se pose puisqu'elles auraient dû être produites en première instance. Il n'y a cependant pas lieu d'examiner cette question plus avant, dès lors que le présent litige concerne des enfants mineurs et qu'au vu des principes énoncés ci-dessus (supra c. 2b), les pièces produites en appel sont de toute manière recevables.

3. a) La décision de première instance a établi que les deux parties sont de nationalité marocaine. A.W. _____ est toutefois également ressortissant suisse (cf. certificat de famille produit en première instance par l'intimé). V. _____ étant exclusivement de nationalité marocaine, la cause présente un élément d'extranéité qui impose de vérifier la compétence des autorités judiciaires saisies et le droit applicable, ce d'autant plus que l'appelante a déclaré avoir ouvert, en juillet 2011, une procédure de divorce au Maroc.

b) En vertu de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP; RS 291), la compétence des autorités judiciaires suisses est régie par la LDIP, à défaut de traité international entre la Suisse et le Maroc (art. 1 al. 1 let. a et al. 2 LDIP). Selon l'art. 46 LDIP, les autorités judiciaires ou administratives suisses du domicile ou, à défaut de domicile, celles de la résidence habituelle de l'un des époux sont compétentes pour connaître des actions ou ordonner les mesures relatives aux effets du mariage, lesquelles englobent les mesures protectrices de l'union conjugale (Bucher, Le couple en droit international privé, n. 180).

Les époux étant domiciliés en Suisse, dans le canton de Vaud, les autorités judiciaires suisses de ce canton, en particulier la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, sont par conséquent compétentes pour statuer sur les mesures protectrices de l'union conjugale intéressant les parties.

c) Les effets du mariage sont régis par le droit de l'Etat dans lequel les époux ont leur domicile (art. 48 al. 1 LDIP). En l'espèce, les époux étant domiciliés en Suisse, c'est le droit suisse qui est applicable.

d) A teneur de l'art. 85 al. 1 LDIP, en matière de protection des mineurs, la compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses, la loi applicable ainsi que la reconnaissance et l'exécution des décisions ou mesures étrangères sont régies par la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (CLaH 96, RS 0.211.231.011).

Cette convention, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2009 pour la Suisse et, pour le Maroc le 1^{er} décembre 2002, régit notamment l'attribution, l'exercice et le retrait total ou partiel de la responsabilité parentale, ainsi que la délégation de celle-ci, le droit de garde, comprenant le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence, ainsi que le droit de visite, comprenant le droit d'emmener l'enfant pour une période limitée dans un lieu autre que celui de sa résidence habituelle (art. 3 let. a et b CLaH 96). Elle s'applique aux enfants à partir de leur naissance et jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de 18 ans (art. 2 CLaH 96). Elle prévoit que ce sont les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat contractant de la résidence habituelle de l'enfant qui sont compétentes pour prendre les mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens (art. 5 ch. 1 CLaH 96). Dans la mesure des compétences qui leur sont attribuées par cette convention, les autorités doivent appliquer leur loi (art. 15 ch. 1 CLaH 96).

Si la CLaH 96 ne définit pas la notion de résidence habituelle, l'on peut s'inspirer de l'art. 20 al. 1 let. b LDIP, qui prévoit qu'une personne physique a sa résidence habituelle dans l'Etat dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée, tout en gardant à l'esprit la nécessité d'assurer au mieux la protection du

mineur (Dutoit, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4^e éd., 2004, n. 3 ad art. 85 LDIP, p. 280, n. 4 ad art. 85 LDIP, p. 281). Selon la jurisprudence, la résidence habituelle correspond à l'endroit où la personne intéressée a le centre de ses relations personnelles et se déduit, non de sa volonté subjective, mais de circonstances de fait extérieurement reconnaissables attestant de sa présence dans un lieu donné. Le plus souvent, le domicile ou la résidence habituelle des personnes assumant la garde de l'enfant constituera aussi pour lui le centre effectif de sa vie et de ses attaches (ATF 129 III 288 c. 4.1; TF 5C.28/2004 du 26 mars 2004 c. 3.1). Toutefois, la notion de résidence habituelle est axée sur une situation de fait et implique la présence physique dans un lieu donné. La résidence habituelle d'un enfant se détermine ainsi d'après le centre effectif de sa propre vie et ne peut simplement être déduite juridiquement de la situation du parent qui en a la garde (TF 5A_607/2008 du 2 mars 2009 c. 4.4 et réf.; TF 5C.272/2000 et 5C.273/2000 du 12 février 2001 c. 3b et réf.; ATF 129 III 288 c. 4.1).

En l'espèce, il n'est pas contesté que la résidence habituelle des enfants B.W._____ et C.W._____ est située en Suisse. Les autorités judiciaires suisses sont donc compétentes pour statuer sur les questions de l'attribution du droit de garde et celle du droit de visite, le droit suisse étant ainsi applicable.

e) En principe, les mesures protectrices de l'union conjugale peuvent être ordonnée jusqu'à la litispendance du procès en divorce (ATF 95 II 74 c. 2c). Elles restent toutefois en vigueur après l'ouverture de la procédure de divorce aussi longtemps qu'elles ne sont pas modifiées par des mesures provisionnelles, même si les mesures protectrices de l'union conjugale sont ordonnées après l'ouverture de l'action en divorce (ATF 101 II 1), ces mesures constituant alors des mesures provisoires (ATF 134 III 326 c. 3.4 et 3.6). La procédure de mesures protectrices de l'union conjugale ne devient ainsi pas sans objet du seul fait de l'ouverture d'un procès en divorce (ATF 129 III 60). C'est également le cas pour le juge suisse des mesures protectrices de l'union conjugale qui ne cesse d'être compétent, après l'ouverture d'un procès en divorce à l'étranger, qu'au

moment où le juge étranger a ordonné des mesures provisoires pour la durée du procès et que celles-ci ont été déclarées exécutoires en Suisse (ATF 104 II 246).

En l'espèce, les mesures protectrices de l'union conjugale ont été requises le 6 juin 2011, soit à une date antérieure à l'ouverture de l'action en divorce au Maroc. On ignore si le tribunal marocain a réglé provisoirement certains effets du divorce mais, en tous les cas, ces éventuelles mesures devraient encore être déclarées exécutoires en Suisse pour que le juge suisse ne soit plus compétent, ce qui n'est pas le cas de la présente cause. Dans ces conditions, les autorités judiciaires suisses demeurent compétentes pour statuer sur les mesures protectrices de l'union conjugale requises le 6 juin 2011.

4. a) L'appelante remet tout d'abord en cause l'application faite de l'art. 176 al. 3 CC (Code civil du 10 décembre 1907; RS 210) par le premier juge. Elle relève, plus particulièrement, que la garde sur les enfants B.W._____ et C.W._____ devrait lui être attribuée dans la mesure où il appartenait à A.W._____ d'informer les autorités scolaires du départ au Maroc de V._____ et de ses enfants, peu avant les vacances scolaires de l'été 2011, ce qu'il n'a pas fait, que l'éducation des enfants était assurée par leur mère et que l'appelante avait certes démissionné de l'un de ses deux postes de travail mais qu'elle l'avait fait pour être en mesure de s'occuper convenablement des enfants.

b) En vertu de l'art. 176 al. 3 CC, relatif à l'organisation de la vie séparée, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge des mesures protectrices ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC); il peut notamment confier l'autorité parentale à un seul des parents (art. 297 al. 2 CC) ou, à plus forte raison, lui attribuer la garde des enfants. S'agissant du droit de garde, qui est ordinairement attribué dans le cadre de la procédure des mesures protectrices de l'union conjugale (ATF 136 III 353 c. 3.1, JT 2010 I 491), les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie (TF

5A_495/2008 du 30 octobre 2008 et les arrêts cités; Bräm, Commentaire zurichois, Zurich, 1998, nn. 89 et 101 ad art. 176 CC).

Le droit de garde est une composante de l'autorité parentale. Il consiste en la compétence de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant (ATF 128 III 9 c. 4a, rés. JT 2002 I 324). Pour le surplus, le titulaire du droit de garde est responsable de l'encadrement quotidien, des soins et de l'éducation de l'enfant. A ce sujet, on parle aussi de garde de fait (« faktische Obhut »). La jurisprudence n'opère généralement pas de distinction entre droit de garde et garde de fait, mais parle le plus souvent de garde, ce qui recouvre l'ensemble des questions juridiques qui y sont liées (choix du domicile, soins quotidiens, entretien et éducation). Lorsque la garde est attribuée à l'un des deux parents, celui qui participe à l'autorité parentale restreinte partage pour l'essentiel un droit de co-décision par rapport aux questions les plus importantes pour la planification de la vie de l'enfant, notamment la question du nom, la formation générale et professionnelle, le choix de l'éducation religieuse, les interventions médicales et les autres orientations propres à influencer le cours de la vie de l'enfant (ATF 136 III 353 c. 3.2, JT 2010 I 491).

Le principe fondamental en ce domaine 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 entre les parents et l'enfant, les capacités éducatives respectives des père et mère, 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 convient de choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. Ainsi, l'intérêt de l'enfant prime dans le choix de son attribution à l'un des deux parents. Si le juge ne peut se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde pendant la procédure, ce critère jouit d'un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soin des parents sont similaires (ATF 117 II 353 c. 3 ; ATF 115 II 206 c. 4a ; ATF 115 II 317 c. 2 ; ATF 114 II 200 c. 5).

c) En l'espèce, le premier juge, rappelant son pouvoir d'appréciation en la matière, a estimé, en substance, que le père se montrait plus responsable que son épouse s'agissant de l'éducation des enfants, celle-ci ne paraissant pas réaliser l'existence d'obligations liées à l'école, et que le fait de partir au Maroc pour y ouvrir action en divorce, après avoir eu connaissance de la requête déposée par son époux et sans l'en informer, dénotait un manque de franchise qui risquait de compliquer les relations entre le père et ses enfants, dans l'hypothèse où elle en aurait la garde. Le premier juge a toutefois encore relevé qu'en l'état, aucun reproche précis ne pouvait être formulé à l'encontre de la mère, mais que l'attitude de A.W. _____ démontrait qu'il était à même, à première vue, de prendre en charge l'éducation de ses enfants et de leur apporter la stabilité nécessaire à leur équilibre. Le premier juge a donc attribué la garde des enfants à leur père, tout en ajoutant qu'il serait souhaitable que les parents parviennent à trouver un accord s'agissant de leurs enfants, afin de leur offrir un cadre leur permettant d'évoluer favorablement malgré la séparation.

On ne peut qu'appuyer le premier juge s'agissant de l'exhortation formulée à l'endroit des parents de trouver un accord dans l'intérêt de leurs enfants. En revanche, l'appréciation du premier juge ne peut être partagée, à ce stade, au sujet de l'attribution de la garde des enfants à leur père. En effet, tout en déclarant n'avoir aucun reproche précis à formuler à l'encontre de la mère, le premier juge lui reproche néanmoins un comportement - isolé en l'état du dossier -, duquel on ne saurait inférer que l'appelante ne serait pas consciente, de manière générale, que l'école implique des obligations et qui ne saurait remettre en cause de manière fondamentale sa capacité éducative. S'agissant du reproche concernant le départ de l'appelante dans son pays d'origine pour y ouvrir action en divorce après avoir eu connaissance de la requête de mesures protectrices de l'union conjugale déposée par l'intimé le 7 juin 2011, celui-ci ne soutient pas que l'appelante entraverait ses relations avec ses enfants mais prétend au contraire qu'elles sont intenses. Il convient enfin de relativiser - mais seulement dans la mesure où cet

élément est retenu en défaveur de la mère et non pas dans l'optique d'une critique du père qui n'a pas démérité en l'espèce – le fait que celui-ci s'est occupé de ses enfants notamment le soir durant les heures de travail de son épouse. En effet, on ne saurait tenir rigueur à l'appelante d'avoir contribué aux besoins de sa famille en occupant deux postes de travail impliquant une indisponibilité due à ce fait, celle-ci ayant du reste renoncé à un de ses postes en vue de s'occuper de ses enfants, une activité à temps partiel étant compatible avec le fait que les deux enfants sont âgés de moins de dix ans selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 115 II 6 c. 3c).

En l'état et à tout le moins jusqu'à ce que le SPJ ait rendu son rapport qui impliquera que la situation soit revue, l'intérêt des enfants à la stabilité de leur situation et des relations nécessaires à leur développement commande l'attribution de la garde et de la jouissance du domicile conjugal à l'appelante (cf. TF 5A_495/2008 du 30 octobre 2008 c. 3.2), ce qui correspond au demeurant à la situation de fait actuelle, l'intimé ayant quitté le domicile conjugal et s'étant installé dans une auberge de jeunesse, [...], depuis le 22 août 2011, ce qui n'est pas contesté par les parties. A.W._____ jouira d'un libre et large droit de visite, à fixer d'entente entre les parties. A défaut d'entente, il pourra avoir ses fils auprès de lui, à charge pour lui d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les y ramener, un week-end sur deux, du vendredi à 18h00 au dimanche à 18h00, alternativement à Noël ou Nouvel An, à Pâques ou à Pentecôte et à l'Ascension ou au Jeûne fédéral, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires.

Bien fondé, l'appel doit ainsi être admis sur ce point.

5. a) L'appelante fait ensuite valoir que le disponible de l'intimé, s'élevant à 395 fr., devrait lui revenir, si la garde des enfants lui était attribuée.

b) Conformément à l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC, applicable par analogie aux mesures provisoires, le juge fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Le montant des aliments se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux. Le législateur n'a pas arrêté de mode de calcul à cette fin. L'une des méthodes préconisées par la doctrine et considérée comme conforme au droit fédéral est celle dite du minimum vital, avec répartition de l'excédent. Selon cette méthode, lorsque le revenu total des conjoints dépasse leur minimum vital de base du droit des poursuites (art. 93 LP [Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et le faillite; RS 281.1]), auquel sont ajoutées les dépenses non strictement nécessaires, l'excédent est en règle générale réparti par moitié entre eux (ATF 114 II 26), à moins que des circonstances importantes ne justifient de s'en écarter (ATF 119 II 314 c. 4b/bb).

c) Il convient de fixer la contribution d'entretien de l'appelante et de ses enfants mineurs en reprenant certains postes retenus par le premier juge. Il convient de préciser que les frais liés à l'engagement d'une maman de jour ne seront pas repris, V. _____ ayant mis un terme à l'une de ses activités professionnelles pour pouvoir s'occuper convenablement des enfants, et que le loyer retenu dans les charges de l'intimé se montera à 1'200 fr. par mois en attendant qu'il ait trouvé un logement adéquat, les frais de logement dont il faut tenir compte étant en principe des frais de logement effectifs ou raisonnables compte tenu de différents critères (cf. Bastons Buletti, L'entretien après divorce: méthodes de calcul, montant, durée et limites, in SJ 2007 II 85). Pour le surplus, il y a lieu de reprendre les montants fixés en première instance, ceux-ci n'ayant pas été contestés par les parties.

L'appelante perçoit un salaire mensuel net de 1'500 fr. par mois. Le montant de base relatif à son minimum vital (parent monoparental) est de 1'350 fr. et ses charges sont constituées d'un montant de 800 fr. relatif aux montants de base du minimum vital des enfants du couple, d'un loyer de 1'565 fr. par mois, de primes mensuelles d'assurance maladie pour elle et ses enfants de 288 fr., d'un montant de

66 fr. au titre d'abonnement mensuel de bus et des frais d'accueil pour enfants en milieu scolaire (APEMS) de 100 fr., soit un montant total de charges incompressibles de 4'169 francs.

L'intimé perçoit un salaire mensuel net de 5'850 fr. par mois. Le montant de base relatif à son minimum vital (adulte seul) est de 1'200 fr. et ses charges sont constituées d'un montant de 150 fr. pour l'exercice de son droit de visite, d'un loyer de 1'200 fr. par mois, de primes mensuelles d'assurance maladie de 170 fr. ainsi que d'un montant de 66 fr. au titre d'abonnement mensuel de bus, soit un montant total de charges incompressibles de 2'786 francs.

Le total des revenus des parties est de 7'350 fr., dont à déduire le montant total des charges incompressibles de 6'955 fr., soit un excédent de 395 francs. Les deux tiers de ce montant reviennent à V._____, qui se voit attribuer la garde sur les enfants, soit 263 fr., et A.W._____ conserve le tiers de cet excédent, soit 132 francs. Le montant total des charges de l'appelante (4'169 fr.), plus les deux tiers de l'excédent (263 fr.), moins ses propres revenus (1'500 fr.), lui laisse un solde de 2'932 francs. Dans son appel du 20 septembre 2011, celle-ci a conclu à l'allocation d'une contribution d'entretien de 3'000 fr. par mois, dès le 1^{er} septembre 2011. C'est ainsi un montant de 2'950 fr. (en chiffres ronds) par mois, allocations familiales en sus, qui lui sera alloué, dès le 1^{er} octobre 2011 pour tenir compte du fait que jusqu'à cette date, l'appelante occupait deux postes de travail. Il n'y a pas lieu de prévoir un avis au débiteur, les pièces produites par l'intimé laissant présumer qu'il s'acquittera de son dû.

L'appel doit être partiellement admis sur ce point.

6. En définitive, l'appel doit être partiellement admis et le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 8 septembre 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne réformé en ce sens que la garde sur les enfants B.W._____, né

le [...] 2003, et C.W._____, né le [...] 2005, est attribuée à V._____, que A.W._____ bénéficie d'un libre et large droit de visite sur ses enfants, à fixer d'entente avec l'appelante, qu'à défaut d'entente, il pourra avoir ses enfants auprès de lui, à charge pour lui d'aller les chercher là où ils se trouvent et de les y ramener, un week-end sur deux, du vendredi à 18h00 au dimanche à 18h00, alternativement à Noël ou Nouvel An, à Pâques ou à Pentecôte et à l'Ascension ou au Jeûne fédéral, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires, que la jouissance de l'appartement conjugal, sis [...], à Lausanne, est attribuée à V._____, à charge pour elle d'en assumer toutes les charges, qu'aucun délai n'est imparti à l'intimé pour quitter le domicile conjugal, dans la mesure où il l'a déjà quitté, et qu'il est astreint au paiement d'une contribution d'entretien pour les siens de 2'950 fr. par mois, allocations familiales en sus, dès le 1^{er} octobre 2011.

Vu l'issue et la nature du litige, et compte tenu de ce que l'assistance judiciaire a été accordée à l'appelante et à l'intimé, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), répartis en principe à parts égales entre les parties (art. 106 al. 2 et art. 107 al. 1 let. c CPC), sont laissés à la charge de l'Etat, et les dépens compensés.

7. Le 23 décembre 2011, le conseil d'office de V._____ a déposé une liste d'opérations annonçant qu'il avait consacré environ douze heures et vingt-cinq minutes à la procédure d'appel. Compte tenu de l'ampleur du litige et du travail accompli, ce nombre doit être ramené à dix heures. Au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 et 3 RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010; RSV 211.02.3]), l'indemnité d'honoraires doit être fixée à 1'800 fr., plus 144 fr. de TVA. Les débours peuvent être retenus à hauteur des montants allégués, soit 63 fr. 20, plus TVA de 5 francs. Aussi, l'indemnité d'office de Me Katia Pezuela doit être arrêtée à 2'012 fr. 20.

Le 5 janvier 2012, le conseil d'office de A.W._____ a également déposé une liste d'opérations annonçant qu'il avait consacré huit heures à la procédure d'appel. Au tarif horaire de 180 fr., l'indemnité d'honoraires doit être fixée à 1'440 fr., plus 115 fr. 20 de TVA. Les débours peuvent être retenus à hauteur du montant allégué, soit 50 fr., plus TVA de 4 francs. Aussi, l'indemnité d'office de Me Jean-Pierre Bloch doit être arrêtée à 1'609 fr. 20.

Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont tenus, dans la mesure de l'art. 123 CPC, au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à leur conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

Par ces motifs,
la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
p r o n o n c e :

I. L'appel est admis.

II. Le prononcé est réformé comme suit aux chiffres II et IV à VIII de son dispositif :

II. confie la garde des enfants B.W._____, né le [...] 2003, et C.W._____, né le [...] 2005, à l'appelante V._____ ;

IV. dit que l'intimé A.W._____ jouira d'un libre et large droit de visite à fixer d'entente avec l'appelante;

à défaut d'entente il pourra avoir ses fils auprès de lui, à charge pour lui d'aller les chercher où ils se trouvent et de les y ramener:

- un week-end sur deux, du vendredi à 18h00 au dimanche à 18h00;

- alternativement à Noël ou Nouvel An, à Pâques ou à Pentecôte et à l'Ascension ou au Jeûne fédéral;

- durant la moitié des vacances scolaires;

V. attribue la jouissance de l'appartement conjugal, sis [...], à 1018 Lausanne, à l'appelante, qui en assumera toutes les charges;

VI. supprimé;

VII. dit que l'intimé est astreint au versement d'une contribution en faveur des siens par le versement régulier, payable d'avance chaque mois en mains de V._____ de la somme de 2'950 fr. (deux mille neuf cent cinquante francs), allocations familiales en sus, cela dès le 1^{er} octobre 2011;

VIII. supprimé;

Le prononcé est confirmé pour le surplus.

- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), et répartis à parts égales entre l'appelante et l'intimé, sont laissés à la charge de l'Etat.
- IV. L'indemnité d'office de Me Katia Pezuela, conseil de l'appelante V._____, est arrêtée à 2'012 fr. 20 (deux mille douze francs et vingt centimes), TVA et débours compris, celle de Me Jean-Pierre Bloch, conseil de l'intimé A.W._____, à fr. 1'609 fr. 20 (mille six cent neuf francs et vingt centimes), TVA et débours compris.
- V. Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- VI. Les dépens de deuxième instance sont compensés.
- VII. L'arrêt motivé est exécutoire.

La juge déléguée :

Le greffier :

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 Katia Pezuela (pour V. _____),
- Me Jean-Pierre Bloch (pour A.W. _____).

La juge déléguée 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).

Le greffier :