

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

---

---

Arrêt du 29 août 2011

---

Présidence de M. BATTISTOLO, juge délégué  
Greffier : Mme Nantermod Bernard

\*\*\*\*\*

**Art. 176 al. 1 CC; 308 al. 1 let b CPC**

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **M.**\_\_\_\_\_, à Vevey, contre le prononcé rendu le 22 juillet 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Vevey dans la cause divisant l'appelante d'avec **D.**\_\_\_\_\_, à Vevey, intimé, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

## **En fait :**

**A.** Le 23 juin 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Vevey, statuant par voie de mesures provisionnelles immédiatement exécutoires (ch. I à VIII du dispositif) et au fond par voie de mesures protectrices de l'union conjugale (ch. IX à XVI), a autorisé les époux D.\_\_\_\_\_ et M.\_\_\_\_\_ à vivre séparés pour une durée indéterminée (IX); confié la garde d'[...], né le [...], à son père (X); attribué la jouissance du domicile conjugal, sis rue de l'[...] à D.\_\_\_\_\_, moyennant qu'il en paye le loyer et les charges (XI); réglé le droit de visite de la mère (XII); astreint D.\_\_\_\_\_ à contribuer à l'entretien de son épouse par le service d'une contribution de 3'000 fr. par mois dès et y compris le 1<sup>er</sup> mai 2011, dont à déduire les montants versés en exécution du chiffre III de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 28 avril 2011 (XIII); astreint D.\_\_\_\_\_ à donner procuration à M.\_\_\_\_\_ pour contester la hausse de loyer qui leur a été signifiée (XIV); rendu la décision sans frais et compensé les dépens (XV).

Les motifs de cette décision ont été notifiés aux parties le 22 juillet 2011.

D.\_\_\_\_\_ avait précédemment sollicité, le 16 juin 2011, des mesures superprovisionnelles concernant [...], qui lui ont été refusées par décision du même jour.

Le premier juge a considéré que le père, qui avait un comportement moins émotionnel que son épouse et parvenait mieux à faire la part des choses entre le conflit conjugal et l'intérêt de l'enfant, était en l'état plus à même que la mère d'offrir à [...] le cadre sécurisant et adéquat dont l'adolescent avait aujourd'hui besoin. Dès lors qu'il confiait la garde d'[...] à son père, il a attribué la jouissance de l'appartement conjugal à l'intimé, afin de ne pas modifier le cadre de vie de l'enfant. Il a fixé la contribution à l'entretien de l'épouse de telle sorte que son minimum vital soit couvert, sans répartition du solde disponible, afin de

tenir compte de ce que le père travaillait à plein temps, avait la garde d[...] et soutenait financièrement le fils aîné du couple.

**B.** Par acte motivé du 4 août 2011, accompagné d'une pièce, M. \_\_\_\_\_ a fait appel de ce prononcé, concluant en substance, avec suite de frais et dépens, principalement à la réforme des chiffres X à XIII en ce sens que la garde de l'enfant [...] lui est confiée; que la jouissance de l'appartement conjugal lui est attribuée, moyennant qu'elle en paie le loyer et les charges; que le droit de visite du père est libre et large ou limité à un week-end sur deux et à la moitié des vacances scolaires à défaut d'entente; et que la contribution de D. \_\_\_\_\_ à l'entretien des siens est fixée à 5'800 fr. par mois dès le 1<sup>er</sup> août 2011, ordre étant donné à l'intimé de quitter le domicile conjugal dans le délai d'une semaine après arrêt sur appel, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937; RS 311) en cas d'insoumission à une décision de l'autorité.

Subsidiairement, M. \_\_\_\_\_ a conclu à l'annulation du prononcé et à son renvoi en première instance pour nouvelle instruction et nouvelle décision.

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

Le 18 août 2011, le conseil de l'appelante a déposé une demande d'assistance judiciaire. Sa requête a été rejetée par arrêt du 29 août 2011 (ch. III du dispositif); elle avait été réservée selon lettre du 24 août 2011.

**C.** Le juge délégué retient les faits suivants, nécessaires à l'examen de la cause, sur la base du prononcé entrepris, complété par les pièces du dossier :

1. Les parties se sont mariées le [...]. Ils sont les parents de deux enfants : [...], né le [...], aujourd'hui majeur, et [...], né le [...].

Le 22 mars 2011, M. \_\_\_\_\_ a saisi le juge des mesures protectrices de l'union conjugale et conclu, en substance, à l'autorisation de vivre séparée de son conjoint pour une durée indéterminée, à ce que la garde de son fils [...] lui soit confiée, à ce que la jouissance du domicile conjugal lui soit attribuée et à ce que D. \_\_\_\_\_ lui serve une pension mensuelle de 5'500 fr. par mois.

Par réponse du 21 avril 2011, D. \_\_\_\_\_ a pris des conclusions symétriques en sa faveur s'agissant notamment du droit de garde et de la jouissance de l'appartement conjugal.

Par ordonnance de "mesures provisionnelles avant mesures protectrices de l'union conjugale" du 28 avril 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a attribué la jouissance du logement conjugal à D. \_\_\_\_\_, ordonné à M. \_\_\_\_\_ de quitter l'appartement dans un délai échéant le 3 mai 2011 et astreint D. \_\_\_\_\_ à contribuer à l'entretien de son épouse par le service d'une pension mensuelle de 3'000 fr. dès et y compris le 1<sup>er</sup> mai 2011.

Par arrêt du 8 juin 2011, le Juge délégué de la Cour d'appel civile a admis l'appel de M. \_\_\_\_\_ et annulé l'ordonnance du 28 avril 2011 estimant, surtout, qu'il était inadéquat, sinon arbitraire, d'attribuer le logement conjugal à l'une ou l'autre des parties en instruisant et en se prononçant dans les considérants sur des questions relatives aux relations de l'enfant avec chacun des parents et en fondant l'attribution du logement conjugal sur le bien-être d'un enfant qui n'avait pas été entendu et à propos duquel il n'avait pas encore été statué.

2. [...] a été entendu par le juge du tribunal d'arrondissement le 31 mai 2011. Il a déclaré en substance que la séparation de ses parents était positive en ce sens que la situation était beaucoup plus sereine depuis lors. Il a précisé que son père ni sa mère ne l'avait jamais impliqué

dans leur conflit. Il a expliqué que son père était présent à la maison et que tout se passait bien avec lui, tout en relevant que tout se passait bien avec sa mère aussi. Il a déclaré que lorsque ses parents tentaient de le cadrer, il comprenait davantage ce qui voulait son père, qui est très rationnel. Il a ajouté qu'il rencontrait sa mère une fois par semaine, mais n'avait pas d'objection à la rencontrer davantage, son père ne l'empêchant nullement de la voir.

3. Les parties, leurs conseils et six témoins ont été entendus à l'audience du 21 juin 2011, qui a donné lieu à la décision querellée.

[...] est une voisine des époux. Elle est plus particulièrement liée avec l'appelante, qui a requis son audition. Elle a déclaré que M. \_\_\_\_\_ s'occupait de manière prépondérante des enfants par rapport à l'intimé; alors même qu'elle travaillait, son amie s'était beaucoup investie dans l'éducation de ses fils, les surveillant étroitement dans leurs devoirs scolaires et leur posant des exigences, dans leur intérêt. Le témoin a enfin fait état d'un épisode survenu le 16 juin 2011, au cours duquel l'intimé aurait tenu envers elle et son épouse des propos irrévérencieux.

[...] est une amie de l'appelante avec qui elle a travaillé en 2008 et 2009. Elle a rapporté que M. \_\_\_\_\_ s'était plainte du fait que son mari ne voyait pas ce qui se passait à la maison, qu'il n'était pas conscient des sorties nocturnes d'[...] dès lors qu'il était devant la télévision, en bref qu'il était démissionnaire. Le témoin a vu l'appelante intervenir auprès d'un marchand pour lui demander de ne plus vendre d'alcool à son fils. Son sentiment est que l'appelante s'impliquait massivement pour l'éducation de ses enfants, qu'elle les contrôlait (elle avait instauré un système consistant à exiger de ses fils qu'ils lui envoient une photo de leur chambre pour vérifier que celle-ci était faite). L'appelante lui a soutenu qu'elle était la seule à s'impliquer vis-à-vis des professeurs. Le témoin l'a vu leur envoyer des courriels et l'a entendue leur téléphoner. Elle a également surpris D. \_\_\_\_\_ tenir à son épouse des propos dénigrants.

[...] est un ami d'enfance de l'intimé. Leurs rencontres avaient plutôt lieu hors du domicile conjugal en raison d'un différend avec l'appelante. D. \_\_\_\_\_ lui a fait part des difficultés qu'il rencontrait avec ses enfants. Après la séparation des époux, il s'est rendu à leur domicile. La cohabitation d'[...] et de son père lui est apparue normale. Il estime que D. \_\_\_\_\_ est assurément capable de s'occuper de deux adolescents aux études.

[...] est un ami de longue date de l'intimé. Il a pu constater lors de fréquentes rencontres avec le couple M. \_\_\_\_\_ que son ami s'occupait de ses enfants et était préoccupé de leur parcours scolaire. D. \_\_\_\_\_ lui a rapporté qu'il était l'interlocuteur principal des professeurs d[...]. Le témoin estime que son ami fait tout ce qui est en son pouvoir pour tenter de sauver son fils, qu'il a l'amour, la compréhension et la disponibilité nécessaires, le souci de bien faire et un grand sens de l'écoute. A son avis, les deux garçons écoutent leur père.

[...] connaît l'intimé depuis plus de quarante ans. Elle a déclaré que celui-ci était très préoccupé par l'éducation de ses enfants et qu'il lui paraissait tout à fait capable de s'occuper de leur éducation et de gérer leur quotidien. D. \_\_\_\_\_ lui a fait part de ses démarches auprès d'un thérapeute et des professeurs du gymnase pour tenter de remettre [...] sur les rails.

L'appelante a enfin requis l'audition du fils aîné des parties. [...], né en [...], est étudiant à l'EPFL. Il a confirmé que son frère, qu'il décrit comme un fainéant et un rebelle, avait des problèmes, particulièrement au gymnase. Les deux frères n'ont pratiquement pas de relations. A la question de savoir ce qu'entreprenaient ses parents pour régler les difficultés d[...], [...] a répondu qu'ils ne faisaient plutôt rien. Il a ajouté que sa mère était sévère, ce dont il ne se plaignait pas, et qu'elle le soutenait dans ses études. Il a confirmé avoir dit à son père, il ne sait plus à quelle période, qu'il avait le sentiment que "maman les avait abandonnés". [...] a déclaré enfin qu'il regrettait d'avoir accepté de témoigner, demandant pardon à ses parents de l'avoir fait. Il a ajouté qu'il

pensait surtout à son frère, qui avait besoin qu'on s'occupe de lui pour qu'il ait un avenir.

4. [...] rencontre de graves problèmes de discipline. Il consomme du cannabis et de l'alcool. Il a redoublé sa première année de gymnase, au [...], et a été exclu des cours à plusieurs reprises durant le printemps 2010, puis en février et mai 2011. Au début de cette année, il a commis avec des camarades des déprédations à la propriété d'un sieur [...], à [...], dont ce dernier s'est plaint par courrier du 24 mars 2011.

[...] et son père ont conclu ce printemps, sans autre précision sur la date, un "contrat de confiance" aux termes duquel l'adolescent s'est engagé à avoir un comportement correct au gymnase, à travailler sérieusement et à ne sortir qu'en fin de semaine, jusqu'à une heure du matin, faute de quoi le père lui interdirait toutes sorties, confisquerait son Iphone et annulerait l'abonnement "Orange" le concernant.

D. \_\_\_\_\_ s'est rendu à deux reprises, durant le printemps 2011, avec son fils, chez le pédopsychiatre [...], à [...]. La mère a participé à la seconde séance.

Le 17 juin 2011, [...], doyen du gymnase du [...] a adressé à [...], avec copie aux parents et à la conseillère de classe, un courrier relatif à la fin l'année scolaire. A titre liminaire, il a confirmé que le comportement d'[...], depuis la rentrée des vacances scolaires pascales, s'était révélé très positif. Les résultats annuels étant insuffisants, le doyen considérait que le cas de l'adolescent était limite selon les règlements du gymnase, compte tenu du redoublement de la première année, et rendait plus difficile, par faveur, le passage en deuxième année lui-même subordonné à une décision de la Conférence des maîtres. Il lui offrait dès lors deux possibilités, savoir la demande écrite et contresignée des parents de passer en deuxième ou le transfert en seconde année de l'Ecole de Culture Générale, lui faisant savoir qu'en cas d'échec ou de refus des deux premières solutions, l'échec serait considéré comme définitif et entraînerait le devoir de quitter le gymnase. Enfin, le doyen

constatait que, si ses absences étaient en diminution, [...] avait manqué les cours le 6 juin, pour raison de santé, sans avoir produit de certificat médical. Il confirmait que la demande d'excuse était refusée en raison des renseignements contradictoires fournis par les parents (le père avait signé la demande d'excuse alors que la mère avait appelé spontanément pour assurer le secrétariat du bon état de santé de son fils) et que la deuxième année serait en conséquence accompagnée de mesures légères, sanctionnant cette dernière absence.

Dans un courrier du 17 juin 2011, contresigné par [...], le psychiatre [...] a attesté que celui-ci disposait d'un "haut potentiel intellectuel", mais qu'il avait vécu des événements très douloureux au niveau familial qui avaient pesé sur sa situation actuelle. Il estimait qu'il était indispensable que le gymnase du **Bugnon** lui accorde une dernière chance en lui permettant de passer en deuxième année. Il précisait qu' [...] s'était engagé à se faire "coacher" par lui, qui travaillerait de concert avec l'école pour, le cas échéant, intervenir sous forme de réunion de réseau avec le gymnase.

Le 19 juin 2011, D. \_\_\_\_\_ a sollicité de la Conférence des maîtres le passage de son fils [...] en deuxième année.

La direction du gymnase du [...] s'est plainte à l'intimé du fait que l'appelante la harcelait téléphoniquement. L'appelante a en effet admis qu'elle avait appelé une conseillère d'orientation scolaire, le 20 juin 2011, et que cette conversation avait duré au moins quarante-cinq minutes.

5. a) Les époux louent à la rue de l'[...], à [...], un studio et un appartement dont la charge locative totalise 1'196 fr. par mois. Ils ont reçu une très importante hausse de loyer, fondée sur une adaptation aux prix pratiqués dans le quartier.

b) M. \_\_\_\_\_ a obtenu le 31 mai 2008, après deux années d'apprentissage, un diplôme de dessinatrice en bâtiment. Elle a émargé à

l'assurance chômage jusqu'au 1<sup>er</sup> avril 2011, date à laquelle elle a épuisé son droit. L'indemnité qui lui était servie jusqu'alors était de 2'350 fr. par mois. L'appelante n'a plus d'autre source de revenus que la pension que lui sert son époux. Ses primes d'assurance maladie sont de 317 fr. 05. Compte tenu d'une base mensuelle de 1'200 fr., plus 150 fr. pour l'exercice du droit de visite, et d'un loyer hypothétique de 1'200 fr., les charges incompressibles de l'appelante sont de 2'867 fr. 05 que le premier juge a arrondies à 3'000 francs.

c) D. \_\_\_\_\_ travaille pour le compte de l'Etat de Vaud pour un gain net d'environ 9'960 fr. par mois, qui comprend le treizième salaire. Il a soutenu sans l'établir, mais son épouse ne l'a pas contesté, que ses primes d'assurance maladie et celles de ses fils totalisaient 637 fr. 55 par mois, non comprises les assurances complémentaires pour [...] et [...] par 86 fr. 20. Il est titulaire d'une assurance-vie dont les primes mensuelles sont de 385 francs. Les frais concernant [...] s'élèvent à 394 fr. : 264 fr. pour les repas, 50 fr. d'écolage et 80 fr. d'argent de poche. L'intimé contribue en outre à l'entretien de [...], qui poursuit ses études à l'EPFL, à raison de 1'600 fr. par mois. Le minimum vital de l'intimé est de 1'200 fr., celui d[...] de 600 francs. Les charges incompressibles de l'intimé, y compris le loyer, totalisent ainsi le montant de 6'098 fr. 75.

6. Par dictée au procès-verbal de l'audience du 21 juin 2011, M. \_\_\_\_\_ a modifié ses conclusions en ce sens que le délai fixé à son époux pour quitter le domicile conjugal est reporté au 30 juin 2011 et que la pension à laquelle elle prétend est fixée à 6'000 fr. par mois, allocations familiales non comprises. Elle a enfin requis des mesures superprovisoires tendantes à la jouissance de l'appartement conjugal et à la garde de l'enfant.

D. \_\_\_\_\_ a conclu au rejet de l'ensemble des conclusions de son épouse et confirmé les conclusions de sa réponse du 21 avril 2011.

**En droit :**

**1.**           **1.1** L'appel est recevable contre les ordonnances de mesures protectrices de l'union conjugale, qui doivent être considérées comme les ordonnances de mesures 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, JT 2010 III 121) dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). S'agissant d'une décision portant sur des conclusions non patrimoniales et patrimoniales dont la valeur capitalisée est supérieure à 10'000 fr., l'appel est recevable (Tappy, *ibid.* p. 126). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC et 271 CPC par renvoi de l'art. 276 CPC pour les procédures matrimoniales, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]; JT 2011 III 44).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt, le présent appel est recevable.

**1.2** 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 (Tappy, *op. cit.*, JT 2010 III 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, *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 c.2).

**1.3** 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; JT 2011 III 43 c.2). 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, op. cit. pp. 136-137).

En l'espèce, il n'y a pas d'éléments nouveaux, la pièce produite en appel étant déjà citée dans l'ordonnance entreprise.

**1.4** On peut se demander si le code de procédure civile laisse la place à des mesures provisionnelles ordonnées au sein d'une procédure de mesures protectrices qui relève elle-même des mesures provisionnelles. On ne peut l'exclure d'emblée; s'il est possible de rendre des mesures provisionnelles sans même entendre l'autre partie, il devrait a fortiori s'avérer concevable de rendre des mesures provisionnelles ou superprovisionnelles après que les parties aient été entendues en audience. Tel a bien été le cas en l'espèce, les deux parties ayant requis, au terme de l'audience du 21 juin, que des mesures superprovisoires soient prises. L'enfant [...] avait préalablement été entendu. Aucune des deux parties ne conteste au surplus la décision prise par voie de mesures provisionnelles, l'appel de M. \_\_\_\_\_ ne portant au contraire que sur les chiffres X à XIII du prononcé entrepris.

**2.**           **2.1** Le principe des mesures protectrices est admis, et l'appel ne porte que sur l'attribution du droit de garde et du logement conjugal, ainsi que sur les questions du droit de visite et des contributions d'entretien qui en découlent.

**2.2** Selon l'art. 176 al. 3 CC, 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 (art. 273 ss CC). Dès lors, il peut, notamment, confier l'autorité parentale à un seul des parents (art. 297 al. 2 CC). Il est en droit, à plus forte raison, de lui attribuer la garde des enfants. Les principes posés par la jurisprudence et

la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie (Chaix, Commentaire romand, n. 19 ad art. 176 CC; Bräm, Commentaire zürichoïse, n. 89 et 101 ad art. 176 CC; TF 5A\_693/2007 du 18 février 2008).

Au nombre des critères à prendre en considération, la capacité éducative doit être examinée au préalable (ATF 5A\_444/2008 du 14 août 2008, FamPra.ch 1/2009 n. 25, p. 252). Entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfant ainsi que l'aptitude de chaque parent à favoriser les contacts avec l'autre parent (TF 5A\_271/2009 du 29 juin 2009, c. 5.2), l'aptitude des parents à prendre soin personnellement de l'enfant et à s'en occuper de même que, le cas échéant, les rapports qu'entretiennent plusieurs enfants entre eux. Il convient de choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. Ainsi, la règle fondamentale en ce domaine est l'intérêt de l'enfant, celui des parents étant relégué à l'arrière-plan (TF 5A\_183/2010 du 19 avril 2010, c. 3.3.1). 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 136 I 178 c. 5.3; ATF 117 II 353 c. 3; ATF 115 II 206 c. 4a; ATF 115 II 317 c. 2; FamPra.ch. 4/2008 n. 104 p. 98, TF 5A\_181/2008 du 25 avril 2008; FamPra.ch 1/2006 n. 20 p. 193, TF 5C\_238/2005 du 2 novembre 2005).

A capacités éducatives équivalentes, il n'est pas arbitraire d'attribuer le droit de garde au père qui a démontré depuis plusieurs mois qu'il pouvait s'occuper de l'enfant (TF 5A\_693/2007 concernant des mesures protectrices de l'union conjugale).

Toujours à capacités équivalentes, la disponibilité d'un parent à collaborer avec l'autre pour ce qui a trait à l'enfant jouera un rôle déterminant (RDT 2008 354).

En l'espèce, la situation est particulière en raison de la présence d'un adolescent de seize ans et demi, difficile, qui a de sérieux problèmes scolaires. Un "contrat de confiance" a été signé au printemps 2011 entre le père et son fils. Dans sa lettre du 17 juin 2011, le directeur du gymnase a fait état d'un comportement positif d[...] durant le dernier trimestre, d'un échec toutefois, en principe et même si de peu, à la fin de l'année scolaire et de renseignements contradictoires fournis par les parents s'agissant de la défection de leur fils le 6 juin 2011, les absences étant par ailleurs en nette diminution.

Entendu par le premier juge le 31 mai 2011, [...] a déclaré que la situation était plus sereine depuis la séparation, qu'aucun des parents ne l'avait impliqué dans leur conflit, que tout se passait bien avec chacun d'eux, qu'il comprenait bien ce que voulait son père, qui est très rationnel, et qu'il comprenait parfois moins bien ce que souhaitait sa mère.

Hormis le témoignage du fils aîné, neutre, les témoignages sont plutôt orientés en faveur de celle des parties qui a requis leur audition et, sur les faits pertinents, reposent pour l'essentiel sur des dires rapportés. Leur pertinence doit être appréciée en conséquence.

**2.3** Le premier juge a attribué le droit de garde au père, en considérant en substance que les deux parents étaient attachés à leur fils et se préoccupaient de son avenir, qu'[...] traversait toutefois une période difficile de sa vie, qu'il avait besoin d'un cadre sécurisant, que le père, dont le comportement est plus posé, paraissait plus à même de fournir ce cadre, qu'il avait pris les mesures nécessaires (contacts avec un thérapeute et avec les professeurs), que le comportement d[...] au gymnase s'était amélioré pendant la première séparation (mai-juin 2011 selon la première décision rendue qui confiait la garde au père) et qu'il résultait du comportement de la mère que celle-ci paraissait incapable de faire la part des choses entre le conflit conjugal et l'intérêt des enfants. Il ressort en effet de la lettre du 17 juin 2011 précitée que M. \_\_\_\_\_ a téléphoné au gymnase pour contredire l'excuse faite par son époux s'agissant de l'absence d[...] du 6 juin 2011 et qu'elle avait été jusqu'à

requérir l'audition de leur fils aîné à l'audience de mesures protectrices, malgré les souffrances manifestes que cet exercice a causé à celui-ci.

**2.4** Ce raisonnement ne peut être que confirmé et, partant, la décision de confier le droit de garde au père approuvée. La situation de l'enfant s'est améliorée pendant la première séparation et la mère, malgré son attachement à son fils et son souci pour son bon développement, peine à faire la part des choses entre les attitudes adéquates et celles qui sont de nature à mettre de l'huile sur le feu.

Aucun des arguments développés dans l'appel ne justifie que l'on parvienne à une autre conclusion. Le contrat de confiance est loin d'être une "mascarade", les progrès constatés par le directeur dans son courrier du 17 juin 2011 suffisant à en attester. Le laxisme de l'intimé n'est pas avéré, un désaccord entre les parents quant à la présence occasionnelle d'une petite amie dans l'appartement conjugal (fait rapporté par la seule appelante dans son écriture) et le fait que l'intimé regarde beaucoup la télévision ne suffisant pas à l'établir. L'existence d'un désaccord entre les parents quant à l'absence du 6 juin 2011 ne permet pas non plus de constater que le père aurait mal agi ou que l'appelante ait mieux agi que lui. Quant à l'attitude que l'appelante reproche à l'intimé d'avoir avec ses amies, elle n'a aucune pertinence s'agissant du droit de garde. Tout au plus peut-on consentir à l'appelante qu'une intervention auprès d'un magasin vendant de l'alcool à des mineurs ne justifie pas un reproche "de suivre son fils dans la rue lorsqu'il va rencontrer d'autres jeunes", mais cela ne justifie pas qu'une solution différente que celle confirmée ci-dessus soit adoptée.

Contrairement à ce que l'appel sous-entend, l'attribution du droit de garde ne vise pas à punir celui des parents à qui la garde n'est pas confiée, mais à choisir la solution qui garantit le mieux la stabilité permettant un bon développement de l'enfant.

Il s'ensuit que l'appel doit être rejeté sur ce point. Partant, les modalités de l'exercice du droit de visite de l'appelante sur son fils [...] sont confirmées.

**3. 3.1** L'appelante conteste également l'attribution à l'intimé du domicile conjugal. Elle soutient qu'elle s'est investie personnellement et minutieusement dans la décoration de l'appartement, qu'elle a pris soin de créer un lieu de vie accueillant pour sa famille et que sa situation financière ne lui permet pas de louer, ni de trouver dans le délai qui lui a été imparti, un appartement susceptible d'accueillir ses fils de manière adéquate.

**3.2** Selon la jurisprudence, le juge des mesures protectrices de l'union conjugale tranche la question de l'attribution provisoire du logement conjugal à l'une des parties en fonction de l'opportunité et indépendamment de la question de savoir qui en est le propriétaire ou le locataire. S'il n'est pas possible de déterminer avec précision à qui la maison ou l'appartement sera le plus utile, c'est l'époux dont on peut raisonnablement l'exiger le plus aisément, compte tenu de toutes les circonstances, qui doit déménager (JT 2010 I 341 c. 3.1; ATF 120 II 1 c. 2c p. 3, JT 1996 I 232). La jurisprudence et la doctrine ont clarifié ce qu'il fallait entendre par "opportunité" (Zweckmässigkeit) et "plus grande utilité" (grösserem Nutzen) (Hausheer/Reusser/Geiser, Commentaire bernois, n. 29 ad art. 176 CC). Ce qui motive prioritairement la décision, c'est l'intérêt de l'enfant à pouvoir demeurer dans l'environnement habituel qui lui est familier, ainsi que le fait, confirmé par l'expérience, que l'époux qui reste seul trouve plus rapidement à se loger, comme personne individuelle, que l'autre époux à qui la garde des enfants a été confiée. Au second plan, on a égard aux intérêts d'ordre affectif, comme par exemple l'étroitesse du lien avec l'immeuble qui sert de logement conjugal, une valeur d'usage momentanément très élevée, ou la possibilité pour un époux d'en assurer personnellement l'entretien. Si la pesée des intérêts en présence ne permet pas une conclusion précise, c'est finalement, dans le doute, le statut juridique tel que la propriété ou les autres rapports d'usage que l'on prend en compte et auxquels on accorde davantage

d'importance même lorsque l'on envisage une suspension du ménage commun pour une plus longue durée. 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 financières, etc.), que des motifs d'ordre financier peuvent s'avérer décisifs pour l'attribution du logement conjugal (TF 5A\_766/2008 du 4 février 2009 publié in JT 2010 I 341 c. 3.1 et 3.2). Dans les cas litigieux, le juge des mesures protectrices de l'union conjugale décide de l'attribution du logement selon sa libre appréciation en tenant compte de toutes les circonstances et en pesant attentivement les intérêts des parents et des enfants (TF 5P\_336/2004 du 10 mars 2005 c. 2 et 4A\_344/2008 du 28 juillet 2008 c. 5).

**3.3** En confiant la garde d[...] à son père, le premier juge a attribué la jouissance du logement conjugal à ce dernier.

**3.4** En l'espèce, le cœur de l'argumentation de l'appelante s'agissant de l'octroi du domicile conjugal concerne l'attribution du droit de garde. La confirmation de cette attribution au père rend cette argumentation sans objet. C'est à juste titre que le premier juge a attribué le logement familial à l'époux, compte tenu de l'importance que revêt la stabilité du cadre dans lequel évolue [...] (Stettler/Germani, Droit civil III, Les effets généraux du mariage [art. 159-180 CC], 2<sup>e</sup> éd., n° 377). Le fait que l'un des époux doit se chercher un autre appartement constitue une conséquence inéluctable de toute séparation et ne justifie pas en soi que soit adoptée une autre solution que celle du premier juge. Quant au délai de départ, que l'appelante trouve trop court, il était nécessaire au vu de la grave mésentente entre les époux et il correspond d'ailleurs au délai que celle-ci requérait voir impartir à son conjoint, de telle sorte qu'elle est malvenue de se plaindre de sa brièveté. Enfin, chaque époux apportant, sur la durée, sa touche à la décoration du logement familial, il n'est pas déterminant que l'appelante ait choisi "chaque objet minutieusement".

Il s'ensuit que l'appel doit être rejeté sur ce point également.

**4.**           **4.1** L'appelante conteste la quotité de la contribution mise à sa charge. Elle conclut au service d'une pension de 5'800 fr. par mois, qui correspond à la couverture de son minimum vital et de celui d'[...].

**4.2** Selon l'art. 176 al. 1 ch. 1 CC (Code civil du 10 décembre 1907; RS 210), le juge qui prononce la séparation fixe, en application de l'art. 163 al. 1 CC, la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre. Le montant de la contribution d'entretien se détermine en fonction des facultés économiques et des besoins respectifs des époux. Tant que dure le mariage, chacun des conjoints a le droit de participer de la même manière au train de vie antérieur. En cas de situation financière favorable, il convient ainsi de se fonder sur les dépenses indispensables au maintien de vie antérieur, qui constitue la limite supérieure du droit à l'entretien (ATF 121 I 97 c. 3b p. 100 et les arrêts cités; TF 5A\_205/2010 du 12 juillet 2010 c. 4.2.3, publié in FamPra.ch 2101 p. 894). C'est au créancier de la contribution d'entretien qu'il incombe de préciser les dépenses nécessaires à son train de vie et de les rendre vraisemblables (ATF 115 II 424 c. 2 p. 425; TF 5A\_732/2007 du 4 avril 2008 c. 2.2).

**4.3** L'argumentation de l'appelante se fonde sur l'attribution en sa faveur de la garde sur l'enfant mineur et sur l'attribution en découlant de la jouissance de l'appartement conjugal. Le fait que l'appel soit rejeté sur ces points prive cette argumentation de sa pertinence.

Pour le reste, l'appelante ne conteste pas les calculs du premier juge. Cette appréciation arithmétique, consistant à lui garantir la couverture de son minimum vital en tenant compte d'un loyer supposé de 1'200 fr., mais sans prendre en compte un revenu hypothétique, doit être confirmée. On peut en effet adhérer au raisonnement du premier juge qui consiste à ne pas partager le solde disponible de l'intimé après paiement de ses charges incompressibles, de 862 fr. (9'960 fr. de revenus - 6'098 fr. de charges de l'intimé - 3'000 fr. de charges de l'appelante), au motif que le débiteur a la garde d'[...], travaille à plein temps et soutient financièrement le fils majeur des parties. Le fait que les calculs effectués ne tiennent pas compte de la charge fiscale du débirentier, pourtant

conséquente, est un motif de plus de ne pas partager ce disponible, dès que la non-prise en compte de la charge fiscale est de nature à compliquer considérablement la situation financière si la séparation devait se prolonger.

**4.4** Ce grief de l'appelante doit en conséquence être rejeté.

**5.** Au vu de ce qui précède, l'appel doit être rejeté, en application de l'art. 312 al. 1 CPC, et le prononcé confirmé.

**6.** Au vu de ce qui précède et, notamment des difficultés de l'appelante à faire la part des choses entre le conflit conjugal et la situation de son fils [...], l'appel était manifestement voué à l'échec, le sort des autres points contestés en appel découlant de la décision prise à propos du droit de garde. Il s'ensuit que la requête d'assistance judiciaire, dont le sort avait été laissé en suspens, doit être rejetée.

L'appelante, qui succombe, supportera en conséquence les frais de la présente procédure (art. 106 al. 1 CPC et 65 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]).

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimé qui n'a pas été invité à se déterminer.

Par ces motifs,

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

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** Le jugement est confirmé.
- III.** La requête d'assistance judiciaire de l'appelante M. \_\_\_\_\_ est rejetée.
- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont mis à la charge de l'appelante.
- V.** L'arrêt motivé est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du 30 août 2011

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

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 Véronique Fontana (pour M. \_\_\_\_\_)
- Me Eduardo Redondo (pour D. \_\_\_\_\_)

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).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois.

Le greffier :