

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 19 janvier 2012

Présidence de M. COLOMBINI, président
Juges : M. Krieger et Mme Kühnlein
Greffier : M. Corpataux

Art. 133 al. 1 et 285 al. 1 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.**_____, à Payerne, défendeur, contre le jugement rendu le 14 octobre 2011 par le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **E.**_____, à Puidoux, demanderesse, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par jugement du 14 octobre 2011, notifié aux parties les 17 et 19 octobre 2011, le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a prononcé le divorce des époux A._____ et E._____ (I), attribué l'autorité parentale sur les enfants Enfant 2 et Enfant 3, ainsi que leur garde, à leur mère E._____ (II et III), dit que A._____ jouira d'un libre et large droit de visite sur ses enfants, à exercer d'entente avec leur mère (IV), astreint A._____ à contribuer à l'entretien des enfants Enfant 2 et Enfant 3 par le régulier versement d'une pension mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois, de 500 fr. par enfant, dès décision définitive et exécutoire et jusqu'à leur majorité ou jusqu'à la fin de leur formation professionnelle si celle-ci se poursuit au-delà de la majorité et se termine dans les délais normaux, l'art. 277 al. 2 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210) étant réservé (V), dit que les pensions prévues au chiffre V seront adaptées à l'évolution du coût de la vie dans la mesure où les revenus de A._____ seront eux-mêmes adaptés à cette évolution, à charge pour lui de prouver que tel n'est pas le cas (VI), dit que chaque partie assumera les dettes et poursuites ouvertes à son nom et que pour le surplus, leur régime matrimonial est dissous et liquidé, chaque partie étant reconnue propriétaire des meubles et objets en sa possession (VII), renoncé au partage des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés par les parties durant le mariage (VIII), interdit à A._____ de s'approcher à moins de 300 mètres d'E._____, sous réserve de l'exercice de son droit de visite sur ses enfants, sous la menace de la peine prévue par l'art. 292 CP (Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0) (IX), ordonné aux agents de la force publique d'intervenir pour faire respecter l'interdiction prévue au chiffre IX, sur simple présentation de la décision de justice à intervenir (X), arrêté les frais et émoluments du tribunal à 1'500 fr. à la charge de l'Etat et à 1'500 fr. à la charge de A._____ (XI), dit qu'il n'est pas alloué de dépens (XII), fixé l'indemnité du conseil d'office d'E._____ à 2'847 fr. 75, TVA et débours compris (XIII), dit qu'E._____ est, dans la mesure de l'art. 123 CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, RS 272), tenue au remboursement des

frais judiciaires et de l'indemnité du conseil d'office mis à la charge de l'Etat (XIV) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (XV).

En droit, s'agissant de la contribution d'entretien due en faveur des enfants mineurs, les premiers juges ont retenu que A._____ ne réalisait aucun revenu, mais qu'il possédait une formation de garde de corps et qu'il suivait une formation d'aide en stérilisation. Ils ont estimé qu'il se justifiait dès lors de lui imputer un revenu hypothétique de 4'000 fr., soit la moyenne entre le salaire d'aide en stérilisation de 3'600 fr. auquel il pourrait prétendre quand il aurait terminé sa formation et le revenu de 4'400 fr. qu'il pourrait obtenir, notamment dans le domaine de la construction, en faisant preuve de bonne volonté. Considérant, conformément à la pratique vaudoise, que la contribution globale due en faveur des deux enfants mineurs devait correspondre aux 25 % du revenu net du débirentier, le tribunal a fixé la contribution due pour chacun de ceux-ci à 500 francs.

B. Par acte du 11 novembre 2011, A._____ a fait appel de ce jugement, en prenant les conclusions suivantes : « je propose de payer une pension alimentaire de 500 fr. pour mes deux enfants Enfant 2 et Enfant 3 et que les frais de justice me soient exonérés ». L'appelant a requis par ailleurs le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel ; il a été dispensé d'avance de frais, la décision définitive sur l'assistance judiciaire étant réservée.

L'appelant a produit cinq pièces à l'appui de son appel, à savoir un contrat de stage conclu le 20 avril 2011 avec la Clinique [...], un avenant à ce contrat du 31 août 2011, un décompte de salaire du 21 octobre 2011, un extrait de son compte postal daté du 14 décembre 2011 ainsi qu'une décision de taxation du 6 septembre 2011.

Le 10 janvier 2012, la juge déléguée de la cour de céans a ordonné la production par l'appelant de son contrat de travail et de ses fiches de salaire pour les mois d'octobre à décembre 2011. Le 17 janvier

2012, l'appelant a donné suite à cette réquisition en produisant le contrat de travail conclu le 5 octobre 2011 avec la Clinique [...] et ses trois dernières fiches de salaire.

L'intimée n'a pas été invitée à se déterminer sur l'appel.

C. La Cour d'appel civile retient les faits suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

a) A._____, né le 29 mars 1972, et E._____, née [...] le 22 juin 1976, se sont mariés le 28 février 2002 devant l'Officier de l'état civil de Lomé (Togo).

Trois enfants sont issus de cette union : Enfant 1, né le 7 novembre 1991, aujourd'hui majeur, Enfant 2, née le 17 août 1999, et Enfant 3, né le 9 août 2007.

b) Les parties se sont séparées en octobre 2008 et leur situation a été réglée dans deux conventions de mesures protectrices de l'union conjugale successives, la première signée le 3 octobre 2008 et la seconde le 2 octobre 2009.

c) Par demande du 24 février 2011, E._____ a ouvert action en divorce devant le Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois, concluant à ce que le mariage des époux soit dissous par le divorce (I), qu'en cas d'accord entre les parties, l'autorité parentale sur les enfants Enfant 2 et Enfant 3 soit exercée conjointement (II), que la garde des enfants soit confiée à la demanderesse (III), que le défendeur exerce un libre et large droit de visite sur les deux enfants, moyennant entente entre les parties (IV), que le défendeur contribue à l'entretien de ses enfants par le versement d'une rente mensuelle, payable d'avance le premier de chaque mois en mains de la demanderesse, de 400 fr. par enfant jusqu'à l'âge de six ans révolu, de 500 fr. par enfant dès lors et jusqu'à l'âge de douze ans, de 600 fr. dès lors et jusqu'à la majorité ou jusqu'à

l'achèvement de la formation professionnelle (V), que les rentes prévues sous chiffre V soient indexées (VI), que chaque partie assume ses dettes et poursuites ouvertes à son nom et que chacune soit reconnue propriétaire des meubles et objets en sa possession, considérant ainsi leur régime matrimonial comme dissous et liquidé (VII), que le partage des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés par les parties pendant le mariage soit effectué selon les précisions qui auront été apportées en cours d'instance (VIII), qu'il soit donné interdiction au défendeur de s'approcher à moins de 300 mètres de la demanderesse, sous réserve de son droit de visite sur les enfants (IX) et qu'il soit donné ordre aux agents de la force publique d'intervenir pour faire respecter l'interdiction prévue au chiffre IX sur simple présentation de la décision de justice à intervenir (X).

Le défendeur, bien que régulièrement assigné, ne s'est pas présenté, ni personne en son nom, à l'audience en conciliation du 5 avril 2011.

Par acte du 21 avril 2011, la demanderesse a motivé ses conclusions.

Le défendeur n'a pas déposé de réponse, même dans le délai supplémentaire qui lui a été imparti à cet effet en application de l'art. 223 al. 1 CPC.

Par courrier du 25 août 2011, la demanderesse a précisé ses conclusions II et VIII en ce sens que l'autorité parentale sur les enfants Enfant 2 et Enfant 3 lui est attribuée (II) et qu'il est renoncé au partage des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés pendant le mariage, vu l'impossibilité d'établir le montant accumulé à ce titre par le défendeur (VIII).

Lors de l'audience de jugement du 13 septembre 2011, le défendeur a acquiescé au principe du divorce et aux conclusions I à IV et

VII à X de la demande du 24 février 2011, telle que modifiée par le courrier du 25 août 2011.

Entendu par les juges dans le cadre de l'instruction d'office, le défendeur a déclaré ce qui suit :

« En 2003, j'ai suivi une formation de six mois d'agent de sécurité en Suisse. Au terme de cette formation, une attestation m'a été délivrée par l'Ecole professionnelle de garde du corps de Sion. Ce diplôme me permet d'exercer les professions de [videur] de discothèque ou d'agent de sécurité auprès de [...] par exemple. Le fait que je n'ai pas de permis de conduire et que je fais l'objet de poursuite pour dette[s] a eu pour conséquence que je n'ai jamais été engagé comme agent de sécurité ou videur de discothèque. J'ai cherché des emplois de ce genre, mais je n'en ai pas trouvé. J'ai occupé des emplois de garçon de cuisine, d'employé polyvalent etc. à titre temporaire.

Ma femme et moi sommes séparés de fait depuis octobre 2008. Je n'ai pas versé de contribution d'entretien pour mes enfants depuis lors, en raison de nombreuses dettes que j'ai envers des tiers. Je suis en bonne santé. J'ai actuellement pour une quinzaine de milliers de francs de dettes. Actuellement je suis une formation d'aide en stérilisation à la clinique [...]. Cette formation devrait durer une année. Cette formation m'occupe à 100 %. Un poste d'aide en stérilisation devrait me rapporter un salaire mensuel de l'ordre de Fr. 3600.- (trois mille six cents francs) selon mes renseignements. »

d) La situation financière des parties se présente comme il suit :

aa) A. _____ est âgé de 40 ans et est en bonne santé. Par le passé, il a suivi une formation de garde du corps, mais n'a jamais exercé ce métier, qui lui permettrait de percevoir un salaire mensuel de l'ordre de 3'600 francs. Durant la procédure de première instance, A. _____ suivait une formation d'aide en stérilisation à la Clinique [...]; il n'exerçait en conséquence aucune activité lucrative et bénéficiait de prestations des services sociaux. Depuis lors, A. _____ a terminé cette formation ; il a

conclu le 5 octobre 2011 un contrat de travail avec cette clinique, ce qui lui permet de réaliser un salaire mensuel net de 3'347 fr. 20, versé treize fois l'an.

bb) E. _____ travaille à 50 % en qualité d'employée de restaurant pour le compte de [...] et perçoit à ce titre un revenu mensuel brut de 1'845 fr. 15, versé treize fois l'an, ce qui correspond à un montant mensuel net de l'ordre de 1'812 fr., allocations familiales en sus. Elle reçoit également une aide mensuelle de 1'536 fr. des services sociaux.

Son loyer se monte à 1'620 fr., charges comprises, et les primes d'assurance maladie, pour elle et pour ses deux enfants à charge, s'élèvent au total à 805 fr. 75.

En droit :

1. a) Le jugement attaqué a été rendu le 14 octobre 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 ; ATF 137 III 127 ; ATF 137 III 130 ; Tappy, in CPC commenté, Bâle 2011, nn. 5 ss ad art. 405 CPC).

b) L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), 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). Le délai pour l'introduction de l'appel est de trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

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

2. a) 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 134). Elle peut revoir l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, *ibid.*, p. 135).

b) aa) 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 ; Tappy, *op. cit.*, 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 jurisprudence de la cour de céans (JT 2011 III 43 ; RSPC 2011, p. 320, note approbatrice de Tappy) considère qu'en appel les *novas* sont soumis au régime ordinaire, même dans les causes soumises à la maxime inquisitoire (en ce sens Tappy, *op. cit.*, p. 115 ; Hohl, Procédure civile, Tome II, 2^e éd., Berne 2010, n. 2410, p. 437). Toutefois, des *novas* 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).

bb) En l'espèce, l'appelant a produit plusieurs pièces à l'appui de son appel. Le contrat de stage du 20 avril 2011 et son avenant du 31 août 2011 figuraient déjà au dossier de première instance et ne constituent dès lors pas des pièces nouvelles. L'extrait de compte postal

daté du 14 décembre 2011 et le décompte de salaire du 21 octobre 2011 ne figuraient pas au dossier, mais sont postérieurs à l'audience de jugement du 13 septembre 2011 et sont donc recevables. Quant à la décision de taxation du 6 septembre 2011, rien n'indique que l'appelant n'en aurait pas eu connaissance préalablement à l'audience précitée ; elle est cependant sans incidence sur l'issue du litige et la question de sa recevabilité peut rester ouverte. Sur réquisition de la juge déléguée, l'appelant a produit en outre son contrat de travail du 5 octobre 2011 et les fiches de salaire des mois d'octobre à décembre 2011.

L'état de fait a été complété en tenant compte des pièces nouvelles dont la recevabilité a été admise.

3. a) L'appelant reproche en substance aux premiers juges de lui avoir imputé un revenu hypothétique de 4'000 francs. Il explique réaliser un salaire net de 3'347 fr. en qualité d'assistant en stérilisation auprès de la Clinique [...] et fait valoir que ses multiples recherches pour trouver un travail dans le domaine de la construction ont été vaines en raison de la saturation du marché et du fait que les entreprises recherchent uniquement du personnel qualifié. Il fait encore état de ses charges courantes et de ses dettes et demande la réévaluation de la situation.

b) aa) Aux termes de l'art. 285 al. 1 CC, par renvoi de l'art. 133 al. 1 CC, la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère, compte tenu de la fortune et des revenus de l'enfant ainsi que de la participation de celui des parents qui n'a pas la garde de l'enfant à la prise en charge de ce dernier.

Pour fixer le montant de la contribution d'entretien en faveur des enfants mineurs, la jurisprudence vaudoise part en règle générale d'un pourcentage du revenu mensuel ou de la capacité de gain du débiteur de la contribution alimentaire, fixé en fonction du nombre d'enfants bénéficiaires ; cette proportion est évaluée à environ 15 à 17 %

du revenu mensuel net du débirentier si ce dernier a un enfant en bas âge, 25 à 27 % lorsqu'il y en a deux, 30 à 35 % lorsqu'il y en a trois et 40 % lorsqu'il y en a quatre (Bastons Bulletti, L'entretien après divorce : méthodes de calcul, montant, durée et limites, in SJ 2007 II 77 ss, spéc. p. 107 s. ; RSJ 1984, n. 4, p. 392 et note, p. 393 ; Meier/Stettler, Droit de la filiation, 4^e éd., Zurich 2009, n. 978, pp. 567-568 ; TF 5A_84/2007 du 18 septembre 2007 c. 5.1, reproduit in Revue du droit de la tutelle 2007, p. 299). Il s'agit là d'un taux approximatif qui doit être pondéré au vu des circonstances, selon l'équité (ATF 107 II 406 c. 2c ; RSJ 1984, n. 4, p. 392 précité ; Meier/Stettler, ibidem). La cour de céans applique ces critères à tous les enfants mineurs, indépendamment de l'état civil de leurs parents (mariés ou non, séparés ou divorcés ; cf. CREC II 15 novembre 2010/234). Ces pourcentages ne valent en général que si le revenu du débiteur se situe entre 3'500 fr. et 4'500 fr. par mois (ATF 116 II 110 c. 3a, JT 1993 I 162), revenu qui a toutefois été réactualisé depuis lors, de 4'500 fr. à 6'000 fr., pour tenir compte de l'augmentation du coût de la vie (CREC II 11 juillet 2005/436). Le Tribunal fédéral a avalisé la méthode forfaitaire telle qu'appliquée dans le canton de Vaud, pour autant que la contribution d'entretien reste en rapport avec le niveau de vie et la capacité contributive du débiteur, le taux pouvant devoir être pondéré au vu des circonstances et selon l'équité (TF 5A_84/2007 précité ; TF 5A_178/2008 du 23 avril 2008 c. 3.3).

Le jugement peut prévoir que la contribution sera augmentée ou réduite dès que des changements déterminés interviendront dans les besoins de l'enfant, les ressources des parents ou le coût de la vie (art. 286 al. 1 CC). Dans la pratique, l'on rencontre avant tout l'échelonnement des contributions (allant en s'accroissant) en fonction de l'âge des enfants ; les seuils sont généralement fixés à six ans (âge d'entrée en scolarité obligatoire), dix ou douze ans (passage en scolarité de niveau secondaire) et seize ans (fin de la scolarité obligatoire) (cf. CREC II 22 octobre 2007/207 c. 5 et les réf. citées).

bb) Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif du débirentier. Il peut toutefois lui

imputer un revenu hypothétique supérieur. Le motif pour lequel le débirentier a renoncé à un revenu, ou à un revenu supérieur, est, dans la règle, sans importance. En effet, l'imputation d'un revenu hypothétique ne revêt pas un caractère pénal. Il s'agit simplement d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et - cumulativement (ATF 137 III 118 c. 2.3) - dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations (ATF 128 III 4 c. 4a ; TF 5A_290/2010 du 28 octobre 2010 c. 3.1, publié in SJ 2011 I 177). Ainsi, le juge doit examiner successivement les deux conditions suivantes. Tout d'abord, il doit déterminer si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne qu'elle exerce une activité lucrative ou augmente celle-ci, eu égard, notamment, à sa formation, à son âge et à son état de santé ; il s'agit d'une question de droit. Lorsqu'il tranche celle-ci, le juge ne peut pas se contenter de dire, de manière toute générale, que la personne en cause pourrait obtenir des revenus supérieurs en travaillant ; il doit préciser le type d'activité professionnelle qu'elle peut raisonnablement devoir accomplir (TF 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 c. 7.4.1 destiné à la publication). Ensuite, le juge doit établir si la personne a la possibilité effective d'exercer l'activité ainsi déterminée et quel revenu elle peut en obtenir, compte tenu des circonstances subjectives susmentionnées, ainsi que du marché du travail ; il s'agit-là d'une question de fait (ATF 128 III 4 c. 4c/bb ; ATF 126 III 10 c. 2b). Pour arrêter le montant du salaire, le juge peut éventuellement se baser sur l'enquête suisse sur la structure des salaires, réalisée par l'Office fédéral de la statistique, ou sur d'autres sources (conventions collectives de travail ; Mühlhauser, Das Lohnbuch 2010, Mindestlöhne sowie orts- und berufübliche Löhne in der Schweiz, Zurich 2010 ; cf. ATF 137 III 118 c. 3.2 ; TF 5A_99/2011 précité c. 7.4.1).

c) En l'espèce, l'appelant est au bénéfice d'une formation d'agent de sécurité mais, constatant qu'il ne trouverait pas d'emploi dans ce domaine, il s'est reconverti et a suivi avec succès une formation en stérilisation. Arrivé au terme de son stage, il perçoit actuellement un salaire net de 3'347 fr., versé 13 fois l'an, soit 3'626 fr. net mensualisé. Il ne dispose d'aucune autre formation professionnelle.

S'il ne conteste pas disposer d'une bonne condition physique qui lui permettrait de travailler dans le domaine de la construction, il indique que le marché est saturé. Si l'on se réfère aux tabelles de l'Office fédéral de la statistique, le salaire mensuel brut moyen dans le secteur de la construction pour les hommes qui ne bénéficient d'aucune formation est de 5'098 fr. et de 4'633 fr. pour les activités dans le secteur « services » qui comprend les activités commerciales, comptables, de secrétariat ou encore de nettoyage. Plus particulièrement dans le domaine médical, un homme ne disposant d'aucune formation doit être en mesure de réaliser un salaire mensuel brut de 4'799 fr. (Annuaire statistique de la Suisse 2010, Salaire mensuel brut selon le domaine d'activité, le niveau des qualifications requises pour le poste de travail et le sexe, p. 109).

L'appelant renonce à prospecter dans des secteurs qui seraient plus rémunérateurs si bien que les premiers juges ne se sont pas fourvoyés en imputant un revenu hypothétique de 4'000 fr. net à l'appelant, lequel est légèrement supérieur au revenu net effectivement réalisé (3'626 fr.). La contribution d'entretien pour chaque enfant a ainsi été correctement arrêtée, le montant de 500 fr. par enfant correspondant au minimum qui pouvait être accordé. En outre, il n'y a pas de raison de pondérer ce montant en raison des dettes que l'appelant aurait contractées auprès des tiers, qui cèdent le pas à l'obligation d'entretien du droit de famille et ne font pas partie du minimum d'existence (TF 5A_452/2010 du 23 août 2010, in FamPra.ch 2011, n. 2, p. 165).

Par surabondance, on relèvera que, même si l'on devait s'en tenir au revenu effectivement perçu par l'appelant, soit 3'626 fr. par mois, le moyen de celui-ci serait également infondé. La proportion de 25 % du revenu mensuel net du débirentier devant être affectée à l'entretien des enfants, telle que retenue par les premiers juges, trouve en effet application en présence de deux enfants en bas âge. Les contributions devant en principe être rééchelonnées en fonction de l'âge des enfants, pour tenir compte de leurs besoins croissants, selon des paliers fixés à six, dix ou douze et seize ans, cette proportion peut par conséquent être amenée à être augmentée. Aussi, la solution adoptée par les premiers

juges, qui renoncent à fixer des paliers, est favorable à l'appelant ; la contribution fixée à ce jour est ainsi globalement équitable, compte tenu de l'âge d'Enfant 2, qui a plus de douze ans et aurait ainsi pu bénéficier de deux paliers.

Il découle de ce qui précède que le moyen de l'appelant est mal fondé et qu'il doit être rejeté.

4. a) L'appelant demande par ailleurs que les frais judiciaires de première instance soient laissés à la charge de l'Etat et qu'il soit mis au bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure d'appel.

b) A teneur de l'art. 117 CPC, une personne a droit à l'assistance judiciaire si elle ne dispose pas de ressources suffisantes et si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès. S'agissant de la deuxième condition, il ne faut pas rendre impossible de porter en deuxième instance une cause que le requérant souhaite légitimement faire réexaminer (Tappy, in CPC commenté, n. 34 ad art. 117 CPC et la réf. citée). Dans ces circonstances, la tournure finalement prise par le procès et le rejet de l'appel dans la procédure de l'art. 312 al. 1 CPC ne signifie pas nécessairement que l'assistance judiciaire doit être refusée.

L'assistance judiciaire est exceptionnellement accordée avec effet rétroactif (art. 119 al. 4 CPC). Le Message ne donne pas d'exemple de circonstances permettant de telles exceptions. Selon la doctrine, il faut qu'il apparaisse excusable de ne pas avoir sollicité l'assistance judiciaire alors que les conditions en étaient réunies. Outre les affaires où l'urgence imposait de sauvegarder sans attendre certains droits, on peut songer aussi au cas où l'avis prévu par l'art. 97 CPC n'a pas été donné ou ne l'a été que tardivement (Tappy, in CPC commenté, n. 19 ad art. 119 CPC).

c) En l'espèce, l'appel n'était pas d'emblée dépourvu de toute chance de succès et l'appelant ne dispose pas de ressources suffisantes, de sorte que l'assistance judiciaire doit lui être octroyée.

Par ailleurs, s'agissant d'un divorce sur requête unilatérale, aucune avance de frais n'a été requise de l'appelant qui était défendeur à l'action en première instance et il ne ressort pas du dossier que son attention ait été attirée sur le montant probable de ses frais et sur la possibilité de requérir l'assistance judiciaire, alors même qu'il n'était pas assisté d'un avocat. Il en résulte qu'il y a manifestement eu violation de l'art. 97 CPC, ce qui justifie que l'autorité d'appel octroie à l'appelant l'assistance judiciaire avec effet rétroactif à la date de la première audience de première instance, soit au 5 avril 2011. Aussi, le jugement doit être réformé au chiffre XI de son dispositif en ce sens que les frais de judiciaires du défendeur sont laissés à la charge de l'Etat.

5. En conclusion, l'appel doit être rejeté dans la procédure de l'art. 312 al. 1 CPC, l'assistance judiciaire octroyée à l'appelant avec effet au 5 avril 2011 et le jugement réformé d'office au chiffre XI de son dispositif en ce sens que les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 1'500 fr. pour la demanderesse E. _____ et à 1'500 fr. pour le défendeur A. _____, sont laissés à la charge de l'Etat.

Vu l'octroi de l'assistance judiciaire à l'appelant, les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 63 al. 1 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]), sont laissés à la charge de l'Etat.

Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires de première et deuxième instance mis à la charge de l'Etat.

Il n'y a pas matière à l'allocation de dépens de deuxième instance, l'intimée n'ayant pas été invitée à se déterminer.

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
en application de l'art. 312 al. 2 CPC,
p r o n o n c e :

- I. L'appel est rejeté.
- II. La requête d'assistance judiciaire de l'appelant est admise avec effet au 5 avril 2011.
- III. Le jugement est réformé d'office au chiffre XI de son dispositif en ce sens que les frais judiciaires de première instance, arrêtés à 1'500 fr. (mille cinq cents francs) pour la demanderesse E. _____ et à 1'500 fr. (mille cinq cents francs) pour le défendeur A. _____, sont laissés à la charge de l'Etat.

Il est confirmé pour le surplus.
- IV. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- V. Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires de première et deuxième instance mis à la charge de l'Etat.
- VI. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du 26 janvier 2012

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 :

- M. A. _____
- Me David Parisod (pour E. _____)

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 :