

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 18 juillet 2011

Présidence de Mme CHARIF FELLER, juge délégué
Greffier : M. Perret

* * * * *

Art. 176 al. 3, 297 al. 2 CC; 308 CPC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.O.**_____, à Ollon, intimé, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 14 juin 2011 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelant d'avec **B.O.**_____, à Leysin, requérante, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 14 juin 2011, dont la motivation a été communiquée aux parties le même jour, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a admis les requêtes de mesures provisionnelles déposées les 24 novembre et 3 décembre 2010 par le Service de protection de la jeunesse [ci-après : SPJ] (I), confirmé les ordonnances de mesures préprovisionnelles rendues les 24 novembre et 8 décembre 2010 (II), pris acte des engagements pris par A.O._____ et B.O._____ à l'occasion de l'audience de mesures provisionnelles du 10 février 2011 (III), confié au SPJ le droit de garde au sens de l'art. 310 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210) sur les enfants E.O._____, né le [...] 2001, D.O._____, née le [...] 2000, et C.O._____, né le [...] 1998 (IV), confié au SPJ le droit d'organiser les relations personnelles des enfants E.O._____, D.O._____ et C.O._____ avec leur père A.O._____ et leur mère B.O._____ (V), dit que les dépens sont compensés et que les frais de la décision suivent le sort de la cause provisionnelle (VI) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VII).

En droit, le premier juge a considéré que l'attribution de la garde sur les enfants E.O._____ et D.O._____ au SPJ n'était pas contraire à leur intérêt dans la mesure où aucun intervenant, pas même les enfants, ne s'était totalement opposé à une telle solution, qu'il ne disposait d'aucun élément lui permettant d'imaginer que l'importance du conflit entre les parents puisse rapidement diminuer et que la situation impliquait la nécessité de sortir les enfants de ce cadre néfaste (cf. prononcé, p. 23 *in fine*). S'agissant de l'enfant C.O._____, sa garde a également été attribuée au SPJ, le premier juge estimant que cet organisme serait libre de placer les enfants où il le souhaite en tenant compte de leurs intérêts et sans devoir subir le conflit qui oppose les parents, la souplesse de ce système permettant au SPJ d'adapter rapidement sa décision de manière adéquate (cf. prononcé, p. 25). Le premier juge a ensuite relevé que cette situation permettrait également

au SPJ de déterminer avec précision les modalités d'un éventuel droit de visite au bénéfice de l'un ou l'autre parent ou des deux. En ce qui concerne la contribution d'entretien, le premier juge a retenu qu'il appartenait au SPJ de s'adresser à chaque parent pour lui réclamer une participation financière à la prise en charge des enfants dont il a obtenu le droit de garde; en l'état, la mère assumant les charges courantes des trois enfants au quotidien, il n'y avait pas lieu de modifier le montant de la pension alimentaire versée par A.O. _____ en mains de son épouse pour l'entretien des siens, ce système pouvant le cas échéant être revu si le SPJ devait décider de placer les enfants de manière différente. Enfin, le premier juge a considéré qu'il n'était pas utile de déterminer s'il fallait ou non ordonner la fermeture du compte ouvert auprès de la Poste suisse par A.O. _____ laissé à la gestion de l'enfant C.O. _____, dès lors que le père pourrait toujours donner de l'argent à son fils en espèces; il a toutefois relevé que l'enfant disposait chaque mois de moyens financiers trop élevés et a ainsi invité les parents à se concerter pour décider ensemble du montant d'argent de poche mensuel à remettre à l'enfant C.O. _____ et selon quel mode de paiement.

B. Par appel motivé déposé le 22 juin 2011, A.O. _____ a pris les conclusions suivantes, sous suite de frais et dépens :

- I. Rejette les requêtes de mesures provisionnelles déposées le 24 novembre et [/e] 3 décembre 2010 par le Service de protection de la jeunesse.
- II. Annule les ordonnances de mesures provisionnelles rendues par la présidente du tribunal le 24 novembre et [/e] 8 décembre 2010.
- III. Prend acte des engagements pris par A.O. _____ et B.O. _____ à l'occasion de l'audience de mesures provisionnelles du 10 février 2011.
- IV. Confie à A.O. _____ le droit de garde sur l'enfant C.O. _____, né le [...] 1998 et à B.O. _____ le droit de garde sur les enfants E.O. _____, né le [...] 2001 et D.O. _____, née le [...] 2000.
- V. Le droit de visite s'exercera conformément aux modalités prévues au chiffre IV de l'adaptation des conclusions de la procédure en divorce.

- VI. Le SPJ est confirmé dans son mandat de curatelle.
- VII. Le chiffre II de l'arrêt sur appel du tribunal civil du 26 juin 2009 est modifié en ce sens qu'aucune pension n'est due par A.O. _____ en faveur des siens, ce dès le mois d'avril 2011.
- VIII. B.O. _____ est dispensée de contribution d'entretien en faveur de l'enfant C.O. _____.
- IX. Les allocations familiales seront acquises aux parents gardiens."

Par lettre du 7 juillet 2011, le juge délégué a dispensé l'appelant de l'avance de frais, la décision sur l'assistance judiciaire étant réservée.

L'intimée B.O. _____ n'a pas été invitée à déposer une réponse.

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

A.O. _____, né le [...] 1957, et B.O. _____, née [...] le [...] 1963, tous deux de nationalité française, se sont mariés le [...] 1997 devant l'Officier de l'Etat civil de [...] (VD).

Trois enfants sont issus de cette union :

- C.O. _____, né le [...] 1998;
- D.O. _____, née le [...] 2000;
- E.O. _____, né le [...] 2001.

B.O. _____ est également la mère de [...], né le [...] 1993.

Depuis 2008, les droits de garde et visite des enfants du couple, la contribution d'entretien de l'épouse et des enfants ainsi que le régime matrimonial des époux ont fait l'objet de plusieurs prononcés de mesures préprovisionnelles, de mesures provisionnelles et/ou de conventions partielles. Par ordonnance de mesures provisionnelles du 24

novembre 2010, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a notamment confié au SPJ le droit de garde au sens de l'art. 310 CC sur l'enfant C.O._____. (I). Le 3 décembre 2010, le SPJ s'est adressé au Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois, lui signalant des problèmes dans l'exercice du droit de visite de A.O._____ sur son fils C.O._____, souhaitant obtenir la gestion des relations personnelles entre le père et le fils. Par ordonnance de mesures préprovisionnelles du 8 décembre 2010, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a notamment confié au SPJ le droit d'organiser les relations personnelles de C.O._____ avec son père A.O._____ et sa mère B.O._____.

Le 20 janvier 2011, le SPJ a fait parvenir au Tribunal d'arrondissement de l'Est vaudois un rapport intermédiaire d'évaluation concernant la situation des trois enfants du couple. En substance, le SPJ a expliqué être rassuré quant au fait de laisser les trois enfants sous la responsabilité de leur mère. Il a également précisé que la garde sur ces enfants représente un enjeu important entre les parents, ce qui a amené le SPJ à demander le maintien du retrait du droit de garde au sens de l'art. 310 CC sur l'enfant C.O._____, le maintien de son attribution au SPJ ainsi qu'une extension de ce retrait sur les enfants D.O._____ et E.O._____. Enfin, le SPJ a recommandé une réactivation de la prise en charge de l'Accueil Educatif en Milieu Ouvert (AEMO) au domicile de celui des parents qui accueille principalement les enfants, en précisant qu'une demande d'intervention serait envoyée dans les jours à venir.

Le 10 février 2011, B.O._____ a déposé un procédé écrit pour conclure, avec suite de frais et dépens, à ce qu'ordre soit donné à tout employeur de A.O._____ de verser directement à B.O._____ la contribution mensuelle de 2'750 fr. que A.O._____ doit verser pour l'entretien des siens, d'avance le premier jour de chaque mois dès le 1^{er} mars 2011 (I), qu'ordre soit donné à A.O._____ de s'abstenir de téléphoner à C.O._____, directement sur son portable ou à son domicile, dans une mesure excédant les directives qui seront fixées à dire de justice (II), qu'ordre soit donné à A.O._____ de s'abstenir de se déplacer à Leysin pour y rencontrer ses enfants en dehors de son droit de visite,

notamment pour les voir à l'école ou aux alentours de l'école et pour les ramener à leur domicile (III), qu'ordre soit donné à A.O. _____ de résilier immédiatement le compte qu'il a ouvert à la Poste suisse pour y verser de l'argent à disposition de C.O. _____, le solde de ce compte étant affecté à dire de justice (IV) et à ce que le droit de visite de A.O. _____ soit modifié en ce sens qu'il ne puisse plus voir ses enfants le mercredi après-midi et qu'il doive les ramener, durant le week-end où il exerce son droit de visite, le dimanche soir à 18 heures (V).

Les parties, assistées de leurs conseils, et le SPJ, représenté par Z. _____, ont été entendus à l'audience de mesures provisionnelles du 10 février 2011.

A cette occasion, le Dr R. _____ a été entendu en qualité d'expert. On retiendra ce qui suit de ses déclarations :

- l'expert a expliqué qu'il n'excluait pas la possibilité de retirer le droit de garde sur les trois enfants des parties pour le confier au SPJ mais qu'il préconisait en premier lieu des mesures moins drastiques, dans l'intérêt des enfants, soit de laisser les enfants E.O. _____ et D.O. _____ auprès de leur mère et l'enfant C.O. _____ auprès de son père, assurant que la séparation de la fratrie ne serait pas traumatisante pour eux, même si cette solution ne pourrait en aucun cas assurer l'absence totale de risques de nouveaux conflits entre enfants;
- il a également précisé qu'il ne privilégiait pas la solution consistant à laisser les trois enfants vivre chez B.O. _____ en raison de plusieurs motifs, à savoir qu'il faudrait éviter de laisser les enfants C.O. _____ et E.O. _____ seuls entre eux, sans surveillance, puisqu'il y aurait un risque de bagarre, que C.O. _____ pourrait également avoir des conflits avec sa sœur, qu'il aurait lui-même demandé à pouvoir vivre chez son père, qu'un placement chez la mère pourrait impliquer des conséquences négatives sur le comportement de l'enfant et que B.O. _____ avait déjà assuré auparavant avoir pris les mesures qui s'imposaient pour que les trois enfants puissent vivre chez elle mais que cela n'avait pas fonctionné;
- le Dr R. _____ a ensuite déclaré que la séparation de la fratrie en laissant les enfants E.O. _____ et D.O. _____ vivre chez leur mère et

l'enfant C.O._____ chez son père ne posait pas un problème significatif dans la mesure où un demi-frère, l'enfant [...], avait déjà quitté le territoire suisse, ce qui signifiait que la fratrie était déjà séparée;

- s'agissant de la collaboration de A.O._____ dans le cadre de l'expertise, le Dr R._____ a dit qu'il n'avait pas eu de problème.

Quant au SPJ, il a exposé les points suivants :

- la séparation de la fratrie impliquerait des conséquences négatives, telles que la jalousie entre les enfants E.O._____ et D.O._____, d'une part, et C.O._____ d'autre part, puisque celui-ci aurait une relation privilégiée avec son père; c'est pourquoi le SPJ a proposé de retirer aux parents la garde sur les trois enfants, de la lui confier et de déterminer le logement de B.O._____ comme le lieu de placement des trois enfants, ce qui n'impliquerait pas une prise de risque inconsidérée dans la mesure où les trois enfants bénéficient d'un suivi (s'agissant de l'enfant D.O._____, il s'agit d'investigations visant à déterminer s'il convient de la faire bénéficier d'un tel soutien);

- Z._____ a également expliqué que A.O._____ avait montré les résultats de l'expertise à son fils C.O._____ et qu'il lui avait dit qu'il sortirait du foyer alors qu'il était trop tôt pour faire une telle déclaration, ce qui pourrait avoir des conséquences néfastes pour l'enfant et démontrerait qu'il ne collabore pas de manière adéquate avec le SPJ;

- s'agissant du logement familial, occupé par B.O._____, C.O._____ aurait déclaré qu'il y était attaché et que cela lui avait manqué lorsqu'il avait été placé en foyer, tout comme son école, ce qui signifierait que l'enfant souhaiterait y retourner;

- selon le SPJ, il y aurait parfois des manquements imputables à A.O._____ quant au suivi du travail scolaire effectué par son fils C.O._____.

A dite audience, A.O._____ a modifié les conclusions suivantes de son procédé du 9 avril 2010 :

- conclusion II : seule la garde sur l'enfant C.O._____ est attribuée à A.O._____;

- conclusion IV : la contribution réclamée ne l'est que pour C.O._____ et pas pour D.O._____ et E.O._____;
- conclusion V : la contribution d'entretien due par A.O._____ en faveur des siens est réduite à CHF 1'400.- (mille quatre cents francs) dès que C.O._____ sera transféré auprès de son père.

B.O._____ a conclu avec dépens au rejet des conclusions reconventionnelles II à V telles que modifiées en précisant qu'elle sollicitait le maintien de la situation actuelle concernant la garde et l'entretien et qu'elle se ralliait aux conclusions du rapport intermédiaire du SPJ du 20 janvier 2011.

La requérante a également précisé les conclusions de son procédé écrit du 10 février 2011 en ce sens que :

"I. Ordre est donné à la Caisse cantonale de chômage, agence de Vevey, subsidiairement à tout futur employeur de A.O._____, de verser directement à B.O._____ la contribution mensuelle de CHF 2'750.- (deux mille sept cent cinquante francs) due par A.O._____ à l'entretien des siens, subsidiairement toute autre pension fixée à dire de justice, d'avance le premier jour de chaque mois dès le 1^{er} mars 2011.

II. à V. Inchangés."

A.O._____ a alors conclu au rejet des conclusions dudit procédé. En outre, il s'est engagé à ne téléphoner aux enfants qu'au maximum une fois par jour de manière que les trois enfants puissent être atteints par ce seul et même téléphone, en principe entre 18h30 et 19h00, en s'abstenant de tous autres appels téléphoniques aux enfants en dehors de son droit de visite, qu'il s'agisse d'une ligne fixe ou d'un portable. Le requérant s'est également engagé à s'abstenir de se déplacer à Leysin pour y rencontrer ses enfants, notamment de venir à l'école ou à proximité de l'école, en dehors de la prise en charge des enfants pour exercer son droit de visite. Enfin, il a admis que le montant de la contribution d'entretien versée pour les siens, soit 2'750 fr., ne portait pas atteinte à son minimum vital.

Quant à l'intimée, elle s'est engagée à ne pas faire obstacle au téléphone quotidien de A.O._____ entre 18h30 et 19h00. Elle a également retiré les conclusions II et III de son procédé écrit du 10 février 2011. B.O._____ a précisé en outre qu'elle avait pris de nouvelles mesures destinées à assurer la sécurité des trois enfants s'ils devaient être placés chez elle, ce qui permettrait, notamment, d'éviter que les deux garçons ne soient laissés ensemble sans surveillance.

Il ressort du rapport d'expertise du Dr R._____ du 18 octobre 2010 et du rapport intermédiaire du SPJ du 20 janvier 2011 que le conflit qui oppose A.O._____ et B.O._____, ainsi que l'impossibilité qu'ils ont de communiquer entre eux, affectent de manière importante les trois enfants du couple, le SPJ précisant même que *"la garde de ces enfants est un enjeu"* (rapport intermédiaire du SPJ, p. 2) alors que le Dr R._____ a relevé que *"La multiplication de ces situations (dont la liste n'est certainement pas exhaustive), démontre l'ampleur du conflit qui déchire ces deux parents. Il ne fait aucun doute que les enfants sont totalement engagés dans cette dynamique et qu'ils sont submergés par des conflits de loyauté importants"* (rapport d'expertise du Dr R._____, p. 26) et que *"Monsieur et Madame O._____ doivent en effet réaliser que la situation qu'ils font vivre à leurs trois enfants à travers leurs accentuations et leurs disqualifications réciproques est assimilable à une situation de mauvais traitements psychologiques qui est certainement bien plus dommageable que les quelques actes de violence qu'ils ont subis (et qu'ils continuent occasionnellement de subir)"* (rapport d'expertise du Dr R._____, p. 27).

S'agissant de la garde sur les enfants E.O._____ et D.O._____, le SPJ en a demandé l'attribution (rapport intermédiaire du SPJ, p. 2). Si le Dr R._____ n'a pas proposé cette solution en premier lieu, il a tout de même expliqué que le retrait du droit de garde pourrait s'avérer nécessaire en fin de compte (rapport d'expertise du Dr R._____, p. 28).

Quant aux parties, B.O._____ a déclaré qu'elle se ralliait à la solution proposée par le SPJ, A.O._____ requérant pour sa part l'attribution de la garde sur l'enfant C.O._____ uniquement.

L'enfant D.O._____ a déclaré à l'expert qu'elle ne souhaitait pas voir de changement dans sa vie (rapport d'expertise du Dr R._____, p. 20) et l'enfant E.O._____ a expliqué qu'il souhaitait vivre chez son père mais qu'en définitive, si la situation demeurait la même, cela lui serait égal (rapport d'expertise du Dr R._____, p. 20).

Pour sa part, l'enfant C.O._____ a expliqué qu'il serait déçu si aucune modification n'intervenait quant aux modalités du droit de garde (attribué à B.O._____) puisqu'il estimait que ses conditions de vie auprès de sa mère étaient très peu satisfaisantes (rapport d'expertise du Dr R._____, p. 18).

S'agissant de la solution proposée par le SPJ, l'expert a précisé qu'avant de l'appliquer, il serait préférable d'entrevoir une autre solution en raison notamment des débordements issus de la relation que les enfants E.O._____ et C.O._____ entretiennent entre eux et qu'il aurait pu être dangereux de les placer ensemble. Par la suite, C.O._____ a été placé au [...], à Lausanne, avant de retourner vivre à Leysin à sa demande, la mère des enfants, aidée par le SPJ, ayant mis en place de nouvelles dispositions pour éviter d'éventuelles altercations entre les enfants.

En droit :

1. a) La décision attaquée a été rendue le 14 juin 2011, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC).

L'appel est recevable contre une ordonnance de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), 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 à la fois sur des conclusions non patrimoniales et patrimoniales pour moins de 10'000 fr., l'appel est recevable pour le tout, par attraction (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III 115, spéc. 126). Les ordonnances de mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d CPC (et selon l'art. 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 en matière de mesures provisionnelles relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

Formé en temps utile par une partie qui y a intérêt et portant notamment sur des conclusions, qui, capitalisées selon l'art. 92 al. 2 CPC, sont supérieures à 10'000 fr. (dans la mesure où l'appelant a conclu à ce qu'aucune pension n'est due par lui en faveur des siens [ch. VII]), l'appel interjeté est formellement recevable.

b) Les conclusions ne peuvent être modifiées en appel que si les conditions fixées à l'art. 227 al. 1 CPC sont remplies - soit qu'il y ait connexité avec les prétentions initiales ou que la partie adverse consente à la modification - et, cumulativement, que la modification repose sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux (art. 317 al. 2 CPC; Tappy, op. cit., p. 140). Cette limitation ne vaut pas, lorsque la maxime d'office est applicable, les conclusions des parties n'étant que des propositions qui ne lient pas le juge (Reetz/Hilber, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich-Bâle-Genève 2010, n. 76 ad art. 317 CPC).

En l'espèce, la maxime d'office est applicable, l'appel portant essentiellement sur le sort d'un enfant mineur (cf. art. 145 CC).

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., p. 134). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (ibidem, 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 (ibidem, p. 136).

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., p. 138). 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 (ibidem, pp. 136-137).

Dès lors que les parties sont parents de trois enfants mineurs et que l'appel porte essentiellement sur le sort de l'un d'entre eux, le litige est régi par la maxime inquisitoire illimitée de l'art. 296 CPC (Hohl, Procédure civile, tome II, 2^{ème} éd., nn. 1166 ss et 2414 ss). Les pièces produites par l'appelant devraient donc être considérées comme des novae susceptibles d'être examinées par le juge de l'appel en application de l'art. 317 al. 1 CPC.

3. a) Pour la durée de la procédure de divorce, les enfants doivent, en règle générale, être confiés au parent qui est à même de prendre soin d'eux personnellement dans une large mesure et au sein du milieu dans lequel ils ont vécu jusqu'alors. Au stade des mesures provisionnelles, il n'y a pas encore à déterminer chez quel parent le droit

des enfants à des soins et à une éducation optimums est le mieux assuré pour l'avenir. Cette question ne devra être tranchée que dans le jugement au fond (ATF 111 II 223 c. 3; TF 5P.112/2000 du 22 mai 2000 c. 2a).

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 ordonne les mesures nécessaires, d'après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC); il peut notamment confier la garde des enfants à un seul des parents (art. 297 al. 2 CC). Les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie. La règle fondamentale 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 parents et enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant et à s'en occuper personnellement ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel; ce dernier critère revêt un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soin sont similaires (ATF 117 II 353 c. 3 pp. 354/355). Le juge appelé à se prononcer sur le fond qui, par son expérience en la matière, connaît mieux les parties et le milieu dans lequel l'enfant est amené à vivre, dispose d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 117 II 353 c. 2 p. 355; TF 5A_860/2009 du 26 mars 2010 c. 3.1).

b) L'appelant précise dans son appel que celui-ci porte essentiellement sur la question de l'attribution de la garde sur l'enfant C.O._____, alors que ses conclusions englobent d'autres aspects, telle la contribution d'entretien due aux siens, mais en rapport avec le placement des enfants.

L'appelant indique que la situation de l'enfant C.O._____ a empiré et qu'une nouvelle audience a eu lieu le 5 mai 2011 par devant le premier juge, l'ordonnance y relative n'ayant pas encore été notifiée aux

parties. Il reproche au premier juge de ne pas avoir auditionné l'enfant C.O. _____, dès lors que le placement de celui-ci s'était mal passé selon le père de l'enfant. S'agissant du sort de cet enfant, l'appelant reproche au premier juge de s'être écarté de l'expertise du Dr R. _____ du 18 octobre 2010 et de l'avis exprimé lors de l'audition de cet expert en date du 10 février 2011. La situation de l'enfant ne s'étant pas améliorée, la décision du premier juge serait inadéquate et violerait manifestement le principe de la proportionnalité.

Au vu des développements intervenus dans la situation de l'enfant, dont fait état l'appelant lui-même en signalant la tenue d'une audience en date du 5 mai 2011, on peut se poser la question de savoir si le présent appel a encore un objet. Cette question peut toutefois demeurer indécise, dès lors que l'appel doit de toute manière être rejeté. En effet, selon les éléments du dossier sur lesquels s'appuie l'ordonnance entreprise, il sied de relever que l'enfant C.O. _____ avait été entendu, tout comme son frère et sa sœur, le 18 octobre 2010 par le Dr R. _____. La prétendue violation du droit d'être entendu concerne le refus par le premier juge d'entendre l'enfant en vue de l'audience du 5 mai 2011 et qui ne peut faire l'objet du présent appel. Par ailleurs, l'ordonnance entreprise expose les raisons pour lesquelles elle ne s'appuie plus sur le rapport d'expertise, celui-ci semblant être dépassé au regard du placement de l'enfant C.O. _____ puis de son retour auprès de sa mère. L'évolution de la situation est du reste confirmée par la tenue d'une nouvelle audience le 5 mai 2011, lors de laquelle il était prévu de réentendre le Dr R. _____ suite à la requête de l'appelant.

Il ressort à la fois du rapport d'expertise du Dr R. _____ du 18 octobre 2010 et du rapport intermédiaire du SPJ du 20 janvier 2011 que le conflit opposant les époux O. _____ ainsi que l'impossibilité qu'ils ont de communiquer entre eux affectent de manière importante les trois enfants du couple, le SPJ précisant même que la garde des enfants était un enjeu alors que le Dr R. _____ a relevé que *"la multiplication de ces situations (dont la liste n'est certainement pas exhaustive) démontrait l'ampleur du conflit qui déchire ces deux parents. Il ne fait aucun doute que les enfants*

sont totalement engagés dans cette dynamique et qu'ils sont submergés par des conflits de loyauté importants" (rapport d'expertise du Dr R._____, p. 26) et que "*Monsieur et Madame O._____ doivent en effet réaliser que la situation qu'ils font vivre à leurs trois enfants à travers leurs accentuations et leurs disqualifications réciproques est assimilable à une situation de mauvais traitements psychologiques qui est certainement bien plus dommageable que les quelques actes de violence qu'ils ont subis (et qu'ils continuent occasionnellement de subir)"* (rapport d'expertise précité, p. 27). L'expert a considéré qu'une partie importante des débordements violents intervenant entre les enfants E.O._____ et C.O._____ sont en lien avec la relation hautement conflictuelle que connaissent les deux enfants entre eux, raison pour laquelle il a recommandé de différencier les modalités de garde pour chacun des deux, privilégiant l'attribution de la garde sur l'enfant C.O._____ à son père. La mère des enfants s'est ralliée à la solution proposée par le SPJ, à savoir l'attribution de la garde de C.O._____ audit Service, le père concluant à l'attribution de la garde en sa faveur. Pour sa part, l'enfant C.O._____ a expliqué qu'il serait déçu si aucune modification n'intervenait quant aux modalités du droit de garde attribué à la mère, ses conditions de vie auprès de sa mère étant très peu satisfaisantes. La solution du SPJ a l'avantage d'éviter les jalousies que les enfants pourraient développer les uns à l'égard des autres si l'un d'entre eux vivait chez leur père alors que les deux autres restaient chez leur mère. Dans ces conditions, l'attribution par le premier juge de la garde sur l'enfant C.O._____ au SPJ ne paraît ni inadéquate ni disproportionnée. Le fait que le SPJ fasse appel au père pour solliciter son aide dans certaines situations ne suffit pas à justifier l'attribution du droit de garde au père, cette sollicitation rentrant, dans l'intérêt primordial de l'enfant dont le premier juge a tenu compte, dans le cadre du devoir de collaborer des parents avec ledit Service.

Dès lors que l'ordonnance attaquée respecte les principes prévalant en matière d'attribution de la garde, les moyens de l'appelant doivent être rejetés. Il sied toutefois de relever que si le premier juge venait à examiner une nouvelle fois la situation des enfants, en particulier celle de l'enfant C.O._____, notamment lors de l'audience prévue le 31

août 2011, il conviendrait de procéder à l'audition de celui-ci conformément à l'art. 144 al. 2 CC, dès lors qu'il est âgé de 13 ans (cf. ATF 131 III 553, JT 2006 I 83) et d'autant plus qu'il a exprimé son souhait d'être entendu (voir pièce 9 du bordereau de l'appelant : lettre manuscrite non datée, rédigée vraisemblablement en vue de l'audience du 5 mai 2011, le premier juge ayant refusé de manière discutable l'audition de l'enfant dans son courrier du 11 avril 2011). A relever que l'art. 298 CPC (Schweighauser, in Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich-Bâle-Genève 2010, nn. 7, 12, 16, 25 et 27 ad art. 298 CPC) prévoit expressément l'audition de l'enfant avec la possibilité de recourir de l'enfant capable de discernement contre le refus d'être entendu (art. 298 al. 3 CPC).

4. Dans la mesure où l'appel est dirigé contre la réglementation de la contribution d'entretien dans l'arrêt sur appel du 26 juin 2009 (cf. ordonnance attaquée, p. 9 en haut), il convient également de le rejeter. En effet, le premier juge a retenu qu'il appartenait au SPJ de s'adresser à chaque parent pour lui réclamer une participation financière à la prise en charge des trois enfants dont il a obtenu la garde. Les enfants s'étant retrouvés chez leur mère par décision de ce Service, c'est elle qui a assumé les charges courantes des enfants au quotidien, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de modifier le montant de la pension alimentaire versée par A.O. _____ en mains de son épouse pour les siens. Le premier juge a précisé que ce système pourra être modifié si le SPJ devait décider un placement différent des enfants. Dès lors que le montant de la contribution d'entretien est étroitement lié au placement des enfants qui est toujours en cours, comme il ressort du reste des conclusions de l'appelant lui-même (VII et VIII), il n'y a pas lieu de procéder, à ce stade, à la correction du montant de la contribution d'entretien. Il appartient à l'appelant de s'adresser à ce sujet au premier juge - il semble du reste l'avoir fait - dans le cadre de la procédure en cours, en lui fournissant le cas échéant l'ensemble des pièces justificatives attestant d'éventuels changements dans sa situation financière. L'appelant ne peut se contenter au stade de l'appel contre l'ordonnance de mesures provisionnelles

attaquée présentement de renvoyer comme il le fait (cf. p. 7 de l'appel) à sa requête du 4 mai 2011 ayant prétendument fait l'objet d'une ordonnance non notifiée, qui ne peut être examinée dans le cadre du présent appel.

5. Au vu de ce qui précède, il y a lieu de rejeter l'appel et de confirmer l'ordonnance.

L'appel n'apparaissant pas d'emblée dénué de toute chance de succès, au regard notamment de la question délicate du sort et de l'audition de l'enfant C.O._____, et la condition de l'indigence devant, en l'état, être admise au vu de la décision du bureau de l'assistance judiciaire du 5 novembre 2010 et des pièces réactualisées produites, attestant notamment de l'état des dettes de l'appelant, il y a lieu de lui accorder l'assistance judiciaire pour la procédure de deuxième instance.

L'indemnité de conseil d'office de Me Olivier Flattet doit être fixée à 1'414 fr. 80, TVA et débours compris. L'appelant est tenu, dans la mesure de l'art. 123 CPC, au remboursement de cette indemnité.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 et 63 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils; RSV 270.11.5]), sont laissés à la charge de l'Etat (art. 122 al. 1 let. b CPC).

Dans la mesure de l'art. 123 CPC, l'appelant, qui voit ses conclusions de deuxième instance rejetées, est tenu au remboursement de ces frais judiciaires.

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

- I.** L'appel est rejeté.
- II.** L'ordonnance est confirmée.
- III.** La requête d'assistance judiciaire de l'appelant est admise.
- IV.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs), sont laissés à la charge de l'Etat.
- V.** L'indemnité d'office de Me Olivier Flattet, conseil de l'appelant, est arrêtée à 1'414 fr. 80 (mille quatre cent quatorze francs et huitante centimes) pour la procédure de deuxième instance, TVA et débours compris.
- VI.** Le bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenu au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- VII.** L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

Le greffier :

Du

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 Olivier Flattet (pour A.O. _____),
- Me Marc-Antoine Aubert (pour B.O. _____).

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 :

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

Le greffier :