

JUGE DELEGUEE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 11 septembre 2012

Présidence de Mme BENDANI, juge déléguée
Greffier : M. Schwab

* * * * *

Art. 176 al. 3, 310 al. 1, 314 ch. 1 CC; 29 Cst

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **Q.**_____, à Montreux, requérante, contre le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale rendu le 26 juin 2012 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois dans la cause divisant l'appelante d'avec **X.**_____, à Montreux, intimé, la juge déléguée de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 26 juin 2012, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a retiré la garde des enfants A. _____ et Y. _____ à leur mère et l'a confiée au Service de protection de la jeunesse (ci-après: SPJ) pour que celui-ci place les enfants en institution au mieux de leurs intérêts (I), dit que le droit de visite des parents sur les enfants sera organisé par le gardien (II), dit que les contributions d'entretien seront cas échéant fixées et exigées par le gardien (III), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (IV) et dit que le prononcé est rendu sans frais ni dépens (V).

En substance, le premier juge a considéré qu'une mesure de placement des enfants A. _____ et Y. _____ se justifiait afin de préserver leurs intérêts et que le droit de garde sur ces enfants devait ainsi être confié au SPJ, à charge pour ce service de les placer en institution au mieux de leurs intérêts. Il a également estimé que le SPJ devait règlementer le droit de visite de Q. _____, et de X. _____ sur leurs enfants, fixer d'éventuelles contributions d'entretien à charge des parents et, cas échéant, les exiger.

B. Par mémoire motivé du 9 juillet 2012, Q. _____, a fait appel de cette décision, concluant, sous suite de frais judiciaires et dépens, préalablement à ce qu'elle soit mise au bénéfice de l'assistance judiciaire dans le cadre de la procédure d'appel (1) et que l'effet suspensif lui soit accordé (2), principalement à ce que le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 26 juin 2012 soit annulé (1), que Q. _____, conserve le droit de garde sur ses enfants (2) et que le droit de visite de X. _____ sur ses enfants soit provisoirement suspendu jusqu'à dires d'expert ou de tribunal (3), subsidiairement à ce que le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 26 juin 2012 soit annulé (1), que Q. _____, conserve le droit de garde sur ses enfants (2) et que le droit de visite de X. _____ sur ses enfants s'exerce dans les locaux du

Point Rencontre de Montreux, de manière surveillée, jusqu'à dires d'expert ou de tribunal (3). A l'appui de son appel, Q._____, a produit une pièce.

Le 13 juillet 2012, le SPJ s'est déterminé sur la requête d'effet suspensif déposée le 9 juillet 2012 par l'appelante, concluant au rejet de cette requête et recommandant un placement des enfants A._____ et Y._____. A cette occasion, deux pièces ont été produites.

Par détermination du 16 juillet 2012, X._____ a également conclu au rejet de la requête d'effet suspensif.

Le 19 juillet 2012, la Juge de céans a rejeté la requête d'effet suspensif du 9 juillet 2012, indiquant qu'il était dans l'intérêt des enfants de les placer en milieu institutionnel pour les éloigner du conflit parental.

Par mémoire du 27 juillet 2012, Q._____, a déposé un recours contre cette décision auprès du Tribunal fédéral et a requis l'effet suspensif.

Par ordonnance du 9 août 2012, la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral a rejeté la requête d'effet suspensif de Q._____.

Par réponse du 23 août 2012, X._____ a requis la production par le SPJ de l'ensemble du dossier concernant les enfants du couple et la production par les différents pédopsychiatres s'étant occupés des enfants d'un rapport concernant la situation de ceux-ci. L'intimé a également conclu, avec dépens, au rejet de l'appel du 9 juillet 2012 et requis le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure de deuxième instance.

Par détermination du 27 août 2012, le SPJ a indiqué qu'il était contraire à l'art. 133 al. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210) de prévoir la fixation par ses soins du montant de la contribution d'entretien éventuelle à mettre à la charge des parents pour leurs enfants. En outre, il a ajouté que le premier juge n'avait pas relevé le SPJ de son

mandat de curateur. Dans ces conditions, le SPJ a conclu au rejet de l'appel interjeté par Q. _____ (I), à la réforme du chiffre III du dispositif du prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 26 juin 2012 en ce sens que X. _____ contribue à l'entretien de ses enfants A. _____ et Y. _____ par le versement d'une contribution d'entretien mensuelle fixée à dire de justice (II) et à la réforme du chiffre IV du dispositif du prononcé entrepris en ce sens que le SPJ soit relevé de son mandat de curateur d'assistance éducative au sens de l'art. 308 al. 1 CC en faveur des enfants A. _____ et Y. _____ (III).

Par arrêt du 11 septembre 2012, la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral a rejeté le recours déposé le 27 juillet 2012 par Q. _____.

C. La Juge déléguée retient les faits suivants, sur la base du prononcé complété par les pièces du dossier :

Q. _____, née le [...] 1980, et X. _____, né le [...] 1979, se sont mariés à Vevey le [...] 2004. Deux enfants sont issus de cette union: A. _____, né le [...] 2005, et Y. _____, né le [...] 2007. En outre, X. _____ est le père d'un enfant issu d'un deuxième lit, N. _____, né le [...] 2011.

Par convention signée le 3 février 2010 et ratifiée le même jour par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale, les parties sont notamment convenues de vivre séparées pour une durée indéterminée (I), d'attribuer le droit de garde sur les enfants A. _____ et Y. _____ à leur mère en attendant le dépôt d'un rapport par le SPJ et de fixer les modalités de l'exercice du droit de visite de X. _____ sur ses enfants (II et III).

Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 5 février 2010, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a chargé le SPJ d'une enquête tendant à évaluer la situation de

A._____ et Y._____ et à faire toutes propositions utiles concernant l'attribution du droit de garde et l'aménagement d'un droit de visite.

Le 19 novembre 2010, le SPJ a rendu un rapport d'évaluation en recommandant l'instauration d'une curatelle éducative au sens de l'art. 308 al. 1 CC en faveur des deux enfants.

Par ordonnance de mesure d'extrême urgence du 22 février 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a instauré une curatelle éducative à forme de l'art. 308 al. 1 CC en faveur des enfants du couple, en la confiant au SPJ (I), et maintenu la convention signée par les parties le 3 février 2010 pour le surplus (II).

Le SPJ a fait intervenir le module d'activités temporaires et alternatives à la scolarité Trampoline (ci après: Trampoline) au bénéfice de l'enfant A._____. Après un premier rapport intermédiaire du 1^{er} juin 2011, Trampoline a rendu, le 27 juin 2011, un rapport intitulé "bilan final", indiquant qu'au mois d'août 2011, l'enfant A._____ intégrerait une classe à effectif réduit et qu'il serait ensuite réintégré dans une classe scolaire ordinaire, à son niveau, lorsque son comportement serait adéquat. Le SPJ a également recommandé aux parents de A._____ et de Y._____ de consulter un pédopsychiatre pour leurs enfants; c'est à ce titre que la doctoresse D._____ est intervenue dans l'encadrement de Trampoline. Le 29 juin 2011, elle a écrit au SPJ pour exprimer ses inquiétudes quant à la situation des deux enfants.

Dès le 7 juillet 2011, les services d'action éducative en milieu ouvert (ci-après: AEMO) sont intervenus auprès de Q._____, et ses enfants puis, dans un deuxième temps, en incluant X._____ dans leurs démarches.

Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 9 août 2011, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a ratifié une convention signée par les parties le 24 juin 2011, prévoyant notamment que les enfants seraient auprès de leur père du 17

juillet au 2 août 2011, cas échéant jusqu'au 17 août 2011, ainsi que durant la période du 14 au 21 octobre 2011 et que les parents auraient leurs enfants auprès d'eux à raison de la moitié des vacances scolaires chacun.

Le 10 mai 2012, Q._____, a déclaré au SPJ que X._____ avait frappé leurs enfants. Elle s'est ensuite rendue à l'Hôpital de la Riviera, à Vevey, pour faire établir un constat médical. Elle a également déposé une plainte pénale à l'encontre de son mari.

Le SPJ a organisé une réunion le 21 mai 2012 au cours de laquelle il a suggéré la possibilité de placer les enfants en institution afin de les éloigner du conflit opposant les parties et de mettre en place un soutien socio-éducatif global adapté aux besoins d'encadrement de A._____ et de Y._____. Q._____, a refusé cette proposition.

Par requête de mesures d'extrême urgence et de mesures protectrices de l'union conjugale du 22 mai 2012, Q._____, a conclu, avec suite de frais judiciaires et de dépens, à titre d'extrême urgence, principalement à ce que le droit de visite de X._____ sur ses enfants soit immédiatement suspendu (1), subsidiairement à ce que le droit de visite de X._____ sur ses enfants s'exerce jusqu'à nouvel ordre dans les locaux du Point Rencontre de Montreux, de manière surveillée (2), à titre provisoire, à ce que le droit de visite de X._____ sur ses enfants soit provisoirement suspendu jusqu'à dires d'expert et de tribunal (1) et que le droit de visite de X._____ sur ses enfants s'exerce jusqu'à dires d'expert ou de tribunal dans les locaux du Point Rencontre de Montreux, de manière surveillée (2).

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 23 mai 2012, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a dit que le droit de visite de X._____ sur ses enfants est suspendu avec effet immédiat, jusqu'à droit connu sur le sort des mesures protectrices de l'union conjugale (I), déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire (II) et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (III).

Durant le mois de juin 2012, les enfants A._____ et Y._____ ont été entendus par des assistants sociaux du SPJ.

Le 6 juin 2012, l'AEMO a rendu un rapport intermédiaire au SPJ dans lequel il a qualifié son travail de "quasiment impossible", les tensions entre les parties étant extrêmes. Il a également mentionné la possibilité d'un placement en institution au bénéfice des enfants A._____ et Y._____.

Le 15 juin 2012, lors d'une réunion, le SPJ a évoqué une nouvelle fois la possibilité de placer les enfants en institution, mesure préconisée par les autres intervenants professionnels présents, à savoir des représentants de l'école, de la pédopsychiatrie et de l'AEMO. L'appelante a répété son opposition à une telle mesure. Le même jour, le SPJ a adressé au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois un rapport sur la situation des enfants et de leurs parents, requérant le retrait du droit de garde de Q._____, au sens de l'art. 310 CC, afin de pouvoir placer les enfants A._____ et Y._____ aux mieux de leurs intérêts.

Par courrier du 18 juin 2012, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a transmis ce rapport aux parties et les a informées qu'il statuerait sur la question du retrait éventuel du droit de garde de Q._____, sur ses enfants lors de l'audience du 21 juin 2012.

Par détermination du 18 juin 2012, X._____ a conclu, avec dépens, au rejet des conclusions de la requête de mesures protectrices de l'union conjugale du 22 mai 2012. Reconventionnellement, il a conclu, avec dépens, à ce qu'il puisse bénéficier d'un libre et large droit de visite sur ses enfants et qu'à défaut d'entente les modalités de l'exercice de ce droit de visite soient les suivantes: un week-end sur deux du vendredi, dès la sortie de l'école et de la crèche, jusqu'au dimanche, à 17h00, ainsi que les mercredis, de 9h00 à 17h00, et la moitié des vacances scolaires (I) et qu'il soit dispensé de toute pension pour l'entretien des siens avec effet au 1^{er} juin 2012 (II).

Lors de l'audience du 21 juin 2012, X. _____ a déclaré qu'il ne s'opposait pas à ce que le droit de garde sur ses enfants soit retiré à son épouse pour être confié au SPJ en vue d'un placement. A titre superprovisionnel, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a immédiatement rendu une décision prévoyant notamment le retrait du droit de garde de Q. _____, sur les enfants A. _____ et Y. _____ pour le confier au SPJ afin que ledit service place les enfants en institution au mieux de leurs intérêts (I), l'organisation du droit de visite des parents sur les enfants par le gardien (II) et la possibilité pour le gardien de fixer et d'exiger d'éventuelles contributions d'entretien à la charge des parents (III).

En droit :

1. L'appel est recevable contre les prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale, lesquels doivent être considérés comme des décisions provisionnelles (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, in JT 2010 III 115, spéc. p. 121), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Les prononcés de mesures protectrices de l'union conjugale étant régis par la procédure sommaire, selon l'art. 271 CPC, le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC). L'appel relève de la compétence d'un juge unique (art. 84 al. 2 LOJV [Loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979; RSV 173.01]).

Formé en temps utile par une partie qui y a un intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions non patrimoniales, le présent appel est recevable à la forme.

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 (JT 2011 III 43 et les références citées).

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; Jeandin, CPC commenté, 2011, n. 6 ad art. 317, p. 1265). Il appartient à l'appelant de démontrer que ces conditions sont réalisées, de sorte que l'appel doit indiquer spécialement de tels faits et preuves nouveaux et motiver spécialement les raisons qui les rendent admissibles selon lui (JT 2011 III 43 c. 2 et les réf. citées). La jurisprudence de la Cour de céans considère que ces exigences s'appliquent aux litiges soumis à la maxime inquisitoire, mais pas à ceux relevant de la maxime d'office, par exemple ceux portant sur la situation d'enfants mineurs en droit matrimonial, à tout le moins lorsque la juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (JT 2011 III 43).

Dès lors que la cause porte sur la situation d'enfants mineurs, elle est soumise aux maximes inquisitoires illimitée et d'office. Les pièces produites par l'appelante et le SPJ sont dès lors recevables, dans la mesure où elles ne figurent pas déjà au dossier de première instance, et il en a été tenu compte dans l'établissement des faits.

3. a) Dans un premier moyen, invoquant une violation de son droit d'être entendue, l'appelante reproche au premier juge d'avoir détourné l'objet initial de l'audience du 21 juin 2012 en lui retirant abruptement le droit de garde sur ses enfants, alors que les conclusions des parties portaient sur le droit de visite de X._____ et les contributions d'entretien dues par ce dernier, sans qu'elle ait pu se déterminer sur la demande reconventionnelle de la partie adverse, ni sur le rapport du SPJ du 15 juin 2012.

b) Pour les questions relatives aux enfants, la maxime d'office s'applique à l'objet du procès et la maxime inquisitoire à l'établissement des faits. Ainsi, le juge n'est pas lié par les conclusions des parties. Il peut attribuer non seulement moins que ce qui est requis dans les conclusions, mais aussi autre chose, voire statuer en l'absence de conclusions. Il doit en outre établir les faits, en ordonnant d'office l'administration des moyens de preuves nécessaires; les parties doivent toutefois collaborer à la procédure probatoire en lui soumettant les faits déterminants et leurs offres de preuves (cf. ATF 5A_361/2011 du 7 décembre 2011 c. 5.3.1).

Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 Cst, comprend notamment le droit pour le justiciable de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (cf. ATF 133 I 270 c. 3.1 p. 277; ATF 126 I 15 c. 2a/aa p. 16; ATF 124 I 49 c. 3a p. 51).

c) En l'espèce, la maxime d'office s'appliquant aux questions relatives aux enfants, le premier juge était autorisé à statuer sur la question de leur garde et ce même en l'absence de toute conclusion des parties à ce sujet.

Pour le reste, le droit d'être entendue de l'appelante a été préservé dans la mesure où le premier juge a entendu les parties lors de son audience du 21 juin 2012. Or, à cette date, l'intéressée avait déjà

connaissance tant du rapport d'évaluation du SPJ daté du 15 juin 2012 que de la réponse et demande reconventionnelle du 18 juin 2012, ce qu'elle ne conteste du reste pas. Par ailleurs, même si le rapport du SPJ du 15 juin 2012 n'a pas été directement envoyé aux parties, il résulte du dossier que, par courrier du 18 juin 2012, le premier juge a communiqué ce document aux parties et les a au demeurant informées qu'il statuerait sur le retrait du droit de garde à l'issue de l'audience du 21 juin 2012.

Au regard du déroulement des événements tels qu'exposé ci-dessus, on doit admettre que l'appelante a eu loisir de prendre connaissance, puis de s'exprimer, à tout le moins lors de l'audience du 21 juin 2012, sur tous les documents pertinents et de proposer tout autre moyen de preuve avant que le premier juge ne rende sa décision.

Mal fondé, le moyen de l'appelante doit être rejeté.

4. a) Dans un deuxième moyen, l'appelante conteste la pertinence du rapport établi le 15 juin 2012 par le SPJ. Elle considère que ce document est incomplet et imprécis, dès lors qu'il ne fait que deux pages, qu'il ne décrit pas la manière dont grandissent les enfants auprès de leur mère, qu'il est extrêmement bref sur l'épisode des coups portés par le père et ne mentionne pas l'existence de croquis à caractère violent et sexuel réalisés par l'enfant A._____. En outre, Q._____, prétend que les interventions liées à l'encadrement des enfants sont trop espacées dans le temps pour permettre au SPJ d'avoir une vision pertinente de la situation.

b) En l'état de la procédure et dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale, il convient d'admettre que ce document est suffisant, complet et précis, dans la mesure où il résume la situation des enfants et contient des conclusions claires en ce sens qu'un placement est nécessaire et doit intervenir dans les meilleurs délais. De plus, ce document ne constitue pas le seul élément retenu pour justifier, à titre provisoire, le retrait du droit de garde de la mère (cf. infra ch. 5 ca).

S'agissant des coups portés par le père, des dessins de l'enfant A. _____ et de la problématique globale liée à la situation des enfants, ces éléments ressortent suffisamment de l'ensemble du dossier. Quant à la fréquence des interventions liées à l'encadrement des enfants, en l'état actuel, l'AEMO a relevé que son travail était quasiment impossible en raison des tensions existantes entre Q. _____, et X. _____. La fréquence des interventions paraît ainsi adéquate et ne permet en aucun cas de mettre en doute la pertinence du rapport du SPJ.

Mal fondé, ce grief doit être rejeté.

5. a) Dans un troisième moyen, l'appelante invoque une violation des art. 307, 308 et 310 CC pour contester le retrait de son droit de garde sur ses deux enfants. Elle considère, en effet, que cette mesure est disproportionnée et reproche au SPJ de ne pas avoir indiqué dans son rapport le souhait des enfants sur cette question.

ba) En vertu de l'art. 176 al. 3 CC, relatif à l'organisation de la vie séparée, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge des mesures protectrices ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC). Seul le droit de garde est ordinairement attribué dans le cadre de la procédure des mesures protectrices de l'union conjugale ou lorsque des mesures provisionnelles sont ordonnées pour la procédure de divorce (ATF 136 III 353 c. 3.1, JT 2010 I 491). Les principes posés par la jurisprudence et la doctrine en matière de divorce sont applicables par analogie (Chaix, Commentaire Romand, n. 19 ad art. 176 CC; Verena Bräm, Commentaire zurichois, n. 89 et 101 ad art. 176 CC; TF 5A_693/2007 du 18 février 2008; TF 5A_69/2011 du 27 février 2012 c. 2.1, in FamPra.ch 2012 p. 817). 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 pour l'attribution de la garde ou de l'autorité parentale, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin

personnellement de l'enfant et à s'en occuper ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent, 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. Ce dernier critère revêt un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soin sont similaires (ATF 117 II 353 c. 3). 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; TF 5A.860/2009 du 26 mars 2010 c. 3.1).

A teneur de l'art. 310 al. 1 CC, lorsqu'elle ne peut éviter autrement que le développement de l'enfant ne soit compromis, l'autorité tutélaire retire l'enfant aux père et mère chez qui il se trouve et le place de façon appropriée. Selon l'art. 310 al. 2 CC, à la demande des père et mère ou de l'enfant, l'autorité prend les mêmes mesures lorsque les rapports entre eux sont si gravement atteints que le maintien de l'enfant dans la communauté familiale est devenu insupportable et que, selon toute prévision, d'autres moyens seraient inefficaces. La cause du retrait doit résider dans le fait que le développement corporel, intellectuel ou moral de l'enfant n'est pas assez protégé ou encouragé dans le milieu de ses père et mère ou dans celui où ceux-ci l'ont placé (Hegnauer, *Droit suisse de la filiation*, 4^e éd., Berne 1998, adaptation française par Meier, n. 27.36, p. 194). L'énumération des situations autorisant le retrait (provisoire) du droit de garde n'est pas exhaustive (Meier/Stettler, *Droit de la filiation*, 4^e éd., Zurich 2009, n. 1170, p. 673); les dissensions entre parents peuvent également représenter un danger pour l'enfant (Hegnauer, *op. cit.*, n. 27.14, p. 186) et justifier le retrait de la garde. Les causes de la mise en danger ne sont pas déterminantes: elles peuvent résider dans les installations ou dans le comportement fautif de l'enfant, des parents ou du reste de l'entourage. La question de savoir si les parents sont responsables de la mise en danger ne joue aucun rôle à cet égard (TF 5C.258/2006 du 22 décembre 2006, in *FamPra* 2007, p. 428).

L'intérêt de l'enfant est la justification fondamentale de toutes les mesures des art 307 ss CC, notamment de l'art. 310 CC. Les mesures de protection de l'enfant sont en outre régies par les principes de proportionnalité et de subsidiarité (Message, FF 1974 II, p. 84), ce qui implique qu'elles doivent correspondre au degré du danger que court l'enfant en restreignant l'autorité parentale aussi peu que possible mais autant que nécessaire et n'intervenir que si les parents ne remédient pas eux-mêmes à la situation ou sont hors d'état de le faire; elles doivent en outre compléter, et non évincer les possibilités offertes par les parents eux-mêmes, selon le principe de complémentarité (Hegnauer, op. cit., nn. 27.09 à 27.12, pp. 185-186). Le respect du principe de proportionnalité suppose que la mesure soit conforme au principe de l'adéquation et, partant, propre à atteindre le but recherché (Moor, Droit administratif, vol. I, 2^e éd., Berne 1994, n. 5.2.1.2, p. 418; Knapp, Précis de droit administratif, 4^e éd., Bâle 1991, n. 538, p. 114). Une mesure telle que le retrait du droit de garde n'est ainsi légitime que s'il n'est pas possible de prévenir le danger par les mesures moins énergiques prévues aux articles 307 et 308 CC (Hegnauer, op. cit., n. 27.36, p. 194). Le retrait du droit de garde doit être levé lorsque le milieu familial évolue favorablement, de sorte qu'un retour de l'enfant dans celui-ci devient opportun (art. 313 al. 1 CC).

Le juge du divorce peut ordonner sur requête d'une partie toutes les mesures provisoires nécessaires, notamment s'agissant de la garde des enfants (Meier/Stettler, op. cit., nn. 521 et 522, p. 307). L'art. 310 CC peut ainsi être appliqué par analogie par le juge du divorce, en particulier lorsque les relations entre les parents sont si dégradées qu'elles portent atteinte au développement de leurs enfants (Meier/Stettler, op. cit., n. 802, p. 474). Dans un tel cas, il peut en effet se justifier de placer l'enfant dans un environnement neutre, afin de le préserver du conflit opposant ses parents.

bb) L'audition des enfants découle directement de l'art. 12 CDE ([Convention du 20 novembre 1989 des Nations Unies relative aux

droits de l'enfant; RS 0.107] sur ce point : ATF 124 III 90). Cette norme conventionnelle ne consacre toutefois pas de prérogatives plus larges que celles résultant de l'art. 314 ch. 1 CC (TF 5A_46/2007 du 23 avril 2007, c. 2.1). En vertu de cette disposition, avant d'ordonner une mesure de protection de l'enfant, l'autorité tutélaire ou le tiers nommé à cet effet, entend l'enfant personnellement et de manière appropriée, pour autant que son âge ou d'autres motifs importants ne s'opposent pas à l'audition. De même, en application de l'art. 298 al. 1 CPC, les enfants sont entendus personnellement et de manière appropriée par le tribunal ou un tiers nommé à cet effet, pour autant que leur âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas.

L'audition est effectuée par la juridiction compétente elle-même (ATF 127 III 295 c. 2a p. 297 et la doctrine mentionnée) ou, en cas de circonstances particulières, par un spécialiste de l'enfance, notamment un pédopsychiatre (ATF 127 III 295 c. 2b p. 297). Le choix de la personne habilitée à entendre l'enfant relève en principe de l'appréciation du juge. Il serait toutefois contraire à la ratio legis de déléguer systématiquement l'audition à une tierce personne, car il est essentiel que le tribunal puisse se former directement sa propre opinion. L'audition est donc, en principe, effectuée par la juridiction compétente elle-même; en cas de circonstances particulières, elle peut l'être par un spécialiste de l'enfance, par exemple un pédopsychiatre ou le collaborateur d'un service de protection de la jeunesse (ATF 133 III 553 c. 4; ATF 127 III 295 c. 2a-2b et les citations; arrêts 5C.19/2002 du 15 octobre 2002 c. 2.1 in FamPra.ch 2003 p. 446 ss, 5C.247/2004 du 10 février 2005 c. 6.3.2). Ces circonstances se réfèrent à des cas particulièrement délicats dans lesquels les compétences d'un spécialiste sont requises pour éviter de porter préjudice à la santé de l'enfant, par ex. en cas de soupçon de relations familiales pathogènes, de conflit familial aigu et de dissension concernant le sort des enfants, de troubles reconnaissables chez l'enfant, de son âge, etc. (Alexandra Rumo-Jungo/Guy Bodenmann, Die Anhörung von Kindern in FamPra.ch 2003 p. 6; Peter Breitschmid, Commentaire bâlois, n. 4 ss ad art. 144 CC).

ca) En l'espèce, il résulte du dossier que les enfants ont été entendus durant le mois de juin 2012 par les assistants sociaux du SPJ, de sorte que leur droit d'être entendu a été respecté. En outre, durant cette dernière année, ils ont déjà été entendus à plusieurs reprises, par divers intervenants, tels que l'AEMO, le SPJ et la pédopsychiatre D._____, étant relevé que le SPJ s'est vu confier un mandat de curatelle d'assistance éducative dès le 22 février 2011. Par ailleurs, compte tenu des tensions aiguës opposant les parties, du conflit de loyauté dans lequel se trouvent les enfants et du contexte général, le recours à des spécialistes de l'enfance est pleinement justifié. Enfin, contrairement à ce que semble penser l'appelante, l'audition des enfants, qui sont âgés de 5 et 7 ans, n'a nullement pour but de leur donner l'occasion d'exprimer leur avis sur le retrait du droit de garde et leur placement, mais de permettre à l'autorité compétente de se forger une opinion personnelle de la situation et de disposer d'une source d'informations supplémentaire pour établir les faits pertinents et prendre sa décision (ATF 131 III 553; TF 5A_119/2010 du 12 mars 2010 c. 2.1.3 et les citations).

Il résulte également du dossier que l'enfant A._____ présente de graves troubles du comportement et qu'il va mal. Ainsi, dans le cadre du rapport intermédiaire de Trampoline concernant cet enfant, la doctoresse D._____ soulignait que A._____ était dans la toute puissance, qu'il avait beaucoup d'angoisses et d'agitation, qu'il n'obéissait pas, qu'il avait besoin d'être le centre d'intérêts, qu'il était souvent dans la provocation et testait les limites. Elle a encore relevé que le conflit entre les parents, qui prenait de l'énergie à toute la famille, était au centre de la situation. Dans le bilan final de Trampoline du 27 juin 2011, la pédopsychiatre a constaté une grande difficulté de la part des enfants à accepter les limites et à se comporter adéquatement. Dans un courrier du 29 juin 2011 adressé au SPJ, cette Dresse a également mentionné : "A._____ présente de gros troubles du comportement qui suite à mon investigation me semblent surtout réactionnels à la situation familiales et au fait que les parents n'arrivent pas à mettre un cadre éducatif structurant autour des enfants. Les parents se sont montrés, chacun, dans

des situations différentes, incapables de faire face aux débordements de A._____ et de son frère, en consultation".

Il est évident que les problèmes de A._____ et de son frère sont en relation avec le conflit conjugal, qui est extrême. Les intervenants sont unanimes à ce sujet. Ainsi, selon le rapport intermédiaire d'AEMO, les enfants sont pris en otage par le conflit parental; les parents ne parviennent pas à maintenir le cadre d'intervention qui leur a été fixé pour les entretiens, à savoir ne pas entrer dans la problématique conjugale, mais ne parler que de leur cohérence parentale. La mère reproche au père de ne pas jouer son rôle, alors que celui-ci lui reproche un manque de collaboration et un comportement agressif et inadéquat en présence des enfants lorsqu'elle venait les amener ou les rechercher lors des droits de visite. Il leur est difficile de se mettre d'accord sur l'organisation et la communication entre eux reste conflictuelle. Dans le bilan final de Trampoline du 27 juin 2011, il a également été constaté que l'appelante tenait un discours incohérent qui laissait un flou au travers duquel il était difficile de se retrouver. Cette incohérence se retrouvait également au niveau organisationnel et relationnel, ce qui provoquait de l'angoisse désorganisatrice chez A._____. La pédopsychiatre a également relevé cette incohérence et elle a constaté que les troubles du comportement des enfants étaient réactionnels au conflit parental. Elle s'est également dite inquiète du passage des enfants d'un parent à l'autre, ces situations étant violentes et maltraitantes pour les enfants. Selon le rapport du SPJ du 15 juin 2012, les parents sont dans l'impossibilité d'avoir une position commune dans l'intérêt de leurs enfants. Par ailleurs, les tensions entre les parents se sont encore aggravées suite au coup porté par le père sur l'aîné des enfants lors du droit de visite.

cb) Par prononcé du 5 février 2010, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois a chargé le SPJ d'une enquête tendant à évaluer la situation des enfants A._____ et Y._____ et à faire toutes propositions utiles concernant l'attribution de la garde et l'aménagement du droit de visite. Par ordonnance du 22 février 2011, le

premier juge a instauré une curatelle d'assistance éducative à forme de l'art. 308 al. 1 CC en faveur des deux enfants et confié ce mandat au SPJ.

Dans sa requête du 15 juin 2012, le SPJ a expliqué qu'à réception du mandat de curatelle, il était déjà confronté à une situation conflictuelle et extrêmement complexe, malgré la présence d'un important réseau de professionnels, qui avaient déjà l'impression que la place du conflit relationnel dans la vie des parents était plus importante que l'éducation des enfants. Suite à ce constat, et pour aider les parents dans l'éducation et l'encadrement de leurs enfants, le SPJ a fait appel aux prestations de l'AEMO. Dans son rapport intermédiaire du 6 juin 2012, l'AEMO a conclu qu'il arrivait bientôt à une année d'intervention auprès de cette famille, que les tensions entre les deux parents étaient extrêmes et que son travail était quasiment impossible. Ainsi, l'intervention de ce service pendant bientôt une année dans le cadre d'un soutien éducatif n'a pas permis de palier aux difficultés. De plus, les promesses de changement faites par les parents au début de l'intervention du SPJ n'ont pas pu être tenues par ces derniers. Au contraire, la situation a encore dégénéré suite à un week-end durant lequel le père s'est énervé et a tapé A._____, la mère étant ensuite allée faire un constat et déposer plainte. Au regard du mal-être des enfants, qui ne peut que s'accroître au regard des tensions entre les parents, on doit admettre qu'en l'état les mesures d'accompagnements qui ont été prises jusqu'ici n'ont pas donné les résultats escomptés et sont par conséquent insuffisantes.

Lors de la réunion du réseau d'intervention du 15 juin 2012, tous les professionnels qui sont intervenus dans la situation des enfants, à savoir l'école, la pédopsychiatrie et l'AEMO, ont affirmé que le placement était nécessaire et devait intervenir dans les meilleurs délais.

cc) En conclusion, on doit admettre qu'en l'état, le retrait du droit de garde de l'appelante sur ses deux enfants constitue la seule mesure susceptible de les protéger, eu égard aux principes de proportionnalité et de subsidiarité.

Contrairement à l'appréciation du SPJ, il n'y a pas lieu, en l'état de la procédure, de lever la mesure de curatelle éducative au sens de l'art. 308 al. 1 CC, dès lors que celle-ci pourra se révéler utile pour préparer les parents et organiser les relations au terme du retrait du droit de garde.

Mal fondé, le moyen de l'appelante doit être rejeté.

6. Le SPJ a conclu à la modification du prononcé entrepris en ce sens que X. _____ contribue à l'entretien de ses deux enfants par le paiement d'une pension mensuelle fixée à dire de justice.

Même si un appel joint est irrecevable (cf. art. 314 al. 2 CPC), la question des contributions d'entretien doit être examinée, la maxime d'office s'appliquant en ce qui concerne le sort des enfants (cf. supra ch. 2).

Le premier juge a relevé qu'il appartenait au SPJ, cas échéant, de fixer et d'exiger d'éventuelles contributions d'entretien. Or, en application de l'art. 176 CC, il appartient au juge de fixer les pensions et non au service précité. Par conséquent, le chiffre III du dispositif doit être annulé et la cause renvoyée au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois qui devra trancher cette question.

7. En définitive, l'appel est partiellement admis et le ch. III du dispositif du prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale annulé, la cause étant renvoyée au premier juge pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Le prononcé est confirmé pour le surplus.

Vu le sort de la cause et l'assistance judiciaire accordée aux deux parties (cf. infra ch. 8), les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [Tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]) pour l'appelante, sont laissés à la charge de l'Etat.

Les dépens de deuxième instance sont compensés.

8. En vertu 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. En outre, lorsque la défense des droits du requérant l'exige, l'assistance judiciaire comprend la commission d'office d'un conseil juridique (art. 118 al. 1 let. c CPC).

Compte tenu de la présente cause et de l'indigence avérée des parties, celles-ci doivent bénéficier de l'assistance judiciaire sous forme d'exonération de frais judiciaires (art. 118 al. 1 let. b CPC). Me Astyanax Peca sera désigné en qualité de conseil d'office de l'appelante et Me Annik Nicod en qualité de conseil d'office de l'intimé.

Le conseil d'office de l'appelante a déposé, le 10 septembre 2012, une liste des opérations, dont il ressort qu'il a consacré environ dix heures et trente minutes à la procédure d'appel, ce qui paraît justifié vu l'ampleur du litige et le travail accompli. Au tarif horaire de 180 fr. (art. 2 al. 1 let. a RAJ [Règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010; RSV 211.02.3]), l'indemnité d'honoraires doit être fixée à 1'890 fr., plus 151 fr. 20 de TVA. Les débours peuvent être retenus à hauteur des montants allégués, soit 45 fr. 20, plus TVA de 3 fr. 60. Aussi, l'indemnité d'office de Me Astyanax Peca doit être arrêtée à 2'090 francs.

Le 10 septembre 2012, le conseil d'office de l'intimée a également déposé une liste des opérations, dont il ressort qu'elle aurait consacré treize heures à la cause. Compte tenu de l'ampleur du litige et du travail accompli, ce nombre doit être ramené à dix heures. L'indemnité d'honoraires sera ainsi être fixée à 1'800 fr., plus 144 fr. de TVA. Des débours peuvent en outre être alloués à hauteur de 50 fr., plus TVA par 4 francs. L'indemnité d'office de Me Annik Nicod doit ainsi être arrêtée à 1'998 francs.

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

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

- I. L'appel est partiellement admis.
- II. Le chiffre III de l'ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale du 26 juin 2012 est annulé, la cause étant renvoyée au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de l'Est vaudois pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

L'ordonnance est confirmée pour le surplus.
- III. La requête d'assistance judiciaire de l'appelante est admise, Me Astyanax Peca étant désigné conseil d'office, pour la procédure d'appel.
- IV. La requête d'assistance judiciaire de l'intimé est admise, Me Annik Nicod étant désignée conseil d'office, pour la procédure d'appel.
- V. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 600 fr. (six cents francs) pour l'appelante, sont laissés à la charge de l'Etat.
- VI. L'indemnité d'office de Me Astyanax Peca, conseil de l'appelante, est arrêtée à 2'090 fr. (deux mille nonante francs), TVA et débours compris, et celle de Me Annik Nicod, conseil de l'intimé, à 1'998 fr. (mille neuf cent nonante-huit francs), TVA et débours compris.
- VII. Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont tenus, dans la mesure de l'art. 123 CPC, au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité à leur conseil d'office mis à la charge de l'Etat.
- VIII. Les dépens de deuxième instance sont compensés.
- IX. L'arrêt motivé est exécutoire.

La juge déléguée :

Le greffier :

Du 13 septembre 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 :

- Me Astyanax Peca (pour Q. _____),
- Me Annik Nicod (pour X. _____).

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,
- Ile Cour de droit civil du Tribunal fédéral,
- Service de protection de la jeunesse.

Le greffier :