AJ13.004574-TD12.044080-130214
200

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 16 avril 2013

Présidence de M. GIROUD, juge délégué
Greffière : Mme Tchamkerten

*****

Art. 176 al. 3, 310 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.Y._____**, à Lausanne, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 17 janvier 2013 par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne dans la cause divisant l'appelante d'avec **B.Y._____**, à Lausanne, intimé, le Juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

E n f a i t :

A. Par ordonnance rendue le 17 janvier 2013, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne a retiré à A.Y._____, née A.T._____, le droit de garde sur les enfants N._____, née le [...] 2005, et D._____, né le [...] 2009 (I), confié le droit de garde sur les enfants au Service de protection de la jeunesse et chargé celui-ci de procéder cas échéant au placement des enfants au mieux de leurs intérêts (II), chargé le Service de protection de la jeunesse de régler les modalités du droit de visite de chacun des parents à l'égard des enfants (III), ordonné à B.Y._____ et à A.Y._____ d'entamer sans délai une thérapie auprès des Boréales, aux fins de travailler sur leur coparentalité, ce dans l'optique de se voir restituer, à terme, la garde sur leurs enfants (IV), fait interdiction à A.Y._____, sous la menace de la peine prévue par l'art. 292 CP, de mettre en contact ses deux enfants avec B.T._____, soit le grand-père maternel des enfants, étant précisé que cette interdiction ne concerne pas la grand-mère maternelle des enfants, C.T._____ (V), sursis à statuer sur la question de la contribution d'entretien et imparti à A.Y._____ un délai au 18 février 2013 pour déposer un procédé écrit et faire des réquisitions d'instruction à ce sujet (VI), dit que les frais et dépens de la procédure provisionnelle peuvent suivre le sort de la cause au fond (VII), rejeté toutes autres ou plus amples conclusions (VIII) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant appel (IX).

En droit, le premier juge a considéré qu'en raison du conflit très important divisant leurs parents, les enfants étaient victimes d'une grande souffrance et ne pourraient retrouver ni sérénité ni équilibre en restant auprès de leur mère ou de leur père. Dès lors que la situation semblait se péjorer malgré les mesures qui avaient été mises en place, il paraissait inévitable de faire usage de l'*ultima ratio* qui consistait en un placement des enfants hors du milieu familial, afin d'assurer leur protection et leur bien-être, jusqu'à ce que les parties soient capables d'assumer leur coparentalité.

B. **a)** Par acte du 28 janvier 2013, A.Y._____ a fait appel de cette ordonnance, concluant, sous suite de frais et dépens, principalement à son annulation et, subsidiairement, à son annulation, la cause étant renvoyée au Président du Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne pour éventuel complément d'instruction et nouvelle décision dans le sens des considérants.

b) L'appelante a sollicité l'effet suspensif à l'appel. Par lettre du 31 janvier 2013, l'intimé B.Y._____ a déclaré s'en remettre à justice en ce qui concernait l'effet suspensif. Par courrier du 1er février 2013, le Service de protection de la jeunesse (ci-après : le SPJ) a indiqué qu'il n'avait pas d'opposition à ce que l'effet suspensif soit accordé à l'appel, relevant que la situation ne nécessitait pas un placement d'urgence.

L'effet suspensif a été accordé par décision du Juge délégué de la Cour de céans du 4 février 2013.

c) L'assistance judiciaire a été accordée à l'appelante par décision du Juge délégué de la Cour d'appel civil du 13 février 2013 dans la mesure suivante : exonération d'avances, exonération des frais judiciaires et assistance d'un avocat d'office en la personne de Me Gloria Capt.

d) Par lettre du 11 mars 2013, le SPJ s'est déterminé sur l'appel, concluant que le retrait du droit de garde constituait la mesure la plus appropriée pour sauvegarder à court voire à moyen terme le bien des enfants.

Par lettre de son conseil du 18 mars 2013, l'intimé B.Y._____ a indiqué qu'il s'en remettait à justice s'agissant des conclusions de l'appel.

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

1. Les époux B.Y._____, né [...] 1970, et A.Y._____, née A.T._____ le [...] 1974, se sont mariés le [...] 2007 à Aigle. Deux enfants sont issus de cette union : N._____, née [...] 2005, et D._____, né le [...] 2009.

2. Après une première procédure de mesures protectrices de l'union conjugale ouverte en février 2010 et interrompue par le retour de l'épouse au domicile conjugal dans le courant du mois de mars 2010, les époux se sont séparés au mois d'avril 2010, A.Y._____ ayant été autorisée à quitter le domicile conjugal avec les enfants pour se rendre chez ses parents, par prononcé de mesures préprotectrices rendu par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois le 19 avril 2010.

La situation des époux a depuis lors fait l'objet d'un très grand nombre de décisions et de nombreuses mesures d'instruction ont été ordonnées, en particulier en relation avec les questions concernant les enfants.

L'exacerbation des difficultés conjugales trouve son origine dans le fait qu'A.Y._____ craint que les enfants n'aient été victimes d'atteintes à leur intégrité sexuelle commises par la mère de B.Y._____, G._____, en raison de déclarations que l'enfant N._____ lui aurait faites au début de l'année 2010. B.Y._____ tient ces soupçons pour dénués de tout fondement.

L'enquête pénale liée aux déclarations de l'enfant N._____ s'est conclue par une ordonnance de non-lieu rendue le 17 novembre 2010, aujourd'hui définitive.

3. Lors d'une audience de mesures protectrices de l'union conjugale tenue le 8 juin 2010, les parties ont passé une convention,

ratifiée séance tenante par le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de La Broye et du Nord vaudois pour valoir prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale. Elles sont ainsi notamment convenues d'attribuer la garde des enfants à la mère, le père jouissant d'un droit de visite. Les parties se sont également accordées à mettre en œuvre une expertise pédopsychiatrique, tendant à formuler toute proposition utile quant à l'attribution de la garde et de l'autorité parentale sur les enfants N._____ et D._____, ainsi que sur les modalités d'exercice du droit de visite du parent non gardien. Cette convention prévoyait également que l'enfant N._____ suivrait un traitement thérapeutique à la consultation des Boréales.

Le mandat d'expert a été confié au Dr K._____, psychiatre et psychothérapeute FMH, à Lausanne.

4. En raison de difficultés rencontrées dans l'exercice du droit de visite, le Président a rendu un prononcé de mesures préprotectrices du 3 décembre 2010, par lequel il a chargé le SPJ d'une enquête portant sur les conditions de vie des enfants auprès de leur mère et sur les conditions d'exercice du droit de visite du père.

5. Par prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale du 13 décembre 2010, le Président a notamment institué une curatelle de surveillance des relations personnelles en faveur des enfants, désignant le SPJ comme curateur.

6. Le SPJ a déposé son rapport d'évaluation le 27 juin 2011. Concluant au maintien, en l'état, de l'autorité parentale conjointe, du droit de garde à la mère et des modalités d'exercice du droit de visite du père, les auteurs du rapport ont retenu que les conditions de vie des enfants étaient "tout à fait acceptables" compte tenu du contexte d'alors. En résumé, ils ont estimé que les deux parents présentaient de bonnes compétences parentales, mais que ces compétences se trouvaient affaiblies, en particulier chez B.Y._____, par l'intensité du conflit qui les opposait. Pour ces raisons, les auteurs du rapport considéraient que, sauf

indication contraire fournie par l'expertise en cours, procéder à des changements dans le cadre de vie des enfants ne présenterait pour eux aucun bénéfice.

7. Par prononcé du 21 juillet 2011, sur proposition de l'expert K._____, le Président a ordonné un consilium psychiatrique des époux et désigné comme expert le docteur J._____, psychiatre et psychothérapeute FMH à Pully.

Le rapport d'expertise du Dr K._____ et les rapports de consilium psychiatrique de l'expert J._____ ont été déposés le 30 novembre 2011.

L'expert K._____ a constaté une situation de crise majeure, liée, d'une part, à l'impact traumatique sur les parents des déclarations de l'enfant N._____, et, d'autre part, à l'histoire du couple parental. Il a également souligné la tendance de B.Y._____ à disqualifier et à dénigrer A.Y._____ et a jugé qu'il paraissait indispensable que le père parvienne à reconnaître les capacités parentales de la mère et compose avec elle dans la manière d'aborder ses responsabilités parentales. Quant à A.Y._____, l'expert a indiqué qu'elle devait tenir compte des observations faites par les tiers et du lien que l'enfant N._____ développait avec sa thérapeute. En dehors de l'inquiétude liée à la suspicion d'abus sexuel, l'expert a indiqué que la présence systématique de B.Y._____ lorsque les enfants se trouvaient chez sa mère pourrait contribuer à retrouver un climat plus serein.

En conclusion, l'expert K._____ a préconisé une attribution de l'autorité parentale à A.Y._____, tout en précisant qu'une autorité parentale conjointe pourrait être envisagée si B.Y._____ parvenait à restaurer l'image d'A.Y._____ dans sa fonction parentale.

Quant au droit de garde, l'expert a également préconisé son attribution à A.Y._____.

Parallèlement à ces conclusions, l'expert K._____ a souligné la nécessité pour l'enfant N._____ de bénéficier d'un suivi psychologique et a invité B.Y._____ et A.Y._____ à se soumettre à un travail de coparentalité, pour autant que cela n'ait pas pour effet d'alimenter le conflit actuel. Dans cette dernière hypothèse, les parents étaient invités à se soumettre à un suivi individuel sur la question de la parentalité.

Enfin, l'expert a préconisé la mise en place d'un mandat de surveillance éducative à confier au SPJ, afin d'assurer le suivi de l'organisation et du respect des dispositions prises pour les enfants.

Dans ses rapports de consilium psychiatrique, l'expert J._____ a constaté qu'aucun des parents ne présentait de trouble psychique susceptible d'altérer de façon significative ses capacités éducatives.

8. Une audience de mesures protectrices de l'union conjugale a eu lieu le 13 décembre 2011, en présence des parties, chacune assistée de son conseil.

L'expert K._____, entendu lors de cette audience, a confirmé les conclusions de son rapport en y apportant un certain nombre de précisions. Interpellé sur la question d'une garde partagée, cet expert a considéré qu'une telle option était fortement prématurée pour l'enfant D._____, au vu de son âge et de la situation. S'agissant de l'enfant N._____, il a retenu que l'option d'une garde alternée devrait être réexaminée à terme, mais qu'en l'état, un tel système paraissait également prématuré compte tenu de la fragilité du lien de confiance entre les parents. A moyen terme, l'expert K._____ a recommandé l'intervention du SPJ, à qui serait confié le mandat de suivre l'évolution de la situation et la mise en place des aménagements préconisés, puis de prévoir un élargissement des relations entre le père et ses enfants sur la base des observations faites. Il a estimé qu'un point de situation par le SPJ dans les trois mois serait opportun.

9. Par courrier du 5 avril 2012, le SPJ a rendu un bref rapport sur le déroulement de son mandat. L'auteur du rapport a en substance exposé que les parents n'avaient besoin d'aucune aide pour organiser le droit de visite, qu'ils parvenaient en particulier à éviter tout esclandre lors de la passation des enfants et que le conflit entre eux paraissait profondément insoluble.

L'auteur du rapport a estimé que le SPJ n'était dès lors d'aucune utilité dans une telle situation et a requis la levée du mandat de curatelle, au profit d'une thérapie familiale ordonnée.

10. Une audience de mesures protectrices de l'union conjugale a eu lieu le 7 mai 2012 en présence des parties, chacune assistée de son conseil.

B._____, du SPJ, a été entendu lors de cette audience. Il a en substance confirmé le courrier du 5 avril 2012, faisant valoir le fait que les positions des parties étaient, en l'état, trop arrêtées. Ainsi, lors de l'entretien individuel qu'il avait eu avec B.Y._____, celui-ci avait clairement revendiqué une garde partagée. Quant à A.Y._____, elle s'était montrée trop imprégnée de doutes quant aux qualités parentales du père pour qu'une telle garde partagée soit envisagée. B._____ a préconisé la mise en place d'une thérapie conjugale sur le thème des frustrations nées dans le couple que les époux avaient formé. S'agissant du sort du mandat du SPJ, il a déclaré qu'il considérait le maintien dudit mandat comme potentiellement dangereux, au motif qu'il risquerait de favoriser la continuation du conflit, avec de surcroît le risque d'une instrumentalisation, au point que le SPJ pourrait perdre le discernement nécessaire pour apprécier la situation. Se référant à l'expertise, il a déclaré que les conditions posées par celle-ci pour un élargissement du droit de visite ne lui paraissaient pas remplies en l'état, faute de toute amélioration dans la confiance mutuelle des parties.

11. Par lettre du 26 juillet 2012, le SPJ a écrit au Président avoir été saisi d'un nouveau signalement émanant de la Dresse [...], thérapeute

d'A.Y._____, qui a exposé sa conviction que N._____ et D._____ avaient été victimes d'agressions sexuelles, sans jamais toutefois avoir rencontré les enfants. Le SPJ recommandait au Président que le mandat soit attribué à une autre instance plus à même de réguler les conflits.

12. Le 7 août 2012, la Dresse V._____, médecin responsable du Centre de consultation des Boréales, a fait part au SPJ de la situation préoccupante de l'enfant N._____, qu'elle suivait depuis environ une année. En substance, cette doctoresse exposait au SPJ qu'après une tentative de suivi individuel aux Boréales, l'enfant avait été intégrée dans un groupe thérapeutique, avant de reprendre des entretiens en individuel avec la V._____, qui co-animait le groupe. Ce nouveau suivi, qui avait repris depuis quelques séances, révélait la profonde détresse de cette fillette qui s'effondrait littéralement à chacune de ses rencontres avec la thérapeute. La Dresse V._____ se disait très alarmée par l'état psychique de sa jeune patiente, qui se mettait à pleurer dès le début de la séance, refusait de s'exprimer, sinon pour réclamer sa mère, et ce pendant toute la durée de la séance. En présence de sa mère, N._____ restait collée à elle durant toute la rencontre. En présence de son père et de la compagne de celui-ci, elle faisait de même avec cette dernière. Le fonctionnement de N._____ était décrit comme profondément régressif et très atypique pour une enfant de cet âge. La doctoresse demandait que l'enfant soit écartée par mesure de protection de cette dynamique familiale destructrice, parlant d'une "aliénation parentale croisée".

Le 16 août 2012, le SPJ a écrit au Président du Tribunal pour lui faire part du signalement de la Dresse V._____. Il ajoutait assister à une recrudescence de la conflictualité entre les parents, qui le laissait impuissant à protéger véritablement les enfants. S'appuyant sur les constatations de la Dresse V._____ ainsi que sur celles de la Dresse Q._____, qui suivait D._____ et qui avait fait part de grandes inquiétudes pour son patient au vu du contexte familial, le SPJ sollicitait un mandat de gardien, de manière à permettre aux enfants d'être placés en milieu neutre.

Par lettre de son conseil du 23 août 2012, B.Y._____ a fait savoir au Président du Tribunal qu'il adhérait à la requête du SPJ tendant au retrait du droit de garde afin de permettre l'accueil des enfants en milieu neutre.

Par lettre de son conseil du 24 août 2013, A.Y._____ a conclu au rejet de cette requête.

13. B.Y._____ a ouvert action en divorce devant le Tribunal civil de l'arrondissement de Lausanne par demande unilatérale du 10 octobre 2012, concluant notamment à ce que l'autorité parentale sur les enfants soit conjointement exercée par les parents et que la garde des enfants soit confiée au Service de protection de la jeunesse, subsidiairement lui soit confiée.

14. Le 12 octobre 2012, le SPJ a adressé un courrier au Président, comportant le passage suivant :

> "[…]
> A la suite de notre interpellation du 16 août 2012 demandant un retrait du droit de garde au sens de l'article 310CCS, nous vous communiquons de nouvelles informations quant à la situation des enfants Y._____.
>
> En effet, Monsieur B.Y._____, nous a appelé plusieurs fois nous informant que ses enfants vont au plus mal. Il demande que les enfants soient placés en urgence au vu des pressions qu'ils subissent de la part de leur mère depuis notre demande de retrait du droit de garde. Monsieur a aussi, à maintes reprises, alerté la Dresse V._____. Cette dernière, dont le signalement nous avait conduit à demander le retrait du droit de garde, nous a contacté pour nous faire part de la pression qu'elle subissait aussi de son côté. La Dresse V._____ n'a plus vu les enfants depuis notre courrier du 16 août.
>
> Nous n'avons ainsi pas d'informations qui confirment ou infirment les dires de Monsieur. Nous avions demandé à l'institutrice de N._____ de nous avertir si elle venait à avoir des inquiétudes la concernant. Nous n'avons pas eu d'interpellations de sa part.
>
> Quant à notre Service, nous n'avons pas souhaité rencontrer les enfants dans cette période d'incertitude. Nous avons ainsi renvoyé Monsieur B.Y._____ à votre autorité.
>
> En remerciant votre Autorité de donner les suites qu'il convient à cette affaire, nous demeurons à votre disposition.
> […]"

15. Les parties ont été entendues par le Président lors de l'audience du 10 décembre 2012. F._____, assistante sociale au SPJ, a remis au Président un CD qu'elle avait reçu de la part de B.Y._____, qui avait auditionné D._____ au sujet d'éventuels abus sexuels commis par le grand-père paternel, B.T._____.

A.Y._____ a conclu au rejet des conclusions du SPJ des 16 août et 12 octobre 2012. B.Y._____ a adhéré aux conclusions du SPJ.

Lors de cette audience, plusieurs personnes ont été entendues comme témoins.

- [...], éducatrice auprès de la halte-garderie de Chailly, où l'enfant D._____ est accueilli depuis environ une année et demie, a déclaré que D._____ progressait bien dans ses apprentissages, était un enfant ouvert, gai et agréable avec ses camarades et les adultes, capable de respecter les limites; il lui était difficile de dire si D._____ souffrait de sa situation familiale car c'était un enfant jeune qui ne pouvait exprimer ses sentiments par rapport à cela; D._____ présentait une bonne attitude à la garderie, sans rupture lorsque sa mère l'y déposait, qui profitait bien des moments passés avec les autres enfants, à la garderie; il s'agissait d'un enfant souriant, sans signe apparent de renfermement, qui ne faisait pas de crise; l'éducatrice indiquait n'avoir jamais rencontré le papa de D._____, qui ne l'avait jamais appelée pour demander des nouvelles ou s'informer sur la manière de progresser de l'enfant; par contre, elle avait eu des contacts avec la mère de l'enfant et les grands-parents maternels.

- [...], institutrice de N._____, a indiqué que l'enfant allait bien et progressait normalement dans ses apprentissages; timide et réservée, N._____ ne posait aucun problème à l'école et s'entendait bien avec ses camarades; elle n'avait pas constaté de comportement particulier de souffrance chez l'enfant; les deux parents s'impliquaient dans la scolarité de leur fille et répondaient à ses attentes.

- [...], pédiatre des enfants, a déclaré que N._____ et D._____ lui semblaient aller bien; il n'avait constaté aucune maltraitance physique sur les enfants ni de la part de la mère ni de la part du père.

- F._____, du SPJ, a indiqué qu'un placement des enfants était indispensable; le SPJ ne pouvait pas faire grand-chose dans la situation actuelle, se sentait instrumentalisé et ne faisait qu'alimenter le conflit; si les deux parents disposaient de bonnes compétences parentales, leur conflit était tel qu'il mettait en danger les enfants, qui étaient constamment pris dans le conflit de loyauté; les enfants seraient mieux protégés s'ils étaient placés en foyer; elle-même n'avait croisé D._____ qu'une seule fois, mais le SPJ ne connaissait pas les enfants; elle avait reçu la consigne de sa hiérarchie de ne pas investiguer sur la situation de cette famille et de simplement relayer l'information au tribunal; la possibilité d'une médiation avait été évoquée avec la Dresse V._____.

- V._____ a indiqué ne pas connaître l'évolution de la situation depuis la rentrée d'août 2012; A.Y._____ avait interrompu le suivi de N._____ auprès d'elle; l'été dernier, un placement lui semblait nécessaire vu que les deux parents venaient en consultation en accusant l'autre de maltraitance et que les deux enfants, N._____ en particulier, allaient moins bien; la nécessité d'un placement des enfants dépendait de l'ampleur du conflit parental; les parents pourraient travailler sur la coparentalité, en posant la hache de guerre, pour le bien des enfants.

D'entente avec les parties, le Président a suspendu l'audience.

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 13 décembre 2012, le Président suspendu la procédure provisionnelle jusqu'à fin mai 2013 et a ordonné à B.Y._____ et à A.Y._____ d'entamer sans délai une thérapie auprès de Boréales, aux fins de travailler sur les difficultés rencontrées dans l'exercice de leur coparentalité, ce dans l'optique d'éviter, si possible, le placement de leurs enfants en foyer.

16. Le 13 décembre 2012, le Président a transmis au Procureur du Ministère public central le CD audio et la lettre qui lui avaient été remis par F._____, indiquant que ces documents faisaient apparaître que les enfants pourraient avoir été victimes, soit de manipulation paternelle, soit d'abus sexuels de la part de leur grand-père maternel.

17. Une audience de mesures provisionnelles a eu lieu le 7 janvier 2013. Les parties ont été entendues, ainsi que F._____ et V._____.

- F._____ a déclaré qu'il y avait de la place pour accueillir les deux enfants au Foyer de l'avenue de Cour; le SPJ avait dans cette affaire un mandat qui n'était pas exerçable, chaque parent essayant de le saisir pour accabler l'autre; en l'état, le SPJ ne voulait pas que les enfants grandissent en institution et envisageait un placement provisoire pour inviter les parents à se ressaisir et à entreprendre un soutien thérapeutique.

- V._____ a déclaré que le placement des enfants pour permettre aux parents de travailler sur leur coparentalité était nécessaire; elle avait vu N._____ une cinquantaine de fois aux Boréales et avait pu observer une immense souffrance chez cette enfant qu'elle n'avait plus revue depuis le 7 août 2012; les enfants avaient été beaucoup vus, beaucoup évalués, et il n'y avait pas d'alternative au placement.

18. Par courrier du 12 janvier 2013, B.Y._____ a adressé au Président du Tribunal une lettre par laquelle il a indiqué modifier ses conclusions en divorce en ce sens notamment que la garde exclusive des enfants ainsi que l'autorité parentale étaient attribuées exclusivement à A.Y._____. Il a indiqué s'opposer à un placement de ses enfants dans un foyer.

19. Dans sa lettre adressée à la Cour de céans le 11 mars 2013, le SPJ a notamment indiqué qu'en tenant compte de l'écoulement du temps depuis la décision querellée, il devait souligner que B.Y._____ avait renoncé à requérir l'autorité parentale et la garde sur ses enfants. Dans la mesure où ce changement serait annonciateur d'une prise de conscience

par rapport aux effets délétères du conflit parental sur les enfants, d'une part, et à la nécessité d'entreprendre une thérapie auprès des Boréales d'autre part, le placement de N._____ et D._____ pourrait se voir remis en question.

20. Par lettre du 12 mars 2013, B.Y._____ a informé F._____, du SPJ, qu'il ne se soumettrait pas à la thérapie familiale envisagée aux Boréales.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les ordonnance de mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC [Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, RS 272]), rendues dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

Les mesures provisionnelles étant régies par la procédure sommaire, selon l'art. 248 let. d 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 1989, RSV 173.01]).

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

2. 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. Elle peut revoir l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance. Le large pouvoir d'examen en fait et en droit ainsi défini s'applique même si la décision attaquée est de nature provisionnelle (sur le tout : JT 2011 III 43 et les références citées)

L'appel est principalement réformatoire. L'autorité d'appel peut toutefois à titre exceptionnel renvoyer la cause en première instance si un élément de la demande n'a pas été examiné ou si l'état de fait doit

être complété sur des points essentiels (Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 148).

3. **a)** L'appelante reproche au premier juge d'avoir prononcé le retrait du droit de garde, qui constitue une mesure d'*ultima ratio*, sur la base du signalement et des témoignages de la Dresse V._____, qui n'a plus revu N._____ depuis le 7 août 2012, ainsi que de F._____, qui ne connaît pas les enfants. Elle relève que ce signalement ne concerne que N._____ à l'exclusion de D._____. Le retrait du droit de garde serait en outre contraire aux conclusions des experts.

b) En vertu de l'art. 176 al. 3 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210), 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, JT 1994 I 183).

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, 4e 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, 4e 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, 3e éd., Berne 2012, n. 5.2.1.3, p. 814; Knapp, Précis de droit administratif, 4e 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).

c) En l'espèce, dès la séparation des époux Y._____ en avril 2010, la garde des enfants a été attribuée à la mère et une curatelle de surveillance des relations personnelles a été confiée au SPJ le 13 décembre 2010. Dans son rapport du 30 novembre 2011, l'expert K._____ a conclu à ce que l'autorité parentale et la garde soient attribuées à la mère. Par lettre du 5 avril 2012, le SPJ a déclaré que le droit de visite n'avait pas besoin d'être surveillé, de sorte que son mandat de curateur était inutile, tout en relevant que le conflit entre les époux devait être résolu par une thérapie familiale. Entendu à l'audience du 7 mai 2012, un représentant du SPJ a déclaré que le mandat du SPJ favorisait la continuation du conflit conjugal et que le SPJ risquait d'être instrumentalisé et de perdre le discernement nécessaire. Par lettre du 16 août 2012, le SPJ a conclu au retrait du droit de garde, en se fondant sur le signalement de la Dresse V._____, qui disait que l'enfant N._____ devait être écartée par mesure de protection de cette dynamique familiale destructrice. Le SPJ relevait qu'il était relativement impuissant à protéger véritablement les enfants. Après avoir adhéré à la requête du SPJ par lettre de son conseil du 23 août 2012, l'intimé a déclaré par lettre du 12 janvier 2013 qu'il s'opposait à un placement de ses enfants dans un foyer.

Le retrait du droit de garde est fondé sur le constat d'un thérapeute de l'enfant N._____ et du SPJ, selon lequel la virulence du conflit entre les parents nuit au bien-être des enfants. Ce serait pour placer les enfants sur un terrain neutre que la garde devrait être retirée à

la mère. Une telle mesure est cependant clairement disproportionnée en tant que parade aux pressions dont peuvent être victimes les enfants du fait du conflit parental. Selon le rapport d'expertise du 30 novembre 2011, il est adéquat que la garde soit attribuée à la mère. Divers témoins entendus lors de l'audience du 10 décembre 2012 ont déclaré en substance que la mère était adéquate et que les enfants se portaient bien. Que le SPJ admette qu'il n'est pas en mesure de faire face au conflit entre les parents et que la thérapeute de l'un des enfants ait été d'avis, en été 2012, qu'un placement des enfants était nécessaire, au vu de l'ampleur du conflit parental, est insuffisant pour considérer que la garde des enfants, attribuée dès 2010 à la mère, option avalisée par un rapport d'expertise circonstancié, doit être modifiée. La disproportion d'un retrait apparaît d'autant plus clairement que le père a finalement modifié son point de vue à ce sujet, ce qui, aux dires du SPJ dans sa lettre du 11 mars 2013, serait "annonciateur d'une prise de conscience par rapport aux effets délétères du conflit parental sur les enfants" et pourrait remettre en cause le placement des enfants. Il y a ainsi lieu de faire droit aux conclusions de l'appelante en ce qui concerne le retrait du droit de garde.

L'appelante, si elle conclut à l'annulation de l'ordonnance, ne remet pas expressément en cause l'interdiction qui lui est faite au chiffre V du dispositif de mettre en contact ses enfants avec leur grand-père maternel, selon les considérants, "à tout le moins jusqu'à droit connu sur l'enquête pénale" instruite contre celui-ci sur dénonciation de l'intimé. Cette mesure de précaution paraît adéquate et peut être confirmée. Il en va de même en ce qui concerne les chiffres VI à IX du dispositif.

L'appelante ne remet pas non plus expressément en cause l'ordre "d'entamer sans délai une thérapie" signifiée au chiffre IV du dispositif. Cet ordre n'a cependant été émis que dans la perspective d'une restitution ultérieure du droit de garde. En outre, l'intimé s'est refusé à participer à une telle thérapie par lettre du 12 mars 2013. Il découle de ce qui précède que le chiffre précité n'a plus de sens et peut être supprimé.

4. Au vu de ce qui précède, l'appel doit être admis et l'ordonnance entreprise réformée dans le sens des considérants.

Si l'appelante obtient gain de cause, il y a lieu de s'écarter en équité de la règle selon laquelle les frais sont mis à la charge de la partie succombante (art. 106 al. 1 CPC). Le litige relève en effet du droit de la famille (art. 107 al. 1 let. c CPC), c'est à la suite de l'intervention d'un tiers que la décision de retrait de garde a été prise et l'intimé s'est finalement opposé lui aussi à une telle mesure. Il ne sera ainsi pas alloué de dépens de deuxième instance. L'équité exige également que les frais judiciaires soient laissés à la charge de l'Etat (art. 107 al. 2 CPC).

Me Gloria Capt, conseil d'office de l'appelante, a produit une liste de ses opérations et débours, indiquant avoir consacré onze heures et dix-huit minutes à la procédure d'appel, ce qui paraît justifié au vu de l'activité déployée, et avoir engagé 54 fr. 95 de débours. Vu le tarif horaire de 180 fr. applicable (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'office sera arrêtée à 2'256 fr. 10, TVA et débours compris.

La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

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 admis.

II. L'ordonnance est réformée comme il suit aux chiffres I à IV de son dispositif :

I à IV (supprimés)

L'ordonnance est confirmée pour le surplus.

III. L'indemnité d'office de Me Gloria Capt, conseil de l'appelante, est arrêtée à 2'256 fr. 10 (deux mille deux cent cinquante-six francs et dix centimes), TVA et débours compris.

IV. La bénéficiaire de l'assistance judiciaire est, dans la mesure de l'art. 123 CPC, tenue au remboursement de l'indemnité au conseil d'office mis à la charge de l'Etat.

V. L'arrêt est rendu sans frais judiciaires ni dépens de deuxième instance.

VI. L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué : La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me Gloria Capt, avocate (pour A.Y._____),
- Me Pierre-Yves Brandt, avocat (pour B.Y._____).

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 Lausanne.

La greffière :