

JUGE DELEGUE DE LA COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 24 avril 2012

Présidence de M. MEYLAN, juge délégué
Greffier : Mme Logoz

Art. 276 al. 1, 308 al. 1 let. b, 296 al. 1 CPC; 134 al. 1 et al. 3, 301 al. 1, 310 al. 1, 315b al. 1 ch. 2 CC

Statuant à huis clos sur l'appel interjeté par **A.N.**_____, à Yverdon-les-Bains, requérant, contre l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 13 février 2012 par le Président du Tribunal civil d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois dans la cause en modification de jugement de divorce divisant l'appelant d'avec **J.**_____, à Yverdon-les-Bains, intimée, le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal voit :

En fait :

A. Par ordonnance de mesures provisionnelles rendue et notifiée le 13 février 2012 aux parties, le Président du Tribunal civil d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a rejeté la requête de mesures provisionnelles formée le 13 juillet 2011 par A.N._____ (I), confié la garde sur les enfants B.N._____, né le [...] 2002, et C.N._____, née le [...] 2003, à J._____ (II), confié un mandat de surveillance socio-éducative au Service de protection de la jeunesse (ci-après : SPJ) au sens de l'art. 307 alinéa 3 CC (III), imposé à J._____ le respect du suivi des enfants B.N._____, né le [...] 2002, et C.N._____, née le [...] 2003, auprès de la structure "Moulin 28" (IV), ordonné à A.N._____ et J._____ de se soumettre à un travail psychothérapeutique sur leur parentalité auprès de la consultation systémique de Lucinge (V), ordonné à A.N._____ et J._____ de prendre contact, dans un délai de trente jours dès notification de l'ordonnance, avec la Consultation systémique de Lucinge pour mettre sur pied le travail psychothérapeutique sur leur parentalité (VI), invité la Consultation systémique de Lucinge à informer le tribunal de tout manquement de A.N._____ et J._____ dans le travail psychothérapeutique ordonné (VII), rappelé qu'à teneur de l'arrêt de la Chambre des tutelles du 6 septembre 2011, J._____ est enjointe à se soumettre chaque mois à un contrôle d'abstinence et à adresser, chaque mois, au SPJ les résultats de ce contrôle (VIII), assorti le non respect des chiffres IV; V et VI de l'ordonnance à la menace des sanctions de l'amende prévue à l'article 292 du Code pénal en cas d'insoumission à une décision de l'autorité (IX), dit que les frais et dépens suivent le sort de la cause au fond (X), rejeté toute autre ou plus ample conclusion (XI) et déclaré l'ordonnance immédiatement exécutoire nonobstant appel (XII).

En droit, le premier juge a considéré qu'il ne se justifiait pas, au stade des mesures provisionnelles, de modifier le régime de l'autorité parentale et du droit de garde sur les enfants prévu par le jugement de divorce, que l'attribution de l'autorité parentale et partant de la garde des

enfants au père ne serait pas judicieuse en l'état et qu'il convenait pour le bien des enfants de maintenir le mode de vie actuel, dès lors que la mère en prenait soin au mieux de ses capacités parentales, que les soupçons d'addiction de la mère à l'alcool n'étaient pas établis et ne semblaient pas nuire au développement des enfants, que l'évolution de ces derniers était bonne malgré le conflit aigu entre les parents et qu'il n'était pas établi que le père s'occuperait de manière plus adéquate des enfants. Il a cependant estimé nécessaire d'ordonner en vertu de l'art. 307 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210) diverses mesures tendant à la protection des enfants, tels un mandat de surveillance socio-éducative au SPJ, le maintien des enfants dans une structure d'accueil socio-éducatif de jour ainsi qu'un travail psychothérapeutique des parents sur l'apprentissage de la coparentalité. Enfin, il a rappelé qu'à teneur de l'arrêt de la Chambre des tutelles du 6 septembre 2011, J._____ devait se soumettre chaque mois à un contrôle d'abstinence et qu'elle s'exposait, en cas d'insoumission à dite injonction, à ce que l'attribution de la garde des enfants soit revue.

B. Par acte du 24 février 2012, mis à la poste le même jour, A.N._____ a interjeté appel contre cette ordonnance auprès de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal, en concluant, avec suite de frais et dépens, à la réforme de l'ordonnance attaquée en ce sens que sa requête de mesures provisionnelles est admise (II/I), que la garde sur les enfants B.N._____ et C.N._____ lui est confiée (II/II), que J._____ est condamnée à lui verser chaque premier du mois une contribution d'entretien mensuelle en faveur des enfants, contribution représentant l'équivalent, pour chaque enfant, d'une rente complémentaire pour enfant de l'assurance-invalidité (II/III), qu'un mandat de surveillance socio-éducative au sens de l'art. 307 al. 3 CC est confié au SPJ (II/IV) et que J._____ est condamnée aux dépens de première instance (II/V).

L'appelant a produit un bordereau de pièces sous onglet.

Par prononcé du 6 mars 2012, le Juge délégué de la cour de céans a accordé à A.N._____ le bénéfice de l'assistance judiciaire, avec effet au 24 février 2012, dans la procédure d'appel qui l'oppose à J._____.

Dans sa réponse du 16 mars 2012, J._____ a conclu au rejet de l'appel interjeté le 24 février 2012.

Par prononcé du 26 mars 2012, le Juge délégué de la cour de céans a accordé à J._____ le bénéfice de l'assistance judiciaire, avec effet au 16 mars 2012, dans la procédure d'appel qui l'oppose à A.N._____.

En date du 5 avril 2012, J._____ a produit la pièce requise n° 52, soit les résultats des contrôles médicaux d'abstinence effectués depuis le 5 mai 2011.

Le 18 avril 2012, le Département de Psychiatrie du CHUV, Secteur Psychiatrique Nord (ci-après : SPEA), a produit la pièce requise par l'intimée dans sa réponse du 16 mars 2012, savoir un bref rapport sur la situation des enfants B.N._____ et C.N._____.

A l'audience d'appel du 24 avril 2012, A.N._____ a retiré la conclusion II/IV de son appel.

Au cours de cette même audience, le Juge délégué de la cour de céans a procédé à l'audition des témoins [...] et [...]

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

1. A.N._____, né le [...] 1972, de nationalité [...], et J._____, née le [...] 1974, originaire de [...], se sont mariés le [...] 2003 à Vevey.

Ils sont les parents de deux enfants :

- B.N._____, né le [...] 2002;
- C.N._____, née le [...] 2003.

2. Par jugement rendu le 17 février 2009, le Président du Tribunal civil de l'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a notamment prononcé le divorce des époux A.N._____ et ratifié la convention sur les effets accessoires du divorce signée par les parties le 29 août 2008. Cette convention réglait à ses chiffres III à V le sort des enfants et la contribution d'entretien en leur faveur de la manière suivante :

"III. L'autorité parentale et la garde des enfants B.N._____, né le [...] 2002, et C.N._____, née le [...] 2003, sont attribuées à J._____.

IV. A.N._____ exercera un libre droit de visite sur ses enfants, d'entente avec J._____. A défaut d'entente, il pourra les avoir auprès de lui, à charge pour lui d'aller les chercher et de le ramener là où ils se trouvent :

- trois fins de semaine par mois, du vendredi à 17 heures au dimanche à 18 heures;
- la moitié des vacances scolaires, moyennant préavis de trois mois;
- alternativement à Pâques ou Pentecôte, Noël ou Nouvel An.

V. A.N._____ contribuera à l'entretien de ses enfants par le versement, pour chacun d'eux, d'une pension mensuelle, allocations familiales en plus, payable d'avance le premier de chaque mois sur le compte postal de J._____, dès jugement de divorce définitif et exécutoire, de :

- 350 fr. jusqu'à l'âge de 6 ans révolus;
- 400 fr. dès lors et jusqu'à l'âge de 10 révolus;
- 450 fr. dès lors et jusqu'à l'âge de 14 ans révolus;
- 500 fr. dès lors et jusqu'à la majorité ou l'achèvement de la formation professionnelle, l'article 277 alinéa 2 CC étant réservé."

3. Le 11 avril 2011, à l'issue du droit de visite de A.N._____, J._____ s'est présentée en état d'ébriété au domicile de celui-ci pour reprendre ses enfants. A.N._____ a alors appelé la police, qui a effectué un test d'alcoolémie et constaté que J._____ avait 1,6 gr. d'alcool dans le sang. La police lui a immédiatement retiré son permis de conduire qui n'a

pas été restitué depuis lors. Les enfants ont été confiés à leur père pour la nuit.

Le lendemain, A.N. _____ a dénoncé ces faits au SPJ. Par lettre du même jour, le SPJ a signalé à son tour la situation des enfants B.N. _____ et C.N. _____ à la Justice de paix du Jura-Nord vaudois et sollicité le retrait provisoire du droit de garde de leur mère. Le SPJ a en outre informé la Justice de paix du fait que depuis le week-end en question, les enfants étaient toujours placés chez leur père qui avait refusé de les lui amener pour qu'il les place dans un foyer. Le SPJ a indiqué qu'en l'absence d'éléments qui s'opposeraient de manière probante à ce que leur père s'occupe de ses enfants, il avait décidé de prendre acte de ce lieu de vie.

Par ordonnance de mesures provisionnelles du 5 mai 2011, le Juge de paix du district du Jura-Nord vaudois a notamment chargé le SPJ d'une enquête en limitation de l'autorité parentale concernant les enfants B.N. _____ et C.N. _____ (I), retiré provisoirement le droit de garde de J. _____ sur ses enfants B.N. _____ et C.N. _____ et attribué celui-ci provisoirement au SPJ (II) et donné pour mission au SPJ de placer les enfants au mieux de leurs intérêts et d'avertir le juge de tout changement important (III).

Le 6 septembre 2011, la Chambre des tutelles du Tribunal cantonal a notamment admis le recours de J. _____ (I), admis partiellement le recours de A.N. _____ (II), réformé l'ordonnance de mesures provisionnelles rendue le 5 mai 2011 par le Juge de paix du district du Jura-Nord vaudois comme suit aux chiffres II et III de son dispositif :

"II.- enjoint J. _____ de se soumettre chaque mois à un contrôle médical d'abstinence et d'adresser chaque mois au Service de protection de la jeunesse les résultats de ce contrôle;

III.- enjoint J. _____ de reprendre sans délai le suivi psychiatrique de ses enfants B.N. _____ et C.N. _____ à l'AEMO [Service vaudois d'action éducative en milieu ouvert] et au SPEA [Service

psychiatrique pour enfants et adolescents] et d'apporter au Service de protection de la jeunesse la preuve de cette reprise."

et confirmé l'ordonnance pour le surplus (III).

Dans ce même arrêt, la Chambre des tutelles a en outre décidé le renvoi de la cause au Juge de paix du district du Jura-Nord vaudois pour qu'il ordonne une expertise psychiatrique tendant à évaluer les compétences éducatives tant de J._____ que de A.N._____ (IV).

Se fondant sur un courrier du 3 mai 2011 du Dr [...], psychiatre de J._____ depuis huit ans, et sur un certificat médical de la doctoresse [...], suivant régulièrement la prénommée depuis novembre 2008, la Chambre des tutelles a notamment retenu qu'un retrait provisoire du droit de garde de la mère n'apparaissait pas nécessaire pour protéger ses enfants, dans la mesure où J._____ avait arrêté toute consommation d'alcool et s'engageait à se soumettre à des contrôles mensuel d'abstinence auprès de son médecin traitant.

4. Le 3 mai 2011, A.N._____ a adressé au Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois une demande en modification du jugement de divorce et pris les conclusions suivantes :

I. La demande est admise.

II. Le jugement de divorce rendu le 1 février 2009, devenu définitif et exécutoire le 3 mars 2009, est modifié au chiffre II.- de son dispositif de la manière suivante :

III.- nouveau

L'autorité parentale et la garde des enfants B.N._____, né le [...] 2002, et C.N._____, née le [...] 2003, sont attribuées à M. A.N._____.

IV.- nouveau

Mme J._____ exercera un libre droit de visite sur ses enfants d'entente avec A.N._____.

A défaut d'entente, elle pourra les avoir auprès d'elle, à charge pour elle d'aller les chercher et de les ramener là où ils se trouvent :

- trois fins de semaine par mois, du vendredi à 17 heures au dimanche à 18 heures;

- la moitié des vacances scolaires, moyennant un préavis de trois mois;
- alternativement à Pâques ou Pentecôte, Noël ou Nouvel-An.

V. -nouveau

Mme J._____ contribuera à l'entretien des ses enfants par le versement, pour chacun d'eux, d'une rente complémentaire de l'assurance invalidité et d'une rente complémentaire de la prévoyance professionnelle, ordre étant donné aux assureurs sociaux concernés d'opérer directement le versement des rentes complémentaires pour enfants à A.N._____."

5. Par requête de mesures provisionnelles du 13 juillet 2011, A.N._____ a pris les conclusions suivantes :

- J._____ contribuera à l'entretien des ses enfants par le versement, pour chacun d'eux, d'une rente complémentaire de l'assurance invalidité et d'une rente complémentaire de la prévoyance professionnelle.
- ordre étant donné aux assureurs sociaux concernés d'opérer directement le versement des rentes complémentaires pour enfants à Monsieur A.N._____.

6. Par correspondance du 18 juillet 2011, la Justice de paix des districts du Jura - Nord vaudois et du Gros de Vaud a proposé au Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois de reprendre l'enquête en limitation de l'autorité parentale qu'elle instruisait. Le tribunal a accepté cette demande par courrier du 21 juillet 2011.

7. Lors de l'audience de mesures provisionnelles du 17 août 2011, le Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a décidé, en accord avec les parties, de suspendre la cause en mesures provisionnelles jusqu'à droit connu sur les mesures d'instruction en cours, notamment le rapport du SPJ concernant l'enquête en limitation de l'autorité parentale, l'éventuel retour des enfants chez la mère et les éventuelles mesures ordonnées par la Chambre des tutelles du Tribunal cantonal dans le cadre des recours pendants contre l'ordonnance de la Justice de paix du 5 mai 2011.

8. Par courrier du 17 août 2011, le SPJ a porté à la connaissance du Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois qu'il allait proposer, en vertu de son mandat de gardien, le retour des enfants B.N. _____ et C.N. _____ chez leur mère pour la rentrée scolaire 2011-2012. Les enfants sont effectivement retournés vivre auprès de leur mère dans le courant du mois d'août 2011.

9. Dans une correspondance du 26 août 2011, le SPJ a indiqué que le retour des enfants chez leur mère était subordonné à deux conditions, à savoir qu'ils poursuivent les consultations auprès du SPEA et qu'ils fréquentent la structure Moulin 28 (accueil socio-éducatif de jour), vu la situation fragilisée de la maman. Constatant que J. _____ refusait d'envoyer ses enfants à Moulin 28, le SPJ entendait rediscuter du lieu de vie des enfants et sollicitait à ce titre la fixation d'une nouvelle audience. Au surplus, il indiquait que J. _____ ne s'était pas présentée au rendez-vous fixé par le SPJ en vue de fixer le droit de visite de A.N. _____.

10. Le Tribunal d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois a tenu une nouvelle audience de mesures provisionnelles le 16 novembre 2011. Le SPJ s'est déterminé oralement sur les conclusions de son enquête en limitation de l'autorité parentale en proposant le maintien de l'autorité parentale et de la garde à la mère (I), l'entreprise par les parents d'un travail sur leur parentalité auprès d'un spécialiste (II), ainsi que le maintien du suivi des enfants dans la structure Moulin 28 (III).

A.N. _____ a conclu à ce que la garde des enfants lui soit confiée (I) et au versement en ses mains par J. _____ d'une contribution d'entretien en faveur des enfants représentant l'équivalent d'une rente par enfant de l'assurance invalidité (II).

J. _____ a conclu au rejet des conclusions prises par A.N. _____. Reconventionnellement, elle a conclu principalement à ce qu'un mandat soit confié au SPJ (I), que la garde des enfants lui soit confiée (II) et subsidiairement à ce que la garde soit confiée au SPJ avec mandat de placer les enfants au mieux de leurs intérêts (III).

11. A.N. _____ est mécanicien de profession. Il travaille actuellement à plein temps en qualité de monteur chez [...] à Morges. A.N. _____ fait valoir qu'il a pris avec son employeur les dispositions nécessaires pour que son temps de travail soit aménagé si les enfants venaient à lui être confiés.

A.N. _____ est domicilié à Yverdon-les-Bains. Sa mère habite à [...]; il a également une sœur qui habite [...].

12. J. _____ n'exerce aucune activité lucrative. Elle est au bénéfice d'une rente invalidité. Elle vit actuellement à Yverdon-les-bains avec ses enfants.

13. Depuis l'été dernier, J. _____ s'est soumise à quatre contrôles d'abstinence. Ces examens, pratiqués par [...] SA à Yverdon-les-Bains, ont donné les résultats suivants :

<u>date</u>	<u>résultat</u>	<u>unité</u>	<u>val. norm.</u>	<u>antérieur</u>
10.08.11 2.5)		2.	%	<2.0 (01.07.11
09.09.11 2.0)		3.5	%	<2.0 (10.08.11
19.10.11 3.5)		4.3	%	<2.0 (09.09.11
30.03.11 4.3)		1.6	%	<2.0 (19.10.11

Ces rapports indiquent qu' un résultat inférieur à 1.8 % est non significatif d'une consommation chronique d'alcool, qu'un résultat entre 1.8 % et 2.0 % dénote une zone d'incertitude et qu'un résultat supérieur à 2 % est compatible avec une consommation d'alcool supérieure à 60 g./jour pendant deux semaines.

14. Le SPEA a produit le 18 avril 2012 un rapport sur la situation des enfants B.N._____ et C.N._____. Ce rapport fait état d'enfants très bien adaptés et débrouillards, restant assez discrets sur leur vécu et émotions en lien avec leur situation actuelle. Le SPEA constate néanmoins une certaine anxiété en lien avec des préoccupations pour leur futur, le conflit entre leurs parents et l'état de santé de leur mère. Il estime que le contexte psychosocial est tellement compliqué pour ces enfants qu'il n'est pas possible pour eux de se sentir totalement en confiance dans l'espace thérapeutique tel qu'il est défini actuellement et profiter d'un soutien.

15. A l'audience d'appel du 24 avril 2012, la cour de céans a entendu le témoin [...], représentante du SPJ, cheffe de l'Office régional de protection des mineurs du nord vaudois. Les enfants B.N._____ et C.N._____ vont à l'école et sont suivis par le SPEA. La collaboration avec la structure d'accueil de jour Moulin 28 est en revanche difficile : les enfants n'y sont pas venus au mois de février et de temps à autre seulement au mois de mars; ils y vont en revanche régulièrement depuis le mois d'avril. Jusqu'à l'automne dernier, les enfants montraient beaucoup de tonus et communiquaient bien sur le conflit entre les parents. En revanche, les enfants vont actuellement moins bien; la situation se dégrade, le contact entre le SPJ et J._____ s'avérant difficile. Depuis le placement des enfants chez le père suite aux événements du 11 avril 2011, l'assistante sociale [...], en charge du dossier, n'avait plus la confiance de J._____. Cette dernière refusait que le SPJ ait des contacts avec le SPEA et ne lui avait pas transmis les résultats des contrôles d'abstinence depuis le mois d'août dernier. J._____ ne veut pas collaborer avec le SPJ, refuse l'accès aux enfants au SPJ et ne s'est pas présentée au dernier rendez-vous de l'assistante sociale. L'entente entre les parents est mauvaise, ils n'arrivent pas à gérer leur coparentalité. Le droit de visite du père est perturbé; la mère n'a pas donné les enfants au père pour les vacances de février ni pour celles de Pâques. Compte tenu de l'expertise psychiatrique actuellement en cours, la moins mauvaise solution serait de maintenir à ce stade la garde des enfants chez la mère. Il est important que les enfants soient suivis quotidiennement par le biais

de la structure d'accueil Moulin 28, qui s'est notamment inquiétée du fait que l'enfant C.N._____ mangeait très peu.

17. Le témoin [...], psychiatre et médecin traitant de J._____, a également été entendu à l'audience d'appel du 24 avril 2012. J._____ souffre d'une schizophrénie indifférenciée de degré léger et n'a pas de troubles délirants. Depuis 2005, J._____ a bien évolué dans sa maladie. Ces troubles psychiques ne sont pas handicapants pour exercer la garde des enfants, J._____ ayant une vie autonome et sachant demander de l'aide pour elle ou ses enfants lorsqu'elle en ressent le besoin. . J._____ prend une médication légère (prescription d'anxiolitiques) qui stabilise la situation et cela va tant qu'il n'y a pas trop de stress. Chaque fois qu'il y a une procédure judiciaire, elle va nettement moins bien et doit être suivie de plus près. Depuis le début de l'année, J._____ est plus stressée en raison de tensions conjugales et des procédures en cours. Le témoin a pris connaissance au cours de l'audience d'appel des rapports de [...] concernant les contrôles d'abstinence effectués sur J._____. Il a estimé que sa consommation d'alcool était à surveiller de près mais n'était pas alarmante. Il a évoqué, dans le cadre du suivi psychiatrique, l'éventualité d'une collaboration avec un intervenant de la Fédération vaudoise contre l'alcoolisme.

En droit :

1. La décision attaquée a été rendue le 13 février 2012, de sorte que les voies de droit sont régies par le CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008, RS 272), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011 (art. 405 al. 1 CPC).

2. 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 au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC).

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 al. 1 CPC pour les procédures matrimoniales), le délai pour l'introduction de l'appel est de dix jours (art. 314 al. 1 CPC).

Un membre de la Cour d'appel civile statue comme juge unique sur les appels formés contre les décisions sur mesures provisionnelles et sur mesures protectrices de l'union conjugale (art. 84 al. 2 LOJV).

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.

3. a) 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. Elle peut revoir librement 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 (JT 2011 III 43 c. 2 et les références citées).

Conformément à l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut administrer les preuves, si elle estime opportun de renouveler l'administration d'une preuve ou d'administrer une preuve alors que l'instance inférieure s'y était refusée, de procéder à l'administration d'une preuve nouvelle ou encore d'instruire à raison de conclusions et/ou faits nouveaux (art. 317 CPC; Jeandin, CPC commenté, n. 5 ad art. 317 CPC). Si

elle doit procéder à l'administration d'une preuve nouvelle ou instruire en raison de faits nouveaux, son pouvoir sera limité par les restrictions de l'art. 317 CPC (Jeandin, *op. cit.*, n. 9 ad. art. 316 CPC).

b) 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, *Les voies de droit de droit du nouveau Code de procédure civile*, JT 2010 III 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 (Tappy, *op. cit.*, JT 2010 III 136-137).

Les conditions restrictives posées par l'art. 317 CPC pour l'introduction de faits ou de moyens de preuves s'appliquent de même aux cas régis par la maxime inquisitoire, notamment dans la procédure applicable aux enfants dans les affaires du droit de la famille (art. 296 al. 1 CPC). Les parties peuvent toutefois faire valoir que le juge de première instance a violé la maxime inquisitoire en ne prenant pas en considération certains faits (Hohl, *Procédure civile*, Tome II, 2^e éd., n. 2014 p. 438). Selon la jurisprudence, la maxime inquisitoire commande au juge d'éclaircir les faits et de prendre en considération d'office tous les éléments qui peuvent être importants pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant, même si ce sont les parties qui, en premier lieu, lui soumettent les faits déterminants et les offres de preuves; il ordonne d'office l'administration de toutes les preuves propres et nécessaires à établir les faits pertinents. La maxime inquisitoire ne dispense cependant pas les parties de collaborer activement à la procédure et d'étayer leurs propres thèses (ATF 128 III 139 c. 3.2.1). Des *novas* peuvent par ailleurs être en principe librement introduits en appel dans les causes régies par la maxime d'office, par exemple sur la situation des enfants mineurs en droit matrimonial (Tappy, *op. cit.*, JT 2010 III 139), à tout le moins lorsque le

juge de première instance a violé la maxime inquisitoire illimitée (JT 2011 III 43 et références citées).

En l'espèce, le couple a des enfants mineurs si bien que la maxime d'office et la maxime inquisitoire illimitée sont applicables (art. 296 al. 1 et 3 CPC; Hohl, op. cit., nn. 2099 et 2161, pp. 383 et 395). Les pièces produites par l'appelant sont ainsi recevables dans la mesure où elles ne figuraient pas déjà au dossier de première instance.

4. L'appelant conclut à ce que la garde provisoire des enfants B.N. _____ et C.N. _____ lui soit attribuée. Il invoque à cet égard la constatation inexacte des faits et soutient que l'ordonnance ne tient pas compte de la schizophrénie et des problèmes d'alcool de l'intimée et de leur conséquences sur le développement des enfants, qu'il a de fait dû accueillir les enfants à deux reprises en avril et octobre 2011 lors de défaillances de la mère et enfin que l'évolution des enfants n'est pas bonne. Au vu de ce qui précède, l'appelant estime qu'en confiant la garde provisoire des enfants à la mère, le premier juge a violé les dispositions relatives au sort des enfants dans le cadre du divorce (art. 133 ss CC) et à la protection des enfants (art. 307 ss CC).

a/a) La modification d'un jugement de divorce sur la question du sort des enfants est régie par l'art. 134 CC (art. 284 al. 1 CPC). Aux termes de l'art. 284 al. 3 CPC, la procédure de divorce sur requête unilatérale s'applique par analogie à la procédure contentieuse de modification. Le CPC ne règle pas expressément la question des mesures provisionnelles dans le cadre d'une telle procédure. Toutefois, en tant que disposition générale de la procédure de divorce (art. 271 ss CPC), l'art. 276 CPC relatif aux mesures provisionnelles devrait également s'appliquer par analogie dans le cadre d'une procédure en modification de jugement de divorce (Sutter-Somm/Seiler, in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zurich 2010, n. 32 ad art. 284 CPC, p. 1671 s.; van der Graaf, in Kurzkomentar ZPO, Bâle 2010, n. 6 ad art. 284 CPC, p. 1099; Siehr, in Basler Kommentar, Bâle

2010, n. 8 ad art. 284 CPC, p. 1384; Schwenzer, FamKomm Scheidung, Band I: ZGB, Berne 2011, n. 52 ad art. 129 CC, p. 318; contra Tappy, CPC commenté, Bâle 2011, n. 8 ad art. 276 CPC, p. 1088, qui considère que les procédures en divorce et en modification de divorce présentent des différences telles qu'il serait plus satisfaisant de soumettre les mesures provisionnelles requises en cas de modification du jugement de divorce aux règles ordinaires concernant la protection provisionnelle, notamment les art. 261 ss CPC).

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du CPC reste inchangée. Selon celle-ci, les mesures provisionnelles requises dans le cadre d'un procès en modification du jugement de divorce ne sont admises qu'en cas d'urgence et en présence de circonstances particulières (ATF 118 II 228 c. 3b et les arrêts cités; Tappy, op. cit., n. 8 ad art. 276 CPC, p. 1088).

Aux termes des art. 134 al. 3 2ème phrase et 315b al. 1 ch. 2 CC, le juge matrimonial est compétent pour statuer sur une modification litigieuse de l'attribution de l'autorité parentale (Meier, in Commentaire romand, Bâle 2010, n. 28 ad art. 315 à 315b CC, p. 1956). Par attraction de compétence, il est également compétent pour statuer sur le prononcé ou la modification de mesures de protection (Meier, op. cit., n. 31 ad art. 315 à 315b CC, p. 1958).

a/b) 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. Ainsi, l'intérêt de l'enfant prime dans le choix de son attribution à l'un des deux parents. Si le juge ne peut se

contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde pendant la procédure, ce critère jouit d'un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soin des parents sont similaires (ATF 136 I 178 c. 5.3.; ATF 117 II 353 c. 3; ATF 115 II 206 c. 4a; ATF 115 II 317 c. 2; cf. aussi TF 5A_181/2008 du 25 avril 2008, FamPra.ch 4/2008. n. 104 p. 98; TF 5C.238/2005 du 2 novembre 2005, FamPra.ch 2006 n. 20 p. 193,).

a/c) L'exercice de l'autorité parentale, comme du droit de garde qui en est une composante, doit poursuivre en toutes circonstances le bien de l'enfant (art. 301 al. 1 CC). Si ce bien est menacé et que les parents n'y remédient pas d'eux-mêmes, ou s'ils sont hors d'état de le faire, l'autorité tutélaire – respectivement le juge chargé de régler les relations des père et mère avec l'enfant (art. 315a al. 1 CC) – prend les dispositions adéquates pour la protection de l'enfant (art. 307 ss CC).

En règle générale, la garde d'un enfant appartient au détenteur de l'autorité parentale. Le droit de garde, qui implique la compétence pour décider du lieu de résidence et du mode d'encadrement de l'enfant et pour exercer les droits et les responsabilités liés à l'assistance, aux soins et à l'éducation quotidienne, doit être distingué de la garde de fait consistant à donner au mineur tout ce dont il a journalièrement besoin pour se développer harmonieusement sur le plan physique, affectif et intellectuel (ATF 128 III 9 ; Stettler, Le droit suisse de la filiation, Traité de droit privé suisse, III, tome II, 1, p. 247 ; Meier/Stettler, Droit de la filiation, 4^{ème} éd., 2009, n. 1216, p. 699).

Lorsqu'elle ne peut éviter par une mesure moins grave que le développement de l'enfant ne soit compromis, l'autorité compétente doit retirer l'enfant aux père et mère ou aux tiers chez qui il se trouve et le placer de façon appropriée (art. 310 al. 1 CC). 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, op. cit., n.

27.36, p. 194). Les dissensions entre parents peuvent également représenter un danger pour l'enfant (Hegnauer, op. cit., n. 27.14, p. 186).

L'intérêt de l'enfant est la justification fondamentale de toutes les mesures des art. 307 ss 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^{ème} éd., Berne 1994, n. 5.2.1.2, p. 418 ; Knapp, Précis de droit administratif, 4^{ème} 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 art. 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).

b) Le premier juge a estimé qu'il ne se justifiait pas, au stade des mesures provisionnelles, de retirer à J._____ la garde sur ses enfants pour l'attribuer provisoirement à l'appelant, considérant que les enfants B.N._____ et C.N._____ avaient grand besoin de stabilité et qu'on ne saurait admettre que leur mode de vie actuel nuirait plus à leur bien qu'un changement de cadre de vie.

Le président du tribunal a notamment retenu, sur la base du témoignage de [...], représentante du SPJ, à l'audience de mesures provisionnelles du 16 novembre 2011, que les enfants semblaient relativement peu perturbés par la mésentente des parents, même si le

conflit entre parents avait assurément une influence sur leur bien-être. Il a indiqué que les enfants paraissaient tout de même bien vivre la situation et que leur développement auprès de leur mère semblait harmonieux.

Quant à une éventuelle addiction de l'intimée à l'alcool, le premier juge a considéré qu'elle pourrait constituer un changement notable et durable de la situation justifiant en cas d'urgence une modification du jugement de divorce par voie de mesures provisionnelles mais qu'en l'état des choses, il ne semblait pas que cela nuise au développement des enfants. Se fondant sur le témoignage précité, il a considéré que l'intimée était une bonne mère, qui prenait soin de ses enfants de manière relativement adéquate et qu'elle s'en occupait avec dévouement.

Enfin, le premier juge a considéré que l'attribution de la garde à l'un ou l'autre des parents ne permettrait pas de mettre les enfants à l'abri des conflits qu'entretiennent les parties, que l'intimée paraissait gérer la situation au mieux de ses capacités et qu'il n'était pas établi que l'appelant s'occuperait de manière plus adéquate des enfants.

c) En l'espèce, force est de constater que la situation est très évolutive. La seconde audition du témoin [...], en audience d'appel, a ainsi mis en lumière une péjoration de la situation à divers échelons. La situation des enfants est préoccupante; s'ils montraient beaucoup de tonus jusqu'à l'automne dernier et communiquaient bien sur le conflit des parents, tel n'est plus le cas à l'heure actuelle. La structure d'accueil socio-éducatif de jour Moulin 28 (AEMO) s'inquiète également de la péjoration de la situation, relevant que les enfants vont moins bien. De plus, la collaboration de l'intimée avec le réseau d'encadrement mis en place pour la protection des enfants est mauvaise. L'intimée rencontre des difficultés de communication avec le SPJ et refuse que ce dernier ait des contacts avec les médecins et le SPEA. La collaboration avec Moulin 28, indispensable au suivi des enfants, est difficile : l'intimée n'y a pas envoyé ses enfants au mois de février; ceux-ci ne s'y sont rendus que par intermittence au mois de mars.

Par ailleurs, il apparaît que l'intimée ne s'est pas conformée aux contrôles d'abstinence prescrits mensuellement par la Chambre des tutelles dans son arrêt du 6 septembre 2011. Le SPJ, auquel elle était censée adresser mensuellement les résultats de ces contrôles, n'a pas reçu de résultats depuis le mois d'août 2011.

De fait, ces contrôles n'ont été effectués qu'à quatre reprises, aux mois d'août, septembre et octobre 2011 ainsi qu'au mois de mars 2012. A la lecture de ces pièces, il apparaît que la consommation d'alcool de l'intimée au cours de l'automne dernier a atteint des seuils préoccupants (2.0 % en août 2011, 3.5 % en septembre 2011, 4.3 % en octobre 2011), sachant que le seuil considéré comme non significatif d'une consommation chronique d'alcool est fixé à un 1.8 %. Les résultats produits pour le mois de mars 2011 (1.6 %) dénotent certes une amélioration de la situation qu'on ne saurait toutefois qualifier de durable, vu l'unique contrôle allant dans ce sens.

Le docteur [...] a estimé pour sa part que la consommation d'alcool de l'intimée était à surveiller mais pas inquiétante en l'état. L'intimée va en effet nettement moins bien chaque fois qu'il y a une procédure judiciaire et doit alors être suivie de plus près.

En l'état, il n'est toutefois pas établi que le père serait plus apte à assumer ses tâches parentales. La cour est peu renseignée sur sa situation et l'attribution du droit de garde à l'appelant ne résoudrait en rien la situation actuelle des enfants qui, aux dires du SPJ, vivent de plus en plus mal le conflit des parents et leurs difficultés à gérer leur coparentalité. Le problème n'est pas dans la prise en charge des enfants, les deux parents s'avérant capables sur le principe de s'en occuper, mais dans l'entente au sein des parents qui est très dégradée et porte à conséquence sur les enfants.

En résumé, on constate que l'évolution des enfants n'est pas bonne depuis l'automne dernier et que la situation va en se péjorant. La

collaboration de l'intimée avec le réseau mis en place dans le cadre des mesures de protection des enfants n'est pas satisfaisante et rien ne permet d'affirmer que la situation s'en trouverait sensiblement améliorée si la garde était attribuée provisoirement à l'appelant, compte tenu de la gravité du conflit parental. Par ailleurs, le problème de l'addiction de l'intimée à l'alcool, mis en lumière par la consommation avérée d'alcool l'automne dernier, est préoccupant et doit être pris en charge.

Au vu de ce qui précède, il apparaît que les difficultés actuelles de l'intimée, notamment quant à sa consommation d'alcool, comme aussi la grave mésentente des parents, sont avérées et portent à conséquence sur le bien-être et le développement des enfants. Par ailleurs, les mesures de protection ordonnées par le premier juge en application de l'art. 307 al. 3 CC ne permettent pas de gérer à satisfaction la situation des enfants, en raison du manque de collaboration de l'intimée. En outre, on constate que l'intimée n'a pas stoppé toute consommation de boissons alcoolisées et que cette abstinence, qui avait incité la Chambre des tutelles à laisser à l'intimée le droit de garde sur ses enfants qui lui avait été provisoirement retiré par la Justice de paix, ne s'est pas confirmée au cours de l'automne dernier, bien au contraire. Enfin, les conclusions de l'expertise psychiatrique ordonnée par la Chambre des tutelles en vue d'évaluer les compétences éducatives tant de l'appelant que de l'intimée ne sont pas encore déposées.

Pour tous ces motifs, la cour de céans est d'avis que la mesure de protection de l'art. 310 CC, savoir le retrait du droit de garde des parents, apparaît au stade des mesures provisionnelles comme la mesure la plus adéquate pour assurer le bien-être des enfants. En application de l'art. 315a CC, le droit de garde sur les enfants B.N. _____ et C.N. _____ est dès lors provisoirement retiré à J. _____ et attribué au SPJ qui aura ainsi une plus grande latitude pour prendre les mesures éducatives qu'il juge nécessaires jusqu'à droit connu sur l'expertise psychiatrique en cours.

5. En définitive, l'appel doit être rejeté et les chiffres II et III du dispositif de l'ordonnance entreprise réformés d'office en ce sens que le droit de garde de J. _____ sur les enfants B.N. _____ et C.N. _____ lui est retiré et confié provisoirement au SPJ, le mandat de surveillance socio-éducative (art. 307 al. 3 CC) confié au SPJ n'ayant dès lors plus d'objet.

L'appelant, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC), supportera les frais judiciaires de deuxième instance (art. 95 al. 2 CPC), savoir les frais de justice, arrêtés à 600 fr. (art. 65 al. 2 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010; RSV 270.11.5]), ainsi que les frais d'assignation et d'audition des témoins, arrêtés à 500 francs. Ces frais sont laissés à la charge de l'Etat, l'appelant étant au bénéfice de l'assistance judiciaire (art. 122 al. 1 let. b CPC).

Me Frank Tièche, conseil d'office de l'appelant, a droit à une rémunération équitable pour ses opérations et débours dans la procédure d'appel (art. 122 al. 1 let. a CPC). Il résulte de la liste des opérations produite le 25 avril 2012 que le prénommé a consacré 17 h. et 55 à l'exécution de son mandat et que ses débours se sont élevés à 22 francs. Une indemnité, correspondant à 13 h. 30 de travail d'avocat, apparaît raisonnable pour la procédure de deuxième instance au regard des difficultés de la cause, telles qu'elles se présentaient en fait et en droit. Le montant des débours annoncé, soit 22 fr. 00, est admis. Le tarif horaire étant de 180 fr. pour l'avocat (art. 2 al. 1 let. a RAJ [règlement sur l'assistance judiciaire en matière civile du 7 décembre 2010; RSV 211.02.03]), l'indemnité d'office de Me Frank Tièche doit ainsi être arrêtée à 2'430 fr. pour ses honoraires (180 x 13.5), plus 22 fr. de débours, TVA par 196 fr. 15 en sus, soit un montant total de 2'648 fr. 15.

Me Manuela Ryter Godel, conseil d'office de l'intimée, a produit le 25 avril 2012 une liste des opérations annonçant 13 h. 30 consacrées à l'exercice de son mandat. Elle peut être admise dans cette mesure, le montant de ses débours, (15 fr. 00) et de ses frais de vacation (45 fr. 60) étant également admis. L'indemnité d'office de Me Manuela Ryter Godel doit ainsi être arrêtée à 2'430 fr. pour ses honoraires (180 x 13.5), plus 45

fr. 60 de frais de vacation, plus 15 fr. de débours, TVA par 199 fr. 25 en sus, soit un montant total de 2'689 fr. 85.

Vu le sort de l'appel, des dépens de deuxième instance doivent être alloués à l'intimée (art. 95 al. 3, 106 al. 1 CPC et 9 al. 2 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; RSV. 270.11.6]). Son conseil doit être rémunéré équitablement pour les opérations nécessaires à l'appel par 2'700 francs.

Par ces motifs,
le juge délégué de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos,
prononce :

I. L'appel est rejeté.

II. L'ordonnance est réformée comme suit aux chiffres II et III de son dispositif :

"II.- retire d'office le droit de garde de J._____ sur les enfants B.N._____, né le 13 mai 2002, et C.N._____, née le 15 octobre 2003, et l'attribue provisoirement au SPJ;

III.- supprimé."

L'ordonnance est confirmée pour le surplus.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 1'100 fr. (mille cent francs) pour l'appelant, sont laissés à la charge de l'Etat.

IV. L'indemnité d'office de Me Frank Tièche, conseil de l'appelant, est arrêtée à 2'648 fr. 15 (deux mille six cent quarante-huit francs et quinze centimes), TVA et débours compris, et celle de

Me Manuela Ryter Godel, conseil de l'intimée, à 2'689 fr. 85 (deux mille six cent huitante-neuf francs et huitante-cinq centimes), TVA et débours compris.

V. Les bénéficiaires de l'assistance judiciaire sont, dans la mesure de l'art 123 CPC, tenus au remboursement des frais judiciaires et de l'indemnité aux conseils d'office mis à la charge de l'Etat.

VI. L'appelant A.N._____ doit verser à l'appelante J._____ la somme de 2'700 fr. (deux mille sept cents francs), à titre de dépens de deuxième instance.

VII. L'arrêt est exécutoire.

Le juge délégué :

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 Frank Tièche (pour A.N._____),
- Me Manuela Ryter Godel (pour J._____),
- Service protection de la jeunesse.

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 d'arrondissement de la Broye et du Nord vaudois.

Le greffier :