

Autorité parentale, audition  
d'enfant, garde des enfants,  
procédure

**Art. 296 al. 1 et 3, 298 al. 1  
et 317 al. 1 CPC ; 133 al. 1  
et 298 al. 1 CC**

**Procédure – nova en appel (art. 317 al. 1 CPC).** Rappel de principes relatifs aux faits et moyens de preuve nouveaux en appel. En particulier, l'application stricte de l'art. 317 al. 1 CPC n'est pas justifiée lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire illimitée (art. 296 al. 1 CPC). Les parties peuvent ainsi déposer des *nova* en appel même si les conditions de cette disposition ne sont pas réunies. Rappel détaillé des principes en matière de *nova* en procédure d'appel, notamment s'agissant du moment à partir duquel la matière du procès doit être fixée de façon définitive sans que des *nova* puissent interrompre les délibérations. Rappel des procédures à introduire lorsque de vrais *nova* surviennent après et ne peuvent dès lors pas être pris en compte (consid. 3.1). Rappel qu'après avoir communiqué que la cause est en état d'être jugée, la cour d'appel peut décider d'office de rouvrir la procédure d'administration des preuves pour tenir compte des faits nouveaux, les parties n'ayant toutefois pas un droit à la réouverture de la procédure probatoire (consid. 3.2).

**Idem – audition des enfants (art. 298 al. 1 CPC).** Rappel de principes relatifs à l'audition de l'enfant (consid. 4.1).

**Idem – maximes applicables en procédure avec des enfants (art. 296 al. 1 et 3 CPC).** Rappel de principes relatifs aux maximes d'office et inquisitoire (illimitée), notamment en ce qui concerne l'appréciation anticipée des preuves et la détermination des faits devant être établis et par quels moyens de preuve (consid. 5.1.1).

**Idem – expertise.** L'expertise doit être ordonnée lorsqu'elle apparaît comme le seul moyen de preuve idoine, en particulier lorsque l'autorité judiciaire ne bénéficie pas de connaissances personnelles suffisantes pour se prononcer sur le bien de l'enfant, notamment si l'enfant souffre d'une maladie ou présente un comportement pathologique ou s'il n'y a aucune preuve sur les faits pertinents pour la décision. L'autorité judiciaire dispose d'un large pouvoir d'appréciation. L'expertise n'est qu'une mesure probatoire parmi d'autres (consid. 5.1.2).

**Autorité parentale – attribution exclusive (art. 133 al. 1 et 298 al. 1 CC).** Rappel détaillé des principes relatifs à l'attribution de l'autorité parentale exclusive (consid. 6.1).

#### Composition

MM. et Mme les Juges fédéraux Herrmann, Président,  
Bovey et Courbat, Juge suppléante.  
Greffière : Mme Mairot.

#### Participants à la procédure

A.A.,  
représentée par Me Valentin Sapin, avocat,  
recourante,

*contre*

B.A.,  
représenté par Me Sébastien Bossel, avocat,  
intimé.

Objet

divorce (autorité parentale, garde, contribution d'entretien en faveur des enfants),

recours contre l'arrêt de la I e Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg du 23 juin 2022 (101 2021 364).

**Faits :**

**A.**

**A.a.** B.A. et A.A. se sont mariés en 2003. Ils sont les parents de C., née le 19 septembre 2003, D., né le 25 décembre 2011, et E., née le 20 avril 2015.

Le mari est également le père de l'enfant F., née en 2018.

Par décision du 26 janvier 2018, des mesures protectrices de l'union conjugale ont été rendues entre les époux.

**A.b.** Par requête unilatérale du 11 août 2018, le mari a ouvert action en divorce auprès du Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine (ci-après: le Tribunal).

De très nombreuses ordonnances ont réglé successivement les modalités de la séparation des parties durant la procédure de divorce, notamment concernant le droit de déterminer le lieu de résidence des enfants et les contributions d'entretien en leur faveur ou en faveur de l'épouse. Les conjoints ont déposé une multitude d'écritures et ont été entendus, ainsi que les enfants, à diverses reprises.

**B.**

**B.a.** Par jugement du 15 juillet 2021, le Tribunal a notamment prononcé le divorce des époux, maintenu le placement en foyer de C. ainsi que l'autorité parentale conjointe sur cet enfant et retiré aux parents le droit de déterminer son lieu de résidence, attribué l'autorité parentale sur D. et E. exclusivement au père et confié leur garde à celui-ci, réglé le droit de visite des parents sur C. et le droit de visite de la mère sur D. et E., enjoint aux parents d'inscrire ces deux enfants au programme mis en place par la Fondation G., enfin, fixé les contributions d'entretien due par les parents en faveur de C. et celles dues par la mère en faveur de D. et E.

**B.d.** Par arrêt du 23 juin 2022, la I e Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg (ci-après: Cour d'appel) a rejeté l'appel de l'épouse et partiellement admis l'appel joint du mari, en ce sens que l'injonction d'inscrire D. et E. au programme mis en place par la Fondation G. est supprimée. La décision de première instance a été confirmée pour le surplus.

**C.**

Par écriture postée le 30 août 2022, A.A. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre cet arrêt, assorti d'une requête d'effet suspensif. Elle conclut principalement à sa réforme en ce sens que l'autorité parentale sur les enfants D. et E. est exercée conjointement par les parties, que leur garde lui est confiée, que le père se voit accorder un droit de visite devant s'exercer, à défaut d'entente, un week-end sur deux du vendredi à 18h au dimanche à 18h ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et que celui-ci versera pour chacun d'eux des contributions d'entretien d'un montant de 1'115 fr. 65 par mois jusqu'à l'âge de 10 ans, puis de 1'315 fr. 65 par mois, allocations familiales en sus. Subsidièrement, elle conclut à l'annulation de l'arrêt entrepris et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision, après que celle-ci a procédé à l'audition des deux enfants et ordonné une expertise familiale.

Des observations sur le fond n'ont pas été requises.

Les deux parties sollicitent le bénéfice de l'assistance judiciaire.

## D.

Par ordonnance du 26 septembre 2022, le Président de la II e Cour de droit civil a partiellement octroyé l'effet suspensif au recours pour les contributions d'entretien arriérées - c'est-à-dire dues jusqu'à la fin du mois précédent le dépôt de la requête, en l'occurrence juillet 2022 -, mais l'a refusé pour l'avenir.

### Considérant en droit :

#### 1.

Le recours a été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans la forme prévue par la loi (art. 42 LTF), par une partie qui a succombé en dernière instance cantonale et sur recours (art. 75 et 76 LTF), dans une affaire civile (art. 72 al. 1 LTF) de nature non pécuniaire dans son ensemble (parmi plusieurs: arrêts 5A\_53/2023 du 21 août 2023 consid. 2; 5A\_895/2022 du 17 juillet 2023 consid. 1; 5A\_501/2023 du 21 juin 2023 consid. 1 et les références). Le recours est donc en principe recevable.

#### 2.

**2.1.** Le recours en matière civile peut être interjeté pour violation du droit, tel qu'il est délimité par les art. 95 et 96 LTF. Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF). Cela étant, eu égard à l'exigence de motivation contenue à l'art. 42 al. 2 LTF, il n'examine en principe que les griefs soulevés (**ATF 142 III 364** consid. 2.4). Le recourant doit par conséquent discuter les motifs de la décision entreprise et indiquer précisément en quoi l'autorité précédente a méconnu le droit (**ATF 142 I 99** consid. 1.7.1; **142 III 364** consid. 2.4). Le Tribunal fédéral ne connaît en outre de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément soulevé et motivé conformément au principe d'allégation (art. 106 al. 2 LTF; **ATF 147 I 73** consid. 2.1; **146 III 303** consid. 2; **142 III 364** consid. 2.4). Le recourant doit indiquer quel droit ou principe constitutionnel a été violé par l'autorité précédente, et dans quelle mesure, en présentant une argumentation claire et circonstanciée; des critiques de nature appellatoire ne sont pas admissibles (**ATF 143 II 283** consid. 1.2.2; **139 I 229** consid. 2.2; **134 II 244** consid. 2.2).

**2.2.** Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 a. 2 LTF), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF; **ATF 146 IV 88** consid. 1.3.1). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (**ATF 147 I 73** consid. 2.2; **144 III 93** consid. 5.2.2; **140 III 264** consid. 2.3), doit, sous peine d'irrecevabilité, satisfaire au principe d'allégation susmentionné (art. 106 al. 2 LTF; cf. supra consid. 2.1; **ATF 147 I 73** consid. 2.2; **146 IV 88** consid. 1.3.1), étant rappelé qu'en matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il n'y a arbitraire que lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (**ATF 147 V 35** consid. 4.2; **143 IV 500** consid. 1.1; **140 III 264** consid. 2.3).

#### 3.

Dans un premier grief, la recourante reproche à l'autorité précédente d'avoir refusé de prendre en considération le courrier de son fils D. du 18 mai 2022, dans lequel celui-ci déclarait qu'il souhaitait retourner vivre chez elle et être entendu dans la procédure d'appel. Elle se plaint à cet égard de formalisme excessif (art. 29 al. 1 Cst.) et de violation des art. 317 al. 1, en lien avec 296 CPC.

**3.1.** Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux sont admissibles en appel pour autant qu'ils soient invoqués ou produits sans retard (let. a) et qu'ils n'aient pas pu l'être en première instance, bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Lorsque, comme ici, la procédure est soumise à la maxime inquisitoire illimitée (art. 296 al. 1 CPC), l'application stricte de l'art. 317 al. 1 CPC n'est pas justifiée et les parties peuvent présenter des nova en appel même si les conditions de cette disposition ne sont pas réunies (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1 et les références; arrêts 5A\_451/2020 du 31 mars 2021 consid. 3.1.1; 5A\_67/2020 du 10 août 2020 consid. 3.3.1; 5A\_763/2018 du 1er juillet 2019 consid. 2.1.3.1; 5A\_685/2018 du 15 mai 2019 consid. 3.1).

En règle générale, les nova doivent être introduits en appel dans le cadre du premier échange d'écritures. Exceptionnellement, des nova peuvent être invoqués à un stade ultérieur. Tel est notamment le cas lorsque l'autorité d'appel a ordonné un second échange d'écritures (art. 316 al. 2 CPC) ou des débats (art. 316 al. 1 CPC) ou encore si elle laisse le dossier de côté sans en clore formellement l'instruction. En revanche, à partir du début des délibérations, les parties ne peuvent plus introduire de nova, même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC sont réunies. La phase des délibérations débute dès la clôture des débats, s'il y en a eu, respectivement dès que l'autorité d'appel a communiqué aux parties que la cause a été gardée à juger (ATF 143 III 272 consid. 2.3.2; 142 III 413 consid. 2.2.5; arrêts 5A\_146/2023 du 23 mai 2023 consid. 6.2.3.1; 5A\_717/2020 du 2 juin 2021 consid. 4.1.1.1). Dans cette phase, la matière du procès doit être fixée de façon définitive, en sorte que le tribunal délibère de la cause sans retard et qu'un jugement puisse être rendu rapidement; il ne doit donc pas être possible de revenir à l'administration des preuves par l'invocation de nova et ainsi de provoquer l'interruption des délibérations (ATF 142 III 413 consid. 2.2.5). Il résulte de ce qui précède que les faits et moyens de preuve nouveaux qui sont invoqués jusqu'au début de la phase des délibérations de la juridiction supérieure sont pris en considération en appel, aux conditions de l'art. 317 al. 1 CPC. Par la suite, de tels nova ne peuvent plus être invoqués que par la voie de la révision s'agissant des faits et moyens de preuve qui surviennent avant le début des délibérations de la juridiction supérieure (art. 328 al. 1 let. a CPC), respectivement par le biais d'une nouvelle demande s'agissant des faits et moyens de preuve qui surviennent après cet instant (ATF 142 III 413 consid. 2.2.6; arrêt 5A\_451/2020 du 31 mars 2021 consid. 3.1.1).

Par ailleurs, il n'y a formalisme excessif, constitutif d'un déni de justice formel prohibé par l'art. 29 al. 1 Cst., que lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (ATF 149 IV 9 consid. 7.2; 145 I 201 consid. 4.2.1; 144 I 10 consid. 2.4.2 et les arrêts cités; voir pour la procédure civile: ATF 140 III 636 consid. 3.5).

**3.2.** En l'espèce, les juges cantonaux ont estimé que le courrier du 18 mai 2022 était irrecevable, car il avait été produit après que les parties avaient été informées, par avis du 6 mai 2022, que la cause était en état d'être jugée; tardive, cette pièce ne pouvait donc plus être prise en considération. La recourante ne le conteste pas. Elle soutient en revanche que ledit courrier et, par conséquent, le profond désir de l'enfant de retourner vivre chez elle, aurait néanmoins dû être pris en considération, dès lors qu'il s'agit d'un domaine dans lequel le "juge jouit d'un large pouvoir d'appréciation et doit prioritairement tenir compte de l'intérêt de l'enfant". L'autorité précédente ne pouvait par conséquent écarter ce document en invoquant sa production tardive. En procédant de la sorte, les juges cantonaux n'auraient pas agi conformément à l'intérêt de l'enfant, violant ainsi, en particulier, la maxime inquisitoire illimitée et l'interdiction du formalisme excessif.

Dans la mesure où l'autorité cantonale avait informé les parties que la cause était en état d'être jugée et que la phase des délibérations était ainsi censée avoir commencé, il n'était plus possible d'alléguer librement des faits et moyens de preuve nouveaux, indépendamment de la maxime applicable à la procédure quant à l'établissement des faits (cf. arrêts 5A\_160/2023 du 5 juillet 2023 consid. 3.3; 5A\_389/2022 du 29 novembre 2022 consid. 4.1). Si, après avoir communiqué que la cause est en état d'être jugée, la cour d'appel peut décider d'office, en revenant sur son ordonnance

**d'instruction, de rouvrir la procédure d'administration des preuves pour tenir compte de faits nouveaux, en particulier de vrais nova qui se sont produits subséquemment (cf. ATF 138 III 788 consid. 5), les parties n'ont pas un droit à la réouverture de la procédure probatoire (ATF 143 III 272 consid. 2.3.2 in fine et la référence; arrêts 5A\_389/2022 du 29 novembre 2022 consid. 4.1; 5A\_717/2020 du 2 juin 2021 consid. 4.1.1.1).** Il s'ensuit qu'en refusant de tenir compte du courrier litigieux, produit tardivement, l'autorité précédente ne peut se voir reprocher d'avoir violé les art. 296 al. 1 et 317 al. 1 CPC.

On ne se trouve pas non plus dans le cas de règles de procédure dont l'interprétation restrictive compliquerait de façon insoutenable l'application du droit de fond ou priverait de manière inadmissible le citoyen d'une voie de droit. En effet, comme exposé plus haut, il y a formalisme excessif seulement lorsque la stricte application des règles de procédure ne se justifie par aucun intérêt digne de protection, devient une fin en soi et complique de manière insoutenable la réalisation du droit matériel ou entrave de manière inadmissible l'accès aux tribunaux (cf. supra consid. 3.1 in fine). Tel n'est manifestement pas le cas en l'espèce, où l'autorité cantonale s'est entièrement conformée aux principes jurisprudentiels applicables en la matière. Il sied de préciser que les règles sur l'interdiction des nova devant la juridiction supérieure visent précisément à garantir, par la rigueur et l'économie de la procédure, la réalisation efficace du droit matériel, de sorte qu'il ne saurait être question à cet égard de formalisme excessif (arrêts 5A\_18/2018 du 16 mars 2018 consid. 3.3.2; 5P.475/2002 du 14 mars 2003 consid. 4.1 et les références; 5P.495/2002 du 29 janvier 2003 consid. 2.2.2 et la référence).

Au surplus, on ne discerne pas en quoi le moyen de preuve litigieux serait décisif pour l'issue du litige, dès lors qu'il résulte de l'arrêt entrepris que l'enfant, qui a été entendu à plusieurs reprises, a déjà déclaré qu'il voulait vivre auprès de sa mère et se rendre en visite chez son père (cf. infra consid. 4). Le grief est par conséquent totalement infondé.

#### **4.**

La recourante reproche en outre à la cour cantonale d'avoir violé le droit à la preuve ainsi que l'art. 298 CPC en refusant d'entendre les enfants D. et E.

**4.1. Conformément à 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. Si, dans le cadre d'un même conflit conjugal, le juge est appelé à intervenir par plusieurs décisions successives ou que la décision de première instance est portée devant les autorités d'appel, l'audition de l'enfant n'aura pas à être répétée chaque fois. En outre, lorsque l'enfant a déjà été entendu par un tiers, en général dans le cadre d'une expertise, le juge peut renoncer à l'entendre une nouvelle fois si une audition répétée représente pour l'enfant une charge insupportable (p. ex. en cas de conflit de loyauté aigu) et que l'on ne peut attendre aucun nouveau résultat d'une audition supplémentaire ou que l'utilité escomptée est sans rapport raisonnable avec la charge causée par la nouvelle audition. Le juge peut alors se fonder sur les résultats de l'audition effectuée par le tiers pour autant qu'il s'agisse d'un professionnel indépendant et qualifié, que l'enfant ait été interrogé sur les éléments décisifs pour l'affaire à juger et que l'audition, respectivement ses résultats, soient actuels (ATF 146 III 203 consid. 3.3.2; 133 III 553 consid. 4; arrêts 5A\_95/2023 du 17 juillet 2023 consid. 3.1.2; 5A\_131/2021 du 10 septembre 2021 consid. 3.2; 5A\_971/2015 du 30 juin 2016 consid. 5.2; 5A\_572/2015 du 8 octobre 2015 consid. 4.2 et la doctrine citée).**

**4.2.** En l'espèce, la cour cantonale a relevé que D., alors âgé de 10 ans, avait été entendu en première instance les 19 octobre 2018, 28 novembre 2019 et 3 mai 2021. E., âgée de 7 ans, avait pour sa part eu la possibilité de s'exprimer le 3 mai 2021, mais avait finalement souhaité garder le silence. Les enfants avaient aussi eu l'occasion de se confier aux éducateurs du foyer où ils étaient placés durant la première moitié de l'année 2021, et le rapport y relatif figurait au dossier. De plus, leur curatrice de représentation pouvait faire part de leur avis, lorsque les circonstances l'exigeaient.

Pour les juges cantonaux, force était ainsi de constater que l'appelante sollicitait qu'un moyen de preuve qui avait déjà été administré le soit à nouveau, les enfants ayant été entendus à plusieurs reprises. Elle ne soutenait cependant pas qu'ils ne l'avaient pas été sur des points décisifs ou que les résultats des auditions n'étaient plus actuels. L'autorité précédente a rappelé pour le surplus que par le passé, l'appelante avait influencé les enfants et qu'ils l'étaient toujours. Dans ces circonstances, une nouvelle audition ne faisait pas de sens, étant encore relevé que D. avait déjà déclaré, le 3 mai 2021, qu'il voulait vivre auprès de sa mère.

**4.3.** La recourante ne motive pas précisément son grief relatif à une nouvelle audition de E. S'agissant de D., elle expose que son audition n'était pas seulement requise pour qu'il confirme vouloir vivre auprès d'elle, mais également pour qu'il "puisse donner sa version des faits telle qu'il perçoit la situation de ses propres yeux d'enfant dans le cadre de la procédure de divorce des parents". Elle affirme en outre, de manière générale, qu'elle a sollicité l'audition des enfants en raison de l'évolution positive de la situation entre avril et décembre 2021, en particulier s'agissant de ses capacités parentales, qu'il ne peut être renoncé à l'audition de l'enfant que si celui-ci a été entendu sur les points décisifs et que le résultat de l'audition est encore actuel, que le droit d'être entendu de l'enfant n'est pas subordonné à la condition qu'il ne se trouve pas dans un conflit de loyauté et que son avis doit être pris en considération.

Par son argumentation, la recourante ne s'en prend pas à la motivation de l'autorité cantonale, en particulier celle, subsidiaire, fondée sur le fait que les enfants ont été et sont toujours influencés par elle, dès lors qu'elle se limite à rappeler certains principes jurisprudentiels en matière d'audition des enfants et à affirmer péremptoirement que leur avis n'aurait pas été pris en considération. Dépourvu de substance, le grief est par conséquent irrecevable (art. 42 al. 2 LTF; **ATF 143 II 283** consid. 1.2.2; **140 III 86** consid. 2; **134 II 244** consid. 2.1).

## **5.**

La recourante reproche à l'autorité précédente d'avoir rejeté, par appréciation anticipée des preuves, sa requête tendant à la mise en oeuvre d'une expertise familiale pour déterminer auquel des parents l'autorité parentale et la garde des enfants devaient être attribuées. Elle est d'avis que les juges cantonaux auraient dû "approfondir et motiver pour quelles raisons une telle expertise ne saurait être mise en oeuvre". Elle estime en conséquence qu'ils ont outrepassé leur pouvoir d'appréciation et fait preuve d'arbitraire dans l'appréciation des faits.

### **5.1.**

**5.1.1.** Le juge saisi de questions relatives aux enfants dans les affaires du droit de la famille a l'obligation d'établir d'office l'ensemble des faits déterminants pour la solution du litige et d'administrer, le cas échéant, les preuves nécessaires à établir les faits pertinents pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant (**ATF 144 III 349** consid. 4.2.1 et les références; **128 III 411** consid. 3.2.1). Il n'est cependant pas lié par les offres de preuve des parties; il décide, selon sa conviction, quels faits doivent encore être établis et quels sont les moyens de preuve pertinents pour démontrer ces faits (arrêts **5A\_647/2021** du 19 novembre 2021 consid. 4.2.1; **5A\_648/2020** du 12 juillet 2021 consid. 3.2.2; **5A\_184/2017** du 9 juin 2017 consid. 3.1; **5A\_378/2014** du 30 juin 2014 consid. 3.1.2; **5A\_877/2013** du 10 février 2014 consid. 4.1.1). Le principe de la maxime inquisitoire ne lui interdit donc pas de procéder à une appréciation anticipée des preuves déjà recueillies pour évaluer la nécessité d'en administrer d'autres (**ATF 130 III 734** consid. 2.2.3; arrêts **5A\_648/2020** du 12 juillet 2021 consid. 3.2.2; **5A\_792/2016** du 23 janvier 2017 consid. 4.1; **5A\_22/2011** du 16 février 2011 consid. 4.1). Le juge peut ainsi refuser une mesure probatoire lorsque celle-ci ne serait pas de nature à modifier le résultat des preuves déjà administrées, qu'il tient pour acquis. Un tel refus ne peut être remis en cause devant le Tribunal fédéral qu'en invoquant l'arbitraire (art. 9 Cst.), de manière conforme aux exigences de l'art. 106 al. 2 LTF (**ATF 146 III 73** consid. 5.2.2; **145 I 167** consid. 4.1; **144 II 427** consid. 3.1.3; **141 I 60** consid. 3.3; **140 I 285** consid. 6.3.1; **138 III 374** consid. 4.3.2 et

les références; arrêts 5A\_389/2022 du 22 novembre 2022 consid. 5.3; 5A\_388/2018 du 3 avril 2019 consid. 4.1).

**5.1.2. Sauf exceptions qui ne sont pas réalisées dans le cas présent, l'expertise ne constitue qu'une mesure probatoire parmi d'autres. Le juge doit l'ordonner lorsqu'elle apparaît comme le seul moyen de preuve idoine, en particulier lorsqu'il ne bénéficie pas de connaissances personnelles suffisantes pour se prononcer sur le bien de l'enfant, par exemple lorsque celui-ci souffre d'une maladie ou présente un comportement pathologique, ou encore lorsque le juge ne dispose d'aucun élément de preuve sur des faits pertinents pour la décision; il jouit à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC; arrêts 5A\_793/2020 du 24 février 2021 consid. 4.3.2; 5A\_228/2020 du 3 août 2020 consid. 4.1.2; 5A\_266/2019 du 5 août 2019 consid. 3.3.2; 5A\_191/2018 du 7 août 2018 consid. 5.2.1; 5A\_184/2017 du 9 juin 2017 consid. 3.1 et les références; 5A\_378/2014 du 30 juin 2014 consid. 3.1.2).**

**5.2.** En l'occurrence, les juges cantonaux ont rejeté la réquisition de preuve de l'appelante par appréciation anticipée des preuves. Ils ont considéré qu'ils pouvaient - tout comme l'avait fait précédemment le Tribunal - s'appuyer sur les déterminations des parties, les rapports d'évaluation et de protection des enfants établis, en avril 2021, par la fondation et le foyer dans lesquels ceux-ci avaient respectivement été placés, les différentes déterminations des deux curatrices ainsi que sur les communications de la fondation et du foyer, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'avis d'un expert. Par ailleurs, plusieurs éléments supplémentaires avaient été allégués, respectivement produits par les parties en appel, qui confirmaient l'appréciation du Tribunal.

Contrairement à ce que soutient la recourante, le contexte familial extrêmement tendu, ses soupçons de violence de la part du père sur les enfants, sa méfiance envers les différents intervenants, qui feraient preuve de partialité, l'opinion de la curatrice éducative et le souhait des enfants - éléments dont la cour cantonale a au demeurant tenu compte dans son examen - ne signifient pas encore qu'il faille procéder à une expertise. On ne voit dès lors pas en quoi l'autorité cantonale aurait abusé de son pouvoir d'appréciation. De plus, dans la mesure où la recourante se limite à affirmer qu'une expertise familiale était nécessaire, sans tenter de démontrer en quoi l'autorité cantonale aurait versé dans l'arbitraire en considérant qu'elle était suffisamment renseignée, la critique est d'emblée irrecevable, faute d'être motivée conformément aux exigences du principe d'allégation (art. 106 al. 2 LTF).

## **6.**

La recourante soutient aussi que les juges cantonaux ont excédé leur pouvoir d'appréciation et fait preuve d'arbitraire en attribuant l'autorité parentale exclusive et la garde des enfants D. et E. à l'intimé.

**6.1. Selon l'art. 133 al. 1 CC, le juge règle les droits et les devoirs des père et mère conformément aux dispositions régissant les effets de la filiation. Dans le cadre d'une procédure de divorce ou d'une procédure de protection de l'union conjugale, le juge confie à l'un des parents l'autorité parentale exclusive si le bien de l'enfant le commande (art. 298 al. 1 CC).**

**Les critères pour l'attribution exclusive de l'autorité parentale ne sont pas identiques à ceux qui valent pour son retrait en tant que mesure de protection de l'enfant selon l'art. 311 CC: alors que celui-ci présuppose que le bien de l'enfant soit menacé, il n'est pas nécessaire d'atteindre le degré de gravité exigé par cette disposition pour déroger au principe de l'autorité parentale conjointe (ATF 141 III 472 consid. 4). L'attribution de l'autorité parentale exclusive à l'un des parents doit cependant rester une exception étroitement limitée (ATF 141 III 472 consid. 4.7). Une telle exception est en particulier envisageable en présence d'un conflit important et persistant entre les parents ou d'une incapacité durable pour ceux-ci de communiquer entre eux à propos de l'enfant, pour autant que cela exerce une influence négative sur celui-ci et que l'autorité parentale exclusive permette d'espérer une amélioration de la situation. De simples différends, tels qu'ils existent au sein de la plupart des familles, d'autant plus en cas de séparation ou de divorce, ne constituent pas un motif**

**d'attribution de l'autorité parentale exclusive, respectivement de maintien d'une autorité parentale exclusive préexistante (ATF 142 III 1 consid. 3.3; 141 III 472 consid. 4.3 et 4.7). En l'absence de toute communication entre les parents, cependant, le bien de l'enfant n'est pas garanti par l'exercice de l'autorité parentale conjointe. Celle-ci suppose en effet que les père et mère s'entendent un minimum sur les questions principales concernant l'enfant et qu'ils soient au moins capables de coopérer dans une certaine mesure. Si tel n'est pas le cas, l'autorité parentale conjointe constitue presque inévitablement une charge pour l'enfant, qui s'accroît dès que celui-ci se rend compte du désaccord de ses parents. Cette situation comporte également des risques comme celui de retarder la prise de décisions importantes, par exemple en lien avec des suivis ou traitements médicaux (ATF 142 III 197 consid. 3.5; arrêts 5A\_268/2023 du 19 septembre 2023 consid. 2.1; 5A\_119/2022 du 7 novembre 2022 consid. 3.1; 5A\_842/2020 du 14 octobre 2021 consid. 3.1.1).**

**Pour apprécier les critères d'attribution en matière de droits parentaux, le juge du fait, qui connaît le mieux les parties et le milieu dans lequel vit l'enfant, dispose d'un large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC; ATF 142 III 617 consid. 3.2.5 et les références; arrêts 5A\_401/2021 du 3 mars 2022 consid. 3.1.3; 5A\_67/2021 du 31 août 2021 consid. 2.2). Le Tribunal fédéral ne revoit son exercice qu'avec retenue. Il n'intervient qu'en cas d'excès ou d'abus de ce pouvoir, autrement dit si le juge s'est écarté sans motif des principes établis par la doctrine et la jurisprudence, s'il s'est fondé sur des faits qui ne devaient jouer aucun rôle pour la solution du cas d'espèce ou si, au contraire, il n'a pas tenu compte de circonstances qui auraient impérativement dû être prises en considération, ou encore si sa décision aboutit à un résultat manifestement injuste ou à une iniquité choquante (ATF 142 III 617 consid. 3.2.5 et les références).**

**6.2.** Selon l'arrêt entrepris, le Tribunal a confié au père l'autorité parentale exclusive en raison du conflit parental massif permanent dans lequel les enfants étaient pris et de l'absence totale de communication entre les parties. Le comportement de chacune d'elles n'était pas irréprochable. La mère ne semblait pas apte à préserver les enfants du conflit de loyauté dans lequel ils se trouvaient, ni à faciliter les contacts de ceux-ci avec l'autre parent, continuait de les influencer et peinait à se remettre en question. Le père alimentait lui aussi le conflit et devait apprendre à mieux maîtriser ses émotions, mais il était plus ouvert au changement et à la discussion, était preneur de conseils et prêt à se remettre en cause.

Pour l'autorité précédente, compte tenu de ces éléments, corroborés par de multiples rapports, courriels et déclarations repris dans le jugement de première instance, la décision du Tribunal d'attribuer l'autorité parentale exclusivement au père ne prêtait pas le flanc à la critique, même si celui-ci n'était pas exempt de tout reproche et devait tout particulièrement travailler à maîtriser ses émotions. Les circonstances n'avaient d'ailleurs pas évolué depuis le prononcé de sa décision. Ni le conflit parental, qui nuisait gravement à la santé des enfants, ni la communication entre les parties n'avaient connu d'évolution favorable et l'influence exercée par la mère sur les enfants apparaissait toujours aussi présente. Alors que celle-ci avait un grand rôle à jouer pour aider et soutenir les enfants lors de l'exercice du droit de visite et ne pas les replacer dans un conflit de loyauté qui les faisait souffrir, ni le dossier de première instance, ni celui de la procédure d'appel ne permettaient de retenir qu'elle aurait désormais pris conscience de la situation et qu'elle soutiendrait ses enfants dans cette période difficile. La décision attaquée devait dès lors être confirmée, le bien des enfants commandant que l'autorité parentale exclusive fût attribuée au père.

**6.3.** Les éléments avancés par la recourante ne font pas apparaître cette solution comme n'étant pas commandée par le bien des enfants. Reprenant son grief soulevé en appel, elle expose que la situation familiale est compliquée depuis longtemps et que les circonstances ne se sont pas modifiées depuis le prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale rendu en 2018, qui lui attribuait la garde des enfants et maintenait l'autorité parentale conjointe. Aucun motif ne justifiait donc selon elle de confier cette autorité exclusivement au père. Sur ce point, l'autorité cantonale a relevé que le Tribunal avait certes cité les art. 134 et 298d CC, alors que ces dispositions - réglant la modification de l'autorité parentale dans l'action en modification du jugement de divorce, respectivement dans le cas de parents



non mariés - n'étaient pas applicables en l'espèce; les arguments de l'appelante apparaissaient donc vains. La recourante ne critique pas cette motivation, de sorte que ses allégations sont irrecevables (art. 42 al. 2 LTF). De toute manière, contrairement à ce qu'elle semble croire, l'on ne se trouve pas dans une procédure tendant à modifier, en raison de la survenance de faits nouveaux, les mesures prises dans le cadre de la protection de l'union conjugale (cf. art. 179 al. 1 CC), mais dans une procédure de divorce, où le tribunal transfère l'autorité parentale exclusive à l'un des parents si le bien de l'enfant - et non un fait nouveau - le commande (cf. art. 298 al. 1 CC). Aucun changement de circonstances n'était donc nécessaire, dès lors qu'il s'agissait en l'espèce de l'attribution et non de la modification des droits parentaux.

La recourante soutient encore que l'absence d'amélioration de la situation familiale depuis l'attribution de l'autorité parentale exclusive et de la garde au père serait la preuve que cette solution ne fonctionne pas, étant rappelé que, selon la jurisprudence, en présence d'un conflit parental massif et persistant exerçant une influence négative sur l'enfant, l'autorité parentale peut être attribuée de manière exclusive à l'un des parents "lorsque cette décision permet d'espérer une amélioration". Comme la cour cantonale a reconnu que la situation ne s'était pas améliorée, sans expliquer en quoi son comportement serait effectivement nocif pour les enfants au point de justifier le retrait de son autorité parentale, cette autorité aurait excédé son pouvoir d'appréciation.

A cet égard, il convient d'abord de relever qu'en tant que la recourante reproche aux juges précédents d'avoir omis d'expliquer en quoi consisterait son influence négative sur les enfants, sans soulever expressément le grief de violation de son droit à une décision motivée déduit de l'art. 29 al. 2 Cst., sa critique est d'emblée irrecevable (art. 106 al. 2 LTF). Dans la mesure où, citant l'**ATF 142 III 1** consid. 3.3, elle affirme en outre que l'autorité parentale ne pouvait être attribuée exclusivement à l'intimé, une telle décision devant permettre d'espérer une amélioration qui, selon les constatations de la Cour d'appel, ne s'est en l'occurrence pas réalisée, son grief est quant à lui infondé. Contrairement à ce qu'elle soutient, l'autorité cantonale n'a pas retenu qu'aucune évolution favorable ne s'était produite "depuis que le père [détenait] l'autorité parentale et la garde", mais depuis le prononcé de la décision attaquée. Dès lors que l'appel suspend la force de chose jugée et le caractère exécutoire de la décision dans la mesure des conclusions prises en appel (art. 315 al. 1 CPC) et que la recourante ne prétend pas que dit effet suspensif aurait en l'espèce été retiré (cf. art. 315 al. 2 CPC) - étant rappelé que seul le principe du divorce et non ses effets accessoires est de nature constitutive ou formatrice (cf. pour l'art. 103 al. 2 let. a LTF: ordonnance 5A\_320/2022 du 20 mai 2022 consid. 3) -, l'argument de la recourante tombe ainsi à faux. Contrairement à ce qu'elle prétend, on ne discerne au surplus pas en quoi l'autorité cantonale aurait mésusé de son pouvoir d'appréciation et, partant, violé le droit fédéral, en estimant que la décision du Tribunal devait d'autant plus être confirmée que le conflit massif opposant les parents persistait, de même que l'absence de communication entre eux. Dans la mesure où la recourante soutient encore que l'octroi de l'autorité parentale exclusive à l'intimé ne permettra pas une amélioration de la situation et n'oeuvrera pas pour le bien des enfants, elle s'appuie sur une pure conjecture qui n'est pas à même de contrer l'opinion des juges précédents.

En conclusion, l'argumentation de la recourante, autant qu'elle est recevable, ne permet pas de retenir que l'autorité cantonale aurait violé le droit fédéral en considérant que le cas d'espèce répondait aux conditions posées par la jurisprudence pour instaurer l'autorité parentale exclusive (cf. supra consid. 6.1).

La recourante s'en prend en outre, dans le même grief, à l'attribution de la garde exclusive des enfants à l'intimé. Elle se borne toutefois à relever que l'autorité cantonale "n'est pas entrée en matière" sur cette question, sans toutefois se plaindre de la violation de son droit d'être entendue (art. 106 al. 2 LTF). Quoi qu'il en soit, les juges précédents ont considéré que, dans la mesure où l'autorité parentale avait été attribuée exclusivement au père, la garde, composante de dite autorité, ne pouvait être confiée de manière exclusive à l'appelante; le conflit parental persistant et nocif pour la santé psychique des enfants empêchait également l'instauration d'une garde alternée que d'ailleurs, aucune des parties ne requérait. La recourante ne s'en prend pas à cette motivation (art. 42 al. 2 LTF). Son grief est ainsi entièrement irrecevable.

Au vu de ce qui précède, il n'y a pas lieu d'examiner les critiques relatives aux contributions d'entretien en faveur de D. et E., cette question étant subordonnée à l'attribution de la garde des enfants à la recourante.

**7.**

En définitive, le recours apparaît mal fondé et doit être rejeté, dans la mesure où il est recevable. Comme ses conclusions étaient d'emblée vouées à l'échec, la requête d'assistance judiciaire de la recourante ne saurait être agréée (art. 64 LTF). Les frais judiciaires seront en conséquence mis à sa charge (art. 66 al. 1 LTF). Il n'a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimé, qui n'a pas été invité à se déterminer sur le fond et qui a conclu au rejet de l'effet suspensif, alors que celui-ci a été partiellement accordé (art. 68 al. 1 et 2 LTF). Sa requête d'assistance judiciaire doit ainsi être rejetée concernant la détermination sur l'effet suspensif, faute de chances de succès, et déclarées sans objet pour le surplus.

**Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

**2.**

La requête d'assistance judiciaire de la recourante est rejetée.

**3.**

La requête d'assistance judiciaire de l'intimé est rejetée s'agissant de la détermination de l'effet suspensif et déclarée sans objet pour le surplus.

**4.**

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

**5.**

Le présent arrêt est communiqué aux parties, à la I e Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de l'État de Fribourg et à Me Laurence Brand Corsani en sa qualité de curatrice de représentation.

Lausanne, le 21 décembre 2023

Au nom de la IIe Cour de droit civil  
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Herrmann

La Greffière : Mairot