[AZA 0/2]
5P.33/2001

IIe COUR CIVILE
****

5 juillet 2001

Composition de la Cour: M. Reeb, président, Mme Nordmann et
M. Merkli, juges. Greffière: Mme Mairot.

_____

Statuant sur le recours de droit public
formé par
P._____, représenté par Me Matteo Inaudi, avocat à Genève,

contre
l'ordonnance rendue le 11 décembre 2000 par le Tribunal tutélaire du canton de Genève dans la cause qui oppose le recourant à dame P._____, représentée par Me Hanna Kala de Perrot, avocate à Genève;

(art. 9 Cst. ; suppression provisoire
du droit de visite du père)
Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- R._____, né le 10 juin 1996, est le fils de dame P._____ et de P._____. A la suite de leur divorce, l'autorité parentale et la garde sur l'enfant ont été attribuées à la mère, un droit de visite étant réservé au père.

Par courrier du 4 décembre 2000, le Service de protection de la jeunesse (ci-après: SPJ) a informé le Tribunal tutélaire du canton de Genève que dame P._____ avait, le 22 novembre 2000, déposé plainte pénale contre son ex-mari pour suspicion d'actes d'ordre sexuel sur l'enfant R._____. Le SPJ a également dénoncé les faits auprès de la police de sûreté le 27 novembre 2000.

Une instruction pénale a été ouverte et P._____ a été inculpé.

Le 4 décembre 2000, le SPJ a demandé au Tribunal tutélaire de suspendre le droit de visite. Par lettre du 5 décembre suivant, dame P._____ a sollicité un droit de visite sous surveillance à un Ëoint Rencontre.

B.- Statuant sur mesures provisoires le 11 décembre 2000, le Tribunal tutélaire du canton de Genève a suspendu le droit de visite du père sur l'enfant, dit que sa décision était immédiatement exécutoire et non susceptible de recours, informé les parties qu'une opposition pouvait être formée contre ladite décision dans les trente jours dès sa notification, par simple déclaration écrite, et ordonné la comparution personnelle des parties le 3 janvier 2001.
C.- Agissant par la voie du recours de droit public, P._____ demande au Tribunal fédéral d'annuler l'ordonnance du 11 décembre 2000.

Le recourant requiert en outre l'octroi de l'assistance judiciaire.

Dame P._____ n'a pas présenté d'observations.

L'autorité cantonale a déclaré qu'elle persistait dans sa décision et qu'elle renonçait à répondre au recours.

D.- Le 30 janvier 2001, le président de la cour de céans a rejeté la requête d'effet suspensif présentée par le recourant.

Considérant en droit :

1.- a) Sous réserve d'exceptions qui n'entrent pas en considération en l'espèce, le recours de droit public n'est recevable qu'à l'encontre des décisions rendues en dernière instance cantonale (art. 86 al. 1 OJ). Selon la jurisprudence constante, la notion de moyen de droit cantonalest large; elle comprend non seulement les voies de recours ordinaires et extraordinaires, mais encore, d'une façon générale, toutes les voies de droit propres à éliminer le préjudice juridique allégué et qui sont de nature à obliger l'autorité saisie à statuer (ATF 120 Ia 61 consid. 1a p. 62 et les citations).

L'ordonnance critiquée a été rendue en application de l'art. 376 de la loi de procédure civile genevoise (LPC/GE). Selon l'alinéa 2 de cette disposition, la décision est immédiatement exécutoire et n'est pas susceptible de recours.
Selon les commentateurs, elle est définitive en ce sens que, même en cas d'opposition (al. 3), elle reste en vigueur jusqu'à la fin de la procédure (al. 4), autrement dit, jusqu'à la décision au fond, voire, en cas de recours contre celle-ci (art. 375 LPC/GE), jusqu'à l'expiration d'un éventuel recours au Tribunal fédéral. Il n'existe pas de procédure sur opposition distincte de la procédure sur le fond, ni de jugement sur opposition, qui maintiendrait, rétracterait ou modifierait l'ordonnance sur mesures provisoires en tout ou en partie.
Seul le jugement sur le fond remplacera, le cas échéant, la mesure provisoire par une mesure définitive. Des faits nouveaux - qui peuvent être révélés par l'opposition - seront certes susceptibles d'amener le Tribunal tutélaire à revoir sa décision, adaptation qui doit au demeurant être effectuée d'office (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 4 et 9 ad art. 376).
Toutefois, dans un tel cas, les nouvelles mesures ne remplaceront pas, avec effet rétroactif, l'ordonnance déjà prise.
De toute manière, le recourant n'invoque en l'espèce pas de faits nouveaux, de sorte que cette hypothèse n'est pas réalisée.
Dans ces conditions, le recours apparaît recevable au regard de l'art. 86 al. 1 OJ.

b) Le recours est aussi recevable selon l'art. 87 al. 2 OJ, que la décision attaquée soit considérée comme finale ou incidente (cf. ATF 118 II 369 consid. 1 p. 371 et les références). Formé en temps utile, il est également recevable au regard de l'art. 89 OJ.

2.- Le recourant se plaint d'une application arbitraire de l'art. 376 LPC/GE. Il soutient que cette disposition concerne uniquement les mesures de protection de l'enfant des art. 307 à 313 CC, et non la réglementation des relations personnelles entre parents et enfants; elle ne pourrait dès lors servir de base à la suppression provisoire de son droit de visite.
a) Les décisions sur le droit de visite sont soumises, chaque fois qu'il est nécessaire, aux modifications dictées par l'évolution de la situation; la réglementation des relations personnelles peut donc être modifiée en tout temps par voie de mesures provisionnelles ou d'un procès au fond.
Depuis la modification du Code civil suisse du 26 juin 1998, entrée en vigueur le 1er janvier 2000, l'autorité tutélaire - et non plus le juge (art. 157 aCC) - est compétente pour modifier la réglementation des relations personnelles arrêtée par le juge du divorce, sauf s'il y a lieu de modifier en même temps l'attribution de l'autorité parentale ou la contribution d'entretien (art. 134 al. 4, 275 al. 1 et 2 CC; cf.
Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse du 15 novembre 1999, ch. 233. 63).

Estimant que cette révision impliquait l'adaptation de la loi de procédure civile (cf. Mémorial des séances du Grand Conseil, 1999, p. 6401, 9704), le législateur genevois a notamment adopté, le 16 décembre 1999, un nouveau chapitre V A, comprenant les articles 368 A à 368 C sur la procédure relative aux relations personnelles et à l'autorité parentale conjointe. Selon ces dispositions, en vigueur depuis le 1er janvier 2000, le Tribunal tutélaire est saisi de l'action concernant l'enfant mineur par une requête, qui contient l'exposé des faits et les conclusions, accompagnée des pièces justificatives et, le cas échéant, de la convention conclue entre les parents

au sujet de la répartition des frais d'entretien de l'enfant (art. 368 A). L'art. 368 B relatif à l'établissement des faits impose la maxime d'office, l'audition des père et mère et, le cas échéant, celle du mineur intéressé, comme en matière de protection de l'enfant (cf. art. 371 à 373 LPC/GE). En vertu du renvoi de l'art. 368 C, la décision du Tribunal tutélaire peut faire l'objet d'un recours selon l'art. 375 LPC/GE.
b) L'art. 376 LPC/GE, sur lequel le Tribunal tutélaire s'est fondé pour ordonner des mesures provisoires, se trouve certes dans un autre chapitre, consacré aux mesures de protection de l'enfant au sens strict. Quand bien même les art. 368 A à 368 C ne renvoient pas à cette disposition, il n'est pas insoutenable d'admettre que la procédure en matière de relations personnelles est, d'une manière générale, analogue à celle qui régit les mesures de protection de l'enfant, prévue aux art. 369 ss LPC/GE (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, op. cit. , n. 1 ad art. 368 B), à savoir non seulement s'agissant de l'établissement des faits et de la voie de recours, mais aussi en ce qui concerne les mesures provisoires.

Cette solution correspond du reste à celle qui est prévue à l'art. 397 B LPC/GE, relatif à la modification du jugement de divorce (ou de séparation de corps) par le Tribunal tutélaire en vertu de l'art. 134 al. 3 CC: sous réserve de la saisine de l'autorité tutélaire, les art. 369 à 378 LPC/GE sont applicables (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, op. cit. , n. 1 ad art. 397 B). Le Tribunal tutélaire ne saurait dès lors se voir reprocher d'avoir commis arbitraire sur ce point (sur cette dernière notion, cf. ATF 126 I 165 consid. 3a; 125 I 161 consid. 2a, 166 consid. 2a p. 168 et les arrêts cités).

3.- Dans un autre moyen, le recourant fait grief à l'autorité cantonale d'avoir arbitrairement appliqué l'art. 274 al. 2 CC. Il soutient que des soupçons d'abus sexuels ne constituent pas de justes motifs devant entraîner le retrait du droit de visite, cette mesure représentant une ultima ratio; or la décision attaquée ne contiendrait aucun élément qui permettrait d'établir que les relations personnelles seraient néfastes à l'enfant. En écartant l'organisation d'un droit de visite surveillé, alors même que celui-ci était sollicité par l'intimée, le Tribunal tutélaire aurait en outre méconnu le principe de la proportionnalité. Le recourant se plaint aussi à cet égard d'une violation de l'art. 8 § 1 CEDH.
a) Aux termes de l'art. 273 al. 1 CC, dans sa teneur en vigueur depuis le 1er janvier 2000, le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances. Selon l'art. 274 al. 1 CC, le père et la mère doivent veiller à ne pas perturber les relations de l'enfant avec l'autre parent et à ne pas rendre l'éducation plus difficile; quant à l'alinéa 2 de cette disposition, il prévoit que, si les relations personnelles compromettent le développement de l'enfant, si les père et mère qui les entretiennent violent leurs obligations, s'ils ne se sont pas souciés sérieusement de l'enfant ou s'il existe d'autres justes motifs, le droit d'entretenir ces relations peut leur être refusé ou retiré.

Ce deuxième alinéa de l'art. 274 CC est en harmonie avec l'art. 8 § 2 CEDH (cf. Cyril Hegnauer, Berner Kommentar, n. 16 ad art. 274 CC). Si, d'après son texte, on pourrait penser qu'il existe quatre hypothèses dans lesquelles le droit aux relations personnelles peut être refusé ou retiré, il faut admettre en réalité que ce refus ou ce retrait ne peut être demandé que si le bien de l'enfant est mis en danger par les relations: la disposition a pour objet de protéger l'enfant, et non de punir les parents (Hegnauer, op.
cit. , n. 17 ss ad art. 274 CC). Il y a danger pour le bien de l'enfant si son développement physique, moral ou psychique est menacé par la présence même limitée du parent qui n'a pas l'autorité parentale. Il importe en outre que cette menace ne puisse être écartée par d'autres mesures appropriées (principe de la proportionnalité). Entrent notamment en considération comme justes motifs au sens de l'art. 274 al. 2 CC les abus sexuels (ATF 122 III 404 consid. 3b p. 407 et les citations).
En présence de tels soupçons, il convient de faire preuve d'une attention particulière (cf. M. Hammer-Feldges, RDT 1993 p. 15 ss, spéc. 23). Ils pourront justifier le refus de tout droit de visite, jusqu'à ce qu'ils soient levés (ATF 119 II 201 consid. 3 p. 205; Felder/Hausheer, RJB 1993 p. 698 ss; A. Wirz, in I. Schwenzer [éd.], Praxiskommentar Scheidungsrecht, Bâle 2000, n. 8 ad art. 274 CC et les citations).
Il peut toutefois se révéler compatible avec le bien de l'enfant de ne pas empêcher d'emblée toutes relations personnelles mais de les autoriser, pour une durée déterminée, sous la forme d'un droit de visite surveillé (ATF 120 II 229 consid. 3b/aa p. 232/233; I. Schwenzer, Basler Kommentar, n. 11 ad art. 274 CC et les références mentionnées).

b) En l'espèce, l'autorité cantonale a considéré qu'une suspicion importante d'attouchements sexuels pesait sur le père de l'enfant, non seulement d'après le courrier du SPJ, mais aussi selon les médecins de l'Hôpital de pédiatrie où l'enfant avait été examiné, lesquels jugeaient la situation inquiétante. La décision attaquée relève en outre que le recourant a été inculpé. Au vu de ces circonstances, il n'était pas insoutenable d'estimer, dans le cadre de mesures provisoires - à savoir sous l'angle de la vraisemblance - que le bien de l'enfant était menacé et qu'il convenait par conséquent de limiter le droit de visite. Cette opinion n'est du reste pas critiquée sérieusement par le recourant. Il se contente de dire qu'ön comprend malque le Tribunal tutélaire retienne de tels soupçons, sans toutefois les contester réellement.
Il prétend aussi ne pas comprendre que cette autorité ait tenu compte de l'avis des médecins sans les auditionner, ni à tout le moins solliciter de leur part un rapport écrit:
outre que l'art. 376 al. 1 LPC/GE permet au Tribunal tutélaire d'ordonner des mesures provisoires sans instruction préalable, le recourant ne démontre nullement que l'autorité cantonale aurait fait preuve d'arbitraire à cet égard (art. 90 al. 1 let. b OJ; ATF 126 III 524 consid. 1c p. 526 et les références).
Enfin, le Tribunal tutélaire aurait violé le principe de la proportionnalité en suspendant provisoirement les relations personnelles au lieu de prévoir un droit de visite surveillé, comme le permet la jurisprudence. L'autorité cantonale a toutefois jugé qu'une telle mesure était certes propre à prévenir d'éventuels nouveaux actes répréhensibles, mais non à mettre l'enfant à l'abri, le cas échéant, de pressions de la part de son père en vue d'obtenir sa rétractation, ou tout au moins de le culpabiliser. L'autorité cantonale a ajouté qu'une reprise des relations personnelles au Ṗoint de rencontre St-Victorïe pourrait être envisagée qu'une fois que l'instruction pénale serait suffisamment avancée et que l'enfant aurait pu être entendu de manière adéquate, le cas échéant dans le cadre d'une expertise; or le recourant ne conteste absolument pas cette motivation (art. 90 al. 1 let. b OJ). Son grief ne peut ainsi qu'être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité. Dans ces conditions, l'art. 8 § 1 CEDH n'apparaît pas non plus violé.

4.- En conclusion, le recours doit être rejeté dans la mesure où il est recevable, aux frais de son auteur (art. 156 al. 1 OJ). Ses conclusions étaient d'emblée vouées à l'échec, de sorte que la requête d'assistance judiciaire ne peut être agréée (art. 152 OJ). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens à l'intimée, qui n'a pas déposé d'observations.
Par ces motifs,

le Tribunal fédéral,

vu l'art. 36a OJ:

1. Rejette le recours dans la mesure où il est recevable.

2. Rejette la requête d'assistance judiciaire.

3. Met à la charge du recourant un émolument judiciaire de 1'500 fr.

3. Communique le présent arrêt en copie aux mandataires des parties et au Tribunal tutélaire du canton de Genève.

Lausanne, le 5 juillet 2001 MDO/frs

Au nom de la IIe Cour civile
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE :
Le Président,

La Greffière,