Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5P.276/2005 /frs

Arrêt du 28 septembre 2005
IIe Cour civile

Composition
M. et Mmes les Juges Raselli, Président,
Escher et Hohl.
Greffier: M. Braconi.

Parties
X._____,
recourante, représentée par Me Claude Brügger, avocat,

contre

Y._____,
intimé, représenté par Me Jean-Marie Allimann, avocat,
2ème Chambre civile de la Cour suprême du canton de Berne, case postale 7475, 3001 Berne.

Objet
art. 29 Cst. (droit de visite),

recours de droit public contre le jugement de la 2ème Chambre civile de la Cour suprême du canton de Berne du 27 juin 2005.

Faits:
A.

Par jugement du 20 mars 2003, le Tribunal civil de l'arrondissement judiciaire I Courtelary - Moutier - La Neuveville a prononcé le divorce des époux Y._____-X._____; il a, notamment, attribué à la mère (X._____) le droit de garde et l'autorité parentale sur l'enfant commun A._____ et instauré en vertu de l'art. 308 al. 2 CC une curatelle de surveillance du droit de visite du père (Y._____).
B.
Le 8 juillet 2004, X._____ a requis l'Autorité tutélaire de Tavannes de soumettre son fils A._____ à une expertise pédo-psychiatrique et de suspendre le droit de visite du père jusqu'à ce que le résultat de cette expertise soit connu.

Par décision du 21 octobre suivant, l'Autorité tutélaire a ordonné une expertise pédo-psychiatrique de A._____ par le Service psychologique pour enfants de Tavannes (let. a), maintenu le droit de visite du père d'après le programme élaboré par le curateur de l'enfant (let. b) et prié instamment la mère de respecter scrupuleusement le droit de visite du père. Cette décision a été confirmée le 25 février 2005 par le Préfet du district de Moutier.

Statuant le 27 juin 2005 sur le recours interjeté par X._____, la 2ème Chambre civile de la Cour suprême du canton de Berne a rejeté la requête d'assistance judiciaire de la recourante (ch. I/1) et mis à sa charge les frais (200 fr.) relatifs à cette partie de la procédure (ch. I/2); sur le fond, elle a rejeté le recours (ch. II/1), mis les frais de première (500 fr.) et de seconde instances (800 fr.) à la charge de la recourante (ch. II/2 et 3), ordonné la restitution à Y._____ de l'avance de frais (750 fr.) de seconde instance (ch. II/4), condamné la recourante à verser à l'intimé une indemnité de 2'033 fr. 65 à titre de dépens pour la procédure de première instance (ch.

II/5) et, enfin, dit qu'il n'est pas alloué de dépens de seconde instance à l'intimé (ch. II/6).
C.
X._____ interjette parallèlement un recours de droit public et un recours en réforme au Tribunal fédéral. Dans le premier, elle conclut à l'annulation de la décision attaquée, au renvoi de la cause à l'autorité précédente pour qu'elle lui accorde l'assistance judiciaire gratuite et à l'audition de l'enfant dans la procédure au fond. Elle sollicite l'octroi de l'assistance judiciaire pour la procédure fédérale.
D.
Par arrêt de ce jour, la cour de céans a déclaré irrecevable le recours en réforme connexe (5C.181/2005).

Le Tribunal fédéral considère en droit:
1.
Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 131 I 153 consid. 1 p. 156; 131 II 352 consid. 1 p. 353).
1.1 Les décisions qui statuent en matière de mesures provisionnelles (ATF 118 II 369 consid. 1 p. 371) et d'assistance judiciaire (ATF 129 I 129 consid. 1.1 p. 131) sont susceptibles d'un recours de droit public; le présent recours est, dès lors, ouvert sous l'angle des art. 84 al. 2 et 87 OJ. Déposé à temps contre une décision prise en dernière instance cantonale, il l'est aussi au regard des art. 86 al. 1 et 89 al. 1 OJ.
1.2 Sous réserve d'exceptions non réalisées en l'occurrence (ATF 124 I 327 consid. 4b p. 332/333 et les nombreux arrêts cités), le recours de droit public est de nature cassatoire et ne peut tendre qu'à l'annulation de la décision attaquée (ATF 131 I 166 consid. 1.3 p. 169; 131 III 334 consid. 6 p. 343). Les chefs de conclusions de la recourante tendant à ce que la cause soit renvoyée à la juridiction précédente pour qu'elle accorde l'assistance judiciaire (ATF 129 I 129 consid. 1.2 p. 131 ss) et procède à l'audition de l'enfant sont, partant, irrecevables.
2.
Après avoir admis que la recourante était indigente, la cour cantonale a estimé que son procédé était de prime abord dépourvu de chances de succès, "dans la mesure où [l'intéressée]succombe".

La recourante reproche aux juges cantonaux d'avoir enfreint son droit à l'assistance judiciaire; elle soutient que sa cause n'était pas vouée à l'échec, et que le concours d'un avocat se révélait nécessaire.
2.1 Conformément à l'art. 29 al. 3 Cst., toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes a droit à l'assistance judiciaire gratuite, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès; elle a droit, de surcroît, à l'assistance gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert. Le Tribunal fédéral contrôle librement le respect de cette norme, mais il ne revoit que sous l'angle de l'arbitraire les constatations de l'autorité cantonale (ATF 130 I 180 consid. 2.1 p. 182; 129 I 129 consid. 2.1 p. 133). La recourante admet explicitement que l'art. 26 al. 3 Cst. bernoise ne lui accorde pas de garanties plus étendues que celles découlant de l'art. 29 al. 3 Cst., en sorte que c'est à la lumière des principes déduits de cette dernière disposition qu'il y a lieu d'examiner le mérite du moyen.
2.2 Il faut concéder à la recourante que le simple fait de succomber ne signifie pas encore que la cause était dénuée d'emblée de chances de succès. Mais le résultat auquel est parvenue l'autorité cantonale n'est pas critiquable.

La recourante appuie son argumentation sur ses "chances de succès au fond", y compris au sujet de l'audition de l'enfant. Toutefois, cette question devait être appréciée dans l'optique de la requête visant à la suspension (provisoire) du droit de visite - qui constituait l'objet même de la procédure -, l'assistance judiciaire n'ayant d'ailleurs été sollicitée qu'à l'appui du recours contre la décision préfectorale. Or, de ce point de vue, on ne voit pas en quoi l'autorité cantonale aurait violé l'art. 29 al. 3 Cst. pour avoir estimé que ce procédé était voué à l'échec. Quant au grief pris de l'absence d'audition de l'enfant, son évident mal-fondé est confirmé par les motifs suivants (infra, consid. 3).
3.
L'autorité cantonale a considéré qu'il n'y avait pas lieu de donner suite à la requête de la mère tendant à l'audition de l'enfant. En effet, l'avis de ce dernier est connu, et la teneur de ses déclarations prévisible; en outre, le préfet a pris sa décision en tenant compte de son opinion, qui, même si elle joue un rôle important, n'est pas décisive en soi; enfin, compte tenu de la durée de la mesure requise (suspension du droit de visite pour le temps d'une expertise), il ne se justifie pas de procéder à cet "exercice de pure forme", d'autant que l'enfant

devra être entendu par l'expert.

La recourante affirme que cette motivation viole le droit d'être entendu de l'enfant découlant des art. 29 al. 2 Cst., 26 al. 2 Cst. bernoise et 12 de la Convention de l'ONU sur les droits de l'enfant (CDE).
3.1 La question de savoir si et à quelles conditions les enfants doivent être entendus est résolue au premier chef par les normes topiques du droit de famille. S'agissant de la modification du jugement de divorce (art. 134 CC), la procédure obéit aux règles générales, en particulier celles qui concernent le sort des enfants (art. 144 ss CC; Breitschmid, Basler Kommentar, 2e éd., n. 9 ad art. 134 CC); cela vaut également lorsque la compétence pour connaître d'une requête en suspension du droit de visite appartient à l'autorité tutélaire, et non au juge du divorce (art. 134 al. 4 in fine et 315b al. 2 CC; cf. Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse, in: FF 1996 I 135/136). En revanche, lorsque la procédure en question est - comme ici (cf. infra, consid. 3.3) - antérieure au dépôt de la demande en modification du jugement de divorce, c'est l'art. 314 ch. 1 CC - norme qui correspond à l'art. 144 al. 2 CC (ATF 127 III 295 consid. 2a p. 296) - qui trouve application.

L'audition des enfants découle aussi directement de l'art. 12 CDE (sur ce point: ATF 124 III 90), dont le Tribunal fédéral examine librement le respect (arrêt 5P.257/2003 du 18 septembre 2003, consid. 2.1). Cette norme conventionnelle ne consacre toutefois pas de prérogatives plus larges que celles résultant de l'art. 144 al. 2 CC (arrêt 5C.63/2005 du 1er juin 2005, consid. 1.1, destiné à la publication), respectivement de l'art. 314 ch. 1 CC.
3.2 En vertu de l'art. 314 ch. 1 CC, avant d'ordonner une mesure de protection de l'enfant (cf. art. 307 ss CC), l'autorité tutélaire ou le tiers nommé à cet effet entend l'enfant personnellement et d'une manière appropriée, pour autant que son âge ou d'autres motifs importants ne s'opposent pas à l'audition. Cette disposition s'applique par analogie au droit de visite prévu aux art. 273 ss CC (FF 1996 I 169; ATF 127 III 295 consid. 2a p. 296/297). L'audition est, en principe, effectuée par la juridiction compétente elle-même (ATF 127 III 295 consid. 2a p. 297 et les citations); en cas de circonstances particulières, elle peut l'être par un spécialiste de l'enfance, par exemple un pédopsychiatre (ATF 127 III 295 consid. 2b p. 297).
3.3 En l'espèce, l'autorité précédente se borne à indiquer que l'enfant devra être entendu par un expert, mais n'expose pas les motifs qui la dispenseraient d'entendre elle-même l'enfant; le fait qu'une expertise a été mise en oeuvre, à l'occasion de laquelle l'intéressé sera entendu, ne justifie pas, en soi, que le juge s'affranchisse de cette obligation. Au surplus, l'audition ne saurait être assimilée purement et simplement à l'expertise pédopsychiatrique. Quant à la seule audition par le curateur chargé de surveiller l'exercice du droit de visite (art. 308 al. 2 CC), elle ne satisfait pas aux exigences des art. 144 al. 2 et 314 ch. 1 CC (arrêt 5P.214/2005 du 24 août 2005, consid. 2.2.2).
Néanmoins, dans son résultat, l'arrêt attaqué ne prête pas le flanc à la critique. La question litigieuse est de savoir quand, c'est-à-dire à quel stade de la procédure, doit avoir lieu l'audition de l'enfant. A cet égard, il convient de rappeler que l'autorité tutélaire n'a nullement statué sur une modification du droit de visite, la recourante n'ayant introduit pour l'heure aucune demande à ce propos, mais uniquement requis - sans doute dans la perspective d'une telle action - la suspension du droit de visite du père "jusqu'à connaissance du résultat de l'expertise"; on ne se trouve donc pas en présence d'une requête de mesures provisoires formée dans le cadre d'une procédure en modification du jugement de divorce (cf. supra, consid. 3.1; Gloor, Basler Kommentar, 2e éd., n. 2 ad art. 137 CC), auquel cas l'audition de l'enfant se serait par principe imposée (ATF 126 III 497). Or, le refus de suspendre provisoirement le droit de visite et de le maintenir en l'état sans entendre préalablement l'enfant n'entraîne pas de soi une violation du droit d'être entendu. La recourante n'avance aucun argument pour établir la nécessité d'une audition à ce stade du procès déjà, étant relevé qu'elle n'a pas sollicité une pareille mesure à
l'appui de sa requête à l'autorité tutélaire. Le fait que les juridictions de recours successives (préfet, puis Cour suprême) n'ont pas entendu l'enfant n'apparaît pas davantage condamnable, dès lors que l'objet du litige était la décision de l'autorité tutélaire refusant la suspension du droit de visite.
4.
Vu ce qui précède, le présent recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Les conclusions de la recourante étaient d'emblée vouées à l'échec, de sorte que l'assistance judiciaire doit être refusée (art. 152 al. 1 OJ), et l'émolument de justice mis à sa charge (art. 156 al. 1 OJ). Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens à l'intimé, qui n'a pas été invité à répondre.

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 est rejetée.
3.
Un émolument judiciaire de 2'000 fr. est mis à la charge de la recourante.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties et à la 2ème Chambre civile de la Cour suprême du canton de Berne.
Lausanne, le 28 septembre 2005
Au nom de la IIe Cour civile
du Tribunal fédéral suisse
Le Président: Le Greffier: