

[AZA 0/2]
5P.250/2001

Ile COUR CIVILE

17 avril 2002

Composition de la Cour: M. Bianchi, président, Mme Nordmann
et M. Meyer, juges. Greffière: Mme Mairot.

Statuant sur le recours de droit public
formé par

B._____, représenté par Me Jacques Bonfils, avocat à Bulle,

contre

l'arrêt rendu le 12 juin 2001 par le Tribunal civil de la Gruyère dans la cause qui oppose le recourant à
dame B._____, représentée par Me Bruno Kaufmann, avocat à Fribourg;

(mesures provisoires de divorce)

Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- Une procédure matrimoniale oppose les époux B._____, ressortissants kosovars, depuis le
24 novembre 1999.

Le 14 février 2000, la Justice de paix du IIIe cercle de la Gruyère a institué une curatelle éducative
en faveur de l'enfant du couple, X._____, né le 3 février 1998.

Par jugement du 5 avril 2000, le Tribunal pénal de la Gruyère a condamné le mari à 3 ans
d'emprisonnement notamment pour actes d'ordre sexuel avec des enfants, contrainte sexuelle et viol.
Le 3 avril 2001, la Cour d'appel pénal du Tribunal cantonal fribourgeois a partiellement admis le
recours formé par l'accusé et a réduit la peine à 33 mois d'emprisonnement.
Le recours de droit public formé contre cet arrêt a été rejeté par le Tribunal fédéral le 28 août 2001.

B.- Par ordonnance de mesures provisoires du 18 septembre 2000, le Président du Tribunal civil de
la Gruyère a confié la garde de l'enfant à la mère, sous réserve du droit de visite du père. Celui-ci a
été condamné à payer mensuellement des contributions d'entretien d'un montant de 600 fr.
pour l'enfant, allocations familiales en sus, et de 650 fr.
pour l'épouse.

Le mari a recouru contre cette ordonnance, en concluant notamment à ce que la garde de l'enfant lui
soit attribuée.

Par arrêt du 12 juin 2001, le Tribunal civil de la Gruyère a rejeté le recours.

C.- Agissant par la voie du recours de droit public, le mari demande au Tribunal fédéral d'annuler cet
arrêt. Il sollicite également l'octroi de l'assistance judiciaire. Des observations n'ont pas été requises.

Simultanément, il a déposé un recours en appel auprès du Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg,
arguant de la composition irrégulière du Tribunal civil de la Gruyère.

D.- Par ordonnance du 23 juillet 2001, le président de la cour de céans a rejeté la requête d'effet
suspensif. Il a en revanche suspendu, à la demande du recourant, la procédure de recours de droit
public jusqu'à droit connu sur l'appel cantonal. Le 23 août 2001, la Ière Cour d'appel du Tribunal
cantonal de l'Etat de Fribourg a déclaré celui-ci irrecevable, la voie de l'appel n'étant en l'occurrence
pas ouverte.

Considérant en droit :

1.- L'arrêt attaqué, en tant que décision sur mesures provisoires de divorce, ouvre la voie du recours de droit public (ATF 126 III 261 consid. 1 p. 263 et les citations); le présent recours est dès lors recevable de ce chef. Formé en temps utile, compte tenu de la suspension des délais prévue par l'art. 34 al. 1 let. b OJ, contre une décision rendue en dernière instance cantonale (art. 376 al. 1 du code de procédure civile du canton de Fribourg [CPC/FR]; RFJ/FZR 2000 p. 287), il l'est également au regard des art. 86 al. 1 et 89 al. 1 OJ.

2.- Le recourant reproche à l'autorité cantonale d'avoir violé l'art. 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (ci-après: la Convention; RS 0.107) en statuant sans avoir entendu le curateur de son fils; il se réfère en outre aux art. 146 et 147 CC.

a) L'art. 12 de la Convention confère à l'enfant capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion dans les procédures qui le concernent. Il résulte clairement du texte de cette disposition que l'audition personnelle de l'enfant n'est exigée que lorsque celui-ci est capable de se former sa propre opinion. S'il n'est pas suffisamment développé pour acquérir cette capacité et si son audition directe n'est par conséquent pas indiquée, la convention prévoit une représentation de l'enfant ou le recours à d'autres personnes responsables pour lui (ATF 124 III 90 consid. 3b p. 93).

b) Contrairement à l'avis du recourant, l'autorité cantonale n'a pas violé les principes relatifs à l'audition de l'enfant, tels qu'ils ressortent de la Convention. Pour autant qu'on le comprenne, il ne reproche pas au Tribunal civil d'avoir omis d'entendre son fils personnellement; il ne prétend pas non plus, à juste titre, qu'un enfant né le 3 février 1998 soit en mesure de se former sa propre opinion sur les questions qui l'intéressent et de l'exprimer de manière indépendante. Il soutient en revanche que le curateur chargé de la surveillance des relations personnelles aurait dû être entendu par le Tribunal civil. Ce grief n'apparaît pas fondé.

Il résulte en effet de l'arrêt attaqué que ledit curateur a été entendu le 18 septembre 2000 par le juge de première instance, et il n'est pas établi qu'une seconde audition aurait été nécessaire. Le recourant ne précise d'ailleurs pas sur quels sujets - attribution de la garde, droit de visite ou autre - elle aurait dû porter. Il ne prétend pas non plus avoir présenté de demande en ce sens; or la maxime officielle ne dispense pas les parties de collaborer activement à la procédure (cf. ATF 119 III 70 consid. 1 p. 71/72). De toute façon, il est satisfait aux exigences de l'art. 12 al. 2 de la Convention du moment que le recourant, en sa qualité de représentant légal, a permis que l'enfant soit indirectement entendu (ATF 124 III 90 consid. 3c p. 94). Enfin, la référence aux art. 146 et 147 CC est sans pertinence car il n'a pas été ordonné de représentation de l'enfant en application de ces dispositions; au demeurant, il n'est pas certain que le curateur chargé de représenter l'enfant dans la procédure puisse procéder à son audition, des conflits d'intérêts n'étant pas exclus (Schweighauser, in *Praxiskommentar Scheidungsrecht*, 2000, n. 10 ad art. 144 CC; Rumo-Jungo, *Die Anhörung des Kindes im neuen Scheidungsrecht*, in *AJP/PJA* 1999, p. 1583 et les auteurs cités à la note 77; autres avis:

Breitschmid, mentionné par Schweighauser, op. cit., loc.

cit.; Reusser, *Die Stellung der Kinder im neuen Scheidungsrecht*, in *Vom alten zum neuen Scheidungsrecht*, Berne 1999, n. 4.93 p. 201).

3.- Invoquant les art. 30 Cst., 167 du code de procédure pénale du canton de Fribourg (CPP/FR) et 267 CPC/FR, le recourant se plaint de ce que le Tribunal civil de la Gruyère n'était pas composé des mêmes personnes lors des séances des 2 février et 12 juin 2001. Si le président et l'une des juges avaient fonctionné les deux fois, le troisième magistrat avait en effet été remplacé par un autre le 12 juin 2001.

a) Lorsque, comme en l'espèce, l'art. 30 al. 1 Cst.

- dont le contenu matériel correspond à l'art. 58 aCst. (cf.

Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 185) - est invoqué uniquement pour contester l'interprétation ou l'application des prescriptions cantonales sur l'organisation et la composition des tribunaux, sans que soient invoquées les exigences minimales de procédure garanties par cette disposition (cf. ATF 125 V 499 consid. 2a p. 501; 123 I 49 consid. 2b p. 51; 122 I 18 consid. 2b/bb p. 24; 105 la 172 consid. 3a p. 174/175; 100 lb 137 consid. II/1 p. 148; 91 I 399 consid. b p. 401 et les références), ce grief se confond avec celui tiré de l'interdiction de l'arbitraire (ATF 110 la 106 consid. 1 p. 107; 105 la 172 consid. 3a p. 174/175).

Selon la jurisprudence, une décision est arbitraire lorsqu'elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou encore heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Il ne suffit pas que sa motivation soit insoutenable; encore faut-il que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat. A cet égard, le

Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue que si celle-ci apparaît insoutenable, en contradiction manifeste avec la situation effective, adoptée sans motif objectif ou en violation d'un droit certain. Il n'y a pas arbitraire du seul fait qu'une autre solution paraît également concevable, voire même préférable (ATF 127 I 54 consid. 2b p. 56, 60 consid. 5a p. 70).

b) Aux termes de l'art. 267 al. 1 CPC/FR, en principe, le tribunal doit être composé pour le jugement des mêmes membres que ceux qui ont suivi la procédure probatoire et entendu les plaidoiries. Il résulte clairement du texte de cette disposition que des exceptions à la règle de l'identité sont admises de par la loi. Dès lors, l'autorité cantonale ne saurait se voir reprocher d'avoir interprété ou appliqué l'art. 267 CPC/FR de manière insoutenable. De toute façon, le recourant n'essaie pas de le démontrer conformément aux exigences déduites de l'art. 90 al. 1 let. b OJ (cf. ATF 125 I 492 consid. 1b p. 495; 120 la 369 consid. 3a p. 373; 110 la 1 consid. 2a p. 3/4). En tant qu'il se réfère à l'art. 167 CPP/FR, ses allégations ne sont en effet pas décisives, cet article n'étant applicable qu'en procédure pénale. Il en va de même de ses remarques fondées sur l'ancien code de procédure civile fribourgeois, dès lors qu'il s'agit de règles qui ne sont plus en vigueur. L'arrêt cantonal cité par le recourant, en précisant d'ailleurs qu'il s'agit d'une affaire prud'homale, n'est pas non plus déterminant. Il ressort en outre de l'acte attaqué que les parties ont à nouveau comparu devant le Tribunal civil de la Gruyère le 12 juin 2001, soit

dans sa composition en tant qu'autorité de jugement. Le recourant ne le conteste pas. Il ne critique pas non plus la constatation selon laquelle, après l'interpellation des parties, la clôture de la procédure probatoire a été prononcée et "la parole laissée aux mandataires des parties pour leurs plaidoiries".

Dans ces conditions, il est mal venu de se plaindre, en s'appuyant sur la jurisprudence fribourgeoise précitée, de ce qu'un membre du Tribunal civil de la Gruyère aurait statué sans entendre les plaidoiries des parties. Par ailleurs, il ne prétend pas qu'il aurait été empêché de contester la composition de cette autorité lors de la séance du 12 juin 2001.

Or il est contraire à la bonne foi d'attendre l'issue de la procédure pour se prévaloir de la composition incorrecte de l'autorité à l'occasion d'un recours, alors que le motif invoqué était déjà connu auparavant (ATF 124 I 121 consid. 2 p. 123; 119 la 221 consid. 5a p. 228 s.; 118 la 282 consid. 3a p. 284 et les arrêts cités). Le recourant se réfère aussi à l'art. 6 § 1 CEDH, sans toutefois fournir la moindre motivation concernant une éventuelle violation de cette disposition.

Dans la mesure où elles sont recevables, ses critiques sont donc manifestement infondées.

4.- Le recourant soutient que l'arrêt attaqué viole les art. 8 et 14 CEDH, dès lors qu'il le prive de la vie familiale qui était la sienne jusqu'alors et sépare son fils des deux enfants qu'il a eus avec sa compagne. Il prétend qu'il lui appartient d'assurer l'éducation de son fils et souligne que, selon le droit national des parties, les enfants en bas âge sont généralement attribués à leur père.

a) L'art. 8 § 1 CEDH garantit notamment le droit au respect de la vie familiale. Il en résulte que l'Etat ne peut s'immiscer dans l'exercice de ce droit qu'aux conditions strictes du § 2 (arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, Série A n° 31, p. 15, § 31). Quant à l'art. 14 CEDH - qui n'a pas de portée autonome (ATF 118 Ib 341 consid. 3a p. 347) -, il prohibe toute forme de discrimination. L'attribution des enfants à l'un des parents en cas de divorce ou de séparation constitue une atteinte grave au droit au respect de la vie familiale de l'autre parent (Frowein/Peukert, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2e éd., n. 23 ad art. 8; Villiger, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK]*, 2e éd., Zurich 1999, n. 575 p. 369). En droit suisse, cette ingérence des autorités publiques dans la vie familiale est prévue, en ce qui concerne les mesures provisoires de divorce, à l'art. 137 al. 2 CC (notamment: Leuenberger, in *Praxiskommentar Scheidungsrecht*, 2000, n. 19 ss ad art. 137 CC). Le Code civil suisse contient dans ce domaine une réglementation conforme à l'art. 8 CEDH (Haefliger/Schürmann, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, 2e éd., Berne 1999, p. 267). Pour que l'ingérence soit licite, encore

faut-il que cette réglementation ait été correctement appliquée, dans le principe de la proportionnalité. Le critère essentiel dont il y a lieu de s'inspirer est le bien de l'enfant, tant physique que psychique (cf. ATF 120 la 369 consid. 4b p. 375; Frowein/Peukert, op. cit., loc. cit.; Villiger, op. cit., loc. cit.). Comme cette appréciation suppose une pesée d'intérêts de la part des autorités cantonales, le Tribunal fédéral fait preuve de retenue en revoyant leurs décisions, ce qui équivaut pratiquement à se cantonner sur le terrain de l'arbitraire (ATF 120 II 384 consid. 5 p. 387-388 et les références).

b) Sous cet angle, la décision attaquée n'apparaît pas critiquable. Les intérêts de l'enfant comme ceux de ses père et mère ont en effet été dûment appréciés. L'autorité cantonale a notamment retenu

que les conditions d'existence de la famille paternelle, dans laquelle l'enfant vivait depuis le 16 avril 1999, n'étaient pas les mieux adaptées au bien-être d'un enfant en bas âge. En effet, il était entouré de sept, voire neuf personnes - logeant dans un appartement de 4 pièces 1/2 -, mais il n'était que très rarement en contact avec ses parents, car il était le plus souvent pris en charge par sa grand-mère et par l'amie de son père. Celui-ci avait par ailleurs été condamné à une peine ferme de 33 mois d'emprisonnement. Sa situation était donc tout aussi précaire que celle de son épouse, tant sur le plan administratif que financier; au demeurant, le Département de police avait précisé qu'aucune mesure de renvoi ne serait prise à l'encontre de la mère tant que la question de la garde de l'enfant ne serait pas réglée. L'assertion du recourant selon laquelle il disposerait d'un permis B n'est dès lors pas déterminante, de même que le fait que l'intimée soit à la charge des services sociaux. Le Tribunal civil s'est également fondé, à bon

droit, sur le rapport de l'Office cantonal des mineurs, qui concluait à ce que la garde de l'enfant soit confiée à la mère, dont les capacités éducatives n'avaient pas été valablement mises en cause. Dans ces conditions, il n'est pas décisif que l'enfant soit séparé de ses demi-frère et soeur, d'autant que tous sont encore en bas âge. De même, il importe peu que le droit national des parties, qui n'est en l'occurrence pas applicable (art. 62 al. 2 LDIP), prévoie une solution différente. L'autorité cantonale n'a dès lors pas violé l'art. 8 CEDH. On ne voit pas non plus en quoi elle aurait opéré une différence de traitement entre les parties (art. 14 CEDH), le mémoire ne contenant du reste aucune explication sur ce point.

5.- Le recourant se plaint en outre d'une violation de l'art. 8 al. 3, 1^e phrase, Cst. , qui prévoit que l'homme et la femme sont égaux en droit.

Cette disposition - qui correspond à l'art. 4 al. 2, 1^e phrase, aCst. (ATF 126 II 217 consid. 4a p. 219) - est certes directement applicable, de sorte que tout citoyen peut en principe s'en prévaloir pour faire annuler, par la voie du recours de droit public, une nouvelle disposition légale ou réglementaire cantonale, ou encore une décision de l'autorité cantonale qui consacre une inégalité de traitement entre les sexes non justifiée par des différences biologiques ou fonctionnelles.

En revanche, contrairement à l'interdiction des discriminations en matière de rémunération (art. 3 al. 3, 3^e phrase, Cst. ; ATF 113 Ia 110 et les références citées; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. II, n. 1078 p. 524/525), la règle précitée ne s'adresse pas aux particuliers mais à l'Etat; elle ne produit pas d'effet horizontal direct (direkte Dritt- oder Horizontalwirkung) dans les rapports entre personnes privées. Par conséquent, le recourant n'a pas qualité pour s'en prévaloir directement à l'appui d'un recours de droit public dirigé contre une décision rendue dans une affaire opposant deux particuliers (ATF 114 Ia 329 consid. 2b p. 330/331 et les citations). Le grief est dès lors irrecevable sous l'angle de l'art. 88 OJ.

Au demeurant, les exemples cités par le recourant à l'appui de son argumentation (congé octroyé pour l'adoption d'un enfant seulement à la mère, obligation imposée aux seules jeunes filles de suivre des cours ménagers, traitement différent des hommes et des femmes en matière de paiement de la taxe d'exemption du service du feu) sont totalement hors de propos. Quant à l'instauration d'une garde alternée, elle présuppose en tous les cas l'accord des deux parents et ne peut être imposée à l'un d'entre eux contre sa volonté (arrêt du Tribunal fédéral 5C.42/2001 du 18 mai 2001, in SJ 2001 I 407).

6.- Enfin, le recourant prétend que l'arrêt attaqué est arbitraire dans la mesure où il ne prévoit rien concernant les vacances, ni un éventuel départ à l'étranger de l'intimée. Il se plaint en outre que celle-ci n'ait pas d'obligation comparable à la sienne de déposer son passeport et soutient une nouvelle fois qu'une garde alternée aurait dû être envisagée.

Il ne ressort pas de l'arrêt attaqué que ces griefs auraient été soumis au Tribunal civil et le recourant ne le prétend pas; il s'agit donc de moyens nouveaux, et par conséquent en principe irrecevables dans le cadre d'un recours de droit public pour arbitraire, quand bien même l'autorité cantonale de dernière instance disposait d'un pouvoir d'examen libre et devait appliquer le droit d'office (ATF 120 Ia 19 consid. 2b/aa p. 24; 119 Ia 88 consid. 1a p. 90/91; 99 Ia 113 consid. 4a p. 122 et les arrêts cités). En l'occurrence, l'argumentation du recourant ne satisfait de toute façon pas aux exigences de motivation déduites de l'art. 90 al. 1 let. b OJ (cf. ATF 125 I 492 consid. 1b p. 495 et les références). Il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière.

7.- En conclusion, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité, aux frais de son auteur (art. 156 al. 1 OJ). Vu cette issue - prévisible - de la procédure, la requête d'assistance judiciaire ne saurait être agréée (art. 152 OJ). Il n'y a pas lieu d'allouer des dépens, des observations

n'ayant pas été requises.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral :

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 2'000 fr.
4. Communique le présent arrêt en copie aux mandataires des parties et au Tribunal civil de la Gruyère.

Lausanne, le 17 avril 2002 MDO/frs

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

La Greffière,