

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal

5A 881/2022

Arrêt du 2 février 2023

II

Composition

MM. et Mme les Juges fédéraux,  
Herrmann, Président, von Werdt, Schöbi, Bovey et  
De Rossa.  
Greffière : Mme Dolivo.

Participants à la procédure

A.A.\_\_\_\_\_,  
représentée par Me Vincent Kleiner, avocat,  
recourante,

contre

B.A.\_\_\_\_\_,  
représenté par Me Gabriel Rebetez, avocat,  
intimé.

Objet

requête en exécution d'une mesure de protection, surveillance électronique (art. 28c CC et 343 al. 1bis CPC),  
refus de l'assistance judiciaire pour la procédure de recours cantonale,

recours contre la décision de la 2e Chambre civile de la Cour suprême du canton de Berne du 11 octobre  
2022 (ZK 22 423).

Faits :

A.

Par jugement du 27 avril 2022, la Présidente de la Section civile du Tribunal régional Jura bernois-Seeland (ci-après: la Présidente) a prononcé le divorce de A.A.\_\_\_\_\_. (1999) et B.A.\_\_\_\_\_. (1994), et a notamment fait interdiction à l'ex-époux de prendre contact de quelque manière que ce soit avec son ex-épouse (interpellation dans la rue et les lieux publics, téléphone, courrier, courriel ou tout autre moyen de messagerie électronique, directement ou par l'intermédiaire de tiers) ainsi que d'approcher à moins de 300 mètres du domicile de celle-ci et de leurs enfants, le tout sous la menace de la peine prévue par l'art. 292 CP.

B.

Par requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles introduite le 12 juillet 2022, corrigée en requête d'exécution des mesures de protection le 30 août 2022, A.A.\_\_\_\_\_ a en substance demandé que soit ordonné le port par B.A.\_\_\_\_\_ d'un appareil électronique non amovible permettant de déterminer et d'enregistrer à tout moment le lieu où il se trouve.

Le 14 septembre 2022, la Présidente a rejeté, sans frais, la requête en exécution, accordé aux deux parties le bénéfice de l'assistance judiciaire et condamné A.A.\_\_\_\_\_ à verser à B.A.\_\_\_\_\_ une indemnité de dépens.

Le 11 octobre 2022, la 2e Chambre civile de la Cour suprême du canton de Berne (ci-après: la Cour suprême) a

rejeté le recours formé par A.A. \_\_\_\_\_ contre cette décision. Elle lui a aussi refusé le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure de recours, faute de chances de succès de celui-ci. La décision a été rendue sans frais ni indemnité de dépens.

C.

Par acte du 11 novembre 2022, A.A. \_\_\_\_\_ exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Elle conclut, en substance, à l'annulation de la décision du 11 octobre 2022 et principalement à sa réforme, en ce sens qu'en exécution des interdictions de périmètre et de contact prononcées sous chiffre 6 du jugement de divorce du 27 avril 2022, le port par B.A. \_\_\_\_\_ d'un appareil électronique non amovible permettant de déterminer et d'enregistrer à tout moment le lieu où il se trouve est ordonné, avec effet dès le jour de sa remise en liberté, que l'intimé est condamné au paiement d'une indemnité de dépens de 3'407 fr. 95 en sa faveur pour la procédure de première instance et de 1'258 fr. 60 pour la procédure de deuxième instance, que le bénéfice de l'assistance judiciaire lui est accordé pour la procédure de deuxième instance, que son avocat est désigné comme conseil d'office dans ce cadre et que les honoraires de celui-ci sont fixés pour le cas où les dépens ne pourraient être recouverts, sans obligation de remboursement de sa part, l'obligation de remboursement incombant à l'intimé. Subsidiairement, elle conclut au renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision. Elle requiert aussi le bénéfice de

l'assistance judiciaire pour la procédure fédérale et demande que les frais et dépens de la procédure fédérale soient mis à la charge du canton de Berne.

Invité à se déterminer, B.A. \_\_\_\_\_ a conclu principalement à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet du recours. La juridiction précédente a renvoyé aux motifs de sa décision. La recourante a répliqué.

Considérant en droit :

1.

1.1. Introduit en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes légales (art. 42 al. 1 LTF), le recours est dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF; s'agissant en particulier du refus de l'assistance judiciaire dans le cadre de la décision finale sur le fond: arrêt 5A 497/2019 du 10 décembre 2019 consid. 1), rendue sur recours par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale (art. 75 al. 1 et 2 LTF), qui refuse d'ordonner l'exécution d'une mesure en protection de la personnalité sous forme d'une surveillance électronique (art. 28c CC en lien avec l'art. 343 al. 1bis CPC) et d'accorder l'assistance judiciaire pour la procédure de recours cantonale y relative, à savoir une affaire sujette au recours en matière civile (art. 72 al. 2 let. b ch. 1 LTF), de nature non pécuniaire. La recourante a participé à la procédure devant l'autorité précédente et dispose d'un intérêt digne de protection à la modification ou l'annulation de la décision entreprise (art. 76 al. 1 LTF; cf. également sur ce point infra consid. 1.2.2). Le recours en matière civile est ainsi en principe recevable.

1.2. Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF). Cette exception, dont il appartient au recourant de démontrer la réalisation (ATF 143 V 19 consid. 1.1), vise les faits qui sont rendus pertinents pour la première fois par la décision attaquée, par exemple concernant le déroulement de la procédure devant l'autorité précédente afin d'en contester la régularité, ou encore des faits postérieurs à l'arrêt attaqué permettant d'établir la recevabilité du recours. En dehors de ces cas, les nova ne sont pas admissibles, qu'il s'agisse de faits ou moyens de preuve survenus postérieurement à la décision attaquée (ATF 144 V 35 consid. 5.2.4) ou d'éléments que les parties ont négligé de présenter aux autorités cantonales (ATF 143 V 19 consid. 1.2; 136 III 123 consid. 4.4.3).

1.2.1. La note d'honoraires du conseil de la recourante relative aux opérations que celui-ci a effectuées en instance de recours cantonale, que la recourante produit en indiquant que la Cour suprême n'a pas demandé à son conseil de l'établir ni de la produire, est irrecevable devant la Cour de céans, faute de remplir les conditions de l'art. 99 LTF.

1.2.2. L'intimé se prévaut d'une décision du Tribunal régional des mesures de contrainte du Jura bernois-Seeland du 14 octobre 2022, produite par la recourante en instance fédérale, pour affirmer que l'intérêt au

recours ferait défaut puisqu'il se trouverait en détention. Il semble ainsi soutenir que la pièce précitée permet de démontrer que le recours est devenu sans objet. Cependant, autant que cette pièce est recevable sous l'angle de l'art. 99 LTF, ce qui est douteux, il ressort quoi qu'il en soit de la décision susvisée que la détention provisoire de l'intimé, prévenu de contrainte, éventuellement séquestration, voies de fait commises à répétition reprises, insoumissions à une décision de l'autorité, violences ou menaces contre les fonctionnaires et lésions corporelles simples, a été ordonnée pour une durée limitée de trois mois, soit jusqu'au 9 janvier 2023. Dans ce contexte, il ne peut être retenu que l'intérêt au recours ne soit plus actuel.

1.2.3. Hormis celles qui sont destinées à démontrer son indigence (GRÉGORY BOVEY, in Commentaire de la LTF, 3e éd. 2022, n°20 ad. art. 64 LTF), les autres pièces produites par la recourante qui ne figureraient pas déjà au dossier cantonal sont irrecevables, la recourante n'exposant pas en quoi leur production serait admissible au regard des exigences posées par l'art. 99 LTF (cf. supra consid. 1.2).

1.3. Des mesures probatoires devant le Tribunal fédéral (art. 55 LTF) ne sont qu'exceptionnellement ordonnées dans une procédure de recours (ATF 136 II 101 consid. 2), dès lors que le Tribunal fédéral conduit en principe son raisonnement juridique sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF).

En l'espèce, la recourante se réfère à des moyens de preuve "à éditer", à savoir le dossier de la procédure de séparation, le dossier des mesures provisionnelles et le dossier de la procédure de divorce, et requiert l'édition du dossier de la cause auprès de la Cour suprême. Aucun élément ne permet toutefois d'inférer ici l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant d'accéder à ces demandes. Il n'y a dès lors pas lieu d'y donner suite, excepté s'agissant du dossier constitué par l'autorité cantonale dans la présente cause, qui a été transmis au Tribunal fédéral conformément aux exigences posées par l'art. 102 al. 2 LTF. Pour le surplus, l'indication de la recourante selon laquelle "d'autres moyens sont réservés" n'a pas de portée particulière.

2.

Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit au sens des art. 95 s. 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 et les références). 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 146 IV 297 consid. 1.2; 142 I 99 consid. 1.7.1; 142 III 364 consid. 2.4 et la référence). Il doit exister un lien entre la motivation du recours et la décision attaquée; le recourant ne peut se contenter de reprendre presque mot pour mot l'argumentation formée devant l'autorité cantonale (ATF 145 V 161 consid. 5.2; 134 II 244 consid. 2.1 et 2.3; arrêt 4A 467/2019 du 23 mars 2022 consid. 2.3). Le Tribunal fédéral ne connaît par ailleurs de la violation de droits fondamentaux que si un tel grief a été expressément invoqué et motivé de façon claire et détaillée ("principe d'allégation", art. 106 al. 2 LTF; ATF 146 III 303 consid. 2; 144 II 313 consid. 5.1).

3.

La cour cantonale a relevé qu'en l'espèce, par ordonnance pénale du 29 octobre 2021, B.A. \_\_\_\_\_ avait été condamné pour lésions corporelles simples, menaces et voies de fait au préjudice de A.A. \_\_\_\_\_. Il avait fait opposition à cette ordonnance pénale, mais ne s'était pas présenté à l'audience des débats, de sorte que l'opposition avait été considérée comme retirée et que l'ordonnance pénale était entrée en force. D'autres faits de violence auraient eu lieu en janvier et en mars 2022 et faisaient l'objet d'une procédure pénale, d'autres encore auraient eu lieu les 9 et 29 juillet 2022 et avaient été dénoncés au Ministère public.

Selon la juridiction précédente, il était évident que l'ex-époux n'entendait pas se soumettre aux décisions rendues à son encontre tant par les autorités pénales que civiles. Il avait fait preuve d'un mépris total de leurs injonctions, étant d'ailleurs rappelé qu'il ne disposait plus d'aucun titre de séjour depuis le 8 novembre 2021 et n'avait semble-t-il pas de domicile connu. Dans ces circonstances, la surveillance électronique ne permettrait nullement de l'empêcher de passer à l'acte, ce qui rendait la mesure inappropriée. Il ressortait du formulaire d'annonce de violence domestique qu'il avait notamment sorti de ses gonds une porte pour la jeter sur deux policiers puis que, dans une furie totale, il avait ouvert la fenêtre de l'appartement situé au quatrième étage en menaçant de sauter dans le vide, ce qui avait contraint les policiers à le menotter de force. Au vu de son profil et du comportement dont il avait fait preuve jusqu'à présent, il était évident que le port d'un bracelet électronique

ne l'inciterait pas à se conformer aux mesures d'éloignement prises à son encontre, sachant que toute violation serait enregistrée et partant constatable. La mise en garde du procureur de respecter les interdictions sous la menace

d'être placé en détention était d'ailleurs restée lettre morte.

Au vu de ces circonstances, la juridiction précédente a considéré que le but de dissuasion poursuivi par le port d'un bracelet électronique au sens de l'art. 28c al. 1 CC n'aurait à l'évidence aucun effet. A cela s'ajoutait que, dans la mesure où il s'agissait d'une surveillance passive, ce dispositif ne permettrait pas à l'ex-épouse d'être alertée si son ex-époux approchait d'elle ou à la police d'intervenir. Une telle surveillance ne serait par ailleurs d'aucun secours s'agissant de l'interdiction de prises de contact par écrit ou par téléphone. Il y avait donc lieu de retenir que le port d'un bracelet électronique n'offrirait aucune protection supplémentaire à A.A. \_\_\_\_\_.

La première condition de l'art. 36 Cst., à savoir l'adéquation de la mesure, n'était à l'évidence pas remplie. En outre, le simple fait que le port d'un bracelet électronique permettrait à la recourante de fournir les preuves de la violation ne suffisait pas à admettre le contraire en l'espèce, tant il était clair que d'autres moyens de preuve entraient en ligne de compte dans ce contexte, à commencer par les déclarations de l'ex-épouse elle-même.

Enfin, après avoir relevé que la requête d'assistance judiciaire de l'ex-épouse était partiellement sans objet, dans la mesure où la procédure était gratuite en vertu de l'art. 114 let. f CPC, la juridiction précédente a rejeté cette requête, en tant qu'elle portait sur la commission d'office d'un conseil juridique. Elle a considéré que le recours était dépourvu de chances de succès ab initio, partant, que les chances d'obtenir gain de cause étaient très largement inférieures au risque de succomber et que la condition matérielle d'octroi de l'assistance judiciaire n'était de toute évidence pas remplie.

## I. Surveillance\_électronique

4.

La recourante fait valoir que la décision entreprise contrevient à l'art. 28c CC, en tant qu'elle refuse d'ordonner la pose d'un bracelet électronique en exécution de la mesure d'éloignement. En particulier, elle soutient que la mesure de surveillance électronique est manifestement proportionnée dans les circonstances de l'espèce.

Elle rappelle que l'intimé a violé à plusieurs reprises les interdictions de la contacter et de l'approcher prononcées dans le jugement civil, de sorte que l'on se trouverait dans le cas typique envisagé par le législateur lorsqu'il a adopté l'art. 28c CC. Considérer avec la cour cantonale que la mesure prévue par cette disposition s'avère inadaptée pour les harceleurs les plus dangereux rendrait totalement inopérante la loi fédérale du 14 décembre 2018 sur l'amélioration de la protection des victimes de violence. La recourante expose que, s'il est vrai que le port d'un bracelet électronique ne permet pas en soi d'exclure tout risque de passage à l'acte, le législateur n'a pas prétendu que tel serait le cas. Plus dissuasive qu'une simple interdiction, cette mesure serait la seule envisageable à l'heure actuelle puisque elle est la plus incisive qui puisse être prononcée par un juge civil. Elle permettrait de lui apporter une sécurité supplémentaire par rapport à la situation actuelle et de récolter les preuves des éventuelles infractions commises.

5.

L'art. 28b al. 1 CC dispose qu'en cas de violence, de menaces ou de harcèlement, le demandeur peut requérir le juge d'interdire à l'auteur de l'atteinte, en particulier: de l'approcher ou d'accéder à un périmètre déterminé autour de son logement (ch. 1); de fréquenter certains lieux, notamment des rues, places ou quartiers (ch. 2); de prendre contact avec lui, notamment par téléphone, par écrit ou par voie électronique, ou de lui causer d'autres dérangements (ch. 3).

Selon l'art. 28c CC, le juge qui ordonne une interdiction en vertu de la disposition sur la violence, les menaces et le harcèlement et le juge chargé de l'exécution peuvent, si le demandeur le requiert, ordonner le port par l'auteur de l'atteinte d'un appareil électronique non amovible permettant de déterminer et d'enregistrer à tout moment le lieu où il se trouve (al. 1; cf. également art. 343 al. 1bis CPC s'agissant de la faculté conférée au juge de l'exécution). La mesure peut être ordonnée pour six mois au maximum. Elle peut être prolongée plusieurs fois, de six mois au maximum à chaque fois. À titre provisionnel, elle peut être ordonnée pour six mois au maximum (al. 2). Les cantons désignent le service chargé d'exécuter la mesure et règlent la procédure. Ils veillent à ce que les données enregistrées relatives aux personnes concernées ne soient utilisées que pour l'exécution de l'interdiction et à ce qu'elles soient effacées au plus tard douze mois après la fin de la mesure (al.

3). L'exécution de la mesure ne doit pas occasionner de coût pour le demandeur. Les coûts de la mesure peuvent être mis à la charge de la personne surveillée (al. 4). Cette disposition, dans sa teneur actuelle, est entrée en vigueur le 1er janvier

2022 dans le cadre d'un paquet législatif visant à améliorer la protection, tant sur le plan civil que pénal, des victimes de violences domestiques et de harcèlement (cf. Message du 11 octobre 2017 concernant la loi fédérale sur l'amélioration de la protection des victimes de violence, FF 2017 6913 ss, 6914 et 6919).

5.1. D'un point de vue technique, pour mettre en oeuvre et faire respecter une mesure d'éloignement ordonnée sur la base de l'art. 28b al. 1 CC par le biais d'une mesure fondée sur l'art. 28c CC, l'on pourra recourir à la surveillance mobile à l'aide du système GPS. Par exemple, un bracelet porté à la cheville ou au poignet sera muni d'un récepteur GPS qui permet de localiser la personne et enregistre en permanence ses déplacements (FF 2017 6950).

La surveillance prévue par l'art. 28c CC est de nature purement passive. Cela signifie que les données de localisation sont enregistrées, mais qu'elles ne sont exploitées par l'autorité d'exécution que si la victime se manifeste pour dénoncer une violation, à savoir de manière rétrospective. Cette mesure ne permet donc pas d'intervention immédiate des forces de l'ordre en cas de violation de la mesure d'éloignement (FF 2017 6950 s. et 6969; LAURENT GROBÉTY/MARIE FREI, La protection de la personnalité en cas de violences, menaces ou harcèlement - aspects procéduraux, in FamPra.ch 2022 p. 865, 871).

Par rapport à la surveillance dite active qui avait été envisagée dans l'avant-projet de loi - à savoir un système dans lequel les déplacements seraient suivis en permanence par une centrale, qui déclencherait l'alarme dès que l'intéressé pénétrerait dans la zone interdite - la surveillance passive est moins coûteuse puisqu'elle ne requiert ni surveillance permanente, ni capacité d'intervention. Elle présente toutefois l'inconvénient de ne pas pouvoir empêcher la violation d'une interdiction prononcée par le juge civil. De l'avis du Conseil fédéral, il n'en demeure pas moins qu'elle permet de renforcer nettement la protection des victimes car l'intéressé, sachant que toute violation sera enregistrée et donc constatable, se conformera très vraisemblablement aux mesures d'éloignement prises à son encontre (effet dissuasif ou de prévention; FF 2017 6951 et 6969; cf. aussi GROBÉTY/FREI, op. cit., p. 871). La surveillance passive renforce aussi la capacité de la victime à fournir les preuves d'éventuelles violations, puisque les données enregistrées pourront alors être exploitées, que ce soit dans le cadre d'une procédure civile, pour mettre à exécution la sanction fixée en vertu de l'art. 343 al. 1 CPC en cas de non-respect de la

décision civile ou dans le cadre d'une procédure pénale, notamment pour mettre en exécution la peine fondée sur l'art. 292 CP qui serait prévue dans le jugement civil (FF 2017 6953 et 6969; cf. aussi les interventions de la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga in BO 2018 CN 1418 et in BO 2018 CE 493).

5.2. Une mesure de surveillance électronique selon l'art. 28c CC est soumise à la réalisation de deux conditions préalables qui ressortent clairement du texte légal. Premièrement, elle ne peut pas être ordonnée d'office, mais nécessite une requête du demandeur. Deuxièmement, elle suppose l'existence d'une interdiction fondée sur l'art. 28b al. 1 CC, celle-ci pouvant avoir été ordonnée soit préalablement, soit simultanément à la surveillance électronique (cf. sur ces points FF 2017 6970).

Le prononcé de cette mesure a pour effet de restreindre les droits fondamentaux de la personne surveillée, à savoir en particulier sa liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst. et 5 CEDH; cf. sur cette notion ATF 147 I 393 consid. 4.1), puisqu'elle doit porter en permanence un bracelet à la cheville ou au poignet, ainsi que son droit à la sphère privée (art. 13 Cst. et 8 CEDH; cf. sur cette notion ATF 140 I 381 consid. 4.1), en tant que ses déplacements sont constamment enregistrés. Elle ne peut donc être ordonnée que si les conditions de l'art. 36 Cst. sont réunies (sur l'application de l'art. 36 Cst., cf. FF 2017 6951 et 6971; GROBÉTY/FREI, op. cit., p. 871).

L'art. 28c CC constitue la base légale de la restriction, au sens de l'art. 36 al. 1 Cst. (FF 2017 6949). Il n'est pas nécessaire d'en examiner la densité normative puisqu'une surveillance temporaire, de nature purement passive, des déplacements d'une personne par le biais d'un bracelet électronique ne restreint pas de manière particulièrement grave ses droits fondamentaux, sachant en particulier que la récolte des données GPS n'a pas lieu à son insu (cf. sur ce point ATF 144 IV 370 consid. 2.3), que celles-ci ne peuvent être exploitées qu'a posteriori et dans des circonstances bien précises, à savoir pour l'exécution de l'interdiction, et que ces données sont conservées au maximum douze mois après la fin de la mesure (art. 28c al. 3 CC). En vertu de l'art. 36 al. 2 Cst.,

la mesure doit en outre être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui, à savoir en l'occurrence la protection de l'intégrité physique et psychique de la victime potentielle, étant relevé qu'en tant que mesure de prévention de la violence, la surveillance électronique bénéficie aussi à la société dans son ensemble (FF 2017 6985). Elle doit respecter le principe de la proportionnalité (art. 5 al. 2 et 36 al. 3 Cst.), et

ne pas violer l'essence des droits fondamentaux (art. 36 al. 4 Cst.).

Le principe de la proportionnalité exige tout d'abord que la mesure envisagée soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude); sous cet angle, elle doit à tout le moins être apte à favoriser ou à permettre d'approcher suffisamment la réalisation de ce but (ATF 109 Ia 33 consid. 4c; JACQUES DUBEY, in Commentaire romand, Constitution fédérale, 2021, n°119 ad art. 36 Cst.). Il faut aussi que le but visé ne puisse être atteint par une mesure moins incisive (règle de la nécessité). En outre, le principe de la proportionnalité interdit toute limitation allant au-delà du but visé et postule un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (proportionnalité au sens étroit) (ATF 147 IV 145 consid. 2.4.1; 146 I 70 consid. 6.4). Le Tribunal fédéral examine avec pleine cognition le respect du principe de la proportionnalité; il s'impose toutefois une certaine retenue lorsqu'il s'agit de tenir compte de circonstances locales ou de trancher de pures questions d'appréciation (ATF 147 I 393 consid. 5.3.2; 142 I 76 consid. 3.3).

Concernant en particulier la proportionnalité d'une mesure de surveillance électronique fondée sur l'art. 28c CC, il faut considérer que la mesure est apte à atteindre le but visé dans le cas concret si elle permet de renforcer la protection de la victime, que ce soit en dissuadant l'intéressé d'enfreindre l'interdiction prononcée par le juge civil ou en permettant la récolte de preuves d'une telle violation, afin de favoriser l'exécution de la sanction prévue (cf. supra consid. 5.1). Elle s'avère nécessaire si l'auteur de l'atteinte a déjà transgressé une interdiction prononcée en vertu de l'art. 28b al. 1 CC ou s'il est probable qu'il le fera, partant, si l'on peut conclure qu'il va ou qu'il risque de porter atteinte aux droits fondamentaux de la victime potentielle. En ce sens, il s'agit d'une mesure subsidiaire, qui ne se justifie que si des mesures moins rigoureuses ont échoué ou apparaissent a priori insuffisantes; tel sera par exemple le cas lorsque l'auteur potentiel déclare qu'il ne se conformera pas à l'interdiction d'approcher la victime ou lorsqu'il l'a déjà enfreinte par le passé (FF 2017 6951 et 6971). Enfin, dans le cadre de la pesée des intérêts en présence qu'il convient d'effectuer pour vérifier le caractère raisonnable de la mesure, le tribunal doit accorder un certain poids aux intérêts de la victime potentielle, dont la liberté est sensiblement entravée par le comportement de l'intéressé. Il doit aussi prendre en considération les intérêts de la personne visée par la mesure d'éloignement (FF 2017 6951 et 6971), étant précisé que s'agissant d'une surveillance purement passive qui n'intervient pas à son insu, ceux-ci n'apparaissent pas atteints de manière particulièrement grave. Une telle mesure pourrait d'ailleurs aussi, selon les circonstances, permettre de protéger l'auteur potentiel d'éventuelles dénonciations mensongères.

La mesure doit également être proportionnée quant à sa durée et à son étendue géographique (cf. GROBÉ-TY/FREI, op. cit., p. 871; FF 2017 6970 et 6985).

5.3. L'art. 28c CC étant formulé de manière potestative ("Kann-Vorschrift"), il implique que l'autorité fasse usage de son pouvoir d'appréciation pour statuer (art. 4 CC) dans le respect des principes constitutionnels (ATF 144 IV 332 consid. 3.3). Le Tribunal fédéral ne revoit l'exercice du pouvoir d'appréciation qu'avec retenue. Il n'intervient que si le juge a abusé de ce pouvoir, en se référant à des critères dénués de pertinence ou en ne tenant pas compte d'éléments essentiels, ou lorsque la décision, dans son résultat, est manifestement inéquitable ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice (ATF 145 III 49 consid. 3.3; 142 III 336 consid. 5.3.2 et les références).

6.

En l'espèce, s'agissant du premier aspect du principe de la proportionnalité, à savoir l'aptitude de la mesure fondée sur l'art. 28c CC à atteindre le but visé - condition dont la cour cantonale retient qu'elle ne serait pas remplie au vu du profil de l'intimé -, il apparaît que la décision querellée se fonde sur des critères dénués de pertinence et heurte le sentiment de la justice et de l'équité.

Son raisonnement s'inspirant de deux passages du Message, il convient de les examiner. Dans le premier d'entre eux, il est indiqué que dans le cadre de l'examen de la proportionnalité, l'autorité compétente doit estimer le "risque que le prévenu puisse à nouveau passer à l'acte, ce que la surveillance électronique ne permettrait pas d'empêcher et qui en ferait une mesure inappropriée" (FF 2017 6951). Le second mentionne que "si le risque

demeure que celle-ci [à savoir l'auteur potentiel] puisse commettre des actes de violence physique ou sexuelle, la surveillance électronique n'offrira aucune garantie qu'elle modifie son comportement et s'avérera donc inadaptée" (réf. FF 2017 6970). Ces deux extraits du Message entrent en réalité en contradiction avec le but de la loi et ne trouvent en définitive aucun appui dans les travaux parlementaires (BO 2018 CE 491 ss; BO 2018 CN 1412 ss; BO 2018 CE 850 ss; BO 2018 CN 1920 ss). Nier l'adéquation de la mesure de surveillance lorsqu'un risque subsiste que l'auteur potentiel commette des actes de violence rendrait inapplicable l'art. 28c CC, dès lors que cette mesure, par sa nature subsidiaire, ne se justifie précisément que si l'on peut conclure que l'auteur potentiel va porter atteinte aux

droits fondamentaux de la victime ou risque de le faire (cf. supra consid. 5.2). La surveillance passive fondée sur l'art. 28c CC n'offre de toute manière aucune garantie qu'une violation de l'interdiction prononcée sur la base de l'art. 28b al. 1 CC soit empêchée. Dans son Message, le Conseil fédéral le relève d'ailleurs expressément lorsqu'il souligne que cela constitue l'un des inconvénients du système par rapport à un système de surveillance dite active (cf. supra consid. 5.1).

La pose d'un bracelet électronique n'a donc pas pour but de garantir la protection de la victime, mais de la renforcer autant que possible, d'une part, par un effet dissuasif, d'autre part, en favorisant l'exécution de sanctions en cas de violation par le biais de la récolte des preuves. Or, on ne saurait nier d'emblée que cette mesure, qui est la plus incisive que permet le droit civil, puisse en l'occurrence avoir un tel effet sur l'intimé, en ce sens qu'elle permettrait de réduire le risque d'un passage à l'acte, a fortiori lorsque l'on sait que cette mesure n'a encore jamais été prononcée à son encontre. Quoi qu'il en soit, le raisonnement de la cour cantonale selon lequel la mesure ne serait pas non plus adéquate sous l'angle de son aptitude à récolter des preuves ne résiste pas non plus à l'examen. Même si, comme elle le souligne, d'autres moyens de preuve, notamment les déclarations de la recourante, seront le cas échéant admissibles dans le cadre de procédures civiles ou pénales, il est indéniable qu'une surveillance électronique de l'intimé renforcerait la protection de la recourante en lui permettant d'apporter des preuves supplémentaires - techniques - d'éventuelles violations, ce qui favoriserait la sanction de tels

comportements. Prétendre que cette mesure ne se justifierait qu'en l'absence de tout autre mode de preuve reviendrait à vider la disposition légale de sa substance. En définitive, il convient d'admettre le grief de la recourante quant à la règle de l'aptitude.

La mesure est également proportionnée sous l'angle du critère de la nécessité (cf. supra consid. 5.2), comme cela ressort de l'arrêt querellé, qui retient - sans que cela fasse l'objet de griefs de la part de l'intimé dans sa réponse au recours fédéral - que l'intimé a déjà enfreint les interdictions prononcées contre lui et qu'il est à tout le moins probable qu'il le fera encore à l'avenir.

L'autorité cantonale n'ayant pas examiné le troisième aspect du principe de la proportionnalité, à savoir le caractère raisonnable de la mesure, il convient de lui renvoyer la cause pour qu'elle procède à la pesée des intérêts en présence, conformément aux principes sus-rappelés (cf. supra consid. 5.2). Le Tribunal fédéral ne saurait en effet l'effectuer lui-même pour la première fois, sauf à priver les parties d'un degré de juridiction (arrêt 6B 588/2020 du 15 février 2021 consid. 2.3.2). Il convient encore de préciser que, quoi qu'en pense l'intimé, la nature potestative de l'art. 28c CC ne permet pas au juge saisi de la requête de la rejeter librement. Il doit faire usage de son pouvoir d'appréciation dans le respect des principes constitutionnels (cf. supra consid. 5.3). Ainsi, dans l'hypothèse où toutes les conditions de cette disposition sont réalisées, il lui incombe d'ordonner la mesure de surveillance électronique.

## II. Assistance judiciaire pour la procédure de recours cantonale

7.

Se prévalant des art. 29 al. 3 Cst., 26 al. 3 Cst./BE et 117 CPC, la recourante conteste le rejet de la requête d'assistance judiciaire qu'elle a déposée pour la procédure de recours cantonale. Elle fait valoir que la cause n'était pas dépourvue de chances de succès au sens de ces dispositions, dès lors que le raisonnement de la Cour suprême s'avère erroné et qu'une analyse approfondie du cas d'espèce a été nécessaire à cette autorité pour justifier une prétendue inadéquation de la mesure de surveillance électronique; en outre, l'art. 28c CC est entré en vigueur récemment et n'a pas encore fait l'objet de développements jurisprudentiels. La condition de l'indigence serait également remplie puisqu'elle se trouve sans emploi et émerge à l'aide sociale.

7.1. En vertu de l'art. 117 CPC, une personne a droit à l'assistance judiciaire si elle ne dispose pas des ressources suffisantes (let. a) et si sa cause ne paraît pas dépourvue de toute chance de succès (let. b).

7.1.1. Selon la jurisprudence, un procès est dénué de chances de succès lorsque les perspectives de le gagner sont notablement plus faibles que les risques de le perdre; il n'est en revanche pas dénué de chances de succès lorsque celles-ci et les risques d'échec sont à peu près égaux, ou lorsque les premières ne sont guère inférieures aux seconds. Est déterminante la question de savoir si une partie disposant des ressources financières nécessaires se lancerait ou non dans le procès après une analyse raisonnable. Il s'agit d'éviter qu'une partie mène un procès qu'elle ne conduirait pas à ses propres frais, uniquement parce qu'il ne lui coûte rien (ATF 142 III 138 consid. 5.1; 139 III 475 consid. 2.2; 138 III 217 consid. 2.2.4). La situation doit être appréciée à la date du dépôt de la requête, sur la base d'un examen sommaire (ATF 139 III 475 consid. 2.2).

7.1.2. L'absence de chances de succès peut résulter des faits ou du droit. L'assistance judiciaire sera ainsi refusée s'il apparaît d'emblée que les faits pertinents allégués sont invraisemblables ou ne pourront pas être prouvés. Il en sera de même si, en droit, la démarche du requérant paraît d'emblée irrecevable ou juridiquement infondée (arrêt 5A 583/2020 du 9 septembre 2020 consid. 3.1 et la référence). La perspective concrète du recourant d'obtenir entièrement gain de cause n'est pas déterminante; pour que la condition soit remplie, il suffit qu'il existe une chance d'admission même partielle des conclusions (arrêt 5A 858/2012 du 4 février 2013 consid. 3.3.1.2 et la référence).

S'agissant plus particulièrement de l'examen des chances de succès d'un recours, le juge peut prendre en considération la décision de première instance, en comparant celle-ci avec les griefs soulevés. De la sorte, l'examen sommaire des chances de succès auquel il doit procéder est simplifié. Cet examen ne doit toutefois pas conduire à ce que le contrôle d'une décision contestée soit rendu quasiment impossible. Ce n'est que lorsque le requérant n'oppose aucun argument substantiel à la décision de première instance que le recours peut être considéré comme dénué de chances de succès, en particulier si l'autorité de recours n'a qu'une cognition limitée ou que le recourant doit motiver ses griefs en respectant le principe d'allégation (arrêt 5A 131/2021 du 10 septembre 2021 consid. 5.1 et les références).

Déterminer s'il existe des chances de succès est une question de droit, que le Tribunal fédéral examine librement; en revanche, savoir si les faits sont établis ou susceptibles d'être prouvés est une question qui relève de l'appréciation des preuves, laquelle ne peut être corrigée qu'en cas d'arbitraire (arrêts 4A 461/2022 du 15 décembre 2022 consid. 9.1; 5A 241/2022 du 11 juillet 2022 consid. 4.4).

7.1.3. Le juge cantonal dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'examen des chances de succès. Le Tribunal fédéral ne revoit sa décision qu'avec retenue: il doit uniquement vérifier que le juge cantonal ne s'est pas écarté des principes juridiques reconnus en la matière, qu'il n'a pas tenu compte de circonstances qui ne jouent pas de rôle pour le pronostic dans le cas particulier ou, inversement, qu'il n'a pas méconnu des circonstances pertinentes dont il aurait dû tenir compte (arrêt 5A 131/2021 du 10 septembre 2021 consid. 5.1 in fine et les références).

7.2. En l'espèce, en présence d'une interdiction prononcée en vertu de l'art. 28b al. 1 CC, qui peut donner lieu à une surveillance électronique au sens de l'art. 28c CC, et dans la mesure où les conditions d'application de cette dernière disposition, dont la violation par le premier juge avait été dûment invoquée dans le recours cantonal, n'avaient jamais été examinés par le Tribunal fédéral auparavant et n'avaient que très peu été débattues en doctrine, il apparaît que la cour cantonale ne pouvait dans les circonstances de l'espèce considérer que le recours était d'emblée voué à l'échec au sens de l'art. 117 let. b CPC sans abuser de son pouvoir d'appréciation (cf. pour des exemples de situations comparables: arrêts 5A 766/2018 du 19 décembre 2018 consid. 4.1; 5A 632/2017 du 15 mai 2018 consid. 5.4; 5A 842/2011 du 24 février 2012 consid. 5, non publié in ATF 138 III 217; 5A 711/2011 du 21 décembre 2011 consid. 3.2).

La Cour de céans ne saurait se prononcer sur le point de savoir si, ainsi que le soutient la recourante, la seconde condition (cumulative) de l'octroi de l'assistance judiciaire, à savoir l'indigence de la partie requérante (art. 117 let. a CPC), est réalisée. Cette condition n'a pas été examinée par la juridiction précédente et il n'appartient pas au Tribunal fédéral de l'examiner pour la première fois.

En définitive, la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour examen du critère de l'indigence et nouvel-

le décision sur la requête d'assistance judiciaire de la recourante. Le cas échéant, il lui appartiendra de fixer l'indemnité de son conseil d'office, étant précisé que la nécessité de la commission d'office d'un conseil juridique pour la procédure cantonale était en l'occurrence évidente (art. 118 al. 1 let. c CPC).

8.

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être admis, l'arrêt attaqué annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision sur le fond et sur la requête d'assistance judiciaire formée par la recourante pour la procédure de recours cantonale. La cause lui est aussi renvoyée pour qu'elle statue à nouveau sur les dépens de la procédure de première et de deuxième instance (art. 68 al. 5 LTF) ainsi que sur les frais de la procédure cantonale, en appréciant s'il se justifie, dans les circonstances de l'espèce, de faire usage de l'exception prévue par l'art. 115 al. 2 CPC au principe de gratuité de la procédure ancré à l'art. 114 let. f CPC (cf. FF 2017 6949; GROBÉTY/FREI, op. cit., p. 993).

Depuis l'entrée en vigueur de la LTF, il n'y a en principe plus de procédure gratuite devant le Tribunal fédéral. Il ne suffit donc pas que le législateur prévoie, dans une loi particulière, que les procédures sont gratuites pour que cette règle s'applique à la procédure devant cette autorité; la gratuité devant le Tribunal fédéral suppose une disposition spéciale (arrêt 4A 449/2010 du 2 décembre 2010 consid. 7 non publié in ATF 137 III 27). En l'absence d'une telle disposition, il faut admettre que le législateur a voulu l'application de l'émolument ordinaire prévu par l'art. 65 al. 3 LTF, sauf si l'on peut déduire, par voie d'interprétation, qu'il s'agit d'une omission par pure inadvertance (BOVEY, op. cit., n°27 ad. art. 65 LTF). Rien ne permet d'inférer que tel soit le cas en l'espèce (dans le même sens GROBÉTY / FREI, op. cit., p. 884), de sorte que les frais judiciaires seront fixés à l'500 fr. et mis à la charge de l'intimé, qui succombe dès lors qu'il a conclu à l'irrecevabilité, respectivement au rejet du recours (art. 66 al. 1 LTF), et qui versera en outre à la recourante une indemnité de dépens (art. 68 al. 1 LTF). Puisque la recourante ne supporte pas les frais judiciaires, sa demande d'assistance judiciaire est sans

objet en tant qu'elle porte sur ce point (ATF 109 Ia 5 consid. 5). Tel n'est en revanche pas le cas en tant qu'elle concerne la désignation d'un avocat d'office et l'indemnisation de celui-ci. En effet, bien que l'intimé soit condamné à verser des dépens à la recourante, il y a lieu de considérer que dans les circonstances de la présente espèce, celle-ci ne sera pas en mesure de les recouvrer. Le conseil de la recourante sera dès lors également directement indemnisé par la Caisse du Tribunal fédéral (ATF 122 I 322 consid. 3d), étant relevé que la recourante a démontré en instance fédérale, ainsi qu'il lui incombait, se trouver en situation d'indigence.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est admis, l'arrêt attaqué est annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision sur le fond et sur la requête d'assistance judiciaire de la recourante.

2.

La cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision sur les frais et dépens de la procédure cantonale.

3.

Autant qu'elle n'est pas sans objet, la requête d'assistance judiciaire de la recourante est admise et Me Vincent Kleiner lui est désigné comme conseil d'office.

4.

Les frais judiciaires, arrêtés à l'500 fr., sont mis à la charge de l'intimé.

5.

Une indemnité de 2'000 fr., à verser à la recourante à titre de dépens pour la procédure fédérale, est mise à la charge de l'intimé; la Caisse du Tribunal fédéral versera provisoirement au conseil de la recourante une indemnité de l'800 fr. à titre d'honoraires d'avocat d'office.

6.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la 2e Chambre civile de la Cour suprême du canton de Berne.

Lausanne, le 2 février 2023  
Au nom de la II e Cour de droit civil  
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Herrmann

La Greffière : Dolivo