

Tribunal fédéral – 5A_154/2023

II^{ème} Cour de droit civil

Arrêt du 27 avril 2023 (f)

Mesures protectrices

Violences conjugales,
procédure

Art. 5 et 36 Cst. ;
28b al. 1 et 28c CC



Mesures de surveillance électronique (art. 28c CC) – rappel des conditions (cf. Newsletter mars 2023). Les conditions d'application de l'art. 28c CC sont la requête expresse d'une mesure de surveillance électronique, l'existence préalable d'une interdiction fondée sur l'art. 28b al. 1 CC et le respect des conditions de l'art. 36 Cst., plus précisément le principe de proportionnalité (également consacré à l'art. 5 Cst.). La mesure doit ainsi être *apte* à renforcer la protection de la victime, *nécessaire* pour empêcher l'auteur-e de violer l'interdiction prononcée en vertu de l'art. 28b al. 1 CC et revêtir un caractère *raisonnable* de sorte que la pesée des intérêts entre ceux de la victime et de l'auteur-e commande le prononcé de la mesure (consid. 4).

Idem – principe de la subsidiarité. L'autorité saisie de la requête ne peut renoncer à ordonner le port du bracelet électronique que si elle est convaincue que l'auteur-e respectera l'interdiction prononcée sans cela, ou si des intérêts prépondérants de l'auteur-e par rapport à ceux de la victime le commandent. Dès lors, le point de vue de l'autorité précédente, à savoir que cette mesure devrait être limitée aux cas graves dans lesquels existe un important risque d'infraction d'une certaine intensité, ne saurait être suivi (consid. 6).

Composition

MM. et Mme les Juges fédéraux Herrmann, Président, Schöbi 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 Sébastien Bossel, 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 20 janvier 2023 (ZK 22 547).

Faits :

A.

A.A. (1969) et B.A. (1966) se sont mariés en 2004. Ils ont eu deux enfants, C.A. né en 2005 et D.A. né en 2008. Ils se sont séparés le 1er septembre 2016.

A.a. Dans une convention provisoire de séparation, l'époux avait accepté les interdictions de contact demandées par son épouse pour elle-même et ses enfants. Ces interdictions ont été reprises dans la décision de mesures protectrices de l'union conjugale du 19 mars 2019, par laquelle il a notamment été interdit à l'époux d'approcher à moins de 300 mètres de l'immeuble sis U. à V., ainsi que de l'immeuble W. à X., domicile des parents de son épouse, ou de tout autre lieu de résidence futur de celle-ci et des enfants, ainsi que des établissements scolaires et religieux fréquentés par les enfants, le tout sous commination des sanctions prévues à l'**art. 343 al. 1 let. a CPC** en relation avec l'**art. 292CP** en cas d'inexécution. Il lui a aussi été fait interdiction de prendre contact de quelque manière que ce soit (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, avec son épouse et ses enfants, sous commination des sanctions prévues à l'**art. 343 al. 1 let. a CPC** en relation avec l'**art. 292CP** en cas d'inexécution.

B.A. a été condamné à trois reprises pour insoumission à une décision de l'autorité dans ce contexte. Ainsi, par ordonnance pénale du 6 mars 2020, confirmée par jugement du 17 août 2020 puis par décision de la Cour suprême du canton de Berne du 29 avril 2021, il a été condamné pour des faits survenus le 23 octobre et le 3 novembre 2019. Pour ce qui est de la violation commise le 23 octobre 2019, il ressortait des déclarations de A.A. que B.A. était en train de se diriger vers la gare et qu'il aurait changé de direction en voyant son fils pour aller à sa rencontre; le 3 novembre 2019, l'intéressé s'était rendu au Temple de X. Par ordonnance pénale du 10 juin 2020, entrée en force ensuite du retrait de l'opposition qu'il avait formée, il a été condamné pour avoir pris contact par courrier avec son épouse le 12 avril 2020. Enfin, il a été condamné par ordonnance pénale du 6 octobre 2021, à laquelle il n'a pas fait opposition, pour s'être approché de son fils D.A. devant la Coop de X. et avoir tenté d'entrer en contact avec lui en lui faisant des signes de la main avant de le suivre.

A.b. Le 30 juillet 2021, dans le cadre d'une requête en modification des mesures protectrices de l'union conjugale, B.A. a demandé la suppression des interdictions de périmètre et de contact prononcées à son égard. Sa requête a été rejetée le 12 janvier 2022.

B.

Par requête en exécution du 27 septembre 2022, A.A. a demandé que soit ordonné le port par son époux d'un appareil électronique non amovible permettant de déterminer et d'enregistrer à tout moment le lieu où il se trouve. Elle faisait en substance valoir que malgré de multiples condamnations pénales pour insoumission à une décision de l'autorité, l'intimé persistait à se moquer des interdictions prononcées à son égard. Selon elle, ensuite des condamnations précitées, plusieurs rencontres entre l'intimé et les enfants avaient en effet eu lieu dans des lieux publics, à savoir : le 19 septembre 2021 à la gare de V. - où l'intimé aurait tenté d'entrer en contact avec C.A. en l'appelant et en s'approchant de lui à moins d'un mètre -, le 27 août 2022 à la fête du village de V., et les 30 août, 6 et 13 septembre 2022 à la gare de Y., respectivement dans le train allant de Y. à V. La requérante exposait que l'intimé était parfaitement au courant du fait que le mardi était le seul jour où D.A. rentrait seul en train, et qu'il faisait exprès de se rendre à la gare de Y. ce jour-là pour le rencontrer. En raison de ce harcèlement, elle et ses enfants vivaient dans une peur permanente et craignaient pour leur intégrité physique et psychique.

B.a. Par décision du 14 décembre 2022, le Tribunal régional Jura bernois-Seeland (ci-après: le Tribunal) a rejeté la requête, sans frais. Le bénéfice de l'assistance judiciaire a été accordé aux parties et la requérante a été condamnée à verser à l'intimé une indemnité de dépens.

Le Tribunal a notamment constaté que les faits de la cause s'inscrivaient dans un contexte de séparation conflictuelle, et que les rencontres rapportées devaient être qualifiées de fortuites. S'agissant des rencontres avec D.A., si la requérante considérait que l'intimé faisait exprès de se rendre à la gare, notamment le mardi, pour y rencontrer son fils, force était de constater que les éléments du dossier ne permettaient pas d'établir que tel serait le cas. L'intimé avait été en mesure d'expliquer sa présence à la gare par le fait qu'il se rendait en train chez sa physiothérapeute à Y. depuis le 24 juillet 2020, les mardi et vendredi de 15h à 15h30. S'agissant de la rencontre du 19 septembre 2021 avec C.A., il était également très vraisemblable que l'intimé et son fils se soient rencontrés par hasard, et la requérante ne prétendait d'ailleurs pas le contraire. Si l'intimé avait apparemment salué son fils à cette occasion, il semblait raisonnable d'imaginer, au vu de l'ensemble du dossier, qu'il n'aurait pas agi différemment s'il avait fait l'objet d'une mesure de surveillance électronique. Pour ce qui était du "contact" qui serait intervenu entre l'intimé et D.A. le 27 août 2022 à la fête du village de V., le Tribunal a relevé que l'intimé avait reconnu se trouver à cette fête mais avait nié y avoir vu son fils. Quant à la requérante, elle avait expliqué que D.A. avait vu son père et avait préféré rentrer afin de ne pas le rencontrer. Il ressortait de ce qui précède que l'intimé ne semblait pas au courant de la présence de son fils à cette fête et qu'il ne l'y aurait pas vu.

S'agissant de la condamnation pour avoir pris contact par courrier avec son épouse, la mise en place d'une surveillance électronique n'aurait été selon le Tribunal d'aucun secours. Concernant la condamnation en lien avec la rencontre entre D.A. et son père à la Coop de X., il ressortait du dossier que cette rencontre était fortuite. D.A. avait décidé d'aller s'acheter à boire dans ce magasin et son père s'y trouvait également. D.A. le reconnaissait lui-même dans son audition du 3 juillet 2021 par la police cantonale. Lorsqu'il lui avait été demandé si des événements similaires s'étaient déjà produits, il avait répondu "Pas pour moi, mais pour mon frère. C'était dans le même ordre d'idée. Il lui est tombé fortuitement dessus et a essayé de lui parler". Quant à la condamnation pour la rencontre du 23 octobre 2019, le père semblait une nouvelle fois être tombé par hasard sur son fils et n'avoir pas pu s'empêcher d'aller à sa rencontre une fois qu'il avait remarqué sa présence. Enfin, concernant la violation commise le 3 novembre 2019, date à laquelle le père s'était rendu au Temple de X., elle concernait en particulier les beaux-parents de l'intimé, qui ne bénéficiaient pas des mesures de protection de la personnalité.

Le Tribunal a encore relevé que lors des interactions précitées, l'intimé ne s'était montré ni agressif, ni violent. Les enfants avaient été en mesure de mettre un terme rapidement à ces rencontres qui étaient toutes limitées à un contact visuel à distance. Il était encore souligné que l'intimé se déplace à l'aide d'une canne. Par ailleurs, le Tribunal a relevé qu'il ne mettait en doute ni les difficultés auxquelles D.A. et C.A. devaient faire face lorsqu'ils étaient confrontés à des rencontres non sollicitées, ni l'impact qu'elles avaient sur eux. D'une manière générale, il fallait toutefois constater que la proximité géographique entre le logement de la requérante et des enfants et celui de l'intimé, ainsi que le fait qu'il se déplace régulièrement en train, notamment durant les heures de pointe, tout comme ses enfants, rendaient les rencontres fortuites difficilement évitables. Si ces rencontres demeuraient extrêmement problématiques au regard des interdictions de périmètre et de contact qui avaient été prononcées, le Tribunal ne voyait pas dans quelle mesure le port d'un bracelet électronique était à même de prévenir ce genre de contacts.

B.b. Le 20 janvier 2023, la 2e Chambre civile de la Cour suprême du canton de Berne (ci-après: la Cour suprême) a rejeté, sans frais, le recours formé par A.A. contre cette décision. Elle lui a refusé le bénéfice de l'assistance judiciaire, considérant que son recours était dépourvu de chances de succès.

C.

Par acte du 22 février 2023, A.A. exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre cette décision, dont elle conclut à l'annulation et principalement à la réforme, en ce sens qu'en exécution des interdictions de périmètre et de contact prononcées sous chiffres 11 et 12 de la décision de mesures protectrices de l'union conjugale du 19 mars 2019, 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, que celui-ci est condamné au paiement d'une indemnité de 2'555 fr. 50 en sa faveur pour la procédure de première instance, que le bénéfice de l'assistance judiciaire lui est accordé pour la procédure de deuxième instance, que son avocat lui est désigné comme conseil d'office dans ce cadre et que la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour la taxation des honoraires d'avocat d'office pour les deux instances cantonales. Subsidiairement, la recourante demande le renvoi de la cause à la juridiction précédente pour nouvelle décision. Elle sollicite aussi le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure de recours fédérale et demande qu'une indemnité de dépens lui soit allouée pour dite procédure, à charge de la Caisse du Tribunal fédéral, sans obligation de remboursement de sa part, celle-ci devant incomber à l'intimé.

Invité à se déterminer, B.A. conclut au rejet du recours et demande l'assistance judiciaire pour la procédure fédérale. L'autorité cantonale a adressé des observations par courrier du 10 mars 2023.

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; arrêts 5A_881/2022 du 2 février 2023 consid. 1.1; 5A_716/2022 du 27 février 2023 consid. 1.1), 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**). 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 que les conditions sont remplies (**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'instance 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).

En l'occurrence, il ne saurait être donné suite aux réquisitions de la recourante tendant à ce que des moyens de preuve soient édités, en particulier les dossiers de plusieurs procédures pénales, dès lors que l'intéressée ne démontre pas, ainsi qu'il lui incombe, en quoi ces moyens satisferaient aux réquisits de l'**art. 99 al. 1 LTF**.

2.

2.1. 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).

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 ceux-ci ont été constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'**art. 95 LTF** (**art. 105 al. 2 LTF**), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (**art. 97 al. 1 LTF**). 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 II 246** consid. 6.7; **143 I 310** consid. 2.2 et la référence), doit satisfaire au principe d'allégation susmentionné (**art. 106 al. 2 LTF**; cf. supra consid. 2.1), 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 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 et la référence). Le recourant ne peut pas se borner à contredire les constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre appréciation des preuves; il doit indiquer de façon précise en quoi ces constatations sont arbitraires au sens de l'**art. 9 Cst.** (**ATF 133 II 249** consid. 1.4.3). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable (**ATF 147 IV 73** consid. 4.1.2; **145 IV 154** consid. 1.1).

I. Surveillance électronique

3.

La recourante se prévaut de la violation de l'**art. 28c CC**. Elle affirme que les conditions d'application de cette disposition sont à l'évidence remplies en l'espèce, en particulier, que la mesure requise est

proportionnée, de sorte qu'il serait totalement incompréhensible de ne pas avoir ordonné la pose d'un bracelet électronique.

Tout d'abord, la mesure de surveillance électronique serait adéquate puisqu'elle lui permettrait à tout le moins de prouver les éventuelles futures violations des interdictions prononcées. L'intimé aurait actuellement un sentiment d'impunité lorsqu'il s'approche d'elle ou de ses enfants, continuant de faire comme bon lui semble malgré plusieurs condamnations. D'ailleurs, il n'avait pas hésité à dire au juge du divorce, lors de l'audience du 31 janvier 2023, qu'il ne prenait pas en compte ces mesures. La recourante expose que cette situation lui pèse énormément ainsi qu'à ses enfants, tous trois subissant depuis des années les sévices de l'intimé. La récolte de preuves par le biais d'une surveillance électronique permettrait en outre de déterminer quels sont ses déplacements dans les abords de la gare de Y. et ainsi de mettre à mal sa version, selon laquelle il croiserait toujours par hasard ses enfants, la recourante affirmant qu'en réalité, il s'y rend systématiquement lorsque D.A. doit prendre le train. L'argument de la Cour suprême selon lequel les violations des interdictions étaient fortuites serait insoutenable, les mesures de protection que l'intimé ne respecte pas étant exécutoires. Il n'appartiendrait pas au juge de l'exécution de décider si les mesures de protection sont justifiées, mais uniquement de dire s'il se justifierait d'en ordonner l'exécution par le biais d'une surveillance électronique.

La recourante soutient que la mesure requise est aussi proportionnée sous l'angle du critère de la nécessité, l'intimé ayant violé à plusieurs reprises les interdictions de la contacter et de contacter ses enfants. Enfin, elle serait également proportionnée car raisonnable, la pesée des intérêts lui étant clairement favorable ainsi qu'à ses fils, qui étaient encore et toujours harcelés et pris à partie par l'intimé, alors qu'ils ne voulaient plus avoir aucun contact avec lui. Le poids de la protection de la victime était ainsi supérieur à celui du harceleur, étant rappelé que la mesure est purement passive et n'intervient pas à l'insu de la personne surveillée.

La recourante précise qu'elle-même et ses enfants ont toujours peur de croiser l'intimé et qu'ils ont de surcroît un profond sentiment d'injustice dans la mesure où l'intimé se moquerait éperdument des mesures de protection de la personnalité prononcées à son encontre. Ce sentiment était exacerbé par les décisions rendues par la justice civile bernoise, qui refusait injustement de renforcer leur protection. En définitive, les trois aspects du principe de la proportionnalité étaient remplis. Il était clair que les seules interdictions prononcées à l'encontre de l'intimé n'étaient pas suffisantes pour assurer sa tranquillité et son bien-être, de même que ceux de ses enfants. Partant, des mesures plus appropriées, respectivement plus incisives, devaient être ordonnées.

4.

Le prononcé d'une mesure de surveillance électronique selon l'art. 28c CC - en l'occurrence par renvoi de l'art. 343 al. 1bis CPC s'agissant de la faculté conférée au juge de l'exécution - suppose que l'autorité compétente ait été saisie d'une requête, qu'une interdiction fondée sur l'art. 28b al. 1 CC ait été prononcée à l'encontre de la partie intimée (préalablement ou simultanément à la surveillance électronique) et que les conditions de l'art. 36 Cst. soient respectées (arrêt 5A_881/2022 du 2 février 2023 consid. 5.2 [destiné à la publication]). Si les conditions précitées sont remplies, il incombe à l'autorité compétente d'ordonner la mesure (arrêt 5A_881/2022 précité consid. 5.3).

Le principe de la proportionnalité garanti par les art. 5 al. 2 et 36 Cst. implique que la mesure soit apte à produire les résultats escomptés (règle de l'aptitude) - à tout le moins à favoriser ou à permettre d'approcher suffisamment la réalisation de ce but (arrêt 5A_881/2022 précité, consid. 5.2; ATF 109 la 33 consid. 4c) - et que ceux-ci ne puissent pas être atteints par une mesure moins

incisive (règle de la nécessité); en outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (principe de la proportionnalité au sens étroit; ATF 147 IV 145 consid. 2.4.1; 143 I 403 consid. 5.6.3). 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).

Selon la jurisprudence, une mesure de surveillance électronique respecte la règle de l' *aptitude* 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 (sur la nature et le but visé par la mesure, cf. aussi arrêt 5A_881/2022 précité, consid. 5.1 [destiné à la publication]). 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. 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, en particulier tenir compte du fait qu'elle devra le cas échéant porter en permanence un bracelet et voir ses déplacements enregistrés, étant précisé que s'agissant d'une surveillance purement passive qui n'intervient pas à son insu, ces intérêts 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 (arrêt 5A_881/2022 précité, consid. 5.2 et les références).

5.

S'agissant des faits de la cause, l'autorité cantonale a pour l'essentiel renvoyé à ceux qui avaient été constatés par l'autorité de première instance (cf. à cet égard supra let. B.a). Procédant à l'analyse de la proportionnalité de la mesure requise, la Cour suprême a relevé que les rencontres entre l'intimé et ses enfants avaient eu lieu dans des lieux publics, comme à la gare de Y. ou dans un train, et qu'au vu de la proximité de leurs centres de vie respectifs, de telles rencontres ne pouvaient être totalement empêchées. L'intimé avait pu donner des explications plausibles et logiques quant à sa présence sur les lieux. Dans ces circonstances, la surveillance électronique ne permettait en l'occurrence nullement d'empêcher de telles rencontres, ce qui rendait la mesure inappropriée en l'espèce. En outre, les contacts n'avaient très probablement pas eu lieu de manière volontaire. Le but de dissuasion poursuivi par le port d'un bracelet électronique n'était donc pas pertinent en l'espèce. Par ailleurs, une telle mesure ne permettrait nullement de prouver que des rencontres sont planifiées et non fortuites, en particulier si elles se déroulent dans un lieu public comme la gare de Y. Dans la mesure où il s'agissait d'une surveillance passive, le port d'un bracelet électronique ne permettrait pas à la recourante d'être alertée si l'intimé approchait d'elle ou de ses enfants et de prendre des mesures. Partant, l'autorité cantonale a retenu que le port d'un bracelet électronique n'offrirait aucune protection supplémentaire à la recourante.

Se fondant sur ce qui précède, la Cour suprême a considéré que la première condition de l'art. 36 Cst., à savoir l'adéquation de la mesure, n'était à l'évidence pas remplie. Elle a en outre relevé que 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 la recourante elle-même et de ses enfants. Le fait qu'elle avait par le passé obtenu la condamnation de l'intimé pour insoumission à une décision de l'autorité le démontrait d'ailleurs. A cela s'ajoutait que les rencontres alléguées par la recourante n'étaient pour l'essentiel pas contestées par l'intimé. Les réquisitions de preuve tendant à l'édition d'anciens dossiers ou de dénonciations récemment déposées ainsi que des procès-verbaux d'auditions correspondants devaient dès lors être rejetées, dans la mesure où les preuves offertes ne seraient de toute manière pas en mesure de modifier l'appréciation de la Cour.

La Cour suprême a retenu que les mesures déjà décidées par la justice civile et les instruments à disposition pour punir d'éventuelles contraventions devaient être considérés comme suffisants. En l'espèce, la recourante n'alléguait ni violence, ni menace de la part de l'intimé lors des rencontres décrites dans sa requête. L'obligation de porter un dispositif de surveillance électronique devait clairement être limitée aux cas graves dans lesquels existait un important risque d'infraction d'une certaine intensité, vu l'atteinte importante qu'elle constituait à la liberté personnelle. Un tel cas n'était clairement pas donné en l'espèce.

En définitive, la juridiction a rejeté le recours, dont elle a considéré qu'il était manifestement mal fondé.

6.

Le grief de la recourante doit à l'évidence être admis quant à l'aptitude de la mesure de surveillance électronique en tant que telle à atteindre le but visé. Comme le Tribunal fédéral l'a récemment rappelé, le législateur était conscient du fait qu'un bracelet électronique ne protège pas toujours la victime potentielle et qu'il ne permet souvent que d'apporter la preuve que l'auteur a enfreint l'interdiction ordonnée sur la base de l'art. 28b CC (arrêts 5A_881/2022 précité consid. 5.1 [destiné à la publication]; 5A_716/2022 du 27 février 2023 consid. 5.1). En l'occurrence, et nonobstant l'existence d'autres moyens de preuve évoquée par la Cour suprême, il est clair que la mesure aurait tout au moins pour effet de renforcer la protection de la recourante en lui permettant d'apporter des preuves supplémentaires - techniques - d'éventuelles violations, partant, d'en favoriser la sanction (cf. aussi arrêt 5A_881/2022 précité, consid. 6), un effet dissuasif ne pouvant pas non plus d'emblée être nié en l'espèce. La mesure requise est dès lors apte à atteindre le but visé.

Ceci étant posé, on ne saurait suivre l'autorité cantonale lorsqu'elle considère que l'obligation de porter un bracelet électronique devrait être "limitée aux cas graves dans lesquels existe un important risque d'infraction d'une certaine intensité". En effet, selon la jurisprudence, l'autorité saisie de la requête ne peut renoncer à ordonner la surveillance électronique que si elle est convaincue que la personne concernée respectera l'interdiction prononcée même en l'absence d'une telle mesure (règle de la subsidiarité) ou si les inconvénients que ledit bracelet présente pour l'auteur potentiel sont plus importants que ceux que représenterait pour la victime une violation de l'interdiction (proportionnalité au sens étroit); dans ce cadre, il faut notamment tenir compte de la probabilité que l'auteur potentiel ne respecte pas l'interdiction prononcée sur la base de l'art. 28b al. 1 CC, respectivement du danger que représenterait pour la victime potentielle une violation de cette interdiction (cf. supra consid. 4; arrêt 5A_716/2022 précité consid. 5.3). A la lumière de ce qui précède, il reste ainsi à déterminer si dans les circonstances du cas d'espèce, l'autorité cantonale pouvait refuser d'ordonner la pose d'un bracelet électronique.

Comme le relève la recourante, il ne saurait être question d'examiner ici la proportionnalité des mesures d'éloignement et d'interdiction de contact prononcées par jugement de mesures

protectrices de l'union conjugale, celles-ci devant indéniablement être respectées par l'intimé dès lors qu'elles sont exécutoires; la cour cantonale s'est d'ailleurs en réalité, à juste titre, limitée à examiner si ces mesures devaient être accompagnées d'une surveillance électronique, ce qu'elle a nié en considérant qu'elles étaient suffisantes. Il est en outre constant que pour déterminer si des mesures d'éloignement prononcées sur la base de l'art. 28b al. 1 CC ont été violées, le fait que les comportements de l'intéressé aient ou non eu lieu intentionnellement n'est pas pertinent. Il en va de même du point de savoir s'il s'est montré violent ou menaçant à ces occasions. Néanmoins, la prise en compte de ces circonstances, parmi d'autres, dans le cadre de l'appréciation du caractère raisonnable de la mesure de surveillance électronique fondée sur l'art. 28c CC, de même que du contexte dans lequel les rencontres alléguées par la recourante avaient eu lieu, n'est en soi pas dénuée de pertinence, notamment dans le cadre de l'évaluation du danger que représenterait, pour la recourante, une violation de l'interdiction, à savoir l'un des critères pertinents pour l'examen de la proportionnalité au sens étroit (cf. arrêt 5A_716/2022 précité consid. 5.1).

En l'occurrence, l'intimé doit respecter une interdiction de s'approcher à moins de 300 mètres des lieux décrits dans la décision de mesures protectrices de l'union conjugale du 19 mars 2019 (cf. supra let. A.a). En cas de rencontre avec la recourante ou ses enfants dans un lieu situé à plus de 300 mètres des lieux précités, il ne demeure formellement qu'une interdiction de prendre contact, de quelque manière que ce soit, avec eux, soit notamment de les interpeller. Les logements respectifs des parties sont distants de quelque 1,1 km. L'intimé a pu donner des explications logiques à sa présence sur les lieux allégués par la recourante (cf. supra let. B) - explications que celle-ci ne remet pas en cause de manière conforme aux exigences légales de motivation (cf. supra consid. 2.1 et 2.2) -, et il ne ressort pas des faits constatés par l'autorité précédente que ces lieux se situaient dans un périmètre visé par l'interdiction. On pourrait d'ailleurs se demander si la recourante est admise à se prévaloir de rencontres qui auraient eu lieu entre l'intimé et ses enfants dans le cadre d'une requête introduite en son seul nom. Quoi qu'il en soit, dans un tel contexte, il n'était pas arbitraire de considérer que la présence de l'intimé dans des lieux publics situés à proximité de son logement ne permettait pas de démontrer qu'il cherchait par tous les moyens à entrer en contact avec les enfants, mais prouvait qu'au contraire les rencontres alléguées étaient fortuites. Pour le surplus, la recourante ne fait pas valoir que l'autorité cantonale aurait arbitrairement omis d'autres circonstances qui attesteraient de la dangerosité de l'intimé, ni que d'autres éléments pertinents auraient dû être pris en considération dans l'appréciation du caractère raisonnable de la mesure qu'elle a requise. En tant qu'elle se prévaut de faits qui diffèrent de ceux retenus par l'autorité cantonale, sans soulever de grief motivé conformément aux exigences légales, ni exposer pour quels motifs il s'agirait de faits nouveaux recevables sous l'angle de l'art. 99 LTF, ceux-ci ne peuvent être pris en considération (cf. supra consid. 2.2). Quant aux déclarations que l'intimé aurait faites à l'audience du juge du divorce du 31 janvier 2023, elles ne sauraient être prises en considération par la Cour de céans dès lors qu'il s'agit de faits postérieurs à l'arrêt entrepris, partant, d'emblée irrecevables (ATF 143 V 19 consid. 1.2).

Vu ce qui précède, la Cour suprême pouvait sans abuser de son pouvoir d'appréciation considérer, en l'état et au vu des faits retenus, que le prononcé d'une mesure de surveillance électronique n'apparaissait pas raisonnable dans les circonstances particulières de l'espèce, étant relevé que le Tribunal fédéral s'impose une certaine retenue à cet égard (cf. supra consid. 4). Le point de savoir si la mesure requise eut été proportionnée sous l'angle du critère de la nécessité (cf. supra consid. 4) peut ainsi souffrir de demeurer indécis.

Il sied encore de préciser que si des circonstances nouvelles devaient se présenter, la recourante et ses enfants pourront introduire une nouvelle requête tendant au prononcé d'une mesure de

surveillance électronique à l'encontre de l'intimé. Il sera enfin fermement rappelé à l'intimé que même en cas de rencontre fortuite avec la recourante ou les enfants dans un lieu non visé par l'interdiction de périmètre, il lui est interdit de tenter de les contacter, de quelque manière que ce soit.

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 s'en prend au refus de la Cour suprême de lui accorder le bénéfice de l'assistance judiciaire.

7.1. L'autorité cantonale a considéré que la requête d'assistance judiciaire était partiellement sans objet puisque la procédure était gratuite (**art. 114 let. f CPC**). Pour le surplus, en tant qu'elle concernait la commission d'office d'un conseil juridique, elle a rejeté la requête, pour le motif que le recours était d'emblée dépourvu de chances de succès. En particulier, le fait que la recourante conteste "fermement" l'appréciation faite en première instance ne suffisait pas à retenir le contraire, pas davantage que le fait que l'**art. 28c CC** serait une disposition récente. Il était en effet d'emblée reconnaissable en l'espèce que la requête était disproportionnée, comme l'autorité de première instance l'avait retenu, et qu'un recours était voué à l'échec.

7.2. Les conditions de l'assistance judiciaire selon l'**art. 117 CPC** ne sont pas différentes de celles prévues, en tant que garantie minimale, par l'**art. 29 al. 3 Cst.** (**ATF 142 III 131** consid. 4.1, **138 III 217** consid. 2.2.3).

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, de sorte qu'une personne raisonnable et de condition aisée renoncerait à s'y engager en raison des frais qu'elle s'exposerait à devoir supporter; tel n'est pas le cas lorsque les chances de succès s'équilibrent à peu près, ou que les chances de succès ne sont que légèrement inférieures aux risques d'échec. La situation dans le cas concret doit être appréciée à la date du dépôt de la requête et sur la base d'un examen sommaire (**ATF 142 III 138** consid. 5.1; **138 III 217** consid. 2.2.4). Pour déterminer les 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. 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_881/2022 du 2 février 2023 consid. 7.1.2 et la référence).

7.3. En l'espèce, ainsi que le soutient la recourante, la cour cantonale ne pouvait rejeter sa requête d'assistance judiciaire pour le motif que le recours était d'emblée dénué de chances de succès sans abuser de son pouvoir d'appréciation. En effet, la réalisation des deux conditions préalables posées par l'**art. 28c CC**, à savoir l'existence d'une requête et d'une interdiction de périmètre fondée sur l'**art. 28b CC**, n'était pas contestée et l'intéressé avait déjà à plusieurs reprises été condamné pour insoumission à une décision de l'autorité. Au demeurant, au moment où la requête a été déposée (cf. supra consid. 7.2), les conditions d'application de l'**art. 28c CC** n'avaient jamais été analysées par le Tribunal fédéral.

Dès lors que l'autorité cantonale n'a pas examiné si la seconde condition (cumulative) de l'octroi de l'assistance judiciaire, à savoir l'indigence de la partie requérante (**art. 117 let. a CPC**), était réalisée, la cause doit lui être renvoyée à cet effet. Le cas échéant, il lui appartiendra de fixer l'indemnité du conseil

d'office de l'intéressée, 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.

En conclusion, le recours est partiellement admis, l'arrêt cantonal est annulé et la cause renvoyée à l'autorité précédente pour nouvelle décision concernant la question de l'assistance judiciaire pour la procédure cantonale. Le recours est rejeté pour le surplus.

La recourante obtient gain de cause s'agissant du refus d'assistance judiciaire pour la procédure de deuxième instance. Dans cette mesure, sa requête d'assistance judiciaire pour la procédure fédérale devient sans objet (**ATF 133 I 234** consid. 3). Les dépens incombent au canton de Berne (**art. 68 al. 1 et 2 LTF**), mais non les frais judiciaires (**art. 66 al. 4 LTF**).

Succombant sur le fond du litige, la recourante doit supporter les frais judiciaires à cet égard (**art. 66 al. 1 LTF**; arrêt 5A_881/2022 du 2 février 2023 consid. 8) et verser à l'intimé une indemnité de dépens pour son écriture (**art. 68 al. 1 et 2 LTF**). Les deux parties sollicitent le bénéfice de l'assistance judiciaire. Les conditions prévues à l'**art. 64 al. 1 et 2 LTF** sont remplies en l'espèce. Puisque l'intimé ne supporte pas de frais judiciaires, sa demande d'assistance judiciaire est sans objet sur ce point (**ATF 109 Ia 5** consid. 5; arrêt 5A_295/2016 du 23 février 2017 consid. 6.2). 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 la recourante a été condamnée à lui verser des dépens, il y a lieu de considérer que l'intimé ne sera pas en mesure de les recouvrer, compte tenu de la situation financière de celle-ci. L'avocat de l'intimé sera dès lors également directement indemnisé par la Caisse du Tribunal fédéral (arrêt 5A_549/2020 du 19 mai 2021 consid. 4; cf. ég. **ATF 122 I 322** consid. 3d). Les parties sont rendues attentives au fait qu'elles sont tenues de rembourser ultérieurement la Caisse du Tribunal fédéral si elles sont en mesure de le faire (**art. 64 al. 4 LTF**).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est partiellement admis, l'arrêt attaqué est annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision s'agissant de l'assistance judiciaire pour la procédure cantonale. Le recours est rejeté pour le surplus.

2.

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.

3.

Autant qu'elle n'est pas sans objet, la requête d'assistance judiciaire de l'intimé est admise et Me Sébastien Bossel lui est désigné comme conseil d'office.

4.

Des frais judiciaires, arrêtés à 1'500 fr., sont mis à la charge de la recourante. Ils sont provisoirement supportés par la Caisse du Tribunal fédéral.

5.

Le canton de Berne versera à la recourante une indemnité de 500 fr. à titre de dépens.

6.

Une indemnité de 1'500 fr., à verser à l'intimé à titre de dépens, est mise à la charge de la recourante. La Caisse du Tribunal fédéral indemnise provisoirement le conseil de l'intimé; une indemnité de 1'200 fr. lui est versée à titre d'honoraires d'avocat d'office.

7.

Une indemnité de 1'200 fr., supportée par la Caisse du Tribunal fédéral, est allouée au conseil de la recourante à titre d'honoraires d'avocat d'office.

8.

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

Lausanne, le 27 avril 2023

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

Le Président : Herrmann

La Greffière : Dolivo