

Droit aux relations personnelles. La protection de l'art. 13 al. 1 Cst. correspond matériellement à celle que confère l'art. 8 § 1 CEDH garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale. La limitation des relations personnelles entre un enfant et l'un de ses parents à un simple droit de visite, qui découle de l'attribution du droit de garde à l'autre parent, constitue une atteinte grave au droit au respect de la vie familiale du parent réduit à un simple droit de visite. L'art. 273 CC, qui régit cette problématique, respecte l'art. 8 CEDH. L'application correcte de l'art. 273 CC suppose que le bien de l'enfant gouverne les mesures prises (consid. 5.1).

Composition

MM. et Mme les Juges fédéraux von Werdt, Président,
Hohl et Herrmann.
Greffière: Mme Carlin.

Participants à la procédure

1. A.,
2. B.,
tous les deux représentés par
Me Alain Ribordy, avocat,
recourants,

contre

C.,
représentée par Me Gonzague Villosz, avocat,
intimée.

Objet

mesures provisionnelles (droit de garde),

recours contre l'arrêt de la Chambre des tutelles
du Tribunal cantonal du canton de Fribourg
du 4 décembre 2012.

Faits:

A.

B., né hors mariage le 23 juillet 2002, est le fils de A. et de C.. Les parents exercent conjointement l'autorité parentale sur leur fils et le droit de garde est attribué à la mère, selon la convention passée entre les parents et ratifiée par la Chambre des tutelles de la Gruyère par jugement du 24 mars 2006.

B.

Le 25 novembre 2011, le père a déposé une requête de conciliation et de mesures provisionnelles dans le cadre d'une action tendant à la modification de l'attribution de l'autorité parentale et du droit de garde de l'enfant B. en sa faveur. Le 9 décembre 2011, il a complété ses écritures pour alléguer que la mère lui avait confié la garde de l'enfant depuis le 29 novembre 2011.

B.a Le 13 décembre 2011, la mère a sollicité de la Justice de paix de la Gruyère qu'elle instaure une

curatelle éducative. Le 20 décembre 2011, le Service de l'enfance et de la Jeunesse (SEJ) a adressé un rapport à la Justice de paix de la Gruyère.

A la suite de l'échec de la conciliation tentée à l'audience de la Présidente de la Chambre des tutelles le 9 février 2012, les parties ont été entendues dans le cadre de la procédure de mesures provisionnelles et les grands-parents maternels ont été auditionnés en qualité de témoins. La Présidente de la Chambre des tutelles a également interrogé par courrier la psychologue qui suit l'enfant, laquelle a répondu par lettre du 28 février 2012.

Par courriers des 27 février et 18 avril 2012, le père a requis l'audition de l'enfant, indiquant que celui-ci avait émis le désir d'être entendu.

B.b Par demande du 30 avril 2012, le père a ouvert action en modification de l'attribution de l'autorité parentale et du droit de garde de l'enfant B., concluant à l'octroi de l'autorité parentale et de la garde. La mère a conclu au rejet de la demande et a également requis l'attribution exclusive de l'autorité parentale et de la garde sur l'enfant.

Par courrier du 7 août 2012, le père a requis la Présidente de la Chambre des tutelles qu'elle statue sur les mesures provisionnelles dans un délai au 15 septembre 2012, faute de quoi il déposerait un recours pour retard injustifié et/ou une plainte à l'autorité de surveillance.

B.c Par jugement sur mesures provisionnelles du 11 septembre 2012, la Présidente de la Chambre des tutelles a confié la garde de l'enfant au père (ch. 1), réservé le droit de visite de la mère (ch. 2), institué une curatelle au sens de l'art. 308 al. 1 et 2 CC (ch. 3), ordonné une enquête sociale confiée au SEJ (ch. 4) et réglé les modalités d'entretien de l'enfant (ch. 5 à 7).

La mère a formé appel contre ce jugement le 27 septembre 2012, concluant à ce que l'enfant soit placé dans un foyer, à ce que le droit de visite des parents soit suspendu jusqu'à ce que la curatelle ordonnée soit mise en place, et à l'annulation des ch. 5 à 7 concernant l'entretien de l'enfant. Le père a conclu au rejet de l'appel.

B.d Statuant par arrêt du 4 décembre 2012, la Chambre des tutelles du Tribunal cantonal du canton de Fribourg a partiellement admis le recours, annulé les ch. 1, 2, 5, 6 et 7 du dispositif du jugement du 11 septembre 2012 et renvoyé la cause à la juge de première instance pour complément d'instruction et nouvelle décision.

C.

Par acte du 18 décembre 2012, le père, agissant pour son compte et celui de son fils, interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Il conclut principalement à l'annulation de l'arrêt entrepris, subsidiairement au renvoi de la cause à l'autorité précédente. Au préalable, il sollicite l'octroi de l'effet suspensif à son recours.

Par courrier du 21 décembre 2012, les recourants ont déclaré compléter leur écriture par la survenance de faits nouveaux, à savoir les ordonnances de mesures superprovisionnelles des 20 et 21 décembre 2012 de la Présidente de la Chambre des tutelles rejetant la requête de la mère tendant au placement de l'enfant en foyer et attribuant la garde de l'enfant au père durant la procédure de mesures provisionnelles.

Invités à se déterminer sur la requête d'effet suspensif, la mère a conclu à son rejet et l'autorité précédente a exposé qu'elle n'avait pas d'observations à formuler.

D.

Par ordonnance du 9 janvier 2012, le Président de la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral a octroyé l'effet suspensif au recours.

Des réponses au fond n'ont pas été requises.

Considérant en droit:

1.

1.1 L'arrêt entrepris, qui statue sur mesures provisionnelles sur l'attribution du droit de garde d'un enfant né hors mariage, est une décision prise en application de normes de droit public dans une

matière connexe au droit civil, à savoir en matière de protection de l'enfant (art. 72 al. 2 let. b ch. 7 LTF; arrêts 5A_701/2011 du 12 mars 2012 consid. 1.1; 5A_763/2011 du 7 mars 2012 consid. 1; 5A_457/2009 du 9 décembre 2009 consid. 1.1). La décision entreprise, qui renvoie la cause à l'autorité inférieure, est incidente et ne peut dès lors être attaquée devant le Tribunal fédéral qu'aux conditions de l'art. 93 al. 1 LTF (ATF 134 II 124 consid. 1.3 p. 127). En l'occurrence, l'arrêt entrepris est susceptible de causer au recourant un dommage irréparable, puisque la garde est arrêtée pour la durée de la procédure; même si le père obtient finalement gain de cause au fond, aucune réparation ne sera possible pour la période écoulée (ATF 137 III 475 consid. 1 p. 477 et les références). Comme la question soumise au Tribunal fédéral est de nature non pécuniaire, le recours est ouvert indépendamment de la valeur litigieuse (arrêts 5A_773/2012 du 31 janvier 2013 consid. 1 in fine; 5A_366/2010 du 4 janvier 2011 consid. 1.1). Par ailleurs, le recours a été interjeté dans le délai (art. 46 al. 2 et 100 al. 1 LTF) et la forme (art. 42 LTF) prévus par la loi, contre une décision rendue sur recours par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale (art. 75 al. 1 et 2 LTF).

1.2

1.2.1 Selon l'art. 76 al. 1 LTF, a qualité pour former un recours en matière civile quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité précédente ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a) et est particulièrement touché par la décision attaquée et a un intérêt digne de protection à son annulation ou sa modification (let. b). L'intérêt digne de protection consiste en l'utilité pratique que l'admission du recours apporterait au recourant en lui évitant de subir un préjudice de nature économique, idéale, matérielle ou autre que la décision attaquée lui occasionnerait (ATF 138 III 537 consid. 1.2.2 p. 539 et les références). L'intérêt à recourir doit être actuel. Il ne doit pas avoir disparu en raison de faits nouveaux. L'intérêt à recourir doit en outre être personnel, en ce sens qu'il n'est, sauf exceptions, pas admis d'agir en justice pour faire valoir non pas son propre intérêt mais l'intérêt de tiers, voire l'intérêt général (KATHRIN KLETT, Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2ème éd., 2011, n°4 s. ad art. 76 LTF). Il incombe à la partie recourante d'alléguer les faits qu'elle considère comme propres à fonder sa qualité pour recourir au Tribunal fédéral selon l'art. 76 LTF, lorsqu'ils ne ressortent pas à l'évidence de la décision attaquée ou du dossier de la cause (ATF 138 III 537 consid. 1.2 p. 539; 133 II 353 consid. 1 p. 356).

1.2.2 En l'occurrence, le père exerce un recours en matière civile, "agissant en son nom et au nom de son fils B.". Il apparaît d'emblée que la condition prise de la participation à la procédure devant l'autorité précédente (let. a) fait manifestement défaut en ce qui concerne l'enfant mineur qui n'a pas présenté de conclusions propres devant les autorités inférieures, ni n'a allégué avoir été empêché de le faire. De surcroît, la mère, détentrice conjointe de l'autorité parentale avec le père n'a manifestement pas donné son accord à la participation de l'enfant à la procédure en qualité de recourant. Le recours est en conséquence irrecevable en tant qu'il est interjeté au nom et pour le compte de l'enfant B..

Pour sa part, le père, A. a pris part à la procédure en qualité d'intimé devant la Chambre des tutelles et a été débouté de sa conclusion de rejet de l'appel. Bien qu'il ne l'expose pas plus avant, le recourant a en outre un intérêt personnel et actuel à ce que la procédure de mesures provisionnelles soit rapidement jugée, autrement dit à éviter un renvoi en première instance pour nouvelle décision. Il s'ensuit que le recourant A. a qualité pour former un recours en matière civile au sens de l'art. 76 al. 1 LTF.

2.

Dès lors que la décision attaquée statue sur des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF (ATF 133 III 393 consid. 5 p. 396), le Tribunal fédéral dispose d'un pouvoir d'examen limité, seule la violation des droits constitutionnels pouvant être invoquée. Le Tribunal fédéral n'examine en outre les griefs de violation de droits constitutionnels que s'ils ont été invoqués et motivés conformément au principe d'allégation ("Rügeprinzip", art. 106 al. 2 LTF), à savoir expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée (ATF 133 IV 286 consid. 1.4 p. 287). Le recourant qui se plaint de la violation d'un droit fondamental ne peut donc se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel, où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition; il ne peut, en

particulier, se contenter d'opposer sa thèse à celle de l'autorité cantonale, mais doit démontrer ses allégations par une argumentation précise (ATF 134 II 349 consid. 3 p. 351 s.; 133 II 396 consid. 3.2 p. 400; arrêt 5A_99/2011 du 22 septembre 2011 consid. 2.1).

Les faits et moyens de preuve nouveaux sont prohibés, à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF; ATF 135 I 221 consid. 5.2.4 p. 229; 133 IV 342 consid. 2.1 p. 344). Les pièces postérieures à l'arrêt entrepris sont en outre d'emblée irrecevables (ATF 133 IV 342 consid. 2.1 p. 343 s.; arrêt 5A_640/2011 du 4 janvier 2012 consid. 1.4). Les ordonnances des 20 et 21 décembre 2012 étant postérieures à la décision entreprise, il s'agit de faits nouveaux d'emblée irrecevables.

3.

Le recours a pour objet l'attribution du droit de garde de l'enfant à titre provisionnel.

La cour d'appel a constaté que la réponse du 28 février 2012 de la psychologue de l'enfant n'avait pas été transmise aux parties par la Présidente de la Chambre des tutelles, le mandataire de la mère ayant découvert ce document en consultant le dossier de la cause le 26 septembre 2012 et celui du père le 12 octobre 2012. La Chambre des tutelles a relevé que la juge de première instance n'avait pas non plus fait mention, ni a fortiori discuté, la réponse de la psychologue dans l'analyse des éléments du dossier ayant fondé sa décision de modification de l'attribution du droit de garde de l'enfant. L'autorité précédente a constaté que la psychologue affirmait en substance que l'enfant était en danger dans son développement en raison du conflit de loyauté généré par le litige entre ses parents et qu'à défaut de la mise en place rapide d'une curatelle éducative, un placement provisoire dans un foyer était indiqué. La Chambre des tutelles a jugé que ce document contenait des propos qui ne pouvaient être soustraits à la détermination des parties avant toute décision, même provisoire, partant que la réponse de la psychologue constitue un élément essentiel qu'il fallait prendre en considération, quand bien même l'avis de la psychologue ne serait pas suivi pour d'autres motifs figurant au dossier. L'autorité précédente a en outre relevé que le jugement du 11 septembre 2012 avait été rendu sept mois après l'audience, ce qui constituait un délai exagérément long sans que les parties n'aient été invitées à se déterminer sur l'évolution de la situation. Les juges cantonaux ont au surplus indiqué que, vu le temps écoulé, la question de l'audition de l'enfant devait à nouveau être examinée, cette audition étant possible eu égard à l'âge de l'enfant, à savoir dix ans. Vu l'omission de tenir compte d'un élément essentiel du dossier, la nécessité de compléter l'état de fait sur des points essentiels au sens de l'art. 318 al. 1 let. c CPC et la garantie du double degré de juridiction garanti par l'art. 75 LTF, la Chambre des tutelles a en définitive annulé la décision attaquée en tant qu'elle confie la garde de l'enfant au père (ch. 1 de la décision de première instance) et réservé un droit de visite à la mère (ch. 2), et renvoyé la cause à la juge de première instance pour complément d'instruction et nouvelle décision (art. 318 al. 1 let. c ch. 2 CPC). Ajoutant que les modalités de l'entretien découlent de la suite qui sera donnée à l'attribution provisoire de la garde de l'enfant, la Chambre des tutelles a également annulé les chiffres 5 à 7 du dispositif de la décision du 11 septembre 2012 et invité la première juge à statuer à nouveau sur ce point à titre provisionnel. En définitive, la Chambre des tutelles a partiellement admis l'appel de la mère, précisant que le principe de l'attribution de la garde au père ne pouvait d'emblée être exclue, mais ne s'estimant cependant pas en mesure de statuer elle-même.

4.

Sous couvert des art. 29 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH d'une part, et au regard de l'art. 9 Cst., d'autre part, le recourant critique le retard avec lequel la décision de mesures provisionnelles interviendra et fait grief à la cour cantonale d'avoir renvoyé la cause à l'autorité de première instance pour instruction complémentaire et nouvelle décision, alors qu'elle était en mesure d'administrer les preuves nécessaires et de juger directement la cause. La Chambre des tutelles ayant reproché au premier juge d'avoir tardé à statuer, le recourant considère que le renvoi de la cause, partant le refus de l'autorité d'appel de juger directement, viole le principe de célérité garanti par les art. 29 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH, et résulte d'une application arbitraire (art. 9 Cst.) des normes de procédure,

singulièrement des art. 316 al. 3 et 318 al. 1 CPC.

4.1 Le principe de la célérité, compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable au sens des art. 29 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH, prohibe le retard injustifié à statuer. L'autorité viole cette garantie lorsqu'elle ne rend pas la décision qu'il lui incombe de prendre dans le délai prescrit par la loi ou dans un délai que la nature de l'affaire, ainsi que toutes les autres circonstances, font apparaître comme raisonnable (arrêt 5A_187/2011 du 13 mai 2011 consid. 4).

En l'espèce, en tant que le recourant critique le retard avec lequel la Présidente de la Chambre des tutelles a rendu une décision de mesures provisionnelles, il ne s'en prend pas à la motivation de l'arrêt attaqué. Dans cette mesure, ses griefs de violation des art. 9, 29 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH sont irrecevables, dès lors que, en vertu de l'art. 75 al. 1 LTF, le recours en matière civile n'est ouvert qu'à l'encontre des décisions rendues par une autorité cantonale de dernière instance ("épuisement des instances", ATF 135 III 1 consid. 1.2 p. 3 s. et 424 consid. 3.2 p. 429). Pour le surplus, il apparaît que l'autorité d'appel a statué dans un délai de quelques semaines, en sorte que l'on ne voit pas en quoi les juges précédents auraient violé le principe de célérité, ce principe ne garantissant pas un droit à ce que l'autorité statue elle-même sur le fond du litige, mais uniquement à ce qu'une décision soit rendue dans un délai raisonnable. Le reproche du recourant relatif à la légitimité du renvoi en première instance et la question de la possibilité de refuser de trancher directement, doit être examinée sous l'angle de l'application arbitraire (art. 9 Cst.) des règles de procédure. Il s'ensuit que les griefs de violation des art. 29 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH sont mal fondés, autant qu'ils sont recevables.

4.2

4.2.1 Selon l'art. 318 al. 1 CPC, l'instance d'appel peut confirmer la décision attaquée, statuer à nouveau ou renvoyer la cause à la première instance. L'autorité d'appel peut par ailleurs administrer des preuves en vertu de l'art. 316 al. 3 CPC et ainsi remédier aux carences de l'état de fait du premier juge (arrêt 5A_850/2011 du 29 février 2012 consid. 3.3). Cependant, l'autorité d'appel peut également renvoyer la cause au juge de première instance, comme l'art. 318 al. 1 let. c ch. 2 CPC l'y autorise, lorsque l'instruction à laquelle le premier juge a procédé est incomplète sur des points essentiels (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 in fine p. 377).

L'arbitraire prohibé par l'art. 9 Cst. ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution serait concevable, voire préférable; le Tribunal fédéral ne s'écarte de la décision attaquée que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, viole gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice ou de l'équité. Il ne suffit pas que la motivation de cette décision soit insoutenable; encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire dans son résultat (ATF 133 I 149 consid. 3.1 p. 153 et les références).

4.2.2 En l'occurrence, il n'est pas insoutenable de considérer que les déterminations de la psychologue relatives au bien et au développement de l'enfant, l'audition de l'enfant âgé de dix ans et celle de chacun des parents sur l'évolution de la situation au cours des sept derniers mois (cf. consid. 3 ci-dessus) sont des éléments essentiels de l'instruction dont il faut tenir compte dans la prise d'une décision sur l'attribution du droit de garde de l'enfant. Partant, l'autorité cantonale n'a pas appliqué de manière arbitraire les art. 316 al. 3 et 318 al. 1 CPC en refusant d'administrer elle-même les preuves nécessaires au complètement de l'état de fait et en renvoyant la cause à la Présidente de la Chambre des tutelles. La critique soulevée par le recourant relative à l'arbitraire (art. 9 Cst.) doit en conséquence être rejetée.

5.

Le recourant affirme ensuite que les juges précédents ont violé son droit au respect de la vie familiale et invoque les art. 13 et 14 Cst. et art. 8 § 1 CEDH. Il expose que la restriction des contacts père-fils qu'implique la décision attaquée est intolérable et cause des "souffrances particulières" à l'enfant.

5.1 L'art. 8 § 1 CEDH garantit notamment le droit au respect de la vie familiale. Il en résulte que

L'État ne peut s'immiscer dans l'exercice de ce droit qu'aux conditions strictes du § 2. La protection accordée dans ce domaine par l'art. 13 al. 1 Cst. correspond matériellement à celle de l'art. 8 CEDH (ATF 129 II 215 consid. 4.2 p. 218 s.; 126 II 377 consid. 7 p. 394). L'attribution des enfants à l'un des parents, et la limitation correspondante des relations personnelles de l'autre parent avec eux à un droit de visite, constitue une atteinte grave au droit au respect de la vie familiale de cet autre parent. En droit suisse, cette ingérence des autorités publiques dans la vie familiale est prévue, s'agissant de parents non-mariés, par l'art. 273 CC; dans ce domaine, la réglementation du Code civil suisse est conforme à l'art. 8 CEDH (ATF 136 I 178 consid. 5.2 p. 180). L'ingérence étatique doit en outre être licite, à savoir que cette réglementation a été correctement appliquée au regard du critère essentiel du bien de l'enfant (ATF 120 Ia 369 consid. 4b p. 375; 107 II 301 consid. 6 p. 304 et les références citées).

5.2 Le recourant se limite en l'occurrence à affirmer, sans développer plus avant sa critique, que l'annulation du jugement du 11 septembre 2012 en ce qui concerne le droit de garde et le droit aux relations personnelles viole la garantie fondamentale du respect à la vie familiale en imposant une restriction des relations entre son fils et lui-même. Outre la mention de l'art. 14 Cst., le recourant ne précise par ailleurs pas son grief concernant le droit au mariage et à la famille. Il expose toutefois divers éléments de fait, notamment que l'enfant se porte mieux lorsqu'il est sous sa garde et qu'il dispose du temps nécessaire pour s'occuper de son fils, au contraire de la mère, ce que la grand-mère maternelle de l'enfant aurait confirmé. Le recourant substitue ainsi sa propre appréciation et ses constatations à celles de l'autorité précédente sans exposer en quoi le raisonnement de la cour cantonale contrevient aux garanties fondamentales de respect de la vie privée et familiale dont il se prévaut. En particulier, il n'explique pas en quoi l'arrêt entrepris, qui annule la décision de première instance et implique que la convention passée entre les parents et ratifiée en 2006 est à nouveau applicable, constituerait une ingérence étatique illicite. La critique du recourant ne satisfaisant pas à l'exigence d'allégation, elle est irrecevable (art. 106 al. 2 LTF; cf. supra consid.2).

6.

Vu ce qui précède, le recours est rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Le recourant A., qui succombe en son propre nom et au nom de l'enfant, supportera les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF). Il n'y a pas lieu d'octroyer une indemnité de dépens à l'intimée qui a succombé dans ses conclusions sur la requête d'effet suspensif et n'a pas été invitée à se déterminer sur le fond (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge du recourant A. _____.

3.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Chambre des tutelles du Tribunal cantonal du canton de Fribourg.

Lausanne, le 8 mars 2013

Au nom de la I^{le} Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: von Werdt

La Greffière: Carlin