

# **GE\_GERICHTE ACJC/1038/2017 vom 7. April 2017**

GE Cour de justice, 2017-04-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACJC\\_1038\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_1038_2017)

FR: GE\_GERICHTE ACJC/1038/2017 du 7 avril 2017

IT: GE\_GERICHTE ACJC/1038/2017 del 7 aprile 2017

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Les décisions sur mesures provisionnelles dans le cadre d'une action en divorce sont susceptibles d'appel si la contestation porte sur des questions non patrimoniales ou si, lorsque l'affaire est de nature pécuniaire, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant le Tribunal de première instance atteint 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC). En l'espèce, les parties ont pris des conclusions divergentes tant sur la question de l'attribution de la garde de l'enfant qu'en ce qui concerne les contributions d'entretien. Dès lors, par attraction, l'ensemble du litige est de nature non pécuniaire (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_765/2012 du 19 février 2013

- 7/13 -

C/7124/2016 consid. 1.1; 5A\_697/2009 du 4 mars 2010 consid. 1.1), de sorte que la voie de l'appel est ouverte. L'appel a été interjeté dans le délai et selon les formes prévues par la loi (art. 248 let. d, 311 et et 314 al. 1 CPC), de sorte qu'il est recevable.

### **E. 1.2**

Les mesures provisionnelles sont soumises à la procédure sommaire au sens propre (art. 248 let. d, 271 et 276 al. 1 CPC). La cognition du juge est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit. Les moyens de preuve sont limités à ceux qui sont immédiatement disponibles (HOHL, Procédure civile, Tome II, 2ème éd., 2010, n. 1556 et 1900 et ss., p. 283 et 349).

### **E. 1.3**

La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). Dans la mesure des conclusions prises en appel (art. 315 al. 1 CPC), elle établit les faits d'office (art. 272 CPC). La maxime inquisitoire et la maxime d'office régissent les questions relatives aux enfants (art. 277 al. 3 et 296 al. 1 et 3 CPC). La maxime inquisitoire ne dispense pas les parties de collaborer activement à la procédure et d'étayer leurs thèses (ATF 131 III 91 consid. 5.2.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_69/2011 du 27 février 2012 consid. 2.3).

## **E. 2**

L'appelant a produit une pièce nouvelle en appel, soit un extrait de "Google maps" de \_\_\_\_\_ à C\_\_\_\_\_, daté du 20 avril 2017, mais précisant que l'image datait de novembre 2014 (pièce 2). L'intimée a également produit des pièces nouvelles, soit un extrait de "Google maps" (pièce 44), un formulaire d'inscription de D\_\_\_\_\_ à l'école primaire de C\_\_\_\_\_ (pièce 45) et un courriel adressé par l'école de C\_\_\_\_\_ à F\_\_\_\_\_ le 19 mai 2017 (pièce 46).

### **E. 2.1**

Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves nouveaux ne sont pris en considération en appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient pas être invoqués ou produits devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b). Selon la jurisprudence de la Cour, dans les causes de droit matrimonial concernant les enfants mineurs, tous les nova sont admis en appel (ACJC/407/2015 du 10 avril 2015 consid. 2; dans le même sens : TREZZINI, in Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), 2011, p. 1394; TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III p. 115 ss et p. 139).

## **E. 2.2**

Les pièces nouvelles produites par les parties sont recevables, dans la mesure où elles concernent l'enfant mineur des parties ou sont postérieures au 27 mars 2017, date à laquelle le Tribunal a gardé la cause à juger.

- 8/13 -

C/7124/2016

## **E. 3**

Le Tribunal a retenu que l'appelant exerçait sur D\_\_\_\_\_ un droit de visite d'un week-end sur deux du vendredi à la sortie de la crèche au lundi matin ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires. Le déménagement prévu par l'intimée à \_\_\_\_\_ avait des conséquences importantes sur le droit de visite de sorte qu'il était soumis à autorisation du Tribunal. Le déménagement devait être autorisé dans la mesure où la mère avait exercé la prise en charge au quotidien de l'enfant depuis la séparation des époux en mars 2014 et que l'enfant se développait bien tant sur le plan de la santé que sur le plan scolaire. Aucun élément du dossier ne permettait de remettre en cause les capacités éducatives de la mère. D\_\_\_\_\_, âgé de 5 ans et demi, avait les capacités d'apprendre l'allemand et de s'adapter sur le plan scolaire. Un déménagement au 1er juillet 2017 permettait à l'enfant de terminer son année à Genève. Il rejoindrait alors avec sa sœur et sa mère le compagnon de celle-ci qu'il connaissait déjà. Enfin, en dépit de l'éloignement géographique, il était possible de mettre en place un droit de visite permettant le maintien de relations régulières entre le père et l'enfant.

L'appelant conteste l'autorisation de déménager accordée par le Tribunal et le maintien de la garde de l'enfant à la mère. Il fait grief au Tribunal d'avoir "ignoré l'avis de D\_\_\_\_\_" et de n'avoir pas tenu compte des recommandations du SPMi. Le projet de déménagement de l'intimée n'était pas sérieux, voire irresponsable, et aboutissait à éloigner l'enfant du parent représentant plus lui le plus de stabilité. Le domicile à C\_\_\_\_\_ indiqué par l'appelante n'était pas un lieu d'habitation mais "une chapelle", l'enfant n'avait pas été annoncé à l'école sans motif sérieux, le "compagnon de week-end" n'était pas impliqué et n'avait fourni aucune aide, la mère, qui n'avait pas de formation et ne parlait pas l'allemand s'exposait au dénuement en Argovie et le déménagement aurait pour conséquence "de mettre hors-jeu pour défaut de compétence territoriale tant la curatelle genevoise de surveillance que le SPMi".

3.1.1 Dans le cadre d'une procédure de divorce, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires, étant précisé que les dispositions régissant la protection de l'union conjugale sont applicables par analogie (art. 276 al. 1 CPC).

Lorsque les époux ont un enfant mineur, le juge ordonne les mesures nécessaires fondées sur les effets de la filiation (art. 176 al. 3 CC). Il doit ainsi statuer sur l'attribution du droit de garde sur l'enfant, ainsi que sur le principe et les modalités des relations personnelles de l'époux non gardien avec son enfant (art. 273 CC). L'autorité parentale sert le bien de l'enfant (art. 296 al. 1 CC). L'enfant est soumis, pendant sa minorité, à l'autorité parentale conjointe de ses père et mère (al. 2). Selon l'art. 301a al. 2 CC, un parent exerçant conjointement l'autorité parentale ne peut modifier le lieu de résidence de l'enfant qu'avec l'accord de l'autre parent ou

- 9/13 -

C/7124/2016 sur décision du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant lorsque le nouveau lieu de résidence se trouve à l'étranger (let. a) ou quand le déménagement a des conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent et pour les relations personnelles (let. b). Quand le consentement d'un parent est sollicité et qu'il le refuse, son opposition sera privée de tout effet si l'autorité accepte le déplacement, conformément à l'alinéa 2 de l'art. 301a CC. La décision d'autoriser un changement de lieu de résidence de l'enfant est prise par le tribunal dans le cadre de la procédure matrimoniale lorsque, dans le même temps - ce qui est généralement le cas -, il est nécessaire de régler ou de modifier l'autorité parentale, la garde, les relations personnelles, la prise en charge ou l'entretien de l'enfant. Le juge du divorce - et l'autorité de protection de l'enfant - peuvent ainsi décider du lieu où vivra l'enfant même dans l'hypothèse d'un déménagement à venir (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_985/2014 du 25 juin 2015, consid. 3.2.1). Les critères dégagés par la jurisprudence concernant notamment l'attribution de la garde demeurent applicables, mutatis mutandis, au nouveau droit. La règle fondamentale pour attribuer la garde est le bien de l'enfant, les intérêts des parents devant être relégués au second plan. Au nombre des critères essentiels entrent en ligne de compte les capacités éducatives respectives des parents, les relations personnelles entre parents et enfants, l'aptitude de chaque parent à prendre soin personnellement de l'enfant, à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. Lorsque le père et la mère offrent des conditions équivalentes, la préférence doit être donnée, dans l'attribution d'un enfant en âge de scolarité ou qui est sur le point de l'être, à celui des parents qui s'avère le plus disponible pour l'avoir durablement sous sa propre garde, s'occuper de lui et l'élever personnellement. Si le juge ne peut se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde pendant la procédure, ce critère jouit d'un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soins des parents sont similaires (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_379/2016 du 1er décembre 2016, consid. 3.1). Dans le cadre de l'application de l'art. 301 a CC, si le parent désireux de déménager était jusqu'alors celui avec qui était établie la relation exclusive ou principale, ce qui est le cas notamment dans le modèle classique des relations personnelles, on considérera qu'il est généralement conforme au bien de l'enfant de rester avec ce parent et de déménager avec lui, sauf circonstances particulières (ATF 142 III 481 consid. 2.7, JdT 2016 II 427).

- 10/13 -

C/7124/2016 Si les enfants sont encore petits et par conséquent plus sensibles aux personnes et à l'environnement, le respect du principe de continuité dans les soins et l'éducation n'incite pas à procéder à la légère à une attribution au parent qui reste sur place.

Si au contraire les enfants sont plus grands, on accorde plus d'importance à l'environnement domiciliaire et scolaire ainsi qu'au cercle d'amis constitué (ATF 142 III 481 consid. 2.7, JdT 2016 II 427). Il faut examiner tous les aspects de la situation concrète, par exemple le fait que l'enfant soit scolarisé dans une langue étrangère ou que le parent rejoigne un nouveau partenaire dans un milieu économique et social sûr. Si l'enfant est plus grand, on retiendra aussi comme déterminants les souhaits et les avis qu'il exprimera lors de son audition, pour autant que cela soit conciliable avec la réalité (possibilités concrètes des prise en charge et d'accueil de la part du parent concerné) (ATF 142 III 481 consid. 2.7, JdT 2016 II 427).

3.1.2 Selon l'art. 298 al. 1 CPC, les enfants sont entendus personnellement et de manière appropriée par le tribunal ou un tiers nommé à cet effet, pour autant que leur âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas. L'audition ne présuppose pas que l'enfant ait la capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC. Selon la ligne directrice suivie par le Tribunal fédéral, l'audition d'un enfant est possible dès qu'il a six ans révolus. Cet âge minimum est indépendant du fait que, en psychologie infantine, on considère que les activités mentales de logique formelle ne sont possibles qu'à partir d'un âge variant entre onze et treize ans environ et que la capacité de différenciation et d'abstraction orale ne se développe plus ou moins qu'à partir de cet âge-là (ATF 131 III 553 consid. 1.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_119/2010 du 12 mars 2010 consid. 2.1). Avant l'âge de la capacité de discernement, l'audition de l'enfant vise avant tout à permettre au juge de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaires pour établir l'état de fait et prendre sa décision; dans un tel contexte, son audition doit avoir été requise par la partie qui entend s'en prévaloir, dès lors qu'elle ne sert qu'à l'établissement des faits et, partant, qu'elle nécessite d'avoir fait l'objet d'une réquisition de preuve (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_53/2017 du 23 mars 2017 consid. 4.1; 5A\_754/2013 du 4 février 2014 consid. 3).

### **E. 3.2**

En l'espèce, l'appelant relève en p. 6 de son appel qu'il résulte de "l'audition de D\_\_\_\_\_, qui est âgé de 6 ans et \_\_\_\_\_ mois, que l'enfant souhaite que sa garde soit confiée à son père". Contrairement à ce qu'affirme l'appelant, D\_\_\_\_\_, né le \_\_\_\_\_ 2011, était âgé de moins de six ans au moment du prononcé du jugement querellé et n'a été entendu ni par le SPMi, ni par le Tribunal.

- 11/13 -

C/7124/2016 L'appelant n'a requis l'audition de l'enfant ni devant la Cour, ni devant le Tribunal. Même s'il l'avait fait, une telle audition n'aurait pas été justifiée au regard de la jurisprudence, compte tenu du jeune âge de D\_\_\_\_\_. Le Tribunal n'a ainsi pas "ignoré" l'avis de D\_\_\_\_\_, contrairement à ce qu'allègue l'appelant. L'appelant reproche en outre au Tribunal de s'être écarté des recommandations du SPMi. A cet égard, il convient de souligner que la situation a évolué depuis la rédaction du rapport de ce service. Les incertitudes du projet de l'intimée, relevées par le SPMi, ont entre-temps été levées : l'enfant n'a pas interrompu son année scolaire, il est maintenant inscrit à C\_\_\_\_\_, une prise de contact entre D\_\_\_\_\_, sa maîtresse et ses futurs camarades a eu lieu et des cours d'allemand sont prévus pour l'enfant dès août 2017. L'apprentissage de cette langue ne devrait pas poser de problèmes importants à l'enfant, dans la mesure où il est notoire que les jeunes enfants apprennent rapidement la langue de leur environnement scolaire et social. Sur ce point, D\_\_\_\_\_ pourra en outre compter sur l'aide du compagnon de sa mère, qui maîtrise l'allemand. Compte tenu de ces éléments, il n'est pas rendu vraisemblable que le déménagement de D\_\_\_\_\_ provoquera du retard scolaire chez celui-ci. La réalité des

craintes de l'appelant concernant le logement de l'intimée et de D\_\_\_\_\_ à C\_\_\_\_\_ n'est pas non plus rendue vraisemblable. Aucun document versé à la procédure ne permet de retenir que l'adresse fournie par l'intimée et figurant sur les documents d'inscription de D\_\_\_\_\_ à l'école de \_\_\_\_\_ ne correspond pas à un logement, étant précisé que la photo produite par l'appelant a été prise en 2014 et que, selon l'intimée, elle n'atteste pas de l'état des constructions actuelles à cet endroit. Le logement en question comporte en outre, d'après les indications fournies par l'intimée, un nombre suffisant de chambres pour accueillir confortablement D\_\_\_\_\_ et sa sœur. Le compagnon de l'intimée a de plus un emploi auprès de \_\_\_\_\_ (ce qui est confirmé par la pièce 46 intimée) et rien ne permet de penser que les conditions de vie de D\_\_\_\_\_ seraient plus précaires à C\_\_\_\_\_ qu'à Genève, étant rappelé que l'intimée, qui n'a aucun revenu, est actuellement logée par l'Hospice général dans une résidence hôtelière qui ne comporte qu'une chambre à coucher. C'est le lieu de relever que l'appartement de l'appelant à Genève ne comporte lui aussi qu'une seule chambre à coucher, de sorte que, lorsqu'il est avec son père, D\_\_\_\_\_ partage sa chambre avec celui-ci.

- 12/13 -

C/7124/2016 Les relations entre l'appelant et l'enfant pourront quant à elles être maintenues de manière suivie, dans la mesure où le droit de visite d'un week-end sur deux et de la moitié des vacances scolaires en vigueur depuis la séparation des parties peut être conservé, moyennant des adaptations au niveau des horaires. En effet, le temps de trajet entre C\_\_\_\_\_ et Genève, qui est de 2h30 au maximum, permet la poursuite de contacts réguliers entre le père et l'enfant pendant les week-ends. A cela s'ajoute le fait que D\_\_\_\_\_, qui a moins de six ans, ne s'est pas encore créé à Genève un cercle amical et social dont l'importance serait prépondérante par rapport aux liens qu'il a avec sa mère. Il convient également d'éviter de le séparer de sa petite sœur. La perte de compétence des autorités genevoises de protection de l'enfance qu'implique le déplacement du domicile de l'enfant n'est pas déterminante puisque les autorités de protection argovienne pourront, au besoin, intervenir pour prendre des mesures dans l'hypothèse où cela s'avérerait nécessaire. Au vu des éléments qui précède, il n'y a pas de raison de déroger in casu au principe selon lequel le déménagement de l'enfant avec le parent qui s'occupait jusque-là de lui de manière prépondérante doit, si aucune raison particulière ne s'y oppose, être autorisé. Par ailleurs l'appelant ne formule aucune critique contre le droit de visite instauré par le Tribunal ni contre les autres points du dispositif du jugement querellé. Ce dernier sera par conséquent entièrement confirmé.

#### **E. 4**

L'appelant, qui succombe, doit être condamné aux frais de l'appel (art. 106 al. 1 CPC).

Les frais judiciaires seront arrêtés à 800 fr. (art. 31 et 35 RTFMC). Dans la mesure où l'appelant bénéficie de l'assistance judiciaire, ils seront provisoirement supportés par l'Etat de Genève qui pourra en réclamer le remboursement ultérieurement (art. 122 et 123 CPC).

Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens compte tenu de la nature familiale du litige (art. 107 let. c CPC). \* \* \* \* \*

- 13/13 -

C/7124/2016 PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté par A\_\_\_\_\_ contre l'ordonnance OTPI/170/2017 rendue le 7 avril 2017 par

le Tribunal de première instance dans la cause C/7124/2016-

**E. 5**

Au fond : Confirme l'ordonnance querellée. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Arrêt à 800 fr. les frais judiciaires d'appel, les met à la charge de A\_\_\_\_\_ et dit qu'ils sont provisoirement supportés par l'Etat de Genève. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens d'appel. Siégeant : Monsieur Laurent RIEBEN, président; Monsieur Patrick CHENAUX, Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Anne-Lise JAQUIER, greffière.

Le président : Laurent RIEBEN

La greffière : Anne-Lise JAQUIER

Indication des voies de recours : Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile. Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF indéterminée.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.