

GE_GERICHTE C/1995/2016 vom 21. Dezember 2016

GE Cour de justice, 2016-12-21, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_C_1995_2016

FR: GE_GERICHTE C/1995/2016 du 21 décembre 2016

IT: GE_GERICHTE C/1995/2016 del 21 dicembre 2016

Regeste

ACTION EN MODIFICATION ; ACTION EN DIVORCE ; DROIT DE GARDE ; VISITE ; MESURE PROVISIONNELLE ; AUDITION DE L'ENFANT | CPC.298.1; CC.296.2; CC.298.b.2; CC.273; CC.30.b.a;

Volltext

Genf Cour de Justice (Cour civile) Chambre civile 21.12.2016 C/1995/2016 Genève Cour de Justice (Cour civile) Chambre civile 21.12.2016 C/1995/2016 Ginevra Cour de Justice (Cour civile) Chambre civile 21.12.2016 C/1995/2016

ACTION EN MODIFICATION ; ACTION EN DIVORCE ; DROIT DE GARDE ; VISITE ; MESURE PROVISIONNELLE ; AUDITION DE L'ENFANT | CPC.298.1; CC.296.2; CC.298.b.2; CC.273; CC.30.b.a;

C/1995/2016 ACJC/1713/2016 du 21.12.2016 sur OTPI/417/2016 (SDF) , MODIFIE
Descripteurs : ACTION EN MODIFICATION ; ACTION EN DIVORCE ; DROIT DE GARDE ; VISITE ; MESURE PROVISIONNELLE ; AUDITION DE L'ENFANT Normes : CPC.298.1; CC.296.2; CC.298.b.2; CC.273; CC.30.b.a; En fait En droit Par ces motifs
RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE POUVOIR JUDICIAIRE C/1995/2016
ACJC/1713/2016 ARRÊT DE LA COUR DE JUSTICE Chambre civile du MERCREDI 21 DECEMBRE 2016 Entre Madame A_____, domiciliée _____ (BL), appelante d'une ordonnance rendue par la 17ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 25 juillet 2016, comparant par Me Catherine de Preux, avocate, rue Pierre-Fatio 15, case postale 3782, 1211 Genève 3, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile, et Monsieur B_____, domicilié _____ (GE), intimé, comparant par Me Claudio Fedele, avocat, avenue Krieg 7, case postale 6087, 1211 Genève 6, en l'étude duquel il fait élection de domicile. EN FAIT A. a. B_____, né le _____ 1971 à Genève, originaire de _____ (GE), et A_____, née _____ le _____ 1979 à _____ (SG), originaire de _____ (SG) et de _____ (GE), ont contracté mariage le _____ 2007 à _____ (GE). Un enfant est issu de leur union : C_____, né le _____ 2007 à Genève. b. Les époux se sont séparés en décembre 2010. B_____ est demeuré au domicile conjugal sis _____ (GE), tandis que A_____ s'est installée dans un logement sis _____ (GE). c. En mai 2011, les époux ont saisi le Tribunal de première instance d'une requête commune en divorce avec accord complet. d. Par jugement JTPI/15286/2011 du 13 octobre 2011, le Tribunal a prononcé leur divorce et entériné leur convention sur les effets accessoires. S'agissant des droits parentaux, l'autorité parentale conjointe a été maintenue, une garde alternée d'une semaine sur deux chez chacun des parents et de la moitié des vacances scolaires a été instaurée et le domicile légal de l'enfant a été fixé chez la mère. e. Ce système de garde a été pleinement effectif dès le début de la scolarité de l'enfant, en septembre 2012. Avant cette date, l'enfant passait dix jours consécutifs avec sa mère et quatre avec son père. f. La situation

personnelle et familiale des parties depuis leur divorce est la suivante : B_____ vit depuis 2013 avec D_____ avec laquelle il a eu un enfant, E_____, né le _____ 2015. Occupé à plein temps en qualité d'expert technique auprès de_____, il travaille en semaine de 7h30 à 16h30. Sa compagne exerce un emploi à 90%, réparti sur quatre jours de la semaine.

A_____ fréquente depuis 2014 F_____, ancien joueur de football suisse et ancien co-entraîneur de _____. Installé à Bâle depuis courant 2015, il y a débuté une activité d'entraîneur auprès de _____. Depuis fin juin 2016, il entraîne le club _____, son contrat prenant fin au 1er juillet 2019. Il est également consultant sportif pour une chaîne câblée. Père de deux enfants de quatorze et onze ans nés de précédentes unions et résidant en Suisse alémanique, F_____ ne voit que rarement l'aînée et exerçait un droit de visite usuel sur le cadet jusqu'en mai 2016, date à compter de laquelle il en partage la garde avec la mère. g. En 2015, A_____ a fait part à B_____ de son intention de quitter Genève pour s'établir à Bâle. Elle lui a également indiqué souhaiter emmener C_____, l'enfant étant désireux, selon elle, de vivre auprès d'elle. A_____ allègue avoir souhaité depuis longtemps s'établir durablement en Suisse alémanique, afin de se rapprocher de sa famille qui réside à Zurich, Saint-Gall et dans le canton de Soleure. En outre, Bâle ne se situe qu'à deux heures de Genève et sa mère aurait pour projet de s'y établir en 2017. h. Début 2016, A_____ a entrepris plusieurs démarches en vue de son futur déménagement : elle a résilié le bail de son appartement genevois, entamé des recherches d'emploi dans le canton de Bâle et inscrit l'enfant auprès d'une école primaire à Bâle, le début des cours étant prévu pour le 2 mai 2016. i. B_____ s'est opposé au déménagement de son fils à Bâle et n'a pas donné suite aux propositions d'accord de son ex-épouse. B. a. Par acte du 2 février 2016, B_____ a saisi le Tribunal d'une demande en modification du jugement de divorce, concluant notamment à ce que la garde de l'enfant lui soit confiée et à ce qu'un droit de visite soit réservé à la mère. b. En mars 2016, A_____ a informé le Tribunal de ce qu'elle avait trouvé un emploi à Bâle à compter du 1er mai 2016. Elle requérait en outre l'audition rapide de son fils, compte tenu du souhait de ce dernier de partir vivre avec elle. c. Par ordonnance du 13 avril 2016, le Tribunal, statuant sur mesures superprovisionnelles requises la veille par B_____, a fait interdiction à A_____, sous la menace des peines prévues par l'art. 292 CP, de transférer le domicile et/ou la résidence de C_____ dans un autre canton que celui de Genève. d. A l'audience du 28 avril 2016, les parties se sont entendues sur la garde provisoire de l'enfant jusqu'à la fin de l'année scolaire, en ce sens que le père assurerait sa prise en charge dès le 9 mai 2016 et jusqu'aux vacances scolaires, un large droit de visite devant être réservé à la mère, à savoir au minimum un week-end sur deux du vendredi soir au dimanche soir. Ces modalités ont fait l'objet de l'ordonnance OTPI/221/2016 du même jour. e. A_____ s'est installée à Bâle en mai 2016, dans la maison acquise par son compagnon, avec lequel elle réside. Depuis le 1er mai 2016, elle est occupée à plein temps dans le domaine des assurances, mais dispose d'horaires flexibles et peut travailler à domicile une partie du temps. f. A_____ a conclu au rejet de la demande principale et déposé une demande reconventionnelle, concluant notamment à ce que la garde sur C_____ lui soit attribuée, au maintien de l'autorité parentale conjointe et à la réserve d'un droit de visite à B_____ (un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires et fériés). g. B_____ a conclu au déboutement de son ex-épouse de toutes ses conclusions reconventionnelles. h. Dans son rapport d'évaluation sociale du 17 juin 2016 - déposé au greffe du Tribunal le 22 juin 2016 - le Service de protection des mineurs (ci-après : SPMi) a relevé que la relation parentale avait toujours été fonctionnelle et continuait de l'être malgré le désaccord des parents quant à l'organisation de la vie de leur fils. Les parents disposaient

de compétences parentales similaires, d'une disponibilité conforme aux besoins de l'enfant, d'une proximité des grands-parents et d'un compagnon respectif investi auprès de l'enfant. Selon son enseignante, l'enfant évalue favorablement à l'école, est bien intégré et très agréable. Ses devoirs sont toujours faits et ses parents s'investissent tous deux dans sa scolarité. L'enfant avait fait part à ses camarades de son départ à Bâle avant Noël 2015. Entendu par le SPMi, l'enfant a exprimé le souhait de rejoindre sa mère en Suisse-alsacienne, lieu dans lequel il a dit avoir des amis et de la famille. Il a déclaré souhaiter y vivre car sa mère lui manquait. Il en pleurait d'ailleurs le soir. Dans ces moments-là, il appelait son père et ce dernier discutait avec lui ou lui lisait une histoire. S'il partait vivre avec sa mère, il verrait son père les week-ends. Il serait triste si le juge décidait du contraire. A la fin de l'entretien, l'enfant a éclaté en sanglots expliquant que la nouvelle amie de son père n'était jamais allée le chercher à la cantine et qu'il était fâché contre elle. Sa mère, le nouvel ami de cette dernière et sa grand-mère maternelle le faisaient. Le SPMi a émis un doute quant à la possibilité que l'enfant ait pu s'exprimer librement eu égard à la présence de sa mère dans la salle d'attente pendant son audition, et a considéré que le maintien de la stabilité de l'enfant commandait que la garde soit attribuée au père, l'enfant ayant toujours vécu à Genève, étant gardé par son père depuis plus d'un mois et passant tous les mardis soirs et mercredis chez les grands-parents paternels. S'agissant du droit de visite de la mère, celui-ci devait être aménagé afin de permettre à l'enfant de ne plus manquer l'école les vendredis. Le SPMi a ainsi préavisé un droit de visite d'un week-end sur deux du vendredi après l'école au dimanche 19h, ainsi que les fériés, les vacances de février, d'octobre, de Pâques, et la moitié des vacances d'été et de fin d'année. i. Les conclusions de cette évaluation sociale ont été communiquées oralement aux parties le 16 juin 2016. A_____ soutient qu'à l'annonce de la nouvelle, l'enfant a beaucoup pleuré, était hors de lui et a révélé que son père le tapait parfois. j. Le 20 juin 2016, A_____ a emmené son fils aux urgences pédiatriques des Hôpitaux Universitaires de Genève (HUG). Le rapport de consultation établi par la Dresse G_____ mentionne la présence d'une tristesse chez l'enfant survenue après le départ de sa mère à Bâle, l'envie de l'enfant de vivre auprès de sa mère (avec laquelle il se sentait plus à l'aise et faisait plus de choses) bien qu'il aime son père, et du fait qu'il regrettait que personne n'entende ses désirs. L'enfant aurait également relevé que son père et sa nouvelle compagne lui donnaient quelque fois la fessée lorsqu'il refusait de se coucher. Aucun autre signe de violence n'était toutefois constaté. k. Le 24 juin 2016, B_____ a requis le prononcé de nouvelles mesures provisionnelles tendant à fixer la garde pour la rentrée scolaire 2016/2017. Il concluait à ce que celle-ci lui soit attribuée et qu'un droit de visite usuel soit réservé à A_____ (un week-end sur deux du vendredi soir au dimanche soir et la moitié des vacances scolaires). l. Entendue le 28 juin 2016, H_____, auteure du rapport du SPMi, a confirmé la teneur et les conclusions de celui-ci. L'enfant était arrivé avec ses deux parents pour son audition. Il n'était ni détendu ni à l'aise. Il était très crispé, sa gestuelle témoignant de son inconfort. Sa mère avait fait le déplacement pour son audition alors qu'elle était en Suisse-alsacienne, ce qu'elle trouvait étonnant. Selon elle, cette présence avait exacerbé l'inconfort de l'enfant. Celui-ci avait pris un certain temps pour répondre à la question de savoir auprès de quel parent il souhaitait vivre. m. A_____ s'est opposée aux nouvelles mesures provisionnelles sollicitées par B_____ et a conclu à l'attribution de la garde de l'enfant en sa faveur, un droit de visite usuel étant réservé au père. Elle a également requis qu'une expertise psychopédagogique de l'enfant soit ordonnée. C. Par ordonnance OTPI/417/2016 du 25 juillet 2016, communiquée aux parties pour notification le jour-même et reçue le lendemain par la mère, le Tribunal de première

instance, statuant sur mesures provisionnelles, a modifié le chiffre 3 du jugement JTPI/15286/2011 rendu le 13 novembre 2011 sur accord des parties (ch. 1 du dispositif), a attribué la garde de l'enfant au père (ch. 2), a réservé à la mère un large droit de visite devant s'exercer d'entente entre les parties, mais au minimum à raison d'un week-end sur deux, du vendredi soir à la sortie de l'école au dimanche soir (ch. 3), a réservé le sort des frais à la décision finale (ch. 4) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch.5).

D. a. Par acte du 5 août 2016, A_____ appelle de cette ordonnance, dont elle sollicite l'annulation des ch. 2 et 3 de son dispositif. Elle conclut à l'attribution en sa faveur de la garde sur l'enfant et à la réserve d'un large droit de visite au père, lequel devrait s'exercer d'entente entre les parties, mais au minimum à raison d'un week-end sur deux, du vendredi soir à la sortie de l'école au dimanche soir 18h00. b. B_____ conclut au rejet de l'appel, avec suite de dépens. Il produit une pièce nouvelle. c. Dans sa réplique, A_____ requiert, à titre préalable, la mise en œuvre d'une expertise pédopsychiatrique par le Dr. I_____, après audition des parties et de l'enfant. Pour le surplus, elle persiste dans ses conclusions et verse quatre pièces nouvelles. d. B_____ conclut au rejet de la conclusion préalable de son adverse partie et persiste pour le surplus dans ses conclusions. Il produit une pièce nouvelle. e. Les parties ont été informées par pli du 28 septembre 2016 de la mise en délibération de la cause. E. a. Depuis la rentrée 2016/2017, l'enfant est scolarisé à _____ (GE), dans la commune de domicile de son père, et non plus à _____ (GE). b. Il continue de pratiquer le football dans le même club, lequel regroupe les deux communes précitées. EN DROIT 1.

1.1 L'appel est recevable pour avoir été interjeté auprès de la Cour de justice (art. 120 al. 1 let. a LOJ), dans le délai utile de dix jours et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130 al. 1, 131, 142 al. 1, 145 al. 2 let. b, 248 let. d, 252, 311 et 314 al. 1 CPC), par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), à l'encontre d'une décision de première instance sur les mesures provisionnelles, rendue dans une cause de nature non pécuniaire (arrêt du Tribunal fédéral 5A_366/2010 du 4 janvier 2011 consid. 1.1 et l'arrêt cité), laquelle est dès lors susceptible d'appel indépendamment de la valeur litigieuse (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 a contrario CPC). 1.2 La réponse de l'intimé (art. 312 al. 1 et 314 al. 1 CPC) ainsi que les écritures subséquentes des parties sont également recevables, puisqu'expédiées à la Cour dans le respect des délais prévus par la loi, respectivement impartis par le juge à cet effet. 1.3 Les parties ne contestent à juste titre pas la compétence des juridictions genevoises pour traiter de la cause, compte tenu du domicile à Genève de l'intimé (art. 23 al. 1 CPC). Eu égard à l'existence d'un for alternatif au domicile de l'une des parties, le déménagement de l'appelante dans un autre canton en cours de procédure est sans conséquence sur la compétence *ratione loci*. En tout état de cause, la compétence territoriale des tribunaux genevois pour statuer sur le fond ainsi que sur mesures provisionnelles a été définitivement fixée au moment de l'introduction de l'instance à Genève par l'intimé (cf. art. 23 al. 1 in fine, 62 al. 1 et 64 al. 1 let. b CPC; arrêts du Tribunal fédéral 5A_903/2013 du 29 janvier 2014 consid. 2.1 et 2.2 et les arrêts cités; 5A_663/2009 du 1er mars 2010 consid. 2.2.2 in fine, in FamPra.ch 2010 658; 4A_695/2011 du 18 janvier 2012 consid. 3.2). Les parties ne contestent également pas la compétence à raison de la matière du Tribunal de première instance pour modifier l'attribution de la garde et, au besoin, la manière dont les relations personnelles ont été réglées (art. 134 al. 3 et 4 CC par renvoi de l'art. 284 al. 1 CPC). 1.4 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen en fait et en droit (art. 310 CPC). Compte tenu de la présence d'un enfant mineur, les maximes d'office et inquisitoire illimitée s'appliquent, de sorte que la Cour n'est pas liée par les conclusions des parties (art. 296 al. 1 et 3 CPC). Les mesures provisionnelles prises dans le cadre d'une action en modification du

jugement de divorce étant soumises à la procédure sommaire (art. 248 let. d, 271 let. a par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC), la cognition est toutefois limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit, l'exigence de célérité étant privilégiée par rapport à celle de sécurité (arrêt du Tribunal fédéral 5A_863/2014 du 16 mars 2015 consid. 1.4 et les arrêts cités).

2. Les parties ont déposé des pièces nouvelles en seconde instance. L'appelante a en outre formulé une conclusion nouvelle à l'appui de sa réplique.

2.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve 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). Dans les causes de droit matrimonial concernant les enfants mineurs, où les maximes d'office et inquisitoire illimitée s'appliquent, la Cour de céans admet tous les novas (ACJC/365/2015 du 27 mars 2015 consid. 2.1; dans le même sens : Trezzini, in Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), Cocchi/Trezzini/Bernasconi [éd.], 2011, p. 1394; Tappy, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JdT 2010 III p. 115 ss, p. 139). Les pièces nouvelles produites par les parties en appel sont ainsi recevables, ainsi que les allégués de fait s'y rapportant.

2.2 Lorsque la cause est soumise à la maxime d'office, le dépôt de conclusions nouvelles en appel est admissible jusqu'aux délibérations, les restrictions posées par l'art. 317 al. 2 CPC n'entrant pas en considération dans ce cadre (ACJC/3/2016 du 5 janvier 2016 consid. 3.1; ACJC/1252/2015 du 16 octobre 2015 consid. 2.4; Jeandin, in Code de procédure civile commenté, Bohnet/Haldy/Jeandin/ Schweizer/Tappy [éd.], 2011, n. 18 ad. art. 296 CPC). Dès lors, la conclusion de l'appelante tendant à l'audition des parties et de leur enfant par un pédopsychiatre et le dépôt d'un rapport par celui-ci est recevable puisqu'elle concerne des questions relatives à l'enfant et qu'elle a été formulée avant la mise en délibération de la cause.

3. Les mesures provisionnelles litigieuses s'inscrivent dans le cadre d'une procédure en modification d'un jugement de divorce. Compte tenu de l'application par analogie de la procédure de divorce sur requête unilatérale à la procédure contentieuse de modification des effets du divorce (cf. art. 284 al. 3 CPC), de telles mesures peuvent effectivement être prononcées (art. 276 al. 1 CPC). Leur prononcé est toutefois soumis à des conditions restrictives en raison de l'autorité de la chose jugée dont bénéficie le jugement de divorce. Une modification ne peut ainsi être ordonnée, à titre de mesures provisionnelles dans un procès subséquent, qu'en cas d'urgence et en présence de circonstances particulières (arrêt du Tribunal fédéral 5A_641/2015 du 3 mars 2016 consid. 4.1 et les références citées). En l'occurrence, les mesures provisionnelles ont été sollicitées en raison du déménagement de l'appelante à Bâle après l'ouverture de la procédure au fond. Dans la mesure où les mesures requises concernent l'attribution du droit de garde de l'enfant à l'un des parents, les conditions précitées sont remplies.

4. Préalablement, l'appelante sollicite l'audition des parties et de leur enfant par un expert pédopsychiatre et la reddition d'un rapport par ce dernier.

4.1 Avant de statuer sur le sort des enfants, le juge ou un tiers nommé à cet effet entend ceux-ci personnellement et de manière appropriée, pour autant que leur âge ou d'autres motifs ne s'y opposent pas (art. 298 al. 1 CPC). Le juge saisi de mesures provisionnelles est tenu de procéder d'office aux auditions imposées par cet article, sous peine d'appliquer de manière arbitraire le droit fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 5A_402/2011 du 5 décembre 2011 consid. 5.2 in fine). L'audition peut être entreprise par un spécialiste de l'enfance, par exemple un pédopsychiatre ou le collaborateur d'un service de protection de la jeunesse (ATF 133 III 553 consid. 4, in SJ 2007 I p. 596 et JdT 2008 I p. 244; 127 III 295 consid. 2a-2b et les citations; arrêts du Tribunal fédéral 5A_50/2010 du 6

juillet 2010 consid. 2.1; 5C.19/2002 du 15 octobre 2002 consid. 2.1 in FamPra.ch 2003 p. 446 ss; 5C.247/2004 du 10 février 2005 consid. 6.3.2). Lorsque l'enfant a déjà été entendu par un tiers, en général dans le cadre d'une expertise, le juge peut renoncer à l'entendre une nouvelle fois si une audition répétée représente pour cet enfant une charge insupportable (par ex. en cas de conflit de loyauté aigu) et que l'on ne peut attendre aucun nouveau résultat d'une audition supplémentaire ou que l'utilité escomptée est sans rapport raisonnable avec la charge causée par la nouvelle audition. Le juge peut alors se fonder sur les résultats de l'audition effectuée par le tiers pour autant qu'il s'agisse d'un professionnel indépendant et qualifié, que l'enfant ait été interrogé sur les éléments décisifs pour l'affaire à juger et que l'audition, respectivement ses résultats, soient actuels (ATF 133 III 553 précité consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 5A_50/2010 du 6 juillet 2010 consid. 2.1). L'audition de l'enfant constitue à la fois un droit de participation de l'enfant à la procédure qui le concerne et un moyen pour le juge d'établir les faits (arrêts du Tribunal fédéral 5C.316/2006 du 5 juillet 2007 consid. 2, non publié aux ATF 133 III 553 ; arrêt du 5A_50/2010 du 6 juillet 2010 consid. 2.1).

4.2 En l'espèce, pour statuer sur les mesures provisionnelles requises par l'intimé, le premier juge s'est fondé sur les résultats de l'audition de l'enfant réalisée par le SPMi. Bien que l'appelante s'en prenne au préavis final de ce Service et à certaines de ses appréciations - notamment celles relatives à l'existence d'un conflit de loyauté -, elle ne soutient pas que la collaboratrice du SPMi en charge du dossier ne disposait pas des qualifications et de l'expérience requises pour entendre son fils, ni qu'elle ait omis de l'interroger sur les éléments décisifs pour l'affaire à juger. Elle ne soutient également pas que l'audition, respectivement ses résultats, soient obsolètes. L'appelante n'explique au demeurant pas dans quelle mesure le fait de recueillir une seconde fois l'avis et les déterminations de l'enfant se justifierait, qui plus est sur mesures provisionnelles. Enfin, elle ne rend pas vraisemblable que l'évaluation sociale a été faite à la hâte, le simple fait qu'elle ait été menée dans l'urgence ne suffisant pas à en affaiblir la portée. En tout état de cause, l'utilité escomptée d'une nouvelle audition est sans rapport raisonnable avec l'impact d'un nouvel entretien pour l'enfant, notamment la forte tension qui en découlerait, laquelle s'est manifestée lors de son premier entretien par des pleurs, des questionnements et de l'irritabilité. Une nouvelle audition de l'enfant ne se justifiant pas, l'audition des parents par un pédopsychiatre et la reddition d'un rapport par l'expert ne s'imposent également pas. La Cour est, à ce stade, suffisamment renseignée et la cause est en état d'être jugée. L'appelante sera dès lors déboutée de sa conclusion.

5. L'appelante se plaint de l'attribution par le premier juge de la garde de l'enfant à l'intimé.

5.1 L'autorité parentale conjointe est désormais la règle indépendamment de l'état civil des parents. Elle comprend notamment le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 296 al. 2, 298b al. 2, 298d al. 1 et 301a al. 1 CC; ATF 142 III 1 consid. 3.3 et les références citées). Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit, le générique de «garde» (Obhut) se réduit à la seule dimension de la «garde de fait» (faktische Obhut), qui se traduit par l'encadrement quotidien de l'enfant et par l'exercice des droits et des devoirs liés aux soins et à l'éducation courante (cf. art. 301 al. 1bis CC; arrêt du Tribunal fédéral 5A_904/2015 du 29 septembre 2016 consid. 3.2.2, destiné à la publication, et les références citées). Le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances (art. 273 al. 1 CC).

5.2 Le bien de l'enfant constitue la règle fondamentale en matière d'attribution des droits parentaux (ATF 141 III 328 consid. 5.4), les intérêts des parents devant être relégués au second plan (ATF 131 III 209 consid. 5). Lorsque le juge détermine auquel des deux parents

il attribue la garde, il doit en premier lieu examiner si chacun des parents dispose de capacités éducatives, l'attribution de la garde étant d'emblée exclue si celles-ci font défaut. Si les parents disposent tous deux de capacités éducatives, le juge devra dans un deuxième temps évaluer les autres critères d'appréciation pertinents pour l'attribution de la garde à l'un des parents. Au nombre des critères essentiels pour cet examen, entrent en ligne de compte la capacité et la volonté de chaque parent de favoriser les contacts entre l'autre parent et l'enfant, la stabilité que peut apporter à l'enfant le maintien de la situation antérieure, la possibilité pour chaque parent de s'occuper personnellement de l'enfant, l'âge de ce dernier et son appartenance à une fratrie ou à un cercle social, ainsi que le souhait de l'enfant s'agissant de sa propre prise en charge, quand bien même il ne disposerait pas de la capacité de discernement à cet égard. Sur ce point, il appartient au juge du fait, qui établit les faits d'office (art. 296 al. 1 CPC) de déterminer dans quelle mesure l'intervention d'un spécialiste, voire l'établissement d'un rapport d'évaluation sociale ou d'une expertise, est nécessaire pour interpréter le désir exprimé par l'enfant et notamment discerner s'il correspond à son désir réel. Les critères d'appréciation précités sont interdépendants et leur importance varie en fonction du cas (arrêts du Tribunal fédéral 5A_904/2015 du 29 septembre 2016 consid. 3.2.3 et 5A_991/2015 du 29 septembre 2016 consid. 6.7, tous deux destinés à la publication). 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. 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 soin des parents sont pour le reste similaires (ATF 136 I 178 consid. 5.3; arrêts 5A_714/2015 consid. 4.2.1.3 et les arrêts cités; 5A_105/2014 du 6 juin 2014 consid. 4.2.1 et les références). Plus particulièrement, en relation avec le critère de la stabilité, il est important de préserver le cadre de vie de l'enfant, peu important les circonstances qui y ont conduit, tant que celles-ci ne révèlent pas une capacité éducative lacunaire du parent gardien et ne portent pas, par la suite, préjudice aux intérêts de cet enfant (arrêt 5A_146/2011 du 7 juin 2011 consid. 4.3).

5.3 L'audition de l'enfant par le tribunal ou un tiers nommé à cet effet (cf. art. 298 al. 1 CPC) ne présuppose pas la possession de 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 (ATF 131 III 553 consid. 1.2.3, in SJ 2006 I p. 52 et JdT 2006 I p. 83; 133 III 553 précité consid. 3). 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 (arrêts du Tribunal fédéral 5A_119/2010 du 12 mars 2010 consid. 2.3.1 et les références; 5A_43/2008 du 15 mai 2008 consid. 4.1, in FamPra.ch 2008 p. 976). Avant cet âge-là, l'audition de l'enfant vise avant tout à permettre au juge compétent 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 (arrêt du Tribunal fédéral 5A_754/2013 du 4 février 2014 consid. 3 in fine). Pour cette raison, on ne doit pas interroger les jeunes enfants sur leurs désirs concrets quant à leur attribution à l'un ou l'autre de leurs parents, dans la mesure où ils ne peuvent pas s'exprimer à ce sujet en faisant abstraction de facteurs d'influence immédiats et extérieurs et n'arrivent pas à formuler une volonté stable (ATF 133 III 146 consid. 2.6; 131 III 553 précité consid. 1.2.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_119/2010 du 12 mars 2010 consid. 2.1.3 et l'arrêt cité).

5.4 En l'espèce, au moment de leur divorce prononcé

en octobre 2011, les parties se sont accordées sur l'instauration d'une garde alternée d'une semaine sur deux et de la moitié des vacances scolaires. Déclaré conforme à l'intérêt de l'enfant, ce mode de garde a été entériné par le juge du divorce et a été effectif dès septembre 2012, première rentrée scolaire de l'enfant. De septembre 2012 à mai 2016, les modalités d'exercice de cette garde ont été respectées par les parties et n'ont posé aucune difficulté majeure. La bonne capacité de communication et de coopération des parents, ainsi que l'absence de conflit marqué et persistant entre eux ont permis à la famille de vivre sereinement les changements engendrés par le divorce, notamment le nouveau mode de prise en charge de l'enfant. La domiciliation des parents dans des communes genevoises limitrophes a également contribué au succès de ce mode de garde, puisque l'enfant est demeuré dans la même école, a conservé son cercle d'amis et a pu continuer à exercer son activité extrascolaire favorite, le football. Cet équilibre a toutefois été rompu en mai 2016 lors du déménagement de l'appelante à plus de 200 km de Genève, une telle distance rendant impossible le maintien d'une garde alternée. Les parties s'accordent sur la nécessité d'instaurer une garde exclusive en faveur de l'un des parents compte tenu de ce changement. Il s'agit donc de déterminer, sur la base de la situation de fait actuelle, à quelle partie il convient d'attribuer la garde sur mesures provisionnelles. Les capacités éducatives des parents ne sont pas contestées. Elles ont été jugées similaires par le SPMi, de sorte qu'il est inutile de s'y attarder. Il sera uniquement rappelé que les parents vouent tous deux un soin particulier à leur fils, lui prodiguent une bonne éducation et s'en occupent adéquatement. A ce titre, les soupçons de maltraitance sur l'enfant par le père et sa nouvelle compagne se sont révélés infondés et ne sont pas rendus vraisemblables en appel, l'appelante ayant elle-même indiqué que la « gravité réelle » des révélations de son fils « s'était révélée, après coup, bien moindre que ce qu'elles laissaient initialement présager ». Le cadre de vie de l'enfant, tant sur le plan scolaire que personnel, se situe à Genève. C'est dans ce canton qu'il a effectué le cycle élémentaire de la scolarité primaire (1P - 4P) et qu'il a débuté le cycle moyen (5P - 8P). En dépit du changement d'établissement scolaire intervenu cette année, l'enfant a conservé ses amis de quartier et a continué à exercer son activité sportive dans le même club de football. En outre, ses grands-parents paternels, qu'il voit régulièrement, et son demi-frère, avec lequel il a développé une relation chaleureuse, résident à Genève. A l'inverse, l'enfant n'a jamais résidé à Bâle, n'y a aucune attache particulière et n'y possède aucune famille, étant précisé que l'installation de sa grand-mère maternelle dans cette ville en 2017 n'a pas été rendue vraisemblable. Ses bonnes connaissances du suisse-allemand n'y changent rien. S'il est vrai que le compagnon de l'appelante est sous contrat à Bâle jusqu'en 2019, qu'il est attaché à cette ville, qu'il est propriétaire de la maison dans laquelle il réside avec l'appelante et que ses enfants habitent également en Suisse-allemanique - ce qui démontre une intention de s'y établir pendant un certain temps -, il n'en demeure pas moins qu'il est important, au stade des mesures provisionnelles, de maintenir l'enfant dans un environnement familial et de préserver son cadre de vie, afin de lui assurer une certaine stabilité. L'appelante fait grief au premier juge de ne pas avoir tenu compte des désirs de son fils. Certes, l'enfant a exprimé à plusieurs reprises le souhait de rejoindre sa mère à Bâle. Plusieurs raisons commandent toutefois de relativiser ses déclarations. Tout d'abord, les doutes émis par la collaboratrice du SPMi dans son rapport d'évaluation sociale quant à un éventuel conflit de loyauté avec la mère doivent être pris en considération au stade des mesures provisionnelles, puisqu'ils ont été confirmés par leur auteur en audience et qu'ils n'apparaissent pas invraisemblables. Il convient également de tenir compte des circonstances entourant les déclarations de l'enfant, plus particulièrement du moment au

cours duquel elles ont été formulées. En effet, c'est immédiatement après s'être retrouvé sous la garde exclusive de son père que l'enfant a manifesté véritablement son envie de partir vivre auprès de sa mère à Bâle. Or, à ce moment-là, l'enfant venait de perdre ses repères (il a toujours été gardé par ses deux parents), et venait d'être exposé, bon gré mal gré, à une situation nouvelle. Partant, nonobstant son âge - qui se rapproche de celui de l'acquisition des activités mentales de logique formelle et de la capacité de différenciation et d'abstraction orale - il ne convient pas, au stade des mesures provisionnelles et en l'absence d'autres éléments, de suivre les désirs exprimés par l'enfant. L'appelante fait également grand cas de la faible disponibilité de l'intimé et de sa compagne pour s'occuper de l'enfant. Il ressort effectivement du dossier que l'intimé et sa compagne disposent de peu de liberté dans l'aménagement de leurs horaires de travail, contrairement à l'appelante et son compagnon qui peuvent s'occuper de l'enfant à midi et aller le chercher à la sortie de l'école. En outre, alors que l'intimé et sa compagne ont un enfant commun de un an à charge, le compagnon de l'appelante ne voit que rarement sa fille aînée et partage la garde du cadet, âgé de onze ans, avec son ex-épouse. Il convient toutefois de relever que l'intimé assure depuis plusieurs mois de manière satisfaisante la prise en charge quotidienne de l'enfant, qu'il est adéquat avec son fils et lui offre des conditions de vie adaptées, tant sur le plan financier qu'éducatif, s'investissant au quotidien dans sa prise en charge. Bien qu'ayant bénéficié de l'aide hebdomadaire de ses parents pendant un certain temps, l'intimé n'a pas dû recourir au soutien constant d'une tierce personne afin de le suppléer dans son rôle de parent. Certes, l'enfant déjeune à la cantine (et/ou chez d'autres parents) et est inscrit au parascolaire, mais son père vient le chercher tous les jours après le travail, s'en occupe chaque soir et l'amène aux entraînements/matches de foot. En outre, actuellement âgé de neuf ans, l'enfant se rend également à l'école le mercredi matin depuis la dernière rentrée scolaire, ce qui a pour effet d'alléger l'obligation de garde. Il découle des considérations qui précèdent que les mesures préconisées par le SPMi sont conformes à l'intérêt de l'enfant au stade des mesures provisionnelles, de sorte que c'est à raison que le premier juge a attribué la garde de l'enfant au père. Le ch. 2 du dispositif de l'ordonnance querellée qui attribue le droit de garde exclusif au père sera, dès lors, confirmé. En appel, les parties ne contestent pas le droit du parent non gardien d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant à raison au minimum d'un week-end sur deux, du vendredi soir à la sortie de l'école au dimanche soir, ainsi que décidé par le premier juge. Il apparaît également que l'intérêt de l'enfant commande qu'il puisse maintenir une relation très étroite avec sa mère. Dans la mesure toutefois où l'ordonnance querellée ne traite pas des modalités des relations personnelles pendant les vacances et qu'elle ne précise pas l'heure à laquelle l'enfant doit être ramené chez son père après les week-ends passés avec sa mère, le ch. 3 de son dispositif sera complété, en ce sens que l'appelante pourra exercer son droit de visite d'un week-end sur deux jusqu'au dimanche soir 19h, ainsi que pendant les jours fériés, les vacances scolaires de février, de Pâques, d'octobre et la moitié des vacances d'été et de fin d'année, conformément aux recommandations du SPMi. 6. 6.1 L'appelante, sui succombe, sera condamnée aux frais judiciaires d'appel fixés à 1'000 fr. (art. 95 al. 1 let. a et al. 2, 96, 104 al. 1, 105 al. 1 et 06 al. 1 CPC; art. 31 et 37 RTFMC). Ceux-ci sont entièrement compensés avec l'avance de frais fournie par cette dernière, qui reste acquise à l'Etat de Genève (art. 111 al. 1 CPC). 6.2 Pour des motifs d'équité liés à la nature du litige, les parties conserveront à leur charge leurs propres dépens d'appel (art. 95 al. 1 let. b et al. 3, 104 al. 1, 105 al. 2, 106 al. 1 et 107 al. 1 let. c CPC). 7. Le Tribunal fédéral a admis que l'ordonnance statuant sur une requête de mesures provisionnelles formée dans le cadre d'une procédure de

modification d'un jugement de divorce ayant pour objet le sort des enfants constitue une mesure d'exécution anticipée dont le sort sera réglé dans le jugement de modification au fond (arrêt du Tribunal fédéral 5A_641/2015 du 3 mars 2016 consid. 2.1). Il s'ensuit que la présente décision - incidente - n'est sujette à recours immédiat au Tribunal fédéral que si elle est propre à entraîner un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LOJ). * * * * * PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme : Déclare recevable l'appel interjeté le 5 août 2016 par A_____ contre l'ordonnance OTPI/417/2016 rendue le 25 juillet 2016 par le Tribunal de première instance dans la cause C/1995/2016-17. Au fond : Annule le ch. 3 du dispositif de l'ordonnance querellé. Cela fait et statuant à nouveau sur ce point : Réserve à A_____ un droit aux relations personnelles avec C_____, à exercer largement et d'entente entre les parties, mais au minimum à raison d'un week-end sur deux, du vendredi soir à la sortie de l'école au dimanche soir 19h00, ainsi que pendant les jours fériés, les vacances scolaires de février, de Pâques, d'octobre et la moitié des vacances d'été et de fin d'année. Confirme l'ordonnance entreprise pour le surplus. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'000 fr., les met à la charge de A_____ et dit qu'ils sont entièrement compensés avec l'avance de frais fournie par cette dernière, qui reste acquise à l'Etat de Genève. Siégeant : Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Mesdames Nathalie LANDRY-BARTHE et Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, juges; Madame Audrey MARASCO, greffière. La présidente : Valérie LAEMMEL-JUILLARD La greffière : Audrey MARASCO 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, aux conditions de l'art. 93 LTF. Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Conclusions ne présentant pas de valeur litigieuse au sens de la LTF.

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