

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/12175/2015

ACJC/1712/2016

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre civile**

**DU MERCREDI 21 DECEMBRE 2016**

Entre

**Madame A**\_\_\_\_\_, domiciliée \_\_\_\_\_ Genève, appelante d'un jugement rendu par la 8ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 7 juillet 2016, comparant par Me Sonia Ryser, avocate, rue de Jargonnant 2, case postale 6045, 1211 Genève 6, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

**Monsieur B**\_\_\_\_\_, domicilié \_\_\_\_\_ (GE), intimé, comparant par Me Florence Yersin, avocate, boulevard Saint-Georges 72, 1205 Genève, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 23 décembre 2016.

---

### **EN FAIT**

- A.** Par ordonnance OTPI/381/2016 du 7 juillet 2016, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure en divorce, a condamné B\_\_\_\_\_ (ch. 1 et 2) à verser en mains de A\_\_\_\_\_, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, avec effet rétroactif au 15 février 2016, les sommes de 1'400 fr. au titre de contribution à l'entretien de chacun de leurs deux enfants, C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_, (ch. 3) a attribué à B\_\_\_\_\_ la jouissance exclusive du domicile conjugal sis chemin E\_\_\_\_\_, Genève, ainsi que les droits et obligations y relatifs, (ch. 4 et 5) a réservé la décision finale du Tribunal quant au sort des frais judiciaires et a dit qu'il n'était pas alloué de dépens et (ch. 6) a débouté les parties de toutes autres conclusions.
- B. a.** Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 22 juillet 2016, A\_\_\_\_\_ forme appel contre cette ordonnance.

Elle conclut, principalement, avec suite de frais et dépens, à la modification des ch. 1 et 2 du dispositif en ce sens que les contributions d'entretien dues aux enfants C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ devront être versées avec effet rétroactif au 11 février 2015, à l'annulation du ch. 3 du dispositif et cela fait, à la constatation de ce que l'appartement litigieux n'est plus le domicile conjugal depuis septembre 2012, l'ordonnance querellée devant être confirmée pour le surplus.

Subsidiairement, elle conclut à ce que la Cour maintienne les droits et obligations découlant du contrat de bail de l'appartement litigieux en sa faveur, lui attribue la jouissance de celui-ci et l'autorise à continuer les démarches relatives à l'inscription de sa fille F\_\_\_\_\_ sur le bail du logement.

Plus subsidiairement, elle conclut à ce que la jouissance dudit appartement soit attribuée à B\_\_\_\_\_ et à ce qu'un délai de trois mois lui soit octroyé pour qu'elle libère ledit logement.

Elle reproche au Tribunal d'avoir considéré que le logement en question constituait encore le domicile conjugal et d'avoir dès lors attribué les droits et obligations résultant du bail, alors, d'une part, qu'il n'était pas compétent pour le faire et que, d'autre part, une telle attribution n'était pas prévue dans le cadre de mesures provisionnelles.

Elle se plaint également du fait que le premier juge a arbitrairement fixé le *dies a quo* des contributions d'entretien dues par B\_\_\_\_\_ au 15 février 2015, alors que dans sa requête de mesures provisionnelles du 11 février 2016, elle avait expressément conclu à l'effet rétroactif d'un an prévu par l'art. 173 CC.

---

A l'appui de son appel, elle produit une pièce nouvelle, à savoir un courrier de la régie G\_\_\_\_\_ du 21 juillet 2016 relatif à l'appartement en question, sis chemin E\_\_\_\_\_ à Genève.

**b.** Par réponse du 22 août 2016, B\_\_\_\_\_ conclut, avec suite de frais et dépens, au rejet de l'appel.

Il produit trois pièces nouvelles qui sont toutes antérieures au prononcé de l'ordonnance entreprise et qui concernent l'ancien appartement des parties, sis rue H\_\_\_\_\_ au Grand-Saconnex.

**c.** La requête préalable de A\_\_\_\_\_ tendant à l'octroi de l'effet suspensif attaché au ch. 3 du dispositif de l'ordonnance querellée a été admise par arrêt ACJC/1096/2016 du 23 août 2016, la décision sur les frais étant réservée au fond.

**d.** Par réplique du 5 septembre 2016 et duplique du 19 septembre 2016, les parties persistent dans leurs conclusions respectives.

A l'appui de sa réplique, A\_\_\_\_\_ produit à nouveau des nouvelles pièces. Il s'agit d'un courrier de la régie G\_\_\_\_\_ ainsi que d'un avenant au bail de l'appartement sis chemin E\_\_\_\_\_ à Genève, datés respectivement du 31 août 2016 et du 26 juillet 2016, ainsi que de divers courriels antérieurs au prononcé de l'ordonnance querellée et relatifs à sa situation personnelle et financière.

**e.** Par ordonnance du 27 septembre 2016, le Tribunal de première instance a retourné à B\_\_\_\_\_ ses conclusions complémentaires, relatives au fond de la présente procédure, déposées le 23 septembre 2016 et portant sur l'attribution à lui-même des droits et obligations du contrat de bail de l'appartement sis chemin E\_\_\_\_\_ à Genève ainsi que de sa jouissance.

**C.** Les faits pertinents suivants résultent du dossier soumis à la Cour:

**a.** B\_\_\_\_\_, né le \_\_\_\_\_ 1974 à Peshawar/Pakistan, et A\_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 1964 à Lima/Pérou, se sont mariés le 9 août 2002 à \_\_\_\_\_.

De cette union sont issus deux enfants, C\_\_\_\_\_, né le \_\_\_\_\_ 2002, et D\_\_\_\_\_, née le \_\_\_\_\_ 2004.

**b.** En juillet 2008, A\_\_\_\_\_ a quitté l'ancien logement familial sis rue H\_\_\_\_\_ au Grand-Saconnex et par la suite, les époux ont chacun pris des domiciles différents.

A\_\_\_\_\_ a acquis des parts sociales de la coopérative I\_\_\_\_\_, à hauteur de 24'000 fr., et est devenue locataire d'un appartement sis chemin E\_\_\_\_\_ à Genève dès le 1<sup>er</sup> août 2008.

**c.** A une date indéterminée, B\_\_\_\_\_ a également emménagé dans l'appartement précité et s'est ensuite absenté à plusieurs reprises pendant des périodes d'une certaine durée entre 2009 et 2010.

**d.** Les époux se sont définitivement séparés en septembre 2012.

A cette époque, B\_\_\_\_\_ a quitté le logement sis au chemin E\_\_\_\_\_ occupé par les parties et leurs enfants.

Il s'est installé seul dans un appartement composé de trois pièces et il a annoncé son changement de domicile à l'Office cantonal de la population le 27 novembre 2012.

De son côté, A\_\_\_\_\_ a, en février 2016, quitté le logement sis chemin E\_\_\_\_\_ avec les deux enfants des parties pour emménager dans une villa.

Le logement susmentionné est actuellement occupé par la fille d'un premier lit de la précitée, F\_\_\_\_\_, ainsi que par le mari et le fils de cette dernière, âgé de cinq ans.

**e.** Dans l'intervalle, par acte déposé le 17 juin 2015 au greffe du Tribunal de première instance, B\_\_\_\_\_ avait formé une demande unilatérale de divorce, assortie d'une requête de mesures provisionnelles.

**f.** Par ordonnance du 2 novembre 2015, le Tribunal, statuant uniquement et partiellement au sujet du droit de visite et d'une curatelle sur mesures provisionnelles, vu l'accord intervenu entre les parties à ce sujet en audience du 29 octobre 2015, a, notamment réservé au père un droit de visite sur ses enfants, à exercer progressivement, à compter du 8 novembre 2015, tous les dimanches, de 14 heures à 17 heures pour l'enfant C\_\_\_\_\_, et de 11 heures à 17 heures pour l'enfant D\_\_\_\_\_, dit qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016, et à la condition que les visites respectent l'intérêt des enfants, le droit de visite réservé à B\_\_\_\_\_ devait s'exercer tous les dimanches, de 9 heures à 17 heures, pour les deux enfants, ordonné l'instauration d'une curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles, et chargé spécifiquement le curateur de surveiller l'exercice du droit de visite ainsi que l'évolution psychologique et sociale des enfants.

**g.** Lors de l'audience de comparution personnelle et plaidoiries sur mesures provisionnelles du 21 avril 2016 devant le premier juge, A\_\_\_\_\_ avait aussi déclaré que B\_\_\_\_\_ payait de manière régulière une contribution de 2'000 fr. par mois pour l'entretien de ses enfants, soit 1'000 fr. par enfant, cela depuis 2012.

**h.** Par mémoire de réponse du 11 février 2016, au sujet de la demande unilatérale de divorce, A\_\_\_\_\_ a conclu sur mesures provisionnelles à ce que le Tribunal condamne en outre B\_\_\_\_\_ à lui verser à titre de contribution à l'entretien de

---

leurs enfants, par enfant, par mois et d'avance, hors allocations familiales, avec effet rétroactif au 11 février 2015 et sous déduction des montants déjà versés, les sommes suivantes:

- 2'000 fr. jusqu'à l'âge de 13 ans révolus,
- 2'300 fr. de l'âge de 13 ans jusqu'à l'âge de 15 ans révolus,
- 2'500 fr. de l'âge de 15 ans à l'âge de 18 ans, voire au-delà en cas d'études sérieuses et régulières mais au plus tard jusqu'à l'âge de 25 ans révolus.

Elle a aussi conclu à ce que le premier juge dise que ces contributions d'entretien seraient indexées à l'indice suisse des prix à la consommation le 1<sup>er</sup> de chaque année, la première fois le 1<sup>er</sup> janvier 2017, sur la base de l'indice du mois de novembre 2016, l'indice de référence étant celui du jour où la décision sera rendue, frais et dépens compensés.

B\_\_\_\_\_ s'est opposé à l'effet rétroactif de son obligation d'entretien et à l'indexation des contributions d'entretien, la situation actuelle, fixée par ordonnance sur mesures provisionnelles du 2 novembre 2015, devant être maintenue.

**i.** Dans ses dernières conclusions sur mesures provisionnelles du 9 mai 2016, B\_\_\_\_\_ a complété ses conclusions, en demandant l'attribution en sa faveur, principalement, des droits et obligations résultant du contrat de bail relatif au logement sis chemin E\_\_\_\_\_ à Genève et, subsidiairement, de la jouissance dudit logement.

Il a fait valoir que pour accueillir ses enfants dans le cadre de son droit de visite, il avait besoin d'un logement plus grand que son appartement actuel, tel que le domicile conjugal.

**j.** Dans sa réplique du 30 mai 2016, A\_\_\_\_\_ a conclu, principalement, à ce que le Tribunal constate que l'appartement sis chemin E\_\_\_\_\_, 1202 Genève, avait perdu sa qualité de domicile conjugal depuis septembre 2012, date du départ définitif de ce logement de B\_\_\_\_\_, et que le premier juge constate également son droit à se constituer un nouveau domicile.

Elle a subsidiairement conclu à ce que le Tribunal maintienne toutefois ses droits et obligations découlant du contrat de bail dudit appartement et l'autorise à continuer les démarches relatives au transfert desdits droits et obligations en faveur de sa fille, F\_\_\_\_\_.

**D.** Dans le cadre de l'ordonnance entreprise OTPI/381/2016 du 7 juillet 2016, le premier juge a fixé les contributions à l'entretien des enfants des parties dues par le précité à 1'400 fr. par enfant, soit 2'800 fr. par mois, en comparant les charges et

revenus respectifs de leurs parents et en retenant que les charges mensuelles de ces enfants s'élevaient respectivement à 3'466 fr. pour C\_\_\_\_\_ et 3'592 fr. pour D\_\_\_\_\_.

S'agissant du *dies a quo* de ces contributions d'entretien fixé au 15 février 2016, le Tribunal n'a pas motivé sa décision.

Le Tribunal a enfin décidé que, compte tenu de l'intérêt prépondérant des enfants de pouvoir vivre dans un environnement qui leur était familial ainsi que de celui du requérant de pouvoir accueillir ses enfants dans de bonnes conditions, dans un logement spacieux et adapté, le logement conjugal devait être attribué à B\_\_\_\_\_.

### **EN DROIT**

1. **1.1** La procédure sommaire est applicable aux procédures de mesures provisionnelles (art. 248 let. d, 271 let. a, 276 al. 1 CPC).

Les décisions sur mesures provisionnelles sont susceptibles d'un appel dans les causes non patrimoniales (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC). Le délai d'introduction de l'appel est de dix jours (art. 142, 143 et 314 al. 1 CPC). Enfin, l'appel doit être écrit et motivé (art. 130, 131 et 311 al. 1 CPC).

**1.2** En l'espèce, la cause est de nature non patrimoniale, puisque l'appel porte sur la seule fixation du *dies a quo* ainsi que sur l'attribution du logement conjugal.

Il a été formé le 22 juillet 2016, soit dans le délai légal de 10 jours après la notification de l'ordonnance querellée, le 12 juillet 2016.

Dès lors, cet appel, écrit et motivé, est recevable.

**1.3** La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC; HOHL, Procédure civile, tome II, 2010, n. 2314 et 2416; RETORNAZ, L'appel et le recours, in Procédure civile suisse, 2010, p. 349 ss, n. 121).

S'agissant de la contribution d'entretien des enfants mineurs et des autres questions liées au sort de ceux-ci, les maximes d'office et inquisitoire illimitée s'appliquent (art. 296 al. 3, 55 al. 2 et 58 al. 2 CPC; ATF 129 III 417 consid. 2.1.2; 128 III 411 consid. 3.2.2. et les références; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_906/2012 du 18 avril 2013 consid. 6.1.1), ce qui a pour conséquence que le juge établit les faits d'office et il n'est pas lié par les conclusions des parties (art. 296 al. 3 CPC).

La maxime d'office s'applique aussi devant la deuxième instance cantonale et implique que le principe de l'interdiction de la *reformatio in pejus* ne s'applique pas (ATF 119 II 201 = JdT 1996 I 202; 137 III 617 consid. 4.5 = SJ 2012 I 373; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_169/2012 du 18 juillet 2012 consid. 3.3).

- 
2. Les mesures provisionnelles étant soumises à la procédure sommaire au sens propre (art. 248 let. d, 271 let. a et 276 al. 1 CPC; HOHL, op. cit., n. 1958, p. 359), la cognition de la Cour est 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 (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb = JdT 2002 I 352; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_12/2013 du 8 mars 2013 consid. 2.2; HOHL, op. cit., n. 1901, p. 349).
  3. **3.1** La Cour examine, en principe, d'office la recevabilité des faits et moyens de preuve nouveaux (REETZ/HILBER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2<sup>ème</sup> éd., 2013, n. 26 ad art. 317 CPC).

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).

Dans les causes de droit matrimonial concernant les enfants mineurs, dans lesquelles les maximes d'office et inquisitoire illimitée s'appliquent, la Cour admet tous les novas (arrêts publiés ACJC/798/2014 du 27 juin 2014 consid. 2.2; ACJC/480/2014 du 11 avril 2014 consid. 1.4; ACJC/473/2014 du 11 avril 2014 consid. 2.1), de même que le dépôt de conclusions nouvelles jusqu'aux délibérations (JEANDIN, Code de procédure civile commenté, 2011, n. 18 ad art. 296).

**3.2** En l'espèce, les pièces nouvelles produites devant la Cour tant par l'appelante que l'intimé sont en lien avec le logement litigieux et comportent des données pertinentes pour statuer sur l'attribution dudit logement dans l'intérêt prépondérant des enfants des parties allégué par l'intimé.

Ces pièces concernent ainsi ces derniers et sont dès lors recevables.

4. L'appelante fait grief au premier juge d'avoir fixé le *dies a quo* des contributions à l'entretien des enfants C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ au 15 février 2016, alors qu'elle avait conclu à l'effet rétroactif des contributions d'entretien au 11 février 2015, soit à un an avant le dépôt de sa requête en mesures provisionnelles.
  - 4.1.1** Au sens de l'art. 173 al. 3 CC, applicable par analogie en cas de séparation (ATF 115 II 201 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_372/2015 du 29 septembre 2015 consid. 3.1; CHAIX, in Commentaire romand, CC I, 2010, n. 10 ad art. 173 CC et n. 12 ad art. 176 CC), les contributions pécuniaires dues pour l'entretien de la famille peuvent être réclamées pour l'avenir et pour l'année qui précède l'introduction de la requête, sous imputation des avances d'entretien éventuellement effectuées par le débirentier pendant cette période (cf. art. 173 al. 3 CC; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, n. 23 ss ad art. 173 et n. 28 ad art. 176 CC).

Sauf décision contraire, l'obligation de verser une contribution rétroagit en règle générale au jour du dépôt de la requête de mesures provisoires ou de mesures protectrices de l'union conjugale (ATF 111 II 103 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 5P.442/2006 du 8 janvier 2007 consid. 3.2, concernant les mesures provisoires selon l'art. 137 al. 2 aCC).

L'effet rétroactif vise à ne pas forcer l'ayant droit à se précipiter chez le juge, mais à lui laisser un certain temps pour convenir d'un accord à l'amiable (ATF 115 II 201 consid. 4a; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_372/2015 du 29 septembre 2015 consid. 3.1). Il ne se justifie que si l'entretien dû n'a pas été assumé en nature ou en espèces ou dès qu'il a cessé de l'être (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_372/2015 du 29 septembre 2015 consid. 3.1).

Le principe de rétroactivité d'un an vaut également pour le temps précédant la litispendance du divorce et ne pose pas de problème particulier si une procédure de protection de l'union conjugale relative aux contributions d'entretien n'a pas déjà eu lieu ou n'est pas pendante (ATF 129 III 60 consid. 3, in JdT 2003 p. 45).

**4.1.2.** Si le débirentier prétend avoir déjà versé des prestations d'entretien au crédientier depuis la séparation des époux, il est nécessaire que le juge du fond statue sur les montants qui doivent être déduits de l'arriéré, sur la base des allégués et des preuves offertes en procédure. Il ne peut pas se contenter de réserver dans sa décision l'imputation des prestations déjà versées sans en chiffrer le montant; sinon le jugement prononcé ne sera pas susceptible d'exécution forcée (arrêt 5A\_860/2011 du 11 juin 2012 consid. 6.3).

**4.2** En l'espèce, aucune procédure de protection de l'union conjugale n'a précédé la présente procédure de divorce.

Par ailleurs, la présente requête de mesures provisionnelles a expressément visé l'effet rétroactif d'un an prévu à l'art. 173 CC. En outre, le montant des contributions d'entretien dues par l'intimé, fixé à 1'400 fr. par enfant par le premier juge dans le cadre de son ordonnance présentement querellée, n'est pas remis en cause par les parties.

Il a par ailleurs été admis par l'appelante devant le premier juge que ledit intimé lui avait versé 1'000 fr. par mois et par enfant pour l'entretien de leurs deux enfants, depuis 2012. Ce montant ne couvre toutefois pas la part des charges mensuelles des enfants imputable à l'intimé fixée par le premier juge dans l'ordonnance entreprise et rien n'indique que ce dernier aurait participé autrement à leur entretien, par une prise en charge en nature notamment.

Dès lors, d'une part, les contributions d'entretien de chacun des enfants des parties, en 1'400 fr. par mois et par enfant, seront dues par l'intimé avec effet rétroactif au

11 février 2015, soit dans un délai d'une année avant le dépôt des présentes mesures provisionnelles.

D'autre part, seront déduits de ces montants, ceux déjà régulièrement versés par l'appelant en 22'000 fr. (22 x 1'000 fr.) par enfant, cela à compter du 11 février 2015 (soit avec effet rétroactif à un an avant le dépôt des conclusions sur mesure provisionnelles de l'appelante) jusqu'au mois du prononcé du présent arrêt, soit décembre 2016.

Vu l'ensemble de ce qui précède et pour plus de clarté, les ch. 1 et 2 du dispositif de l'ordonnance querellée seront annulés et reformulés conformément aux considérants ci-dessus.

5. L'appelante fait grief au Tribunal d'avoir violé les art. 58 CPC et 176 CC en attribuant à l'intimé les droits et obligations du contrat de bail de l'appartement sis chemin E\_\_\_\_\_ à Genève ainsi que la jouissance de cet appartement.

Elle considère en effet que cet appartement litigieux n'était plus le domicile conjugal et qu'en tout état, au stade des mesures provisionnelles, le Tribunal n'était pas compétent pour modifier les droits et obligations relatifs audit logement, s'il devait être admis qu'il avait gardé son caractère de logement conjugal.

**5.1.1** Selon l'art. 276 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires dans le cadre du divorce. Les dispositions régissant la protection de l'union conjugale sont applicables par analogie.

A la requête de l'un des conjoints et si la suspension de la vie commune est fondée, le juge prend les mesures en ce qui concerne le logement et le mobilier de ménage (art. 176 al. 1 ch. 2 CC).

L'attribution à l'un des époux des droits et obligations relatifs au domicile conjugal ne peut toutefois intervenir qu'au stade du prononcé du divorce lui-même (art. 121 CC; ATF 134 III 446 consid. 2.1; SCYBOZ, Commentaire romand CC I, 2010, n. 8 ad art. 121 CC).

**5.1.2** En l'espèce, le premier juge a attribué à l'intimé les droits et obligations résultant du contrat de bail lié à l'appartement sis chemin E\_\_\_\_\_ à Genève.

Toutefois, au stade des mesures provisionnelles, il n'était pas compétent pour le faire, seule la jouissance du logement de la famille pouvant être attribuée à l'un ou l'autre des époux en application de l'art. 176 al. 1 ch. 2 CC.

**5.2.1** La notion de logement de famille recouvre le lieu qui remplit la fonction de logement et de centre de vie de la famille (ATF 136 III 257 consid. 2.1).

Cette notion implique que le logement soit vital pour la famille, ce par quoi il faut comprendre qu'il doit être essentiel, fondamental et absolument indispensable à la communauté familiale; le conjoint non titulaire du droit dont dépend le logement a un intérêt digne de protection à son maintien, nécessaire à la cohésion du couple, à sa sécurité et à son avenir (Message concernant la révision du code civil suisse [Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions] du 11 juillet 1979, FF 1979 II 1179, 1247, n° 217.221; VOLLENWEIDER, Le logement de la famille selon l'art. 169 CC : notion et essai de définition, thèse 1995, p. 87). Seuls bénéficient de cette protection les époux mariés, avec ou sans enfants (ATF 136 III 257 consid. 2.1).

Dans certaines circonstances, le logement perd son caractère familial. Il en sera notamment ainsi en cas de séparation de corps, d'abandon du logement familial d'un commun accord par les époux ou lorsque l'époux bénéficiaire de la protection légale quitte le logement familial de manière définitive ou pour une durée indéterminée de son propre chef ou sur ordre du juge et qu'on ne doit plus s'attendre à ce que les époux reprennent la vie commune dans le logement familial antérieur (ATF 136 III 257 consid. 2.1 et 2.2; 114 II 396 consid. 5 et les références citées). Le juge doit pouvoir se fonder sur des indices sérieux (ATF 136 III 257 consid. 2.2).

**5.2.2** Il y a d'abord lieu en l'espèce, avant d'attribuer la jouissance de ce logement à l'un ou l'autre des époux de déterminer si l'appartement litigieux sis au chemin E\_\_\_\_\_ a encore son caractère de logement conjugal, ou s'il l'a perdu, comme le soutient l'appelante.

Tout d'abord, la Cour constate qu'en août 2008, seule l'appelante et les enfants ont emménagé dans cet appartement, les époux étant séparés à cette époque. Toutefois, à une date ultérieure indéterminée, l'intimé y a rejoint sa famille, tout en s'absentant à plusieurs reprises pour des laps de temps indéterminés mais d'une durée certaine entre 2009 et 2010, vraisemblablement en raison des tensions au sein du couple. Il est déjà douteux qu'à cette époque, l'appartement précité constituait encore le domicile conjugal au vu de ces absences répétées de l'intimé.

En revanche, la situation est devenue claire à cet égard dès septembre 2012, époque à laquelle l'intimé a définitivement quitté le logement, alors occupé par toute sa famille, pour s'établir seul dans un autre appartement, en annonçant son changement d'adresse à l'Office cantonal de la population.

Il apparaît en effet que cette démarche était justifiée par la décision des époux de se séparer et rien n'indique que l'intimé avait l'intention de réintégrer le logement par la suite. Il n'allègue par ailleurs pas en avoir été chassé par l'appelante ni qu'il entendait y reprendre la vie commune par la suite, ce qui est confirmé par son

annonce de son changement de domicile à l'Office de la population moins de trois mois après son déménagement.

Au vu de ces circonstances, il doit être retenu que cet appartement, dont seule l'appelante était la titulaire du bail et avait acheté des parts sociales de la coopérative I\_\_\_\_\_, à hauteur de 24'000 fr. pour pouvoir conclure ledit bail, a perdu depuis septembre 2012 à tout le moins, son caractère de logement familial.

Il a *a fortiori* perdu ce caractère depuis février 2015, date à laquelle l'appelante et ses enfants l'ont quitté pour un autre logement, en laissant la place à la fille d'un premier lit de l'appelante, laquelle est toutefois restée la titulaire de son bail.

Par conséquent, plus de quatre ans après avoir quitté cet appartement de façon définitive, l'intimé n'y a manifestement pas conservé son centre de vie, ce qu'il ne prétend d'ailleurs pas lui-même.

En définitive, il apparaît que l'appartement en question, sis chemin E\_\_\_\_\_, a perdu son caractère de logement conjugal, de sorte que c'est à tort que le premier juge en a attribué la jouissance à l'intimé dans le cadre de l'art. 176 al. 1 ch. 2 CC, qui ne s'applique pas audit logement.

Pour le surplus, d'une part, le droit de visite de l'intimé ne s'exerçant que de jour sur mesures provisionnelles, la Cour ne voit pas en quoi il aurait besoin d'un logement plus spacieux que le sien pour y accueillir ses enfants.

Enfin, la Cour n'est pas compétente pour entrer en matière sur les conclusions de l'appelante relatives à ses démarches pour transférer le bail du logement en question à sa fille aînée ou sur ses conclusions subsidiaires en attribution de la jouissance de ce logement à l'intimé, l'art. 176 al. 1 ch. 2 CC ne s'appliquant pas en l'espèce.

Le ch. 3 du dispositif de l'ordonnance querellée sera dès lors annulé.

- 6. 6.1** Lorsque la Cour statue à nouveau, elle se prononce sur les frais fixés en première instance (art. 318 al. 3 CPC).

En l'espèce, les frais des mesures provisionnelles ont été réservés au fond, conformément à l'art. 104 al. 3 CPC, de sorte qu'ils ne sont pas sujets à réexamen.

**6.2** Les frais judiciaires de la procédure d'appel, y compris ceux de la décision sur effet suspensif, seront fixés à l'200 fr. (art. 2, 31 et 37 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile, RTFMC - E 1 05.10).

Ils seront répartis par moitié entre les parties (art. 104 al. 1, 105 al. 1 et 106 al. 2 CPC), et entièrement compensés avec l'avance de frais de même montant, versée par l'appelante, qui reste acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC).

L'intimé sera donc condamné à verser 600 fr. à la précitée.

Chaque partie conservera à sa charge ses propres dépens d'appel (art. 95 al. 3 et 107 al. 1 let. c CPC).

7. S'agissant de mesures provisionnelles, la voie du recours en matière civile au Tribunal fédéral est ouverte (art. 72 al. 1 LTF). Dans le cas d'un recours formé contre une décision portant sur des mesures provisionnelles, seule peut être invoquée la violation de droits constitutionnels (art. 98 LTF).

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,  
La Chambre civile :**

**A la forme :**

Déclare recevable l'appel interjeté le 22 juillet 2016 par A\_\_\_\_\_ contre l'ordonnance OTPI/381/2016 prononcée le 7 juillet 2016 par le Tribunal de première instance dans la cause C/12175/2015.

**Au fond :**

Annule les ch. 1 à 3 du dispositif de cette ordonnance.

**Cela fait :**

Condamne B\_\_\_\_\_ à verser en mains de A\_\_\_\_\_, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, la somme de 1'400 fr. au titre de contribution à l'entretien de l'enfant C\_\_\_\_\_, avec effet rétroactif au 11 février 2015, sous déduction des montants déjà versés à ce titre, totalisant 22'000 fr.

Condamne B\_\_\_\_\_ à verser en mains de A\_\_\_\_\_, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, la somme de 1'400 fr. au titre de contribution à l'entretien de l'enfant D\_\_\_\_\_, avec effet rétroactif au 11 février 2015, sous déduction des montants déjà versés à ce titre, totalisant 22'000 fr.

Confirme l'ordonnance querellée pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Sur les frais :**

Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'200 fr., les compense entièrement avec l'avance de frais versée par A\_\_\_\_\_, qui reste acquise à l'Etat de Genève et les met à la charge des parties par moitié.

Condamne B\_\_\_\_\_ à verser à A\_\_\_\_\_ la somme de 600 fr. en restitution partielle de l'avance de frais fournie.

Dit que chaque partie supporte ses propres dépens.

**Siégeant :**

Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, Madame DEVILLE-CHAVANNE Jocelyne, 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.*

*Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.*

*Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.*