

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/12888/2017

ACJC/1169/2017

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU LUNDI 21 SEPTEMBRE 2017

Entre

Madame A_____, née _____, domiciliée _____ (VD), appelante d'une ordonnance rendue par la 16^{ème} Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 22 août 2017, comparant par Me Sandy Zaech, avocate, 19, boulevard Georges-Favon, case postale 5121, 1211 Genève 11, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____ (GE), intimé, comparant par Me Bernard Nuzzo, avocat, 2, rue Leschot, 1205 Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés ainsi qu'au Service de protection des mineurs et au Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant le 21.09.2017.

Attendu, **EN FAIT**, que par requête déposée au Tribunal de première instance, A_____ a sollicité le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale et de mesures superprovisionnelles;

Que par ordonnance du 14 juin 2017, le Tribunal, statuant sur mesures superprovisionnelles, a, notamment, autorisé les époux A_____ et B_____ à vivre séparés (ch. 1 du dispositif), attribué le domicile conjugal sis _____ (GE) à A_____ (ch. 2) et fait interdiction à B_____ de s'approcher à moins de 300 mètres du domicile conjugal, de A_____ ou de son lieu de travail ou de prendre contact avec elle (ch. 4 à 7), sous la menace de la peine de l'art. 292 CP (ch. 8);

Que par ordonnance du 22 août 2017, le Tribunal, statuant sur mesures provisionnelles, a attribué à B_____ la jouissance exclusive du domicile conjugal sis _____(GE) (ch. 1 du dispositif), attribué la garde des enfants C_____, né le _____ 2007, et D_____, né le _____ 2011, à A_____ (ch. 2), constaté que le nouveau domicile des enfants était sis à _____ (VD) (ch. 3), réservé à B_____ un droit de visite sur ses fils s'exerçant à raison d'un week-end sur deux et de la moitié des vacances scolaires (ch. 4), condamné A_____ à prendre en charge les déplacements des enfants à Genève afin de permettre l'exercice du droit de visite de B_____ (ch. 5), fait interdiction à ce dernier de s'approcher à moins de 300 mètres du logement sis à _____ (VD) (ch. 8) ainsi que de A_____ (ch. 9) et de son lieu de travail à _____ (VD) (ch. 10) et de prendre contact de quelque façon que ce soit avec elle (ch. 11);

Que par acte expédié au greffe de la Cour le 4 septembre 2017, A_____ a formé appel de ce jugement; qu'elle a conclu, avec suite de frais, à l'annulation des ch. 4 et 5 de cette ordonnance et, cela fait, à ce qu'un droit de visite de deux heures une semaine sur deux en milieu surveillé, soit au Point-rencontre de _____, soit accordé à B_____ et que les interdictions de périmètre soient prononcées sous la menace de la peine de l'art. 292 CP;

Qu'elle a conclu, préalablement, à ce que soit ordonnée la restitution partielle de l'effet suspensif pour ce qui avait trait au droit de visite et aux interdictions de périmètre et de contact;

Qu'elle a invoqué à cet égard que si l'effet suspensif n'était pas accordé, l'intérêt des enfants serait mis en péril dans la mesure où ils seraient mis au centre des tensions puisqu'elle serait confrontée à la mise en balance des intérêts des enfants d'une part et la nécessité de respecter une décision de justice d'autre part; que concernant les interdictions de périmètre, il était impératif qu'elle soit protégée au mieux; qu'à défaut, B_____ pourrait s'approcher d'elle sans la moindre sanction;

Qu'invité à se déterminer à cet égard, B_____ a fait valoir que la question de la garde n'avait pas été réglée par les décisions de justice antérieures de sorte que l'octroi de l'effet suspensif reviendrait à lui accorder les mêmes droits que son épouse concernant

la garde des enfants et que la décision attaquée avait le mérite de fixer les relations personnelles entre lui et ses enfants; qu'il avait par ailleurs jusqu'à présent toujours respecté les décisions de justice et n'avait jamais entrepris la moindre démarche afin de prendre contact avec son épouse;

Considérant, **EN DROIT**, que la Cour est saisie d'un appel au sens de l'art. 308 CPC;

Que le jugement querellé portant sur des mesures provisionnelles, l'appel n'a pas d'effet suspensif ex lege (art. 315 al. 4 let. b CPC);

Qu'à teneur de l'art. 315 al. 5 CPC, l'exécution de mesures provisionnelles peut exceptionnellement être suspendue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable;

Que le préjudice difficilement réparable peut être de nature factuelle; il concerne tout préjudice, patrimonial ou immatériel, et peut même résulter du seul écoulement du temps pendant le procès; que le dommage est constitué, pour celui qui requiert les mesures provisionnelles, par le fait que, sans celles-ci, il serait lésé dans sa position juridique de fond et, pour celui qui recourt contre le prononcé de telles mesures, par les conséquences matérielles qu'elles engendrent (ATF 138 III 378 consid. 6.3; arrêt 5A_978/2016 du 16 février 2017 consid. 4);

Que saisie d'une demande d'effet suspensif au sens de l'art. 315 al. 5 CPC, l'autorité cantonale d'appel doit ainsi procéder à une nouvelle pesée des intérêts entre les deux préjudices difficilement réparables, celui du demandeur à l'action si la mesure n'était pas exécutée immédiatement et celui qu'entraînerait pour le défendeur l'exécution de cette mesure (ATF 138 III 378 consid. 6.3; arrêt 5A_514/2012 du 4 septembre 2012 consid. 3.2);

Qu'elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation permettant de tenir compte des circonstances concrètes du cas d'espèce (ATF 137 III 475 consid. 4.1);

Que l'octroi ou le refus de l'effet suspensif doit, sauf motifs sérieux, éviter aux enfants des changements successifs à court terme, le bien de l'enfant commandant, dans la règle, de maintenir les choses en l'état et de laisser celui-ci auprès de la personne qui lui sert de référence (ATF 138 III 565 consid. 4.3.2; arrêts du Tribunal fédéral 5A_419/2014 du 9 octobre 2014 consid. 7.1; 5A_648/2014 du 3 octobre 2014 consid. 3.2.2; 5A_556/2013 du 7 octobre 2013 consid. 3.2.2; 5A_780/2012 du 8 novembre 2012 consid. 3.3.2);

Qu'en l'espèce, selon les indications du SPMi, les enfants n'ont pas vu leur père depuis le mois de juin dernier et ce service a préconisé que les relations personnelles entre l'intimé et ses enfants soient fixées dans un Point Rencontre;

Qu'il convient de maintenir la situation qui prévaut actuellement et d'éviter, durant la procédure d'appel, un changement dans les relations entre le père et les enfants, lequel ne serait que temporaire dans l'hypothèse où l'appel, qui n'est pas, *prima facie*, d'emblée manifestement dépourvu de toute chance de succès, était admis sur ce point;

Que l'intimé ne peut être suivi en tant qu'il fait valoir que si l'effet suspensif sollicité était restitué, il aurait les mêmes droits que l'appelante s'agissant de la garde des enfants, la requête d'effet suspensif ne portant pas sur le ch. 2 du dispositif de l'ordonnance attaquée qui attribue ladite garde à l'appelante;

Que la requête d'effet suspensif sera donc admise en tant qu'elle porte sur le droit de visite réservé à l'intimé sur ses enfants par l'ordonnance attaquée;

Que concernant l'instauration des interdictions de périmètre sous la menace de la peine de l'art. 292 CP, l'appelante fait état de la possibilité que l'intimé aurait de l'approcher sans être sanctionné si une telle menace n'était pas prévue; que l'absence de menace de la peine prévue par l'art. 292 CP ne signifie pas que les interdictions prononcées sont inexistantes; que l'intimé ne fait cependant pas valoir de préjudice difficilement réparable si l'effet suspensif était accordé à cet égard; que l'appel n'apparaît pas d'emblée manifestement infondé sur ce point;

Que par conséquent, l'effet suspensif sera accordé en ce sens que la menace de la peine prévue par l'art. 292 CP figurant au ch. 8 du dispositif de l'ordonnance sur mesures superprovisionnelles du 14 juin 2017 en relation avec les interdictions d'approcher prononcées reste en vigueur jusqu'à droit jugé sur l'appel;

Qu'il sera statué sur les frais et dépens de l'incident avec la décision au fond (art. 104 al. 3 CPC).

* * * * *

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

Statuant sur requête de suspension du caractère exécutoire de l'ordonnance entreprise :

Admet la requête formée par A_____ tendant à la suspension du caractère exécutoire de l'ordonnance OTPI/431/2017 rendue le 22 août 2017 par le Tribunal de première instance dans la cause C/12888/2017 en tant que cette requête porte sur le droit de visite réservé à B_____ sur ses enfants par ladite ordonnance et en ce sens que la menace de la peine prévue par l'art. 292 CP figurant au ch. 8 du dispositif de l'ordonnance sur mesures superprovisionnelles du 14 juin 2017 reste en vigueur jusqu'à droit jugé sur l'appel.

Dit qu'il sera statué sur les frais liés à la présente décision dans l'arrêt rendu sur le fond.

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Madame Camille LESTEVEN, greffière.

Le président :

Laurent RIEBEN

La greffière :

Camille LESTEVEN

Indications des voies de recours :

La présente décision, incidente et de nature provisionnelle (ATF 137 III 475 consid. 1 et 2), est susceptible d'un recours en matière civile (art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005; LTF – RS 173.110), les griefs pouvant être invoqués étant toutefois limités (art. 93/98 LTF), respectivement d'un recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF). Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de la décision attaquée.

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