

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/14363/2014

ACJC/1068/2015

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 11 SEPTEMBRE 2015

Entre

A_____, domicilié _____ Genève, appelant d'un jugement rendu par la 5ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 27 février 2015, comparant par Me Caroline Dessimoz, avocate, 42, chemin du Grand-Puits, 1217 Meyrin (GE), en l'étude de laquelle il fait élection de domicile,

et

B_____, domiciliée _____ Genève, intimée, comparant par Me Laurence Mizrahi, avocate, 12, rue du Lac, case postale 6150, 1211 Genève 6, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 16 septembre 2015.

EN FAIT

- A. Par jugement JTPI/2524/2015 du 27 février 2015, expédié pour notification aux parties le 2 mars suivant, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures protectrices de l'union conjugale, a notamment attribué à B_____ la garde sur l'enfant C_____, né le _____ 2008 à _____ (Mali) (ch. 4 du dispositif), a réservé à A_____ un droit de visite sur l'enfant C_____ devant s'exercer, à défaut d'accord contraire des parties, à raison d'un soir par semaine, le mardi à la sortie de l'école au mercredi matin, d'un week-end sur deux, du vendredi à la sortie de l'école au lundi matin et pendant la moitié des vacances scolaires (ch. 5) et condamné A_____ à verser en mains de B_____, par mois et d'avance, allocations familiales éventuelles non comprises, la somme de 700 fr. à compter du départ d'C_____ du domicile conjugal, au titre de contribution à son entretien (ch. 9).

Le Tribunal a également autorisé les époux A_____, né le _____ 1959 à _____ (Mali) et B_____, née le _____ 1982 à _____ (Mali) à vivre séparés (ch. 1), attribué à A_____ la jouissance exclusive du domicile conjugal sis _____ à Genève (ch. 2), a attribué à A_____ la garde sur l'enfant D_____, né le _____ 2001 à _____ (Mali) (ch. 3), réservé à B_____ un droit de visite sur l'enfant D_____ devant s'exercer, à défaut d'accord contraire entre les parties, à raison d'un week-end sur deux, du vendredi à la sortie de l'école au lundi matin et pendant la moitié des vacances scolaires (ch. 6), dit que les droits de visite susvisés seront exercés en alternance, de telle sorte que les deux enfants C_____ et D_____ se trouvent ensemble chaque week-end en même temps, soit chez leur mère, soit chez leur père (ch. 7), condamné A_____ à verser en mains de B_____, par mois et d'avance, le somme de 2'000 fr. à compter du départ de B_____ du domicile conjugal, au titre de contribution à son entretien (ch. 8), arrêté les frais judiciaires à 900 fr., répartis à raison de la moitié à charge des parties, la part de B_____ étant provisoirement supportée par l'Etat de Genève et A_____ condamné à verser le montant de 50 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire (ch. 10), dit qu'il n'est pas alloué de dépens (ch. 11) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 12).

Le Tribunal a retenu que les deux parents avaient de capacités parentales adéquates pour assurer une bonne prise en charge de leurs enfants. Le Service de protection des mineurs ayant recommandé que la garde de l'enfant C_____ soit attribuée à la mère, compte tenu de sa disponibilité à prendre soin de celui-ci, ce critère revêtant un caractère essentiel, en raison du jeune âge de l'enfant, le Tribunal a suivi cette recommandation. Afin que C_____ puisse bénéficier de temps avec ses trois grands-frères, un droit de visite élargi sur l'enfant C_____ a été réservé au père. Les droits de visite de la mère sur D_____ et du père sur

C_____ devaient être exercés en alternance, de sorte que les enfants se trouvent chaque week-end en même temps, soit chez leur mère, soit chez leur père.

- B. a.** Par acte déposé le 12 mars 2015 au greffe de la Cour de justice, A_____ a formé appel de ce jugement, dont il a sollicité l'annulation des chiffres 4, 5 et 9 de son dispositif. Il a conclu à l'attribution en sa faveur de la garde sur l'enfant C_____ et à ce qu'un large droit de visite sur l'enfant soit réservé à B_____, lequel serait exercé, sauf accord contraire des parties, à raison d'un jour par semaine, du mardi soir 18h. au mercredi soir 18 h., un week-end sur deux, du vendredi soir 18 h. au dimanche soir 18 h. et de la moitié des vacances scolaires, les frais judiciaires des deux instances devant être partagés par moitié et les dépens, compensés.

Il a fait valoir que le droit d'être entendu de C_____ avait été violé, dès lors qu'il n'avait pas été entendu par le Tribunal, alors-même que, âgé de 6 ans, et devant être séparé de ses trois frères, une telle audition s'avérait indispensable.

A_____ a également souligné que le seul critère de l'intérêt de l'enfant, bien qu'encore jeune, ne pouvait conduire à ce que la garde soit confiée à la mère. Dans la mesure où C_____ avait toujours vécu avec ses frères, tous âgés de 13 ans, il se justifiait de maintenir la fratrie et d'attribuer le droit de garde de C_____ au père.

Il a également requis la suspension du caractère exécutoire du jugement, requête rejetée par arrêt présidentiel du 7 avril 2015 (ACJC/_____).

- b.** Par mémoire de réponse du 8 avril 2015, B_____ a requis la confirmation du jugement entrepris, avec suite de frais et dépens.

Elle a indiqué que A_____ sollicitait pour les besoins de la cause seulement et pour la première fois en appel l'audition de l'enfant, n'étant pas satisfait du jugement entrepris. Dans la mesure où A_____ s'occupait majoritairement des études de trois autres adolescents, dont le niveau scolaire était moins bon que celui de C_____, alors que c'était elle qui amenait C_____ toutes les semaines à ses leçons de sport, soit le mercredi au football et le jeudi au karaté, et qu'elle disposait du temps nécessaire pour s'en occuper, c'était à bon droit que le Tribunal lui avait attribué la garde de l'enfant.

- c.** Par réplique du 23 avril 2015 et duplique du 7 mai 2015, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

- d.** Les parties ont été avisées par pli du greffe du 8 mai 2015 de ce que la cause était gardée à juger.

- C.** Les faits pertinents suivants résultent de la procédure.

a. Les époux A _____ né le _____ 1959 à _____ (Mali), de nationalité malienne et B _____, née _____ le _____ 1982 à _____ (Mali) de nationalité malienne ont contracté mariage le _____ 2001 à _____ (Mali).

b. Deux enfants sont issus de cette union, soit :

- D _____, né le _____ 2001 à _____ (Mali);
- C _____, né le _____ 2008 à _____ (Mali).

c. A _____ a également adopté les enfants jumeaux de sa sœur :

- E _____, né le _____ 2001 à _____ (Mali);
- F _____, né le _____ 2001 à _____ (Mali).

d. En juillet 2009, les époux _____ et les quatre enfants se sont installés à Genève.

e. En mai 2011, B _____ a quitté le domicile conjugal avec C _____ et a demandé le prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale. Un mois plus tard, elle a réintégré le domicile conjugal et retiré sa requête.

f. Le 14 juillet 2014, B _____ a quitté le domicile conjugal avec C _____.

g. Par acte déposé le 16 juillet 2014 au Tribunal, A _____ a requis des mesures protectrices de l'union conjugale, avec mesures superprovisionnelles. Il a conclu à ce que le Tribunal autorise les époux à vivre séparés, lui attribue la garde sur les enfants D _____ et C _____ et réserve à la mère un large droit de visite devant s'exercer d'un commun accord, lui attribue la jouissance du domicile conjugal et réserve la question du versement d'une contribution à l'entretien de son épouse.

Sur mesures superprovisionnelles, il a conclu à ce que le Tribunal lui attribue la garde sur l'enfant C _____, l'autorise à se rendre à _____ du 18 juillet au 21 août 2014 et lui donne acte de son engagement à revenir en Suisse avec l'enfant le 21 août au plus tard.

h. Par ordonnance du 17 juillet 2014, la Présidente *ad interim* du Tribunal a rejeté les mesures superprovisionnelles sollicités, motif pris qu'une décision sur l'attribution de la garde de l'enfant nécessitait des investigations notamment sous la forme d'une enquête du Service de protection des mineurs (SPMi) et de l'audition des époux et que l'autorisation de se rendre en vacances au Mali impliquerait la mise en œuvre de mesures de contraintes à l'égard de la mère qui pouvaient être préjudiciables à l'équilibre de l'enfant.

i. Par acte déposé le 22 juillet 2014 au Tribunal, B _____ a requis des mesures protectrices de l'union conjugale, avec mesures superprovisionnelles. Elle a conclu notamment à ce que le Tribunal autorise les époux à vivre séparés, lui attribue la garde sur les enfants D _____ et C _____ et réserve au père un large

droit de visite devant s'exercer une journée par semaine, lui attribue la jouissance du domicile conjugal et condamne son époux à lui verser la somme de 5'160 fr. par mois, à titre de contribution à l'entretien de la famille avec avis à débiteur.

Sur mesures superprovisionnelles, elle a conclu à ce que le Tribunal lui attribue la jouissance exclusive du domicile conjugal, condamne son époux à le quitter immédiatement et condamne son époux à lui verser une contribution à l'entretien de la famille de 4'104 fr.

j. Par ordonnance du 23 juillet 2014, la Présidente *ad interim* du Tribunal a condamné A_____ à verser à son épouse la somme de 1'750 fr. à titre de contribution à son entretien et à celui de l'enfant C_____ (addition des minima vitaux); elle a rejeté la requête pour le surplus considérant notamment que le fait d'attribuer le domicile à l'épouse impliquerait que le père se retrouve, à son retour de vacances, à la rue, avec trois enfants et à la veille de la rentrée scolaire.

k. A_____ est revenue au domicile conjugal le 29 juillet 2014, avec C_____.

l. Lors de l'audience du 3 octobre 2014 du Tribunal, les époux ont persisté dans les termes de leur requête. B_____ a également conclu au versement d'une *provisio ad litem* de 3'000 fr.

m. Le rapport du SPMi du 26 novembre 2014 a révélé que la situation familiale était suivie en appui éducatif depuis juillet 2013 et que le dossier avait déjà été ouvert de mars 2010 à septembre 2011, dans le cadre d'un signalement de la part du Service de santé de l'enfance et de la jeunesse concernant D_____. Le SPMi a relevé que chaque parent mobilisait ses compétences et se rendait disponible pour les enfants : la mère se montrait engagée et s'investissait dans les suivis médicaux, les repas, le suivi scolaire, l'éducation et les tâches ménagères et le père se montrait présent dans le suivi scolaire, dans les activités éducatives et culturelles et dans les tâches domestiques, notamment le week-end. Le SPMi a constaté en outre que chacun des parents avait des capacités parentales adéquates pour assurer une bonne prise en charge des enfants.

Au vu du jeune âge de C_____ (6 ans) et du fait que ce dernier passait plus de temps avec sa mère qu'avec son père, le SPMi recommandait que sa garde soit confiée à la mère et qu'un droit de visite s'exerçant au minimum un week-end sur deux, du vendredi sortie de l'école au dimanche 17 heures ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires soit réservé au père.

Au vu de l'âge de D_____ (13 ans), du fait que l'adolescent nécessitait un encadrement spécifique que la mère avait de la peine à assurer, qu'il nécessitait également un accompagnement scolaire soutenu au vu de ses faibles résultats, que seul son père était disposé à apporter, des relations que D_____ entretenait avec E_____ et F_____, scolarisés dans le même cycle d'orientation que lui et avec

lesquels il faisait souvent ses devoirs et de l'organisation des activités culturelles et sportives par le père, le SPMi recommandait que sa garde soit confiée au père et qu'un droit de visite s'exerçant au minimum un week-end sur deux, du vendredi sortie de l'école au dimanche 17 heures ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, soit réservé à la mère.

n. Lors de l'audience du 16 janvier 2015 du Tribunal, les parties ont confirmé qu'elles vivaient toutes deux au domicile conjugal et ont sollicité le dépôt de plaidoiries écrites.

o. La situation financière des parties et des enfants était la suivante :

- Depuis mai 2009, A_____ travaillait comme ingénieur en télécommunication à l'Union internationale des télécommunications à Genève (UIT), à plein temps mais il disposait d'un horaire de travail très flexible. Depuis juin 2014, il percevait un salaire mensuel net de quelques 8'940 fr., hors allocations familiales et allocation logement, les primes d'assurance maladie pour lui et sa famille déduites de ce salaire.

Au titre des charges mensuelles, ont été retenues le loyer de l'appartement de 2'779 fr. (3'039 fr. sous déduction de 260 fr. d'allocations logement), les frais de transport de 70 fr. et le montant de base OP de 1'350 fr.

- B_____ avait suivi une formation d'enseignante au Mali. Elle travaillait actuellement comme femme de ménage à raison de 10 à 15h par semaine pour une rémunération totale d'environ 1'000 fr. par mois.

Ses charges mensuelles comprenaient, hors frais de logement, les frais de transport de 70 fr. et le montant de base OP de 1'350 fr., soit 1'420 fr. sa prime d'assurance maladie était déduite du salaire de son époux.

- Les charges de E_____ et F_____ ont été arrêtées à 658 fr. par enfant, comprenant 35 fr. d'activités extrascolaires, 23 fr. de frais de transport et 600 fr. de montant de base OP.
- Les charges de D_____ étaient identiques à celles de E_____ et F_____, soit 658 fr.
- Concernant C_____, ses charges mensuelles comprenaient 42 fr. 50 d'activités parascolaires, 104 fr. 15 d'activités extrascolaires, 23 fr. de frais de transport et 400 fr. de montant de base OP, soit 569 fr. 65.
- A_____ percevait des allocations familiales de 929 fr. par mois pour ses quatre enfants.

p. Dans ses plaidoiries écrites du 16 février 2015, A_____ a conclu à ce que le Tribunal autorise les époux à vivre séparés, lui attribue la garde sur les enfants C_____ et D_____ et réserve à la mère un droit de visite s'exerçant au minimum un jour par semaine, du mardi 18h. au mercredi 18h., un week-end sur deux, du vendredi 18h. au dimanche 18h. ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, lui attribue la jouissance exclusive du domicile conjugal et impartisse à son épouse un délai raisonnable pour quitter le domicile conjugal, et lui donne acte de son engagement à verser à son épouse, par mois et d'avance, une contribution d'entretien de 2'000 fr. dès qu'elle aurait quitté le domicile conjugal et pour une durée maximum de six mois.

q. Dans ses plaidoiries écrite du 16 février 2015, B_____ a conclu principalement à ce que le Tribunal autorise les époux à vivre séparés, lui attribue la garde sur les enfants C_____ et D_____ et réserve au père un droit de visite s'exerçant au minimum un week-end sur deux, du vendredi sortie de l'école au dimanche 17h. ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, lui attribue la jouissance exclusive du domicile conjugal ainsi que du mobilier le garnissant, condamne son époux à lui verser, par mois et d'avance, 3'000 fr. à titre de contribution à son entretien, condamne le père à verser en ses mains, par mois et d'avance, 1'300 fr. à titre de contribution à l'entretien de C_____, ce dès son départ du domicile conjugal, condamne le père à verser en ses mains, par mois et d'avance, 1'400 fr. à titre de contribution à l'entretien de D_____, ce dès son départ du domicile conjugal, ordonne à l'employeur de son époux de verser les sommes précitées directement en ses mains et condamne son époux à lui verser une *provisio ad litem* de 3'000 fr.

Subsidiairement, elle a conclu à ce que le Tribunal autorise les époux à vivre séparés, lui attribue la garde sur l'enfant C_____ et réserve au père un droit de visite s'exerçant au minimum un week-end sur deux, du vendredi sortie de l'école au dimanche 17h. ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, attribue au père la garde sur l'enfant D_____ et lui réserve un droit de visite s'exerçant au minimum un week-end sur deux, du vendredi sortie de l'école au dimanche 17h. ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, attribue à son époux la jouissance exclusive du domicile conjugal ainsi que du mobilier le garnissant, lui réserve néanmoins la possibilité de rester dans l'appartement jusqu'à ce qu'elle trouve une solution de relogement pour elle et C_____, condamne son époux à lui verser, par mois et d'avance, 3'000 fr. à titre de contribution à son entretien à compter de son départ du domicile conjugal, condamne le père à verser en ses mains, par mois et d'avance, 1'300 fr. à titre de contribution à l'entretien de C_____, à compter de son départ du domicile conjugal, ordonne à l'employeur de son époux à verser les sommes précitées directement en ses mains et condamne son époux à lui verser une *provisio ad litem* de 3'000 fr.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur mesures provisionnelles, 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). Ainsi la durée des revenus et prestations périodiques est indéterminée ou illimitée, le capital est constitué d'un montant annuel du revenu ou de la prestation, multipliée par 20 (art. 92 al. 2 CPC).

En l'espèce, le litige porte sur l'attribution de la garde d'un enfant mineur et le droit de visite, ainsi que sur la contribution à l'entretien du parent non gardien de l'enfant; la cause est ainsi non pécuniaire dans son ensemble (arrêts du Tribunal fédéral 5A_196/2013 du 25 septembre 2013 consid. 1.1; 5A_483/2011 du 31 octobre 2011 consid. 1.1). La voie de l'appel est ainsi ouverte.

1.2 L'appel a été interjeté dans le délai de dix jours (art. 271 et 314 al. 1 CPC) et suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1 CPC). Il est ainsi recevable.

Sont également recevables l'écriture responsive de l'intimé (art. 248 let. d, 312 al. 1 et 314 al. 1 CPC) ainsi que les déterminations subséquentes des parties (ATF 138 I 154 consid. 2.3.3; 137 I 195 consid. 2.3.1 = SJ 2011 I 345).

1.3 La Cour revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

Le litige portant sur la contribution due à un enfant mineur et les relations personnelles entre cet enfant et le parent non gardien, les maximes inquisitoire et d'office illimitées régissent la procédure (art. 296 al. 1, 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 réf.; arrêt du Tribunal fédéral 5A_996/2012 du 18 avril 2013 consid. 3.2.2), de sorte que la Cour n'est ainsi liée ni par les conclusions des parties sur ce point (art. 296 al. 3 CPC) ni par l'interdiction de la *réformatio in pejus* (ATF 129 III 417 consid.2.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_562/2009 du 18 janvier 2010 consid. 3.1).

2. La nationalité étrangère des parties constitue un élément d'extranéité (art. 1 al. 1 LDIP).

Les tribunaux genevois sont compétents pour connaître de la demande (art. 46 LDIP), compte tenu des domiciles genevois des parties. Le droit suisse est par ailleurs applicable (art. 4 de la Convention de la Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, applicable erga omnes; RS 0.211.213.01, applicable par renvoi des art. 48 et 49 LDIP), ce qui n'est au demeurant pas contesté par les parties.

-
3. En application du principe de la force de chose jugée partielle instituée par l'art. 315 al. 1 CPC, la Cour peut revoir uniquement celles des dispositions du jugement entrepris qui sont remises en cause en appel, à la seule exception du cas visé par l'art. 282 al. 2 CPC, non réalisé en l'espèce.

Le principe de la chose jugée l'emporte ainsi sur celui de la maxime d'office.

Dès lors, les chiffres 1 à 3, 6 à 8 et 12 du dispositif du jugement querellé, non remis en cause par l'appelant, sont entrés en force de chose jugée. En revanche, les chiffres 10 et 11, relatifs aux frais de première instance, pourront encore être revus d'office en cas d'annulation de tout ou partie du jugement entrepris dans le cadre du présent appel (art. 318 al. 3 CPC).

4. La procédure de mesures protectrices de l'union conjugale est une procédure sommaire au sens propre (art. 271 CPC; ATF 127 III 474 consid. 2b/bb; arrêts du Tribunal fédéral 5A_340/2008 consid. 3.1; 5A_344/2008 consid. 2; HOHL, op. cit., n. 1900). Cette procédure n'est donc pas destinée à trancher des questions litigieuses délicates nécessitant une instruction approfondie (SJ 1988 p. 638). L'autorité saisie peut s'en tenir à la vraisemblance des faits allégués, solution qui est retenue en matière de mesures provisoires selon l'art. 137 al. 2 aCC, abrogé par le CPC mais à laquelle il est donc possible de se référer (arrêt du Tribunal fédéral 5A_124/2008 du 10 avril 2008; ATF 127 III 474 consid. 2b/b). Il incombe à chaque époux de communiquer tous les renseignements relatifs à sa situation personnelle et économique, accompagnés des justificatifs utiles, permettant ensuite d'arrêter la contribution en faveur de la famille (BRÄM/HASENBÖHLER Commentaire zurichois, n. 8-10 ad art. 180 CC).

Aux termes de l'art. 271 let. a CPC, les mesures protectrices de l'union conjugale (art. 172 à 179 CC) sont ordonnées à la suite d'une procédure sommaire. La décision de mesures protectrices de l'union conjugale est en principe provisoire et revêtue d'une autorité de la chose jugée limitée. La jurisprudence rendue avant l'entrée en vigueur du CPC demeure applicable (en particulier l'ATF 127 III 474 consid. 2b/bb p. 478 s.) : la cognition du juge est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit (arrêts du Tribunal fédéral 5A_318/2014, 5A_333/2014 du 2 octobre 2014 consid. 2.2; 5A_557/2013 du 23 décembre 2013 consid. 1.3), l'exigence de célérité étant privilégiée par rapport à celle de sécurité (HOHL, op. cit., n. 1901; HALDY, La nouvelle procédure civile suisse, 2009, p. 71; VOUILLOZ, Les procédures du droit de la famille, in Jusletter 11 octobre 2010, Rz n. 6; VETTERLI, Das Eheschutzverfahren nach der schweizerischen Zivilprozessordnung, in FamPra.ch 2010, p. 787). Tous les moyens de preuve sont en principe admissibles (art. 254 al. 2 let. c CPC), étant précisé que ceux dont l'administration ne peut intervenir immédiatement ne doivent être ordonnés que dans des circonstances exceptionnelles (arrêt du Tribunal fédéral 5A_444/2008 du 14 août 2008 consid. 2.2).

-
5. L'appelant soutient que le droit d'être entendu de C_____ a été violé, le premier juge n'ayant pas procédé à son audition.

5.1 Aux termes de l'art. 298 al. 1 CPC, applicable à tout litige matrimonial dans lequel le juge est appelé à statuer sur le sort de l'enfant (JEANDIN, Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY (éd.), ad art. 298 n. 6), celui-ci est entendu personnellement et de manière appropriée par le Tribunal ou un tiers nommé à cet effet, pour autant que son âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas.

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, comme en ce qui concerne l'art. 298 CPC, applicable dans les procédures de droit matrimonial, l'audition de l'enfant ne présuppose pas que l'enfant ait la capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC. Selon la ligne directrice développée par le Tribunal fédéral dans le cadre des procédures de droit matrimonial, l'audition d'un enfant est possible dès qu'il a atteint l'âge de six ans révolus (ATF 133 III 553 consid. 3; 131 III 553 consid. 1.2.3; arrêt du Tribunal fédéral 5A_593/2011 du 10 février 2012 consid. 3.2), bien qu'en psychologie infantine, il soit admis 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_554/2014 du 21 octobre 2014 consid. 5.1.2; 5A_869/2013 du 24 mars 2014 consid. 2.1.1; 5A_593/2011 du 10 février 2012 consid. 3.2). L'audition d'un jeune enfant vise donc 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, le jeune enfant n'étant pas encore en mesure de s'exprimer sans faire abstraction de facteurs d'influence immédiats et extérieurs, ni de formuler une volonté stable (ATF 133 III 146 consid. 2.6; 131 III 553 consid. 1.2.2 et les références). L'audition des enfants découle aussi directement de l'art. 12 CDE (ATF 124 II 90 consid. 3a). Cette norme conventionnelle ne consacre toutefois pas de prérogatives plus larges que celles résultant du droit fédéral (au sujet de l'art. 144a CC, cf. ATF 131 III 553 et les références; arrêt du Tribunal fédéral 5A_735/2007 du 28 janvier 2008 consid. 2.1, publié in : FamPra.ch 2008 p. 449). L'art. 12 CDE garantit à chaque enfant le droit d'exprimer son avis dans toute procédure le concernant, dans la mesure où il est capable de se forger une opinion propre, ce qui correspond à la notion de discernement au sens de l'art. 16 CC (ATF 131 III 553 consid. 1.1 et les références; arrêts du Tribunal fédéral 5A_554/2014 du 21 octobre 2014 consid. 5.1.2; 5A_869/2013 du 24 mars 2014 consid. 2.1.1).

5.2 En l'espèce, l'enfant C_____ est né en 2008. Il avait par conséquent moins de six ans lors de l'introduction de la demande de première instance et tout juste six ans lors du dépôt du rapport d'évaluation par le SPMi. Il n'a, en procédure d'appel, pas encore atteint l'âge de sept ans. Compte tenu de son âge, on ne saurait lui

reconnaître la capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC. L'art. 12 CDE n'a donc pas été enfreint. Par ailleurs, son audition consistait avant tout en un moyen de preuve supplémentaire, dont l'administration pouvait être admise comme superflue, si le Tribunal considérait les éléments dont il disposait comme étant suffisamment établis et pertinents pour trancher la question litigieuse.

Par conséquent, aucune violation du droit d'être entendu de l'enfant C_____ ne peut être retenue.

- 6. 6.1** En vertu de l'art. 176 al. 3 CC, lorsque les époux ont des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (cf. art. 273 ss CC).

Selon l'art. 296 al. 1er CC, l'enfant est soumis, pendant sa minorité, à l'autorité parentale.

Le droit de garde est une composante de l'autorité parentale. Il consiste dans la compétence de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant. Le détenteur de l'autorité parentale peut confier des enfants à des tiers, exiger sa restitution, surveiller ses relations et diriger son éducation (DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, Droit de la famille, Lausanne 2013, n. 1.2 ad art. 296 CC; ATF 128 II 9 consid. 4a).

Lorsque le juge ordonne les mesures nécessaires concernant les enfants mineurs, le principe fondamental est l'intérêt de l'enfant, celui des parents étant relégué à l'arrière-plan. Au nombre des critères essentiels, entrent en ligne de compte les relations entre les parents et l'enfant, les capacités éducatives respectives des père et mère, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement et 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 (ATF 136 I 178 consid. 5.3, arrêts du Tribunal fédéral 5A_497/2011 du 5 décembre 2011 consid. 6.1; TF, FamPra 2006 p. 193 consid. 2.1; 5A_693/2007 du 18 février 2008 consid. 5.1). Le désir d'attribution exprimé par l'enfant peut jouer un rôle important s'il apparaît, sur le vu de son âge et de son développement, qu'il s'agit d'une ferme résolution de sa part et que ce désir reflète une relation effective étroite avec le parent désigné (FamPra 2006 p. 193 consid. 2.1; ATF 126 III 497 consid. 4). En matière de mesures protectrices, qui visent à maîtriser une crise conjugale, il convient d'accorder une importance primordiale aux conditions de vie et à la répartition des tâches qui existaient jusque-là; il en résulte surtout le besoin de créer au plus vite une situation optimale pour les enfants (TF, FamPra 2003, p. 700).

En cas de capacités équivalentes, la disponibilité des parents est déterminante, surtout chez les enfants en bas âge. En cas de disponibilité équivalente, la stabilité

et les relations familiales sont à examiner. Ces critères peuvent être mis en balance avec d'autres, tels que la volonté d'un parent à coopérer avec l'autre ou la nécessité de ne pas séparer la fratrie (arrêt du Tribunal fédéral 5A_834/2012 du 26 février 2013 consid. 4.1).

Lorsqu'il y a plusieurs enfants, le juge évite de les séparer, ce afin d'éviter de compromettre, sans raisons impérieuses, les liens d'affection qui les unissent ainsi que les bénéfices de l'éducation qu'ils ont reçue en commun (ATF 115 II 317 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_183/2010 du 19 avril 2010 consid. 3.3.1 in fine). La Cour de céans a retenu que s'il est en principe déconseillé de séparer une fratrie, ce principe n'est pas intangible, le juge devant examiner l'ensemble des circonstances au regard de l'intérêt de chaque enfant en particulier (ACJC/1198/2011 du 23 septembre 2011 consid. 2.2).

Le juge n'est pas lié par les conclusions du SPMi; le rapport de ce service (lequel constitue une preuve au sens des art. 168 et 190 CPC) est soumis, à l'instar des autres preuves, au principe de la libre appréciation consacré par l'art. 157 CPC (HAFNER, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER [éd.], 2013, n. 4 ad art. 190 CPC; WEIBEL/NAEGELI, in Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [éd.], 2013, n. 8 ad art. 190 CPC).

6.2 En l'espèce, il n'est pas contesté que les parties disposent de capacités parentales adéquates pour assurer une bonne prise en charge des enfants. Il est également constant que l'appelant travaille à plein temps – et dispose d'un horaire de travail très flexible – et que l'intimée exerce une activité professionnelle à raison de 10 à 15 heures par semaine.

La Cour retient que l'appelant, auquel la garde de l'adolescent D_____ a été confiée par le Tribunal, laquelle n'est pas remise en cause et est dans l'intérêt de celui-ci, doit s'occuper de trois enfants adolescents et du même âge. Le rapport du SPMi a mis en évidence que D_____, au vu de ses faibles résultats scolaires, nécessitait un accompagnement soutenu, que l'appelant était à même d'assurer.

Par ailleurs, avec le SPMi, au vu du jeune âge de C_____ et du fait qu'il passe plus de temps avec l'intimée qu'avec l'appelant, il est dans l'intérêt et le bien de l'enfant que sa garde soit assurée par la mère. C_____ passe par ailleurs tous les mercredis avec elle. L'intimé est d'ailleurs très engagée et investie dans les suivis médicaux, les repas, le suivi scolaire et l'éducation de C_____.

De surcroît, D_____ et ses deux frères, sont scolarisés au Cycle d'orientation, alors que C_____ fréquente l'école primaire et la différence d'âge entre celui-ci et ses frères est importante (7 ans).

Ainsi, la séparation de la fratrie est dans le cas d'espèce conforme à l'intérêt de l'enfant C_____, de sorte qu'il se justifie que sa garde soit confiée à la mère.

La Cour relève que cette séparation est atténuée par le large droit de visite en faveur de l'appelant fixé par le Tribunal, non remis en cause par les parties en tant que tel et conforme à l'intérêt de l'ensemble des enfants. En effet, ces derniers passeront, chaque semaine, des moments ensemble le mardi soir à la sortie de l'école jusqu'au mercredi matin, un week-end sur deux, du vendredi à la sortie de l'école jusqu'au lundi matin, ainsi que la moitié des vacances scolaires.

6.3 Par conséquent, l'appelant sera débouté de ses conclusions et les ch. 4 et 5 du jugement querellé seront confirmés.

6.4 L'appelant a contesté la contribution à l'entretien de C_____, en lien avec la remise en cause de l'attribution du droit de garde. Dans la mesure où la quotité de la contribution n'est pas contestée, et que la garde de l'enfant est attribuée à l'intimée, il se justifie également de confirmer la contribution fixée par le Tribunal, à 700 fr. par mois à compter du départ de C_____ du domicile conjugal. Celle-ci est d'ailleurs conforme aux revenus et charges des parties.

7. 7.1 Lorsque la Cour de céans statue à nouveau, elle se prononce sur les frais fixés par le Tribunal de première instance (art. 318 al. 3 CPC).

Le premier juge a mis les frais judiciaires, arrêtés à 900 fr., à la charge des parties pour moitié chacune et n'a pas alloué de dépens. A défaut de grief motivé concernant les frais de première instance et au vu de l'issue du litige, il n'y a pas lieu de modifier la décision du premier juge sur ces points, de sorte que les ch. 10 et 11 seront confirmés.

7.2 Les frais d'appel, arrêtés à 1'325 fr. (art. 30 al. 1 et 35 RTFD), seront mis à la charge des parties pour moitié chacune, compte tenu de la nature familiale du litige (art. 95 et 107 al. 1 let. c CPC), partiellement compensés par l'avance de frais du même montant fournie par l'appelant, acquise à l'Etat (art. 111 al. 1 CPC). La part de l'intimée de 662 fr. 50 sera provisoirement supportée par l'Etat (art. 122 al. 1 let. b et 123 al. 1 CPC; art. 19 RAJ), l'intimée plaidant au bénéfice de l'assistance juridique.

En conséquence, la somme de 662 fr. 50 sera restituée à l'appelant.

Les parties supporteront par ailleurs leurs propres dépens.

8. S'agissant de mesures protectrices de l'union conjugale prononcées pour une durée indéterminée (art. 51 al. 4 LTF), la valeur litigieuse est supérieure au seuil de 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF), ce qui ouvre la voie du recours en matière civile au Tribunal fédéral (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 12 mars 2015 par A_____ contre les chiffres 4, 5 et 9 du dispositif du jugement JTPI/2524/2015 rendu le 27 février 2015 par le Tribunal de première instance dans la cause C/14363/2014-5.

Au fond :

Confirme ce jugement.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais à 1'325 fr. et les met à la charge des parties pour moitié chacune.

Les compense à due concurrence avec l'avance de frais de 662 fr. 50 fournie par A_____, acquise à l'Etat.

Dit que la part de 662 fr. 50 à charge de B_____ est provisoirement supportée par l'Etat de Genève.

Ordonne aux Services financiers du Pourvoir judiciaire de restituer la somme de 662 fr. 50 à A_____.

Dit que chacune des parties conserve à sa charge ses propres dépens.

Siégeant :

Madame Valérie LAEMMEL-JUILLARD, présidente; Madame Nathalie LANDRY-BARTHE, Monsieur Patrick CHENAUX, 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.