REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/18100/2021 **ACJC/1051/2022**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU JEUDI 11 AOÛT 2022

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____, appelant contre une ordonnance rendue par la 20ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 31 mars 2022, comparant par Me Caroline FERRERO MENUT, avocate, ETUDE CANONICA & ASSOCIES, rue François-Bellot 2, 1206 Genève, en l'Etude de laquelle il fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée _____, intimée, comparant par Me Ninon PULVER, avocate, NP & VS AVOCATES, rue des Alpes 15, case postale, 1211 Genève 1, en l'Etude de laquelle elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 17.08.2022.

EN FAIT

A. Par ordonnance OTPI/185/2022 rendue le 31 mars 2022 sur mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure en divorce, le Tribunal de première instance a suspendu les relations personnelles entre A_____ et son fils C_____ (ch. 1er du dispositif), interdit à A_____ de prendre contact avec son fils de quelque manière que ce soit (ch. 2) et de s'approcher de son école à moins de 200 mètres (ch. 3), réservé la suite de la procédure après le dépôt de l'expertise et le sort des frais (ch. 4 et 5) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 6).

B. **a.** Par acte déposé le 11 avril 2022, A_____ a appelé de cette ordonnance, qu'il a reçue le 1er avril 2022 et dont il sollicite l'annulation. Il conclut au rétablissement immédiat des relations personnelles entre lui-même et son fils C_____ telles que fixées par le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (ci-après : le Tribunal de protection) le 9 juillet 2021, soit 1h30 à quinzaine, avec temps de battement, au Point Rencontre ou auprès du [cabinet de consultations familiales] D_____, le temps que l'expertise du groupe familial aboutisse, subsidiairement le rétablissement immédiat de telles relations personnelles en présence d'un tiers neutre, à la condamnation de B_____ à supporter les frais de la procédure et à la compensation des dépens.

Il a déposé une pièce nouvelle.

b. Sa requête tendant à la suspension du caractère exécutoire de l'ordonnance attaquée a été rejetée par la Cour le 29 avril 2022.

c. B_____ a conclu à la confirmation de l'ordonnance entreprise, sous suite de frais et dépens.

d. Par avis du 10 juin 2022, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a. Les époux A_____, né le _____ 1970 à E_____ (Kosovo), de nationalité kosovare, et B_____, née _____ [nom de jeune fille] le _____ 1976 à F_____ (Kosovo), de nationalité kosovare, ont contracté mariage le _____ 1999 à G_____ (GE).

De cette union sont issus H_____, née le _____ 2000 à Genève, I_____, née le _____ 2002 à Genève, J_____, né le _____ 2003 à Genève et C_____, né le _____ 2013 à Genève.

b. Les époux A_____/B_____ se sont séparés en septembre 2018.

Depuis cette date, les relations entre les époux ont été réglées par le jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale n° JTPI/6597/2019 rendu d'accord entre les parties le 8 mai 2019 par le Tribunal de première instance.

S'agissant des droits parentaux concernant C_____, seul enfant encore mineur, le Tribunal a attribué la garde à la mère, réservé au père un droit de visite devant s'exercer au sein du Point de rencontre, à raison d'une heure tous les quinze jours, sous surveillance, avec un temps de battement pour que les parents ne se croisent pas, dans un premier temps en présence d'une personne maitrisant le français et l'albanais et à la condition que le père fournisse une attestation de son psychiatre certifiant qu'il était apte à exercer son droit de visite, et instauré une curatelle d'organisation et de surveillance du droit de visite.

Le Tribunal a par ailleurs maintenu l'interdiction faite à A_____ de s'approcher et de prendre contact de quelque manière que ce soit avec B_____ et les enfants et donné acte à la mère de ce qu'elle renonçait en l'état à réclamer au père une contribution d'entretien en faveur des enfants.

c. En septembre 2019, A_____ a été reconnu coupable de lésions corporelles simples, de contrainte, de tentatives de contrainte, de menaces, d'injures et de voies de fait à l'encontre de son épouse et de ses enfants et a été enjoint de poursuivre un suivi thérapeutique pendant la durée du délai d'épreuve fixé à trois ans.

d. B_____ a quitté le domicile conjugal avec les enfants en février 2020.

e. Le 4 janvier 2021, le Tribunal de protection a modifié les modalités du droit de visite sur C_____ réservé au père de celui-ci, devant s'exercer à raison d'une 1h30 à quinzaine au Point Rencontre en "*modalité accueil*", soit hors présence d'un tiers, avec temps de battement, modalités qu'il a maintenues dans sa décision du 9 juillet 2021.

f. Le 1er novembre 2021, le Tribunal de protection a, à titre superprovisionnel, suspendu les relations personnelles entre C_____ et son père.

Il a prononcé ces mesures sur recommandation du SPMi qui a, dans son rapport du 22 octobre 2021, relevé que l'enfant apparaissait bouleversé et démuni lors d'entrevues avec l'éducatrice scolaire et le SPMI, qu'il avait exprimé le souhait de ne plus voir son père, relatant que lors des dernières visites, ce dernier avait insulté sa mère en albanais, posait trop de questions et lui demandait de dire au SPMi qu'il avait envie de sortir avec lui. Les professionnels entourant l'enfant (éducatrice scolaire, psychologue et curatrice) avaient observé un conflit de loyauté chez l'enfant, qui était en grande souffrance et présentait un état de tension et des signes d'anxiété importants. Relevant que le droit de visite s'exerçait depuis janvier 2021 au Point Rencontre mais hors présence d'un tiers, le SPMi a indiqué

que l'enfant était pris en étau par de violents processus de loyautés parentales. Le SPMi recommandait ainsi de suspendre les relations personnelles entre l'enfant et son père et d'ordonner une expertise familiale afin de déterminer les modalités de droit de visite adaptées aux besoins de l'enfant.

g. Le Point Rencontre a dressé différents comptes rendus des visites réunissant l'enfant et son père.

Le 18 mars 2021, le Point Rencontre a relevé que C_____ manifestait du plaisir lorsqu'il retrouvait son père, que ce dernier se montrait enjoué et impatient de revoir son fils, qu'embrassades et retrouvailles chaleureuses étaient de mises, que les visites se déroulaient autour des jeux et que le mineur exprimait du plaisir et de la joie à jouer avec son père.

Le 3 novembre 2021, l'institution a indiqué que sur la période du 17 mars au 29 septembre 2021, les retrouvailles entre C_____ et son père étaient chaleureuses, que ce dernier avait régulièrement apporté des collations et des jeux que père et fils partageaient dans la bonne humeur, que le mineur avaient partagé ses ressentis et craintes avec son père, qui s'était montré à l'écoute et l'avait rassuré.

D. **a.** A_____ a formé une demande en divorce unilatérale non motivée le 17 septembre 2021.

b. Lors de l'audience de conciliation du 3 novembre 2021, les parties se sont déclarées d'accord avec une expertise du groupe familial, que le Tribunal a ordonnée le 17 janvier 2022.

c. Dans sa motivation de la demande de divorce déposée le 8 décembre 2021, A_____ a demandé au Tribunal de prononcer le divorce, de maintenir l'autorité parentale conjointe sur C_____, d'attribuer la garde de ce dernier à sa mère, d'élargir son droit de visite sur C_____, de constater qu'il n'est pas en mesure de contribuer à l'entretien du mineur, d'attribuer les bonifications pour tâches éducatives à la mère ainsi que les allocations familiales, de lui attribuer les droits et obligations sur le logement de famille, de constater que le régime matrimonial est liquidé et de renoncer au partage des avoirs du 2ème pilier.

Il a en outre formé une requête de mesures provisionnelles, concluant à l'annulation de la décision du Tribunal de protection du 1er novembre 2021 suspendant sur mesures superprovisionnelles son droit de visite sur son fils C_____ et au rétablissement des relations personnelles entre lui-même et son fils fixées par ordonnance du Tribunal de protection du 9 juillet 2021, soit 1h30 à quinzaine, avec temps de battement au Point Rencontre ou auprès du D_____, le temps que l'expertise du groupe familial aboutisse.

d. Dans sa réponse à la requête de mesures provisionnelles, B_____ a principalement conclu au rétablissement des relations personnelles entre A_____ et C_____ à 1h30 à quinzaine auprès du D_____, subsidiairement à la suspension de ces relations personnelles jusqu'à la réception de l'expertise familiale.

e. Le Tribunal a entendu les parties le 31 janvier 2022.

A_____ a accepté d'exercer son droit de visite de manière surveillée en présence continue d'un tiers. B_____ a déclaré qu'elle n'avait pas confiance en la surveillance du Point Rencontre, que A_____ ne devait parler que français et ne pas téléphoner pendant les visites et cela n'était pas respecté. Elle était d'accord avec l'exercice du droit de visite auprès du D_____ car elle avait eu un entretien auprès de ce centre et cela s'était bien passé.

A l'issue de l'audience, le Tribunal a gardé la cause à juger sur mesures provisionnelles.

f. Le 28 février 2022, B_____ a sollicité une réouverture de l'instruction sur mesures provisionnelles sans prendre de conclusions, signalant que le père se serait rendu à l'école fréquentée par C_____ les 3 et 24 février 2022, ce qui aurait fortement perturbé l'enfant.

A_____ a contesté ces allégations par courrier du 29 mars 2022.

E. Dans la décision querellée, le Tribunal a estimé qu'au regard de la souffrance constatée chez le mineur depuis que le droit de visite surveillé ne s'exerçait plus en présence d'un tiers et compte tenu de l'expertise du groupe familial qui avait été ordonnée le 17 janvier 2022, il apparaissait prudent de maintenir la suspension du droit de visite ordonnée par le Tribunal de protection le 1er novembre 2021 dans l'attente des résultats de l'expertise, et d'interdire au père d'entrer en contact avec son fils et d'approcher son école afin de préserver l'équilibre déjà fragile de l'enfant.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur mesures provisionnelles dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 1 let. b et al. 2 CPC).

L'appel, écrit et motivé, est introduit auprès de l'instance d'appel dans les 10 jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 248 let. d, 271 let. a, 276 al. 1, 311 al. 1 et 314 al. 1 CPC).

1.2 Interjeté dans le délai et selon la forme prescrits par la loi dans un litige qui porte sur la réglementation des relations personnelles, soit de nature non pécuniaire, l'appel est recevable.

2. La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

Les maximes d'office et inquisitoire illimitée sont applicables aux questions concernant les enfants mineurs (art. 55 al. 2, 58 al. 2 et art. 296 CPC), ce qui a pour conséquence que la Cour n'est pas liée par les conclusions des parties (art. 296 al. 3 CPC).

Les mesures provisionnelles sont soumises à la procédure sommaire au sens propre (art. 248 let. d, 271 et 276 al. 1 CPC). La cognition du juge est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit (arrêt du Tribunal fédéral 5A_937/2014 du 26 mai 2015 consid. 6.2.2). Les moyens de preuve sont limités à ceux qui sont immédiatement disponibles (arrêt du Tribunal fédéral 5A_476/2015 du 19 novembre 2015 consid. 3.2.2).

3. La pièce nouvelle produite par l'appelant est recevable dans la présente procédure concernant des enfants mineurs (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1).

4. L'appelant reproche au Tribunal d'avoir suspendu son droit de visite sur son fils C_____.

4.1.1 En procédure de divorce, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires (art. 276 al. 1 1ère phr. CPC). Les mesures ordonnées par le tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale sont maintenues. Le tribunal du divorce est compétent pour prononcer leur modification ou leur révocation (art. 276 al. 2 CPC).

Les dispositions régissant la protection de l'union conjugale sont applicables par analogie (art. 276 al. 1 2ème phr. CC). Lorsqu'il y a des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (art. 176 al. 3 CC).

4.1.2 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).

Le droit aux relations personnelles est conçu à la fois comme un droit et un devoir des parents (art. 273 al. 2 CC), mais aussi comme un droit de la personnalité de l'enfant; il doit servir en premier lieu l'intérêt de celui-ci (ATF 131 III 209 consid. 5). Il est en effet unanimement reconnu que le rapport de l'enfant avec ses deux parents est essentiel et qu'il peut jouer un rôle décisif dans le processus de sa recherche d'identité (ATF 127 III 295 consid. 4a; 123 III 445 consid. 3c; arrêt du

Tribunal fédéral 5A_586/2012 du 12 décembre 2012 consid. 4.2). Le bien de l'enfant constitue la règle fondamentale, les intérêts des parents devant être relégués au second plan. 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 142 III 617 consid. 3.2.3, 141 III 328 consid. 5.4; arrêts du Tribunal fédéral 5A_983/2019 du 13 novembre 2020 consid. 7.1, 5A_498/2019 consid. 2).

Si les relations personnelles compromettent le développement de l'enfant, si les père et mère qui les entretiennent violent leurs obligations, s'ils ne se sont pas souciés sérieusement de l'enfant ou s'il existe d'autres justes motifs, le droit d'entretenir ces relations peut leur être retiré ou refusé (art. 274 al. 2 CC).

Le retrait de tout droit à des relations personnelles constitue toutefois une *ultima ratio* et ne peut être ordonné que si les effets négatifs des relations personnelles ne peuvent être maintenus dans des limites supportables pour l'enfant. Le droit de la personnalité du parent non détenteur de l'autorité parentale, le principe de la proportionnalité, mais également le sens et le but des relations personnelles, interdisent leur suppression complète si le préjudice engendré pour l'enfant par leur maintien peut être écarté ou limité par d'autres mesures appropriées, notamment par la mise en œuvre d'un droit de visite surveillé ou accompagné (ATF 122 III 404 consid. 3c; 120 II 229 consid. 3b/aa; arrêts du Tribunal fédéral 5A_699/2017 du 24 octobre 2017 consid. 5.1; 5A_184/2017 du 9 juin 2017 consid. 4.1 et les références). Il existe un danger pour le bien de l'enfant si son développement physique, moral ou psychique est menacé par la présence, même limitée, du parent qui n'a pas l'autorité parentale. Conformément au principe de proportionnalité, il importe en outre que ce danger ne puisse être écarté par d'autres mesures appropriées (arrêts du Tribunal fédéral 5A_53/2017 du 23 mars 2017 consid. 5.1; 5A_756/2013 du 9 janvier 2014 consid. 5.1.2).

Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la fixation du droit de visite (ATF 127 III 295 consid. 4; 122 III 404 in JdT 1998 I 46 consid. 3d).

4.2 En l'espèce, dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale prononcées en mai 2019 à la suite de la séparation des parties, un droit de visite surveillé, en présence d'un tiers maitrisant le français et l'albanais, a été réservé à l'appelant, à raison d'une heure tous les quinze jours. Le Tribunal de protection a, en janvier 2021, renoncé au caractère médiatisé du droit de visite en prévoyant un droit de visite selon les modalités "accueil", soit hors la présence d'un tiers pendant les visites, a maintenu ces modalités en juillet 2021, puis a, en novembre 2021, suspendu les relations personnelles entre père et fils à titre superprovisionnel. Dans le cadre de la décision entreprise rendue dans la procédure en divorce, le Tribunal de première instance a maintenu la suspension

du droit de visite sur mesures provisionnelles, estimant opportun d'attendre l'issue de l'expertise familiale ordonnée pour statuer sur le droit de visite de l'appelant sur son fils.

Comme le Tribunal l'a relevé à juste titre, les professionnels encadrant l'enfant ont constaté que ce dernier était en grande souffrance, apparaissait bouleversé et démuni, se trouvait dans un important conflit de loyauté, présentait un état de tension et des signes d'anxiété importants, et exprimait le souhait de ne plus voir son père, qui aurait, lors des dernières visites, fait pression sur lui pour qu'il fasse certaines déclarations au SPMi et insulté sa mère en albanais. Ces éléments conduisent à retenir que le droit de visite n'est, dans les modalités actuellement mises en place, pas conforme au bien de l'enfant et qu'il est donc nécessaire d'examiner quelles mesures peuvent être prises pour protéger le bon développement du mineur.

Tant que le droit de visite s'exerçait de manière surveillée en présence d'un tiers maitrisant le français et l'albanais, comme l'avait initialement ordonné le juge des mesures protectrices de l'union conjugale en mai 2019, le mineur n'a pas manifesté de signes de souffrance. Ce n'est que par la suite, lorsqu'il a été renoncé à la présence d'un tiers neutre lors des visites, que l'enfant a exprimé de la souffrance et des signes d'anxiété en lien avec la tenue d'éventuels propos inadéquats du père, notamment en albanais, et que les professionnels ont constaté qu'il était pris dans un conflit de loyauté. Au regard de ces éléments, la suspension des relations personnelles mise en œuvre en novembre 2021 et maintenue sur mesures provisionnelles dans l'ordonnance querellée est disproportionnée, puisqu'un droit de visite surveillé tel qu'instauré par le juge des mesures protectrices de l'union conjugale apparaît adéquat et proportionné et apte à préserver l'enfant des conséquences d'éventuels propos ou attitudes inadéquats de son père, sans supprimer totalement les liens entre père et fils.

Le chiffre 1 de l'ordonnance querellée sera en conséquence annulé et un droit de visite sur le mineur C_____ sera réservé à l'appelant, qui s'exercera à raison d'une heure tous les quinze jours, sous surveillance en présence d'un tiers maitrisant le français et l'albanais, au Point Rencontre ou au D_____.

5. Les autres mesures ordonnées par le premier juge dans l'ordonnance querellée seront confirmées, dès lors qu'elles n'ont pas été critiquées par l'appelant et son conformes au bien de l'enfant.

6. Les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 1'000 fr. et répartis par moitié entre les parties, vu la nature familiale du litige (art. 107 al. 1 let. c CPC). Ils seront provisoirement laissés à la charge de l'Etat, dès lors que les parties plaident toutes deux au bénéfice de l'assistance judiciaire (art. 122 et 123 CP). Il ne sera pas alloué de dépens (art. 107 al. 1 let. c CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 11 avril 2022 par A_____ contre l'ordonnance OTPI/185/2022 rendue le 31 mars 2022 par le Tribunal de première instance dans la cause C/18100/2021-20.

Au fond :

Annule le chiffre 1er du dispositif de cette ordonnance, et statuant à nouveau sur ce point :

Réserve à A_____ un droit de visite surveillé sur son fils C_____, qui s'exercera à raison d'une heure tous les quinze jours avec un temps de battement, en présence d'une personne maitrisant le français et l'albanais, au sein du Point Rencontre ou du Centre de Consultations Enfants Adolescents Familles.

Confirme l'ordonnance attaquée 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 des parties à raison de la moitié chacune et les laisse provisoirement à la charge de l'Etat de Genève.

Dit qu'il ne sera pas alloué de dépens.

Siégeant :

Madame Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI, présidente; Monsieur Ivo BUETTI, Monsieur Jean REYMOND, juges; Madame Gladys REICHENBACH, greffière.

La présidente :	La greffière :
Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI	Gladys REICHENBACH

<u>Indication des voies de recours</u> :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

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

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF indéterminée.