



POUVOIR JUDICIAIRE

C/23496/2015

ACJC/455/2019

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU 15 MARS 2019

Entre

Madame A_____, domiciliée _____ (GE), appelante d'un jugement rendu par la 1ère Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 20 février 2018, comparant par Me Elisabeth Gabus-Thorens, avocate, boulevard des Philosophes 15, 1205 Genève, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié c/o Madame C_____, chemin _____ Genève, intimé, comparant en personne.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 17 avril 2019, ainsi qu'au Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant.

EN FAIT

A. Par jugement JTPI/2852/2018 du 20 février 2018, notifié à A_____ le 5 mars 2018 et réexpédié par pli simple au domicile élu de B_____ le 20 mars 2018, le Tribunal de première instance a prononcé le divorce des époux B_____ et A_____ (chiffre 1 du dispositif), attribué à A_____ l'autorité parentale et la garde exclusives sur le mineur D_____ (ch. 2), ordonné le maintien de la curatelle de surveillance et d'organisation des relations personnelles ordonnées le 21 avril 2015 par le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (ch. 3), attribué à B_____ un droit de visite s'exerçant, lors de chacun de ses passages à Genève, du samedi matin au dimanche soir, avec faculté d'emmener D_____ en France voisine chez ses grands-parents paternels, ordonné à B_____ d'avertir, dans la mesure du possible, le curateur quinze jours à l'avance de sa venue en Suisse, autorisé B_____ à exercer deux fois par semaine des contacts téléphoniques avec D_____, les mardis et jeudis à 19h30 (ch. 4), condamné B_____ à verser en mains de A_____, à titre de contribution à l'entretien de D_____, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, la somme de 1'250 fr. jusqu'à la majorité de celui-ci, voire au-delà si ses besoins de formation devaient l'exiger, mais jusqu'à vingt-cinq ans au plus (ch. 5), attribué à A_____ les éventuelles bonifications pour tâches éducatives au sens de l'article 52f bis RAVS (ch. 6), ordonné le partage par moitié des avoirs de prévoyance professionnelle acquis par B_____ durant le mariage, à l'exclusion des avoirs de prévoyance acquis par A_____ (ch. 7), mis les frais judiciaires – arrêtés à 1'000 fr. – à la charge des parties pour moitié chacune, condamné B_____ à payer 500 fr. à l'Etat de Genève, laissé provisoirement à la charge de l'Etat la part des frais incombant à A_____ (ch. 8), dit qu'il n'était pas octroyé de dépens (ch. 9) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 10).

B. a. Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 12 avril 2018, A_____ appelle de ce jugement, dont elle sollicite l'annulation du chiffre 4 du dispositif.

Principalement, elle conclut à ce qu'il soit réservé à B_____ un droit de visite sur son fils D_____ s'exerçant d'entente entre eux s'agissant du lieu et du rythme, mais au minimum, sur territoire suisse, lorsque B_____ se trouve à Genève, environ toutes les six semaines, à raison d'un samedi de 9h à 20h, voire le samedi suivant aux mêmes heures, si ce dernier est encore à Genève.

b. B_____, à qui l'appel a été communiqué en son domicile élu par pli recommandé du 17 avril 2018, non réclamé, puis par pli simple du 3 mai 2018, ne s'est pas déterminé dans le délai qui lui était imparti.

B_____ n'a pas non plus déféré à l'injonction qui lui a été faite, le 17 mai 2018, d'élire un nouveau domicile en Suisse aux fins de notification des

actes de procédure. L'appel lui a dès lors été notifié par voie diplomatique à Téhéran le 16 octobre 2018.

c. Par courrier adressé le 23 octobre 2018 au Tribunal de première instance, transmis à la Cour de justice le 25 octobre suivant, B_____ a sollicité l'octroi d'un délai pour répondre à l'appel.

Par pli du 9 novembre 2018, retiré par B_____ le 13 novembre 2018, la Cour a adressé à celui-ci une copie de l'acte d'appel et lui a imparti un délai de 30 jours pour se déterminer.

d. Par courrier adressé le 3 décembre 2018 au Tribunal, qui l'a transmis à la Cour le jour même, B_____ a sollicité qu'il lui soit accordé un délai supplémentaire, soit jusqu'à fin décembre 2018, pour qu'il puisse répondre à l'appel de manière adéquate.

Par pli du 4 décembre 2018, la Cour a indiqué à B_____ que les délais légaux, tels que le délai de réponse, n'étaient pas prolongeables et qu'il ne pouvait pas être donné suite à sa demande.

e. Le 22 décembre 2018, B_____ a adressé à la Cour et au Tribunal un courrier dans lequel il reconnaît en substance s'être adressé à la mauvaise autorité et n'avoir pas respecté les délais impartis. Il a sollicité la tenue d'une audience de comparution personnelle, invoquant l'importance de l'affaire pour les parties et leurs enfants.

Par plis du 15 janvier 2019, le greffe de la Cour a transmis ce courrier pour information à A_____ et indiqué aux parties que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants ressortent de la procédure:

a. B_____, né le _____ 1961, et A_____, née le _____ 1971, tous deux de nationalités iranienne et suisse, se sont mariés le _____ 1994 à _____ (Iran), sans conclure de contrat de mariage.

Deux enfants sont issus de cette union, soit E_____, aujourd'hui majeure, et D_____, né le _____ 2004.

b. Les époux ont mis un terme à leur vie commune durant l'été 2013, époque à laquelle B_____ a quitté le domicile conjugal de Genève pour retourner vivre et travailler en Iran. A_____ et les enfants sont demeurés à Genève.

c. Par jugement du 18 octobre 2013, statuant sur mesures protectrices de l'union conjugale à l'issue d'une procédure dans laquelle B_____ n'a pas comparu, le Tribunal a notamment attribué à A_____ la jouissance exclusive du domicile conjugal ainsi que l'autorité parentale et la garde des enfants E_____ et

D_____, fait interdiction à B_____ de quitter le territoire suisse avec ses enfants et condamné celui-ci à contribuer à l'entretien de la famille à hauteur de 400 fr. par mois.

d. Par ordonnance du 21 avril 2015, statuant sur requête de B_____, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant a réservé à celui-ci un droit de visite sur D_____ s'exerçant le samedi de 09h00 à 20h00 lorsqu'il serait à Genève, soit environ toutes les six semaines, autorisé le père à exercer des contacts téléphoniques avec son fils deux soirs par semaine, soit les mardis et jeudis à 19h30, et ordonné la mise en place d'une curatelle d'organisation et de surveillance du droit de visite.

e. Depuis ce dernier prononcé, B_____, n'a rendu visite à l'enfant D_____ qu'à raison d'un ou deux samedis par an. Il a toutefois maintenu des contacts téléphoniques avec son fils deux fois par semaine.

B_____ et A_____ n'entretiennent pratiquement plus de contacts depuis leur séparation et leur communication parentale au sujet de D_____ est à ce jour inexistante.

f. Le 10 novembre 2015, A_____ a formé une demande unilatérale en divorce, concluant notamment à l'attribution exclusive en sa faveur de l'autorité parentale et de la garde de son fils D_____, à ce qu'il soit réservé à B_____ un droit de visite limité au territoire suisse s'exerçant d'entente avec D_____, et à ce que B_____ soit condamné à contribuer financièrement à l'entretien de ce dernier.

B_____ ne s'est pas opposé au principe du divorce. Il a conclu notamment au maintien de l'autorité parentale conjointe sur D_____, à l'octroi d'un droit de visite pouvant s'exercer en Iran et au déboutement de A_____ de ses conclusions en paiement de toute contribution d'entretien.

g. Selon un rapport du SPMi établi le 9 mai 2016, l'intérêt de D_____ commandait, en substance, de maintenir l'autorité parentale exclusive de A_____ et de prévoir un droit de visite à exercer par B_____ lorsqu'il se rendait en Suisse, assorti d'une curatelle *ad hoc*. Analysant les propos des parents et du curateur, le SPMi a relevé que les craintes exprimées par la mère à propos d'un risque d'enlèvement de D_____ par son père n'avaient pas pu être objectivées. Le droit de visite devait dès lors pouvoir s'exercer non seulement sur le territoire suisse, mais également France voisine, où se trouvaient les grands-parents paternels de l'enfant.

Entendu par le Tribunal le 12 juillet 2016, D_____ a déclaré en substance ne pas vouloir augmenter la fréquence des contacts téléphoniques avec son père, ni celle des visites de celui-ci. Il a exclu de partir en vacances avec B_____, en

particulier en Iran comme celui-ci le demandait avec insistance, car il ne lui faisait pas confiance et ce pays n'était pas sûr. Il ne souhaitait pas non plus se rendre avec son père en France voisine chez ses grands-parents, qu'il ne connaissait pratiquement pas.

h. Au cours de la procédure, B_____ a notamment produit copie d'un jugement rendu le 15 août 2016 à sa demande par le Tribunal de la famille N. 2 de la province de Téhéran, ordonnant à A_____ de "*retourner vivre chez son époux, de lui obéir et d'exercer ses fonctions conjugales, tout en respectant la bonne humeur des deux parties l'une envers l'autre*". Devant le Tribunal, B_____ a expliqué que le but de cette action était d'obtenir l'obéissance de son épouse et qu'il s'agissait d'une procédure tout à fait standard en Iran. Il ignorait si A_____ avait été convoquée par le Tribunal de la famille iranien.

Par la suite, B_____ a indiqué avoir également saisi les tribunaux iraniens d'une demande tendant à la restitution de la garde de son fils mineur; à plusieurs reprises, il a sollicité que le juge suisse sursoie à statuer dans l'attente du prononcé du jugement iranien. Il a également produit un courrier de son conseil téhéranais daté du 4 octobre 2017, indiquant qu'en raison de la nationalité iranienne commune des époux, les questions concernant leur vie conjugale ou familiale, y compris celles ayant trait à leur fils mineur D_____, étaient du ressort exclusif des autorités iraniennes et relevaient exclusivement du droit iranien, indépendamment du lieu résidence des époux ou du fait qu'ils possèdent une autre nationalité, toute décision prise par une autorité étrangère étant invalide.

L'avancement de cette seconde procédure, dont B_____ a également soutenu qu'elle était susceptible de le conduire en prison, demeure à ce jour inconnu.

i. Devant le Tribunal, les époux ont en dernier lieu persisté dans leurs conclusions.

D. Dans le jugement entrepris, le Tribunal a notamment considéré que le rétablissement de l'autorité parentale conjointe, dont l'exercice ne serait guère praticable eu égard au domicile du père en Iran et à la rareté de ses passages en Suisse, ne servirait pas le bien de D_____. Bien que le père n'ait repris que tardivement des relations avec son fils, il n'était en revanche pas contraire à l'intérêt de D_____ que leurs contacts soient maintenus, quand bien même ceux-ci ne s'exerceraient que par téléphone, et il n'existait aucun motif justifiant de priver le défendeur d'un droit de visite sur son fils. Le droit de visite déjà instauré serait ainsi confirmé, avec faculté pour le défendeur d'emmener l'adolescent en France voisine chez ses grands-parents paternels. La curatelle d'organisation et de surveillance du droit de visite mise en place en 2015 demeurerait plus que jamais nécessaire, compte tenu de l'absence de communication entre les parents et de l'éloignement géographique du père. Cette mesure devait également être

maintenue, à charge pour le père d'avertir le curateur de ses venues à Genève quinze jours à l'avance.

EN DROIT

1. **1.1** Les jugements de divorce sont susceptibles d'appel si l'affaire est non pécuniaire ou si, pécuniaire, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant le Tribunal de première instance atteint 10'000 fr. au moins (art. 308 CPC).

En l'espèce, le litige porte sur la réglementation des droits parentaux, soit sur des questions non patrimoniales. Par attraction, l'ensemble du litige est de nature non pécuniaire (arrêts du Tribunal fédéral 5A_765/2012 du 19 février 2013 consid. 1.1; 5A_697/2009 du 4 mars 2010 consid. 1.1) et la voie de l'appel est ouverte.

1.2 Interjeté dans les trente jours suivant la notification de la décision motivée et dans la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 142 al. 1, 145 al. 1 let. a et 311 al. 1 CPC), l'appel est recevable.

1.3 L'intimé n'a pas répondu à l'appel dans le délai de 30 jours qui lui était initialement imparti (art. 138 al. 3 let. a, art. 312 al. 2 CPC). Il ne s'est pas davantage déterminé sur le fond dans le délai supplémentaire qui lui a été octroyé le 9 novembre 2018 (art. 148 CPC, art. 312 al. 2 CPC), arrivé à échéance le 14 décembre 2018 (art. 138 al. 2, art. 142 al. 1 CPC), mais s'est contenté de solliciter une nouvelle prolongation de délai par courrier du 3 décembre 2018, laquelle a été refusée (art. 144 al. 1 CPC).

Par conséquent, l'intimé est réputé défaillant (art. 147 al. 1 CPC) et la procédure suit son cours nonobstant le défaut (art. 147 al. 2 CPC). Adressé à la Cour hors des délais susvisés, le courrier de l'intimé du 22 décembre 2018 sera notamment ignoré.

2. La Cour revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). Dans la mesure où le litige concerne un enfant mineur, les maximes inquisitoire et d'office illimitées s'appliquent (art. 296 al. 1 et 3 CPC).

La maxime inquisitoire illimitée ne dispense cependant pas les parties de collaborer activement à la procédure et d'étayer leurs propres thèses; il leur incombe de renseigner le juge sur les faits de la cause et de lui indiquer les moyens de preuve disponibles (ATF 128 III 411 consid. 3.2.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_138/2015 du 1^{er} avril 2015 consid. 3.1; 5A_608/2014 du 16 décembre 2014 consid. 4.2.1).

3. Sur le fond, l'appelante sollicite que le droit de visite réservé à l'intimé ne puisse s'exercer que sur le territoire suisse. Elle reproche au Tribunal de ne pas avoir suffisamment tenu compte du risque d'enlèvement de D_____ par son père, ni de l'opposition exprimée par l'enfant, en permettant que ledit droit de visite s'exerce également en France voisine, où résident les grands-parents paternels de ce dernier.

3.1 Selon l'art. 273 CC, le père ou la mère qui ne détient pas la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances.

3.1.1 Autrefois considéré comme un droit naturel des parents, le droit aux relations personnelles est désormais conçu à la fois comme un droit et un devoir de ceux-ci (cf. 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 130 III 585 consid. 2.1; 127 III 295 consid. 4a; 123 III 445 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral 5A_422/2015 du 10 février 2016 consid. 4.2 non publié aux ATF 142 III 193). Il est 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 recherche d'identité de l'enfant (ATF 127 III 295 consid. 4a; 123 III 445 consid. 3c; arrêt du Tribunal fédéral 5A_568/2017 du 21 novembre 2017 consid. 5.1).

L'importance et le mode d'exercice des relations personnelles doivent être appropriés à la situation (ATF 127 III 295 consid. 4a). On tiendra compte notamment de l'âge de l'enfant, de son état de santé, de ses loisirs, etc. La disponibilité du parent, son lieu de vie, sa personnalité et la relation qu'il entretient avec l'enfant sont autant de critères pertinents (LEUBA, Commentaire romand, Code civil I, 2010, n. 14 ad art. 273 CC). Lorsque les relations personnelles risquent de compromettre le bien de l'enfant, l'application conjointe des art. 273 al. 2 et 274 al. 2 CC permet de subordonner l'exercice du droit de visite à des modalités particulières, telles que l'organisation des visites dans un lieu spécifique ou protégé; le retrait du droit aux relations personnelles ne doit être envisagé qu'à titre d'*ultima ratio* (ATF 122 III 404 consid. 3c; ATF 120 II 229 consid. 3b; arrêt du Tribunal fédéral 5A_568/2017 cité consid. 5.1) Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans la fixation du droit de visite (ATF 132 III 97 consid. 1).

3.1.2 La réglementation du droit de visite ne saurait dépendre seulement de la volonté de l'enfant, notamment lorsqu'un comportement défensif de celui-ci est principalement influencé par le parent gardien. Il s'agit d'un critère parmi d'autres; admettre le contraire conduirait à mettre sur un pied d'égalité l'avis de l'enfant et son bien, alors que ces deux éléments peuvent être antinomiques et qu'une telle conception pourrait donner lieu à des moyens de pression sur lui. Le bien de

l'enfant ne se détermine pas seulement en fonction de son point de vue subjectif selon son bien-être momentané, mais également de manière objective en considérant son évolution future. Pour apprécier le poids qu'il convient d'accorder à l'avis de l'enfant, son âge et sa capacité à se forger une volonté autonome, ce qui est en règle générale le cas aux alentours de 12 ans révolus, ainsi que la constance de son avis, sont centraux (arrêt du Tribunal fédéral 5A_459/2015 du 13 août 2015 consid. 6.2.2).

3.2 En l'espèce, en réservant à l'intimé la faculté de se rendre avec son fils D_____ en France voisine chez ses grands-parents paternels, le Tribunal a suivi les recommandations émises par le SPMi dans son rapport du 9 mai 2016. Dans ce rapport, le SPMi a relevé que les craintes exprimées par l'appelante au sujet d'un risque d'enlèvement de l'enfant par son père n'avaient pas pu être objectivées au cours de ses discussions avec les parties et le curateur de l'enfant. Ni le SPMi, ni le curateur chargé de la surveillance des relations personnelles n'avaient cependant connaissance, à cette époque, des procédures intentées par l'intimé en Iran, notamment de la demande que celui-ci indique avoir déposée dans ce pays pour que la garde de son fils lui soit restituée.

Or, l'insistance de l'intimé à poursuivre de telles procédures dans son pays d'origine et à en faire état dans la présente procédure, du moins lorsqu'il défère aux convocations et injonctions qui lui sont adressées, tend à démontrer que celui-ci ne reconnaît pas la compétence des autorités suisses pour régler sa situation familiale. Ceci est d'ailleurs corroboré par l'avis de son conseil iranien que l'intimé a versé à la procédure, avis dont le SPMi et le curateur n'ont pas davantage été informés. A son tour, cette absence de reconnaissance constitue un indice sérieux en faveur d'un risque que l'intimé emmène son fils mineur en Iran et que celui-ci ne puisse plus revenir en Suisse à l'issue du séjour initialement annoncé. Or, il est évident que ce risque pourrait plus facilement se réaliser si l'intimé devait se voir confier le passeport de l'enfant pour se rendre en France voisine, où résident ses propres parents. On ne peut d'ailleurs pas exclure que ceux-ci lui prêtent le cas échéant assistance, au cas où il entreprendrait une telle démarche.

Avec l'appelante, la Cour estime que le risque susvisé ne doit pas être sous-estimé et que la faculté réservée à l'intimé de se rendre en France voisine avec D_____ dans le cadre de son droit de visite n'est en l'espèce pas compatible avec l'intérêt de l'enfant.

A cela s'ajoute en l'espèce que D_____ s'est lui-même opposé à se rendre chez ses grands-parents en France voisine avec son père, indiquant notamment qu'il ne faisait pas confiance à ce dernier. Si la réglementation du droit de visite ne saurait dépendre de la seule volonté de l'enfant concerné, l'intimé n'a fourni en l'espèce aucun élément indiquant que D_____ serait familier de ses grands-parents

paternels, contrairement à ce que celui-ci a indiqué, et que le déroulement des visites au domicile de ceux-ci serait un facteur stabilisateur susceptible de dissiper les craintes que l'on peut nourrir en relation avec lesdites visites. A défaut, le fait pour D_____ de devoir par hypothèse nouer des relations avec des membres de sa famille dont il a été jusque-là tenu à l'écart, à raison de quelques jours isolés par an, à l'occasion de l'exercice du droit de visite, n'apparaît pas nécessairement conforme à son intérêt, ni au but du droit de visite, qui est avant tout de maintenir des relations personnelles entre le père et le fils.

Enfin, s'il est vrai qu'il serait préférable que l'intimé, qui ne dispose plus d'un logement propre à Genève, puisse disposer d'un lieu d'accueil convenable pour recevoir son fils lors de ses visites, et s'il est concevable que les parents de l'intimé lui permettraient de disposer effectivement d'un tel lieu, cet élément doit en l'espèce être relativisé. Compte tenu de la faible fréquence des visites de l'intimé à Genève, le fait que celles-ci ne puissent pas se dérouler dans un cadre strictement privé, mais essentiellement dans des lieux ou des établissements publics ne paraît pas préjudiciable au bien de D_____. Bientôt âgé de 15 ans révolus, celui-ci doit au contraire pouvoir s'adapter à de telles circonstances. Pour les mêmes raisons, il n'y a pas lieu de restreindre l'exercice du droit de visite à la seule journée du samedi, comme le sollicite l'appelante, qui ne fournit pas de motivation distincte à ce propos.

Au vu des motifs qui précèdent, le chiffre 4 du dispositif du jugement entrepris sera annulé et réformé en ce sens que le droit de visite réservé à l'intimé ne comprendra pas la faculté pour celui-ci de se rendre en France voisine avec D_____, chez les grands-parents paternels de l'enfant.

4. Les frais judiciaires de l'appel seront arrêtés à 1'000 fr. (art. 30 et 35 RTFMC) et mis à la charge de l'intimé, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). L'appelante ayant été dispensée d'en faire l'avance, dès lors qu'elle plaide au bénéfice de l'assistance juridique, l'intimé sera condamné à payer à l'Etat, soit pour lui les services financiers de l'Etat de Genève, la somme de 1'000 fr. (art. 111 al. 1 CPC).

Chaque partie supportera ses propres dépens d'appel, vu la nature familiale du litige (art. 107 al. 1 let. c CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 12 avril 2018 par A_____ contre le jugement JTPI/2852/2018 rendu le 20 février 2018 par le Tribunal de première instance dans la cause C/23496/2015-1.

Au fond :

Annule le chiffre 4 du dispositif de ce jugement et, statuant à nouveau sur ce point:

Réserve à B_____ un droit de visite sur le mineur D_____, né le _____ 2004, à exercer, lors de chacun de ses passages à Genève, du samedi matin au dimanche soir, sur territoire suisse.

Ordonne à B_____ d'avertir, dans la mesure du possible, le curateur de surveillance et d'organisation du droit de visite quinze jours à l'avance de sa venue en Suisse.

Autorise B_____ à exercer deux fois par semaine des contacts téléphoniques avec D_____, les mardis et jeudis à 19h30.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'000 fr. et les met à la charge de B_____.

Condamne B_____ à payer la somme de 1'000 fr. à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire.

Dit que chaque partie supporte ses propres dépens d'appel.

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Monsieur Patrick CHENAUX, Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Sandra MILLET, greffière.

Le président :

La greffière :

Laurent RIEBEN

Sandra MILLET

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.