REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/24778/2021 **ACJC/1577/2022**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 29 NOVEMBRE 2022

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____, appelant d'une ordonnance rendue par la 15ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 22 mars 2022, comparant par Me Anik PIZZI, avocate, AVOCATS ASSOCIES, boulevard des Tranchées 36, 1206 Genève, en l'Etude de laquelle il fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée_____, intimée, comparant par Me Cyril AELLEN, avocat, AAA AVOCATS SA, rue du Rhône 118, 1204 Genève, en l'Etude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 01.12.2022.

EN FAIT

A. Par ordonnance OTPI/171/2022 du 22 mars 2022, reçue le 25 mars 2022 par les parties, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures provisionnelles, a attribué à B_____ la jouissance exclusive du domicile conjugal (chiffre 1 du dispositif), fait interdiction à A_____ d'approcher celle-ci à moins de 100 mètres (ch. 2) et à moins de 200 mètres de l'immeuble du domicile conjugal (ch. 3), prononcé ces interdictions sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP (ch. 4), réservé le sort des frais judiciaires à la décision finale (ch. 5), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 6) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 7).

B. **a.** Par acte expédié le 4 avril 2022 au greffe de la Cour de justice, A_____ a formé appel contre l'ordonnance susvisée, sollicitant son annulation. Cela fait, il a conclu à l'attribution en sa faveur du domicile conjugal et à ce qu'aucune mesure d'éloignement ne soit prononcée à son encontre, les frais devant être laissés à la charge de l'Etat de Genève.

Il a produit des pièces nouvelles, soit un courrier du Service de protection des mineurs (ci-après : SPMi) du 23 décembre 2020 (pièce n° 5), des procès-verbaux d'audition par-devant la police des 23 et 24 décembre 2020 (n° 6 et 7), l'interdiction de pénétrer dans une zone déterminée émise par la police à son encontre le 23 décembre 2020 (n° 8), un rapport de renseignements de la police du 24 décembre 2020 (n° 9), un courrier et un rapport du SPMi des 6 et 8 janvier 2021 (n° 10 et 11), ainsi qu'un procès-verbal d'audition par-devant le Ministère public du 27 août 2021 (n° 14).

b. Dans sa réponse, B_____ a conclu à la constatation de ce que les mesures d'éloignement prononcées à l'encontre de A_____ n'étaient plus nécessaires et à la confirmation de l'ordonnance entreprise pour le surplus, sous suite de frais judiciaires et dépens.

Elle a produit des pièces nouvelles, soit une décision de l'Assistance juridique du 28 juillet 2022 (pièce n° 39), un bon d'aide financière émis le 20 janvier 2022 (n° 40), les courriers des conseils des parties au Tribunal des 25 mai et 10 juin 2022 (n° 41), les décisions du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (ci-après : TPAE) des 8 février, 5 avril et 4 mai 2022 (n° 44 à 46) et un calendrier de prise en charge des enfants pour les mois de juillet et août 2022 (n° 47).

c. Dans leurs réplique et duplique, les parties ont persisté dans leurs conclusions et B_____ a produit une pièce nouvelle, soit un courrier de la régie en charge du domicile conjugal du 10 juin 2022 (n° 48).

d. Par courrier du 6 septembre 2022, B_____ a transmis à la Cour le rapport d'évaluation sociale du Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (ci-après : SEASP) du 18 août 2022.

e. Par avis du greffe de la Cour du 30 septembre 2022, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a. B_____ née le _____ 1994, et A_____, né le _____ 1989, se sont mariés le _____ 2013 à Genève.

Ils sont les parents de C_____, née le _____ 2014, D_____, née le _____ 2015, et de E_____, né le _____ 2016.

b. Les parties sont co-titulaires du contrat de bail afférent au domicile conjugal, soit un appartement de cinq pièces sis rue 1_____ no. _____ à F_____ [GE], dont le loyer s'élève à 1'247 fr. par mois, charges comprises.

c. En juin 2019, à la suite de violences conjugales, B_____ a quitté le domicile conjugal pour s'installer provisoirement chez des proches, puis dans une chambre d'hôtel avec l'aide de l'Hospice général.

Les enfants sont restés vivre avec leur père dans le logement familial.

d. Par décision du 9 novembre 2020, le TPAE a pris acte de l'accord des parties de maintenir la garde provisoire des enfants auprès du père et de réserver un droit de visite à la mère et a instauré des curatelles d'organisation et de surveillance de ce droit, ainsi que d'assistance éducative. Le TPAE a également donné acte à B_____ respectivement invité A_____, à mettre en place un suivi psychologique personnel, ainsi qu'une guidance parentale.

e. Par décision du 2 février 2021, faisant suite à une clause péril prononcée par le SPMi le 20 décembre 2020, le TPAE a notamment retiré aux parents la garde et le droit de déterminer le lieu de résidence des enfants, ordonné le placement de ceux-ci en foyer, réservé aux parents un droit de visite, celui de A_____ étant toutefois subordonné à la remise de tests sanguins démontrant l'absence de consommation d'alcool et de produits psychotropes, et maintenu les curatelles mises en place.

Le droit de visité octroyé à B_____ devait s'exercer à raison du mardi de 9h00 à 10h00 en visite médiatisée avec l'enfant E_____, un mercredi sur deux de 9h00 à 18h00 avec les trois enfants, le vendredi à la sortie de l'école pour une heure de visite médiatisée au foyer avec ses filles et le dimanche de 9h00 à 17h00 avec les trois enfants.

Le droit de visite octroyé à A_____ devait s'exercer le lundi à la sortie de l'école pour une heure de visite médiatisée au foyer avec ses filles, un mercredi sur deux de 9h00 à 18h00 avec les trois enfants, le jeudi de 9h00 à 10h00 en visite médiatisée avec l'enfant E_____ et le samedi de 9h00 à 17h00 avec les trois enfants.

f. Par décision du 30 mars 2021, le TPAE a notamment modifié le droit de visite des parties, dont les modalités devaient dorénavant être fixées d'entente entre ces dernières, le foyer et les curateurs. L'exercice du droit de visite accordé à A_____ était toujours conditionné à la remise de tests négatifs de consommation d'alcool et de substances psychotropes.

g. Le 4 juin 2021, A_____ a été arrêté et placé en détention provisoire en raison d'actes de violence sur sa nouvelle compagne. L'instruction pénale ouverte à cette occasion a également porté sur des infractions de menaces et d'injures à l'encontre de B_____.

Dans le cadre de cette procédure, A_____ a déclaré qu'à sa sortie de prison, il souhaitait "*récupérer* [ses] *enfants et vivre sous le même toit avec* [sa] *mère*".

A_____ a été condamné à une peine privative de liberté ferme de onze mois.

h. Le 16 décembre 2021, B_____ a formé une requête en divorce, assortie de mesures superprovisionnelles et provisionnelles tendant au prononcé de mesures d'éloignement à l'encontre d'A_____ et à l'attribution en sa faveur du domicile conjugal.

Elle a notamment allégué que l'attribution du logement familial lui permettrait de se reconstruire et d'offrir un cadre stable à ses enfants, dont elle souhaitait, à terme, obtenir la garde.

i. Par ordonnance superprovisionnelle du 16 décembre 2021, le Tribunal a attribué la jouissance exclusive du domicile conjugal à B_____ et a fait interdiction à A_____, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, d'approcher à moins de 100 mètres de cette dernière et à moins de 200 mètres de l'appartement conjugal.

j. Lors de l'audience du Tribunal du 11 mars 2022, B_____ a conclu au maintien des mesures superprovisionnelles susvisées et à ce qu'il soit fait interdiction à A_____ de revenir au domicile conjugal à sa sortie de prison. Elle a déclaré avoir réintégré l'appartement familial courant janvier 2022.

A_____ a notamment conclu à l'attribution en sa faveur du domicile conjugal. Il avait occupé celui-ci durant trois ans après la séparation des parties et souhaitait le réintégrer à sa sortie de prison, soit en mai 2022.

Les parties ont plaidé et persisté dans leurs conclusions, puis le Tribunal a gardé la cause à juger sur mesures provisionnelles.

D. Dans la décision entreprise, le Tribunal a notamment retenu que, les enfants étant placés en foyer, la garantie de leur présence au domicile conjugal n'était pas un critère d'appréciation pour l'attribution de celui-ci. Compte tenu de la précarité du précédent logement de B_____ le domicile conjugal devait lui être attribué, celui-ci étant inoccupé en raison de l'incarcération de A_____.

Par ailleurs, les parties étant toutes deux jeunes, en bonne santé, sans travail et au bénéfice de l'aide sociale, aucun motif ne justifiait d'exiger de B_____ qu'elle quitte le logement familial lorsque A_____ sortirait de prison. A ce moment-là, ce dernier avait la possibilité de se loger auprès de membres de sa famille.

La jouissance du domicile conjugal était donc vraisemblablement plus utile à B_____.

E. Les faits pertinents suivants ressortent encore de la procédure :

a. Par décision du 5 avril 2022, le TPAE a fixé le droit de visite de B_____ sur les enfants du lundi à la sortie de l'école au mardi matin et du vendredi à la sortie de l'école au samedi 18h00.

b. Fin avril 2022, A_____ est sorti de prison.

c. Par décision du 4 mai 2022, faisant suite au préavis du SPMi du 3 mai 2022, le TPAE a fixé le droit de visite de A_____ sur les enfants au mercredi et au dimanche de 10h00 à 18h00.

Il ressort du préavis du SPMi susvisé que A_____ a indiqué ne plus souhaiter "*se battre pour récupérer*" le domicile conjugal et être d'accord pour que celui-ci soit attribué à B_____ ainsi que la garde des enfants. Il souhaitait toutefois, à terme, la mise en place d'une garde alternée. Le SPMi a également relevé que la prise en charge des enfants par la mère durant les vacances de Pâques s'était bien déroulée.

d. Par ordonnance du 21 juin 2022, le Tribunal a modifié le chiffre 3 du dispositif de l'ordonnance entreprise en faisant interdiction à A_____ d'approcher à moins de 50 mètres de l'immeuble du domicile conjugal et maintenu ladite ordonnance pour le surplus.

e. Dans son rapport d'évaluation sociale du 18 août 2022, le SEASP a préconisé le maintien de l'autorité parentale conjointe, la restitution aux parents du droit de déterminer le lieu de résidence des enfants, l'attribution de la garde de ceux-ci à la mère, un droit de visite devant être réservé au père à raison d'un week-end sur deux du vendredi à la sortie de l'école au lundi 8h00 et de la moitié des vacances

scolaires, limitées à deux semaines consécutives, ainsi qu'au maintien des curatelles mises en place.

Le SEASP a relevé que les enfants se portaient bien. Un retour à domicile serait toutefois favorable à leur stabilité. Les parents étaient collaborants. Ils avaient surmonté leurs difficultés et retrouvé une place auprès de leurs enfants. Les parents les avaient pris en charge à satisfaction durant les vacances scolaires d'été, à raison de deux semaines consécutives en alternance. A_____ logeait dans une chambre d'hôtel suffisamment grande pour accueillir les enfants, notamment pour les nuitées. Les parents étaient d'accord pour que la garde des enfants soit attribuée à la mère. Concernant les modalités de prise en charge des enfants par le père, celles-ci devaient être aussi larges que possible en tenant compte de la situation dans son ensemble. En effet, A_____ ne consommait plus d'alcool ni de substances psychotropes et il bénéficiait d'un suivi psychologique l'aidant à gérer son impulsivité. Il était apaisé et souhaitait s'investir dans l'éducation de ses enfants. Depuis sa sortie de prison, son droit de visite s'était bien déroulé.

Ce rapport a été communiqué aux parties, qui ont acquiescé aux recommandations du SEASP.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions de première instance sur les mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC), 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. 2 CPC).

En l'espèce, le litige porte sur l'attribution du domicile conjugal, seule question encore litigieuse en appel, soit une affaire patrimoniale, dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr. compte tenu du montant du loyer (art. 92 CPC; arrêts du Tribunal fédéral 5A_609/2014 du 28 octobre 2014 consid. 1.1 et 5A_416/2012 du 13 septembre 2012 consid. 1). La voie de l'appel est donc ouverte.

1.2 Déposé en temps utile et selon la forme prescrite par la loi (art. 130, 131, 311 al. 1, 248 let. d et 314 al. 1 CPC), l'appel est recevable.

2. La Cour revoit la cause en fait et en droit avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC). Les mesures provisionnelles étant soumises à la procédure sommaire, la cognition du juge est toutefois 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, in JdT 2002 I 352; arrêt du Tribunal fédéral 5A_792/2016 du 23 janvier 2017 consid. 4.1).

3. Les parties ont produit des pièces nouvelles devant la Cour.

3.1 Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et moyens de preuve nouveaux ne sont pris en considération au stade de l'appel que s'ils sont invoqués ou produits sans retard (let. a) et s'ils ne pouvaient l'être devant la première instance bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de diligence (let. b).

3.2 En l'occurrence, les pièces nouvelles produites par l'appelant n° 5 à 11 sont toutes antérieures au 11 mars 2022, date à laquelle le premier juge a gardé la cause à juger. Or, l'appelant n'explique pas les raisons pour lesquelles il ne les a pas produites en première instance. Ces pièces, ainsi que les faits s'y rapportant, sont donc irrecevables. Ils ne sont, en tous les cas, pas déterminants pour l'issue du litige. La pièce n° 14 est en revanche recevable, car postérieure à la date précitée, de même que les faits y afférents.

Les pièces nouvelles produites par l'intimée n° 39, 41 à 43 et 45 à 47 sont postérieures au 11 mars 2022, de sorte qu'elles sont recevables, ainsi que les faits s'y rapportant. Il en va de même du rapport du SEASP du 18 août 2022. En revanche, les pièces n° 40 et 44 sont antérieures à la date précitée et pouvaient être produites en première instance, de sorte qu'elles sont irrecevables, de même que les faits y afférents.

4. L'appelant a conclu à ce qu'aucune mesure d'éloignement ne soit prononcée à son encontre, ce à quoi l'intimée a acquiescé en appel.

Les chiffres 2 à 4 du dispositif de l'ordonnance entreprise visant les interdictions faites à l'appelant de s'approcher de l'intimée et du domicile conjugal seront donc annulés.

5. L'appelant fait grief au Tribunal d'avoir attribué la jouissance exclusive du domicile conjugal à l'intimée.

5.1 Saisi d'une requête commune ou d'une demande unilatérale tendant au divorce (art. 274 CPC), le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires, en appliquant par analogie les dispositions régissant la protection de l'union conjugale (art. 276 al. 1 CPC).

Si les époux ne parviennent pas à s'entendre au sujet de la jouissance de l'habitation conjugale, l'art. 176 al. 1 ch. 2 CC prévoit que le juge attribue provisoirement le logement conjugal à l'une des parties en faisant usage de son pouvoir d'appréciation. Il doit procéder à une pesée des intérêts en présence, de façon à prononcer la mesure la plus adéquate au vu des circonstances concrètes (arrêts du Tribunal fédéral 5A_829/2016 du 15 février 2017 consid. 3.1 et 5A_298/2014 du 24 juillet 2014 consid. 3.3.2).

En premier lieu, le juge doit examiner à quel époux le domicile conjugal est le plus utile. Ce critère conduit à attribuer le logement à celui des époux qui en tirera

objectivement le plus grand bénéfice, au vu de ses besoins concrets. A cet égard, entrent notamment en considération l'intérêt de l'enfant, confié au parent qui réclame l'attribution du logement, à pouvoir demeurer dans l'environnement qui lui est familier, l'intérêt professionnel d'un époux, qui, par exemple, exerce sa profession dans l'immeuble, ou encore l'intérêt d'un époux à pouvoir rester dans l'immeuble qui a été aménagé spécialement en fonction de son état de santé (arrêts du Tribunal fédéral 5A_829/2016 précité consid. 3.1 et 5A_291/2013 du 27 janvier 2014 consid. 5.4).

Si ce premier critère de l'utilité ne donne pas de résultat clair, le juge doit, en second lieu, examiner à quel époux on peut le plus raisonnablement imposer de déménager, compte tenu de toutes les circonstances. A cet égard, entrent notamment en considération l'état de santé ou l'âge avancé de l'un des époux qui, bien que l'immeuble n'ait pas été aménagé en fonction de ses besoins, supportera plus difficilement un changement de domicile, ou encore le lien étroit qu'entretient l'un d'eux avec le domicile conjugal, par exemple un lien de nature affective. Des motifs d'ordre économique ne sont en principe pas pertinents, à moins que les ressources financières des époux ne leur permettent pas de conserver ce logement. Si ce second critère ne donne pas non plus de résultat clair, le juge doit alors tenir compte du statut juridique de l'immeuble et l'attribuer à celui des époux qui en est le propriétaire ou qui bénéficie d'autres droits d'usage sur celui-ci (ATF 120 II 1 consid. 2c; arrêts du Tribunal fédéral 5A_289/2016 précité consid. 3.1; 5A_298/2014 précité consid. 3.3.2 et 5A_291/2013 précité consid. 5.3.3).

5.2 En l'espèce, l'appelant fait, en substance, valoir qu'il s'était occupé seul des enfants depuis le départ de l'intimée du domicile conjugal en 2019 et que celle-ci ne souhaitait pas obtenir leur garde, contrairement à lui. L'intérêt des enfants commandait donc que le logement familial lui soit attribué.

L'intimée n'a certes pas conclu, sur mesures provisionnelles, à l'attribution en sa faveur de la garde des enfants, mais elle a expressément manifesté, dans sa requête en divorce du 16 décembre 2021, souhaiter, à terme, obtenir leur garde. Par ailleurs, l'appelant a déclaré au SPMi et au SEASP être d'accord pour que la garde des enfants soit attribuée à l'intimée, ce que ce dernier service a préconisé dans son rapport du 18 août 2022, validé par l'appelant.

En outre, à sa sortie de prison fin avril 2022, soit quelques semaines après le dépôt de son acte d'appel, l'appelant a communiqué au SPMi qu'il ne souhaitait plus "*se battre pour récupérer*" le domicile conjugal et être d'accord avec l'attribution de celui-ci à l'intimée. Dans le cadre de la procédure pénale initiée à son encontre, l'appelant avait d'ailleurs mentionné qu'à sa sortie de prison il souhaitait vivre dans le logement de sa mère et non au domicile conjugal. Dans ces circonstances, il n'est pas fondé à reprocher au premier juge d'avoir retenu qu'il bénéficiait d'une

solution de logement provisoire auprès de membres de sa famille à sa sortie de prison.

Actuellement, l'intimée exerce un droit de visite sur les enfants comprenant deux nuitées par semaine au domicile conjugal, qu'elle a réintégré courant janvier 2022. Elle a également pris en charge ces derniers durant les vacances scolaires de Pâques et d'été 2022, avec les nuitées. En revanche, les modalités actuelles d'exercice du droit de visite de l'appelant ne comprennent pas de nuitée, à l'exception des vacances scolaires d'été 2022. Il est donc dans l'intérêt des enfants, qui ont besoin de stabilité - ce que le SEASP a relevé dans son rapport du 18 août 2022 -, de pouvoir continuer à loger au domicile conjugal lorsqu'ils sont avec leur mère, qui bénéficie, en l'état, d'un droit de visite plus élargi que celui de l'appelant et qui obtiendra vraisemblablement la garde de ceux-ci, conformément à l'accord des parties sur ce point.

Compte tenu de ce qui précède, la jouissance du domicile conjugal semble plus utile à l'intimée, comme retenu par le premier juge, de sorte qu'il se justifie de lui attribuer ce logement.

Partant, le chiffre 1 du dispositif de l'ordonnance querellée sera confirmé.

6. Les frais judiciaires d'appel seront fixés à 800 fr. (art. 31 et 37 RTFMC). Compte tenu de l'issue de la procédure et de la nature familiale du litige (art. 95 al. 1 let. a et al. 2, 104 al. 1, 105 al. 1, 106 al. 2 et 107 al. 1 let. c CPC), les frais judiciaires seront supportés par moitié entre les parties. Celles-ci plaidant au bénéfice de l'assistance judiciaire, les frais à leur charge, soit 400 fr. chacune, seront provisoirement supportés par l'Etat de Genève, lequel pourra en réclamer le remboursement ultérieurement (art. 122 al. 1 let. b, 123 al. 1 CPC et 19 RAJ).

Compte tenu de la nature familiale du litige, chaque partie supportera ses propres dépens d'appel (art. 95 al. 1 let. b et al. 3 et 107 al. 1 let c. CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 4 avril 2022 par A_____ contre l'ordonnance OTPI/171/2022 rendue le 22 mars 2022 par le Tribunal de première instance dans la cause C/24778/2021.

Au fond :

Annule les chiffres 2, 3 et 4 du dispositif de cette ordonnance.

Confirme l'ordonnance querellée pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 800 fr. et les met à la charge des parties pour moitié chacune.

Dit que les frais judiciaires de 400 fr. mis à la charge de A_____ et ceux de 400 fr. mis à la charge de B_____ seront provisoirement supportés par l'Etat de Genève.

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

Siégeant :

Madame Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI, présidente; Madame Sylvie DROIN, Monsieur Jean REYMOND, juges; Madame Gladys REICHENBACH, greffière.

La présidente :	La greffière :
Ursula ZEHETBAUER GHAVAMI	Gladys REICHENBACH

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.