REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/2503/2022 **ACJC/706/2023**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 30 MAI 2023

Entre

Madame A_____, domiciliée _____, appelante d'une ordonnance rendue par la 13ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 29 novembre 2022, comparant par Me Guillaume CHOFFAT, avocat, c/o Kohler & Associés, rue Marignac 9, case postale 324, 1211 Genève 12, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, intimé, comparant par Me Nassima LAGROUNI, avocate, Etude Lagrouni, route du Grand-Lancy 20-22, 1212 Grand-Lancy, en l'Étude de laquelle il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 5 juin 2023.

EN FAIT

A. **a.** A_____, née le _____ 1977, de nationalité britannique, et B_____, né le _____ 1984, de nationalité tunisienne, se sont mariés le _____ 2010 à C_____ (Genève).

Ils sont les parents de D_____, né le _____ 2011, ressortissant britannique.

b. Les époux vivent séparés depuis le printemps 2019.

c. Le 13 décembre 2019, A_____ a déposé une requête en mesures protectrices de l'union conjugale, concluant notamment à ce que le Tribunal de première instance l'autorise à vivre en Angleterre avec D_____ dont elle a sollicité la garde exclusive, conclusion dans laquelle elle a persisté dans ses dernières écritures du 25 janvier 2021, indiquant que son départ n'avait été reporté qu'en raison de la pandémie. A l'appui de sa requête, elle a notamment exposé qu'hormis son emploi et son époux, elle n'avait pas d'attache avec la Suisse. Elle avait été licenciée pour le 29 février 2020 et elle souhaitait s'établir durablement en Angleterre, où résidait sa famille, avec laquelle elle entretenait des liens étroits.

d. Par jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale du 11 mars 2021, le Tribunal de première instance a notamment instauré une garde alternée sur D_____, s'exerçant une semaine sur deux en alternance entre les parents, le passage de l'enfant devant s'effectuer le lundi à 16h, à la sortie de l'école, fixé le domicile légal de l'enfant chez B_____, rappelé à A_____ qu'un parent exerçant conjointement l'autorité parentale ne pouvait modifier le lieu de résidence de l'enfant qu'avec l'accord de l'autre parent ou sur décision du juge, interdit à la précitée de quitter la Suisse pour s'établir en Angleterre avec le mineur D_____, dit que si A_____ devait quitter Genève pour s'établir ailleurs, la garde exclusive de D_____ serait attribuée à B_____, dit qu'aussitôt que A_____ aurait quitté Genève pour s'établir ailleurs, un droit aux relations personnelles sur D_____ lui serait réservé et s'exercerait, à défaut d'accord entre les parties, un week-end sur deux, du vendredi soir au dimanche soir, ainsi que durant toutes les vacances de février et d'octobre et durant la moitié des vacances de Pâques, d'été et de fin d'année, ordonné la mise en place, respectivement la poursuite, d'un suivi psychologique pour D_____, instauré une mesure de droit de regard et d'information, permettant notamment de surveiller la réalisation d'un suivi psychologique de D_____, exhorté les parties à effectuer une médiation auprès de l'Office protestant de consultations conjugales et familiales et exhorté les parties à préserver leur fils du conflit conjugal. Il a, en outre, condamné A_____ à verser en mains de B_____, par mois et d'avance, allocations familiales ou d'études non comprises, 250 fr. à titre de contribution à l'entretien de D_____, ce montant étant porté à 900 fr. par mois lorsqu'elle aurait quitté Genève pour s'établir ailleurs (ch. 14), dit que les allocations familiales seraient versées à

B_____, qui réglerait les frais fixes de D_____, soit ses assurances-maladies (LAMal et LCA), ses frais de transport, de cuisines scolaires, de parascolaire et de loisirs réguliers (ch. 15), dit que les éventuels frais extraordinaires de D_____ seraient partagés par moitié entre les parents, moyennant accord préalable entre eux (ch. 16) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 22).

Le Tribunal a retenu qu'aucun élément ne plaidait en faveur d'une installation de l'enfant D_____ en Angleterre. Au contraire, l'enfant bénéficiait, en dépit du conflit parental, d'une certaine stabilité à travers la garde alternée exercée *de facto* par ses parents depuis plus d'un an et demi.

e. Par acte du 8 février 2022, B_____ a formé une requête unilatérale en divorce. Il a notamment conclu au prononcé du divorce, à ce que le Tribunal lui attribue la jouissance exclusive du domicile conjugal, maintienne l'autorité parentale conjointe sur l'enfant D_____ tant que A_____ serait domiciliée à Genève, lui attribue l'autorité parentale exclusive sur l'enfant D_____ si A_____ devait quitter Genève, interdise à A_____ de modifier le lieu de résidence à Genève de l'enfant sans son accord préalable, interdise à A_____ de quitter la Suisse pour s'établir à l'étranger avec D_____, prononce une garde alternée, fixe le domicile légal de l'enfant chez lui, lui attribue la garde exclusive de D_____ si A_____ devait quitter Genève, réserve à A_____ un droit de visite sur l'enfant si elle quittait Genève, lequel s'exercerait, sauf accord contraire des parents, un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires, condamne les parents à prendre en charge les frais courants et extraordinaires de l'enfant à raison de la moitié chacun. Il a, par ailleurs, pris de conclusions s'agissant des aspects financiers du divorce.

f. Lors de l'audience du 6 avril 2022, A_____, comparaissant en personne, a indiqué au Tribunal qu'un avocat, Me E_____, lui avait remis un formulaire à remplir pour l'assistance judiciaire. Elle a expliqué qu'une procédure en divorce était pendante en Tunisie depuis septembre 2020 car elle y avait déposé une demande. Il y avait déjà eu trois audiences et D_____ avait été entendu par le juge tunisien. Elle voulait avoir la garde sur D_____. Elle comptait rester à Genève, où elle avait désormais un travail, comme professeur d'anglais à 25% dans une école privée, et un partenaire genevois. Elle était financièrement aidée par l'Hospice général. Elle a ajouté que son médecin lui conseillait de ne pas travailler à plus de 50%, de sorte qu'elle avait fait une demande à l'assurance invalidité, qui était en cours de traitement.

B_____ a déposé sur le siège des mesures superprovisionnelles tendant à ce qu'il soit fait interdiction à A_____ de quitter la Suisse avec D_____ et obligation à A_____ de déposer le passeport de l'enfant.

g. B_____ a formalisé sa requête par le dépôt, en date du 7 avril 2022, d'une requête en mesures superprovisionnelles et provisionnelles, concluant à ce que le Tribunal interdise à A_____ d'emmener l'enfant D_____ hors du territoire suisse, dise que cette interdiction vaudrait également si l'enfant était supposé quitter seul le territoire suisse à l'initiative de sa mère, ordonne, sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP, le dépôt immédiat auprès du SPMi des documents d'identité de l'enfant qui se trouvaient en possession de sa mère, dont notamment son passeport britannique et ordonne l'inscription de l'enfant dans le système de recherches informatisées de police (RIPOL/SIS).

A l'appui de sa requête, B_____ a notamment produit une attestation datée du 9 octobre 2020 établie par une certaine F_____, qui expliquait que lors d'une soirée le 5 juillet 2020, A_____ lui avait dit : *"je vais quitter la Suisse avec ou sans l'autorisation du juge ou du papa et ainsi faire la demande de garde exclusive en Angleterre car c'est le moyen le plus sûr de l'avoir"*.

h. Par ordonnance du 7 avril 2022, le Tribunal a rejeté la requête de mesures superprovisionnelles.

i. En date du 8 avril 2022, le Tribunal a demandé au SEASP d'établir un rapport d'évaluation sociale avec audition de l'enfant.

j. Lors de l'audience sur mesures provisionnelles du 4 mai 2022, lors de laquelle A_____ n'était ni présente ni représentée, B_____ a expliqué que lorsque le couple vivait encore ensemble et que A_____ avait du travail à Genève, celle-ci voulait déjà se rendre en Angleterre car elle avait le mal du pays. A_____ était déjà partie en Angleterre avec D_____ sans son accord, notamment au moment de Noël, ce qu'il avait appris par son fils.

k. Par pli du 5 mai 2022, Me E_____ a informé le Tribunal avoir été nommé d'office par décision du 4 mai 2022 pour défendre les intérêts de A_____. Le bénéfice de l'assistance judiciaire a été octroyé à A_____ avec effet au 2 mai 2022.

l. Le 9 mai 2022, A_____ a requis du Tribunal qu'une nouvelle audience sur mesures provisionnelles soit appointée ou qu'à défaut, un délai lui soit imparti pour faire valoir son droit d'être entendue par écrit.

m. Par ordonnance du 9 juin 2022, le Tribunal a rejeté la requête en restitution formée par A_____. Il a considéré que celle-ci avait été convoquée suffisamment à l'avance pour l'audience du 4 mai 2022, étant relevé qu'elle n'avait pas retiré le pli recommandé qui lui avait été adressé le 11 avril 2022 et que la citation lui avait été renvoyée par pli simple le 25 avril 2022. Puisque les mesures provisionnelles avaient été déposées par B_____ lors de l'audience du 6 avril 2022 en sa présence, A_____ devait s'attendre à être convoquée à une audience. Elle aurait

ainsi pu comparaître à l'audience du 4 mai 2022 assistée de son conseil puisque la nomination d'office était datée du même jour et que Me E_____ la représentait déjà dans une autre procédure. L'absence de A_____ lors de l'audience du 4 mai 2022 ne relevait donc pas d'une faute légère mais d'une intention délibérée.

n. Dans sa réponse au fond du 10 juin 2022, A_____ a conclu, outre au prononcé du divorce, à ce que le Tribunal lui attribue la jouissance exclusive du domicile conjugal, maintienne l'autorité parentale conjointe sur l'enfant D_____, maintienne la garde alternée sur D_____ à raison d'une semaine sur deux en alternance entre les parents, le passage de l'enfant devant s'effectuer le lundi à 16h à la sortie de l'école, lui réserve le droit de formuler ses conclusions pour sa propre contribution d'entretien, pour l'entretien de l'enfant, pour l'attribution des allocations familiales et pour la liquidation du régime matrimonial une fois le revenu réel de B_____ connu et renonce au partage des prestations de libre passage acquises par les époux durant le mariage.

Il ressort d'un document produit par A_____ avec son écriture qu'une procédure de divorce est pendante en Tunisie depuis 2020, sans que l'on comprenne toutefois quel est son stade d'avancement.

o. Par ordonnance du 28 juin 2022, le Tribunal, statuant sur mesures provisoires au sens de l'art. 10 LDIP, a notamment fait interdiction à A_____ de quitter le territoire suisse avec l'enfant D_____ (ch. 1 du dispositif), fait interdiction à A_____ de faire quitter le territoire suisse à l'enfant D_____ (ch. 2), ordonné à A_____ de déposer en mains du SPMi les documents d'identité de l'enfant D_____, dont notamment son passeport britannique (ch. 3), prononcé les mesures mentionnées aux chiffres 1 et 2 ainsi que l'injonction mentionnée au chiffre 3 sous la menace de la peine prévue à l'article 292 CP (ch. 4) et ordonné à l'Office fédéral de la police (FEDPOL) l'inscription immédiate dans le système de recherches informatisées de police (RIPOL) et le Système d'information Schengen (SIS) des mesures visées aux chiffres 1 et 2 du dispositif (ch. 5).

En substance, le Tribunal a retenu que la saisine des autorités tunisiennes était survenue antérieurement à la saisine du juge suisse du divorce mais que ce dernier restait compétent pour statuer sur mesures provisoires au sens de l'art. 10 LDIP. Il a justifié les mesures d'interdiction de sortie de l'enfant de Suisse par le fait que A_____ souffrait du mal du pays, n'avait pas de situation professionnelle stable et n'avait pas informé son époux de ce qu'elle avait emmené son fils en Tunisie pour être entendu par le juge et au Royaume-Uni pour fêter Noël. En outre, le fait qu'elle ait, selon ses dires, noué une relation à Genève n'était pas suffisant pour considérer qu'elle avait renoncé à son projet de retourner dans son pays d'origine.

p. A_____, assistée alors d'un conseil, n'a pas formé appel contre cette décision.

q. Par pli du 14 juillet 2022, A_____ a demandé au Tribunal de pouvoir se déplacer, avec son fils, à l'étranger en raison d'un décès. Elle a allégué que son cousin germain était décédé au Royaume-Uni et qu'elle souhaitait pouvoir se rendre à son enterrement avec D_____ le 3 août 2022 afin que son fils puisse voir ses grands-parents, ses cousins ainsi que son oncle et sa tante.

r. Par ordonnance du 18 juillet 2022, le Tribunal, statuant sur mesures superprovisionnelles, a rejeté la requête de A_____.

s. Par décision du 13 octobre 2022, la vice-présidente du Tribunal de première instance a admis la demande de changement d'avocat formée par A_____.

t. Le 19 octobre 2022, A_____, représentée par un nouveau conseil, a déposé une requête de mesures provisionnelles concluant préalablement à ce que le Tribunal "limite la procédure de divorce sur le fond à la question préjudicielle de la compétence, vu l'exception de litispendance et, si par impossible, suspende la procédure dans l'attente du jugement de divorce du Tribunal de première instance de Tunis I et se déclare incompétent au profit de dite juridiction".

Principalement, A_____ a pris des conclusions tendant à ce que le Tribunal modifie les chiffres 14, 15 et 22 du jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale du 11 mars 2021 ainsi que les chiffres 1 à 6 de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 28 juin 2022, la libère du versement de toute contribution d'entretien en faveur de l'enfant D_____, dise que B_____ lui rétrocèdera la moitié des allocations familiales perçues en faveur de l'enfant, compte tenu de la garde alternée pratiquée par les parties, lève les interdictions qui lui sont faites aux chiffres 1 et 2 de l'ordonnance sur mesures provisionnelles du 28 juin 2022, ordonne la restitution en ses mains des documents d'identité de D_____, dont notamment son passeport britannique, lève la menace prononcée au chiffre 4 de l'ordonnance sur mesures provisionnelles du 28 juin 2022 de la peine prévue à l'art. 292 CP en lien avec les chiffres 1 à 3 de ladite ordonnance et ordonne à l'Office fédéral de la police (FEDPOL) la suppression immédiate dans le système de recherches informatisées de police (RIPOL) et le système d'information Schengen (SIS) des mesures visées aux chiffres 1 et 2 de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 28 juin 2022.

Subsidiairement, A_____ a conclu à ce que le Tribunal fasse interdiction à B_____ de quitter le territoire suisse avec l'enfant D_____ et de faire quitter le territoire suisse à D_____, ordonne à B_____ de déposer en mains du SPMI les documents d'identité de l'enfant D_____ en sa possession, en particulier le passeport tunisien de l'enfant nouvellement établi, prononce les mesures visées aux chiffres 13 à 15 (sic) sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP et ordonne à l'Office fédéral de la police (FEDPOL) l'inscription immédiate dans le

système de recherches informatisées de police (RIPOL) et le système d'information Schengen (SIS) des mesures visées aux chiffres 13 et 14.

A_____ a notamment allégué qu'elle n'avait aucune intention de déménager en Grande-Bretagne et tentait simplement de reconstruire sa vie à Genève, qu'elle n'avait jamais mis à exécution la moindre menace de partir en Angleterre et était toujours revenue de ses séjours là-bas avec l'enfant, avait repris une activité professionnelle – soit une activité d'enseignante d'anglais à 20% depuis le mois d'octobre 2021 – et noué une relation avec un compagnon qui vivait à Genève. Elle avait déposé une demande en divorce en Tunisie afin de se prémunir contre le risque d'un enlèvement de l'enfant par son père vers la Tunisie et était allée avec l'enfant dans ce pays uniquement pour faire suite à la demande du juge tunisien d'auditionner D_____. Elle a produit un message de B_____ daté du 17 juillet 2022 lui indiquant qu'il n'était pas contre le fait que D_____ passe des vacances à l'étranger mais pas en Angleterre car il n'avait pas envie que la mère le laisse là-bas et le prive de voir son fils.

u. Lors de l'audience sur mesures provisionnelles du 16 novembre 2022, A_____ a déclaré avoir compris que D_____ avait besoin de stabilité, de sorte qu'il n'était plus question de retourner vivre en Angleterre. Elle souhaitait juste que son fils puisse rendre visite à sa famille, avec laquelle il avait un lien fort, et était toujours revenue dans les délais chaque fois qu'elle était partie avec l'enfant. Elle était en outre allée en Angleterre à Noël 2021 avec l'autorisation de son époux. Elle a persisté dans ses conclusions et subsidiairement conclu à ce que les mesures d'interdiction prononcées le 28 juin 2022 se limitent à l'Angleterre.

B_____ a déclaré qu'il craignait toujours que son épouse quitte la Suisse avec leur fils pour se rendre en Angleterre, de sorte qu'il refusait de lever l'interdiction qui lui avait été faite de quitter la Suisse. Il a admis avoir envoyé un message à son épouse durant l'été déclarant qu'il souhaitait que D_____ parte en vacances avec sa mère mais tant qu'il n'y avait pas de jugement de divorce, il craignait qu'elle reste en Grande-Bretagne avec lui. Lors d'un appel de son épouse et de son compagnon, qui s'était présenté comme étant son avocat, celui-ci avait déclaré que D_____ n'était pas suisse mais anglais de sorte que la Suisse n'avait aucun droit sur lui. B_____, qui avait eu peur de perdre son fils, avait contacté l'ambassade tunisienne pour savoir comment avoir un passeport tunisien pour D_____, ce qui lui aurait permis de le faire revenir en Suisse en cas d'enlèvement.

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

v. Le SEASP, mandaté par le Tribunal en vue de l'établissement d'un rapport d'évaluation sociale, a rendu son rapport en date du 22 novembre 2022.

B. Par ordonnance OTPI/792/2022 du 29 novembre 2022, le Tribunal, statuant sur mesures provisionnelles (art. 10 LDIP), a modifié le chiffre 14 du jugement

JTPI/3308/2021 du 11 mars 2021 en tant qu'il condamnait A_____ à verser une contribution à l'entretien de D_____ en mains de B_____ (ch. 1 du dispositif), fixé l'entretien convenable de l'enfant à 1'650 fr., allocations familiales non déduites (ch. 2), dispensé A_____ de contribuer à l'entretien convenable de D_____, avec effet au 1er décembre 2022 (ch. 3), réservé le sort des frais judiciaires à la décision finale (ch. 4), dit qu'il n'était pas alloué de dépens (ch. 5) et débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 6).

Le Tribunal a notamment retenu que la situation financière de A_____ s'était péjorée de manière notable depuis le prononcé du jugement de mesures protectrices de l'union conjugale de sorte que sa contribution à l'entretien de D_____ devait être supprimée.

En revanche, il n'y avait pas lieu de lever l'interdiction de sortie du territoire Suisse de l'enfant. Certes, le père avait donné son accord pour que la mère et l'enfant puissent voyager à l'étranger à l'exclusion du Royaume-Uni, compte tenu de sa crainte que la mère le prive de l'enfant en s'installant en Angleterre. Toutefois, le Tribunal a constaté son incompétence à pouvoir faire interdire l'entrée au Royaume-Uni d'un ressortissant britannique, de sorte qu'il ne pouvait prononcer une décision en ce seul sens. Pour le surplus, la situation de la mère ne s'était pas modifiée depuis le prononcé de l'ordonnance du 28 juin 2022. A_____ avait déjà évoqué, avant le prononcé des mesures provisionnelles du 28 juin 2022, le fait - contesté - qu'elle avait noué une relation à Genève et qu'elle avait une activité professionnelle stable. Il en allait de même s'agissant des autres motifs allégués en lien avec les voyages qu'elle avait effectués par le passé à l'étranger, en Angleterre ou en Tunisie, quant à sa volonté de rester vivre en Suisse, quant au fait qu'elle était toujours revenue de ses séjours à l'étranger avec l'enfant ou s'agissant de l'attestation de F_____ qui n'était plus d'actualité. Ces faits auraient tous dû être plaidés dans le cadre d'un appel contre l'ordonnance du 28 juin 2022, qui n'avait pas été interjeté et n'avaient pas leur place dans la nouvelle requête, étant précisé que la procédure de modification n'avait pas pour but de corriger le premier jugement mais de l'adapter aux circonstances nouvelles. Ainsi, le message du père, qui était l'unique fait nouveau allégué par la mère, ne suffisait pas à lui seul à modifier l'ordonnance de mesures provisionnelles du 28 juin 2022. Enfin, le Tribunal a relevé qu'à la date du prononcé de son ordonnance il venait de de recevoir le rapport d'évaluation sociale du SEASP, de sorte que les parties allaient être convoquées à brève échéance avant qu'un jugement ne soit rendu sur le fond.

Il n'y avait pas lieu de faire interdiction au père de quitter la Suisse avec l'enfant dès lors qu'il n'y avait que peu de risques qu'il parte à l'improviste. Il n'avait jamais mentionné qu'il désirait quitter la Suisse ou déménager en Tunisie, il avait décidé d'introduire la procédure en divorce à Genève et non pas en Tunisie, contrairement à son épouse, et il avait souhaité faire établir un passeport tunisien

pour son fils uniquement en raison de la crainte que son épouse ne déménage en Angleterre avec D_____, qui était ressortissant britannique.

C. **a.** Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 12 décembre 2022, A_____ a appelé de cette ordonnance, qu'elle a reçue le 2 décembre 2022. Elle a conclu à l'annulation du chiffre 6 de son dispositif – en tant qu'il l'a déboutée de ses conclusions en lien avec les interdictions prononcées aux chiffres 1 à 5 du dispositif de l'ordonnance sur mesures provisionnelles du 28 juin 2022 – et a conclu à la levée des interdictions qui lui ont été faites aux chiffres 1 et 2 de l'ordonnance sur mesures provisionnelles du 28 juin 2022. Elle a conclu en outre a ce que la Cour ordonne la restitution en ses mains des documents d'identité de D_____, dont notamment son passeport britannique, lève la menace prononcée au chiffre 4 de l'ordonnance sur mesures provisionnelles du 28 juin 2022 de la peine prévue à l'art. 292 CP en lien avec les chiffres 1 à 3 de ladite ordonnance et ordonne à l'Office fédéral de la police (FEDPOL) la suppression immédiate dans le système de recherches informatisées de police (RIPOL) et le système d'information Schengen (SIS) des mesures visées aux chiffres 1 et 2 de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 28 juin 2022. Elle a encore conclu à ce qu'il soit procédé à un "examen de la faisabilité de la garde alternée ou d'une attribution d'une garde exclusive en sa faveur" selon ce que l'intérêt de l'enfant commanderait, les frais de la procédure devant être répartis par moitié entre les parties, sans que des dépens ne soient alloués.

b. Dans sa réponse du 9 janvier 2023, B_____ a conclu à la confirmation de l'ordonnance querellée et au déboutement de A_____ de toutes ses conclusions, cette dernière devant être condamnée aux frais de la procédure.

c. Dans leurs réplique et duplique ainsi que dans leurs écritures ultérieures, les parties ont persisté dans leurs conclusions.

Dans son écriture du 22 février 2023, A_____ a notamment indiqué que le juge tunisien s'était dessaisi de la cause en divorce au profit du juge suisse, ce que B_____ a confirmé.

d. A_____ a produit des pièces nouvelles.

e. Par avis du 17 mars 2023, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

D. Les éléments pertinents suivants résultent par ailleurs de la procédure :

a. B_____ a signé des documents autorisant A_____ à sortir du territoire suisse avec l'enfant D_____ pour se rendre au Royaume-Uni les 16 juillet 2019, 17 octobre 2029, 26 décembre 2019 et 11 mars 2020.

b. Le 9 décembre 2022, la Dresse G_____ a appuyé la demande de A_____ visant à ce qu'il soit permis à l'enfant de voyager avec sa mère en Grande-Bretagne durant les fêtes de fin d'année. Elle a indiqué qu'il était important pour D_____ de ne pas être privé de sa famille maternelle.

Le 10 janvier 2023, le Dr H_____, pédopsychiatre, qui suit D_____ depuis le mois de septembre 2020, a notamment indiqué que l'enfant ne présentait pas de problématique psychiatrique sous-jacente préoccupante mais que périodiquement il traversait des moments de crises, principalement anxieuses, qui se manifestaient par des colères incontrôlées qui n'étaient pas inquiétantes, des petits moments d'"orages" psycho-affectifs, et de la trichotillomanie, cette dernière se manifestant également autant chez le père que chez la mère. Le médecin a dit n'en tirer aucune conclusion sur les parents, car il s'agissait d'une situation fréquente, même lorsque les parents n'étaient pas séparés. Il s'est en outre refusé à chercher des causalités entre les difficultés de D_____ et les événements du passé, la garde alternée actuelle étant harmonieuse et l'enfant ne se plaignant pas de la situation. Il a, par ailleurs, relaté qu'après une longue conversation avec A_____, il était convaincu que son projet de partir pour l'Angleterre n'était plus du tout d'actualité. Ce projet avait émergé à l'époque de la séparation, alors que le conflit entre les parties était aigu, mais il avait été vite abandonné par la suite. De son point de vue, l'interdiction lui paraissait être une contrainte beaucoup trop extrême pour l'enfant qui devait pouvoir maintenir des liens vivants avec sa famille élargie en Angleterre.

c. A_____ travaille à 25% pour l'école I_____ SA depuis le mois d'octobre 2021.

d. Le 2 décembre 2022, l'Office cantonal des assurances sociales a rendu un projet de décision d'octroi d'une rente invalidité en faveur de A_____, celle-ci, reconnue invalide à 50%, pouvant prétendre à l'octroi d'une demi-rente à partir du 1er février 2021.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable pour avoir été interjeté auprès de l'autorité compétente (art. 120 al. 1 let. a LOJ), selon la forme prescrite par la loi (art. 130, 131 et 311 CPC) et dans le délai utile de 10 jours (art. 142, 248 let. d et 314 al. 1 CPC), à l'encontre d'une décision sur mesures provisionnelles (art. 308 al. 1 let. b CPC) qui statue sur une affaire non pécuniaire dans son ensemble.

Sont également recevables la réponse (art. 314 al. 1 CPC) ainsi que les écritures subséquentes et spontanées des parties, déposées conformément à leur droit de répliquer (ATF 142 III 48 consid. 4.1.1).

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

Les mesures provisionnelles étant soumises à la procédure sommaire (271 let. a CPC par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC), l'autorité peut se limiter à la vraisemblance des faits et à l'examen sommaire du droit, en se fondant sur les moyens de preuve immédiatement disponibles, tout en ayant l'obligation de peser les intérêts respectifs des parties (ATF 139 III 86 consid. 4.2; 131 III 473 consid. 2.3; arrêt du Tribunal fédéral 5A_916/2019 du 12 mars 2020 consid. 3.4).

Les maximes d'office et inquisitoire illimitée sont applicables aux questions concernant les enfants mineurs (art. 55 al. 2, 58 al. 2 et 296 CPC). L'autorité de céans établit en conséquence les faits d'office et n'est pas liée par les conclusions des parties (art. 296 al. 3 CPC). De nouvelles conclusions ne sont ainsi pas exclues et l'interdiction de la *reformatio in pejus* ne s'applique pas (ATF 129 III 417 consid. 2.1.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A_841/2018, 5A_843/2018 du 12 février 2020 consid. 5.2; BASTONS BULLETTI, Petit commentaire Code de procédure civile, 2021, n. 19 ad art. 317 CPC). Il s'ensuit que toutes les nouvelles conclusions prises par les parties au cours de la procédure de seconde instance sont admissibles.

2. Les parties ont allégué des faits nouveaux et l'appelante a produit des pièces nouvelles en appel.

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

Lorsque la procédure est soumise à la maxime inquisitoire illimitée, les parties peuvent présenter des *nova* en appel même si les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC ne sont pas réunies (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1).

2.2 En l'espèce, les pièces nouvelles sont susceptibles d'avoir une influence sur les questions relatives à l'enfant mineur, de sorte qu'elles sont recevables, de même que les faits qui s'y rapportent.

3. Pour la première fois en appel, l'appelante conclut à ce qu'il soit procédé à un "examen de la faisabilité" de la garde alternée ou d'une attribution d'une garde exclusive en sa faveur.

3.1 L'art. 317 al. 2 CPC autorise une modification des conclusions en appel à la double condition que les conclusions modifiées soient en lien de connexité avec la prétention initiale ou que la partie adverse ait consenti à la modification, d'une part (art. 317 al. 2 let. a et 227 al. 1 CPC), et qu'elles reposent sur des faits ou moyens de preuve nouveaux, d'autre part (art. 317 al. 2 let. b CPC).

3.2 En l'espèce, la conclusion nouvelle de l'appelante est irrecevable dès lors que, l'appelante n'ayant pas remis en cause la garde partagée devant le premier juge, ce dernier n'a pas statué sur ce point et que l'appelante ne fait pas valoir de faits nouveaux à cet égard, notamment qu'il y aurait urgence à statuer.

4. L'appelante reproche au Tribunal la confirmation de l'interdiction qui lui est faite de quitter le territoire suisse avec son fils, et donc de voyager simplement avec ce dernier, faisant valoir que cela porte atteinte, entre autre, à sa liberté de mouvement et à celle de l'enfant ainsi qu'à leur droit au respect de leur vie familiale.

4.1.1 Saisi d'une demande en divorce, 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). Les mesures ordonnées par le tribunal des mesures protectrices sont maintenues et le juge du divorce est compétent pour prononcer leur modification ou leur révocation (art. 276 al. 2 CPC).

4.1.2 Une fois ordonnées, les mesures protectrices ou les mesures provisionnelles dans le cadre de l'action en divorce pendante ne peuvent être modifiées qu'aux conditions de l'art. 179 CC (arrêts du Tribunal fédéral 5A_253/2020 du 25 mars 2021 consid. 3.1.1; 5A_151/2016 du 27 avril 2016 consid. 3.1).

Aux termes de l'art. 179 al. 1 1ère phrase CC, le juge ordonne les modifications commandées par les faits nouveaux et lève les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus.

La modification des mesures protectrices ou des mesures provisionnelles ne peut être obtenue que si, depuis leur prononcé, les circonstances de fait ont changé d'une manière essentielle et durable, à savoir si un changement significatif et non temporaire est survenu postérieurement à la date à laquelle la décision a été rendue, si les faits qui ont fondé le choix des mesures provisoires dont la modification est sollicitée se sont révélés faux ou ne se sont par la suite pas réalisés comme prévu, ou encore si la décision de mesures provisoires est apparue plus tard injustifiée parce que le juge appelé à statuer n'a pas eu connaissance de faits importants (ATF 143 III 617 consid. 3.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_253/2020 précité consid. 3.1.1; 5A_531/2019 du 30 janvier 2020 consid. 4.1.1).

A l'appui de leur requête en modification, les parties ne peuvent pas invoquer une mauvaise appréciation des circonstances initiales, que le motif relève du droit ou de l'établissement des faits allégués sur la base des preuves déjà offertes (arrêt du Tribunal fédéral 5A_511/2010 du 4 février 2011 consid. 2.1 et 5A_618/2009 du 14 décembre 2009 consid. 3.2.2); pour faire valoir de tels motifs, seules les voies de recours sont ouvertes, car la procédure de modification n'a pas pour but de

corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles (arrêts du Tribunal fédéral 5A_783/2020 du 31 mars 2021 consid. 4.3.2; 5A_154/2019 du 1er octobre 2019 consid. 4.1)

La survenance d'une modification essentielle et durable dans la situation familiale s'apprécie à la date du dépôt de la demande de modification (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1; arrêts du Tribunal fédéral 5A_732/2015 du 8 février 2016 consid. 2; 5A_928/2014 du 26 février 2015 consid. 4.2). Si un autre motif de modification survient après l'introduction de l'instance mais avant le début des délibérations sur le jugement – c'est-à-dire jusqu'au moment où de vrais *nova* peuvent être présentés – , il peut et doit être invoqué dans la procédure en cours, pour autant toutefois que le caractère durable du changement soit intervenu avant cette limite temporelle (arrêt du Tribunal fédéral 5A_253/2020 précité consid. 3.1.1).

4.1.3 Selon l'art. 315a al. 1 CC, le juge chargé de régler, selon les dispositions régissant le divorce ou la protection de l'union conjugale, les relations des père et mère avec l'enfant, prend également les mesures nécessaires pour protéger le mineur si son développement est menacé et que les père et mère n'y remédient pas d'eux-mêmes (art. 307 CC). Il peut notamment interdire à un parent titulaire de l'autorité parentale conjointe d'emmener l'enfant à l'étranger si un tel déplacement compromettrait le bien de celui-ci (ACJC/519/2018 du 24 avril 2018 consid. 3 et 5; ACJC/1120/2016 du 26 août 2016 consid. 7.1.1).

4.2.1 En l'espèce, l'appelante fait valoir que la décision du Tribunal lui faisant interdiction de quitter le territoire suisse avec son fils porte atteinte à leur liberté de mouvement et au respect de leur vie familiale, qu'il s'agit d'une mesure disproportionnée, que le Tribunal a effectué une mauvaise appréciation de l'attestation de F_____ et que son droit d'être entendue a été violé, dès lors qu'elle n'a pas été entendue sur les divers allégués de l'intimé et n'a pas pu faire valoir les siens avant que ne soit rendue la décision du 28 juin 2022. A juste titre, le premier juge a considéré qu'il s'agissait d'arguments – et non de faits – qui auraient dû être plaidés au plus tard dans le cadre d'un appel contre l'ordonnance du 28 juin 2022 qui prononçait lesdites mesures, étant rappelé que la procédure de modification des mesures provisionnelles n'a pas pour but de corriger le premier jugement. Par conséquent, l'appel, en tant qu'il remet en question le bienfondé de la décision du 28 juin 2022, hors faits nouveaux, doit être rejeté. Ces griefs ne pouvaient être soulevés que lors d'un appel qui n'a pas été formé en l'espèce.

4.2.2 L'appelante fait également grief au Tribunal d'avoir considéré que le seul fait nouveau existant depuis la décision du 28 juin 2022 consistait dans l'acceptation par le père qu'elle puisse voyager à l'étranger avec l'enfant à l'exception de la Grande-Bretagne. Elle fait valoir qu'il existe d'autres faits, prouvant selon elle qu'elle entend désormais rester à Genève, dont le Tribunal n'a pas tenu compte dans l'ordonnance du 28 juin 2022 qui doivent être pris en considération dans le

cadre de la modification sur mesures provisionnelles. Elle fait ainsi valoir qu'elle vit et travaille à Genève depuis 27 ans, qu'elle perçoit une demi-rente invalidité suisse, qu'elle est financièrement aidée par l'Hospice Général et qu'elle entretient une relation sérieuse avec une personne résidant de manière stable à Genève. Or, l'ensemble de ces arguments, outre qu'ils ne sont pas nouveaux, ne permet pas de retenir, au stade de la vraisemblance, que l'appelante aurait renoncé à quitter la Suisse avant l'issue de la procédure de divorce, sa situation financière (aide sociale, travail à temps partiel) et affective (non prouvée) étant encore instable à ce jour.

Par ailleurs, au moment de la décision initiale, le Tribunal avait déjà connaissance du fait que l'appelante avait voyagé plusieurs fois en Angleterre, et une fois en Tunisie, avec l'enfant tout en étant revenue, puisque l'intimé avait indiqué en audience qu'elle y était partie avec l'enfant à Noël 2021. Il ne s'agit donc pas d'un fait nouveau dans le cadre d'une demande de modification. S'agissant de déterminer les risques que l'appelante quitte définitivement la Suisse avec l'enfant pour l'Angleterre sans l'accord de l'intimé, il n'est pas pertinent de savoir si ce dernier a voyagé à l'étranger avec l'enfant.

De plus, c'est à juste titre que le premier juge a considéré qu'il n'était pas compétent pour interdire l'entrée de l'enfant, ressortissant britannique, en Grande-Bretagne. Cela résulte du principe de la souveraineté territoriale des Etats, notamment consacré à l'art. 2 § 4 de la Charte des Nations Unies. En vertu de ce principe, les autorités suisses peuvent interdire à des personnes d'entrer ou de sortir du territoire suisse. En revanche, elles ne sont pas autorisées à imposer à un autre Etat, *in casu* la Grande-Bretagne, d'interdire à l'un de ses ressortissants d'entrer sur son territoire. Par conséquent, il n'existe pas d'autres mesures possibles que celle d'interdire à l'appelante de sortir avec l'enfant du territoire suisse pour garantir que celui-ci ne se rendra pas en Grande-Bretagne avec elle.

En outre, il n'a pas été rendu vraisemblable que l'enfant souffrirait de manière intolérable du fait de ne pas avoir vu sa famille anglaise depuis une année. Si l'enfant a pu monter son mécontentement du fait de cette interdiction par des pleurs lorsque sa mère se rend en Angleterre sans lui, les médecins de l'enfant n'ont pas constaté que l'état de santé de celui-ci se serait modifié depuis cette interdiction. Ils ont certes considéré qu'il était important pour l'enfant de ne pas être privé de sa famille maternelle mais ne se sont pas exprimés sur les conséquences qu'aurait pour l'enfant un départ définitif de la Suisse. Il est de plus sans autre loisible aux grands-parents de l'enfant de venir le voir à Genève s'ils le souhaitent.

Enfin, il y a lieu de pas perdre de vue que la mesure d'interdiction est temporaire, prononcée sur mesures provisionnelles, et pourra être rapportée dans le cadre du

jugement de divorce à prononcer par le Tribunal, jugement susceptible d'appel, cas échéant.

La décision querellée doit ainsi être confirmée.

5. Les frais judiciaires d'appel seront arrêtés à 800 fr. (art. 31 et 37 RTFMC) et mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). L'appelante plaidant au bénéfice de l'assistance judiciaire, ces frais 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. 107 al. 1 let. c CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 12 décembre 2022 par A_____ contre l'ordonnance OTPI/792/2022 rendue le 29 novembre 2022 par le Tribunal de première instance dans la cause C/2503/2022.

Au fond :

Confirme l'ordonnance entreprise.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 800 fr., les met à la charge de A_____ et dit qu'ils sont provisoirement pris en charge par l'Etat de Genève.

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

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Madame Pauline ERARD, Madame Paola CAMPOMAGNANI, juges; Madame Sophie MARTINEZ, greffière.

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, dans les limites des art. 93 et 98 LTF.

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