



POUVOIR JUDICIAIRE

C/28960/2019

ACJC/254/2021

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 2 MARS 2021

Entre

Madame A_____, domiciliée _____[GE], recourante contre une ordonnance rendue par la 10ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 23 novembre 2020, comparant par Me Lorella Bertani, avocate, rue Ferdinand-Hodler 9, case postale 3099, 1211 Genève 3, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____[GE], intimé, comparant en personne.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 5 mars 2021.

EN FAIT

A. a. A_____ et B_____, tous deux ressortissants suisses, se sont mariés le _____ 2010.

Ils sont les parents de C_____, née le _____ 2012.

b. Les parties se sont opposées de juillet 2016 à mars 2019 dans une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale portant notamment sur les conditions de prise en charge de l'enfant C_____.

c. Dans le cadre de cette procédure, le Tribunal de première instance a ordonné une expertise du groupe familial au cours de laquelle C_____ a été entendue en 2017.

d. Par jugement du 21 mars 2019, le Tribunal, suivant les conclusions des experts, a notamment instauré une garde alternée sur C_____, institué une curatelle de surveillance du droit de visite, donné acte aux parents de ce qu'ils s'engageaient à suivre une thérapie familiale ainsi qu'à mettre en place un suivi pédopsychiatrique en faveur de l'enfant sous forme d'une thérapie individuelle, condamné B_____ à se soumettre à une guidance parentale et donné acte à A_____ de son engagement à poursuivre un suivi psychiatrique individuel.

e. Le 16 octobre 2019, D_____, intervenante en protection de l'enfant au Service de protection des mineurs (ci-après : SPMi), désignée par le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (ci-après : TPAE) en qualité de curatrice de C_____, a rapporté à ce dernier les inquiétudes des professionnels au sujet de l'enfant. Cette dernière présentait en effet jusqu'à six ou sept absences sur une période de quarante-cinq minutes, de sorte qu'un rendez-vous avait été pris chez un spécialiste pour déterminer s'il s'agissait d'un problème psychologique ou neurologique. Il a été relevé que l'enfant tolérait peu la frustration, se mettait rapidement en colère et pouvait se montrer agressive verbalement ainsi que physiquement. Par ailleurs, le suivi familial auprès de E_____ peinait à se mettre en place du fait que le père ne fournissait pas ses disponibilités pour y amener sa fille et qu'il comprenait difficilement les raisons de la guidance parentale.

f. Le 20 décembre 2019, A_____ a formé une demande unilatérale en divorce dans le cadre de laquelle elle a notamment conclu au maintien d'une garde alternée sur l'enfant C_____, pour autant que le Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (ci-après : SEASP) la juge compatible avec le bien de l'enfant. Subsidiairement, elle a conclu à ce que la garde exclusive de l'enfant lui soit attribuée.

g. Par courrier du 24 janvier 2020, la curatrice a informé le TPAE de l'avancement de la situation de l'enfant après avoir eu des entretiens avec les parents, le corps enseignant et la thérapeute familiale. Les moments de "déconnexion" de C_____ avaient pu être diagnostiqués comme des "absences épileptiques", un traitement lui avait été prescrit afin de les stabiliser, mais celui-ci devait encore être ajusté par la neurologue. L'enfant continuait de se montrer intolérante à la frustration. Il était difficile de la contenir et il fallait sans cesse être derrière elle afin de la canaliser et lui faire respecter le cadre posé.

h. Interpellée par le Tribunal quant à l'adéquation de maintenir une garde alternée sur l'enfant, la curatrice l'a informé, le 17 février 2020, que les professionnels encadrant C_____, soit le corps enseignant de l'enfant et la thérapeute familiale auprès de E_____, avaient constaté une péjoration de l'état de celle-ci. Il a ainsi préavisé l'attribution de la garde de fait à sa mère, le père devant être exhorté à continuer à se soumettre à une guidance parentale et à se soumettre à une thérapie individuelle.

i. Le 18 mai 2020, la curatrice de l'enfant a transmis de nouveaux éléments au Tribunal concernant la situation de l'enfant, rapportant les faits constatés par la directrice de l'école, la thérapeute familiale et la thérapeute de l'enfant. Il lui paraissait nécessaire qu'une décision, même transitoire, soit rapidement prise quant à de nouvelles modalités de répartition de la prise en charge de l'enfant par ses parents, respectant davantage ses besoins actuels.

j. Le 5 juin 2020, A_____ a formé une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles tendant à ce que la garde exclusive sur C_____ lui soit attribuée, un droit de visite devant être réservé à B_____ à raison d'un week-end sur deux, du vendredi soir au lundi matin, ainsi que la moitié des vacances scolaires.

k. La requête de mesures superprovisionnelles a été rejetée par ordonnance du 8 juin 2020, faute d'urgence.

l. A la demande du Tribunal, le SEASP lui a remis le 16 juillet 2020 un rapport d'évaluation sociale après s'être entretenu avec les parents, la thérapeute familiale, la thérapeute de l'enfant ainsi que son enseignante et la curatrice. Jugeant la situation de l'enfant préoccupante, il a recommandé que sa garde exclusive soit attribuée à sa mère nonobstant recours.

m. Par acte du 8 septembre 2020, A_____ a modifié ses conclusions au fond en ce sens qu'elle a sollicité que la garde exclusive sur C_____ lui soit attribuée.

n. Par ordonnance OTPI/723/2020 prononcée 23 novembre 2020, le Tribunal a rejeté la requête de mesures provisionnelles formée le 5 juin 2020 par A_____.

B. Par ordonnance ORTPI/1008/2020, prononcée le 23 novembre 2020 également, le Tribunal a ordonné différentes mesures probatoires parmi lesquelles, sous chiffre 10 du dispositif, *"l'audition de l'enfant C_____ par le SEASP et l'établissement d'un rapport complémentaire par ledit service, afin de recueillir le ressenti de l'enfant par rapport à la prise en charge actuelle par ses parents, et par ailleurs de faire le point sur l'évolution de la situation depuis le rapport du 16 juillet 2020, en le priant de bien vouloir indiquer au Tribunal de céans si cette évolution est ou non de nature à modifier le préavis posé dans leur rapport initial, que ce soit par rapport à la garde ou aux mesures d'accompagnement ou de protection préconisées."*

C. a. Par acte déposé le 4 décembre 2020 au Greffe universel du Pouvoir judiciaire, A_____ a recouru contre le chiffre 10 de l'ordonnance de preuves du 23 novembre 2020, concluant principalement à son annulation et, subsidiairement, à son annulation partielle en tant qu'elle ordonne l'audition de l'enfant.

Elle a sollicité, à titre préalable la suspension du caractère exécutoire de l'ordonnance contestée ainsi que la jonction de la procédure de recours avec celle ouverte à la suite de l'appel qu'elle indiquait former simultanément contre l'ordonnance de mesures provisionnelles également rendue le 23 novembre 2020.

Elle a produit des pièces nouvelles.

b. Par courrier recommandé du 15 décembre 2020, non réclamé à l'issue du délai de garde postal et renvoyé par pli simple pour information le 18 janvier 2021, la Cour a imparti à B_____ un délai de trois jours pour se déterminer sur la requête d'effet suspensif et de dix jours pour répondre au recours.

c. Par arrêt du 30 décembre 2020, la Cour a admis la requête d'octroi d'effet suspensif sollicité à titre préalable par A_____, retenant que si l'audition de l'enfant devait avoir lieu avant que le sort du recours ne soit tranché alors que, par hypothèse, la recourante obtiendrait *in fine* gain de cause sur le fond, cela risquerait de causer un préjudice difficilement réparable à l'enfant mineure des parties, et renvoyé la décision sur les frais à la procédure au fond.

d. B_____ n'ayant pas fait usage de son droit de réponse, les parties ont été informées par plis du 12 janvier 2021 de ce que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1. **1.1.1** Le recours est recevable contre des décisions et ordonnances d'instruction de première instance, dans les cas prévus par la loi (art. 319 let. b ch. 1 CPC) ou lorsqu'elles peuvent causer un préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC).

La Cour doit examiner d'office les conditions de la recevabilité (art. 60 CPC).

Il appartient au recourant d'alléguer et d'établir le risque que la décision incidente lui cause un préjudice difficilement réparable, à moins que cela ne fasse d'emblée aucun doute (par analogie ATF 134 III 426 consid. 1.2 et 133 III 629 consid. 2.3.1; HALDY, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011, n. 9 ad art. 126 CPC).

L'admissibilité d'un recours contre une ordonnance d'instruction doit demeurer exceptionnelle et le seul fait que le recourant ne puisse se plaindre d'une violation des dispositions en matière de preuve qu'à l'occasion d'un appel sur le fond ne constitue pas en soi un préjudice difficilement réparable. Autrement dit, une simple prolongation de la procédure ou un accroissement des frais ne constitue pas un préjudice difficilement réparable (ATF 137 III 380 consid. 1.2.1; 134 III 188 consid. 2.2).

Lorsque la condition du préjudice difficilement réparable n'est pas remplie, la décision incidente ne pourra être attaquée qu'avec le jugement rendu au fond (Message du Conseil fédéral relatif au CPC, FF 2006 6841, p. 6984).

1.1.2 En l'espèce, en tant qu'elle porte sur l'administration de moyens de preuves, l'ordonnance querellée constitue une ordonnance d'instruction. Ainsi, la recevabilité du recours est soumise à la condition qu'elle cause un préjudice difficilement réparable.

S'agissant du principe de l'élaboration d'un rapport complémentaire par le SEASP destiné à faire le point sur l'évolution de l'enfant durant ces derniers mois et à indiquer si les constatations opérées sont ou non de nature à modifier en tout ou partie du préavis du 16 juillet 2020, la recourante n'indique pas en quoi l'établissement d'un tel document serait de nature à lui causer un préjudice difficilement réparable et cela n'est pas d'emblée évident. Par conséquent, le recours est irrecevable à cet égard.

En revanche, la condition du préjudice difficilement réparable est remplie en tant que le recours porte sur la question de savoir si l'enfant doit être entendue dans le cadre de l'établissement de ce rapport, la question étant d'examiner si cette audition pourrait porter préjudice à l'enfant. En effet, si l'audition de l'enfant

devait avoir lieu et que dans le cadre de l'appel de la présente ordonnance de preuve avec le jugement au fond, la Cour constatait, par hypothèse, que cette audition n'aurait pas dû avoir lieu, car préjudiciable à l'équilibre psychique de l'enfant, cette dernière subirait un préjudice qui ne pourrait pas être réparé.

1.2 Le recours a été interjeté en temps utile et selon la forme prévue par la loi (art. 130, 131 et 321 al. 2 et 3 CPC), de sorte qu'il est de ce point de vue recevable.

1.3 Dans le cadre d'une procédure de recours, les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables (art. 326 al. 1 CPC). L'exclusion des *nova* vaut aussi pour les procédures soumises à la maxime inquisitoire (ATF 137 III 470 consid. 4.5.3).

Par conséquent, les faits nouveaux allégués par la recourante et les pièces nouvelles produites par celle-ci sont irrecevables.

- 2.** La recourante fait valoir que, compte tenu du conflit de loyauté dans lequel se trouve l'enfant, son audition par le SEASP aurait des conséquences négatives sur son état de santé.

2.1 Selon l'art. 298 al. 1 CPC, les enfants sont entendus personnellement et de manière appropriée par le juge ou par un tiers nommé à cet effet, pour autant que leur âge ou de justes motifs ne s'y opposent pas.

Dans le cadre des procédures relatives aux enfants, la maxime inquisitoire - et la maxime d'office - trouvent application, conformément à l'art. 296 CPC. Le juge est dès lors tenu d'entendre l'enfant, non seulement lorsque celui-ci ou ses parents le requièrent, mais aussi dans tous les cas où aucun juste motif ne s'y oppose (arrêt du Tribunal fédéral 5A_971/2015 du 30 juin 2016 consid. 5.1 et les références).

L'audition ne présuppose pas que l'enfant ait la capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC. Selon la ligne directrice suivie par le Tribunal fédéral, il doit, en principe, être entendu à partir de six ans révolus (ATF 133 III 553 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 5A_983/2019 du 13 novembre 2020 consid. 5.1). Cet âge minimum est indépendant du fait que, en psychologie infantile, on considère que les activités mentales de logique formelle ne sont possibles qu'à partir d'un âge variant entre onze et treize ans environ et que la capacité de différenciation et d'abstraction orale ne se développe plus ou moins qu'à partir de cet âge-là (arrêts du Tribunal fédéral 5A_983/2019 précité; 5A_488/2017 du 8 novembre 2017 consid. 3.1.3 et les références). L'audition de l'enfant, alors qu'il n'a pas encore de capacité de discernement par rapport aux enjeux, vise avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaire pour établir les faits et prendre

sa décision (ATF 133 III 146 consid. 2.6; arrêt du Tribunal fédéral 5A_983/2019 précité et les références). Pour cette raison, on ne doit pas interroger les jeunes enfants sur leurs désirs concrets quant à leur attribution à l'un ou l'autre de leurs parents, dans la mesure où ils ne peuvent pas s'exprimer à ce sujet en faisant abstraction de facteurs d'influence immédiats et extérieurs et n'arrivent pas à formuler une volonté stable (ATF 133 III 146 consid. 2.6 arrêts du Tribunal fédéral 5A_971/2015 du 30 juin 2016 consid. 5.1 et les références 5A_482/2007 du 17 décembre 2007 consid. 3.1).

Les autres "justes motifs" qui permettent de renoncer à l'audition de l'enfant relèvent du pouvoir d'appréciation du juge et dépendent des circonstances du cas concret. Parmi ceux-ci figure le risque que l'audition mette en danger sa santé physique ou psychique. La simple crainte d'imposer à l'enfant la tension d'une audition n'est pas suffisante; encore faut-il, pour renoncer à l'audition, que cette crainte soit étayée et que le risque dépasse celui qui est inhérent à toute procédure dans laquelle les intérêts des enfants sont en jeu. De même, l'audition de l'enfant ne peut être refusée sous prétexte d'un seul conflit de loyauté, car il faut s'attendre, dans une procédure matrimoniale, à ce qu'il soit soumis à un tel conflit à l'égard de ses parents (ATF 131 III 553 consid. 1.3.1 à 1.3.3; arrêt du Tribunal fédéral 5A_983/2019 précité et les références).

Le choix de la personne habilitée à entendre l'enfant relève en principe de l'appréciation du juge. L'audition est en principe effectuée par la juridiction compétente elle-même. En cas de circonstances particulières, elle peut l'être par un spécialiste de l'enfance, par exemple un pédopsychiatre ou le collaborateur d'un service de protection de la jeunesse (ATF 133 III 553 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 5A_971/2015 du 30 juin 2016 consid. 5.2 et les références). Ces circonstances se réfèrent à des cas particulièrement délicats dans lesquels les compétences d'un spécialiste sont requises pour éviter de porter préjudice à la santé de l'enfant, par exemple en cas de soupçon de relations familiales pathogènes, de conflit familial aigu et de dissension concernant le sort des enfants, de troubles reconnaissables chez l'enfant, de son âge, etc. (arrêts du Tribunal fédéral 5A_971/2015 du 30 juin 2016 précité; 5A_50/2010 du 6 juillet 2010 consid. 2.1 et les références).

Si, dans le cadre d'un même conflit conjugal, le juge est appelé à intervenir par plusieurs décisions successives ou que la décision de première instance est portée devant les autorités d'appel, l'audition de l'enfant n'aura pas à être répétée chaque fois. En outre, lorsque l'enfant a déjà été entendu par un tiers, en général dans le cadre d'une expertise, le juge peut renoncer à l'entendre une nouvelle fois si une audition répétée représente pour l'enfant une charge insupportable (par ex. en cas de conflit de loyauté aigu) et que l'on ne peut attendre aucun nouveau résultat d'une audition supplémentaire ou que l'utilité escomptée est sans rapport raisonnable avec la charge causée par la nouvelle audition. Le juge peut alors se

fonder sur les résultats de l'audition effectuée par le tiers pour autant qu'il s'agisse d'un professionnel indépendant et qualifié, que l'enfant ait été interrogé sur les éléments décisifs pour l'affaire à juger et que l'audition, respectivement ses résultats, soient actuels (ATF 133 III 553 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 5A_971/2015 précité et les références).

2.2 En l'espèce, l'enfant est actuellement âgée de 8 ans de sorte qu'elle peut en principe être entendue et seules des circonstances spécifiques peuvent justifier qu'il soit renoncé à son audition.

Certes, l'enfant se trouve prise dans un conflit de loyauté, comme la plupart des enfants pris dans un grave conflit parental. Toutefois, le Tribunal a pris soin de déléguer son audition aux intervenants du SEASP qui ont les compétences nécessaires pour auditionner l'enfant en prenant garde de ne pas la mettre en position de devoir effectuer un choix entre ses parents. Rien ne permet de retenir que ce type d'audition, qui s'effectuera en dehors de la présence des parents, puisse être insupportable pour l'enfant et porter atteinte à sa santé, étant relevé qu'aucune attestation médicale n'a été produite allant dans ce sens. En effet, si la recourante reproche au Tribunal de ne pas avoir demandé aux médecins si l'enfant pouvait être entendue avant de rendre sa décision, elle n'a toutefois produit avec son recours aucun document émanant d'un thérapeute attestant de ce que l'audition de l'enfant nuirait à sa santé. Le fait que la curatrice considère – dans une pièce au demeurant irrecevable – qu'il serait "clairement contre-indiqué de faire entendre la fillette en audience" compte tenu de son important conflit de loyauté ne constitue pas un avis médical et, comme il a déjà été relevé, l'enfant ne sera pas entendue en audience, mais en dehors de la présence de ses parents par le SEASP.

Enfin, l'enfant a été uniquement entendue par les experts dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale en 2017, soit il y a plus de trois ans et le nouveau rapport aura pour but de procéder à nouvelle évaluation de la situation compte tenu du temps écoulé. Les divers rapports établis depuis le début de la procédure ne font pas état d'une audition de l'enfant mais uniquement de ce qui a été rapporté par les parents, la curatrice, le corps enseignant et les thérapeutes. Si ceux-ci ont pu effectuer des constatations quant au comportement de l'enfant, celles-ci ne sauraient remplacer l'audition de l'enfant qui fournira d'autres informations au Tribunal afin de pouvoir statuer.

Le grief est ainsi infondé. Le recours sera par conséquent rejeté.

- 3.** La recourante, qui succombe, sera condamnée aux frais judiciaires du recours, arrêtés à 1'00 fr., incluant l'émolument de décision sur effet suspensif, et compensés avec l'avance de même montant versée par ses soins, laquelle restera acquise à l'Etat de Genève (106 al. 1 et 111 al. 1 CPC; art. 41 RTFMC).

Il ne sera pas alloué de dépens à l'intimé qui n'a pas participé à la procédure de recours.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

Rejette le recours interjeté le 4 décembre 2020 par A_____ contre l'ordonnance ORTPI/1008/2020 rendue le 23 novembre 2020 par le Tribunal de première instance dans la cause C/28960/2019 dans la mesure de sa recevabilité.

Met à la charge de A_____ les frais judiciaires de recours, arrêtés à 1'000 fr. et compensés avec l'avance versée par ses soins de même montant, acquise à l'Etat de Genève.

Dit qu'il n'est pas alloué de dépens de recours.

Siégeant :

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

Le président :

Laurent RIEBEN

La greffière :

Sophie MARTINEZ

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.