

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/4017/2012

ACJC/1091/2013

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 13 SEPTEMBRE 2013

Entre

Madame A_____, domiciliée _____ à Genève, appelante d'un jugement rendu par la 5ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 12 novembre 2012, comparant par Me Virginie Jordan, avocate, rue de Candolle 14, 1205 Genève, en l'étude de laquelle elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

Monsieur B_____, domicilié _____ à Genève, intimé, comparant par Me Laurence Cruchon, avocate, place des Eaux-Vives 8, 1207 Genève, en l'étude de laquelle il fait élection de domicile aux fins des présentes,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 16.09.2013.

EN FAIT

A. Par jugement du 12 novembre 2012, notifié aux parties le 16 novembre 2012, le Tribunal de première instance a débouté A_____ de toutes ses conclusions tendant à la modification du jugement du 23 avril 2010 lui-même rendu sur modification de jugement de divorce (ch. 1 du dispositif). Les frais judiciaires ont été arrêtés à 700 fr., répartis à raison d'une moitié chacun, ceux de A_____ - au bénéfice de l'assistance juridique - restant à la charge de l'Etat et B_____ étant condamné à verser 350 fr. aux Services financiers du Pouvoir judiciaire (ch. 2), aucuns dépens n'ayant pour le surplus été alloués (ch. 3). Les parties ont enfin été déboutées de toutes autres conclusions (ch. 4).

B. a. Par acte déposé le 14 décembre 2012 au greffe de la Cour, A_____ appelle de ce jugement, concluant à son annulation. Cela fait, elle sollicite, préalablement, l'audition de trois témoins et, au fond :

- l'attribution en sa faveur de la garde des enfants C_____ et D_____, ainsi que la fixation d'une autorité parentale conjointe,

- la condamnation de B_____ au paiement d'une contribution - indexée - de 2'150 fr. par mois pour l'entretien des deux enfants des parties, subsidiairement de 1'950 fr. au cas où les droits parentaux ne devaient pas être modifiés,

- la condamnation de B_____ à requérir, auprès du propriétaire concerné, le transfert en sa faveur du bail de l'appartement qu'elle occupe, et

- la compensation des dépens, subsidiairement - au cas où les droits parentaux ne devaient pas être modifiés - la condamnation de B_____ en tous les dépens, comprenant une équitable indemnité valant participation aux frais de son avocat, B_____ devant pour le surplus être débouté de toutes autres conclusions.

A_____ n'a pas produit de pièces nouvelles à l'appui de ses écritures d'appel.

b. Le 13 juin 2013, soit dans le délai de réponse, B_____ conclut au déboutement d'une tierce personne de toutes ses conclusions, à la confirmation du jugement entrepris et à la condamnation de A_____ aux frais de la procédure, ainsi qu'au versement d'une indemnité valant participation aux frais d'honoraires de son avocat.

Par courrier expédié le 18 juin 2013 à la Cour ainsi qu'à sa partie adverse, B_____ a relevé son erreur de plume et rectifié ses conclusions en ce sens que A_____ devait être déboutée de toutes ses conclusions.

B_____ a produit des pièces nouvelles à l'appui de ses écritures du 13 juin 2013.

c. Les parties ont été informées par la Cour de la mise en délibération de la cause par courrier du 14 juin 2013.

C. Les faits suivants résultent du dossier soumis à la Cour :

a. B_____, né le _____ 1966, et A_____, née le _____ 1965, se sont mariés à Rome (Italie) le _____ 1994.

De cette union sont issus :

- C_____, né le _____ 1995, et
- D_____, née le _____ 1997.

b. Par jugement de divorce JTPI/7534/2006 du 11 mai 2006, le Tribunal de première instance a, sur requête commune des parties, notamment :

- maintenu l'autorité parentale conjointe sur les enfants,
- instauré une garde alternée devant s'exercer, d'entente entre les parties, en alternance, du mercredi soir au samedi soir chez le père et du samedi soir au mercredi soir chez la mère, puis du mercredi soir au dimanche matin chez le père et du dimanche matin au mercredi soir chez la mère, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires chez chacun des parents,
- dit que le domicile légal des enfants était chez leur mère,
- donné acte à B_____ de son engagement à verser à A_____ une contribution à l'entretien des enfants de 1'000 fr. jusqu'à l'âge de 12 ans révolus, 1'200 fr. de 12 ans jusqu'à 15 ans révolus, 1'350 fr. de 15 ans jusqu'à 18 ans révolus, voire au-delà, et
- donné acte à B_____ de son engagement à verser à A_____, une contribution à son entretien de 750 fr. jusqu'au 31 décembre 2007, 550 fr. jusqu'au 31 décembre 2009, 350 fr. jusqu'au 31 décembre 2010, puis de 200 fr. jusqu'au 31 décembre 2012.

Le premier juge a notamment fondé sa décision sur un rapport établi par le Service de protection des mineurs (ci-après : SPMi) le 17 mars 2006, aux termes duquel les conclusions prises par les parties au sujet de leurs enfants étaient conformes à l'intérêt de ces derniers et pouvaient être entérinées.

c. Dès mars 2007, A_____ a entretenu une relation avec E_____, lequel a été poursuivi pénalement à la suite du dépôt d'une plainte pénale le _____ 2008 par cette dernière, puis condamné pour actes d'ordre sexuel avec des enfants, au préjudice de D_____ (P/_____).

Jusqu'à la fin de l'année 2008 à tout le moins, A_____ a tenté de prendre contact à plusieurs reprises avec E_____, lui ayant même déclaré être disposée à retirer sa plainte s'il consentait à la rappeler.

d. A_____ a été, à plusieurs reprises, hospitalisée au Service psychiatrique des HUG en raison d'un état dépressif récurrent, soit en décembre 2008, à fin mars-début avril 2009, en juillet 2009, puis à fin septembre 2009.

Elle est au bénéfice d'une rente d'invalidité à compter du 1^{er} octobre 2008 selon décision du Tribunal cantonal des assurances sociales du 9 décembre 2009.

e. Dès la fin du mois de février 2008, les enfants ont habité exclusivement chez leur père durant huit semaines, puis le système de la garde alternée a été repris. Depuis le 28 octobre 2008, B_____ a exercé de fait la garde sur les deux enfants.

f. Par acte déposé le 10 novembre 2008 au Tribunal de première instance, B_____ a requis la modification du jugement de divorce JTPI/7534/2006, sollicitant l'attribution des droits parentaux sur ses deux enfants et la réserve d'un droit de visite en faveur de son ex-épouse, s'exerçant du mardi soir après l'école au mercredi après-midi, un week-end sur deux, alternativement du vendredi au samedi à 14h00 et du vendredi soir au dimanche à 18h00, ainsi que durant la moitié des vacances scolaires. Il a également conclu à la suppression des contributions d'entretien fixées en faveur de ses enfants par le jugement de divorce.

Il a fondé sa demande notamment sur le fait que son ex-épouse n'était plus en mesure de prendre correctement soin des enfants et d'assumer ses droits parentaux.

A_____ s'est opposée à la demande.

g. Le SPMi a rendu un rapport le 15 avril 2009, selon lequel il était conforme à l'intérêt des enfants d'attribuer l'autorité parentale et la garde à B_____, et de réserver à A_____ un droit de visite s'exerçant, à défaut d'entente entre les parties, le mardi de 17h00 à 21h00, le jeudi de 18h00 à 21h00, le dimanche de 14h00 à 21h00, pendant le déjeuner le lundi et le vendredi, ainsi que la moitié des vacances scolaires pour autant qu'un membre de la famille de A_____ soit présent. Le SPMi a en outre préconisé l'instauration d'une curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles.

Il ressort notamment de ce rapport que le système de garde alternée péjorait la scolarité des enfants. Au regard des difficultés qu'éprouvait la mère au niveau de l'éducation des enfants, de son attitude et de ses périodes de dépression - périodes durant lesquelles elle s'alcoolisait et devait être hospitalisée -, B_____ était plus à même d'assurer un environnement familial suffisamment sécurisant pour les enfants leur permettant d'évoluer le mieux possible, notamment sur le plan scolaire.

h. L'experte mandatée par le Tribunal de première instance aux fins d'une expertise du groupe familial a pour sa part estimé, dans son rapport du 5 octobre 2009 et lors de son audition du 27 janvier 2010, que A_____ présentait une fragilité sur le plan psychique, à savoir un état dépressif récurrent depuis plusieurs années, qui entraînait une souffrance personnelle et péjorait son bon fonctionnement professionnel et social sur la durée. Sa fonction parentale n'était pas toujours

adéquate - en ce sens qu'elle fluctuait en fonction de son état de santé - et elle ne pouvait mettre en œuvre l'entier de ses capacités maternelles dans la durée et assurer une stabilité dans la prise en charge de ses enfants. L'experte s'est prononcée en faveur de l'attribution de la garde des enfants au père et du maintien de l'autorité parentale conjointe, recommandant un droit de visite d'un week-end sur deux et de la moitié des vacances scolaires, pour autant qu'elle puisse faire appel à un tiers dans l'éventualité où elle ne se sentirait pas assez bien pour s'occuper de ses enfants. Il était en outre suggéré que l'enfant D_____ puisse continuer à se rendre chez sa mère le mardi soir jusqu'au mercredi après le déjeuner et que les deux enfants puissent manger à midi chez leur mère de temps à autre. Enfin, l'instauration d'une mesure de curatelle au sens de l'art. 308 al. 2 CC était nécessaire.

i. Par jugement JTPI/5061/2010 du 23 avril 2010, le Tribunal de première instance, statuant sur modification du jugement de divorce, a :

- attribué à B_____ l'autorité parentale et la garde sur C_____ et D_____ ,
- réservé à A_____ un droit de visite s'exerçant, au minimum et sauf avis contraire des parents, du mardi à la sortie de l'école au mercredi après-midi, un week-end sur deux alternativement du vendredi à la sortie de l'école au samedi après-midi à 14h00 et du vendredi à la sortie de l'école au dimanche à 18h00, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires, étant précisé que pendant lesdites vacances A_____ devait pouvoir, en cas de besoin, faire appel à un membre de sa famille,
- instauré une curatelle d'organisation et de surveillance du droit de visite (art. 308 al. 2 CC), et
- supprimé la contribution d'entretien versée par B_____ à A_____ pour l'entretien des enfants, dès le prononcé du jugement.

j. Statuant sur appel de A_____, la Cour de justice a intégralement confirmé le jugement précité par arrêt ACJC/1210/10 du 22 octobre 2010.

A l'instar du premier juge, du SPMi et de l'expert mandaté en première instance, la Cour a considéré qu'il était conforme à l'intérêt des enfants, pour favoriser leur besoin primordial de stabilité, d'attribuer l'autorité parentale et la garde à leur père. S'agissant de la suppression des contributions à l'entretien des enfants, quand bien même la mère exerçait un droit de visite très large (à savoir dix nuits par mois), ce droit de visite n'équivalait pas à une garde alternée. La prise en charge des dépenses des enfants appartenait donc au père, la mère devant quant à elle supporter les dépenses engendrées par l'exercice du droit de visite, raison pour laquelle il lui appartenait, si elle ne s'estimait pas en mesure de couvrir lesdites dépenses, de requérir une modification de la contribution d'entretien la concernant et non le maintien de la contribution relative aux enfants. En tout état, A_____ n'avait ni allégué de manière suffisante, ni prouvé sa situation financière prévalant à cette

époque, de sorte qu'aucune comparaison n'était possible avec ses conditions de vie au moment du divorce.

k. Le Tribunal fédéral a, par arrêt du 14 novembre 2011 (5A_831/2010), rejeté le recours formé par A_____ à l'encontre de l'arrêt de la Cour précité.

l. Dans le courant de l'année 2010, B_____ a emménagé dans une maison qu'il a acquise à 1_____ à Genève et A_____ a repris l'appartement qu'il occupait jusque-là au 2_____ à Genève, le bail étant toutefois demeuré au nom de ce dernier. Cet appartement n'a jamais constitué le domicile conjugal des parties.

m. Par acte déposé au greffe du Tribunal de première instance le 24 février 2012, A_____ a agi en modification du jugement rendu par le Tribunal de première instance le 23 avril 2010, assortissant sa demande d'une requête de mesures provisionnelles. Elle a conclu à ce que :

- sur mesures provisionnelles, il soit dit qu'une garde alternée est pratiquée, B_____ soit condamné à payer le loyer de l'appartement qu'elle occupe sis 2_____, ainsi qu'une contribution à son entretien de 200 fr., et

- au fond, il soit dit que l'autorité parentale et la garde des enfants sont conjointes et partagées, B_____ soit condamné à lui verser 2'150 fr. par mois à titre de contribution à l'entretien des deux enfants, ainsi qu'à requérir, auprès du propriétaire concerné, le transfert du bail relatif à l'appartement sis 2_____ en sa faveur.

Elle a fondé sa demande sur le fait que les parties avaient, d'un commun accord, modifié la répartition de la garde des enfants et que celle-ci équivalait, dans les faits, à une garde alternée.

n. Par ordonnance du 14 mai 2012, le Tribunal de première instance, statuant d'accord entre les parties sur mesures provisionnelles, a :

- donné acte à B_____ de son engagement à verser la somme de 1'000 fr. par mois directement auprès de la régie de A_____ à titre de participation aux frais de logement de cette dernière et des enfants pour la période du 1^{er} juin 2012 inclus jusqu'au 31 décembre 2013 au plus tard,

- donné acte aux parties de leur engagement à prendre en charge le loyer dudit appartement pour le mois de mai 2012 à raison de 500 fr. pour B_____, respectivement du solde, soit 1'465 fr., pour A_____,

- dit que les montants versés par B_____ incluent celui de la contribution à l'entretien à A_____ fixée selon jugement de divorce JTPI/7534/2006 du 11 mai 2006, et

- donné acte à B_____ de son engagement à entreprendre toute démarche utile auprès de la régie afin de demander le transfert en faveur de A_____ du contrat

de bail relatif à l'appartement sis 2_____, le sort des frais judiciaires étant réservé.

o. Le SPMi a rendu un nouveau rapport d'évaluation sociale le 7 août 2012. Il a relevé que le conflit parental semblait s'être apaisé et que les parents arrivaient à dialoguer et à collaborer dans l'intérêt des enfants. D'accord entre eux, les enfants venaient chez leur mère le jeudi après l'école jusqu'au samedi après-midi, respectivement jusqu'au dimanche après-midi en alternance. Ce système semblait bien fonctionner. D_____ souhaitait son maintien. C_____ n'a pas souhaité être entendu. Selon ses parents, celui-ci vivait une période difficile, qui requérait leur attention. A_____ a indiqué avoir été particulièrement fatiguée les trois mois précédents, en raison de la présence régulière de son fils chez elle.

Le SPMi a en conséquence préconisé le maintien de l'attribution des droits parentaux, conformément au jugement du 23 avril 2010.

p. Bien qu'elle n'y ait pas été invitée, A_____ a fait parvenir des écritures au greffe du Tribunal de première instance le 12 septembre 2012, aux termes desquelles elle a persisté dans ses conclusions principales et pris de nouvelles conclusions tendant, préalablement, à la fixation d'un délai aux parties pour produire leur liste de témoins et, subsidiairement, à la condamnation de B_____ à lui verser une contribution à l'entretien des deux enfants de 1'950 fr. dans l'hypothèse où la répartition des droits parentaux était maintenue.

q. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties et de plaidoiries orales du 18 septembre 2012, B_____ s'est opposé à la demande sur le fond et a précisé que l'accord entériné par le Tribunal de première instance sur mesures provisionnelles avait été trouvé dans le but de régler la procédure dans l'attente d'une décision finale, mais qu'il ne saurait perdurer au-delà, l'accord ne valant pas reconnaissance d'un quelconque droit sur le fond.

A_____ a, pour sa part, persisté dans ses conclusions.

r. Aux termes du jugement entrepris, le premier juge a retenu que l'autorité parentale conjointe et la garde alternée des enfants ne pouvaient être établies contre la volonté du père. Par ailleurs, la situation ne présentait aucune modification importante et durable qui justifiait de changer l'organisation mise en place il y a peu par le Tribunal après un examen approfondi de la situation (rapport du SPMi et expertise du groupe familial). Le seul fait que les parties aient, d'entente entre elles, déplacé le droit de visite de la mère du mardi au jeudi ne constituait pas une modification importante de la situation. De plus, le SPMi, après avoir entendu la fille des parties - laquelle a exprimé un désir (légitime) de stabilité - a préconisé le maintien des droits parentaux fixés dans le jugement du 23 avril 2010.

s. En appel, les parties exposent en outre ce qui suit :

s.a. Les parties s'accordent à dire qu'elles ont finalement organisé le droit de visite de la mère de la manière suivante : du jeudi après-midi après l'école au samedi soir, respectivement jusqu'au dimanche soir en alternance.

A_____ allègue qu'elle prend en outre en charge les enfants lors des fréquents voyages professionnels ou personnels (pour visiter sa compagne qui vit au Luxembourg) de leur père, à savoir à tout le moins deux fois par mois durant plusieurs jours, voire une semaine entière. Celui-ci le conteste; il a produit une attestation de son employeur (ONU), selon laquelle il n'a été amené à voyager qu'à six reprises entre le 1^{er} mai 2012 et le 28 mai 2013 durant un à trois jours, ainsi que des copies de billets d'avion électroniques de sa compagne pour des vols allers-retours Luxembourg-Genève (un en septembre 2012, deux en octobre 2012, deux en janvier 2013, un en février 2013, deux en mars et un en avril 2013).

s.b. A_____ allègue que ses problèmes psychiques se sont stabilisés, ce que conteste son ex-époux. Il produit en appel des retranscriptions de messages téléphoniques (SMS) que A_____ lui a envoyés entre février 2011 et mai 2013, dont il ressort qu'elle a été hospitalisée dans le courant du mois de février 2011, en novembre 2011, en février 2012 et en juin 2013, qu'elle a déclaré ne pas être en état de recevoir les enfants en juin 2013, voire également en juillet et août 2013 - ayant besoin de se sentir mieux et de ne plus les voir pendant longtemps - et qu'elle a envisagé, au mois de mai 2013, d'aller s'installer définitivement à Rome dès le mois de juillet suivant, mais y a finalement renoncé pour des motifs financiers.

D. L'argumentation des parties devant la Cour sera reprise ci-après dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

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

Dès lors qu'en l'espèce, le litige porte notamment sur la modification des droits parentaux, ainsi que sur les questions patrimoniales qui y sont liées, soit sur une affaire non pécuniaire dans son ensemble, l'appel est ouvert indépendamment de la valeur litigieuse (arrêt du Tribunal fédéral 5A_146/2011 du 7 juin 2011 consid. 1).

1.2. L'appelante conclut, pour la première fois en appel, à ce que la garde des enfants lui soit attribuée.

La présente cause étant soumise aux maximes d'office et inquisitoire illimitée compte tenu de la présence d'enfants mineurs, le dépôt de conclusions nouvelles en appel est admissible jusqu'aux délibérations, les restrictions posées par l'art. 317 al. 2 CPC n'entrant pas en considération dans ce cadre (art. 296 CPC applicable par le renvoi de l'art. 284 al. 3 CPC; JEANDIN, Code de procédure civile commenté, BOHNET/HALDY/JEANDIN/SCHWEIZER/TAPPY [éd.], 2011, n. 1 et 18 ad art. 296 CPC; SCHWEIGHAUSER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [éd.], 2^{ème} éd., 2013, n. 3 ad art. 296 CPC).

La conclusion nouvelle de l'appelante est donc recevable.

1.3. Formé pour le surplus en temps utile (art. 311 al. 1 CPC) par une partie qui y a intérêt (art. 59 al. 2 let. a CPC), l'appel est recevable à la forme.

1.4. L'intimé a conclu, dans sa réponse à l'appel, au déboutement d'une tierce personne de toutes ses conclusions, à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de frais et dépens d'appel. Il a, par courrier envoyé quelques jours après le dépôt de sa réponse, rectifié ses conclusions en ce sens que A_____ devait être déboutée de toutes ses conclusions.

Il est aisément reconnaissable, par une lecture de la réponse conforme au principe de la confiance, que le libellé de ses conclusions procède d'une erreur de plume commise par inadvertance, ne portant pas à conséquence. La réponse, déposée en temps utile et selon les formes prescrites par la loi, est donc recevable.

1.5. L'intimé a produit des nouvelles pièces à l'appui de sa réponse.

Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves 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).

Dans deux cas où le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral était limité à l'arbitraire parce qu'il s'agissait de mesures provisionnelles, il a été jugé qu'il n'était pas insoutenable de considérer que les conditions de l'art. 317 al. 1 CPC s'appliquent également aux procédures soumises à la maxime inquisitoire (arrêts du Tribunal fédéral 5A_592/2011 du 31 janvier 2012 consid. 4.1; 5A_402/2011 du 5 décembre 2011 consid. 4.1 et 4.2).

Plus récemment, le Tribunal fédéral a précisé que l'art. 317 al. 1 CPC régit de manière complète et autonome la possibilité pour les parties d'invoquer des faits et moyens de preuve nouveaux en procédure d'appel (ATF 138 III 625 consid. 2.2; arrêt du Tribunal fédéral 4A_310/2012 du 1^{er} octobre 2012 consid. 2.1). Il a en outre relevé que cette disposition ne contient aucune règle spéciale pour la pro-

cédure simplifiée ou pour les cas où le juge établit les faits d'office, de sorte qu'aucune violation de l'art. 317 al. 1 CPC ne résulte de la stricte application de ses conditions (arrêt 4A_228/2012 précité consid. 2.2). En revanche, la question de savoir s'il en va de même lorsque les maximes d'office et inquisitoire illimitée s'appliquent n'a pas été tranchée. Dès lors, dans les causes de droit matrimonial concernant les enfants mineurs, la Cour de céans persistera à admettre tous les novas (dans ce sens : TREZZINI, in Commentario al Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), COCCHI/TREZZINI/BERNASCONI [éd.], 2011, p. 1394; TAPPY, Les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, in JT 2010 III p. 115 ss, 139).

Les pièces produites par l'intimé - en tant qu'elles portent sur les droits parentaux et les aspects patrimoniaux qui s'y rapportent - sont, par conséquent, recevables.

2. S'agissant d'un appel, la Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC).

La présente cause est soumise aux maximes d'office et inquisitoire illimitée en relation avec les aspects dont la Cour est saisie (art. 296 al. 1 et al. 3 CPC).

3. L'appelante reproche au premier juge d'avoir violé son droit à la preuve (art. 8 CC) en refusant d'ordonner des enquêtes visant à déterminer sa prise en charge effective des enfants, ainsi que son droit d'être entendu (art. 29 Cst.) pour ne pas avoir motivé son refus de procéder à cette mesure d'instruction.

3.1. L'art. 8 CC comprend, entre autres garanties, le droit à la preuve; le juge enfreint cette disposition lorsqu'il refuse d'administrer une preuve régulièrement offerte et portant sur un fait pertinent pour l'appréciation juridique de la cause (parmi plusieurs : ATF 133 III 189 consid. 5.2.2 et 295 consid. 7.1). Quand le droit à la preuve est invoqué en relation avec un droit subjectif privé découlant d'une norme de droit matériel fédéral, le recourant doit donc, en principe, se plaindre d'une violation de l'art. 8 CC, et non de celle de son droit d'être entendu au sens de l'art. 29 al. 2 Cst. (arrêt du Tribunal fédéral 5A_13/2013 du 11 février 2013 consid. 3.1. et les réf. citées).

La garantie constitutionnelle de l'art. 29 al. 2 Cst. prévoit que toute personne a le droit de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, d'avoir accès au dossier, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision à rendre, de participer à l'administration des preuves valablement offertes, à moins que le fait à prouver ne soit dépourvu de pertinence ou que le moyen de preuve n'apparaisse manifestement inapte à établir le fait allégué, et de se déterminer à leur propos (arrêt du Tribunal fédéral 5A_930/2012 du 16 mai 2013 consid. 3.3.1 et les réf. citées).

Le juge n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige. Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (arrêt du Tribunal fédéral 2C_724/2012 du 25 juillet 2012 consid. 5.1.).

Ces garanties procédurales ne s'opposent pas à ce que l'autorité mette un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction (arrêt du Tribunal fédéral 5A_13/2013 du 11 février 2013 consid. 3.1.).

3.2. En l'espèce, le refus de procéder à l'audition de témoins visée par l'appelante en première instance ne ressort pas expressément du jugement entrepris.

Il apparaît néanmoins, à la lecture de ce jugement, que le refus du premier juge se fonde implicitement sur une appréciation anticipée des preuves, ce dernier ayant estimé que les éléments de fait en sa possession étaient suffisants pour fonder le déboutement de l'appelante.

Il a, sur cette base, motivé sa décision sur le fond, considérant qu'en tout état, l'autorité parentale conjointe sollicitée en première instance par l'appelante ne pouvait être rétablie au regard du refus du père et que la réorganisation du droit de visite de l'appelante, d'entente entre les parties, durant la semaine ne constituait pas une modification importante de la situation, et en tenant compte du rapport d'évaluation du SPMi qui préconise le maintien de l'organisation actuelle.

Au vu de ce qui précède, on ne saurait reprocher au premier juge d'avoir violé le droit à la preuve et le droit d'être entendu de l'appelante, de sorte que celle-ci sera déboutée de ses conclusions sur ce point.

4. En appel, l'appelante sollicite à nouveau l'audition de témoins.

Elle fait valoir que la question de la prise en charge effective des enfants, qui ne cesse de s'étendre en sa faveur, est fondamentale pour juger de l'existence d'une modification notable et durable de la situation, nécessitant la réévaluation des droits parentaux et de la prise en charge financière des enfants. Or, l'audition des trois témoins qu'elle propose - la "nounou" des enfants et deux de ses connaissances - aurait permis de l'établir.

4.1. Conformément à l'art. 316 al. 3 CPC, l'instance d'appel peut librement décider d'administrer des preuves : elle peut ainsi ordonner que des preuves administrées en première instance le soient à nouveau devant elle, faire administrer des preuves écartées par le tribunal de première instance ou encore décider l'administration de toutes autres preuves. Néanmoins, cette disposition ne confère pas au recourant un

droit à la réouverture de la procédure probatoire et à l'administration de preuves. Le droit à la preuve, comme le droit à la contre-preuve, découlent de l'art. 8 CC ou, dans certains cas, de l'art. 29 al. 2 Cst., dispositions qui n'excluent pas l'appréciation anticipée des preuves. L'instance d'appel peut en particulier rejeter la requête de réouverture de la procédure probatoire et d'administration d'un moyen de preuve déterminé présentée par l'appelant si celui-ci n'a pas suffisamment motivé sa critique de la constatation de fait retenue par la décision attaquée. Elle peut également refuser une mesure probatoire en procédant à une appréciation anticipée des preuves, lorsqu'elle estime que le moyen de preuve requis ne pourrait pas fournir la preuve attendue ou ne pourrait en aucun cas prévaloir sur les autres moyens de preuve déjà administrés par le tribunal de première instance, à savoir lorsqu'il ne serait pas de nature à modifier le résultat des preuves qu'elle tient pour acquis (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1. et 4.3.2; arrêts du Tribunal fédéral 4A_228/2012 consid. 2.3 et 5A_906/2012 du 18 avril 2013 consid. 5.1.2).

4.2. En l'occurrence, quand bien même l'appelante aurait été amenée à recevoir plus fréquemment les enfants à certains moments - ce que l'audition de ses témoins permettrait, selon elle, d'établir -, il ressort, par une appréciation anticipée des preuves, que cet élément ne serait pas de nature à modifier l'issue du litige au regard des autres éléments de fait ressortant de la procédure (cf. infra 5.2.).

Il ne se justifie dès lors pas de donner une suite favorable à la demande d'administration de preuve formulée par l'appelante, si bien que celle-ci sera également déboutée de ses conclusions sur ce point.

- 5.** L'appelante reproche au Tribunal de ne pas avoir retenu que la situation présentait une modification importante et durable justifiant de changer la réglementation précédemment mise en place.

Elle soutient s'occuper majoritairement des enfants et être le parent le plus disponible, raisons pour lesquelles les droits parentaux doivent être modifiés et l'intimé condamné à lui verser une contribution à l'entretien des enfants, afin de lui permettre de subvenir de manière adéquate à leurs besoins.

5.1. A la requête du père ou de la mère de l'enfant ou de l'autorité tutélaire, l'attribution de l'autorité parentale doit être modifiée lorsque des faits nouveaux importants l'exigent pour le bien de l'enfant (art. 134 al. 1 CC).

La modification du jugement de divorce suppose donc que des faits nouveaux importants et durables surviennent, qui commandent une réglementation différente. La procédure de modification n'a en effet pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles intervenant chez les parents ou l'enfant. Le moment déterminant pour apprécier si des circonstances nouvelles

se sont produites est la date du dépôt de la demande de modification (ATF 137 III 604 consid. 4.1.1.).

Toute modification dans l'attribution de l'autorité parentale, dont le droit de garde est une composante, suppose ainsi que la nouvelle réglementation soit requise dans l'intérêt de l'enfant en raison de la survenance de faits nouveaux essentiels. En d'autres termes, une nouvelle réglementation de l'autorité parentale, respectivement du droit de garde, ne dépend pas seulement de l'existence de circonstances nouvelles importantes; elle doit aussi être commandée par le bien de l'enfant. Selon la jurisprudence relative à l'art. 157 aCC, laquelle reste pleinement applicable sur ce point, la modification ne peut être envisagée que si le maintien de la réglementation actuelle risque de porter atteinte au bien de l'enfant et le menace sérieusement; la nouvelle réglementation doit ainsi s'imposer impérativement, en ce sens que le mode de vie actuel nuit plus au bien de l'enfant que le changement de réglementation et la perte de continuité dans l'éducation et les conditions de vie qui en est consécutive (arrêts du Tribunal fédéral 5A_63/2011 du 1^{er} juin 2011 consid. 2.4.1. et 5A_831/2010 du 14 novembre 2011 consid. 3.1.1.).

5.2. En l'espèce, par jugement rendu le 23 avril 2010 sur modification du jugement de divorce, la garde et l'autorité parentale sur les enfants des parties ont été attribuées au père en raison des problèmes psychiques de leur mère, conformément aux recommandations du SPMi et de l'experte ayant évalué le groupe familial. Sur cette base, un large droit de visite a été réservé à cette dernière (au minimum et sauf avis contraire des parents, du mardi à la sortie de l'école au mercredi après-midi, un week-end sur deux alternativement du vendredi à la sortie de l'école au samedi après-midi à 14h00 et du vendredi à la sortie de l'école au dimanche à 18h00, ainsi que pendant la moitié des vacances scolaires) et le versement à celle-ci de la contribution à l'entretien des enfants a été supprimé, cet entretien appartenant désormais au père, la mère devant supporter les dépenses engendrées par l'exercice de son droit de visite.

Depuis l'aboutissement de cette précédente procédure, les parties ont, d'entente entre elles, déplacé l'exercice du droit de visite durant la semaine, du mardi au jeudi. Or, cette réorganisation n'engendre aucune augmentation de la prise en charge des enfants par l'appelante.

Celle-ci allègue prendre en outre en charge les enfants lors des absences de leur père, ce qui l'amènerait dans les faits à s'en occuper plus que lui. Quand bien même tel aurait été le cas, il ressort de l'instruction de la cause que cela n'a pu être le cas que de manière ponctuelle et ne saurait représenter une modification durable. Il apparaît en effet que la situation de l'appelante sur le plan médical ne s'est globalement pas améliorée, puisqu'elle continue à souffrir de problèmes psychiques qui l'ont amenée à être à nouveau hospitalisée et à renoncer à exercer son droit de visite à tout le moins durant le mois de juin 2013. Il sera en outre relevé

l'incohérence des démarches de l'appelante, qui a envisagé, en mai 2013, de partir seule s'installer à Rome, alors qu'elle réclame la garde des enfants. A cela s'ajoute le fait que le SPMi a préconisé le maintien des droits parentaux tels que fixés par le jugement du 23 avril 2010 et que l'enfant D_____ - aspirant à une certaine stabilité - souhaite également le maintien de cette organisation qui lui convient.

Par ailleurs, rien ne permet de retenir que la répartition des droits parentaux fixée par le jugement du 23 avril 2010 serait néfaste d'une quelconque manière aux enfants.

Il ressort ainsi de ce qui précède que la situation ayant prévalu lors de la procédure précédente ne s'est pas modifiée de manière importante, de sorte qu'il ne se justifie pas de changer la réglementation des droits parentaux tels qu'instaurés par ce jugement.

Partant, l'appelante sera déboutée de ses conclusions tendant à la modification de l'attribution de l'autorité parentale et de la garde des enfants des parties, ainsi qu'à la condamnation de l'intimé au versement d'une contribution à l'entretien des enfants en ses mains.

5.3. L'appelante conclut, subsidiairement, à l'octroi d'une contribution à l'entretien des enfants à verser en ses mains quand bien même les droits parentaux ne seraient pas modifiés comme elle le requiert.

Au vu de l'absence de motivation de l'appel sur cette question, il ne sera pas entré en matière sur ce point (REETZ/THEILER, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER [éd.], 2^{ème} éd., 2013, n. 12 et n. 38 ad art. 311 CPC). Il sera toutefois précisé que, dans le cas contraire, l'appelante aurait, en tout état, été déboutée de cette conclusion au regard des considérations qui précèdent.

6. L'appelante conclut enfin à ce que l'intimé soit condamné à requérir, auprès du propriétaire concerné, le transfert, en sa faveur, du bail relatif à l'appartement qu'elle occupe.

La Cour n'entrera pas non plus en matière sur ce point, dans la mesure où cette conclusion ne tend pas à la modification des modalités du divorce, objet de la présente procédure. Elle relève de surcroît que le juge du divorce n'est pas compétent pour statuer sur des questions relatives au transfert du bail d'un appartement n'ayant pas constitué l'ancien domicile conjugal des parties.

7. Il s'ensuit que le jugement entrepris sera intégralement confirmé.
8. L'appelante, qui succombe, sera condamnée aux frais d'appel, ceux-ci étant fixés à 1'000 fr. (art. 104 al. 1, 105 et 106 al. 1 CPC; art. 30 et 35 RTFMC -

RS/GE E 1 05.10). Ceux-ci seront toutefois provisoirement laissés à la charge de l'Etat, dès lors qu'elle plaide au bénéfice de l'assistance judiciaire. S'agissant d'un litige qui relève du droit de la famille, chaque partie conservera ses dépens à sa charge (art. 107 al. 1 let. c CPC).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :**

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par A_____ contre le jugement JTPI/16541/2012 rendu le 12 novembre 2012 par le Tribunal de première instance dans la cause C/4017/2012-5.

Au fond :

Confirme le jugement entrepris.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

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

Les laisse provisoirement à la charge de l'Etat.

Dit que chaque partie supporte ses propres dépens.

Siégeant :

Monsieur Jean-Marc STRUBIN, président; Monsieur Grégory BOVEY et Madame Daniela CHIABUDINI, juges; Madame Barbara SPECKER, greffière.

Le président :

Jean-Marc STRUBIN

La greffière :

Barbara SPECKER

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.