REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/7225/2021 **ACJC/1381/2023**

ORDONNANCE

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU LUNDI 16 OCTOBRE 2023

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____ (VS), appelant d'un jugement rendu par de ce canton, représenté par Me Olivier WEHRLI, avocat, rue de Hesse 8, case postale , 1211 Genève 4,

et

Madame B_____, domiciliée _____ (GE), intimée, représentée par Me Marilyn NAHMANI, avocate, rue de la Rôtisserie 2, case postale 3809, 1211 Genève 3.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 17 octobre 2023. Ladite ordonnance est également remise en main propre aux parties lors de l'audience du 18 octobre 2023.

Attendu, **EN FAIT**, que, par jugement du 20 juin 2017, le Tribunal de première instance (ci-après le Tribunal) a prononcé le divorce des époux B_____ et A_____ et, notamment, attribué la garde de leurs enfants, C_____ et D_____, nés respectivement le _____ 2005 et le _____ 2010 à la mère, ainsi que fixé une contribution à l'entretien de chacun des enfants de 3'000 fr. par mois à verser par le père à la mère jusqu'à la majorité des enfants, voire au-delà en cas d'études ou de formation professionnelle sérieuses et régulières;

Que B_____ est demeurée à Genève avec les enfants dans l'ancien domicile conjugal et A_____ s'est installé en à E_____, en Valais, où il s'est remarié et vit avec son épouse et les deux filles de cette dernière, issues d'une union précédente;

Que, par demande déposée le 19 avril 2021 auprès du Tribunal, A_____ a conclu à la modification du jugement de divorce et à l'attribution à lui-même de la garde sur les enfants C_____ et D_____, suite à la dégradation des relations entre C_____ et sa mère, ainsi qu'une altercation les ayant opposées le 11 avril 2021, suivie d'une intervention de la police et du déménagement de C_____ en Valais chez son père;

Que la demande était assortie d'une demande de mesures provisionnelles tendant au transfert immédiat de la garde des enfants au père;

Que le Tribunal, après avoir entendu les parties et avoir requis un rapport du Service de protection des mineurs (ci-après : SPMi) du 1er juillet 2021 qui était intervenu suite à l'altercation du 11 avril 2021, a ordonné à titre provisionnel le transfert de la garde de C_____ à son père et supprimé la contribution due par ce dernier pour son entretien. Que pour le surplus, le dispositif du jugement de divorce était maintenu;

Que le Tribunal a ordonné l'établissement d'un rapport par le Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (ci-après : SEASP) qui a été rendu le 12 mai 2022 et parvenait en substance à la conclusion qu'il était dans l'intérêt de D_____ de maintenir la garde auprès de sa mère, de réserver un droit de visite s'exerçant lors d'un repas par semaine, un week-end sur deux du vendredi soir au dimanche soir et la moitié des vacances scolaires;

Que ce préavis était notamment fondé sur le fait que la prise en charge par la mère était conforme aux intérêts de l'enfant qui avait exprimé l'importance de son réseau amical à Genève. Qu'il évoluait positivement, tant sur le plan psychologique que scolaire. Que l'étroite relation entre frère et sœur avait pu être maintenue par l'exercice des relations personnelles entre père et fils. Que l'événement violent du 11 avril 2021 était isolé;

Que les parties ont admis, lors de l'audience du Tribunal du 8 décembre 2022, que l'intégration de D_____ au Cycle d'orientation de F_____ en 2022/2023 s'était mal passée, notamment avec d'importants écarts de comportement de l'adolescent, mais n'avait pas eu d'impact sur ses résultats scolaires qui étaient restés bons;

Que le père en avait conclu qu'il fallait "sortir son fils de là" et le scolariser en Valais, alors que la mère considérait qu'il fallait le maintenir dans son collège à Genève en mettant en place un encadrement adéquat compte tenu du litige parental;

Que par jugement du 31 janvier 2023, le Tribunal a modifié le jugement de divorce en ce sens que la garde de C_____ était confiée à son père, qu'un droit de visite à convenir entre les intéressées était réservé à la mère, que la contribution à l'entretien de C_____ à verser à la mère par le père était supprimée, que la garde de D_____ était maintenue chez la mère et qu'un droit de visite conforme à celui préconisé par le SEASP était réservé au père;

Qu'en substance, le premier juge a considéré que la modification de la garde de C_____ était conforme aux conclusions concordantes des parties et au souhait de l'enfant. Que l'intérêt de D_____ commandait le maintien du *statu quo*; que les inquiétudes émises par son père n'avaient pas été objectivées par la procédure; que l'enfant disposait d'une vie sociale épanouissante, ainsi que d'activités sportives à Genève et que, malgré des difficultés d'adaptation au Cycle d'orientation, ses résultats scolaires étaient bons;

Que le jugement mentionnait que D_____ avait adressé un courrier au Tribunal le 23 janvier 2023, qui a été déclaré irrecevable pour avoir été produit après que la cause avait été gardée à juger le 8 décembre 2022. Que ce courrier ne figure pas à la procédure et, renseignement pris auprès du Tribunal, a été retourné à son expéditeur en raison de son irrecevabilité;

Que A_____ a appelé de ce jugement le 6 mars 2023, concluant en substance à l'attribution de la garde de son fils et à la suppression de la contribution à son entretien due à sa mère;

Qu'il reprochait au Tribunal d'avoir refusé de prendre en compte le courrier du 23 janvier 2023 de son fils qui demandait pourtant le transfert de sa garde à son père. Qu'il alléguait par ailleurs que le déménagement de son fils en Valais permettrait de couper ce dernier de certaines mauvaises fréquentations à Genève. Qu'il exposait à cet égard que D_____ avait fait l'objet d'une rencontre avec le SPMi en 2020 pour le harcèlement d'un enfant dont il s'était montré meneur, qu'il avait été impliqué à deux reprises dans des déprédations sur des installations publiques (dommages à des installations de la Commune de G_____ [GE]; dommages aux stores du Cycle de F_____) et qu'il se retrouvait pris dans une situation de harcèlement scolaire. Que l'enfant présentait également des problèmes de comportement (jeu avec du feu, escalade d'une grue de chantier). Qu'enfin, il était régulièrement exclu du Cycle d'orientation. Qu'il convenait par conséquent de le changer d'environnement et de l'encadrer, ce dont l'enfant s'était d'ailleurs lui-même rendu compte en demandant le transfert de la garde. Que la mère de l'enfant était en effet dépassée par la situation;

Que A_____ concluait préalablement à la production du courrier de D_____ du 23 janvier 2023;

Que dans sa réponse du 3 avril 2023, B_____ a conclu au rejet de l'appel au motif qu'il n'existait aucune circonstance nouvelle par rapport à celles connues du premier juge, justifiant que sa décision soit modifiée. Que la lettre de D_____, quel qu'en soit le contenu, n'était pas susceptible de modifier l'appréciation du SPMi et du SEASP qui avait guidé le premier juge, ce d'autant plus qu'elle était certainement sujette à caution puisque l'appelant en connaissait le contenu. Qu'elle était du reste irrecevable pour avoir été introduite tardivement aux débats, de sorte que la conclusion en production devait être rejetée. Qu'elle s'opposait pour le surplus à l'audition de l'enfant qui avait déjà été entendu deux fois;

Qu'elle reprochait par ailleurs à l'appelant d'instiller en permanence une image négative d'elle-même, que ce soit auprès de D_____ ou dans la présente procédure. Que l'appelant amplifiait par ailleurs des événements anciens ou qui s'étaient révélés anodins. Que les dommages causés par D_____ au Cycle de F_____ avaient été qualifiés d'accident involontaire par le Tribunal des mineurs. Que le harcèlement contre un autre enfant était ancien. Que l'escalade de la grue s'était produite alors que D_____ était avec son père. Que l'enfant s'était désormais habitué à son nouvel environnement au Cycle de F_____ et qu'un déménagement en Valais représenterait un déracinement;

Que l'intimée rappelait avoir proposé de scolariser D_____ dans une école privée, à ses frais, ce que l'appelant avait refusé;

Qu'enfin, la prise en charge de D_____ par son père n'était pas idéale, ce dernier ne pouvant être que peu présent en raison de son domicile en Valais, son activité professionnelle à Genève et une possibilité de télétravail limitée;

Que dans sa réplique du 8 mai 2023, l'appelant a contesté connaître le détail du courrier du 23 janvier 2023 de D_____, mais relevait que cette démarche de l'enfant impliquait qu'il souhaitait être entendu dans la procédure. Que par ailleurs les rapports du SPMi et du SEASP étaient anciens, ne correspondaient plus aux circonstances actuelles et n'étaient pas si univoques que l'intimée le prétendait. Que la question d'un déménagement de D_____ en Valais était en outre évoquée depuis le début de la procédure;

Que dans sa duplique du 31 mai 2023, l'intimée soulignait les actions de l'appelant pour capter l'enfant, notamment le courrier du 23 janvier 2023 dont elle considérait qu'il avait été instigué par l'appelant. Qu'elle persistait à soutenir que l'appelant amplifiait ou déformait des incidents ponctuels dans le but de dénigrer l'encadrement qu'elle offrait à leur fils, alors qu'elle en avait assumé la charge au quotidien jusque-là, au contraire de l'appelant;

Que les parties ont allégué des circonstances nouvelles en appel;

Que l'appelant a produit le carnet scolaire de D_____ à teneur duquel celui-ci avait été sanctionné pour son comportement (renvois pour dérangement, insolence ou utilisation du téléphone en cours ou dans l'enceinte du Cycle);

Qu'il relatait également un incident du 29 mars 2023 au cours duquel D_____ aurait lu un texte manuscrit à haute voix à des camarades à la sortie des études surveillées dont la teneur était choquante ("*Le jour ou tout a basculé pour H_____. H_____ le noir et ses amis le juif et son ami le [illisible] ils partent en voyage en [illisible]. le premier jour le noir H_____ se fait capturer dans une cage et il finira sa vit dans une cage. L'arabe I_____ se fera voler son GROS Pennis par un arabe et il decida de partir a la recher de sa bombe pour faire exploser le penis de celui qui lui à volé mais sa bombe d'arabe à exploser sur lui et il mourra. le juif se trompera de salle et ira à la place dans une chambre à GAZ s'évanouira et se fera emmener dans un four et brula. Voici l'histoire de H_____ le noir et son Amis l'arabe I_____ et le Juif"*);

Que l'intimée exposait avoir été interpellée par le Cycle suite à cet incident et avoir répondu qu'elle avait évoqué avec son fils les problématiques soulevées par ce texte et leur contexte historique;

Que l'appelant alléguait également que l'intimée aurait offert à son fils un "*couteau à monter soi-même*" pour ses treize ans;

Que l'intimée alléguait enfin que l'appelant adoptait des attitudes peu responsables avec l'enfant comme le laisser veiller jusqu'à 5 heures du matin lors de l'anniversaire de son père, de lui offrir des sommes d'argent importantes à sa libre disposition (1'400 fr. en quelques mois);

Que la Cour a informé les parties par avis du 20 juin 2023 que la cause était gardée à juger sur appel;

Que l'appelant a informé la Cour par courrier du lundi 2 octobre 2023 que D_____ avait pris le dernier train le dimanche soir 1er octobre 2023 à Genève pour se rendre à J_____[VS] où il avait demandé à son père de venir le chercher. Que son fils avait justifié sa fugue par le fait qu'il subissait un harcèlement à Genève. Qu'il reprochait à l'intimée de ne pas l'avoir informé du problème de harcèlement dont leur fils était victime ni de sa disparition du domicile maternel le dimanche soir 1er octobre 2023. Qu'il sollicitait des mesures provisionnelles en attribution de la garde de l'enfant afin de le scolariser en Valais;

Que l'intimée a répliqué spontanément les 3 et 5 octobre 2023 en contestant la recevabilité des faits nouveaux allégués par l'appelant alors que la cause était gardée à juger et concluant au rejet des mesures requises;

Qu'elle contestait par ailleurs ne pas avoir réagi aux soucis rencontrés par D_____ car elle avait écrit à l'école le dimanche 1er octobre 2023 à 19 h. 25 après que son fils lui

avait confié, durant le week-end, les problèmes de harcèlement dont il était victime. Qu'une prise en charge de la problématique par le Cycle avait par conséquent été organisée dès le lundi 2 octobre 2023. Qu'il n'était pas envisageable de déplacer le lieu de vie de l'enfant dans ce contexte;

Que l'intimée a déposé le 9 octobre 2023 auprès du Tribunal un courrier concluant à l'octroi de mesures superprovisionnelles ordonnant à l'appelant d'assurer le retour de l'enfant D_____ à Genève d'ici au 11 octobre 2023, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP, en application du jugement rendu en première instance, l'enfant étant déscolarisé depuis une semaine. Qu'à défaut, l'intimée a conclu à ce qu'ordre soit donné au Service de protection de la jeunesse du canton du Valais, cas échéant avec l'aide de la police, de ramener immédiatement l'enfant à Genève;

Que le Tribunal a communiqué cette requête, pour raison de compétence, à la Cour de justice le 10 octobre 2023;

Que l'appelant s'est opposé à ces mesures superprovisionnelles par courrier du 11 octobre 2023 au motif que l'enfant avait délibérément fugué de Genève en raison du harcèlement qu'il y subissait et ne souhaitait pas y revenir, ce qu'il avait dit à la psychologue du Cycle avec laquelle il s'était entretenu téléphoniquement. Qu'il produisait également un courrier adressé par D_____ au SPMi dans lequel celui-ci refusait de retourner vivre chez sa mère qu'il accusait en substance de jouer la victime, de pleurnicher, de manipuler, de ne pas s'occuper de lui, de ne pas être à son écoute, et qu'il qualifiait de femme invivable, pas normale et folle;

Considérant, **EN DROIT**, qu'à teneur de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve nouveaux qui surviennent jusqu'au début de la phase de délibérations de l'instance supérieure 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);

Que lorsque la cause concerne des enfants mineurs et que le procès est soumis à la maxime inquisitoire illimitée, l'application de l'art. 317 al. 1 CPC n'est pas justifiée et les parties peuvent présenter des *nova* en appel, même si les conditions prévues par cette disposition ne sont pas réunies (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1);

Que la phase des délibérations au sens de l'art. 317 al. 1 CPC débute à la clôture d'éventuels débats d'appel, ou lorsque l'autorité d'appel indique formellement qu'elle considère que la cause est en état d'être jugée et qu'elle passe désormais aux délibérations (ATF 142 III 413 consid. 2.2.3-2.2.6 = JdT 2017 II 153; ATF 138 III 788 c. 4.2);

Que toutefois, après avoir communiqué que la cause est en état d'être jugée, la cour d'appel peut décider d'office, en revenant sur son ordonnance d'instruction gardant la cause à juger, de rouvrir la procédure d'administration des preuves pour tenir compte de

faits nouveaux, en particulier de vrais nova qui se sont produits subséquemment. Les parties n'ont cependant aucun droit à cette réouverture de la procédure probatoire et un refus de la cour d'appel ne pourrait pas faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral (ATF 143 III 272 consid. 2.3.2; arrêts du Tribunal fédéral 5A_717/2020 du 2 juin 2021 consid. 4.1; 4A_467/2019, 4A_469/2019 du 23 mars 2022 consid. 7.3.1);

Qu'en l'espèce, la survenance des faits nouveau récents allégués par les parties justifient la réouverture de l'instruction de la cause, ce d'autant plus qu'ils concernent la protection d'un enfant mineur, procédure soumise aux maximes d'office et inquisitoire illimitée (art. 296 CPC);

Que l'appelant conclu préalablement à la production du courrier du 23 janvier 2023 de D_____ adressé au Tribunal. Que l'intimée s'y oppose au motif qu'elle serait définitivement irrecevable faute d'avoir été produite avant la clôture des débats de première instance et en raison de l'intangibilité de l'objet du litige en appel;

Que l'art. 229 al. 1 CPC implique que les *nova*, invoqués sans retard, peuvent être introduits devant le tribunal jusqu'à la clôture des plaidoiries finales. Qu'au-delà, soit en particulier pendant la période entre le début des délibérations du tribunal et la notification de la décision, de tels *nova* sont irrecevables en première instance et doivent être introduits dans le cadre d'un appel ou, à défaut, être invoqués comme motif de révision (TAPPY, Commentaire romand, Code de procédure civile, 2ème éd., 2019, n. 11 ad art. 317 CPC);

Que le courrier de D_____, irrecevable devant le premier juge, parce qu'ultérieur au début des délibérations, est donc recevable en appel en tant que fait nouveau;

Que s'agissant en outre d'une cause dans laquelle le sort d'un enfant mineur est en jeu, ce fait nouveau est recevable en appel indépendamment de la réalisation des conditions de l'art. 317 al. 1 CPC;

Que la Cour en ordonnera par conséquent la production – dans la mesure où il existe encore – en tant qu'il s'agit d'un élément de fait et probatoire pertinent à l'issue du litige, même s'il sera nécessaire, ainsi que le souligne l'intimée, d'apprécier sa portée au vu du contexte dans lequel il est apparu;

Que le document ayant été restitué à son auteur, l'enfant sera invité à le produire lors de son audition (cf. *infra*);

Que l'appelant sollicite l'audition de D_____ par la Cour alors que l'intimée s'y oppose;

Que la Cour peut ordonner des débats et administrer des preuves (art. 316 al. 1 et 3 CPC);

Que l'audition de l'enfant est prévue dans le cadre des procédures du droit de la famille, dans la mesure où son âge le permet et qu'aucun juste motif ne s'y oppose (art. 298 al. 1 CPC);

Qu'en l'occurrence, D_____, âgé de 13 ans, est apte à être entendu par un juge et que les parties n'invoquent aucun juste motif qui s'y opposerait;

Que cette audition se justifie du fait qu'il a écrit au premier juge et a ainsi manifesté son souhait d'être personnellement à nouveau entendu dans la procédure;

Que le fait qu'il aurait déjà été entendu par le SPMi, le SEASP et le premier juge n'est pas un obstacle à une nouvelle audition puisque les circonstances ont changé depuis lors. Que le SPMi et le SEASP l'ont notamment vu avant son entrée au Cycle, soit avant que des difficultés ne surviennent dans son intégration scolaire;

Que les circonstances décrites par les parties dans leurs derniers courriers justifient l'audition de l'enfant;

Que l'intimée conclu au prononcé de mesures superprovisionnelles en retour de D_____ à Genève. Que l'intimé s'y oppose et conclut de son côté à ce que la garde de l'enfant lui soit attribuée;

Que selon l'art. 261 al. 1 CPC, le juge ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire est l'objet d'une atteinte et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable;

Qu'en cas d'urgence particulière, le juge peut ordonner ces mesures immédiatement sans entendre les parties (art. 265 CPC);

Que l'octroi de mesures superprovisionnelles présuppose que le requérant ait pris des conclusions en ce sens dans sa requête de mesures provisionnelles. Lorsque la requête ne contient que des conclusions tendant au prononcé de mesures superprovisionnelles, il faut considérer que celles-ci valent aussi implicitement à titre de conclusions provisionnelles (BOVEY, FAVROD-COUNE, Petit Commentaire, CPC, 2020, n° 2 ad art. 265 CPC et les références citées);

Que l'intimée prend uniquement des conclusions superprovisionnelles en retour de l'enfant à Genève. Qu'il sera considéré qu'elle conclut également sur mesures provisionnelles en ce sens;

Qu'ayant communiqué sa requête à la partie adverse et celle-ci s'étant prononcée, la requête de l'intimée a perdu son caractère superprovisionnel;

Que la question litigieuse, bien que présentant un caractère urgent vu la déscolarisation de l'enfant depuis deux semaines, ne saurait faire l'objet d'une décision sans audition

préalable des parents et de l'enfant sur les diverses circonstances survenues depuis janvier 2023, très sommairement alléguées par les parties;

Qu'il convient notamment de mieux cerner les allégations de harcèlement dont l'enfant se dit victime et de dégradation de la qualité de la relation entre mère et fils avant d'ordonner toute modification du droit de garde ou mesure d'exécution incisive;

Que la requête de mesures superprovisionnelles sera par conséquent rejetée;

Que l'audition des divers protagonistes a d'ores et déjà été organisée à bref délai par la Cour (art. 265 al. 2 CPC);

Qu'il sera statué sur les frais et dépens liés à la présente décision avec l'arrêt au fond (art. 104 al. 3 CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

Statuant sur mesures superprovisionnelles :

Rejette la requête de mesures superprovisionnelles formée le 9 octobre 2023 par B_____.

Dit qu'il sera statué sur les frais liés à la présente décision dans l'arrêt rendu sur le fond.

Statuant sur instruction :

Ordonne la réouverture de l'instruction de la cause.

Déclare recevables et pertinents les faits allégués et les offres de preuves articulées par les parties après que la cause a été gardée à juger par la Cour.

Ordonne l'ouverture de débats sommaires sur mesures provisionnelles et la citation des parties à une audience sur cet objet.

Ordonne l'audition des parties et de l'enfant D_____.

Ordonne la production du courrier du 23 janvier 2023 de D_____.

Réserve la suite de la procédure.

Siégeant :

Monsieur Jean REYMOND, juge; Madame Sandra CARRIER, greffière.

Le juge :	La greffière :
Jean REYMOND	Sandra CARRIER

Indication des voies de recours :

En tant qu'elle concerne les mesures superprovisionnelles, la présente ordonnance n'est pas susceptible de recours au Tribunal fédéral (ATF 137 III 417 consid. 1.3; arrêt du Tribunal fédéral 5A_37/2013 du 1er février 2013 consid. 1.2).

En tant qu'elle statue sur l'instruction, la présente ordonnance peut être portée 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, conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), dans la mesure restreinte de l'art. 93 LTF. Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF indéterminée.