REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

C/7228/2021 **ACJC/1392/2022**

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU JEUDI 20 OCTOBRE 2022

Entre

Monsieur A_____, domicilié _____[GE], appelant d'une ordonnance rendue par la 17ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 20 septembre 2022, comparant par Me Raphaëlle NICOLET, avocate, FAIR LAW, rue du Conseil-Général 8, 1205 Genève, en l'Etude de laquelle il fait élection de domicile,

et

Madame B_____, domiciliée _____[GE], intimée, comparant par Me Philippe ROUILLER, avocat, PRLEX AVOCATS, avenue Jules-Crosnier 8, 1206 Genève, en l'Etude duquel elle fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 21.10.2022.

Attendu, **EN FAIT**, que par ordonnance du 20 septembre 2022, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures provisionnelles, a annulé les chiffres 3, 4 et 5 du jugement JTPI/8804/2021 rendu le 29 juin 2021 dans la cause C/1_____/2018-17 (ch. 1 du dispositif) et, cela fait, attribué à B_____ la garde des enfants C_____ et D_____ (ch. 2), réservé un droit aux relations personnelles en faveur de A_____ qui s'exercera, sauf accord contraire entre les parties, à raison d'un week-end sur deux, du vendredi après l'école au lundi retour à l'école, ainsi qu'en alternance, la semaine où A_____ n'a pas les enfants le week-end, un mercredi sur deux après l'école, charge à B_____ d'amener ou de faire amener D_____ au préau de l'école pour 11h30, au jeudi matin retour à l'école, ainsi que la moitié des vacances scolaires (ch. 3), maintenu la curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles (ch. 4) et condamné A_____ à verser en mains de B_____, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, une somme de 1'000 fr. à titre de contribution à l'entretien de C_____ et une somme de 700 fr. à titre de contribution à l'entretien de D_____, à compter de l'entrée en force du jugement (ch. 10);

Que le Tribunal a notamment relevé que le SEASP, au cours de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, avait préconisé le maintien de la garde alternée, que le SPMI, dans son courrier au TPAE du 21 octobre 2021, a sollicité un retrait de garde avec placement des enfants chez leur père, et que le SEASP, dans son évaluation du 9 mai 2022, a recommandé l'attribution de la garde des enfants à leur mère; que le maintien du *statu quo*, qui aurait l'avantage de la facilité, ne répondait pas à l'urgence que présentait la situation problématique des enfants et en particulier de C_____, laquelle présentait une souffrance importante et manifestait des idées suicidaires et qui avait besoin d'être entendue; que selon le SEASP, même si A_____ serait le plus apte des deux parents à préserver la relation entre les enfants et l'autre parent, il ne voyait pas d'autre solution que de préaviser pour une garde des enfants confiée à la mère; que cette recommandation avait été émise après une analyse très complète de la situation, et notamment de nombreux entretiens avec le curateur auprès du SPMi et les éléments qui avaient conduit celui-ci à préaviser un placement des enfants chez leur père avaient été intégrés à l'analyse; que par ailleurs, le SEASP avait examiné toutes les options envisageables (maintien du *statu quo*, garde à la mère, garde au père, solution différenciée pour chaque enfant et, enfin, placement des enfants) et tout en reconnaissant que l'attribution de la garde des enfants à B_____ n'était pas une solution idéale, il avait néanmoins considéré qu'il s'agissait là de l'option la moins dommageable, dans l'attente du résultat d'une expertise psychiatrique familiale; que dès lors, le maintien du *statu quo* n'était pas envisageable vu les risques existants pour la santé de C_____ et aucune raison nécessitait de s'écarter du préavis du SEASP, qui reposait sur une analyse aussi complète que possible à ce stade et qui intégrait l'ensemble des éléments connus; que dès lors, la garde des enfants serait attribuée à B_____ et un droit aux relations personnelles serait réservé à A_____ qui s'exercera conformément aux recommandations du SEASP; que les contributions d'entretien ont été adaptées à cette nouvelle situation;

Que par acte expédié le 3 octobre 2022 à la Cour de justice, A_____ a formé appel contre cette ordonnance; qu'il a conclu à l'annulation des chiffres 1, 2, 3 et 10 de son dispositif et, cela fait, notamment, au maintien de la garde alternée instaurée par le chiffre 3 du dispositif du jugement du 29 juin 2021, de la répartition des frais prévues aux chiffres 4 et 5 du dispositif de ce même jugement et de la curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles, subsidiairement, à ce que la garde des enfants lui soit attribuée et à ce qu'un large droit de visite soit réservé à B_____;

Qu'il a conclu, préalablement, à l'octroi de l'effet suspensif à son appel; qu'il a soutenu que le régime actuel de garde prévalait depuis quatre ans et qu'il n'y avait pas d'urgence à le modifier;

Qu'invitée à se déterminer, B_____ a conclu au rejet de cette requête; qu'elle soutient notamment que les différents intervenants considèrent que le système de garde alternée nuit gravement au bien-être des enfants, notamment C_____ qui a exprimé à plusieurs reprises sa volonté de vivre chez sa mère et de fuguer si elle devait vivre chez son père;

Considérant, **EN DROIT**, que la Cour est saisie d'un appel au sens de l'art. 308 CPC;

Que l'ordonnance querellée portant sur des mesures provisionnelles, l'appel n'a pas d'effet suspensif ex lege (art. 315 al. 4 let. b CPC);

Qu'à teneur de l'art. 315 al. 5 CPC, l'exécution de mesures provisionnelles peut exceptionnellement être suspendue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable;

Que le préjudice difficilement réparable peut être de nature factuelle; il concerne tout préjudice, patrimonial ou immatériel, et peut même résulter du seul écoulement du temps pendant le procès; que le dommage est constitué, pour celui qui requiert les mesures provisionnelles, par le fait que, sans celles-ci, il serait lésé dans sa position juridique de fond et, pour celui qui recourt contre le prononcé de telles mesures, par les conséquences matérielles qu'elles engendrent;

Qu'en matière de garde, la jurisprudence considère que des changements trop fréquents peuvent être préjudiciables à l'intérêt de l'enfant; que, par conséquent, lorsque la décision de mesures protectrices ou provisionnelles statue sur la garde ou modifie celle-ci de sorte que l'enfant devrait être séparé du parent qui prenait régulièrement soin de lui au moment de l'ouverture de la procédure ayant donné lieu à la décision attaquée, le bien de l'enfant commande alors, dans la règle, de maintenir les choses en l'état et de laisser celui-ci auprès de la personne qui lui sert actuellement de référence; que la requête d'effet suspensif du parent qui entend conserver la garde doit ainsi être admise, sauf si le maintien de la situation antérieure met en péril le bien de l'enfant ou encore si l'appel paraît sur ce point d'emblée irrecevable ou manifestement infondé (ATF 144 III 469 consid. 4.2.1; 138 III 565 consid. 4.3.2; arrêt du Tribunal fédéral 5A_223/2022 du 29 août 2022 consid. 3.1.1);

Qu'en l'espèce, il ressort de l'ordonnance attaquée que le conflit entre les parents est aigu et qu'il a des répercussions importantes sur les enfants; qu'à ce stade, il sera relevé que le Tribunal a rappelé que le SEASP a rendu un rapport d'évaluation sociale le 9 mai 2022, dans lequel il préconise notamment d'ordonner une expertise familiale, d'attribuer la garde des enfants à B_____ et de réserver un droit de visite en faveur de A_____; que dans son analyse, le SEASP a toutefois souligné, entre autres, les compétences éducatives des deux parents, mais également des aspects problématiques présentés par chacun d'eux et que concernant l'intérêt des enfants, il a reconnu qu'au vu des dysfonctionnements parentaux, il était impossible de déterminer quel dispositif de répartition de la prise en charge serait le plus enclin à répondre à l'intérêt des enfants; que le SEASP a enfin indiqué que selon le curateur auprès du SPMi, la question d'une emprise de la mère sur les enfants se posait et que c'était essentiellement pour cette raison que ce Service avait, en octobre 2021, préconisé un retrait de garde et un placement des enfants chez leur père;

Qu'il ne peut être retenu à ce stade que les enfants, en particulier C_____, seraient mieux préservés du conflit parental si sa garde était immédiatement confiée à sa mère en exécution du jugement attaqué, étant relevé qu'un large droit de visite a été réservé à l'appelant; qu'il pourrait être contraire à leurs intérêts, en raison du signal contradictoire qui serait donné et des attentes déçues que cela pourrait engendrer, de confier leur garde à leur mère durant la procédure d'appel alors que ce système pourrait ne pas être maintenu dans l'hypothèse où l'appel était admis sur ce point, celui-ci n'étant, *prima facie*, pas d'emblée manifestement dépourvu de chance de succès;

Que la procédure d'appel, soumise à la procédure sommaire, devrait être relativement brève;

Que dans ces circonstances, et dans la mesure où le SEASP relève qu'aucune solution n'est idéale, il convient de s'en tenir au principe général selon lequel il convient d'éviter les changements dans le système de garde des enfants et, par conséquent, d'octroyer l'effet suspensif requis à cet égard;

Que cela étant, les parents sont instamment invités à mettre leur conflit personnel de côté durant la procédure d'appel afin d'en préserver les enfants et de prendre les décisions les concernant dans l'intérêt exclusif de ceux-ci, ce qui relève de leur devoir et de leur responsabilité élémentaires en tant que parents;

Que l'effet suspensif octroyé s'étend également à la question des contributions d'entretien, qui ont été adaptées en raison de l'attribution de la garde des enfants à l'intimée;

Que le caractère exécutoire des chiffres 1, 2, 3 et 10 du dispositif de l'ordonnance attaquée qui font l'objet de l'appel sera donc suspendu;

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 requête de suspension du caractère exécutoire de l'ordonnance entreprise :

Admet la requête formée par A_____ tendant à suspendre le caractère exécutoire des chiffres 1, 2, 3 et 10 du dispositif de l'ordonnance OTPI/437/2022 rendue le 20 septembre 2022 par le Tribunal de première instance dans la cause C/7228/2021-17.

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

Siégeant :

Monsieur Laurent RIEBEN, président; Madame Gladys REICHENBACH, greffière.

Le président :	La greffière :
Laurent RIEBEN	Gladys REICHENBACH

Indication des voies de recours :

La présente décision, incidente et de nature provisionnelle (ATF 137 III 475 consid. 1 et 2), est susceptible d'un recours en matière civile (art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005; LTF – RS 173.110), les griefs pouvant être invoqués étant toutefois limités (art. 93/98 LTF), respectivement d'un recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF). Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de la décision attaquée.

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