



5A_391/2023

Arrêt du 7 août 2023

Ile Cour de droit civil

Composition

MM. les Juges fédéraux Herrmann, Président,
von Werdt et Schöbi.
Greffière : Mme Bouchat.

Participants à la procédure

A. _____,
représenté par Me Razi Abderrahim, avocat,
recourant,

contre

B. _____,
représentée par Me Mélanie Mathys Donzé, avocate,
intimée.

Objet

mesures protectrices de l'union conjugale (mesures
provisionnelles, droit d'être entendu, garde, droit de
déterminer le lieu de résidence, placement),

recours contre l'arrêt de la Chambre civile de la Cour
de justice du canton de Genève du 9 mai 2023
(C/22470/2022, ACJC/596/2023).

Faits :

A.

B._____, née en 1983, et A._____, né en 1974, se sont mariés en 1998.

Trois enfants sont issus de cette union, à savoir C._____ et D._____, nés en 2013, et E._____, née en 2015.

B.

B.a Par ordonnance du 6 février 2023, le Tribunal de première instance du canton de Genève, statuant sur mesures provisionnelles dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale, a attribué au père la garde de fait des trois enfants précités (1), réservé à la mère un droit de visite sur les enfants s'exerçant au Point Rencontre, selon modalités précisées (2), instauré une curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles aux fins d'organiser, mettre en œuvre et surveiller le droit de visite fixé en application du chiffre 2 précité (3), transmis ladite ordonnance au Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant afin qu'il procède à la désignation de la personne chargée de la curatelle ordonnée sous chiffre 3 ci-dessus (4), mis les frais de curatelle à la charge du père (5), attribué au père la jouissance exclusive du domicile conjugal et du mobilier le garnissant (6), fait interdiction à la mère d'approcher à moins de 200 mètres de l'appartement précité, du lieu de travail du père, de l'école des enfants et du lieu où ceux-ci exercent leurs activités sportives ou récréatives (7), fait interdiction à la mère, d'approcher à moins de 200 mètres du père (8), fait en substance interdiction à la mère de prendre contact avec le père par quelque moyen que ce soit (9), fait en substance interdiction à la mère, exception faite du droit de visite à elle réservé sur ses enfants, de prendre contact avec ceux-ci par quelque moyen que ce soit (10), prononcé les chiffres 7 à 10 de l'ordonnance sous la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP (11), dit qu'il serait statué sur les frais avec la décision sur mesures protectrices de l'union conjugale (12) et débouté les parties de toutes autres conclusions (13).

Le 17 février 2023, la mère a interjeté appel auprès de la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève, en concluant à l'annulation des chiffres 1, 2, 6 à 11 et 13 du dispositif de l'ordonnance précitée et à sa réforme en ce sens notamment que la garde sur les trois enfants lui est attribuée.

Le 30 mars 2023, les parties ont été informées de ce que la cause était gardée à juger.

B.b Le 4 avril 2023, le Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (ci-après : le SEASP) a rendu son rapport d'évaluation au Tribunal de première instance.

Le 6 avril 2023, la mère, se fondant sur ledit rapport, a requis de ce tribunal le prononcé de nouvelles mesures provisionnelles, en prenant les mêmes conclusions que celles figurant dans son appel.

Par ordonnance du 17 avril 2023, le Tribunal de première instance a notamment ouvert une instruction exclusivement orale sur la requête déposée par la mère (1), confirmé la convocation des parties à l'audience du 14 juin 2023 (2), et transmis, sans autres précisions, la copie de ladite requête, de l'onglet de pièces sous bordereau et du rapport du SEASP du 4 avril 2023 (3).

B.c Le 21 avril 2023, la mère a transmis à la cour cantonale une copie dudit rapport, en relevant que celui-ci signalait une mise en danger des enfants et soulignant la nécessité de rendre en urgence une nouvelle décision dans l'intérêt des enfants. Il en ressort notamment qu'elle adhérait aux conclusions du SEASP.

Par courrier recommandé du 24 avril 2023, l'autorité précédente a transmis au recourant une copie du courrier et des pièces précités, dont le rapport du SEASP du 4 avril 2023.

Par arrêt du 9 mai 2023, l'autorité cantonale a notamment annulé les chiffres 1 à 11 de l'ordonnance du 6 février 2023 et, statuant à nouveau, a autorisé les époux à se constituer des domiciles séparés, retiré aux parents le " *droit de garde* " sur leurs trois enfants, ainsi que le droit de déterminer leur lieu de résidence, ordonné le placement des trois enfants auprès de la mère, réservé au père un droit de visite, lequel s'exercerait le samedi à quinzaine, à raison d'une demi-journée, par le biais du Point Rencontre, attribué à la mère la jouissance exclusive du domicile conjugal et du mobilier le garnissant, ordonné l'évacuation du père dudit domicile dans un délai de 15 jours dès la notification de l'arrêt, ordonné un suivi psychologique des enfants, institué une curatelle d'assistance éducative et une curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles, ordonné la représentation

des trois enfants dans le cadre de la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, désigné à cet effet Me F._____, avocate, et débouté les parties de toutes autres conclusions.

C.

Par acte du 18 mai 2023, A._____ a interjeté un recours en matière civile contre l'arrêt précité, en concluant à son annulation (4), à la suppression ou au retrait du rapport du SEASP du 4 avril 2023 (5) et à la réforme dudit arrêt en ce sens que les époux sont autorisés à se constituer des domiciles séparés (6), le " *droit de garde* " sur les trois enfants, ainsi que le droit de déterminer leur lieu de résidence est retiré à la mère et attribué au père (7 et 8), le placement des trois enfants auprès du père est ordonné (9), un droit de visite est réservé à la mère (10), la jouissance exclusive du domicile conjugal et du mobilier le garnissant est attribuée au père (11), l'évacuation de la mère dudit domicile conjugal, dans un délai de 5 jours, dès la notification de l'arrêt cantonal est ordonnée (12), le père, en tant que de besoin, est autorisé à requérir le concours de la force publique pour obtenir l'évacuation (13), un suivi psychologique des enfants est ordonné (14), une curatelle d'assistance éducative et une curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles sont instituées en faveur des trois enfants (15), les frais de ces curatelles sont mis à la charge de la mère (16), et les parties sont déboutées de toutes autres conclusions (17). Subsidièrement, le père a conclu au renvoi de la cause à l'autorité cantonale afin qu'elle statue dans le sens des considérants (18). Il a également requis l'attribution de l'effet suspensif au recours, en ce sens que le " *droit de garde* " sur les enfants et le droit de déterminer leur lieu de résidence lui sont attribués à titre de mesures provisionnelles au sens de l'art. 104 LTF, ainsi que l'octroi de l'assistance judiciaire.

Le 9 juin 2023, l'intimée a conclu au rejet des requêtes d'effet suspensif et d'assistance judiciaire.

Par ordonnance du 14 juin 2023, le Président de la Cour de céans a rejeté la requête d'effet suspensif déposée par le recourant.

Par réponse du 11 juillet 2023, l'autorité cantonale a déclaré se référer aux considérants de son arrêt du 9 mai 2023.

Par réponse du 20 juillet 2023, l'intimée a en substance conclu à l'irrecevabilité et subsidiairement au rejet du recours et, à titre de mesure d'instruction, à l'interpellation de la curatrice de représentation des

enfants afin qu'elle se détermine sur le recours. Elle a également requis une nouvelle fois l'assistance judiciaire pour la procédure fédérale.

Considérant en droit :

1.

Déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) par une partie qui a qualité pour recourir (art. 76 al. 1 let. a et b LTF), le recours est dirigé contre une décision de mesures provisionnelles rendue dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale. Contrairement à l'avis du recourant, une telle décision n'est pas finale (art. 90 LTF), mais incidente (art. 93 al. 1 LTF); elle n'est ainsi sujette à un recours immédiat que si elle peut causer un préjudice irréparable selon l'art. 93 al. 1 let. a LTF (arrêts 5A_938/2022 du 9 décembre 2022 consid. 2; 5A_536/2020 du 23 novembre 2020 consid. 2.1; 5A_541/2019 du 8 mai 2020 consid. 1 et les références). Tel est le cas en l'espèce, dès lors que l'arrêt attaqué restreint les prérogatives parentales du recourant (cf. ATF 137 III 475 consid. 1 et les références). Celui-ci ayant au surplus été rendu sur recours par une autorité supérieure statuant en dernière instance cantonale (art. 75 al. 1 et 2 LTF), dans une affaire civile (art. 72 al. 1 LTF; ATF 133 III 393 consid. 2) de nature non pécuniaire, le recours est en principe recevable.

2.

2.1 Comme la décision attaquée porte sur des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF (ATF 133 III 393 précité consid. 5; arrêt 5A_771/2022 du 5 avril 2023 consid. 2.1), la partie recourante ne peut dénoncer que la violation de droits constitutionnels. Le Tribunal fédéral n'examine de tels griefs que s'ils ont été invoqués et motivés par le recourant (" principe d'allégation "; art. 106 al. 2 LTF), c'est-à-dire s'ils ont été expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée (ATF 146 IV 114 consid. 2.1; 144 II 313 consid. 5.1). En particulier, une décision ne peut être qualifiée d'arbitraire (art. 9 Cst.) que si elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté, ou heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité; il ne suffit pas qu'une autre solution paraisse concevable, voire préférable; pour que cette décision soit annulée, encore faut-il qu'elle se révèle arbitraire non seulement dans ses motifs, mais aussi dans son résultat (ATF 148 III 95 consid. 4.1; 147 I 241 consid. 6.2.1).

2.2 Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Dans l'hypothèse d'un recours soumis à l'art. 98 LTF, le recourant qui entend invoquer que les faits ont été établis de manière manifestement inexacte ne peut obtenir la rectification ou le complètement des constatations de fait de l'arrêt cantonal que s'il démontre la violation de droits constitutionnels, conformément au principe d'allégation susmentionné (cf. *supra* consid. 2.1), étant rappelé qu'en matière d'appréciation des preuves et d'établissement des faits, il y a arbitraire lorsque l'autorité ne prend pas en compte, sans aucune raison sérieuse, un élément de preuve propre à modifier la décision, lorsqu'elle se trompe manifestement sur son sens et sa portée, ou encore lorsque, en se fondant sur les éléments recueillis, elle en tire des constatations insoutenables (ATF 147 V 35 consid. 4.2; 143 IV 500 consid. 1.1 et la référence). Le recourant ne peut pas se borner à contredire les constatations litigieuses par ses propres allégations ou par l'exposé de sa propre appréciation des preuves; il doit indiquer de façon précise en quoi ces constatations sont arbitraires au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 133 II 249 consid. 1.4.3). Une critique des faits qui ne satisfait pas à cette exigence est irrecevable (ATF 147 IV 73 consid. 4.1.2 et les références; 145 IV 154 consid. 1.1).

3.

Aucun fait nouveau ni preuve nouvelle ne peut être présenté devant le Tribunal fédéral à moins de résulter de la décision de l'autorité précédente (art. 99 al. 1 LTF). Le procès-verbal du 14 juin 2023 produit par l'intimée constitue une pièce nouvelle qui doit ainsi être écartée.

4.

Invoquant l'art. 29 al. 2 Cst., le recourant dénonce, dans un premier moyen, la violation de son droit d'être entendu. Il reproche notamment à l'autorité cantonale de ne pas lui avoir formellement imparti un délai pour se déterminer sur le rapport du SEASP du 4 avril 2023 avant de statuer.

4.1 Conformément à l'art. 29 al. 2 Cst., les parties ont le droit d'être entendues. Compris comme l'un des aspects de la notion générale de procès équitable, le droit d'être entendu comprend en particulier le droit, pour une partie à un procès, de prendre connaissance de toute argumentation présentée au tribunal et de se déterminer à son propos, que celle-ci contienne ou non de nouveaux éléments de fait ou de droit, et qu'elle soit ou non concrètement susceptible d'influer sur le jugement à rendre. Il appartient en effet aux parties, et non au juge, de décider si une prise de position ou une pièce nouvellement versée au

dossier contient des éléments déterminants qui appellent des observations de leur part. Toute prise de position ou pièce nouvelle versée au dossier doit dès lors être communiquée aux parties pour leur permettre de décider si elles veulent ou non faire usage de leur faculté de se déterminer (ATF 146 III 97 consid. 3.4.1; 142 III 48 consid. 4.1.1; 139 I 189 consid. 3.2; 138 I 484 consid. 2.1). Le droit de répliquer n'impose pas à l'autorité judiciaire l'obligation de fixer un délai à la partie pour déposer d'éventuelles observations. Elle doit seulement lui laisser un laps de temps suffisant, entre la remise des documents et le prononcé de sa décision, pour qu'elle ait la possibilité de déposer des observations si elle l'estime nécessaire (ATF 146 III 97 précité consid. 3.4.1; 142 III 48 précité consid. 4.1.1; 138 I 484 précité consid. 2.4). Bien que l'art. 29 al. 2 Cst. n'ait pas la même portée que dans la procédure au fond, elle trouve application dans le cadre d'une procédure concernant des mesures provisionnelles; en matière de mesures urgentes, il faut cependant que la garantie procédurale soit compatible avec la nature et le but de la procédure provisoire (ATF 139 I 189 précité consid. 3.1 et 3.3 et les références).

En principe, la violation du droit d'être entendu entraîne l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond. Toutefois, le droit d'être entendu n'est pas une fin en soi; il doit permettre d'éviter qu'une procédure judiciaire ne débouche sur un jugement vicié en raison de la violation du droit des parties de participer à la procédure, notamment à l'administration des preuves. Lorsqu'on ne voit pas quelle influence la violation du droit d'être entendu a pu avoir sur la procédure, il n'y a pas lieu d'annuler la décision attaquée (ATF 143 IV 380 consid. 1.4.1). Partant l'admission de la violation du droit d'être entendu suppose que, dans sa motivation, le recourant expose quels arguments il aurait fait valoir dans la procédure cantonale et en quoi ceux-ci auraient été pertinents. A défaut, le renvoi de la cause au juge précédent, en raison de la seule violation du droit d'être entendu, risquerait de conduire à une vaine formalité et à prolonger inutilement la procédure (arrêts 5A_679/2022 du 25 avril 2023 consid. 4.1.2; 5A_647/2022 du 27 mars 2023 consid. 3.3.1).

Le Tribunal fédéral peut exceptionnellement réparer une violation du droit d'être entendu s'il dispose d'un libre pouvoir de cognition, autrement dit, lorsque seules des questions de droit fédéral demeurent litigieuses et qu'il n'en résulte aucun préjudice pour le justiciable (ATF 146 III 97 précité consid. 3.5.2; 142 III 48 précité consid. 4.3).

4.2 Le recourant soutient que l'autorité cantonale aurait gravement violé son droit d'être entendu. Il expose à cet effet que dans la mesure où le rapport du SEASP du 4 avril 2023 lui a été adressé par courrier du 24 avril 2023, l'autorité précédente aurait dû ouvrir une nouvelle instruction autorisant les parties à s'exprimer sur les conclusions dudit rapport avant de statuer par arrêt du 9 mai 2023. Selon lui, ledit rapport contiendrait des éléments purement subjectifs et aux antipodes de ce qu'a constaté le Tribunal de première instance dans son ordonnance du 6 février 2023. Il ne tiendrait en outre pas compte de diverses pièces déposées en appel, telles que des vidéos où l'on verrait, sur l'une d'entre elles, l'intimée le frapper. Ainsi, compte tenu de la gravité des faits contenus dans le rapport litigieux et de ses conclusions, lesquelles seraient diamétralement opposées à l'ordonnance du 6 février 2023, un délai raisonnable aurait dû lui être imparti, étant encore précisé que les circonstances, à savoir l'urgence de la situation, ne saurait justifier le contraire.

De son côté, l'intimée fait valoir d'une part que le recourant aurait obtenu un entretien avec les intervenants du SEASP le 12 janvier 2023 à l'occasion duquel il aurait pu s'exprimer librement et d'autre part que son opposition aux recommandations dudit service figurerait déjà à la fin du rapport. Elle ajoute que s'agissant d'une procédure sommaire de mesures provisionnelles, l'autorité cantonale n'était pas dans l'obligation d'octroyer un délai au recourant afin qu'il se détermine sur un rapport contenant déjà ses déterminations.

4.3 En l'espèce, à l'instar de ce que soutient le recourant, l'autorité cantonale ne pouvait pas se contenter de transmettre à l'intéressé le rapport litigieux pour information le 24 avril 2023. Dans la mesure où elle avait gardé la cause à juger le 30 mars 2023 déjà et que la phase de délibérations était censée avoir débuté (arrêt 5A_389/2022 du 29 novembre 2022 consid. 4.1), il lui incombait, si elle entendait tenir compte du rapport précité, de réouvrir l'instruction et de lui impartir un délai pour se déterminer (cf. arrêt 5D_41/2016 du 21 juillet 2017 consid. 2.3 qui concerne un cas où l'échange d'écritures était terminé). Cela se justifie d'autant plus que ladite pièce contenait des éléments décisifs sur lesquels l'autorité cantonale s'est fondée pour infirmer en grande partie la décision du 6 février 2023 et ordonner le placement des enfants; le fait que le rapport fasse mention de son opposition aux conclusions du SEASP ne saurait être déterminant. La seule transmission pour information de la pièce n'était ainsi pas suffisante dans ces circonstances particulières. La procédure suivie par l'autorité précédente a donc privé le recourant – dont les moyens soulevés

apparaissent, contrairement à ce que soutient l'intimée, susceptibles d'influencer l'issue du litige – de la faculté d'exercer son droit de réplique avant qu'une décision ne soit rendue à son détriment.

La Cour de céans ne peut au demeurant pas valablement réparer la violation du droit d'être entendu du recourant, le rapport d'évaluation portant sur des questions de fait à l'égard desquelles le Tribunal fédéral ne dispose pas d'un libre pouvoir de cognition. Ces considérations scellent le sort du recours sans qu'il n'y ait lieu d'examiner les autres griefs soulevés par les parties ni demander des déterminations à la curatrice, comme le requiert l'intimée.

5.

En conclusion, le recours, bien fondé, doit être admis, l'arrêt attaqué annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision (art. 107 al. 2 LTF). Il lui appartiendra aussi de statuer à nouveau sur les frais judiciaires et dépens de la procédure cantonale (art. 68 al. 5 LTF).

Les frais judiciaires de la procédure fédérale, arrêtés à 2'000 fr., seront mis à la charge de l'intimée qui, bien qu'elle ne soit pas responsable du vice de procédure, a conclu au rejet du recours (art. 66 al. 1 LTF). Elle versera en outre des dépens au recourant d'un montant de 1'500 fr. (art. 68 al. 1 et 2 LTF). Le recourant devra également verser des dépens à l'intimée d'un montant de 400 fr. – celle-ci ayant obtenu gain de cause sur la question de l'effet suspensif – qui seront en partie compensés.

Les deux parties sollicitent le bénéfice de l'assistance judiciaire. Puisque le recourant ne supporte pas les frais judiciaires, sa demande est sans objet sur ce point (arrêts 5A_842/2020 du 14 octobre 2021 consid. 9 et les références; 5A_549/2020 du 19 mai 2021 consid. 4 et les références). En tant qu'elle concerne la désignation d'un avocat d'office et l'indemnisation de celui-ci, elle doit être rejetée, l'intéressé, qui se contente de renvoyer au dossier, n'ayant nullement établi son indigence comme il le lui incombait (art. 64 al. 1 LTF). Il en va de même de l'intimée qui se borne à alléguer dans sa réponse ne pas exercer d'activité lucrative et être intégralement prise en charge par l'Hospice général, étant rappelé que le fait d'avoir obtenu l'assistance judiciaire devant l'autorité précédente n'est nullement décisif (ATF 122 III 392 consid. 3a; 5A_119/2017 du 30 août 2017 consid. 11).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est admis. L'arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève du 9 mai 2023 est annulé et la cause est renvoyée à cette autorité afin qu'elle procède au sens des considérants.

2.

La requête d'assistance judiciaire du recourant est rejetée, dans la mesure où elle n'est pas sans objet.

3.

La requête d'assistance judiciaire de l'intimée est rejetée.

4.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge de l'intimée.

5.

L'intimée doit verser au recourant une indemnité de 1'100 fr. à titre de dépens pour la procédure fédérale.

6.

Le présent arrêt est communiqué aux parties, à la curatrice, et à la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève.

Lausanne, le 7 août 2023

Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

Le Président :

La Greffière :

Herrmann

Bouchat