



POUVOIR JUDICIAIRE

C/10804/2019

ACJC/1487/2021

ORDONNANCE D'INSTRUCTION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU MARDI 16 NOVEMBRE 2021

Entre

Madame A_____, domiciliée _____, appelante d'un jugement rendu par la 16ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 8 septembre 2020, comparant par Me Stéphane REY, avocat, rue Michel-Chauvet 3, case postale 477, 1211 Genève 12, en l'Étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié _____, intimé, comparant par Me Laurent LEHNER, avocat, Altenburger LTD legal + tax, rue Rodolphe-Toepffer 11bis, 1206 Genève, en l'Étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 22 novembre 2021

Vu la procédure;

Vu, **EN FAIT**, le jugement JTPI/10716 rendu le 8 septembre 2020 par le Tribunal de première instance statuant sur mesures protectrices de l'union conjugale et, s'agissant des points toujours litigieux en appel, attribuant la garde de l'enfant des parties, C_____, à B_____ (chiffre 3 du dispositif), réservant à A_____ un droit de visite sur l'enfant s'exerçant, sauf accord contraire des parties, à raison de trois week-ends par mois, du vendredi 18h au dimanche 18h, chaque semaine du mardi 18h au mercredi 18h, ainsi que la moitié des vacances scolaires, à raison d'un mois avec chacun des parents durant les vacances d'été (ch. 4), fixant l'entretien convenable de l'enfant à 1'451 fr. 70 par mois (ch. 8) et condamnant A_____ à verser à B_____, par mois et d'avance, allocations familiales ou d'études non comprises, la somme de 1'150 fr. à titre de contribution à l'entretien de C_____ (ch. 9);

Vu l'appel de A_____ déposé le 22 septembre 2020 contre les chiffres 3, 4, 8, 9 et 18 du dispositif dudit jugement, concluant à leur annulation et à ce que la garde de l'enfant lui soit attribuée, qu'un droit de visite d'un week-end sur deux du vendredi 16 h au mardi 8h, ainsi que de la moitié des vacances scolaires soit réservé à B_____, que l'entretien convenable de l'enfant soit fixé à 1'174 fr. 15 par mois – allocations familiales déduites et sans contribution de prise en charge – et que B_____ soit condamné à lui verser 1'200 fr. par mois à titre de contribution à l'entretien de C_____;

Vu la décision de la Cour sur requête d'effet suspensif du 28 septembre 2020, l'admettant s'agissant des chiffres 3 et 4 du dispositif du jugement et la rejetant pour le surplus;

Vu la réponse à l'appel du 5 octobre 2020 concluant à la confirmation du jugement entrepris;

Vu la réplique du 16 octobre 2020, la duplique du 2 novembre 2020 et les pièces produites;

Attendu que lors de l'audience du 9 juin 2021 la Cour a procédé à l'audition du collaborateur de Service de protection des mineurs chargé d'aider les parties à organiser le droit de visite sur l'enfant (appui éducatif sans mandat judiciaire);

Qu'elle a entériné un accord des parties sur la prise en charge de C_____ durant l'été;

Qu'à l'issue de l'audience les parties ont renoncé à leur propre audition et requis des plaidoiries orales;

Que le 17 juin 2021, l'intimé a requis l'administration de deux preuves nouvelles, soit :

- l'audition de la Dre D_____, pédopsychiatre de C_____, dès lors qu'il s'agissait de la personne qui entretenait le lien le plus ténu avec l'enfant, dont les déclarations pourraient se révéler essentielles pour décider selon des critères objectifs à quel parent attribuer la garde;
- la production d'un rapport à venir de l'Office médico-pédagogique auquel avait été confiée une évaluation psychologique de l'enfant;

Que par courrier du 15 juillet 2021, l'intimé a communiqué à la Cour le rapport établi par l'Office médico-pédagogique le 15 juin 2021 dont la "discussion finale" a la teneur suivante :

C_____ est une fille de 7,10 ans avec de bonnes compétences scolaires et sociales. Le conflit parental semble être au cœur du mal être psychique de C_____, celui-ci étant cristallisé autour d'elle. Il semble que C_____ soit dans le contrôle de ce qu'elle dit ou fait lors de l'évaluation par peur des conséquences que cela pourrait avoir sur ses parents. Elle semble avoir conscience de ce pouvoir qu'elle a et qui la déstabilise. Il semble nécessaire pour C_____ de garder l'espace thérapeutique dont elle bénéficie actuellement avec la Dre D_____. Il est important qu'elle puisse investir un espace neutre où elle peut déposer ses ressentis sans avoir le sentiment de nuire à la relation avec chacun de ses parents. Pour cela, il est important que C_____ ressente la confiance des parents vis-à-vis du thérapeute de l'enfant en communiquant plus régulièrement avec ce dernier.

Que par courrier du 3 novembre 2021, l'intimé a persisté dans sa réquisition d'audition de la Dre D_____, demandant que celle-ci soit cas échéant organisée à l'audience de plaidoiries;

Que la Cour a convoqué les parties à une audience de plaidoiries sur réquisition de preuve et sur le fond le 22 novembre 2021;

Que l'intimé a sollicité son report en raison d'un conflit d'audience de son conseil;

Considérant, **EN DROIT**, qu'en application de l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuve 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);

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. Que les parties peuvent dès lors 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 le juge rend une ordonnance par laquelle il organise l'administration des preuves, fixe les moyens de preuve admis ou rejetés et peut être modifiée en tout temps (art. 154 CPC);

Que les parties ont droit à ce que le juge administre les moyens de preuve adéquats proposés régulièrement et en temps utile portant sur les faits pertinents et contestés (art. 150 al. 1 et 152 al. 2 CPC);

Que le juge administre les preuves d'office lorsque les faits doivent être établis d'office (art. 153 al. 1 CPC), ce qui est le cas en matière de droits parentaux et d'entretien des enfants (art. 296 al. 1 CPC);

Que le juge établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées (art. 157 CPC);

Que la libre appréciation des preuves autorise le juge à apprécier celles-ci de manière anticipée, ce qui signifie qu'il peut refuser d'administrer certaines preuves offertes par les parties parce qu'il a formé sa conviction sur la base des preuves déjà recueillies ou juge la preuve requise inadéquate pour prouver le fait à établir. Que bien que l'appréciation anticipée des preuves restreigne les droits des parties, elle ne viole ni le droit à la preuve – et permet au contraire de corriger l'exercice immodéré du droit à la preuve –, ni le droit d'être entendu, ni l'art. 8 CC qui régit les conséquences d'une absence de preuve. Que l'appréciation anticipée des preuves est possible, indépendamment de la maxime applicable au procès (cf. sur cette problématique CHABLOZ/COPT, Commentaire Romand, CPC, 2019, n° 28 à 36 ad art. 157 CPC et les références citées);

Qu'en l'espèce, l'intimé a requis l'audition de la Dre D_____, psychothérapeute de C_____, dans le but de récolter des éléments permettant de statuer sur l'octroi de la garde de l'enfant;

Que le moyen de preuve requis est inadéquat car les déclarations de ce témoin – à supposer qu'il soit valablement délié du secret médical et accepte de témoigner – ne pourraient avoir qu'une portée relative vu le lien thérapeutique avec sa patiente;

Que tant le rapport du Service médico-pédagogique cité ci-dessus que l'ancienne thérapeute de l'enfant, dont les propos ont été transcrits dans le rapport du Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale du 21 janvier 2020,

insistent sur la nécessité de tenir l'espace thérapeutique de l'enfant à l'écart du conflit parental;

Que le témoignage offert en preuve ne permettra donc pas d'atteindre le but visé par l'intimé et serait susceptible d'être nuisible à l'enfant;

Que par ailleurs, des moyens de preuve concluants ont déjà été administrés, à savoir la production de deux rapports du Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale ainsi que l'audition d'un intervenant du Service de la protection des mineurs intervenant en appui éducatif, services dont les fonctions sont justement d'évaluer les capacités parentales des parties et d'intervenir dans le cadre d'un litige du droit de la famille (cf. ACJC/1431/2020 du 6 octobre 2020 consid. 2.2, ACJC/1311/2017 du 11 octobre 2017 consid. 3.1.2, ACJC/993/2017 du 10 août 2017 consid. 5.1, ACJC/372/2017 du 28 mars 2017 consid. 5.1);

Que la présente procédure porte de surcroît sur des mesures protectrices de l'union conjugale, instruites en la forme sommaire, ce qui implique une administration réduite des preuves et un établissement des faits limité à la vraisemblance (art. 271 CPC; parmi d'autres ATF 138 III 636 consid. 4.3.2; 130 III 321 consid. 5; 127 III 474 consid. 2b/bb = JdT 2002 I 352; arrêt du Tribunal fédéral 5_A/812/2015 du 6 septembre 2016 consid. 5.2);

Que l'audition de la Dre D_____ sera par conséquent écartée;

Que le rapport de l'Office médico-pédagogique dont l'intimé souhaitait la production a été déposé, de sorte que cette réquisition de preuve est devenue sans objet.

* * * * *

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

Statuant sur réquisition de preuve :

Constate que la réquisition de preuve formulée le 17 juin 2021 par B_____ est devenue sans objet s'agissant de la production d'un rapport de l'Office médico-pédagogique.

La rejette en tant qu'elle porte sur l'audition de la Dre D_____.

Ajourne les débats à une audience de plaidoirie convoquée le 14 décembre 2021 à 16h00 en salle B1.

Siégeant :

Monsieur Ivo BUETTI, président; Madame Sylvie DROIN, Monsieur Jean REYMOND, juges; Madame Jessica ATHMOUNI, greffière.

Indication des voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 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 l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.

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.