

Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
5A\_76/2007 /svc

Arrêt du 30 mai 2007  
Ile Cour de droit civil

Composition  
M. et Mmes les Juges Raselli, Président, Nordmann et Hohl.  
Greffier: M. Fellay.

Parties  
A. \_\_\_\_\_,  
recourante, représentée par Me Dario Nikolic, avocat,

contre

B. \_\_\_\_\_,  
intimé, représenté par Me Patrice Riondel, avocat.

Objet  
refus de mesures préprovisoires,

recours en matière civile contre l'ordonnance  
du Tribunal de première instance du canton  
de Genève du 5 février 2007.

Faits :

A.  
B. \_\_\_\_\_ et A. \_\_\_\_\_ se sont mariés au Kosovo en 2005 (6 janvier selon l'ordonnance  
attaquée, 6 décembre selon les pièces déposées par l'intimé). Une enfant est issue de cette union,  
C. \_\_\_\_\_, née en 2006.

Le 8 décembre 2006, l'épouse a déposé auprès du Tribunal de première instance du canton de  
Genève une requête de mesures protectrices de l'union conjugale et a sollicité le prononcé de  
mesures préprovisoires urgentes. A l'audience du 8 janvier 2007, le mari a indiqué avoir engagé une  
procédure en divorce au Kosovo, laquelle aurait abouti au prononcé d'un jugement de divorce devant  
lui être communiqué incessamment, et a documenté ses allégations par plusieurs pièces. L'épouse a  
été déboutée de ses conclusions sur mesures préprovisoires par ordonnance du 8 janvier 2007, pour  
le motif qu'une requête de mesures protectrices de l'union conjugale postérieure à l'ouverture d'une  
procédure en divorce n'était pas recevable.

B.  
Le 20 janvier 2007, l'épouse a sollicité à nouveau le prononcé de mesures préprovisoires urgentes,  
en reprenant ses conclusions originelles. A l'appui de sa requête, elle a produit une correspondance  
de l'Office cantonal de la population, à teneur de laquelle cette administration ne reconnaissait pas le  
jugement de divorce prononcé à Pristina, tant et aussi longtemps que l'exequatur de ce jugement  
n'avait pas été prononcé par l'autorité judiciaire genevoise.

Statuant le 5 février 2007, après avoir entendu l'épouse et son conseil, le Tribunal de première  
instance a rejeté la requête. Il a considéré que le document de l'Office cantonal de la population ne  
constituait pas un élément nouveau, que cette administration n'était pas l'autorité compétente pour  
prononcer l'exequatur d'un jugement, que pour le surplus, le prononcé de mesures protectrices de  
l'union conjugale postérieurement à l'ouverture d'une procédure en divorce n'était pas possible et que,  
a fortiori, il en allait de même pour les mesures préprovisoires sollicitées dans le cadre des mesures  
protectrices de l'union conjugale.

C.  
Par acte du 9 mars 2007, l'épouse a interjeté auprès du Tribunal fédéral un "recours en matière civile,  
subsidièrement recours constitutionnel subsidiaire". Elle conclut à l'annulation de l'ordonnance du  
Tribunal de première instance du 5 février 2007 et requiert diverses mesures préprovisoires urgentes  
(attribution de la garde sur l'enfant sous réserve d'un droit de visite, instauration d'une curatelle de

surveillance et d'organisation des relations personnelles, attribution de la jouissance du domicile conjugal, allocation de contributions d'entretien). La recourante demande, en outre, l'assistance judiciaire.

Le mari conclut à la confirmation de l'ordonnance attaquée.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.

La décision attaquée ayant été rendue après l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2007 (RO 2006 1242), de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110), le recours est régi par le nouveau droit (art. 132 al. 1 LTF).

2.

Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 132 I 140 consid. 1.1; 132 III 291 consid. 1).

2.1 Le recours est recevable contre les décisions finales, c'est-à-dire qui mettent fin à la procédure (art. 90 LTF).

Contrairement à la jurisprudence rendue sous l'empire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ), qui déniait la qualité de décisions finales selon l'art. 48 OJ aux décisions sur mesures protectrices de l'union conjugale prises en dernière instance cantonale (ATF 127 III 474 consid. 2 p. 476 ss), la jurisprudence relative à la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 qualifie désormais ces décisions de finales au sens de l'art. 90 LTF (arrêt 5A\_52/2007 du 22 mai 2007 destiné à la publication, consid. 4; cf. Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 p. 4129 ch. 4.1.4.1). Doit, à plus forte raison, être qualifiée de finale la décision qui, comme en l'espèce, rejette parce qu'irrecevable une requête de mesures protectrices de l'union conjugale préprovisoires urgentes et qui empêche donc définitivement le requérant d'obtenir une décision sur son droit à de telles mesures.

2.2 Interjeté par la partie qui a été déboutée de ses conclusions visant à obtenir des mesures protectrices de l'union conjugale, notamment la garde de son enfant, contre une décision finale rendue après une première audition des époux, soit en dernière instance cantonale (art. 381 al. 3 et 4 CPC/GE; cf. ATF 120 Ia 61 et arrêt 5P238/2003 du 17 novembre 2003), dans une affaire civile non pécuniaire (cf. arrêt 5A\_108/2007 du 11 mai 2007 consid. 1.2), le présent recours est recevable au regard des art. 72 al. 1, 75, 76 al. 1 et 90 LTF. Il a en outre été déposé en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et en la forme prévue par la loi (art. 42 LTF).

2.3 Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit fédéral, y compris le droit constitutionnel (art. 95 let. a LTF; Message du Conseil fédéral, FF 2001 p. 4132 ch. 4.1.4.2). Dans le cas du recours formé contre des mesures provisionnelles, seule peut être invoquée la violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF).

Les décisions cantonales qui ordonnent ou refusent des mesures protectrices de l'union conjugale ne revêtent en règle générale qu'un caractère provisoire. En effet, les mesures prévues aux art. 172 ss CC pour protéger l'union conjugale ne restent en vigueur qu'aussi longtemps que des circonstances extraordinaires exigent leur maintien: si les époux reprennent la vie commune, les mesures ordonnées en vue de la vie séparée deviennent caduques en vertu de la loi, à l'exception de la séparation de biens et des mesures de protection des enfants (art. 179 al. 2 CC). Si les circonstances se modifient, le tribunal peut, à la requête de l'un des époux, adapter ou rapporter les mesures, lorsqu'elles ont perdu leur raison d'être (art. 179 al. 1 CC). La plus grande facilité avec laquelle les mesures protectrices de l'union conjugale peuvent être modifiées, en comparaison avec les autres jugements au fond, est l'une des raisons pour lesquelles elles n'acquièrent pas la force de chose jugée matérielle (ATF 127 III 474 consid. 2b/aa p. 477 et les références). Alors qu'un jugement au fond revêtu de la pleine force de chose jugée présuppose une élucidation approfondie et complète de l'état de fait, les mesures protectrices de l'union conjugale se caractérisent par le fait qu'elles sont en règle générale ordonnées dans une procédure sommaire, où il suffit notamment de rendre les faits vraisemblables (même arrêt, consid. 2b/bb p. 478). Par ailleurs, depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce (1er janvier 2000), les mesures protectrices de l'union conjugale servent de plus en plus à régler les conséquences de la séparation nécessaire (4 ans à l'origine, 2 ans depuis le 1er juin 2004) pour un divorce selon l'art. 114 CC et ont, de ce point de vue, la même signification que les mesures provisionnelles ordonnées pour la durée de la procédure de divorce sur la base de l'art. 137 CC. Au demeurant, des mesures protectrices de l'union conjugale prises avant l'ouverture de l'action en divorce restent en vigueur tant qu'elles n'ont pas été modifiées par des mesures provisionnelles selon l'art. 137 al. 2 CC (ATF 129 III 60 consid. 2).

C'est pour ces raisons que la jurisprudence récente soumet à l'art. 98 LTF, par principe, également les décisions de mesures protectrices de l'union conjugale (arrêt 5A\_52/2007 déjà cité, consid. 5). Une exception à ce principe, telle qu'elle pourrait être envisagée par exemple en présence d'une décision du juge ordonnant la séparation de biens (art. 176 al. 1 ch. 3 CC) ou accordant une autorisation en vertu de l'art. 169 al. 2 CC (cf. ATF 127 III 474 consid. 2b/aa in fine; arrêt 5A\_52/2007 déjà cité, consid. 5.2), n'entre pas en ligne de compte dans le cas particulier.

Il s'ensuit que la recourante ne peut invoquer que la violation de ses droits constitutionnels (art. 98 LTF).

3.

La recourante fait valoir que l'ordonnance attaquée est arbitraire (art. 9 Cst.), consacre un déni de justice (art. 29A Cst. et art. 6 § 1 CEDH) et viole le droit à des conditions minimales d'existence (art. 12 Cst.) ainsi que le principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.)

3.1 Selon la jurisprudence, l'introduction d'une procédure de divorce à l'étranger ne rend pas caduques les mesures protectrices de l'union conjugale déjà prises en Suisse et le juge suisse ne cesse d'être compétent que si le juge étranger a ordonné des mesures provisionnelles et que celles-ci ont été déclarées exécutoires en Suisse (ATF 104 II 246). Cette jurisprudence, rendue en 1978 et confirmée en 1983 (arrêt P.147/1983 du 27 mai 1983, publié in Rep 1984 p. 272), continue à s'appliquer sous l'empire de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) entrée en vigueur le 1er janvier 1989 (cf. arrêt non publié 5P.226/2000 du 27 juillet 2000; Bernard Dutoit, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4ème éd., n. 4 ad art. 46 LDIP; Andreas Bucher, Droit international privé suisse, Tome II 1992, n. 414 et 538).

En l'espèce, l'intimé s'est prévalu, devant le juge genevois des mesures protectrices, d'un jugement de divorce prononcé au Kosovo, mais sans établir que ce jugement avait été reconnu et déclaré exécutoire en Suisse. Le juge genevois saisi était donc compétent pour statuer sur les mesures protectrices requises et il le reste tant que le jugement de divorce en question n'a pas été reconnu en Suisse selon la procédure des art. 25 ss LDIP ou qu'il devrait l'être en vertu d'une convention internationale (ATF 109 Ib 232 consid. 2b p. 237 s.). Les pièces invoquées et produites dans ce contexte par l'intimé sont irrecevables, parce que nouvelles, en vertu de l'art. 99 LTF.

3.2 Selon la jurisprudence rendue en application de l'art. 4 aCst., qui garde toute sa valeur sous l'empire de l'art. 29 al. 1 Cst., une autorité de jugement commet un déni de justice formel si elle refuse indûment de se prononcer sur une requête dont l'examen relève de sa compétence (ATF 125 III 440 consid. 2a; 118 Ib 381 consid. 2b/bb; 117 Ia 116 consid. 3a et les arrêts cités).

En refusant de rendre des mesures protectrices de l'union conjugale en l'occurrence, alors qu'il était compétent à cet effet (consid. 3.1 ci-dessus), le Tribunal de première instance a commis un déni de justice formel. La décision attaquée doit par conséquent être annulée et la cause renvoyée audit tribunal pour nouvelle instruction et nouveau jugement.

L'admission du recours pour ce motif rend superflu l'examen des autres griefs soulevés par la recourante.

4.

L'intimé, qui succombe, doit supporter les frais de justice (art. 66 al. 1 LTF) et verser à la recourante une indemnité à titre de dépens (art. 68 LTF).

Autant qu'elle n'est pas sans objet, la demande d'assistance judiciaire de la recourante doit être admise.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est admis, l'ordonnance attaquée est annulée et la cause est renvoyée au Tribunal de première instance du canton de Genève pour nouvelle instruction et nouveau jugement dans le sens des considérants.

2.

Autant qu'elle n'est pas sans objet, la demande d'assistance judiciaire est admise et Me Dario Nikolic est désigné comme avocat d'office de la recourante pour la procédure fédérale.

3.

Un émolument judiciaire de 1'500 fr. est mis à la charge de l'intimé.

4.

L'intimé versera à la recourante une indemnité de 1'500 fr. à titre de dépens. Au cas où ces dépens ne pourraient être recouverts, la Caisse du Tribunal fédéral versera à Me Dario Nikolic une indemnité

de 1'500 fr. à titre d'honoraires.

5.

Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties et au Tribunal de première instance du canton de Genève.

Lausanne, le 30 mai 2007

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

Le président: Le greffier: