

## **BGer 5A\_155/2010 vom 3. Juni 2010**

Bundesgericht, 2010-06-03, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_155\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_155_2010)

FR: TF 5A\_155/2010 du 3 juin 2010

IT: TF 5A\_155/2010 del 3 giugno 2010

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Le Tribunal fédéral examine d'office la recevabilité des recours qui lui sont soumis ( ATF 134 III 115 consid. 1 p. 117).

#### **E. 1.1**

La décision attaquée déclare irrecevable une requête de mesures provisionnelles urgentes. En substance, le Tribunal de première instance de Genève a considéré que l'épouse ne fournissait pas d'arguments suffisants pour renverser son opinion émise dans l'ordonnance de mesures protectrices urgentes du 12 octobre 2009, relative à l'absence de vraisemblance d'enlèvement dont elle prétend avoir été victime et, partant, à l'absence d'urgence. En outre, la compétence du tribunal pour connaître du divorce au regard de l' art. 59 LDIP - et donc celle pour connaître des mesures provisoires ( art. 62 al. 1 LDIP ) - est douteuse et l'applicabilité de l' art. 115 CC , à supposer que le droit suisse soit applicable, apparaît compromise. A ce constat s'ajoute que même s'il était compétent pour connaître du divorce, le tribunal ne le serait pas pour statuer sur la question du sort des enfants - le principe d'une résidence habituelle des enfants en Suisse avant le 19 octobre 2009 devant être nié, ceux-ci étant en Arabie Saoudite depuis le mois de juin 2009 ou, à tout le moins, depuis le 18 août 2009 -, seule question qui pourrait réellement être urgente dans la mesure où l'épouse parvient actuellement à subvenir à ses besoins élémentaires.

#### **E. 1.2**

En vertu de l' art. 75 al. 1 LTF , le recours en matière civile est recevable contre les décisions prises par les autorités cantonales de dernière instance; le "recourant doit donc avoir épuisé toutes les voies de droit cantonales pour les griefs qu'il entend invoquer devant le Tribunal fédéral" (Message du Conseil fédéral du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 p. 4109). Cette exigence vise aussi bien les décisions finales ( art. 90 LTF ) que les décisions préjudicielles ou incidentes ( art. 93 LTF ; cf. à cet égard, sur la question de la qualification des décisions de mesures préprovisionnelles, arrêt 5A\_678/2007 du 8 janvier 2008 consid. 2.1).

Selon la jurisprudence, la possibilité d'obtenir la modification ou la révocation d'une ordonnance de mesures préprovisionnelles constitue un moyen de droit cantonal qui doit être préalablement épuisé. Il en va de même lorsque le droit cantonal prescrit au juge de fixer l'audience pour entendre les parties et le charge de confirmer, modifier ou révoquer l'ordonnance de mesures préprovisionnelles (arrêt 5A\_678/2007 du 8 janvier 2008 consid. 3; arrêt 5A\_579/2009 du 17 septembre 2009; arrêt 5A\_625/2008 du 27 juillet 2009 consid. 3.2; cf. ATF 120 Ia 61 consid. 1a p. 62). Fait exception la décision de mesures préprovisionnelles rendue en matière de suspension de la poursuite, car si le juge a rejeté la requête d'extrême urgence et que la faillite du poursuivi est prononcée, aucune décision de

mesures provisionnelles ne pourra se substituer à celle refusant la suspension à titre préprovisoire (arrêt 5A\_712/2008 du 2 décembre 2008 consid. 1.2).

Dans un arrêt 5A\_76/2007 du 30 mai 2007 cité par la recourante à l'appui de la recevabilité de son recours, le Tribunal fédéral avait déclaré recevable le recours dirigé contre une décision refusant des mesures protectrices de l'union conjugale préprovisoire urgentes - pour le motif que la requête de mesures protectrices de l'union conjugale, déposée postérieurement à l'ouverture d'une procédure de divorce, n'était pas recevable -, car une telle décision empêche définitivement le requérant d'obtenir une décision sur son droit à de telles mesures (consid. 2.1). Cette considération avait toutefois trait au caractère final de la décision préprovisoire rendue. En outre, la situation visée par cet arrêt n'était pas la même qu'en l'espèce, l'autorité cantonale ayant en réalité d'ores et déjà statué sur la recevabilité des mesures protectrices de l'union conjugale dans sa décision sur les mesures préprovisionnelles d'urgence. Enfin, au vu de la jurisprudence plus récente du Tribunal fédéral, le requérant ne peut exiger une décision sur son droit à de telles mesures d'urgence, étant admis désormais que la possibilité d'obtenir la modification ou la révocation d'une ordonnance de mesures préprovisionnelles constitue un moyen de droit cantonal qui doit être préalablement épuisé.

### **E. 1.3**

L'ordonnance de mesures préprovisoire attaquée a été rendue conformément à l'art. 381 al. 1 LPC /GE et n'est pas susceptible d'un recours cantonal (art. 381 al. 3 LPC /GE). En vertu de l'art. 381 al. 4 LPC /GE, dès la première audition des époux, chacun d'eux peut requérir des mesures provisoires qui se substituent aux mesures préprovisoire. Le juge des mesures provisionnelles statuera sur les mesures provisoires requises, sans être lié d'aucune sorte par la décision préprovisoire. Mieux informé que le juge ayant statué, il pourra prendre d'autres dispositions sur les objets litigieux: dans ce cas, sa décision se substituera à celle rendue en urgence, laquelle n'aura dès lors plus d'existence. Ainsi, le jugement rendu en application de l'art. 382 LPC /GE remplace celui qui a été préalablement prononcé en application de l'art. 381 LPC /GE (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMID, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, vol. III, n° 9 ad art. 381 LPC /GE).

En l'espèce, le Tribunal de première instance de Genève a refusé les mesures requises en raison du défaut d'urgence. Il a certes relevé que sa compétence pour l'action en divorce (art. 59 LDIP) et les mesures provisoires (art. 62 al. 1 LDIP) paraissait douteuse, et qu'il ne serait pas compétent pour statuer sur le sort des enfants en raison de leur résidence habituelle en Arabie saoudite, mais cela n'empêche pas la recourante de requérir des mesures provisionnelles qui se substitueront à la décision attaquée, à la suite d'une nouvelle instruction.

Il s'ensuit que la décision attaquée n'a pas été rendue en dernière instance cantonale puisque chacune des parties peut requérir des mesures provisoires qui se substitueront à l'ordonnance de mesures préprovisionnelles, cette voie de droit constituant un moyen cantonal qui doit être épuisé avant de saisir le Tribunal fédéral, conformément à l'art. 75 al. 1 LTF.

### **E. 2**

Vu ce qui précède, le recours est irrecevable. La recourante, qui succombe, supportera les frais judiciaires (art. 66 al. 1 LTF). Elle versera par ailleurs des dépens à l'intimé (art. 68 al. 1 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.