



POUVOIR JUDICIAIRE

C/12563/2017

ACJC/694/2019

ARRÊT**DE LA COUR DE JUSTICE****Chambre civile****DU MARDI 7 MAI 2019**

Entre

Madame A_____, domiciliée _____, Genève, appelante d'une ordonnance rendue par la 10ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 5 juin 2018, comparant par Me D_____, avocat, _____, Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

Monsieur B_____, domicilié c/o Monsieur C_____, avenue _____, Genève, intimé, comparant par Me E_____, avocat, _____, Genève, en l'étude duquel il fait élection de domicile.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 10 mai 2019.

EN FAIT

A. Par ordonnance OTPI/358/2018 du 5 juin 2018, notifiée aux parties le 11 juin 2018, le Tribunal de première instance, statuant sur mesures provisionnelles, a attribué à B_____ la jouissance exclusive du domicile conjugal sis _____ à Genève et du mobilier le garnissant (chiffre 1 du dispositif), a ordonné en conséquence à A_____ de quitter ledit appartement d'ici au 1^{er} juillet 2018 au plus tard (ch. 2), a prononcé l'évacuation visée au chiffre 2 du dispositif sous la menace de la peine prévue par l'article 292 CP (ch. 3), a autorisé B_____ à requérir l'évacuation par la force publique de A_____ dès le 2 juillet 2018 (ch. 4), a réservé la décision finale du Tribunal quant au sort des frais judiciaires et des dépens sur mesures provisionnelles (ch. 5) et a débouté les parties de toutes autres conclusions (ch. 6).

B. a. Par acte expédié au greffe de la Cour de justice le 20 juin 2018, A_____ forme appel de cette ordonnance, dont elle requiert l'annulation. Elle conclut à ce que la Cour lui attribue la jouissance exclusive du domicile conjugal sis _____ à Genève et condamne B_____ aux frais et dépens de la procédure.

Elle a produit des pièces nouvelles.

b. Par arrêt du 23 juillet 2018, la Cour a admis la requête de A_____ tendant à la suspension du caractère exécutoire attaché au dispositif de l'ordonnance attaquée et dit qu'il serait statué sur les frais dans l'arrêt rendu sur le fond.

c. B_____ a conclu à la confirmation de l'ordonnance attaquée.

d. A_____ n'a pas fait usage de son droit de réplique.

e. Les parties ont été informées le 28 août 2018 de ce que la cause était gardée à juger.

C. Les faits pertinents suivant ressortent de la procédure :

a. A_____, née _____ [nom de jeune-fille] le _____ 1947, originaire de _____ (FR) et B_____, né le _____ 1964 à _____ (Maroc), originaire de _____ (FR), se sont mariés le _____ 2004 à Genève (GE).

Aucun enfant n'est issu de ce mariage.

A_____ est mère de deux enfants majeurs nés de précédentes unions : F_____ né le _____ 1965 et G_____, née le _____ 1983, laquelle vit avec son compagnon et ses deux enfants, nés en 2013 et 2016, rue _____ à Genève.

b. Après leur mariage en 2004, les époux A_____ et B_____ ont occupé l'appartement sis _____ à Genève, pris à bail en 1999 par l'épouse (ci-après également : l'appartement litigieux ou logement litigieux). Le bail a été mis au nom des deux époux par avenant du 23 septembre 2004.

c. Fin 2007, les époux sont partis vivre ensemble au Maroc, pays d'origine de l'époux. Ils ont habité dans une maison d'hôtes à _____ (Maroc) qu'ils ont exploitée et qui, aux dires de l'époux, a été acquise au moyen des avoirs de deuxième pilier de son épouse.

d. Du 10 janvier au 24 août 2013, B_____ est revenu seul en Suisse. Il a vécu durant cette période chez des amis ou dans des hôtels sociaux. Sans ressources, il a sollicité l'aide de l'Hospice général, avant de repartir rejoindre son épouse au Maroc.

e. B_____ est revenu à Genève le 1^{er} décembre 2015. Selon attestation de l'Office cantonal de la population produite, il a été domicilié du 1^{er} décembre 2015 au 1^{er} mars 2016 à la rue _____ à Genève c/o H_____. Le 9 mars 2016, il a pris à bail un appartement en sous-location à l'avenue _____ à Genève c/o C_____. Il a sollicité le 14 décembre 2016 que le bail soit mis à son nom, ce qui a été refusé par l'agence immobilière I_____, par courrier du 8 février 2017. Il demeure toujours dans cet appartement. B_____ est en outre au bénéfice de l'aide de l'Hospice général.

f. A_____ occupe l'appartement litigieux depuis le départ de la famille de sa fille de ce logement, soit au mois d'août 2016. Sa fille, le compagnon de cette dernière et leurs deux enfants ont en effet déménagé et loué dès cette date un appartement plus grand sur le même palier. Elle a produit deux attestations d'agences immobilières marocaines attestant que la propriété de _____ au Maroc était mise en vente depuis septembre 2017, respectivement novembre 2017.

g. Le 12 juin 2017, B_____ a déposé au Tribunal une requête unilatérale en divorce, assortie d'une requête de mesures provisionnelles.

Sur mesures provisionnelles, il a conclu à ce que le Tribunal lui attribue la jouissance du domicile conjugal sis _____ à Genève, à charge pour lui d'en assumer le loyer et les charges, ordonne à A_____, de même qu'à toute autre personne occupant les lieux, de libérer de sa personne et de ses biens ledit logement et ce, au plus tard le 31 juillet 2017, le tout avec suite de frais et dépens.

Sur le fond, il a conclu, outre le prononcé du divorce, à l'attribution du domicile conjugal en sa faveur, à la condamnation de A_____ à lui verser une indemnité équitable au sens de l'art. 165 CC, à la réserve de la question d'une contribution à son entretien, au versement d'une indemnité équitable au sens de l'art. 124 al. 1 CC, à la liquidation du régime matrimonial en lui accordant un droit proportionnel

à ses investissements en moyens et en travail sur la plus-value réalisée sur la maison d'hôtes au Maroc exploitée par la société "J _____ sarl", détenue par son épouse, et ceci sous suite de frais et dépens.

Il a produit à l'appui de sa demande de mesures provisionnelles notamment le contrat de bail du logement sis _____ à Genève du 7 avril 1999 et l'avenant du 23 septembre 2004, son attestation de départ définitif de Genève pour le Maroc du 13 septembre 2013 de l'Office cantonal de la population, son contrat de sous-location de l'appartement de trois pièces et demie de l'avenue _____ à Genève, quelques quittances de paiement du loyer de cet appartement datant de l'année 2016 et les échanges de correspondances entre son conseil et I _____ SA au sujet de l'appartement de l'avenue _____ (GE).

h. Le Tribunal a tenu une audience le 13 septembre 2017.

S'agissant du logement litigieux, A _____ a précisé qu'il avait été occupé depuis 2007 et jusqu'en août 2016 par sa fille, laquelle avait à cette date trouvé un autre logement, dans le même immeuble. A _____ l'occupait donc personnellement depuis lors. Elle avait passé la majeure partie des années 2016 et 2017 dans cet appartement. Elle s'opposait donc à l'attribution de la jouissance de ce domicile à son époux. Elle avait l'intention de vivre en Suisse dorénavant et cherchait à vendre la maison d'hôtes au Maroc, dès lors qu'il y avait très peu de tourisme actuellement. Elle rencontrait des difficultés pour vendre la maison dès lors que de nombreux étrangers quittaient le Maroc en raison de la montée de l'islamisme, de sorte que le marché n'était pas favorable.

B _____ a, quant à lui, persisté dans ses conclusions.

Le Tribunal a, à l'issue de l'audience, ouvert une instruction sur mesures provisionnelles et fixé un délai respectivement à B _____ pour compléter sa requête de mesures provisionnelles et produire toutes pièces utiles et à A _____ pour répondre et fournir toutes pièces utiles, en particulier la preuve de la durée de ses séjours au Maroc et du temps passé en Suisse.

i. Dans le délai imparti, B _____ a complété sa demande, essentiellement au fond, persistant dans ses conclusions.

j. A _____ a, quant à elle, conclu au rejet des mesures provisionnelles. Elle occupait le logement litigieux depuis le départ de sa fille et s'occupait de ses petits-enfants, qu'elle voyait pratiquement tous les jours lorsqu'elle se trouvait à Genève, puisqu'ils vivaient sur le même palier. Elle avait résidé 160 jours à Genève en 2016 et 139 jours en 2017, comme en attestaient les tampons de son passeport. Elle devait se rendre au Maroc régulièrement pour effectuer les démarches nécessaires pour vendre la maison d'hôtes.

Elle a notamment produit les extraits de son passeport tamponné et une attestation de sa fille du 26 octobre 2017 laquelle précisait qu'elle avait vécu seize ans dans l'appartement litigieux, les cinq premières années avec elle, puis ensuite pendant trois ans supplémentaires avec son beau-père. Lorsque ces derniers étaient partis vivre au Maroc, elle a occupé l'appartement pendant huit ans, d'abord seule puis ensuite avec son conjoint et son premier enfant. Lorsqu'elle a su que sa mère revenait vivre en Suisse en mai 2016, elle a postulé pour un autre appartement dans le même immeuble. Elle avait pu obtenir celui qui était juste en face de celui de sa mère. Ils étaient constamment les uns chez les autres. Sa mère était d'une grande aide au quotidien car elle amenait et allait rechercher très souvent les enfants, respectivement à l'école et à la crèche, dès lors qu'elle-même et son conjoint travaillaient. Elle n'envisageait pas que sa mère puisse quitter ce logement et que son beau-père qui ne leur parlait plus s'y installe.

k. Les parties ont renoncé à plaider et persisté dans leurs conclusions respectives lors de l'audience de plaidoiries sur mesures provisionnelles fixée par le Tribunal le 7 février 2018. Sur quoi, le Tribunal a gardé la cause à juger.

- D.** Dans son jugement, le Tribunal a retenu que le critère de l'utilité du logement plaidait en faveur de l'époux, lequel ne disposait pas d'un "*véritable bail*", ce qui rendait objectivement sa condition plus précaire que celle de son épouse, qui disposait quant à elle, en sus de l'appartement genevois dont elle était "*colocataire*", d'une propriété au Maroc dans laquelle elle passait l'essentiel de son temps, même si elle rendait vraisemblable qu'elle revenait à Genève régulièrement. L'appartement genevois ne représentait pour elle *de facto* qu'une résidence secondaire et subsidiaire. Le fait que sa fille habitait la même allée et que cette dernière profitait de ses séjours à Genève pour lui rendre visite, ainsi qu'à ses petits-enfants, était dénué de pertinence et devait, en tout état, céder le pas à l'intérêt supérieur de l'époux qui, lui, n'était propriétaire d'aucun bien immobilier et était toujours à la recherche d'un domicile principal stable. Il a rejeté l'argument de l'épouse qui relevait que, lors du retour de son conjoint en 2013, ce dernier n'avait pas réintégré le "*domicile conjugal*", alors libre, au motif que la séparation des époux n'était, à cette date, pas définitive, l'époux étant retourné ultérieurement au Maroc pour reprendre la vie commune. Le lien affectif soulevé par l'épouse cédait également le pas sur le critère de l'utilité du logement pour l'époux. L'épouse ne pouvait en effet, pas invoquer un lien affectif avec un logement qu'elle avait quitté délibérément il y avait plus de dix ans pour s'installer au Maroc avec son mari dans un lieu de vie constituant à la fois le centre de ses intérêts personnels et professionnels. Le fait que l'épouse ait gardé à Genève des attaches familiales n'apparaissait pas non plus déterminant, le lien affectif évoqué par la jurisprudence ayant trait non pas au voisinage ou aux proches, mais à l'objet même de la location. Même sous le critère secondaire de savoir à quel époux on pouvait le plus raisonnablement imposer de déménager, il était patent que c'était à l'épouse que l'on pouvait demander non pas de déménager mais de débarrasser

l'appartement de ses effets et de renoncer à maintenir un "*point de chute*" à Genève. La jouissance du logement a ainsi été attribuée sur mesures provisionnelles à l'époux.

EN DROIT

1. **1.1** L'appel est recevable contre les décisions sur mesures provisionnelles (art. 276 et 308 al. 1 let. b CPC), dans les causes non patrimoniales ou dont la valeur litigieuse au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure est supérieure à 10'000 fr. (art. 308 al. 2 CPC). Le délai d'introduction de l'appel est de 10 jours (art. 271 let. a CPC par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC; art. 248 let. d et 314 al. 1 CPC).

En l'espèce, la cause est de nature non pécuniaire, seule la jouissance du domicile conjugal étant encore litigieuse. Formé en temps utile, suivant la forme prescrite par la loi (art. 130, 131 et 311 al. 1 CPC) et auprès de l'autorité compétente (art. 120 al. 1 let. a LOJ), l'appel est recevable.

1.2 La Cour revoit la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 310 CPC) et établit les faits d'office (art. 272 CPC par renvoi de l'art. 276 al. 1 CPC).

1.3 Les mesures provisionnelles étant soumises à la procédure sommaire, avec administration restreinte des moyens de preuve, la cognition du juge est limitée à la simple vraisemblance des faits et à un examen sommaire du droit (ATF 127 III 474 consid. 2b/bb; arrêt du Tribunal fédéral 5A_442/2013 du 24 juillet 2013 consid. 2.1 et 5.1).

2. **2.1** Selon l'art. 317 al. 1 CPC, les faits et les moyens de preuves 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).

2.2 En l'espèce, la pièce 11 produite par l'appelante, qui n'est pas datée, sera déclarée irrecevable, de même que la pièce 12, datée du 10 mars 2017, qui aurait pu être produite devant le premier juge. Les autres pièces produites par l'appelante seront déclarées recevables puisqu'elles ont toutes été établies postérieurement au 7 février 2018, date à laquelle le Tribunal a gardé la cause à juger sur mesures provisionnelles.

L'intimé n'a produit aucune pièce nouvelle en appel.

3. L'appelante reproche au Tribunal de ne pas lui avoir attribué la jouissance du "*domicile conjugal*", sis _____ à Genève, sur mesures provisionnelles.

3.1.1 Saisi d'une requête commune ou d'une demande unilatérale tendant au divorce (art. 274 CPC), le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires, en appliquant par analogie les dispositions régissant la protection de l'union conjugale (art. 276 al. 1 CPC).

Parmi les mesures provisionnelles en général, on distingue traditionnellement des mesures conservatoires, visant à éviter tout changement à l'objet du litige durant la procédure ou à assurer la possibilité d'exécuter la décision à intervenir, des mesures de réglementation, réglant un rapport de droit durable entre les parties pendant le procès, et des mesures d'exécution anticipée de prétentions rendues suffisamment vraisemblables (TAPPY, Commentaire romand du Code de procédure civile, 2019, n. 4 *ad* art. 276 CPC).

Les mesures provisionnelles selon l'art. 276 CPC sont généralement des mesures de réglementation, pour lesquelles il est exigé ni urgence particulière, ni la menace d'une atteinte ou d'un préjudice difficilement réparable, nonobstant l'art. 261 al. 1 CPC.

Les exigences de l'art. 261 al. 1 CPC s'appliquent néanmoins aux mesures provisionnelles de nature conservatoire ordonnées dans le cadre de l'art. 276 CPC (ATF 119 II 193 consid. 3a *in* JdT 1996 I p. 194; ATF 118 II 378 *in* JdT 1995 I 43; TAPPY, Commentaire romand du Code de procédure civile, 2019, n. 32 *ad* art. 276 CPC; BOHNET, CPra-Droit Matrimonial, 2015, n. 18 et 49 *ad* art. 276 CPC). Ainsi, en vue d'assurer la liquidation du régime matrimonial, le juge peut ordonner le blocage d' avoir bancaires, limiter un droit de disposer d'un bien, ordonner l'établissement d'un inventaire (art. 195a CC), réglementer l'utilisation et la gestion d'actifs litigieux (BÄHLER, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2017, n. 5 *ad* art. 276 CPC; SUTTER-SOMM/STANISCHEWSKI, Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung ZPO, 2016 n. 23 *ad* art. 276 CPC; DOLGE, ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar, DIKE, 2016, n. 3.2.7 *ad* art. 276 CPC; BOHNET, *op. cit.*, n. 60 *ad* art. 276 CPC) ou, en vue de permettre le partage de la part surobligatoire du deuxième pilier, ordonner le blocage de celui-ci (ACJC/336/2016 du 11 mars 2016). Des mesures d'exécution anticipée sont également possibles, telle l'ordre de verser une provision *ad litem* (TAPPY, *op. cit.*, 2019, n. 4 *ad* art. 276 CPC).

En pratique, les mesures les plus courantes sont celles prévues par l'art. 176 CC notamment de l'attribution provisoire de la jouissance de certains biens, en particulier du logement conjugal (TAPPY, Commentaire romand du Code de procédure civile, 2019, n. 38 et 39 *ad* art. 276 CPC; BOHNET, CPra-Droit Matrimonial, 2015, n. 45 à 47 *ad* art. 276 CPC). A cet égard, les critères développés par la jurisprudence s'appliquent par analogie à l'attribution d'un logement de vacances ou d'une résidence secondaire dont les époux sont copropriétaires et pour lesquelles une utilisation alternative dans le temps peut

être envisagée (arrêt du Tribunal fédéral 5A_198/2012 du 24 août 2012 consid. 6.3.2; ATF 119 II 193 *in* JdT 1996 I p. 196; DE WECK-IMMELÉ, CPra-Droit matrimonial, 2015, n. 179 *ad* art. 176 CC).

Contrairement aux mesures protectrices de l'union conjugale, il n'y a pas de *numerus clausus* des mesures provisionnelles possibles en procédure de divorce, le juge des mesures provisionnelles pouvant ordonner toutes celles qui lui semblent adéquates, pourvu qu'elles soient nécessaires et proportionnées au but recherché (Message du Conseil fédéral relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841, p. 6967; TAPPY, Commentaire romand du Code de procédure civile, 2019, n. 38 *ad* art. 276 CPC; BÄHLER, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2017, n. 2 *ad* art. 276 CPC; SUTTER-SOMM/STANISCHEWSKI, Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung ZPO, 2016 n. 9 *ad* art. 276 CPC; BOHNET, CPra-Droit Matrimonial, 2015, n. 44 et 45 *ad* art. 276 CPC).

Pour déterminer si les mesures sont nécessaires, le juge doit procéder à une balance des intérêts appliquant le principe de proportionnalité, étant précisé que le contenu de mesures provisionnelles dans le cadre d'un divorce doit relever du droit matériel (ATF 123 III 1 consid. 3a *in* JdT 1998 I 39; TAPPY, Commentaire romand du Code de procédure civile, 2019, n. 36 *ad* art. 276 CPC; BOHNET, CPra-Droit Matrimonial, 2015, n. 2 *ad* art. 276 CPC).

3.1.2 Selon l'art. 176 al. 1 CC, applicable par renvoi de l'art. 276 CPC, à la requête de l'un des conjoints et si la suspension de la vie commune est fondée, il prend les mesures en ce qui concerne le logement et le mobilier de ménage (ch. 2).

Par "logement" il faut entendre le "logement de la famille". Cette notion recouvre le lieu qui remplit la fonction de logement et de centre de vie de la famille. Seuls bénéficient de cette protection les époux mariés, avec ou sans enfant. Le logement doit être vital et commun aux époux. Le caractère de logement de famille subsiste tant que dure le mariage, même si les époux sont séparés de fait ou en instance de divorce. C'est précisément ce type de situation que vise la protection légale de l'art. 169 CC, dont la *ratio legis* est d'éviter qu'en cas de tensions conjugales ou par légèreté, l'époux titulaire des droits dont dépend le logement ne dispose unilatéralement de celui-ci, lorsque cela cause des difficultés injustifiées à son conjoint (ATF 114 II 396 consid. 5a; BARRELET, CPra-Droit Matrimonial, 2015, n. 7 et 16 *ad* art. 169 CC).

Exceptionnellement, les époux peuvent avoir plusieurs logements de famille si le centre d'intérêts communs est partagé et pour autant que la volonté de constituer une demeure commune existe aux deux endroits et que leur nécessité soit démontrée. Tel est par exemple le cas de résidences saisonnières ou de deux époux qui tous deux travaillent pour partie à Genève et pour partie à Berne, et qui habitent ensemble un logement dans chacune de ces villes (arrêt du Tribunal

fédéral 4A_569/2017 du 27 avril 2018 consid. 7; LACHAT/GROBET THORENS/RUBLI/STASTNY, *Le bail à loyer*, 2019, ch. 5.4.2.8, p. 139; BARRELET, *Droit du bail à loyer et à ferme*, 2017, n. 6 *ad art.* 266m CO; BARRELET, *CPra-Droit matrimonial*, 2015, n. 9 *ad art.* 169 CC).

Dans certaines circonstances, le logement perd son caractère familial, et partant, la protection spécifique qui lui est conférée par l'art. 169 CC. Tel est notamment le cas lors de séparation de corps, d'abandon du logement familial d'un commun accord par les époux ou lorsque l'époux bénéficiaire de la protection légale quitte le logement familial de manière définitive ou pour une durée indéterminée, que ce soit de son propre chef ou sur ordre du juge, et qu'on ne doit plus s'attendre à ce que les époux reprennent la vie commune dans le logement familial antérieur (arrêt du Tribunal fédéral 5A_635/2018 du 14 janvier 2019 consid. 6.1; ATF 136 III 257 consid. 2.1 et les références). Le juge doit pouvoir se fonder sur des indices sérieux (ATF 136 III 257 consid. 2.2).

La preuve du caractère familial du logement incombe à celui qui entend se prévaloir des dispositions légales y relatives (ATF 139 III 7 consid. 2.2; 136 III 257 consid. 2.2). Toutefois, le conjoint qui se prévaut de la perte du caractère familial doit en apporter la preuve (BARRELET, *CPra-Droit Matrimonial*, 2015, n. 57 *ad art.* 169 CC).

3.1.3 Le juge du divorce ne peut pas, en application de l'art. 121 CC, attribuer les droits et obligations découlant d'un bail portant sur la résidence secondaire des époux (Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, etc.), FF 1996 I 1, p. 99; BARRELET, *CPra-Droit matrimonial*, 2015, n. 6 *ad art.* 121 CC).

Les époux colocataires le restent après le divorce, résilient ensemble le bail commun et, si le conjoint restant le souhaite, convainquent le bailleur de conclure avec lui seul un nouveau bail (LACHAT/GROBET THORENS/RUBLI/STASTNY, *Le bail à loyer*, 2019, ch. 3.4.4, p. 106).

3.2 Dans le jugement entrepris, le Tribunal ne s'est pas penché sur le caractère du logement dont les époux revendiquent chacun l'attribution. En réalité, le logement sis _____ à Genève ne constitue plus le domicile conjugal des époux. En effet, les époux ont quitté ce logement, ensemble et volontairement, fin 2007 pour s'établir au Maroc et réaliser leur projet commun de construction d'une maison d'hôtes. Ils ont annoncé à l'Office cantonal de la population leur départ définitif de Suisse. Les parties avaient ainsi marqué une intention claire de quitter ce logement définitivement. En effet, outre le fait que leur centre d'intérêts communs n'était pas partagé entre la Suisse et le Maroc et leur volonté de constituer une demeure commune n'existait pas aux deux endroits, les deux logements ne leur étaient pas nécessaires. Au contraire, lors du retour de l'intimé en Suisse en 2013,

il n'a pas réintégré le logement litigieux, ce nonobstant le fait que le bail n'avait pas été résilié et qu'il avait été mis à disposition de la fille de l'appelante, puis à son compagnon également, sans limitation dans le temps. Ces derniers l'ont ainsi occupé pendant près de neuf ans. Nul ne pouvait ainsi s'attendre à ce que les époux reprennent la vie commune dans le logement litigieux. Celui-ci a, en conséquence, perdu le caractère de domicile conjugal des époux et ce, d'un commun accord, en 2007. Ainsi, le dernier domicile conjugal des époux, dans lequel ils ont vécu ensemble et où ils avaient leur centre de vie, se trouve à _____ au Maroc, dans la maison d'hôtes qu'ils tenaient. Le fait que les époux soient revenus s'installer à Genève, séparément et à des dates différentes, ne fait pas renaître le caractère conjugal du logement sis rue _____ à Genève qu'il a perdu depuis 2007.

Les époux réclament toutefois tous deux, sur mesures provisionnelles, l'attribution en leur faveur respective, non pas du domicile conjugal sis au Maroc, mais du logement litigieux, actuellement occupé par l'appelante. Force est de constater que les mesures provisionnelles en divorce, nonobstant l'absence de *numerus clausus*, ne peuvent avoir qu'un but réglementaire, conservatoire ou d'exécution anticipée du jugement de divorce et que le juge du divorce ne pourra pas, au fond, attribuer à l'une des parties les droits et obligations relatifs à ce logement puisqu'il ne constitue pas le logement conjugal. Dès lors, il n'est pas non plus en mesure d'octroyer la jouissance exclusive d'un tel logement à l'un des deux époux. En effet, contrairement aux cas où le Tribunal fédéral a confirmé l'attribution à l'un des époux de la jouissance exclusive d'un logement de vacances ou d'une résidence secondaire - détenu en copropriété -, les parties ne sont ici pas copropriétaires mais uniquement colocataires du logement litigieux et une jouissance alternative de celui-ci dans le temps n'est, en aucun cas, envisageable, ledit logement étant le domicile principal actuel de l'appelante et son centre de vie, la famille de sa fille vivant dans un appartement situé sur le même pallier que le sien et l'appelante s'occupant régulièrement de ses petits-enfants.

Le Tribunal aurait donc dû considérer que l'appartement litigieux ne constituait pas le domicile conjugal des parties et n'aurait pas dû attribuer ce logement à l'une ou l'autre des parties, sur mesures provisionnelles de divorce. Il convient, en effet, de préserver le *statu quo* et d'éviter d'ordonner des mesures qui pourraient s'avérer difficilement réversibles par la suite, l'attribution de l'appartement litigieux, qui ne constitue pas le logement conjugal, à l'un ou l'autre des époux échappant au juge du divorce.

Par surabondance de moyens, dans la mesure où, d'une part, l'appelante occupe déjà le logement litigieux depuis juin 2016 et qu'elle a mis en vente la maison d'hôtes au Maroc, et d'autre part, que l'intimé n'a pas rendu vraisemblable avoir fait l'objet d'une procédure en évacuation nonobstant la demande de la régée de quitter l'appartement qu'il sous-loue à l'avenue _____ à Genève depuis 2015, il

n'apparaissait de toute façon pas nécessaire, en l'état, de prononcer de quelconques mesures provisionnelles, chacun des époux disposant d'un toit.

L'appel sera ainsi partiellement admis, par substitution de motifs, en ce sens que les chiffres 1 à 4 du dispositif de l'ordonnance seront annulés, les parties étant par ailleurs déboutées de toutes autres conclusions.

- 4. 4.1** Si l'instance d'appel statue à nouveau, elle se prononce sur les frais de la première instance (art. 318 al. 3 CPC).

Dès lors que le Tribunal a réservé le sort des frais judiciaires de première instance et que cela n'est pas critiqué en appel, la décision entreprise sera confirmée sur ce point.

4.2 Les frais judiciaires d'appel seront fixés à 1'200 fr., y compris la décision prononcée le 23 juillet 2018 sur effet suspensif (art. 24, 31 et 37 RTFMC), et mis à la charge des parties pour moitié chacune, compte tenu de la nature familiale et de l'issue du litige (art. 95 et 107 al. 1 let. c CPC). Ils seront compensés avec l'avance de frais de 1'200 fr. versée par l'appelante (art. 111 al. 1 CPC). Le montant de 600 fr. mis à la charge de l'intimé sera provisoirement laissé à la charge de l'Etat de Genève, ce dernier étant au bénéfice de l'assistance judiciaire (art. 122 et 123 CPC et 19 RAJ). Une somme de 600 fr. sera ainsi restituée à l'appelante.

Compte tenu de la nature familiale du litige, chaque partie supportera ses propres dépens d'appel (art. 107 al. 1 let. c CPC).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

La Chambre civile :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté le 20 juin 2018 par A_____ contre l'ordonnance OTPI/358/2018 rendue le 5 juin 2018 par le Tribunal de première instance dans la cause C/12563/2017-10.

Au fond :

Annule les chiffres 1, 2, 3 et 4 de l'ordonnance attaquée.

Confirme l'ordonnance entreprise pour le surplus.

Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais judiciaires d'appel à 1'200 fr., les met à la charge de parties par moitié et les compense avec l'avance de même montant effectuée par A_____.

Laisse provisoirement à la charge de de l'Etat de Genève la part de 600 fr. imputée à B_____.

Ordonne aux Service financiers du Pouvoir judiciaire de verser le somme de 600 fr. à A_____.

Dit que chaque partie supportera ses propres dépens d'appel.

Siégeant :

Madame Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, présidente; Mesdames Nathalie LANDRY-BARTHE et Eléanor McGREGOR, juges; Madame Jessica ATHMOUNI, greffière.

Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE:

Présidente

Jessica ATHMOUNI:

Greffière

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile, dans les limites de l'art. 98 LTF.

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

Valeur litigieuse indéterminée.