

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/3954/2008

ACJC/295/2010

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile
statuant par voie de procédure ordinaire

AUDIENCE DU VENDREDI 12 MARS 2010

Entre

Madame X. _____, domiciliée _____, appelante d'un jugement rendu par la 20ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 5 février 2009, comparant par Me Howard Kooger, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

Monsieur X. _____, domicilié _____, intimé, comparant d'abord par Me Jacques Emery, avocat, puis par Me Imed Abdelli, avocat, en l'étude duquel il fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés, ainsi qu'au Tribunal de première instance par pli simple le 17.03.2010.

EN FAIT

A. Par acte déposé le 9 mars 2009 auprès du greffe de la Cour de justice, Madame X. _____, née Y. _____ (ci-après Madame X. _____), appelle du jugement JTPI/1456/2009 rendu le 5 février 2009, notifié le 6 du même mois, par le Tribunal de première instance, en tant qu'il a rejeté sa demande en divorce sur requête unilatérale à l'encontre de Monsieur X. _____.

Madame X. _____ sollicite l'annulation du chiffre 1 du jugement entrepris et, cela fait, conclut à ce que la cause soit renvoyée au Tribunal de première instance pour nouvelle décision et que les dépens soient compensés.

Monsieur X. _____ conclut, principalement, au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris, avec dépens compensés.

B. Il résulte de la procédure les éléments pertinents suivants :

a) Monsieur X. _____, né le _____ 1960 à _____ (Tunisie) et Madame X. _____, née le _____ 1965 à _____ (Tunisie), tous deux de nationalité tunisienne, ont contracté mariage à _____ (Tunisie) le _____ 1992.

Aucun contrat de mariage n'a été conclu entre les époux.

De cette union sont issus trois fils, tous nés à _____:

- A. _____, né le _____ 1994,
- B. _____, né le _____ 1996, et
- C. _____, né le _____ 1998.

b) Par jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale du 12 juin 2006 (JTPI/9018/2006), requises par Madame X. _____ le 6 décembre 2005, le Tribunal de première instance de Genève (ci-après le Tribunal) a autorisé les époux à vivre séparés; a attribué la garde de leurs enfants à Madame X. _____; a réservé un large droit de visite à Monsieur X. _____, qui devait s'exercer, sauf accord contraire des parties, chaque week-end du vendredi soir au dimanche soir ainsi que durant la moitié des vacances scolaires et ce uniquement sur le territoire suisse; a institué une curatelle au sens de l'art. 308 al. 1 et 2 CC; a condamné Monsieur X. _____ à verser à son épouse, par mois et d'avance, allocations familiales non comprises, le montant de 1'800 fr. à titre de contribution à l'entretien de la famille; a attribué à Madame X. _____ la jouissance exclusive du domicile conjugal sis _____ et a ordonné l'exécution provisoire de ce jugement nonobstant appel.

Le juge des mesures protectrices a relevé le caractère violent de la relation des époux X. _____ sur la base notamment des deux attestations de l'association Solidarités Femmes et du rapport du Service de protection des mineurs (ci-après le SPMi) du 28 avril 2006.

Ledit jugement a évoqué le fait que Monsieur X. _____ s'était renseigné auprès de l'ambassade de Tunisie, qui lui avait conseillé de divorcer dans son pays d'origine.

c) Le 10 janvier 2006, Madame X. _____ a déposé au greffe du Tribunal une demande en divorce, fondée sur l'art. 115 CC, qui a été suspendue en application de l'art. 113 let a LPC par jugement du 21 mars 2006. Finalement, Madame X. _____ a retiré sa demande le 9 mars 2007.

Nonobstant le prononcé du jugement sur mesures protectrices, Monsieur X. _____ est resté vivre au domicile conjugal jusqu'au mois de décembre 2007.

C. a) Le 25 février 2008, Madame X. _____ a déposé, devant le Tribunal, une demande en divorce sur requête unilatérale. Elle a conclu au prononcé du divorce en application de l'art. 114 CC; à ce qu'il lui soit attribué l'autorité parentale et la garde sur ses trois fils; à ce qu'un droit de visite usuel soit accordé à son époux; à ce que ce dernier soit condamné à lui verser une contribution à l'entretien de ses fils variant en fonction de leur âge, soit, par enfant, 500 fr. jusqu'à l'âge de 12 ans, 550 fr. de 13 à 15 ans et 600 fr. de 16 à 25 ans; à ce que son époux soit condamné à lui verser un montant de 875 fr. à titre de contribution postdivorce; à ce que les droits et obligations résultant du bail du logement familial lui reviennent et au partage des avoirs LPP.

b) Le 18 mars 2008, Monsieur X. _____ a déposé une demande en divorce devant le Tribunal de première instance de E. _____ (Tunisie). Il a conclu au prononcé du divorce aux torts de son épouse, et à la condamnation de cette dernière à lui verser la somme de dix mille dinars à titre de préjudice moral. Il a revendiqué, par ailleurs, la garde sur ses trois enfants, alléguant que son épouse ne pouvait pas assumer cette charge en raison de ses nombreuses hospitalisations pour crises nerveuses. Il a, en outre, reproché à sa femme d'avoir abdiqué de son rôle de mère, ce qui l'avait obligé à "*obtenir un congé de travail pour s'occuper (..) de ses enfants*". Enfin, il a prétendu que son épouse l'avait intentionnellement, et sans raison, calomnié et insulté, en présence des enfants.

c) Monsieur X. _____ n'était ni présent, ni représenté lors de l'audience de comparution personnelle des parties qui a eu lieu le 16 avril 2008 devant le Tribunal.

A cette occasion, Madame X. _____ a produit un constat médical du 23 février 2008 de la Clinique de Carouge attestant qu'elle ressentait des douleurs au coude gauche et sur le muscle brachio-radial, résultant, aux dires de l'intéressée, de coups assénés par son mari. Elle a également versé à la procédure copie d'une plainte qu'elle a déposée le 4 avril 2008 à la gendarmerie de L. _____ à la suite de ce même événement, ainsi qu'un certificat médical, daté du 29 avril 2008, du Dr D. _____, psychiatre, qui suit Madame X. _____ depuis le 1er octobre 2007 pour état dépressif. Cette attestation médicale fait état des plaintes de la patiente relatives au harcèlement dont elle se considère victime de la part de son mari. Celui-ci se serait notamment procuré son dossier médical, résumant son hospitalisation dans un établissement psychiatrique en Tunisie, aux fins de faire chanter son épouse auprès de leur fils aîné et de leurs proches. Le psychiatre conclut en estimant que la situation actuelle ne permet pas à l'épouse de s'améliorer de manière significative, en dépit de l'investissement dont elle fait preuve dans son traitement thérapeutique.

d) Selon le rapport d'évaluation sociale du SPMi établi le 15 juillet 2008, chacun des parents a revendiqué les droits parentaux sur leurs fils, qualifiant l'autre d'inapte à cet égard. Le SPMi a constaté que l'attribution d'une autorité parentale conjointe n'était toutefois pas réaliste en l'espèce, compte tenu des dissensions parentales. Ce service a préconisé le maintien des enfants dans leur cadre de vie et a donc conclu à ce que l'autorité parentale et la garde sur les trois enfants soient attribuées à leur mère et à ce que le droit de visite du père s'exerce, sauf accord contraire des parties, à raison du mardi soir à la sortie de l'école au jeudi matin à l'école, un week-end sur deux (du vendredi soir à la sortie de l'école au lundi matin à l'école) ainsi que la moitié des vacances scolaires. Le SPMi a estimé, par ailleurs, nécessaire le maintien des mesures de curatelle instituées sur mesures protectrices. Enfin, il a souligné que les enfants ne devaient pas se rendre en Tunisie avant la reconnaissance par les autorités tunisiennes du jugement rendu à Genève.

e) Lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 19 novembre 2008 devant le Tribunal, à laquelle Monsieur X. _____ était présent et assisté d'un conseil, l'époux a admis ne pas avoir d'exception de litispendance à soulever, ayant déposé sa demande en divorce devant le Tribunal tunisien postérieurement à celle qui fait l'objet de la présente procédure. Toutefois, il s'est opposé au principe du divorce, du fait que le délai de séparation de deux ans n'était pas atteint au moment du dépôt de la demande en divorce de son épouse.

Madame X. _____ a soutenu que cette condition légale était remplie, car, selon elle, il fallait prendre en compte la date du prononcé du jugement sur mesures protectrices auquel Monsieur X. _____ avait refusé de se conformer.

f) Lors de l'audience de plaidoiries du 8 janvier 2009 devant le Tribunal, Madame X. _____ a qualifié d'abusives l'opposition de son mari à divorcer, ce dernier n'ayant d'autres fins que de divorcer, en sa faveur, en Tunisie. Elle a ajouté n'avoir plus fait chambre commune avec lui depuis le prononcé du jugement sur mesures protectrices, ce que Monsieur X. _____ a contesté. Ce dernier a déclaré que sa volonté de divorcer devant son juge naturel ne pouvait être assimilée à un abus de droit.

D. A l'appui de son jugement querellé du 5 février 2009, le premier juge a relevé que Monsieur X. _____ avait quitté le domicile conjugal en décembre 2007 et que, dès lors, le délai de séparation effective des parties n'était pas atteint au jour du dépôt de la demande en divorce, survenu le 25 février 2008. Il a considéré qu'aucun indice subjectif ne permettait d'accréditer la thèse de l'épouse quant à la cessation de toute vie commune depuis le prononcé des mesures protectrices de l'union conjugale. Le Tribunal a notamment constaté que Madame X. _____ n'avait pas mis à exécution ledit jugement, déclaré exécutoire nonobstant appel. Il a ainsi conclu que le divorce ne pouvait pas être prononcé en application de l'art. 114 CC.

Sous l'angle de l'art. 115 CC, le premier juge a considéré que les pièces attestant des violences conjugales subies par Madame X. _____ étaient celles soumises au juge des mesures protectrices et, vraisemblablement, produites à l'appui de la première demande en divorce fondée sur l'art. 115 CC. En retirant cette demande, sans prétendre avoir agi de la sorte sous la contrainte, Madame X. _____ avait expressément admis que le lien juridique du mariage ne lui était pas insupportable. S'agissant de l'attestation de son psychiatre, le Tribunal a relevé que son contenu relatait les épisodes douloureux et traumatisants que Madame X. _____ dit avoir traversés du fait de sa relation de couple, sans que l'origine de ces disputes ne soit toutefois établie. S'agissant des douleurs au coude gauche et sur le muscle brachio-radial qu'elle avait ressenties et qu'elle imputait à son mari, le Tribunal a considéré qu'elles ne suffisaient pas à remplir le caractère de sérieux et de gravité dégagé par la jurisprudence pour l'application de l'art. 115 CC. Enfin, le Tribunal a relevé que Madame X. _____ n'avait pas fondé sa nouvelle demande en divorce, objet de la présente procédure, sur l'art. 115 CC, contrairement à ce qu'elle avait fait dans le cadre de sa première demande en divorce du 10 janvier 2006.

S'agissant de l'abus de droit soulevé par Madame X. _____, le Tribunal a considéré que Monsieur X. _____ n'en avait commis aucun. En se référant à un arrêt de la Cour de justice du 14 septembre 2001 (ACJC/907/2001), il a rappelé que "l'idée législative se trouvant derrière l'art. 115 CC" était précisément cette notion d'abus de droit. Cette disposition avait été élaborée pour donner la possibilité à l'époux innocent d'obtenir le divorce sans devoir attendre le délai de

séparation imposé par l'art. 114 CC, étant rappelé que la réalisation de cette condition permettait, sans aucune exception, le prononcé du divorce sur cette base. Par conséquent, le premier juge a considéré que dans le cas où les conditions de l'art. 115 CC n'étaient pas réunies, l'opposition au divorce ne pouvait être que justifiée d'un point de vue juridique, sans qu'il y ait de place pour un éventuel abus de droit de la part de l'époux défendeur qui s'y opposait.

- E. a)** Lors de l'audience de plaidoiries du 26 mai 2009, Madame X. _____ a informé la Cour de céans que le Tribunal tunisien avait prononcé le divorce des époux X. _____ et qu'il avait alloué à Monsieur X. _____ l'entier de ses conclusions. Pour le surplus, Madame X. _____ a persisté dans ses conclusions. Monsieur X. _____ n'était ni présent, ni représenté à cette audience.

Par courrier daté du 26 juin 2009, Monsieur X. _____ a informé la Cour de céans que le Tribunal de première instance de E. _____ avait prononcé le divorce des parties et qu'aucun appel n'ayant été interjeté, le jugement avait acquis force de chose jugée le 9 juin 2009. Il a sollicité ainsi l'ouverture d'une instruction sur faits nouveaux, à laquelle Madame X. _____ s'est opposée par pli du 10 juillet 2009.

- b)** Le 27 août 2009, la Cour a accordé aux parties un échange d'écritures sur faits nouveaux.

A l'appui de ses conclusions motivées sur faits nouveaux du 27 novembre 2009, Monsieur X. _____ a conclu à la confirmation du jugement entrepris et produit le jugement du Tribunal de première instance de E. _____ du 8 mai 2009 prononçant le divorce des époux X. _____, attribuant la garde des enfants à Madame X. _____ et réservant un droit de visite à Monsieur X. _____ devant s'exercer tous les dimanches et les jours fériés de 9 heures à 18 heures. Monsieur X. _____ a également produit un certificat de non appel daté du 18 juin 2009.

Il ne ressort pas de ce jugement que Madame X. _____ a été régulièrement convoquée à son domicile suisse, ni que le juge tunisien se soit prononcé sur la contribution d'entretien due aux enfants.

- c)** Madame X. _____ a persisté dans ses conclusions d'appel et sollicité, en sus, la constatation que le jugement prononcé par le Tribunal de E. _____ le 8 mai 2009 ne pouvait pas être reconnu par les autorités suisses.

- d)** Les arguments des parties ainsi que les pièces qu'elles ont produites seront examinés, dans la mesure utile, ci-dessous.

EN DROIT

1. L'appel a été déposé dans le délai et la forme prescrits par la loi (art. 29 al. 3, 30 al. 1 let. a et 394 al. 1 LPC).

Vu la nature du différend, le Tribunal a statué en premier ressort (art. 387 LPC). S'agissant d'un appel ordinaire, la Cour revoit donc la cause avec un plein pouvoir d'examen (art. 291 LPC; SJ 1984 p. 466).

2. En matière d'appel ordinaire, le principe de l'immutabilité du litige connaît de nombreuses exceptions, notamment concernant les allégués de fait.

La Cour étant saisie d'un appel ordinaire, l'allégation de faits nouveaux et la production de nouvelles pièces est admissible (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la LPC, n. 8 et 9 ad art. 312 LPC). Les parties sont ainsi autorisées à alléguer en appel des nova proprement dits ou improprement dits (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, op. cit., n. 8 ad art. 312 LPC). Les pièces nouvelles, déposées par l'intimé avec les écritures d'appel, sont ainsi recevables (art. 306A LPC).

3. **3.1.** Le juge examine d'office sa compétence lorsqu'il s'agit de la compétence à raison de la matière et du lieu (art. 98 al. 1 LPC).

En l'absence de convention entre la Tunisie et la Suisse en matière de divorce, la loi fédérale sur le droit international privé (ci-après LDIP) est applicable.

Les parties sont toutes deux de nationalité tunisienne et domiciliées à Genève, les autorités genevoises sont ainsi compétentes (art. 59 LDIP) et le droit suisse applicable (art. 61 LDIP).

La question de la litispendance se pose toutefois en l'espèce, le Tribunal tunisien ayant prononcé le divorce des époux par jugement du 8 mai 2009.

3.2. L'art. 9 al. 1 LDIP, qui règle la question de la litispendance internationale, ne vise que l'hypothèse où une action est déjà pendante à l'étranger, mais non pas en Suisse. Dans le cas où les autorités suisses ont été saisies préalablement aux autorités étrangères, c'est l'art. 27 al. 2 lit. c LDIP qui est applicable (DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, n. 1, ad art. 9 LDIP). Selon l'art. 9 al. 3 LDIP, le tribunal suisse se dessaisit dès qu'une décision étrangère pouvant être reconnue en Suisse lui est présentée. Bien que l'art. 65 al. 1 LDIP consacre une reconnaissance très large en Suisse des décisions étrangères de divorce, cette disposition doit être lue en conjonction avec les art. 25 à 27 LDIP (DUTOIT, op.cit., n. 2, ad. art. 65 LDIP).

L'art. 27 LDIP prévoit les motifs possibles de refus de reconnaissance d'une décision étrangère en Suisse. L'ordre public peut intervenir au titre de l'ordre public matériel, lorsque le contenu de la décision étrangère à reconnaître viole de façon intolérable le sentiment du droit tel qu'il existe en Suisse (ATF 126 III 327, consid. 2b), ou encore à titre de l'ordre public procédural, qui touche à la manière dont la décision étrangère a été rendue (ATF 111 Ia 14; 116 II 629), en ce sens que des règles fondamentales de la procédure déduites de la constitution, tels notamment le droit à un procès équitable et celui d'être entendu, n'ont pas été respectées (ATF 122 III 344, consid. 4a; ATF 126 III 327, consid. 2b).

Selon l'art. 27 al. 2 lit. c LDIP, qui concrétise l'ordre public suisse procédural, la reconnaissance d'une décision étrangère doit être refusée en Suisse si une partie établit qu'un litige entre les mêmes parties et sur le même objet a déjà été introduit en Suisse ou y a déjà été jugé (ATF 116 II 13 consid. 4b), ce qui constitue le pendant de l'art. 9 LDIP au stade de la compétence directe (DUTOIT, op.cit., n. 10, ad. art 27 LDIP).

En l'occurrence, l'intimé a déposé une demande en divorce auprès du Tribunal de première instance de E. _____ environ trois semaines après que son épouse a saisi les autorités genevoises d'une demande en divorce fondée sur l'art. 114 CC. Bien que le Tribunal tunisien soit entré en matière sur la demande en divorce de l'intimé et ait rendu un jugement prononçant le divorce des parties, la question de la litispendance, au sens de l'art. 9 LDIP, ne se pose pas en l'espèce, car les autorités suisses ont été saisies antérieurement aux autorités tunisiennes. Dans l'hypothèse où l'intimé souhaiterait déposer une requête en exequatur du jugement rendu le 8 mai 2009 par le Tribunal de E. _____, il est hautement vraisemblable que ledit jugement ne sera pas reconnu en Suisse, car il heurterait l'ordre public suisse au sens de l'art. 27 al. 2 lit. c LDIP, du fait qu'il porte sur un litige, qui avait été introduit préalablement en Suisse, concernant les mêmes parties et ayant le même objet. Cela étant, il n'appartient pas à la Cour de céans de se prononcer formellement sur la reconnaissance de ce jugement, parce qu'elle a été saisie d'un appel ordinaire dans le cadre d'une procédure en divorce et non en exequatur. Par ailleurs, cela contreviendrait au principe du double degré de juridiction. Il ne sera ainsi pas donné suite aux conclusions de l'appelante tendant à la constatation que ledit jugement tunisien ne peut pas être reconnu par les autorités suisses.

Au vu de ce qui précède, les autorités genevoises n'ont aucune obligation de se dessaisir de la présente cause au sens de l'art. 9 al. 3 LDIP et restent compétentes pour statuer sur la demande en divorce de l'appelante.

4. Le Tribunal a considéré que les conditions de l'art. 114 et 115 CC n'étaient pas réalisées en l'espèce. Dès lors, seule est litigieuse la question portant sur le principe du divorce.

4.1. Dans sa teneur en vigueur depuis le 1er juin 2004, l'art. 114 CC prescrit qu'un époux peut demander le divorce lorsque, au début de la litispendance ou au jour du remplacement de la requête par une demande unilatérale, les conjoints ont vécu séparés pendant deux ans au moins.

La séparation débute lorsque les époux ne sont plus unis dans une communauté de vie complète sur le plan physique, intellectuel, affectif et économique (FANKHAUSER, *Scheidung FamKomm*, 2005, n. 13 ad art. 114 CC; STECK, *Commentaire bâlois*, 2003, n. 7 ad art. 114 CC). Ainsi, le délai de l'art. 114 CC commence à courir dès le jour où les époux ne vivent plus en communauté domestique, conformément à la décision de l'un d'eux au moins (Message du Conseil fédéral, p. 94). A cet élément subjectif s'ajoutent normalement des éléments objectifs perceptibles de l'extérieur, tel le fait que l'un des époux quitte l'appartement conjugal, bien que la vie séparée soit également concevable dans le cadre d'une demeure commune (FANKHAUSER, *op. cit.*, n. 15 ad art. 114 CC; arrêt du Tribunal cantonal de Bâle-Campagne du 11 juin 2002 in *FamPra.ch* 2003 p. 657; arrêt du Tribunal cantonal de Saint-Gall du 20 février 2001 in *RSJB* 2002 p. 54). La séparation ne suppose pas que les époux n'entretiennent plus aucune relation. Des contacts isolés en rapport avec les enfants ou dans un cadre professionnel, de même que ceux de nature amicale ou intime, ainsi que des prestations financières ne doivent pas être interprétés comme des indices de la fin de la séparation et ne remplacent pas la vie commune (STECK, *op. cit.*, n. 8 ad art. 114 CC; SUTTER/FREIBURGHAUS, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht*, 1999, n. 12 ad art. 114 CC; arrêt du Tribunal cantonal de Saint-Gall du 25 janvier 2002 in *FamPra.ch* 2002 p. 357).

Conformément à l'art. 8 CC, la partie demanderesse doit apporter la preuve que le délai de séparation a été respecté. Elle doit ainsi prouver la durée et la qualité de la séparation. Si la partie défenderesse allègue une interruption du délai, la preuve lui en incombe (STECK, *op. cit.*, n. 27 ad art. 114 CC).

4.2. Toutefois, chaque époux peut demander le divorce avant l'expiration de ce délai de deux ans lorsque des motifs sérieux, qui ne lui sont pas imputables, rendent la continuation du mariage insupportable (art. 115 CC). Savoir si tel est le cas dépend des circonstances particulières de chaque espèce, de sorte qu'il n'est pas possible, ni souhaitable, d'établir des catégories fermes de motifs sérieux au sens de l'art. 115 CC (ATF 127 III 129 consid. 3b). La formulation ouverte de cette disposition doit précisément permettre aux tribunaux de tenir compte des circonstances du cas particulier et d'appliquer ainsi les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC). Il s'agit de déterminer si le maintien du lien légal peut raisonnablement être exigé sur le plan affectif et psychique, autrement dit si la réaction émotionnelle et spirituelle qui pousse le conjoint demandeur à ressentir comme insupportable la perpétuation de ce lien pendant deux ans est

objectivement compréhensible. L'existence de motifs sérieux ne doit cependant pas être soumise à des exigences excessives (ATF 129 III 1 consid. 2.2; 127 III 129 précité).

4.3. En l'espèce, les époux ont été autorisés à vivre séparés par jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale du 12 juin 2006. Malgré l'exécution provisoire dudit jugement, nonobstant appel, l'intimé est resté vivre avec son épouse au domicile conjugal jusqu'au mois de décembre 2007. Il paraît vraisemblable que les époux soient demeurés unis dans une communauté domestique jusqu'au départ effectif de l'intimé comme l'a relevé le premier juge, ce que l'appelante n'a d'ailleurs pas contesté dans son acte d'appel. Partant, c'est à juste titre que le Tribunal a considéré que la condition temporelle du délai de séparation de l'art. 114 CC n'était pas remplie en l'espèce, l'appelante ayant déposé sa requête en divorce unilatérale le 25 février 2008.

4.3.1. S'agissant du prononcé du divorce sur la base de l'art. 115 CC, comme l'a relevé le Tribunal, les pièces attestant des violences conjugales subies par l'appelante étaient celles soumises au juge des mesures protectrices et vraisemblablement produites à l'appui de la première demande en divorce fondée sur l'art. 115 CC. Il n'a pas été démontré qu'au moment du dépôt de la nouvelle demande en divorce, les conditions de l'art. 115 CC étaient encore réunies. Il convient de rappeler que l'épouse a retiré sa première demande en divorce fondée sur l'art. 115 CC le 9 mars 2007 et qu'elle a déposé une nouvelle demande fondée sur l'art. 114 CC, le 25 février 2008. L'attestation du psychiatre de l'épouse montre les rapports conflictuels passés des époux, qui ont encore une incidence dans le développement personnel de l'appelante, mais n'établit pas que l'intimé continue actuellement de la violenter tant physiquement que psychologiquement. S'agissant du constat médical du 23 février 2008, attestant des douleurs au coude gauche et sur le muscle brachi-radial, ressenties aux dires de l'appelante à la suite de coups que lui aurait portés son époux, cet épisode n'est pas suffisant pour établir l'existence de motifs sérieux au sens de l'art. 115 CC. C'est ainsi à juste titre que le Tribunal a jugé que l'art. 115 CC n'était pas applicable en l'espèce.

- 5.** L'appelante soutient que l'opposition au divorce de son époux est constitutive d'un abus de droit. Sur la base d'un arrêt de la Cour de justice du 14 septembre 2001 (ACJC/907/2001), le Tribunal a considéré qu'il n'y avait pas la place pour un éventuel abus de droit de la part de l'époux défendeur qui s'oppose au divorce dans l'application des art. 114 et 115 CC. Dans ses dernières écritures, l'intimé argue à son tour que le comportement de l'appelante relève d'un abus de droit, du fait qu'elle s'est empressée de déposer une demande en divorce lacunaire pour empêcher son mari de saisir les autorités tunisiennes.

5.1. L'abus de droit, lorsqu'il est manifeste, n'est pas protégé par la loi (art. 2 al. 2 CC). Il peut y avoir abus de droit, notamment, lorsqu'une institution juridique est détournée de son but, lorsqu'un justiciable tend à obtenir un avantage exorbitant, lorsque l'exercice d'un droit ne répond à aucun intérêt ou conduit à une disproportion entre des intérêts justifiés, lorsque, à certaines conditions, une personne adopte un comportement contradictoire (TF, SJ 2004 I p. 28 consid. 3.1; TF, JT 2004 I 54 consid. 5.1 et références citées).

5.2. Selon l'arrêt de la Cour de justice du 14 septembre 2001 précité, l'invocation d'un abus de droit dans le cadre de l'art. 115 CC ne serait pas envisageable, le législateur ne lui ayant laissé aucune place. Par ailleurs, l'art. 114 CC, qui permet d'obtenir le divorce, sans aucune exception, après quatre années de séparation (deux ans actuellement), ne peut pas être invoqué non plus de façon abusive, malgré le large champ d'application du principe de l'art. 2 al. 2 CC (ACJC/907/2001 consid. 3).

Toutefois, le Tribunal fédéral a considéré, dans un arrêt postérieur du 11 décembre 2001, que dans les cas où le défendeur s'oppose au divorce, on ne peut pas dire de manière absolue que son comportement n'est jamais abusif. Tel serait le cas si le défendeur ne souhaite pas poursuivre la vie commune, et qu'il ne s'oppose au divorce que pour se procurer un avantage qui n'a aucun rapport avec le but du mariage ou le délai de deux ans (Arrêt n.p. 5C.242/2001 du 11.12.2001, SJ 2002 I 222).

5.3. Compte tenu de la prédominance de la jurisprudence fédérale sur les décisions cantonales, il convient d'examiner si, en l'occurrence, le comportement de l'intimé est abusif. Ce dernier a déposé une demande en divorce auprès du Tribunal de première instance de E. _____ (Tunisie) le 18 mars 2008, soit environ trois semaines après que son épouse a saisi les tribunaux suisses d'une demande en divorce. Nonobstant son opposition au divorce formulée lors de l'audience de comparution personnelle des parties du 19 novembre 2008, l'intimé n'a pas retiré sa demande en divorce en Tunisie, adoptant ainsi un comportement contradictoire. Selon l'intéressé, son attitude n'est pas antinomique puisque les deux procédures de divorce visent deux juridictions compétentes, mais bien distinctes. Il ressort cependant du jugement sur mesures protectrices que l'époux s'était renseigné auprès de l'ambassade de Tunisie, laquelle lui avait conseillé de divorcer dans son pays d'origine, car la loi tunisienne lui serait plus favorable que la loi suisse en matière de divorce. L'argument de l'époux tombe ainsi à faux, car bien que les deux ordres juridiques n'aient pas la même approche sur les effets accessoires du divorce, il n'en demeure pas moins que la procédure engagée par l'intimé en Tunisie est une procédure en divorce par laquelle il a exprimé le souhait de mettre un terme à l'union conjugale qui le lie à l'appelante.

Dès lors, il est manifeste que l'intimé ne souhaite pas maintenir le lien du mariage, et qu'il s'oppose au divorce pour se procurer un avantage qui n'a aucun rapport avec le but du mariage ou le délai de deux ans prévu à l'art. 114 CC. Ce comportement est clairement abusif et ne peut être ainsi protégé par la loi.

Pour sa part, l'appelante a saisi le Tribunal le 6 décembre 2005 et le 10 janvier 2006, respectivement d'une requête en mesures protectrices de l'union conjugale et d'une demande en divorce. Elle a retiré, le 9 mars 2007, sa première demande en divorce, alors qu'elle savait déjà dans le cadre des mesures protectrices que son mari avait pris des renseignements en matière de divorce auprès de l'ambassade tunisienne. Les époux ont à nouveau fait ménage commun jusqu'en décembre 2007. Ce n'est toutefois que deux mois plus tard, soit le 25 février 2008, que l'appelante a déposé une seconde demande en divorce; son époux avait ainsi tout le loisir, durant ce laps de temps, de saisir les autorités tunisiennes d'une demande en divorce. Il ne s'est toutefois décidé à agir dans son pays d'origine qu'après que son épouse a déposé une seconde demande en divorce à Genève. Dès lors, on ne discerne pas en quoi le comportement de l'appelante serait constitutif d'un abus de droit, plus de deux ans s'étant écoulés entre le moment où elle a saisi les tribunaux genevois de la présente procédure en divorce et celle où elle a appris que son mari s'était renseigné au sujet d'une telle procédure en Tunisie.

En l'état, la question de savoir si le divorce peut être prononcé en l'espèce sur la base des art. 114 ou 115 CC peut être laissée non résolue, car matériellement, il existe, entre les parties, un accord sur le principe même du divorce, situation que l'on peut qualifier d'analogue à celle que vise l'art. 116 CC. Selon cette disposition, les articles relatifs au divorce sur requête commune sont applicables par analogie.

Il s'ensuit que le jugement déféré est annulé et la cause renvoyée au Tribunal pour qu'il prononce le divorce et statue sur ses effets accessoires.

6. Au vu de la qualité des parties, les dépens de la procédure d'appel et de première instance seront compensés (art. 176 al. 3 et 313 LPC).
7. La valeur litigieuse est indéterminée (art. 51 al. 2 LTF).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par Madame X. _____ contre le jugement JTPI/1456/2009 rendu le 5 février 2009 par le Tribunal de première instance dans la cause C/3954/2008-20.

Au fond :

Annule ce jugement.

Retourne la cause au Tribunal de première instance pour qu'il prononce le divorce dans le sens des considérants et statue sur ses effets accessoires.

Compense les dépens d'appel et réserve ceux de première instance.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Madame Florence KRAUSKOPF, présidente; Monsieur Christian MURBACH, Monsieur Pierre CURTIN, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

La présidente :

Florence KRAUSKOPF

La greffière :

Nathalie DESCHAMPS

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 indéterminée.