Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 48 (1929)

Heft: 3

Artikel: La jurisprudence en matière de divorce et de séparation de corps sous le régime du Code civil suisse

Autor: Picot, Albert

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895841

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 24.08.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

La jurisprudence en matière de divorce et de séparation de corps sous le régime du Code civil suisse.

Rapport présenté par M. ALBERT PICOT,
avocat au Barreau de Genève.

TABLE DES MATIERES.

	Page
Introduction	3a
Chapitre premier. Les causes déterminées de divorce	4a
I. Adultère	7a
II. Attentat à la vie. Sévices et injures graves	10a
III. Délit infamant et conduite deshonorante	11a
IV. Abandon malicieux	14a
V. Maladie mentale	16a
VI. Pardon. Prescription. Compensation	18a
Chapitre second. Les causes indéterminées	22a
I. L'ancien droit et l'article 142.	22a
II. Jurisprudence publiée. Son évolution	25a
III. Pratique des tribunaux de première instance en face d'époux qui sont d'accord pour divorcer sans invoquer de griefs et de causes déterminées	28a
IV. L'article 142. Questions diverses	33a
Chapitre troisième. De la compétence pour les actions en matière de divorce et de séparation de corps	38a
I. For de l'action en divorce	39a
II. For de l'action en séparation de corps et de la demande en divorce après séparation	45a
III. Tribunal compétent pour les mesures provisionnelles	46a
IV. For pour les actions en modification d'un jugement de divorce	48a
Chapitre quatrième. Les mesures provisionnelles	52a
I. Caractère des mesures provisionnelles	52a
II. Objet des mesures provisionnelles	54a
Chapitre cinquième. La séparation de corps	56a
I. Séparation de corps et divorce	57a
II. Séparation de corps prononcée d'office	58a
III. Modalités et effets de la séparation de corps	59a
IV. Séparation de corps commuée en divorce	59a

Chapitre sixième. Le jugement de divorce et les époux . 61a
I. Condition de la femme divorcée. Son nom . . . 61a
II. Délai imposé pour un nouveau mariage 62a
III. Indemnités en cas de divorce 65a
IV. Régime matrimonial 74a

Chapitre septième. Le jugement de divorce et les enfants 74a
I. Attribution de l'enfant à l'un des parents 75a
II. Attribution de l'enfant à un tiers 78a
III. Les relations personnelles 79a
IV. Contribution aux frais d'entretien et d'éducation 82a
V. Modifications au jugement de divorce 84a

Chapitre huitième. La procédure 87a
I. Procédure d'office et maxime du débat 87a
II. Les conventions des parties 91a

Chapitre neuvième. Conclusion 93a
I. Remarques d'ordre spécial 93a
II. Remarques d'ordre général 95a

Principales abbréviations.

Briner = Die Ehescheidungsgründe im Zivilstands- und Ehegesetz von 1874 und im Zivilgesetzbuch von Dr. Rob. Briner, Aarau 1911.

BlZR = Blätter für Zürcherische Rechtsprechung.

Egger = Kommentar zum ZGB Familienrecht, Zürich 1914.

Gmür = Kommentar zum ZGB Familienrecht. Das Eherecht, 2. Auflage, Berne 1923.

J. des Trib. = Journal des Tribunaux et Revue judiciaire, Lausanne.

RO = Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral.

Rossel = V. Rossel et F.-H. Mentha, Manuel de droit civil suisse. 2ème éd.

SJ = Semaine judiciaire, Genève.

SJZ = Schweizerische Juristen-Zeitung (Revue suisse des juristes).

Stauffer = Der Ehescheidungsgerichtsstand in der Schweiz, von Dr. W. Stauffer, Berne 1922.

NB. Le second chiffre des citations des revues et des recueils d'arrêts indique toujours la page sauf pour les BlZR où il indique le n° de la décision citée.

INTRODUCTION.

Depuis le 1er janvier 1912, date de l'entrée en vigueur de Code civil suisse, toutes les questions relatives au divorce ont été, plus que d'autres dans le domaine du droit de famille, abondamment traitées par la jurisprudence des tribunaux de première instance et des tribunaux supérieurs. Il était intéressant, après bientôt dix-huit ans, de rechercher l'état du droit, tel qu'il s'est développé sous l'influence des juges. La jurisprudence a-t-elle précisé, développé, étendu le champ d'application de la loi? A-t-elle innové, comblé des lacunes, découvert des obscurités, résolu des difficultés imprévues? La jurisprudence est-elle divisée ou ses solutions suivent-elles toutes la même inspiration? La jurisprudence a-t-elle suivi ou contredit la doctrine?

Nous nous sommes appliqués à résoudre ces questions avant tout pour les juges et les avocats et pour leur application dans le domaine pratique.

Dans ce but, nous avons étudié spécialement la collection des arrêts du Tribunal fédéral, le Journal des Tribunaux, la Semaine judiciaire, les Blätter für Zürcherische Rechtssprechung et enfin la Schweizerische Juristen-Zeitung dont les indications relatives à la jurisprudence des Cours cantonales sont très abondantes. Pour connaître l'orientation des tribunaux de première instance, nous avons interrogé un juriste compétent dans chaque canton.

Cette étude de jurisprudence nous a entrainé plus loin que nous ne l'avions prévu et nous avons dû traiter d'une façon plus sommaire la question générale du divorce telle qu'elle se pose au législateur.

En face des expériences faites depuis 1912 y a-t-il lieu de modifier la loi dans un sens ou dans un autre pour mieux défendre l'idéal de la famille? Nous avons traité ce sujet dans notre conclusion. Les rapports présentés permettront à nos collègues de la Société Suisse des Juristes de le discuter en meilleure connaissance de cause.

La question n'est que posée. L'assemblée de la Société à Neuchâtel pourra servir de point de départ à une étude de plus longue haleine que l'opinion publique réclame avec insistance.

CHAPITRE PREMIER.

Les causes déterminées de divorce.

I. Adultère. — II. Attentat à la vie. Sévices et injures graves. — III. Délit infamant. Conduite deshonorante. — IV. Abandon malicieux. — V. Maladie mentale. — VI. Pardon.

Le Code civil a peu innové dans la matière des causes déterminées. Il a ajouté à celles qui existaient sous l'ancien droit, celle de la conduite deshonorante. Plusieurs des causes ont été réglées avec plus de soin. Le seul vrai changement consiste dans le fait qu'avant 1912, le divorce seul pouvait être prononcé pour cause déterminée. Avec le Code, le demandeur qui invoque une des causes des articles 137 à 141 peut agir aussi en séparation de corps. Et même si le demandeur agit en divorce, le juge peut s'en tenir à la séparation de corps si la réconciliation des époux parait probable. A cet égard donc, les causes déterminées ne sont plus des motifs déterminant en tous cas le divorce. Ce sont des causes de divorce ou de séparation de corps.

D'autre part, lorsqu'il s'agit d'atteinte à l'honneur et de maladie mentale, le motif n'est pas absolu et le juge doit encore apprécier si la continuation de la vie commune est supportable. Il y a donc lieu de distinguer parmi les causes déterminées, celles qui sont absolues et celles qui sont relatives.[1])

---

[1]) On peut distinguer plusieurs modes de classement des causes:

1° Les causes déterminées des articles 137 à 141 opposées aux causes indéterminées de l'article 142.

2° Les causes déterminées de l'ancien droit ne conduisant

Il y a lieu de se demander quelle est l'importance des causes absolues. Le preuve d'une cause absolue lie-t-elle le juge? Ou bien constitue-t-elle une présomption que le lien conjugal est profondément atteint et contre cette présomption la partie adverse peut-elle apporter une preuve contraire? Y a-t-il présomption juris tantum ou présomption juris et de jure? Briner, Rossel, Egger n'ont même pas discuté la question et considèrent que le juge, en présence de la preuve d'une cause déterminée absolue, doit prononcer le divorce ou la séparation de corps dans tous les cas où les éléments donnés par la loi (prescription, pardon, consentement) ne sont pas établis par le défendeur. Gmür (ad. 137 II 3) expose que, suivant qu'il s'agit de motifs absolus ou relatifs la question de la preuve de l'ébranlement du lien conjugal est différemment ordonnée. Dans les premiers cas, l'ébranlement du lien conjugal est présumé sans autre; la présomption ne peut être renversée que dans les cas de motifs énumérés par la loi ou lorsque l'exercice du droit se présente comme un abus de droit. (CCS art. 2.) Avec les autres, il appartient au juge d'apprécier si le lien conjugal est profondément atteint. Gmür va donc un peu plus loin que les autres commentateurs du code et admet déjà l'exception du défendeur ou l'appréciation du juge que le motif absolu est invoqué abusivement.

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt récent, est allé plus loin encore. (RO 53² 196, J. des Trib. 1927, 572). Alors que De. T. demandait son divorce en vertu de l'article 139 en invoquant les délits de faux et d'usage de

---

qu'au divorce opposées aux causes déterminées de la loi actuelle conduisant au divorce ou à la séparation de corps.

3° Les causes déterminées absolues opposées aux causes déterminées et indéterminées relatives.

4° Les causes déterminées relatives qui n'exigent, outre la preuve de la cause elle-même, que celle de la vie commune insupportable et les causes indéterminées relatives qui exigent la double preuve du lien conjugal profondément atteint et celle de la vie commune insupportable.

faux commis par son mari 6 ½ ans auparavant, le Tribunal fédéral a rejeté la demande, en invoquant qu'il apparaissait établi que les délits n'avaient pas atteint le lien conjugal, puisque De. T., après l'expiration de la peine, avait repris la vie conjugale et que celle-ci avait duré aussi longtemps que le mari avait une place bien rétribuée.

„Les causes déterminées du divorce, comme les causes indéterminées, supposent que les actes dont il s'agit influent sur l'union conjugale, sur l'affection réciproque des époux, sur la continuation de la vie commune. L'existence des faits prévus par les art. 137 à 139 constitue simplement une présomption légale de la destruction du lien conjugal, en sorte qu'il n'incombe plus au demandeur de fournir la preuve de la désunion ni de rendre celle-ci vraisemblable. Que si, cependant, dans une espèce, la présomption se révèle mal fondée, étant donné que, par exception, l'acte commis par l'un des époux n'a pas eu pareil effet destructeur, cet acte ne constitue pas une cause de divorce."

Cette décision doit-elle être envisagée comme une interprétation entièrement nouvelle des articles 137 à 139, renversant les notions jusqu'ici admises par la doctrine et la jurisprudence?

Nous ne le pensons pas. L'arrêt visé concerne la notion spéciale de l'article 139 où la loi ne prévoit pas la prescription. Le juge a voulu, par l'arrêt, marquer avant tout que l'absence de dispositions à cet égard n'implique pas que le demandeur puisse en tout temps et jusqu'à la mort se servir de cette cause de divorce. Cette cause ne peut être invoquée que pendant le temps où elle peut agir sur l'union conjugale. Ensuite elle disparait, et si un temps prolongé s'est écoulé entre le délit et l'introduction de l'instance, on doit considérer l'effet de la cause comme un effet périmé.

Il nous paraitrait bien osé de prétendre que le Tribunal fédéral confirmerait la doctrine citée dans des cas d'adultère ou d'attentat à la vie non prescrits.

En tous cas, s'il le faisait, nous estimerions que ce serait à tort. Le texte des articles 137 à 139 n'est pas ambigu et ne donne pas au juge, en principe, le pouvoir d'opposer à la demande la preuve de la non atteinte au lien conjugal. Avec Gmür, nous n'admettons cette manière de voir qu'au cas où la demande apparait comme abusive, dans des cas tout à fait exceptionnels où la cause déterminée est invoquée sans aucune bonne foi. L'abus de droit n'est alors pas protégé. On pourrait citer l'exemple suivant: une femme a vécu dans une inconduite notoire et scandaleuse; celle-ci cependant ne peut plus être invoquée par le mari à cause de la prescription et du pardon. La femme découvre par une lettre un adultère passager de son mari remontant à 3 ou 4 ans et contemporain de l'époque où elle courait le monde avec un amant. L'exercice de l'action de l'article 137 par la femme constituerait un abus de droit que le juge se refuserait à protéger. (Voir encore p. 9.)

I. Adultère. Le Code a adopté la notion de l'adultère de la loi de 1874. L'idée de l'avant projet de 1896 d'assimiler à l'adultère les délits contre les moeurs (p. ex. pédérastie) a été écartée. La jurisprudence n'a rien ajouté à la doctrine sur la notion même de l'adultère.[2])

La jurisprudence a dû traiter avant tout la question des rapports des articles 137 et 142. En 1912 la Cour de Zurich (SJZ 9 14) a pu encore croire que l'existence d'une cause déterminée de divorce, l'adultère, excluait le prononcé du divorce en vertu de l'article 142. Depuis lors, il est apparu clairement d'une part que le motif invoqué par une partie, tiré de l'adultère doit être examiné pour lui-même, mais que d'autre part l'action en vertu de l'article 137 n'exclut pas l'action du même conjoint et celle de l'autre conjoint en vertu de l'article 142.

Le grief d'adultère (RO 47[2] 247 B. c. B.) doit toujours être examiné pour lui-même quand ce ne serait que pour

---

[2]) Die Ehescheidungsgründe. Aarau 1911, p. 53 et 138.

savoir qui est l'époux innocent aux termes des articles 151 et 152 CC et aussi pour la fixation de la durée du délai d'interdiction de remariage de l'article 150.

Par contre, l'action d'un conjoint, en vertu de l'article 137, n'exclut pas celle de l'autre conjoint en vertu de l'article 142.

L'époux victime de l'adultère (voir même arrêt) peut ne pas être l'époux innocent et cela à cause de son attitude dans la vie conjugale. Il peut, par ses injures, ses accusations (BlZR 1916 n° 73) avoir provoqué l'adultère de son époux. Le divorce doit alors être prononcé contre les deux époux (SJZ 16 86. Cour de Bâle-Ville, 27 XII. 18).

Il n'en sera pas ainsi si l'on doit admettre que les griefs invoqués par l'époux adultère contre son conjoint sont excusables, parce que provoqués par l'adultère (voir SJZ IX p. 307. Cour de Bâle-Ville 28 II. 13).

Un mari, dont l'épouse a commis adultère et cherche à le faire passer pour l'époux coupable auprès de tiers, met en circulation des lettres qui chargent sa femme. La Cour voit dans cette tentative une cause de divorce. M. le Dr. A. Stuckelberg (SJZ 9 308) critique à juste titre cet arrêt: „Suivant les circonstances une demande reconventionnelle est admise par la pratique contre une demande fondée sur l'adultère et cela ensuite de l'exclusion bien connue de la notion de compensation. Mais cette demande n'est justifiée que si il n'y a pas un rapport spécial de causalité entre l'adultère et la faute subséquente de l'époux non-adultère. Dans le cas particulier, il semble être établi que, sans l'adultère, le mari ne se serait jamais laissé aller à renseigner des tiers sur la conduite de sa femme. L'action poursuivie dans un but de vengeance peut révéler un caractère bas, mais la révélation d'un faible caractère n'est pas une cause de divorce".

Il appartient au juge — et sa tâche dans ce domaine est difficile — de distinguer les cas où l'adultère est la trahison d'un pacte de confiance, la cause originaire du conflit qui amène au divorce, où par conséquent les fautes

de l'autre conjoint ne sont que des actes de représailles excusables (Trib. féd. arrêt non publié du 30 sept. 1927, V. c. V.) et les cas où l'adultère d'un conjoint n'est qu'un errement dans la suite des actes coupables des deux conjoints à l'égard l'un de l'autre, et où, par conséquent, malgré l'adultère d'un seul, les deux parties sont coupables.

Il y a même des cas où l'époux qui a commis adultère peut être l'époux le moins coupable de l'article 142 al. 2. La Cour d'appel de Zurich (BlZR 1914, n° 59) en a jugé ainsi à l'égard d'un mari qui a commis adultère, mais qui a ensuite et à plusieurs reprises offert le retour à la vie conjugale. L'épouse, malgré ces offres, s'est constamment refusée à la reprise de la vie conjugale. Ce refus donne à l'époux, originairement innocent, la qualité d'époux coupable. Le divorce sera prononcé contre lui en vertu de l'article 142.

Si, en matière d'adultère, l'époux innocent ne demande pas le divorce, il n'appartient pas au juge d'apprécier les motifs de son abstention et de prononcer quand même le divorce que réclame la partie conpable. Le Tribunal fédéral (SJ 1928 p. 213, Trib. féd. 17 II. 28, H. c. H.) critique avec raison un jugement qui prononce le divorce contre le demandeur adultère, malgré l'opposition au divorce de la défenderesse en raison du fait que celle ci s'abstiendrait de conclure an divorce sous le couvert de conclusions tendant hypocritement au maintien de liens matrimoniaux en fait ruinés. (Extraits de cet arrêt RO 54² 1).

A propos d'un arrêt du Tribunal fédéral (J. des Trib. 1927, 34. Divorce Merk 7 oct. 1926) on a pu penser que la haute instance ne considérait plus l'adultère comme un motif absolu de divorce et qu'il appartenait au juge d'apprécier encore in casu si, ensuite de l'adultère, le lien conjugal est détruit. Cette conclusion serait, à notre avis, erronée. Le Tribunal fédéral a effectivement refusé le divorce dans un cas où le mari a eu une maîtresse et la femme un amant en faisant ressortir que „l'offense a été

subie pendant de longues années sans que les sentiments des époux en eussent irrémédiblement souffert". Mais il résulte du texte de l'arrêt que les époux, pour des raisons inconnues, sans doute la prescription, ne pouvaient invoquer l'article 137. C'est en jugeant de l'adultère comme un fait invoqué pour l'application de l'article 142 que le Tribunal fédéral a apprécié, conformément à la loi, si le lien conjugal était in casu réellement atteint.

II. Attentat à la vie. Sévices et injures graves (138 CCS).

Cette cause de divorce, en tous points semblable, à celle de la loi de 1874 (art. 46b) a été peu discutée depuis 1912 et c'est dans la jurisprudence antérieure à 1912 qu'on trouvera les définitions données par le Tribunal fédéral, notamment de l'injure grave (RO 10 543; 21 766). Dans l'arrêt Bénédetti (RO 38² 31, 29 mai 1912) le Tribunal fédéral a indiqué qu'il restait fidèle à sa définition des injures qui, pour être graves, devaient découler de sentiments mauvais, réfléchis et durables et de nature à rendre la vie commune insupportable. Dans l'arrêt Bussard (J. des Trib. 1914, p. 280) il a critiqué un jugement du Tribunal d'Avenches qui, en présence d'injures graves, s'est contenté d'appliquer l'article 142 contre l'époux coupable.

Même en faisant très largement la part du milieu social et de l'éducation du demandeur, on doit reconnaitre l'injure grave soit dans des sentiments de mépris et de haine, soit dans la profondeur, la vérité et la continuité des souffrances causées à l'autre partie. En présence de tels faits l'application de l'article 142 est la manifestation d'une indulgence excessive.

La Cour de Bâle-Ville, dans un arrêt du 1 XII. 17 (SJZ 15 47) a fait ressortir le caractère purement civil de la notion d'injure grave de l'article 138. Cette notion est sans rapport avec celle d'injure des codes pénaux cantonaux. Dans l'instance en divorce, on ne peut se demander seulement si, en fait, il y a eu, oui ou non, une

injure verbale ou réelle. Il faut examiner non pas tant la manifestation extérieure d'un acte blessant, mais bien plus la portée de son effet. Il peut y avoir injure dans une simple attitude comme celle d'un soupçon continu d'infidélité qui naturellement blesse très gravement. Pour juger une pareille attitude, il faut rechercher si, in casu, elle a été de nature à ébranler le lien conjugal et si l'époux injurié a ressenti gravement le tort qui lui était fait. Au point de vue subjectif, il suffit que chez le défendeur la conscience de l'offense ne puisse pas ne pas être ressentie.[2a])

Pour que la cause de l'article 138 existe, il faut naturellement que l'époux qui injurie soit coupable. On ne peut prononcer le divorce par exemple si les injures sont la conséquence d'un état mental qui n'a pas duré 3 ans et n'est pas déclaré incurable. (SJZ 15 134 Trib. cant. Neuchâtel 4 X. 18; voir Gmür ad. 138 1). Le divorce ne peut être prononcé ni en verte de l'article 138, ni en verte de l'article 141.

III. Délit infamant et conduite deshonorante.

La loi de 1874 (art. 46c) suivant en cela la France et l'Italie, prenait, comme fait déterminant, la condamnation à une peine infamante. Le CCS (139), avec le code allemand, s'en tient à un critère moins formel, celui du délit infamant. Il a ajouté, à cette notion celle de la conduite deshonorante.

[2a]) Lorsqu'un des époux, sans commetre l'adultère proprement dit, s'abandonne aux caresses d'un tiers, la jurisprudence française et avec elle celle des Tribunaux romands a toujours considéré cet acte comme une injure grave à l'égard de l'autre conjoint. Le Tribunal fédéral et surtout les juges de la Suisse allemande n'ont pas admis qu'il y eût là injure, et ils font tomber l'acte coupable dans les causes de l'article 142, avec la porte ouverte à la preuve que le lien conjugal n'est pas atteint. Il y a là évidemment une divergence de conception morale. Pour un Latin l'infidélité d'un des conjoints est une injure à l'autre. Il est par elle ridiculisé, atteint dans sa réputation. Pour la littérature du Nord l'atteinte est avant tout de sentiment.

Malgré le texte contraire de l'avant-projet du code (161) il n'est pas douteux que le délit infamant constitue un motif absolu de divorce, comportant en lui-même la présomption que la vie commune est insupportable. Seule la conduite d'une vie deshonorante constitue un motif relatif de divorce, et le demandeur doit encore établir ou rendre vraisemblable que la cause est suffisante pour rendre la vie commune insupportable. Briner (op. cit. p. 142) et les commentateurs sont d'accord sur ce point.

La jurisprudence cantonale a clairement marqué la distinction entre l'ancienne notion de la condamnation et la notion actuelle du délit infamant.

D'une part, la Cour de Genève (SJ 1923, 287) a statué que si le mari a commis une indélicatesse au préjudice de son patron, même impunie, la femme peut invoquer l'article 139 en l'absence de toutes poursuites.

D'autre part, plusieurs tribunaux ont jugé que l'appréciation du délit, son caractère infamant ou pas infamant, ne dépend pas de la pénalité.

Une peine d'emprisonnement (SJZ 13 128, Cour de Berne 4 II 16, ZBJV 52, 440) n'est pas infamante si elle résulte d'un homicide par imprudence. La longueur ou la qualification de la peine sont sans importance, mais bien la mentalité que révèle le délit (SJZ 16 270, Trib. sup. Zurich 13 IV. 18).

Quelques tribunaux vont un peu loin dans ce sens et paraissent demander trop pour qu'un délit soit infamant au sens de l'article 139. La Cour d'appel de Bâle-Ville (SJZ 24 42, arrêt du 8 X. 26) ne reconnaît pas comme infamant un abus de confiance du mari, car celui-ci a agi pour sauver le commerce d'un parent de sa femme et n'a pas profité personnellement de l'argent soustrait. Le Tribunal d'Obwald (SJZ 9 230) refuse le divorce à une épouse dont le mari a été condamné pour vol et deux fois pour ivresse. Le vol était peu important, l'ivresse n'est pas un vice deshonorant et la demanderesse a été avertie avant son mariage du caractère de son mari.

Cette dernière façon d'excuser le mari est inattendue. L'épouse de Don Juan ne serait-elle plus recevable à agir contre son mari pour adultère parcequ'elle a dû savoir que son époux violerait la foi conjugale? Les tribunaux n'ont en général pas à tenir compte des sages avertissements donnés à un fiancé avant son mariage.

Délicate est la question de savoir si les notions de pardon et de prescription qui ne sont pas mentionnées à l'article 139 sont applicables à cet article. Il parait difficile d'admettre que l'époux qui, après la commission du délit et l'expiration de la peine a repris normalement la vie conjugale puisse tenir comme une épée de Damoclès sur la tête de son conjoint et en tout temps invoquer le délit infamant. L'épouse de l'ancien forçat aurait là une sorte de droit perpétuel au divorce inconnue en toute autre matière. On doit plutôt admettre que si le conjoint innocent n'agit pas dans un certain délai, il y a alors dans son attitude une renonciation à invoquer la cause de l'article 139, si plus tard les effets de l'infamie, de la déconsidération de son conjoint se révèlent plus durs qu'il ne l'avait pensé, il ne pourra invoquer que l'article 142.

La notion de péremption doit donc être admise.

En l'absence d'un texte légal précis, on ne saurait admettre une prescription de 6 mois ou de 5 ans, mais l'écoulement du temps apprécié quant à sa durée, suivant les circonstances de la cause, constitue contre le demandeur en divorce une présomption sérieuse de renonciation à l'action. Il n'y a, par contre, pas déjà perte de l'action dans le simple fait du pardon de la faute (v. plus loin ch. 1 VI).

C'est ce qu'a déjà jugé le Tribunal cantonal de Neuchâtel en 1912 (SJZ 9 192 divorce H. D.). Malgré le silence de l'article 139, le conjoint innocent ne peut réclamer l'application de la loi que pendant un temps relativement court après l'expiration de la peine. Le Tribunal fédéral a confirmé ce point de vue. (RO 53² 196, J. des Trib. 1927 573.) „L'épouse, conjoint innocent, doit

tirer en son temps les conséquences de la condamnation de son conjoint. Si après qu'il a purgé sa peine, elle l'a accueilli chez elle, reprenant sans doute la vie commune qui a duré 6 ans et demi, soit aussi longtemps que le mari a eu une place rétribuée et a pu subvenir aux besoins du ménage, elle montre clairement qu'elle n'a pas vu dans la condamnation ni dans le délit un obstacle à la continuation de la vie conjugale. Elle ne saurait en refaire après coup une cause de divorce."

Pour ce qui concerne la conduite deshonorante il faut une conduite durable qui permette de conclure à une mentalité blâmable. Il n'y a pas conduite deshonorante (SJZ 17 248) dans une série d'accusations portées contre un conjoint et qui sont si proches les unes des autres qu'on peut voir là un acte blâmable, mais non pas une conduite deshonorante.

IV. Abandon malicieux.

Le motif d'abandon que connaissaient déjà le droit canon et les droits cantonaux protestants se retrouve dans le CCS (140) presque dans les mêmes termes qu'à l'article 46d (Etat civil et divorce) mais avec une rédaction plus précise. On doit se demander si cet article qui contient des exigences spécialement rigoureuses n'aurait pas pu être supprimé. Les articles 139 et 142 permettent en effet aux conjoints abandonnés de divorcer dans la plupart des cas sans avoir recours aux délais et aux formes de l'article 140. — Le texte de l'article 140 a mis fin à la controverse de l'ancien droit portant sur la durée du délai après lequel l'époux délaissé peut agir. La sommation fixant un délai de 6 mois ne peut être faite qu'après l'expiration du délai de 2 ans de l'alinéa 1 de l'article (RO 40² 7, divorce Bomio; J. des Trib. 1913 194; Praxis II 17, divorce Huber-Ehrler; RO 52² 411, J. des Trib. 1926 546). On ne peut donc agir que 2 ans et 6 mois après le début de l'abandon.

Le Tribunal cantonal de Neuchâtel (SJZ 22 262, arrêt du 6 I 26) d'accord avec Rossel (n° 381) admet qu'une reprise temporaire de la vie commune, suivie bientôt d'une nouvelle séparation ne suffit pas pour interrompre le calcul des délais, ni non plus une introduction d'instance autorisant les époux à vivre séparés. Il serait sans cela trop facile à l'époux coupable de faire durer indéfiniment le délai.

Sous le régime de l'ancien droit, le Tribunal fédéral avait déjà jugé (RO 14 539) que le juge compétent doit adresser la sommation sans en examiner les motifs et le bien fondé. C'est le juge du divorce qui examinera en temps et lieu s'il y a eu vraiment abandon et si l'abandon a été malicieux. La jurisprudence actuelle a toujours confirmé ce point de vue. (BlZR 1919 63). La sommation n'est pas un ordre du juge, c'est la signification par lui d'un acte de procédure, condition d'un procès ultérieur. L'époux visé par la sommation, ne peut se pourvoir devant le juge en révocation ou annulation de l'acte.

Le juge compétent, pour faire la sommation, est celui qui l'aurait été aux termes de l'article 144 pour juger le divorce (RO 45[1] 292, SJ 1920 p. 193, divorce Kette, SJZ 10 291, voir aussi Stauffer p. 63).

La sommation est condition essentielle de l'application de l'article 140. Si elle n'a pas été faite, malgré un abandon prolongé, le demandeur ne peut agir qu'en vertu des articles 138 et 142.

Quand l'abandon doit-il être considéré comme malicieux? Tout le monde est d'accord qu'il n'y a pas abandon malicieux si le défendeur est contraint à vivre loin de son époux (prisonnier, naufragé, l'autre conjoint vagabond) ou encore si les circonstances de l'article 170 (santé, réputation, affaires menacées) autorisent un domicile séparé. Y a-t-il abandon malicieux toutes les fois que ces deux données manquent? V. Meli traite cette question dans la SJZ (16, 302) et la résout à juste titre par la négative. Il peut y avoir de justes motifs d'abandon qui

excluent la notion de malice. Il appartient au juge de les apprécier avec équité (CCS art. 4). Un tribunal de Zurich a pu, dans ce sens, apprécier qu'il n'y avait pas malice dans l'abandon du domicile par une femme dont le mari avait un caractère rude et qui était profondément malheureuse. Le cas de cette femme est à apprécier à la lumière d'autres articles que celui de l'article 140.

V. Maladie mentale.

L'article 141 CCS a repris la cause de divorce de l'article 46e de l'ancien droit mais en faisant passer la cause de la catégorie des motifs absolus dans celle des motifs relatifs. Il ne suffit plus d'une maladie mentale incurable de trois ans pour donner à l'époux sain le droit au divorce. Il faut encore que le juge considère si l'état mental du défendeur rend la vie commune insupportable. Le juge aura donc à distinguer les cas où la maladie mentale exclut la possibilité d'une vie supportable entre les époux, de ceux où l'union conjugale, malgré quelques difficultés, peut subsister (aphasie, mélancolie, bénigne, etc.).

L'application de l'article 141 a soulevé peu de questions dans la jurisprudence. Lorsqu'une maladie mentale a duré trois ans et a été reconnue incurable par des experts, le juge prononce le divorce sans difficultés. Ce sont en général des cas extrêmes dans lesquels la vie psychique du défendeur est altérée et où il ne saurait y avoir doute que la continuation de la vie commune est insupportable. Beaucoup plus délicates pour le juge sont les questions posées en cas de maladie mentale ou d'autres maladies hors du cadre de l'article 141 et examinées à la lumière de l'article 142.

Quelques auteurs (Briner p. 79, Curti ad. 141 3) ont considéré qu'il suffisait que le délai de 3 ans soit écoulé au moment du jugement. Avec Gmür, la jurisprudence a estimé que l'action ne pouvait être introduite qu'après l'expiration du délai de 3 ans. (Voir Trib.

cantonal de Neuchâtel, arrêt du 2 X. 18, SJZ 15 133; RO 52² 186; J. des Trib. 1926 621).

Il est certain également que le délai de 3 ans doit être écoulé depuis le mariage. Si le défendeur était malade auparavant, c'est l'article 120 2 CCS qui est applicable.

La maladie mentale visée par l'article 141 est celle du défendeur. Lorsqu'une personne est, de la part de son conjoint, l'objet d'une demande en divorce, elle ne peut, invoquant pour sa défense que le demandeur est aliéné, réclamer l'examen de son état mental pour l'appréciation des motifs qu'il invoque. Le sort de la demande dépend non pas de cet état mental mais du bien ou mal fondé des motifs allégués (SJZ 15 262).

La cause de l'article 141 est la seule parmi les causes déterminées qui n'implique pas une faute de celui contre qui elle est invoquée. Cette constatation a pour conséquence que l'époux défendeur n'est pas l'époux coupable au sens des articles 150 et 152 du CCS.

Le juge n'a pas à fixer de délai d'interdiction de remariage au défendeur. En pratique cependant celui-ci ne fera usage de ce droit de remariage que très rarement, (97 al. 2) et en cas de guérison.

L'époux malade ne pourra avoir droit aux indemnités de l'article 151, car s'il est „époux innocent" son conjoint n'est pas pour cela un époux coupable (voir SJ 1929 45; SJZ 25 281).

Par contre il peut réclamer la pension prévue à l'article 152, car il est innocent et la loi prévoit expressément que, même le conjoint qui n'a pas donné lieu au divorce peut être astreint à payer une pension dans le cas où l'époux innocent tomberait dans le dénuement. (SJ 1929 45; SJZ 22 137; ZBJV 61 271). Cette notion de l'innocence de l'aliéné (SJZ 22 137; ZBJV 61 271) ne saurait être discutée par le demandeur qui offrirait d'établir que le malade aurait dû l'avertir de son état avant le mariage. Le conjoint sain aurait pu aussi se renseigner. Et l'on pourrait ajouter: quel est le malade mental auquel on

peut reprocher à faute de ne pas avoir été conscient de son état?

La notion d'expertise contenue dans l'article 141 ne doit pas être envisagée comme une obligation imposée au juge de désigner des experts spéciaux pour l'instance en divorce. Le Tribunal sup. de Zurich (arrêt du 28 avril 20, BZR 1921 n° 8) a admis avec raison que l'article 141 exige seulement la constatation par des experts, mais ceux-ci peuvent avoir été entendus comme témoins ou avoir procédé dans une autre instance.

Le Tribunal de Glaris (SJZ 9 71) a admis que l'expertise peut être faite par les médecins même de l'établissement officiel où le défendeur est interné. Leur qualité de fonctionnaires, dit-il, garantit leur indépendance. Nous admettrons volontiers ce point de vue s'il s'agit d'aliénés dont la maladie grave n'est pas douteuse. Si, par contre, on se trouve en face d'un cas limite et en face d'un défendeur qui conteste judiciairement être malade, il nous parait que le juge doit désigner des experts même hors de son canton et qui ne peuvent avoir aucune idée préconçue à son sujet.

VI. Pardon. Prescription. Compensation.

La loi de 1874 ne connaissait pas la notion de pardon mais le Tribunal fédéral (RO 10. 112) avait reconnu comme un principe de droit commun qui peut être invoqué par le juge que le pardon efface la cause de divorce. Le Code a mentionné la notion du pardon aux articles 137 et 138 pour les causes d'adultère, d'attentat à la vie, sévices et injures graves. Lorsqu'il s'agit de la conduite deshonorante de l'article 139 le juge doit apprécier si la vie commune est devenue insupportable au demandeur. Il envisagera donc le pardon de la conduite antérieure comme une preuve que la vie commune a été reconnue comme supportable par le conjoint lésé. On ne saurait par contre admettre le pardon d'une conduite deshonorante qui continue. Un intérêt moral exige que l'époux

qui a toléré le scandale puisse modifier son attitude et s'en dégager.

Lorsqu'il s'agit du délit infamant, le Tribunal fédéral (RO 53² 196), admet, à juste titre, qu'il ne saurait y avoir de pardon. Les faits concernent des actes qui ne touchent pas seulement la sphère juridique, les intérêts et les sentiments de l'autre époux, mais l'intérêt public. Le pardon du délit commis ne signifie pas encore volonté de reprendre la vie commune avec toutes les conséquences d'ordre social que comporte cette décision par exemple pour les enfants. On a vu par contre plus haut que le droit du conjoint innocent à agir peut se périmer.

Le pardon va de soi dans le cas de l'article 140, car il ne saurait y avoir action pour abandon malicieux si les époux se sont réconciliés et ont repris la vie conjugale. La réconciliation fait disparaître la cause de divorce elle-même.

Il n'y a pas de pardon dans le cas de la maladie mentale puisque, de l'autre coté, il n'y pas de faute.

Le pardon (Gmür 138 23) doit être envisagé comme la preuve que l'époux innocent n'a pas ressenti ou a cessé de ressentir la cause de divorce comme une atteinte au lien conjugal.

La tâche du juge est de déterminer quand il résulte de l'ensemble des faits de la cause que l'époux a pardonné.

Ni la loi ni la jurisprudence ne connaissent de critère absolu de l'indice du pardon. La reprise des relations sexuelles par les époux ne saurait par exemple être considérée comme impliquant toujours le pardon. La femme (SJZ 16 383, Cour de Berne 4 III. 20) peut les avoir acceptées par simple crainte de son mari. Il se peut (SJZ 16 271) que les époux aient voulu par les relations satisfaire à un besoin physique, mais que, par ailleurs, toute leur attitude témoigne qu'il n'y a pas eu réconciliation. La question est à apprécier dans chaque cas particulier (SJZ 22 298, Trib. sup. de Zurich 20 XII. 22). Le Tribunal fédéral (RO 38² 43) a considéré qu'on ne

saurait voir l'indice du pardon dans la reprise de relations conjugales anormales et qui, par conséquent, n'impliquent aucun acte moral de réconciliation.

Il y a cependant des cas où la reprise des relations intimes apparaît comme l'indice que la femme est toute à son mari. Le Tribunal fédéral (J. des Trib. 1928 498, arrêt du 8 XII. 27) voit, peut être, un peu vite, un pardon dans le fait qu'une épouse séparée de son mari vient à deux reprises passer la nuit auprès de lui.

La vie en commun ne signifie pas également nécessairement le pardon. Dans un ménage de concierges qui n'ont qu'un lit et une chambre (SJ 1915 124) et qui par conséquent doivent dormir ensemble, aucune conclusion ne peut être tirée de ce fait.

Le retrait d'instance par la partie lésée (SJ 1912 514, arrêt du Trib. féd. du 29 mai 1912) n'est pas preuve nécessaire de réconciliation; „ce retrait peut en effet provenir d'autres circonstances qui n'impliquent nullement l'existence d'un pardon, essence même de la réconciliation."

Le pardon peut être tacite et être déduit des circonstances, par exemple, d'une reprise de la vie commune à laquelle vient s'ajouter un voyage de réconciliation (Cour de Genève 1 nov. 13, SJ 1914 122).

Le pardon doit cependant être toujours conscient et il ne peut porter que sur des faits qui sont connus de l'époux innocent. Très intéressant à cet égard est un arrêt du Tribunal fédéral (RO 50² 319) où l'on voit qu'un conjoint a pardonné l'adultère de sa femme, mais a ignoré qu'elle se fût adonnée à la prostitution. Cette seconde catégorie de faits peut encore être invoquée. Elle constitue un motif séparé de divorce qui n'est pas touché par le pardon.

L'effet du pardon est de faire tomber le droit d'agir pour la cause déterminée qui a été l'objet du pardon. Par contre, les faits pardonnés subsistent comme élément d'appréciation du juge dans le cas où l'un des époux invoque l'article 142.

La Cour de Berne (SJZ 10 323; ZBJV 50 144) l'avait nié mais, depuis lors, ce principe, conforme à l'esprit de la loi a été constamment affirmé par le Tribunal fédéral. (RO 38² 30 et 39² 184; 50² 319; J. des Trib. 1925 35). La faute commise, quoique pardonnée peut avoir été si grave qu'elle continue à ébranler le lien conjugal. La confiance qui doit régner entre les époux est trop ruinée pour que la vie commune soit encore supportable.[3])

Le code suisse vise avant tout à ce que le juge, libre dans son pouvoir d'appréciation, juge de l'ensemble des circonstances traversées par les époux en honnête homme et en psychologue. Son activité serait véritablement paralysée si, comme la prescription en matière de droit des obligations, le pardon entrainait une péremption absolue des faits et l'empêchait de les examiner pour rendre un verdict équitable. Même pour l'appréciation des questions relatives aux enfants le passé des deux époux doit être connu.

Lorsque l'époux pardonné invoque, après le pardon, contre son conjoint, avec l'article 142, des griefs moins sérieux que ceux des causes déterminées, il serait injuste que le défendeur ne puisse pas faire valoir que son attitude s'explique, en tout ou en partie, par le passé qu'il a pardonné et qui restait vivant entre les époux. On arrivera ainsi à éviter qu'une posture de simple défense puisse être considérée comme offensive. Il va sans dire qu'alors le divorce ne sera pas prononcé en vertu de l'article 137 et qu'un délai d'interdiction de mariage de trois ans ne pourra être ordonné par le juge. (Voir Rossel p. 238.)

Nous ne citons que pour mémoire les notions de prescription et de compensation qui n'ont pas été traitées fréquemment par la jurisprudence.

En matière d'adultère, il n'y a pas de prescription tant que l'adultère continue. Un époux (SJ 1923 559)

---

[3]) Voir Picot. Quelques considérations sur le divorce. Lausanne 1929 p. 15 et 16.

qui apprend l'adultère de son conjoint peut ne pas s'en prévaloir dans l'espoir que l'infidélité sera passagère.

La compensation n'est pas admise. Chacun des conjoints peut agir en invoquant la cause déterminée provoquée par l'autre. Chaque action est à juger pour elle-même.

CHAPITRE SECOND.

Les causes indéterminées.

I. L'ancien droit et l'article 142. — II. La jurisprudence publiée. Son évolution. — III. La pratique des Tribunaux de Ière instance. — IV. Questions diverses: a) L'action conjointe; b) La notion de faute prépondérante.

I. L'ancien droit et l'article 142 du Code.

La loi sur l'état-civil et le mariage de 1874 possédait deux articles relatifs aux causes indéterminées. L'article 45 prévoyait que le Tribunal prononce le divorce, lorsque les deux époux sont demandeurs en divorce, s'il résulte des circonstances de la cause que la continuation de la vie commune est incompatible avec la nature du mariage. L'article 47 prévoyait le divorce ou la séparation de corps, en dehors de toute cause déterminée s'il résultait des circonstances de la cause que le lien conjugal était profondément atteint. Malgré la jurisprudence contraire du Tribunal fédéral (RO 28² 448) les tribunaux de la Suisse orientale avaient donné à l'article 45 une vaste extension en le considérant comme applicable toutes les fois que les deux époux se portaient demandeurs en divorce. Le juge n'avait alors plus à entrer dans l'examen des causes invoquées, et il suffisait qu'il constate le réquisit de l'article pour qu'il pût prononcer le divorce. D'autre part, la formule très large de l'article 47 a donné une grande facilité au juge pour prononcer le divorce et le nombre des divorces a été en Suisse considérable, d'un pourcentage plus fort que dans la plupart des Etats de l'Europe.

De 1876 à 1900 la Suisse a eu 21 divorces pour 10,000 mariages existants. Pendant la même époque il n'y en avait en Allemagne que 4, en France 3, en Angleterre 0,6.

Le législateur du Code civil, tout en restant fidèle au principe des causes indéterminées a cherché à rendre pourtant moins facile le prononcé du divorce. Il a supprimé l'article 45 relatif au divorce introduit par les deux époux. Il a ajouté à la notion de l'article 47, du lien conjugal profondément atteint, celle de la vie commune insupportable. Le juge n'a pas à demander seulement à l'époux qui réclame le divorce, si le lien conjugal est profondément atteint, mais encore si cette atteinte rend la vie commune insupportable. A l'élément de fait que le juge doit constater, l'atteinte du lien, le juge doit joindre une appréciation des effets de cette atteinte, à savoir si elle rend la vie commune insupportable.

Enfin le législateur a consacré par un texte précis le principe jurisprudentiel que l'époux auquel la désunion est surtout imputable n'a pas le droit d'intenter action.

M. le juge fédéral Piller [4]) a relevé ce fait historique trop oublié que le législateur du code civil a voulu, en matière de causes indéterminées, c'est à dire dans le domaine le plus important du chapitre du divorce, non pas maintenir l'ancien droit mais le modifier dans le sens d'une aggravation des conditions du divorce avec le but déterminé de rendre cette institution moins accessible, même en cas d'accord des deux époux pour divorcer.

Nous sortirions de notre sujet en citant à ce propos l'exposé des motifs [5]) et la discussion du projet aux Chambres fédérales. La jurisprudence a-t-elle tenu compte de cette modification de la loi? Nous aurons à examiner cette question en détail au cours du présent chapitre. Elle ne peut être résolue d'emblée. La jurisprudence publiée par le Tribunal fédéral et les revues de droit ne peut

---

[4]) Nova et vetera. III. Janv./Févr. 1928 p. 53.

[5]) Voir p. 123 et 124.

donner qu'une idée très incomplète de l'application de la loi. Un élément sur lequel la doctrine n'a pas assez insisté domine toute la matière: les cours cantonales supérieures et le Tribunal fédéral ne connaissent en général qu'une partie très restreinte des cas où l'article 142 est invoqué. Lorsque les conjoints ont demandé le divorce en vertu de l'article 142 et se sont mis d'accord par une convention sur les effets accessoires du divorce, il n'y a si le divorce est prononcé conformément à leurs voeux, aucun recours à une instance supérieure. Le jugement ne traite aucune question de droit spéciale et par conséquent n'est jamais publié comme devant intéresser les juristes.

Si les deux époux demandent le divorce les cours supérieures ne connaissent donc — en matière d'article 142 — que les cas exceptionnels où les conjoints sont assez acharnés pour recourir à cause de la question de faute et demander la condamnation de leur partie adverse, ou bien encore les cas où, le divorce ayant été prononcé, les parties appellent ou recourent au Tribunal fédéral sur une question relative aux effets accessoires (garde d'enfants, pension, régime matrimonial). Dans ces derniers cas l'instance supérieure ne revient en général pas sur les causes de divorce qui ne sont pas objet de recours et elle statue seulement sur le point accessoire litigieux.

Malgré la bonne intention des tribunaux de première instance de suivre la loi et l'orientation de la jurisprudence de la Cour suprême, il n'en reste pas moins qu'un certain fossé s'est creusé entre eux et les cours supérieures, résultant du fait même que les espèces jugées sont d'une essence différente. La position du juge est autre s'il instruit un cas où l'une des parties nie qu'il y ait cause de divorce et attire tout le débat sur ce terrain ou s'il est en face de deux époux qui insistent tous deux sur ce qui les divise et rend la vie commune insupportable. La jurisprudence publiée ne connaît que la première situation et ignore la seconde.

Nous avons estimé important de rechercher quelle était d'une manière générale la pratique des Tribunaux suisses dans ces procès où les deux époux sont d'accord pour divorcer et se sont entendus sur les effets accessoires. Nous avons adressé dans ce but à un juriste de chaque canton ou demi canton, spécialement versé dans la matière, un questionnaire détaillé. Nos collègues, juges, greffiers ou avocats, ont mis un grand empressement à nous répondre et nous les remercions ici de leur travail consciencieux et souvent très approfondi. Nous traiterons donc la question de la jurisprudence en deux chapitres distincts, l'un relatif à la jurisprudence publiée, l'autre relatif aux données fournies par notre questionnaire.

II. Jurisprudence publiée. Son évolution. Orientation générale vers une appréciation plus sévère des conditions de l'article 142.

Lorsqu'on lit les quelques arrêts rendus par le Tribunal fédéral avant la fin de la guerre en application de l'article 142, on ne voit pas une grande différence d'appréciation avec l'ancien droit. Dans l'arrêt Bally (RO 38² 56; J. des Trib. 1912 588) le Tribunal fédéral insiste particulièrement sur la constatation objective qu'exige l'article. Son application ne présuppose pas que l'atteinte au lien conjugal soit attribuable à une faute des parties. Le divorce peut être prononcé en cas de solution négative de la question de faute. Lorsqu'objectivement une atteinte grave au lien conjugal existe, le divorce peut être prononcé. L'arrêt Bomio (RO 40² 10) précise la notion de vie commune insupportable. Ce dernier mot n'est pas synonyme d'impossible. Il n'y a pas de raison de refuser le divorce à des époux dont la vie conjugale n'est plus qu'une constatation d'état civil. L'arrêt Conrad (RO 41² 323; J. des Trib. 1915 604) est la constatation d'un cas typique de désunion objective, due, en l'absence de faute, à la „dissemblance de caractère des époux et à

la divergence de leurs idées sur les choses de la vie journalière . . ."

Depuis quelques années le Tribunal fédéral, sans doute en face du nombre croissant des divorces, a scruté plus à fond les données de l'article 142 et, par une série d'arrêts, a manifesté la tendance d'accorder le divorce moins facilement en maintenant le lien conjugal toutes les fois que sa rupture irrémédiable n'est pas évidente et qu'il n'est pas indiscutable que la vie commune est devenue insupportable. (Voir J. des Trib. 1928 p. 499; note de M. le Dr. Thilo, greffier du Tribunal fédéral).

Cette jurisprudence du Tribunal fédéral ne contient pas, à proprement parler, des notions nouvelles, différentes de celles qu'on trouverait dans la doctrine, notamment chez MM. Egger et Gmür; elle marque plutôt un retour à la pure doctrine et à plus de sévérité dans l'appréciation de l'atteinte du lien conjugal. Elle constitue la manifestation d'une haute conscience de la valeur morale et sociale du mariage, une réaction contre un certain découragement qui semblait s'être emparé des juges les plus intelligents en face des époux divisés. Nous dirons dans notre conclusion nos appréciations au sujet des leçons à tirer du conflit indéniable qui existe entre cette jurisprudence et celle de la plupart des tribunaux de première instance.

Dans le divorce Elmiger (RO 52² 411; J. des Trib. 1926 546) le Tribunal fédéral souligne que le fait que les époux sont d'accord pour divorcer ne saurait avoir une influence décisive. Le code ne connait pas, comme cause de divorce, le consentement des parties. Les intérêts de la famille et ceux de la société exigent le maintien et la protection du mariage à tel point que sa dissolution ne saurait dépendre de la volonté des parties. La convention des parties sur le divorce même est dénuée de toute portée obligatoire. Le juge doit examiner d'office dans chaque cas particulier si le lien conjugal est si profondément atteint que

la vie commune est insupportable. Les aveux des parties ne sont que des éléments de preuve pour établir la désunion. Le juge ne prononcera le divorce que quand il sera parvenu à la conviction intime que le lien conjugal a subi une atteinte irréparable.

Dans le divorce Merck (RO 52² 317, J. des Trib. 1927 35) l'arrêt insiste sur le fait que les motifs d'atteinte du lien conjugal doivent avoir été opérants dans le cas particulier. Il ne suffit pas qu'en général de pareils motifs aient pour effet de porter atteinte au lien conjugal. Si deux époux, coupables d'adultère prolongé ont continué à vivre ensemble et à avoir des rapports intimes, correspondant sur un ton affectueux, on ne peut dire que les sentiments conjugaux aient irrémédiablement souffert.

Dans le divorce Künzli (J. des Trib. 1927 528) le Tribunal fédéral refuse un divorce accordé au mari par les deux instances bernoises. L'époux invoque contre sa femme des incidents de ménage, le refus de la femme d'avoir des rapports intimes sans moyens anticonceptionnels et enfin surtout son séjour à Londres et son refus de rejoindre le domicile conjugal. Le Tribunal fédéral estime que l'atteinte au lien conjugal n'est pas irrémédiable. On ne pourra considérer cette atteinte comme tout à fait grave que si le demandeur ne peut aller s'établir à Londres ou si, dans ce dernier cas la défenderesse refuse de revenir en Suisse. Le demandeur aura alors le droit de l'article 140.

Il est difficile d'apprécier, sans avoir le dossier et les lettres des époux sous les yeux, si le Tribunal fédéral n'est pas allé bien loin en faisant une obligation au mari de rejoindre sa femme alors que la loi donne à l'époux le droit de fixer le domicile conjugal.

Dans le divorce Meister (J. des Trib. 1928 495) le divorce admis par la Cour de Bâle est refusé par le Tribunal fédéral à une épouse dont le mari a pourtant répondu à l'offre de mariage d'une personne tierce pendant

l'instance en divorce. Dans le cas particulier, cette offre n'est pas une grave offense. Tout laisse supposer que lorsque les parties seront bien fixées sur leur situation de mari et de femme, le défendeur n'aura plus de pareilles fantaisies. C'est à la suite de cet arrêt que l'on trouve la note de M. le Dr. Thilo citée tout à l'heure avec une citation de l'arrêt Giersen c. Giersen du 22 juin 1928. (Voir encore RO 54² 1, divorce Henny.)

Plusieurs des cours d'appel cantonales ont statué également avec sévérité dans le cas d'application de l'article 142. Nous pouvons citer spécialement à cet égard l'arrêt de la Cour de Genève (SJ 1922 573) dans le divorce D. La Cour reforme un jugement du Tribunal de première instance qui a vu la cause de la désunion dans des motifs d'ordre psychologique échappant à toute appréciation juridique et a prononcé le divorce. Elle rappelle que si la loi connait le divorce, elle veut avant tout protéger le mariage. Le mari-défendeur n'a rien à se reprocher et doit être protégé dans son opposition au divorce.

Dans le procès Naenny (SJ 1926 24) la Cour de Genève a apprécié très strictement l'article 142 dans un cas où une réconciliation des époux paraissait pourtant sans espoir. (Voir également Trib. cant. de Neuchâtel, SJZ 9 241).

III. Pratique des Tribunaux de première instance en face d'époux qui sont d'accord pour divorcer sans invoquer de griefs et de causes déterminées.

Le questionnaire que nous avons adressé dans chaque canton et dont les réponses ont été souvent contrôlées par plusieurs personnes compétentes contient 18 questions. Une première catégorie de celles-ci tend à savoir si le divorce est plus difficile à obtenir qu'avec l'ancien droit, si le juge apprécie la rédaction nouvelle de l'article 142 en tenant compte de sa double exigence, enfin si, d'une

manière générale, le divorce des époux d'accord est facilement accordé.

Une seconde catégorie de questions vise les moyens d'investigation employés par le juge et son intervention dans la question de faute. Une troisième catégorie concerne la façon dont le juge envisage les solutions apportées par les parties sous forme de convention.

a) Questions générales.

La plupart des rapporteurs admettent que la pratique judiciaire en la matière n'a pas changé depuis l'entrée en vigueur du Code civil. A Soleure, à St-Gall et à Lucerne elle est même moins rigoureuse. Seuls Uri et Nidwald ont une pratique plutôt plus sévère. A Berne, où les cas de divorce sont examinés très à fond la pratique judiciaire, depuis les derniers arrêts du Tribunal fédéral a une tendance à devenir plus sévère. Il ne semble donc pas que les tribunaux aient d'une manière générale réalisé l'intention du législateur du Code de rendre le divorce, pour causes indéterminées, plus difficile qu'avec la loi de 1874.

Il ne semble pas non plus que les tribunaux aient réalisé la distinction, que le législateur fait entre l'exigence de la preuve de l'atteinte au lien conjugal et celle de la vie commune insupportable. Comme le disent les rapporteurs zurichois et thurgovien, on considère les deux exigences de la loi comme un tout, c'est à dire qu'il n'y a réellement atteinte profonde au lien conjugal que si la vie commune devient insupportable aux époux. Seul le président du Tribunal civil de la Ville de Berne indique au rapporteur bernois l'importance donnée à cette distinction. Aucun des rapporteurs, sauf celui de St-Gall, ne connait un cas où le Tribunal se serait convaincu de l'existence de l'atteinte profonde, mais aurait refusé le divorce parce que la seconde exigence ne serait pas suffisamment établie.

D'une manière générale, on peut distinguer en face de cette catégorie d'instances en divorce quatre sortes de cantons:

1. Les cantons de Zurich, Genève, Schaffhouse, Grisons, Bâle-Campagne, Thurgovie, Zoug et Glaris accordent le divorce avec facilité.

2. Soleure, St-Gall, Lucerne, Argovie et Tessin ont une pratique qui varie beaucoup suivant la composition du tribunal et suivant qu'il s'agit des régions citadines ou campagnardes, protestantes ou catholiques.

3. Berne, Bâle-Ville, Neuchâtel et Vaud ont une pratique sérieuse mais non pas rigoureuse.

4. Appenzell, Unterwald, Valais, Fribourg, Uri, Schwyz — ce dernier canton cependant moins que les autres — n'accordent le divorce que rarement et avec une grande difficulté.

Les plus grandes divergences, à l'intérieur même des cantons, sont signalées par les rapporteurs de Thurgovie, St-Gall et Lucerne. A St-Gall la Cour cantonale est impuissante à unifier les conceptions très différentes des juges de district qui, citadins ou protestants, accordent plus facilement le divorce que campagnards ou catholiques. Dans le canton de Vaud, par contre, cette distinction ne joue pas de rôle et l'on sait qu'à Lausanne un divorce est toujours difficilement prononcé. A Lucerne, malgré l'unité confessionnelle c'est la distinction entre ville et campagne qui joue un rôle déterminant. En ville le divorce est rarement refusé, à la campagne il n'est pas facilement accordé.

b) Questions relatives à la preuve.

En face d'époux d'accord pour divorcer et qui se sont entendus sur les conséquences de leur divorce, la justice, dans certains cantons, renonce à tout l'appareil d'un procès en contradictoire avec apport de la preuve par témoins. C'est le cas à Genève où le Tribunal de première instance se contente, en lien et place d'enquêtes, de simples déclarations écrites de tiers que les parties reconnaissent comme faites sous la foi du serment. A Zurich, à Schaffhouse, le juge prononce souvent sur le dossier et

sur les explications fournies par les avocats ou les parties, sans recourir à des enquêtes.

Dans la plupart des autres cantons, l'enquête est de règle. Ce n'est qu'exceptionnellement que le juge y renonce à Bâle Campagne, à Bâle-Ville, aux Grisons, à la Ville de Lucerne et au Tessin. Exceptionnellement aussi, le juge accepte des déclarations au lieu d'enquêtes à St-Gall ou à Zoug.

Une des grandes difficultés dans le domaine du divorce d'accord est, pour des époux désunis mais discrets et qui ont la pudeur de leur malheur, d'avoir des témoins. Admettra-t-on que ces époux doivent renoncer à divorcer et que seuls ceux qui se donnent en spectacle peuvent prouver l'atteinte grave du lien conjugal? La question est résolue très diversement dans les divers cantons. A Zurich, Genève, Schaffhouse, Bâle-Campagne, Berne, Thurgovie, Argovie, Ville de Lucerne, Vaud, exceptionnellement à St-Gall, Appenzell, Zoug, Glaris, on admettra que le juge prononce le divorce sur les aveux des parties si ceux-ci lui inspirent confiance et emportent sa conviction. A Grisons, Neuchâtel, Zoug, Unterwald, Campagne lucernoise, Valais, Uri, Schwyz, ce mode de preuve est inconnu.

Enfin lorsque les époux sont d'accord, l'appréciation des preuves est-elle telle qu'elle entraîne souvent le refus du divorce? Ou bien faut-il considérer qu'en général le consentement des époux entraîne le divorce comme si le divorce par consentement mutuel était dans la loi.

Pour certains cantons, on peut admettre que les tribunaux de première instance ne refusent pour ainsi dire jamais le divorce à des époux d'accord. C'est le cas pour Zurich, Genève et Schaffhouse. Dans d'autres, le refus est rare. C'est la grande majorité: Grisons, Soleure, Bâle-Campagne, Bâle-Ville (2 sur 34 en 1928), Thurgovie, St-Gall, Zoug, Glaris, Tessin, Lucerne-Ville, Vaud, Berne.

Une troisième catégorie voit plus souvent le juge refuser un divorce introduit d'accord. C'est le cas d'Appen-

zell, Neuchâtel, Lucerne (la campagne), Fribourg, Unterwald, Uri. Dans ce dernier canton le rapporteur nous indique que le divorce de l'article 142 est toujours refusé. Le juge ne connait que les causes déterminées. A Schwyz, le refus du divorce entraine en général un jugement de séparation de corps.

On remarquera que la division des cantons dans cette question de l'appréciation finale des preuves ne correspond pas tout à fait à celle de la page 30. Cela s'explique par le fait que les parties elles-mêmes et surtout les avocats ne soumettent pas au juge un cas qu'ils savent devoir être rejeté. Il y a donc une première élimination faite avant le Tribunal. Si celle-ci est faite, comme par exemple à Berne ou Vaud par un barreau qui est en contact avec la magistrature, on peut avoir un canton de la catégorie considérée comme rigoureuse en matière de divorce et où pourtant presque tous les divorces introduits d'accord sont admis. Ceux-là seuls sont jugés qui le méritent.

c) Le pouvoir d'office du juge dans les divorces d'époux d'accord.

Il nous a paru intéressant de demander à nos rapporteurs l'usage que faisait le juge de son pouvoir d'office tout d'abord dans la question de faute et d'application de l'article 150, ensuite dans la question des effets accessoires du divorce.

Le juge qui se trouve en présence d'époux qui n'articulent pas de griefs s'incline-t-il devant cette réserve, ou bien use-t-il de son pouvoir d'office pour prononcer le divorce contre un des époux et appliquer l'article 150?

Il est curieux de constater que dans ce domaine les cantons favorables à l'idée de respecter la réserve des époux sont plus nombreux que ceux qui accordent le divorce facilement. La plupart des rapporteurs considèrent que les tribunaux de leur canton s'en tiennent aux conclusions des époux sur la question de faute et

n'y suppléent pas. Ce n'est que de loin en loin qu'à Zurich, Berne, Bâle-Ville, Glaris ou Genève on voit le juge appliquer d'office l'article 150 et fixer au conjoint qu'il découvre coupable par l'enquête, un délai de non-remariage. (Voir plus loin p. 106).

Qu'en est-il pour les effets accessoires du divorce?

Nous reviendrons sur ce sujet lorsqu'à propos de l'article 158 nous traiterons des conventions entre époux. Nous nous contenterons de signaler ici à propos de l'article 142 que, dans la plupart des cantons, lorsqu'il s'agit des divorces d'accord, le juge considère la solution qui lui est soumise par les époux comme bonne et qu'il ne la modifie que rarement.

En résumé donc, les tribunaux suisses de première instance qui, seuls, s'occupent de ces cas, admettent en général que les époux qui se sont mis mutuellement d'accord pour divorcer, le font pour des motifs sérieux correspondant aux exigences de l'article 142. Ils ne se montrent pas très rigoureux dans l'examen des preuves et voient dans la volonté réciproque des deux conjoints déjà un indice important de l'atteinte grave au lien conjugal.

IV. L'article 142. Questions diverses.

a) L'action conjointe.

Influencés par la rédaction de l'article 45 de l'ancien droit, des tribunaux ont pu croire qu'en matière d'article 142 les actions, si elles provenaient des deux conjoints, n'étaient pas à considérer comme action principale et reconventionnelle, mais comme une action tendant à un but commun, la constatation de l'atteinte grave au lien conjugal (SJZ 11 277; Cour de Zurich 12 XII 14).

Nous ne sommes pas de cet avis. Si l'objet de la demande est le même, il n'en reste pas moins qu'il s'agit de deux actions distinctes. L'article 142 débute comme les précédents par les mots „chacun des époux". Chacune des actions peut avoir un sort différent. La première

sera agréée parce qu'elle émane d'un conjoint innocent et elle entrainera la condamnation du défendeur à la peine de l'article 150. L'autre action sera repoussée. C'est à juste titre que l'on a fait remarquer (BlZR 1913 112) que la demande conjointe de l'article 45 de l'ancien droit n'existe plus.

Si une loi de procédure cantonale permet l'introduction d'une demande conjointe, celle-ci est à traiter comme les demandes séparées des deux époux. Egger et Gmür qui admettent tous deux que la demande conjointe peut encore exister, arrivent à la même conclusion que cette demande ne jouit d'aucun privilège spécial. La distinction que fait Egger de trois espèces d'actions, celle d'un époux, celle de deux époux, celle conjointe, nous parait superflue. Les deux premières actions suffisent.

b) L'article 142 al. 2. La notion de faute prépondérante.

Si la désunion est surtout imputable à l'un des conjoints, l'action ne peut être intentée que par l'autre. La jurisprudence a eu maintes fois à rechercher si la désunion était imputable à l'un des plaideurs et elle fournit de nombreux exemples de refus d'action. Dans le divorce S. le Tribunal fédéral (RO 39² 184) refusa au mari le droit d'invoquer l'article 142. L'époux qui, après avoir pardonné des fautes graves, introduit une concubine au domicile conjugal ne peut invoquer les fautes antérieures de son épouse. Il est „il conjuge preponderantemente colpevole". Dans le divorce Defilippis (RO 40² 442; J. des Trib. 1915 235) le mari, coupable d'adultère, n'est pas recevable à demander le divorce. Les faits reprochés à l'épouse ne sont pas des fautes qui peuvent être causes de divorces mais seulement des défauts de caractère. La faute du mari est donc prépondérante. — L'adultère n'entraîne cependant pas nécessairement la qualité d'époux le plus coupable. Le mari (SJZ 9 376) adultère peut néanmoins

agir en divorce, si ayant offert la reprise de la vie conjugale, celle-ci lui est refusée pendant de longues années. Le refus de la femme la met dans la situation de l'époux le plus coupable. Se trouve dans la situation de l'époux le plus coupable le mari (J. des Trib. 1913 258) qui n'a pas entretenu sa famille, l'épouse qui, sans motif, a calomnié son mari (SJ 1912 760, Trib. féd. divorce Droz). Par contre, ne sera pas considérée comme l'épouse la plus coupable la femme qui (SJ 1913 p. 407, Trib. féd. divorce L.) a calomnié son mari mais de bonne foi et sans que l'intention d'offenser soit établie.

L'époux malade de la tête (SJZ 22 298) qui agit en vertu de l'article 142 n'est pas un époux coupable. La désunion lui est imputable en fait, mais pas en droit. — La question la plus délicate en cette matière, et sur laquelle il règne une divergence entre la doctrine et la jurisprudence la plus constante est celle de savoir si l'al. 2 de l'article 142 constitue une disposition que le juge doit appliquer d'office ou si elle n'est qu'une exception dont le défendeur a la faculté de faire ou de ne pas faire usage.

Egger (142 5a) estime que l'époux dont la faute est prépondérante doit être débouté de son action, même si l'autre conjoint ne s'oppose pas à sa demande. Il s'appuie sur un arrêt de l'ancien droit (RO 33² 193). Gmür (VII. 1b) estime que l'al. 2 de l'article 142 est une disposition d'ordre public et moral et que la renonciation d'une partie à s'en prévaloir ne dispense pas le juge de rechercher, dans chaque procès, si l'atteinte au lien conjugal repose sur une faute et si un époux supporte la responsabilité de la faute prépondérante. Gisi (Zeitschrift für schw. Recht, Verhandlungs- und Offizialmaxim im Eheprozessrecht, 1913 p. 455) partant du principe général posé par lui que le pouvoir d'office du juge s'étend à tous les faits qui tendent à infirmer un motif de divorce, considère l'al. 2 de l'article 142 comme soumis au pouvoir d'office du juge. C'est une condition négative de l'article 142

que le demandeur ne doit pas être l'époux le plus coupable. Ce fait fait partie du cas de divorce. Du moment qu'il existe, il n'y a plus de motif de divorce. L'époux coupable n'a pas d'autre chose à faire qu'à s'améliorer, à faire cesser la cause de trouble. En pratique, l'innocence du demandeur est à présumer (presumptio boni viri). Mais le fait contraire de la faute doit être soulevé d'office.

La jurisprudence n'a pas suivi ces auteurs. Le Tribunal fédéral déjà en 1877 (RO 3 380) avait admis que si l'époux innocent ne s'oppose pas à la demande, il n'y a pas de motifs suffisants pour refuser le divorce alors que la cause indéterminée est prouvée. Dans un arrêt de 1907 (RO 33² 393) il a rappelé cette règle, mais ne l'a pas appliquée, estimant être dans un cas où le défendeur, à son tour, échouait dans une preuve qui lui incombait. Sous le régime du nouveau droit le Tribunal fédéral est resté fidèle à la règle qu'il avait posée. Il l'a fait en pleine conscience de son opposition avec la doctrine (RO 51² 116; J. des Trib. 1925 p. 523).

Le Tribunal fédéral ne nie pas le pouvoir d'office du juge affirmé par l'article 158 ch. 1 pour les causes de divorce, mais il se sépare de Gisi en ce sens qu'il ne considère pas l'al. 2 de l'article 142 comme définissant la cause de divorce. Le juge ne doit prononcer le divorce que s'il est convaincu de l'existence réelle d'une cause de divorce par l'administration des preuves. Il n'a pas à tenir compte d'une déclaration d'un plaideur affirmant ou infirmant un fait. La déclaration du défendeur que le lien conjugal est atteint ne dispense pas le juge de rechercher si l'atteinte est effective. L'ordre public exige que le divorce ne soit prononcé que pour une cause nettement établie. Mais le fait que la désunion est imputable à un conjoint ne fait pas corps avec la cause de l'al. 1. Le juge n'a pas à se convaincre à la fois de l'atteinte grave et de la qualité du demandeur d'époux moins coupable et innocent. Cette

disposition est en faveur de l'époux innocent. C'est une protection à laquelle il peut renoncer en admettant la demande faite par l'autre époux au lieu de déposer lui-même une demande. Cette façon de voir du Tribunal fédéral avait déjà été précédée et a été suivie de nombreux arrêts cantonaux dans le même sens (SJZ 11 277; 13 317; 20 166; 22 298).

A notre avis et jusqu'au moment où le divorce sera réglé par une procédure uniforme, on aura raison de rester fidèle à cette jurisprudence.

Le Tribunal fédéral, si l'on se place au point de vue théorique, a raison. Les motifs ne donnent aucune explication qui révélerait une intention du législateur de modifier les principes établis sous l'ancien droit en la matière par la jurisprudence. L'al. 2 de l'article 142 n'est pas partie intégrante de la cause de divorce. Le législateur suisse a toujours admis la notion de la désunion objective et n'a pas voulu entrer dans le système du Code civil allemand qui oblige les parties à toujours instruire sur la question de faute. Avec la doctrine de Gmür et de Gisi on revient par un détour à la notion du Code allemand, et il n'y a plus de procès de divorce sans une recherche du juge tendant à examiner si l'un ou les deux époux sont coupables et quel est l'époux le plus coupable. Cette recherche obligatoire ne correspond pas à l'esprit de la législation suisse.

Au point de vue pratique, et en dehors de toute recherche de la volonté du législateur, nous croyons que la solution de la jurisprudence est heureuse. La solution contraire aboutirait à des difficultés et souvent à des injustices.

Lorsqu'il y a conflit entre les conjoints et que l'un d'eux invoque la faute prépondérante de son époux pour s'opposer à une demande, il est déjà, dans bien des cas, difficile au juge de discerner où sont les torts prépondérants. Le débat contradictoire, le zèle des époux à se nuire fait naitre cependant de nombreux indices.

Qu'en est-il si les parties ont renoncé à invoquer l'un contre l'autre des griefs et que ce soit le juge qui s'efforce de les découvrir en interrogeant les témoins? C'est le plus souvent le hasard qui amènera le juge à repérer la faute de l'un plutôt que la faute de l'autre. Conscient du caractère incomplet de sa documentation il fera bien de s'abstenir de juger trop hativement de la prépondérance des torts.

On peut se demander aussi s'il est vraiment dans l'intérêt de la justice et de la morale de décourager les époux d'invoquer seulement les éléments objectifs de leur désunion et de s'abstenir de déballer tout leur linge sale devant le tribunal. Comme le dit Rossel, il y a un grand nombre de cas où il n'est ni recommandable de rechercher, ni même matériellement possible d'établir la culpabilité prépondérante de l'une ou l'autre partie. Il est dans l'intérêt des enfants de ne pas étaler certains scandales.

La lutte des époux pour établir la faute de la partie adverse — lutte que la recherche du juge provoquera — contribue à aigrir leurs rapports et rend les relations nécessaires des époux divorcés, pour les enfants, plus difficiles.

Si une révision de la loi amenait une unification de la procédure, cette question serait à reprendre ab ovo avec celle de l'extension des pouvoirs d'office du juge Aujourd'hui la consécration de ce pouvoir dans cette matière amènerait de très grandes inégalités de traitement suivant que le juge du divorce, de par la pratique judiciaire de son canton, possède ou ne possède pas les moyens d'investigation qui seraient nécessaires pour bien juger d'office dans ce domaine.

CHAPITRE TROISIEME.

De la compétence pour les actions en matière de divorce et de séparation de corps.

I. For de l'action en divorce. — II. For de l'action en séparation de corps et de la demande en divorce après

séparation. — III. Tribunal compétent pour les mesures provisionnelles. — IV. For pour les actions en modification d'un jugement de divorce (article 157).

Nous étudions dans ce chapitre le for des diverses actions accordées par le code dans le chapitre du divorce. Nous traitons la matière au point de vue du droit suisse, pour des époux suisses qui agissent, après 1912, devant des tribunaux suisses. Nous avons laissé de coté toutes les questions de droit intertemporel. Celles-ci n'ont plus grand intérêt seize ans après l'abrogation du droit ancien et surtout en face du texte formel de l'article 8, titre final, qui stipule que dès l'entrée en vigueur du Code civil la loi nouvelle (RO 38² 11, J. des Trib. 1913 313) régit la dissolution du mariage. Nous avons laissé également de côté toutes les questions de droit international privé dont le champ est sans limites et qui sortent de notre sujet propre.

I. For de l'action en divorce.

La loi sur l'état-civil et le mariage prévoyait pour l'action en divorce le for du domicile du mari (art. 43). Le Code a introduit la notion du for du domicile de la partie demanderesse (art. 144). Ces deux fors sont identiques dans le cas normal prévu à l'article 25 où les deux époux ont le même domicile déterminé par celui du mari. Par contre, il y a divergence de ces deux fors si la femme peut invoquer un domicile séparé en faisant valoir que le mari n'a pas de domicile connu ou qu'elle est justifiée à se créer un domicile personnel (art. 25 al. 2 et 170).

L'interprétation de l'article 144 à la lumière des articles 25 al. 2 et 170 CCS a donné lieu à des controverses. Le législateur n'a certainement pas voulu qu'en se créant un domicile séparé à son gré, la femme demanderesse puisse choisir le tribunal de son divorce. Il a voulu soumettre la création de ce domicile séparé à des conditions légales. Celles-ci ne sont cependant pas très clairement déterminées dans la loi et l'on a pu se demander si, pour

la création de ce domicile séparé, la femme devait justifier de l'autorisation d'un juge statuant en matière de mesures protectrices de l'union conjugale ou s'il suffisait qu'elle justifie des faits énoncés à l'article 170 soit que sa santé, sa réputation ou la prospérité de ses affaires sont gravement ménacées par la vie en commun. Dans un article très fouillé (J. des Trib. 1913 290) M. Claude Du Pasquier a soutenu la première thèse. Il estime que la femme ne peut prétendre à un domicile séparé sans autorisation spéciale du juge. Le commentaire de Rossel soutient la même opinion. Le Tribunal cantonal de Neuchâtel, dans un arrêt du 6 mai 1913 avait déjà développé ce point de vue. (SJZ 10 16). Le Tribunal fédéral (RO 41[1] 108, J. des Trib. 1915 473, arrêt Ferraris) l'a réfuté longuement et admis que la femme devait justifier de son droit à avoir un domicile séparé, non pas en produisant une autorisation du juge, mais en prouvant par des faits l'une ou l'autre des conditions de l'article 25 al. 2 (mari sans domicile connu) ou de l'article 170 (santé, réputation, prospérité des affaires menacées). Le Tribunal fédéral est resté fidèle dans la suite à cette manière de voir. (Voir arrêt Sugnaux du 28 octobre 1915, RO 41[1] 305 et SJ 1916 131, arrêt C. c. Trib. de Soleure, SJ 1916 327, arrêt Imfeld, RO 42[1] 143 et SJ 1917 257, arrêt S. du 19 juillet 1921, SJ 1921 529, enfin arrêt Bordonzetti du 2 mars 1928, J. des Trib. 1928 p. 602). Dans l'arrêt Bordonzetti la haute instance admet même que la preuve des faits justificatifs du droit au domicile séparé peut être rapportée devant le juge du divorce, alors qu'elle a été précédemment jugée insuffisante par le juge compétent pour examiner les mesures protectrices de l'union conjugale. (Voir aussi BlZR 1916 1.)

Nous nous déclarons ici d'accord avec le point de vue de la jurisprudence contre celui de M. Du Pasquier. Si l'on reprend la genèse de l'article 170, on voit bien que la commission d'experts à sa séance du 21 octobre 1901 et sur la proposition de M. Eugène Huber, avait

adopté à l'unanimité un texte (183bis) qui admettait que le domicile séparé devenait un droit sitôt que des conditions objectives étaient réalisées et sans que l'autorisation du juge fût nécessaire. Dans le projet du CCS du 28 mai 1904, cet article 183bis a disparu, mais son contenu se retrouve sur ce point spécial dans un nouvel article 178 qui, pour devenir l'article 170 actuel n'a subi que des modifications rédactionnelles. La volonté du législateur est bien de permettre à la femme la demeure séparée, sitôt que les conditions de l'article 170 al. 1 sont données. Ce n'est que l'alinéa 3 de l'article 170 qui prévoit l'intervention du juge pour régler les subsides à verser par l'une des parties pour l'entretien de l'autre. M. Du Pasquier nous parait dans ce domaine accorder une trop grande importance aux marginaux et ne pas voir que, pour les alinéas 1 et 2 de l'article 170, l'intervention du juge n'est pas prescrite.

Il ne faut pas se laisser induire en erreur par les textes français et italiens de l'article 25 al. 2. Ceux-ci parlent de la femme autorisée et „autorizzata" à vivre séparée ce qui semble impliquer l'intervention d'une autorité. Le texte allemand dit seulement „berechtigt" et parait plus conforme au texte formel de l'article 170.

Si l'on se place sur le terrain du droit désirable, il faut aussi donner la préférence à l'interprétation du Tribunal fédéral. M. Du Pasquier trouve qu'il est bon d'astreindre l'époux, qui va vivre séparé, à s'adresser au juge. „Celui-ci, saisi de l'affaire, cherchera à dissiper le nuage et son intervention amenera de bons résultats". Nous pouvons certes l'espérer, mais il faut pourtant tenir compte du fait que, souvent, une séparation de fait, justifiée par les circonstances de l'article 170, réalisée d'un commun accord sans intervention de la justice, a plus de chances d'aboutir à une réconciliation ultérieure que celle qui aura déjà connu les prétoires du Palais de justice et la rédaction de requêtes motivées. On ne doit pas chercher à précipiter inutilement les interventions

officielles dans un ménage désuni, car elles rendent ensuite les rapprochements plus difficiles.

Le fait que la femme peut constituer un domicile séparé sans autorisation de justice ne signifie nullement que ce domicile soit reconnu facilement par la jurisprudence. Celle-ci ne veut pas que la femme puisse, par un domicile séparé, choisir un for qui lui parait devoir être plus favorable soit à sa propre cause, soit à l'idée même du divorce. La femme n'est justifiée à vivre séparée que lorsqu'il existe des circonstances objectives que la loi considère comme de nature à justifier la dissolution de la vie commune (voir arrêt Ferraris cité plus haut). Il faut un séjour durable, soit un domicile correspondant à la définition de l'article 23 CCS (Sem. jud. 1916 p. 327). On ne peut protéger le domicile que la femme se créée dans l'idée que ce domicile constituera pour elle la première période d'une installation indépendante en vue d'obtenir plus facilement le divorce. Il n'a y pas là constitution d'un vrai domicile, ni surtout justification des circonstances objectives qui légitiment la séparation (RO 42[1] 143).

Comme l'a dit la Cour de Berne (SJZ 9 355; ZBJV 49 148) le simple fait de la séparation n'est pas encore la justification à un droit à vivre séparé.

A maintes reprises, la jurisprudence a insisté sur le fait que le consentement du mari à la formation d'un domicile séparé n'est pas encore la preuve de sa justification. La question est d'ordre public et le mari ne peut renoncer à son gré à son droit que sa femme vive en communauté conjugale avec lui. Le domicile de la femme dans la maison du mari résulte du devoir de l'épouse de suivre son conjoint et ce devoir est dans l'essence même du mariage (SJZ 9 355 arrêt du Trib. sup. de Soleure, 24 IV. 13; Cour de Berne 11 II. 13; SJZ 9 355).

Il faut cependant remarquer que l'arrêt Ferraris considère que l'adhésion du mari à la formation d'un domicile séparé est un indice que ce domicile était né-

cessaire aux intérêts de la femme visés par l'article 170. Les tribunaux doivent éviter que, contre le mari, la femme constitue arbitrairement un for nouveau sans justifier de son droit au domicile séparé. Par contre, il ne faut pas pousser la rigueur dans l'examen des preuves à un point tel qu'il soit nécessaire d'instruire pendant de longs mois la question de compétence en étudiant dans ce litige préliminaire tous les faits de la cause. On arrive ainsi à ce résultat bizarre que le juge saisi ne sait s'il est compétent qu'après avoir autant travaillé que le juge du fond. Si le juge saisi se déclare incompétent, il y a là une perte de temps très regrettable.

Il est donc normal que le Tribunal accorde une certaine importance à l'indice qui résulte de l'accord du mari. Il est rare que celui-ci accorde une telle autorisation sans des motifs sérieux qui concordent avec ceux de l'article 170 (voir RO 41[1] 302, arrêt Bucher et SJZ 13 388, arrêt détaillé de la Cour de Zurich du 20 XII. 16).

Le faits de l'article 170 ne sont pas les seuls qui permettent à la femme de se créer un domicile séparé. Il y a lieu d'ajouter à ceux-ci le cas de l'article 25 al. 2 où le mari n'a pas de domicile connu et par analogie celui où le mari n'a pas un domicile atteignable ou habitable. La femme dont le mari est en prison n'a pas son domicile légal à la prison ou au domicile du tuteur de son mari, mais là où elle s'est établie. (SJZ 15 50 arrêt du Trib. cant. de Fribourg, 4 VII. 17.)

La femme séparée de corps est judiciairement autorisée à avoir un autre domicile que son mari. Elle a donc un domicile séparé au sens de l'article 25 al. 2.

Lorsque la femme a un domicile séparé, deux tribunaux sont virtuellement compétents pour juger du divorce, celui du domicile du mari si celui-ci agit, celui du domicile de la femme si c'est elle qui introduit action. En fait celui-là seul jugera qui sera saisi le premier du litige. C'est par erreur que l'on a pu admettre deux fors distincts pour l'action principale et l'action reconventionnelle (SJZ 22 103).

Le Tribunal fédéral (RO 42[1] 145 et SJ 1921 p. 532) a toujours admis que le for saisi le dernier devait se dessaisir au profit du premier. Avec le droit suisse le juge a, avant tout, à examiner la situation respective des deux époux et l'on ne saurait admettre que deux tribunaux différents examinent, chacun, l'action d'un des conjoints. Pour les effets accessoires du divorce, on aboutirait à des décisions contradictoires et d'une réalisation impossible.[6])

On doit admettre enfin que l'article 144 est d'ordre public et que les parties ne peuvent, par un accord préalable, désigner un autre for que celui qui est fixé par la loi (Cour d'appel de Berne, 4 V. 16, SJZ 12 392).

L'examen que nous venons de faire de la question du for du divorce dans le cas où la femme prétend à un domicile séparé nous amène à cette observation qu'il est regrettable que le législateur ait renoncé à la notion de l'article 45 de la loi de 1874. Il a voulu être libéral et protéger la femme séparée de fait en lui permettant d'agir à son propre domicile. Ce geste généreux n'a pas porté les fruits qu'on en attendait et toutes les fois que la femme invoque le for de son domicile séparé, elle risque une exception d'incompétence et un prolongement de la durée du procès. Les questions de compétence doivent pouvoir se résoudre simplement. Il n'est pas normal que pour trancher la question de for le juge soit obligé en somme d'aborder presque toute la question du fond en vérifiant les exigences de l'article 170. Le for de la partie demanderesse a amené aussi des abus lorsque les deux époux sont d'accord pour divorcer. Le mari autorise sa femme à établir un domicile séparé dans un canton où le divorce est facile; il reste tranquillement à ses affaires pendant que l'instance se deroule sans bruit loin de chez-lui. Si le

---

[6]) Voir RO 46[2] 178 et SJ 1920 498 arrêt Margot: Deux actions en divorce tendent au même but qui est de faire prononcer la dissolution du lien conjugal. Ce résultat ne peut être consacré que par une seule décision.

procès avait lieu dans sa ville ou s'il était obligé de prendre lui-même un autre domicile, le divorce n'aurait peut-être pas lieu. C'est aussi le règle du for de la partie demanderesse qui permet à de riches Américains de divorcer en Suisse sans quitter Wall Street et seulement en envoyant leur épouse s'établir quelques mois dans notre pays.

Le for du domicile de la femme ne devrait être admis que lorsque celui du mari est inconnu ou inatteignable.

II. For de l'action en séparation de corps et de la demande en divorce après séparation.

L'article 144 placé directement après l'article 143 et sous le marginal „Action" est applicable autant à l'action en divorce qu'à l'action en séparation de corps.

On peut se demander sous quelle modalité il est encore applicable à l'action en divorce introduite en vertu de l'article 147 al. 2 et 3 après l'expiration de la séparation de corps. Cette action est-elle une action nouvelle régie par l'article 144 qui doit être introduite au for du domicile du nouveau demandeur? Ou bien est-elle une suite de l'action précédente en séparation de corps et doit-elle être réintroduite au for qui a rendu le jugement de séparation?

La question a été tranchée en faveur du for nouveau par l'arrêt Kottmann (RO 42[1] 148, SJ 1917 241, J. des Trib. 1916 505).

Malgré de forts arguments tirés des textes des travaux préparatoires du Code et malgré le fait que, dans la loi elle-même, la demande nouvelle n'est pas prévue comme une action à l'article 147 le Tribunal fédéral estime que la première action en séparation de corps en procédure constitue un procès complet, indépendant de celui qui suivra. Le procès ne reste pas en suspens.

L'instance nouvelle a un autre but que la précédente. La situation réciproque des parties peut être complètement changée et celui qui s'est opposé à la séparation de corps peut être précisément celui qui la demande.

Le Tribunal fédéral dénie qu'il y ait un avantage pratique à maintenir le procès devant la première instance saisie. Le souvenir que le juge peut avoir des faits jugés précédemment a peu d'importance pour la suite des débats, et enfin si le Tribunal est resté le même, les juges peuvent avoir changé.

Pour ce qui nous concerne, nous nous rallions à cette manière de voir.

III. Tribunal compétent pour les mesures provisionnelles.

L'article 145 stipule que le juge compétent pour connaître des mesures provisionnelles est celui du divorce. La règle est simple, mais son application est difficile. Le but des mesures provisionnelles est de prendre des mesures urgentes pour protéger des intérêts moraux et matériels vitaux au moment où les époux entrent en conflit. Si le juge ne consent à prendre des mesures provisionnelles qu'après avoir longuement étudié la question de sa compétence, il faillira dans sa tâche d'agir d'urgence. S'il agit quoiqu'incompétent, il aura pris des mesures qu'il n'avait pas le droit de prendre.

La jurisprudence a longuement hésité entre ces deux dangers. Le 3 novembre 1915 le Tribunal supérieur d'Argovie (SJZ 12 234) a cassé une décision du président du Tribunal qui avait ordonné des mesures provisionnelles sur la simple constatation que la demanderesse avait déposé ses papiers au lieu du for de l'action. Le Tribunal supérieur estime que la question de compétence doit être préalablement instruite par le juge avant qu'il ordonne les mesures provisionnelles.

Le Tribunal supérieur de Zurich avait précédemment (SJZ 12 96, BlZR 14 5), au contraire, admis que pour les mesures provisionnelles, la loi ne prévoyait pas que la preuve de la compétence pour le divorce soit une condition des mesures provisionnelles. Il admettait qu'en exigeant cette preuve on retirait à la demanderesse la protection même que la loi voulait lui accorder.

En 1916 le Tribunal cantonal vaudois (SJZ 12 374) exposait le même point de vue. Selon lui, il suffit qu'une demande soit introduite devant un tribunal suisse pour que celui-ci dût prendre les mesures provisionnelles ordonnées. On ne concevrait pas que la partie demanderesse doive attendre la solution d'un procès en déclinatoire pour obtenir qu'il soit pris des mesures urgentes pour son entretien et celui de son enfant.

Le Tribunal supérieur de Zurich (SJZ 13 329, BlZR 15 203) est revenu ensuite en arrière. Après avoir exposé l'intention du législateur il réfute l'argument fondé sur des considérations pratiques et aux termes duquel la femme demanderesse et ses enfants se trouveraient sans protection si une exception de compétence est soulevée dont l'instruction doit durer longtemps. La demanderesse n'a qu'à réclamer, en s'appuyant sur l'article 170 CCS les mesures protectrices de l'union conjugale.

La question doit trouver sa solution dans un moyen terme et c'est bien là que la Cour de Zurich en arrive (BlZR 1917 148). De même que, pour les mesures provisionnelles elles-mêmes, le juge ne doit pas procéder à une instruction aussi longue que s'il s'agissait de prendre des mesures définitives et doit faire ainsi passer les nécessités de l'urgence avant celles de l'examen approfondi, de même en matière de compétence pour statuer sur des mesures provisionnelles, le juge doit examiner sommairement la question et prendre les mesures si les justifications apportées sont suffissantes. Ces mesures auront pour le temps de leur durée leur pleine validité. Elles seront rapportées si le juge constate ultérieurement son incompétence.

Le Tribunal fédéral, dans l'affaire Moré Gatabin (RO 53[1] 55) et dans l'affaire Bordonzetti (J. des Trib. 1928 602) a adopté ce point de vue. Le juge saisi doit constater que sa compétence ratione loci n'est pas exclue d'emblée par les allégations de la demanderesse et la réponse du défendeur. L'arrêt Moré est à lire en entier.

Il est un exposé remarquable de toute la question et une justification du point de vue défendu.

Il résulte de cette jurisprudence que contre le jugement sur mesures provisionnelles, le défendeur, dans une instance par voie sommaire devant le tribunal d'un autre canton, ne peut pas s'opposer à la main levée si la question de compétence a été étudiée de la façon indiquée par le Tribunal fédéral. Le juge de la poursuite ne peut refuser la main levée que si le juge des mesures provisionnelles a manqué à son devoir de vérifier qu'il ne résulte pas d'emblée que son for est incompétent.

IV. Le for pour les actions en modification d'un jugement de divorce. (Art. 157.)

L'article 157 qui prévoit les actions en modification des jugements de divorce lorsque des faits nouveaux surgissent tels que le mariage, le départ, la mort du père ou de la mère, est muet quant à la question de compétence pour ces actions.

On peut dans le doute concevoir diverses solutions:

a) Considérer l'action de l'article 157 comme soumise à l'article 144, mais en tant que procès nouveau et indépendant, et par conséquent déclarer compétent le for du domicile du demandeur dans le nouveau litige.

Cette solution a été adoptée par le Tribunal supérieur de Soleure (SJZ 12 267). Elle est défendue par Stauffer.[7])

Au point de vue pratique, la solution a de graves inconvénients. Elle accorde la compétence en général au Tribunal du domicile de celui des époux qui n'a pas l'exercice de la puissance paternelle, c'est-à-dire au juge le plus mal placé pour entendre des témoins sur les faits invoqués, relatifs aux enfants.

b) Considérer l'action de l'article 157 comme soumise à l'article 144, mais comme une suite

---

[7]) Der Gerichtsstand in Ehescheidungssachen. Berne 1922, p. 52.

de l'action en divorce et donner la compétence au juge du divorce.

Cette solution a de chauds partisans (Gmür). Elle a été adoptée au début par la Cour de Berne (SJZ 12 290) et par celle de Zurich qui pouvalt s'appuyer en sa faveur sur la loi de procédure cantonale (SJZ 9 244). On considère que le juge qui a connu du divorce est bien placé pour modifier son jugement et qu'il n'est pas indiqué de saisir une nouvelle juridiction pour des changements, peut-être peu importants, que l'ancien juge comprendra d'emblée, sans instruction nouvelle.

Cette conception de l'unité de l'action en divorce et de celle en modification du jugement est cependant discutable.

Au point de vue théorique, on fait valoir que l'action en modification poursuit un tout autre objet que celle en divorce et constitue une action nouvelle et indépendante où la situation respective des parties et leurs conclusions peuvent être entièrement différentes.

Dans l'arrêt Kottmann, relatif aux actions en divorce après séparation de corps le Tribunal fédéral a déjà fait remarquer la fragilité de l'argument d'ordre pratique en faveur du retour au premier juge. Les souvenirs de celui-ci n'ont pas grand poids en face de l'obligation pour le juge d'examiner à nouveau toute la situation et souvent si le Tribunal est le même, les juges ont changé.

c) Considérer l'action de l'article 157 comme une action nouvelle régie par les principes généraux en matière de compétence.

C'est la solution à laquelle s'est rallié le Tribunal fédéral dans l'arrêt Eichenberger c. Cour d'appel de Berne et Tribunal cantonal soleurois du 29 septembre 1916 (RO 42[1] 330, J. des Trib. 1917 181). Il est resté fidèle à cette façon de voir (RO 46[2] 333).

Le Tribunal fédéral, après avoir écarté les deux autres solutions, estime qu'il est naturel de confier le soin de régler à nouveau la question des enfants au juge

désigné par la nature de la mesure de protection qui doit être ordonnée, soit le juge du domicile de la défenderesse. Les actions basées sur l'article 157 sont dirigées contre la personne à laquelle a été remise la puissance sur les enfants, puissance dont on demande le transfert, et elles doivent être portées au for général du titulaire de cette puissance.

Le Tribunal Fédéral reconaît lui même dans l'arrêt Eichenberger que ce for n'est pas institué expressément par le législateur et que, par conséquent, la question est délicate.

Pour nous, nous avouons volontiers que si l'on s'en tient à la théorie pure, l'argumentation de Stauffer [8]) en faveur de l'application de l'article 157 est très forte. Dans les actions expressément prévues à l'article 144 comme relevant du for de la partie demanderesse, il s'agit, comme pour les actions de l'article 157, de questions relevant du fait du divorce et dans les unes comme dans les autres des effets accessoires du divorce. Cependant, la place même où a été placé l'article 144 après l'article 143 qui ne mentionne que les actions initiales laisse planer un doute. Et ce doute légitime le Tribunal fédéral de faire triompher une solution qui, au point de vue pratique, est la meilleure. En matière de garde d'enfants l'excellence du statu quo doit être présumée et il faut que l'action ne puisse être introduite qu'au for du domicile de celui qui a acquis par le jugement la situation prépondérante. C'est là où sont élevés les enfants que le juge pourra le mieux juger de l'opportunité d'une modification.

La norme de droit fédéral née du travail de la jurisprudence est-elle applicable seulement dans les cas de conflits de compétence entre tribunaux de deux cantons différents, ou bien est-elle aussi applicable dans les conflits entre tribunaux du même canton?

Dans l'arrêt Eichenberger le Tribunal fédéral avait laissé cette question indécise. Il l'a résolue dans l'arrêt

[8]) op. cit. p. 52.

Huguenin Prennelle du 29 septembre 1920 en donnant à la règle formulée par lui une portée générale même à l'intérieur d'un canton. Il estime que la règle posée par lui relative à la compétence qui écarte l'application de l'article 144 pour les actions de l'article 157 repose sur un examen du droit civil lui-même et ne ressort pas seulement du domaine de la procédure. Les règles cantonales contraires doivent donc céder le pas au droit fédéral en vertu du principe qu'une règle de procédure cantonale cesse d'être valable, si elle entre en conflit „avec la nature réglée par le droit fédéral de l'institution elle-même".

La règle de compétence de l'arrêt Eichenberger est d'une application facile tant qu'il s'agit d'actions à poursuivre contre un défendeur domicilié en Suisse. Elle apparaît comme injuste s'il s'agit d'obtenir la modification d'un jugement de divorce contre un ancien conjoint domicilié à l'étranger et peut-être dans un pays où la poursuite d'une telle action est soumise à de grande obstacles, voire même impossible par le fait de règles différentes de compétence (exemple de la France qui renvoie le demandeur au juge du divorce).

Les tribunaux se sont rendus compte de cette conséquence et en sont arrivés à n'admettre la règle de l'arrêt Eichenberger — for du défendeur — que pour les cas où le défendeur est domicilié en Suisse. S'il est domicilié à l'étranger on en revient ou au juge du divorce ou au juge du domicile du demandeur au moment de l'action. C'est à cette dernière solution qu'aboutissait le Tribunal cantonal de St-Gall le 19 octobre 1922 (SJZ 20 119) et le Tribunal cantonal de Soleure le 22 août 1922 (SJZ 20 197, ZBJV 59 416). Enfin le Tribunal fédéral (J. des Trib. 1925 p. 611, arrêt Giulivano) a reconnu la nécessité de cette importante dérogation au principe général. Il invoque en sa faveur la nécessité de maintenir la souveraineté du juge suisse et avant tout les obstacles que rencontrerait à l'étranger une action de ce genre qui peut, notamment dans les pays où le divorce n'existe pas, n'y

être même pas connue. Le renvoi au juge étranger permettrait au détenteur des enfants de se soustraire à toute juridiction, A la place du for du défendeur le Tribunal fédéral choisit le for du domicile du demandeur dans la nouvelle instance. Il a encore confirmé cette jurisprudence dans l'arrêt G. c. P. du 24 mars 1926 (SJ 1926 417).

Pour terminer ce chapitre, nous attirons l'attention de nos lecteurs praticiens sur l'article 49 b de la loi fédérale concernant la juridiction administrative et disciplinaire du 11 juin 1928. Aux termes de cet article les questions de for relevant du droit fédéral, donc celles du divorce, peuvent désormais être portées au Tribunal fédéral par le moyen du recours de droit civil.

CHAPITRE QUATRIEME.

Les mesures provisionnelles.

I. Leur caractère. — II. Leur objet.

L'article 145 accorde au juge, en terme très larges, un pouvoir étendu. Peu de questions de droit sont donc posées par cet article et l'intérêt de ce chapitre est bien plutôt de voir comment le juge a fait usage de ses pouvoirs que d'aboutir pour l'ensemble des cas à une doctrine applicable à tous.

I. Caractére des mesures provisionnelles.

Le juge se trouve souvent pris dans cette matière entre le souci de protéger rapidement des intérêts importants et celui de les bien protéger. S'il fait une instruction courte, il risque de prendre des mesures mal étudiées. S'il ordonne trop de préparatoires, il risque d'arriver trop tard à une solution. Les jugements publiés insistent (arrêt de la Cour de cassation de Zurich 13 X. 13, SJZ 10 187) sur ce que le juge ne doit pas chercher à connaître par des mesures probatoires complètes, tous les faits qui peuvent être utiles. Le caractère provisoire et l'urgence

commandent qu'il assure les moyens d'existence de celui qui doit être protégé, mais que, d'autre part, les conditions existantes de la vie ne soient pas plus modifiées qu'il n'est nécessaire.

On peut regretter que, dans ce domaine, le régime de la double instance cantonale rende la procédure souvent très longue. A Genève, par exemple, les jugements provisionnels du Tribunal peuvent être portés en appel et nous avons vu une mère qui agissait pour obtenir la garde d'enfants déjà soustraits par le père au droit de visite de la mère, n'obtenir un jugement qu'après plusieurs mois.

Les pouvoirs du juge ne sont pas limités par les accords que les époux auraient pu conclure avant l'introduction de l'instance. Le Tribunal supérieur d'Argovie (SJZ 19 102) a statué à cet égard que le juge doit accorder protection à la femme et à l'enfant même en dehors des accords intervenus.

Il n'en reste pas moins que l'accord des parties indique au juge les convenances réciproques et qu'il ne doit les modifier que pour une mesure de protection qui s'impose.

Les décisions prises par le juge priment celles qui auraient pu être ordonnées parallèlement par des autorités administratives. Si, par exemple, le juge (SJZ 20 323) a attribué la puissance paternelle au père et que l'autorité de district aît enlevé la puissance paternelle aux deux parents, c'est cette dernière décision qui tombe. (Id. SJZ 20 264, Décision du Conseil d'Etat de Berne du 3 X. 23). Cette règle n'empêche naturellement pas les autorités administratives d'agir dans le cadre des décisions du juge pour leur bonne exécution vis-à-vis des enfants.

L'effet des mesures provisionnelles dure aussi longtemps qu'elles ne sont pas révoquées par de nouvelles mesures provisionnelles ou par le jugement définitif passé en force de chose jugée (ZBJV 49 347; SJZ 10 11). Elles

cessent également de déployer leur effets en cas de retrait de l'instance.

II. Objet des mesures provisionnelles.

La loi indique, mais non pas limitativement, divers domaines dans lesquels le juge intervient.

a) Demeure. L'intervention du juge n'est pas nécessaire pour autoriser le femme à avoir pendant l'instance un domicile séparé puisque l'article 170 al. 2 lui en donne expressément le droit. Il peut, par contre, prendre des mesures destinées à lui permettre d'exercer normalement ce droit, notamment en l'autorisant à emporter avec elle une part du mobilier nécessaire à la vie. Si la femme a obtenu une telle autorisation et si le mari ne s'y soumet pas, il peut être condamné à payer à son épouse une pension supérieure. (SJZ 16 303).

b) Pension de la femme. La mention de l'entretien de la femme dans la loi ne signifie pas qu'elle ait toujours droit à une pension. Il faut que cette mesure apparaisse comme „nécessaire". S'il est manifeste (SJZ 14 33) que la femme a des ressources personnelles suffisantes, il n'y a pas besoin d'obliger le mari à payer une pension (BlZR 1916 n⁰ 222).

Un arrêt de la Cour de Genève (SJ 1924 255) insiste sur ce que l'obligation à la pension doit être envisagée dans chaque cas pour elle-même et que, suivant les circonstances, on pourrait envisager même le paiement de la pension de la femme au mari.

Le femme doit-elle se présenter pour avoir droit à la pension provisoire comme le conjoint innocent, c'est à dire comme celui qui n'a pas donné lieu à la cause de divorce? La Cour de Genève (SJ 1921 78), estime que l'article 145 est une conséquence de l'article 160 qui impose au mari pendant le mariage d'entretenir sa femme. Quoique sa conduite pût être blamâble, l'épouse a donc droit à la pension. Il faut distinguer la pension provisoire de celle prévue à l'article 152 après le divorce et

qui ne peut être accordée qu'au conjoint innocent. Le Tribunal fédéral, chambre de droit public, dans un arrêt Inaebnit du 16 juillet 1927 (SJ 1928 117) a confirmé avec quelque tempérament ce point de vue en écartant un recours d'un mari condamné, par la Cour de Genève, à une pension provisoire, alors qu'il articulait que sa femme était une prostituée notoire. Le recourant voyait dans le fait de sa condamnation une injustice flagrante contraire à la morale. Le Tribunal fédéral écarte le recours parcequ'on peut admettre que le fait de la prostitution n'est pas encore établi.

Par contre, il admet que si la faute de la femme est constante, notamment si elle a sans droit quitté le domicile conjugal, il peut y avoir des cas exceptionnels où la pension peut être refusée. Cette notion du refus de la pension, lorsque la femme s'est manifestement mise dans son tort en quittant le domicile conjugal, avait déjà été admise par la Cour de Zurich (7 VII. 15; SJZ 14 33).

A notre avis, le principe de l'article 160 doit être en principe respecté et il serait contraire à la volonté du législateur qu'une femme mariée, même très coupable pût se trouver dans le plus noire misère avant que sa cause aît été examiné au fond. Si les circonstances l'exigent la pension doit être accordée. Les seuls cas exceptionnels sont ceux que les articles 160 et 170 impliquent. (Egger 170 3c und Gmür 170 14.)

Le mari ne peut pas se refuser à payer une pension en offrant de garder son épouse au domicile conjugal. Le domicile séparé après introduction de l'instance est de droit (SJ 1929 334).

Le mari peut-il être condamné à payer à la femme une avance pour les frais du procès en divorce? Le Tribunal supérieur d'Aarau (SJZ 9 241) et la Cour de Genève (SJ 1917 432) l'admettent comme une mesure prévue implicitement par l'article 145 (Gmür, idem.).

Par contre, la Cour de Zurich (SJZ 13 15 et BlZR 1917 n° 87) n'admet pas la pension ad litem. Le légis-

lateur, pour une mesure aussi spéciale aurait dû la prévoir expressément comme le fait l'article 1387 C. civ. all. L'entretien de la femme implique l'idée du logement, de la nourriture et du vêtement, non pas celle des frais de procès.

A notre avis, cette dernière jurisprudence est trop étroite. Le juge a le droit de prendre toutes les mesures provisoires nécessaires et non pas seulement celles qui sont énumérées. Il y a des cas où il apparait équitable qu'en face d'un mari qui détient toutes les ressources du ménage la femme obtienne une avance de frais suffisante pour qu'elle puisse, sans l'humiliation de l'assistance judiciaire, choisir un bon avocat.

c) Garde des enfants. Le juge prend à cet égard à titre provisoire, toutes les mesures qu'il peut prendre ensuite dans le divorce à titre définitif, notamment décider auquel des époux va la puissance paternelle en réglant les relations personnelles de l'autre époux. Il peut même enlever la puissance paternelle aux deux conjoints. C'est à tort que la Cour de Soleure (SJZ 13 380) a cru que le père pouvait de droit, pendant la durée de l'instance en divorce, déterminer le lieu de séjour des enfants.

Le pouvoir étendu du juge ne lui permet naturellement pas de prendre des mesures inconnues du droit suisse, par exemple de prescrire une hypothèque légale que le Code ne connaît plus (SJZ 9 256).

CHAPITRE CINQIEME.

La séparation de corps.

I. Séparation de corps et divorce. — II. Séparation de corps prononcée d'office. — III. Modalités et effets de la séparation de corps. — IV. Séparation de corps commuée en divorce.

Sous l'ancien droit, la séparation de corps n'avait qu'une place très restreinte. Le juge ne pouvait la pro-

noncer que lorsqu'il s'agissait d'une demande fondée sur les causes indéterminées et seulement pour une durée de deux ans. Le Code a fait de la séparation de corps une institution beaucoup plus forte et plus conforme aux voeux de la population catholique. La séparation peut être prononcée pour n'importe quelle cause de divorce prévue par la loi. Le juge peut, si la réconciliation parait probable, préférer la séparation au divorce même si la demande tend au divorce. Enfin, le juge peut prononcer la séparation de corps pour une durée indéterminée. Deux époux de conviction catholique peuvent donc dès leur séparation vivre toute leur vie sous le régime autorisé par leur confession.

Le seul tempérament apporté à cette restauration de la séparation de corps réside dans le fait qu'après un délai maximum de trois ans chacun des époux, si les faits justificatifs de l'action ne sont pas exclusivement à sa charge, peut demander le divorce. Et même s'il est exclusivement coupable le conjoint peut demander le divorce si l'autre époux se refuse à reprendre la vie commune.

Malgré le règlement assez compliqué de cette institution, la jurisprudence publiée dans les revues de droit n'est pas très abondante. Dans les séparations de corps, les époux sont en général moins éloignés de s'entendre sur les conséquences de la procédure qu'en matière de divorce et ces procès viennent ainsi moins rarement devant les instances supérieures.

Les arrêts publiés, notamment ceux du Tribunal fédéral expliquent la loi plutôt qu'ils ne résolvent des cas imprévus de doctrine.

I. Séparation de corps et divorce.

L'arrêt Defilippis (RO 40² 442, J. des Trib. 1915 235) précise la portée de l'article 146. Lorsque cet article mentionne l'action intentée, il ne peut s'agir que de celle qui est fondée, celle de l'époux innocent, ou le moins coupable, mais non pas celle de l'époux coupable ou plus coupable.

Lors donc que l'époux innocent ou le moins coupable n'agit qu'en séparation de corps et l'autre conjoint en divorce l'article 146 al. 2 est à appliquer en ce sens que seule la première action est reconnue fondée et que seule la séparation de corps peut être prononcée (id. SJZ 18 69 et BlZR 19 21 88).

Dans l'arrêt Busser (RO 41² 200, SJ 1915 625) le Tribunal fédéral précise que la faculté de l'époux demandeur de ne réclamer que la séparation de corps (146 2) existe dans l'intérêt de la partie demanderesse et a pour but unique d'empêcher que le divorce ne soit prononcé contre sa propre volonté. La partie demanderesse peut donc renoncer à la protection de son intérêt dans ce sens et conclure en tout état de cause au divorce. Ce droit prime toute disposition de procédure cantonale qui empêcherait de modifier des conclusions en cours d'instance.

II. Séparation de corps prononcée d'office.

Malgré l'action tendant au divorce, le juge peut prononcer la séparation de corps seulement si la réconciliation des époux parait probable.

Le Tribunal fédéral (RO 41² 200) rejette le droit du juge de prononcer la séparation de corps lorsqu'il s'agit d'une simple possibilité. Il veut la probabilité fondée sur des indices certains. Sinon il n'y a pas de raison de ne pas faire droit à celui qui a donné des preuves à l'appui du divorce.

La Cour de Fribourg (SJZ 11 44) admet également qu'on ne peut accepter comme suffisantes de vagues chances de réconciliation. Avec un mari qui se trouve dans un état chronique de brutalité et de fainéantise, toute probabilité est exclue.

Le juge peut prononcer la séparation de corps dans le cas de réconciliation probable quelle que soit la cause de divorce et sans qu'il y ait lieu de distinguer si la partie demanderesse a invoqué une cause déterminée ou indé-

terminée. (SJZ 9 15). (Voir les arrêts de l'ancien droit sur cette question, RO 19 170 et 30² 19).

III. Modalités et effets de la séparation de corps.

La séparation de corps peut être de durée déterminée ou de durée indéterminée. La première forme de séparation a avant tout pour but de faire vivre aux époux un temps d'essai qui permettra ensuite une réconciliation. La seconde forme répond avant tout aux voeux des époux catholiques. C'est le juge qui fixe le mode et la durée de la séparation de corps sans être lié par les conclusions des parties. (SJZ 24 136, arrêt du Tribunal supérieur de Thurgovie 20 X. 26.).

Pendant la durée de la séparation de corps le mariage continue et le mari doit encore à la femme mariée l'entretien, conformément à l'article 160 (RO 40² 307; SJ 1914 603; SJZ 14 87 et 20 340). Il appartient au juge, à défaut d'entente de régler le montant des subsides qui doivent être versés.

Le juge peut-il allouer à l'époux innocent l'indemnité pour tort moral prévue à l'article 151 al. 1. On trouvera cette question étudiée plus loin aux page 67 et 68.

IV. Séparation de corps commuée en divorce.

L'article 148 règle les conditions de l'action en modification du jugement de séparation de corps en jugement de divorce, action qui est de droit et pour laquelle le demandeur n'a pas à apporter d'autre justification que celle du temps écoulé, de la non réconciliation et éventuellement du refus de l'époux innocent de reprendre la vie commune.

Cette action n'est pas à confondre avec l'action en divorce qu'un époux séparé de corps pourrait intenter pour des faits nouveaux postérieurs au premier jugement, comme par exemple, l'adultère ou les sévices graves de son conjoint (RO 47² 375; SJ 1922 p. 97). L'action de

l'article 148 est une action nouvelle (pour la compétence voir chapitre 3, p. 45a).

Elle appartient à chacun des époux, sauf à celui qui a à sa charge tous les faits justificatifs de l'action. Il y a lieu de distinguer ici la notion de l'époux aux torts prépondérants de l'article 142 al. 2 et celle de l'époux qui a à sa charge les faits justificatifs de l'action. Avec l'article 142, la loi est beaucoup plus sévère qu'avec l'article 148. Dans le second cas l'action n'est refusée qu'à un époux exclusivement coupable en face d'un conjoint sans aucun tort. Ce cas est rare. Dans le premier cas il suffit d'être l'époux le plus coupable, même de peu, pour se voir refuser l'action. L'arrêt Willenegger (RO 43² 461 c. 1) donne l'historique de cette distinction. Le Conseil national a rejeté un amendement Gottoffrey qui proposait l'assimilation des deux articles. Les Chambres ont voté la notion de l'époux exclusivement coupable dans l'idée que ce cas serait très rare et que la plupart du temps l'autre conjoint avait aussi sa part de responsabilité.

Si l'époux est exclusivement coupable, il n'est pas encore entièrement forclos dans son action, car la partie innocente ne peut s'y opposer que si elle ne s'est pas refusée à reprendre la vie commune. Le Tribunal fédéral (RO 52² 184; SJ 1926 p. 468) a spécifié que l'offre du conjoint coupable de reprendre la vie commune devait être une offre sérieuse. Une simple sommation ne suffit pas si le conjoint ne prend pas les mesures matérielles qui doivent permettre à l'autre époux de reprendre dignement la vie conjugale. Le simple fait qu'il apparait que la vie conjugale ne sera pas reprise n'est pas non plus suffisant. Il faut une offre et un refus.

Malgré ces restrictions, il apparait bien que la séparation de corps, même de durée indéterminée, n'est pas la separatio perpetua du droit canon et qu'il est fort peu de cas où un conjoint désireux d'obtenir le jugment de divorce n'arrive pas à son but.

CHAPITRE SIXIÊME.

Le jugement de divorce et les époux.

I. Condition de la femme divorcée; son nom. — II. Délai pour un nouveau mariage. — III. Indemnités en cas de divorce. A. Dommages-intérêts et réparation morale. B. Pension alimentaire. C. Rente. — IV. Régime matrimonial. (Art. 149—155.)

I. Condition de la femme divorcée. Son nom.

L'article 149 stipule que la femme divorcée est maintenue dans la condition qu'elle avait acquise par son mariage. Elle garde notamment son droit de cité. Mais cette règle souffre une exception importante dans la matière du nom.

La femme mariée reprend le nom de famille qu'elle portait avant la célébration du mariage dissous. En principe donc, si elle était célibataire avant son mariage, elle reprend son nom de jeune fille; si elle était veuve, elle reprend le nom de son précédent mari.

L'article 149 al. 2 permet au juge d'autoriser la femme divorcée, précédemment veuve, à reprendre son nom de jeune fille.

Lors des travaux préparatoires du Code, la commission d'expert avait envisagé que la femme mariée pouvait être autorisée à conserver le nom de son mari. Cette solution était la meilleure. Elle accordait au juge la faculté de donner satisfaction à la femme qui a porté de longues années le nom de son mari, qui n'est plus connue que sous ce nom et qui désire vivre avec le même nom que celui de ses enfants. Elle évitait cependant une règle trop stricte qui aurait obligé le femme divorcée sans enfant à conserver le nom d'un mari devenu odieux.

C'est à juste titre que la disposition actuelle est critiquée comme trop absolue.[9])

---

[9]) Voir Chenevard. La femme divorcée. Nouvel Essor 29 Mars 1924 et Gmür 149 11.

Comme la jurisprudence l'a fait remarquer (RO 38² 56; J. des Trib. 1912 588 et RO 48² 420) l'article 149 est de droit impératif et le juge ne peut, par le jugement, donner à la femme une autorisation dérogatoire. Seules les femmes mariées divorcées sous l'ancien droit conservent le nom que leur donnait la législation cantonale (SJ 1918 160; SJZ 21 6 et 22 153).

Si les époux, par une convention homologuée par le juge, conviennent que la femme pourra conserver le nom de son mari, cet accord n'a de valeur qu'entre les époux. Il signifie que le mari renonce à protester si son ex-femme, dans la vie courante, continue à porter son nom de femme mariée. Vis-à-vis de l'état-civil, et pour tous actes juridiques la femme a repris son ancien nom.

Si la femme a des raisons majeures pour conserver son nom de femme mariée, elle doit demander à l'autorité cantonale compétente un véritable changement de nom conformément aux dispositions de l'article 30 CCS. (Voir Feuille fédérale 76 II 24/25. Circulaire du Département de justice et police du 30 avril 1924).

Lorsqu'il s'agit de femmes divorcées réintégrées dans la nationalité suisse, le Département compétent avait autrefois comme pratique de leur appliquer sans autre l'article 149 CC. Le Département de justice et police, par une circulaire du 30 juin 1928 a, avec raison, renoncé à cette règle et donné aux femmes réintégrées après le divorce le nom qu'elles ont reçu du fait du divorce même prononcé à l'étranger. Ce régime est meilleur, car il empêche qu'une femme à laquelle un droit étranger a donné un autre nom que celui que prescrit la loi suisse ne soit obligée de changer de nom au moment de la réintégration.

Il va sans dire que les dispositions relatives au nom ne s'appliquent pas à la femme séparée de corps (SJZ 22 233).

II. Délai imposé pour un nouveau mariage. (Art. 150.)

L'article 48 de la loi de 1874 prévoyait, lorsqu'il s'agissait d'une cause déterminée de divorce, un délai

d'un an, qui pouvait être prolongé jusqu'à trois ans. Dans le but d'être plus sévère, le Code a étendu cette peine à toutes les causes de divorce.

Le Tribunal fédéral (RO 38² 56; J. des Trib. 1912 588) a mis en relief le caractère de cette interdiction. Elle est applicable à toutes les causes de divorce, même celles de l'article 142; elle peut être prononcée contre chacun des époux lorsque l'atteinte grave est imputable à la faute de l'un et de l'autre. Il n'y a pas alors dans ce domaine une compensation des fautes.

On ne concevrait une compensation que si l'interdiction était destinée à donner à l'un des époux une satisfaction par la punition de l'autre. Ce n'est pas le cas. Le délai d'attente de l'article 150 est une mesure d'intérêt public. Elle est soustraite au pouvoir de disposition des parties. Le juge doit examiner la question de faute d'office et prononcer l'interdiction de contracter mariage contre l'époux reconnu coupable (BlZR 1920 26; SJZ 20 197; 20 230; et 24 137).

Cette conception du caractère d'intérêt public du délai d'attente n'est pas contestable. Elle résulte de la loi. Mais on peut se demander jusqu'où elle doit être appliquée. Le juge, pour bien respecter la lettre de cet article, va-t-il quoique l'article 142 ne l'y oblige pas, procéder d'office sur la question de faute et rechercher dans chaque cas de divorce qui lui est soumis s'il y a un coupable. Ce serait bien contraire à l'esprit du Code qui a voulu admettre la notion de désunion objective et a rejeté le système du Code allemand où la question de faute est toujours à examiner. Le Tribunal fédéral l'a bien senti et dans l'arrêt ci-dessus cité il ajoute: „Le juge n'est pas tenu de faire une enquête au sujet des faits déterminants pour la solution de la question de faute; mais il doit d'office examiner à ce point de vue les faits allégués par les parties et rechercher s'ils impliquent une faute, à supposer même qu'aucune des parties n'ait invoqué la faute de l'autre."

Ce distinguo entre l'obligation de rechercher la faute et l'obligation de prononcer le délai fait toucher du doigt combien l'article 150 est d'une application difficile et souvent inégale.

Du moment que l'intérêt public exige l'application de l'article 150, il serait logique qu'il soit appliqué à tous. Ce n'est pas le cas aujourd'hui. Avec les mêmes fautes les uns échappent parce qu'ils ne révèlent au juge que les éléments de la désunion objective, les autres n'échappent pas parce que leur conjoint se refuse à limiter le débat. Malgré qu'on parle d'intérêt public, le sort d'un conjoint fautif pour le délai d'attente est entre les mains de sa partie adverse.

Nous avons vu le cas suivant: M. X. et Mme Y. commettent adultère. Les deux époux offensés demandent le divorce. Mme X. exige le divorce aux torts et griefs de son époux et l'article 150 est appliqué. M. Y. est généreux et n'invoque que la désunion objective. L'article 150 est éludé. La même faute est traitée sans égalité non du fait du juge, mais du fait de l'attitude différente des conjoints innocents.

Est-ce à dire qu'il faudrait alors enquêter dans tous les cas sur la question de faute, suivant la méthode du Code allemand? Nous ne le croyons pas et nous aurons l'occasion plus loin de dire la supériorité du régime suisse sur le régime allemand. Du moment que l'on admet que l'article 142 al. 2 n'est qu'une faculté laissée au conjoint innocent d'invoquer la faute, et non pas un droit du juge d'enquêter à son sujet, il y a quelque chose de troublant à reprendre la notion contraire dans l'article 150. Nous voyons là un léger défaut d'unité dans la si belle construction du code civil.

Au point de vue pratique on ne peut tirer de cette constatation qu'un conseil de prudence en général suivi par les juges. Lorsqu'il s'agit de l'article 142 et que l'instruction n'a pas porté spécialement sur la question de faute, il est peu sage de punir un conjoint plutôt que

l'autre dans un domaine où seul le débat contradictoire peut faire jaillir lavérité.

En conseillant la prudence dans l'application de cet article, nous ne faisons que suivre le Tribunal fédéral qui, dans l'arrêt Bally déjà cité, s'oppose à toute extension de la notion de faute à des fautes légères des époux. Il n'y a faute que lorsqu'un des époux a violé un devoir essentiel du mariage. „La peine entraine une restriction considérable de la liberté individuelle et du droit au mariage et elle ne saurait être encourue pour des manquements même volontaires, mais sans gravité évidente et en relation directe avec le mariage. Le fait qu'un époux n'a pas suffisamment adapté son caractère à celui de l'autre peut être le résultat d'une faute morale, mais ce n'est pas la faute de l'article 150."

Le caractère d'intérêt public du délai d'attente a deux conséquences de procédure relevées par la jurisprudence:

D'une part un plaideur ne peut appeler d'un jugement pour la seule raison qu'une interdiction n'a pas été prononcée contre son conjoint (SJZ 19 293 et 20 197; ZBJV 59 536).

D'autre part, si le procès, pour une autre cause, va en appel ou au Tribunal fédéral, les juges qui estiment qu'il y a faute d'un conjoint peuvent d'office prononcer la condamnation qui aurait été omise par les premiers juges (BlZR 1920 140; SJZ 18 297).

III. Indemnités en cas de divorce.

A. Dommages intérêts et réparations morales (Art. 151).

Pour éviter que le préjudice causé à l'époux qui n'est pas responsable du divorce soit trop grand, on peut concevoir le paiement d'indemnités dont la cause est avant tout dans la faute de l'autre conjoint ou le paiement d'aliments dont la justification est dans les obli-

gations d'entretien contractées à titre viager au moment du mariage. Le Code, par l'article 151 se rallie à la première conception, par les articles 152 et 153 à la seconde.

L'époux innocent, au sens de l'article 151 est l'époux qui n'a pas créé par sa faute une des causes de divorce. Il peut avoir eu des torts, mais ceux-ci, à eux seuls, n'auraient pas été suffisants pour amener le divorce. L'époux coupable est l'époux qui, par sa faute, a provoqué l'une des causes. L'époux innocent peut agir contre l'époux coupable. Par contre, l'époux moins coupable ne peut agir contre l'époux plus coupable (SJZ 10 323; ZBJV 50 144; RO 33² 43). C'est par erreur que le Tribunal supérieur de Zurich (SJZ 16 271) a admis cette dernière action. L'époux innocent n'a pas non plus d'action contre l'époux également innocent. Dans les cas donc de désunion objective l'article 151 est sans application.

Lorsqu'il s'agit de la rente de l'article 152 la définition de l'époux innocent est la même. Par contre, l'époux débiteur n'est pas nécessairement l'époux coupable.

Pour ces deux articles, l'examen de la question de faute est donc nécessaire et celle-ci doit être appréciée par le juge du divorce.

Il s'agit d'indemnités de divorce et non pas de créances ordinaires que l'on pourrait faire valoir ultérieurement comme des actions dérivant du droit de propriété ou du régime matrimonial. C'est à juste titre que le Tribunal fédéral (RO 47² 371; J. des Trib. 1921 34) a, dans l'arrêt Silber c. Gull, spécifié que les actions des articles 151 et 152 doivent être intentées en même temps que la demande de divorce. (SJZ 19 8, Cour de St-Gall 22 II. 1921).

La fixation de la nature et du montant des indemnités est extrêmement délicate. On a déjà dit (SJZ 17 266) que cette indemnité pouvait ne pas être purement pécuniaire, mais consister par exemple dans l'abandon d'instruments de travail. Elle peut consister dans l'octroi d'une rente, alors même que les conditions

de l'article 152 ne sont pas données (ZBJV 49 645). Mais là n'est pas la difficulté. Elle réside dans l'appréciation du montant de l'indemnité. Celle-ci ne saurait être calculée strictement comme celle des articles 41 et suivants CO car il s'agit en général d'intérêts impondérables et le code n'exige pas leur réparation intégrale.

Lorsqu'il s'agit par exemple des espérances successorales il ne saurait être question de donner à l'époux innocent sa part du quart de toute la succession probable de l'époux coupable, car précisément le divorce supprime le lien familial et le droit d'héritage. Il nous semble cependant que les tribunaux sont en général un peu timides dans ces matières. Du moment que le texte allemand parle des „Anwartschaften" il est normal d'attribuer à un conjoint innocent qui a consacré la plus belle partie de sa vie à un conjoint coupable une réparation suffisante pour qu'il ne vive pas dans la médiocrité, après avoir connu une large situation. L'attribution d'indemnités en rapport avec la fortune du conjoint coupable éviterait que l'innocent soit comme contraint de renoncer au divorce par crainte de manquer de ressources non seulement suffisantes mais convenables. Nous parlons ici naturellement d'époux qui ont déjà vécu longtemps ensemble et non de jeunes couples qui recourent hâtivement au divorce. Nous ne partageons donc pas le point de vue de l'arrêt du Tribunal cantonal vaudois (SJZ 21 293) qui refuse toute indemnité supplémentaire à une femme dont le mari coupable à toutes espérances d'hériter d'un père extrêmement riche.

Evidemment, dans toutes ces matières délicates, le système de la rente avec les possibilités de réduction de l'article 153 est de beaucoup le meilleur.

L'article 151 est-il applicable en cas de jugement de séparation de corps? Rossel le nie. Egger l'admet en principe, mais ne conseille son application que dans les cas exceptionnels où il apparait que la séparation sera durable. Gmür se rallie à l'opinion de Egger.

Le Tribunal fédéral a posé la question dans l'arrêt Colla (RO 40² 307) à propos d'époux italiens plaidant en séparation de corps en Suisse. Il a admis que, pour des époux étrangers, appartenant à un pays où le divorce est inconnu, il est dans l'esprit de la loi suisse que les effets accessoires de la séparation soient réglés comme ceux du divorce. Il a admis que pour des époux suisses la question restait en suspens. Depuis lors (RO 50² 313 et SJ 1928 218) le Tribunal fédéral a résolu la question par la négative en déclarant, sans motifs détaillés, que l'article 152 n'était applicable qu'au divorce.

Etant donné la place de l'article 151 la solution du Tribunal fédéral nous parait juste. On doit cependant regretter que le Code n'ait pas prévu ces indemnités également en cas de séparation de corps. Lorsqu'il s'agit d'époux catholiques qui demandent la séparation de corps de durée indéterminée et qu'il apparait que jamais le divorce ne sera demandé, la question des indemnités devrait pouvoir être réglée par le juge de la séparation. Les époux catholiques étrangers sont à cet égard mieux traités que les nationaux.

B. Pension alimentaire.

Par l'article 152 le juge peut accorder à l'époux innocent qui tomberait dans le dénuement par suite du divorce une pension alimentaire et cela même si l'autre conjoint est également innocent. Alors que les indemnités de l'article 151 reposent sur l'idée de faute et de réparation du préjudice causé, la pension de l'article 152 repose sur le droit de famille et sur la notion de la continuation des effets de l'union conjugale. Nous sommes à cet égard d'accord avec Egger (art. 151 2c). Le fait que l'époux innocent peut être débiteur de la pension exclut l'idée, qui est par exemple celle du droit français (CC art. 301) que la pension a sa source dans l'action aquilienne. On ne saurait non plus admettre avec Gmür (art. 152 I 1)

qu'il s'agit d'une simple action d'équité sans aucune base dans la notion d'obligation alimentaire.

A notre avis, l'époux doit la continuation de l'entretien parce que, par le mariage, il a pris des engagements de caractère durable et dont la loi ne le libère pas entièrement par le divorce. Le fait moral de l'engagement du mariage et la fondation de la famille créent une situation dont les conséquences ne peuvent être supprimées d'un trait de plume. C'est dans cette idée de la famille qu'est la source de l'obligation. C'est à tort qu'on cherche à atténuer la portée de cet article. Cette tendance est la cause de conclusions erronées dans l'interprétation de l'article 153.

Seul l'époux innocent peut être créancier de la rente. Est l'époux innocent non pas celui dont la conduite est irréprochable mais celui qui n'a pas, par ses torts, provoqué le divorce (SJZ 15 312 et 364). L'époux malade de la tête, contre lequel on agit en vertu de l'article 141, a droit à la pension (SJZ 16 71; SJ 1929 45; ZBJV 61 271).

L'époux coupable, par contre, quelle que soit sa situation n'a pas droit à une pension. (SJ 1926 561.)

Le débiteur n'est pas nécessairement un époux coupable. Même innocent, un conjoint peut être condamné à payer une pension pour éviter à l'autre partie de tomber dans le dénuement.

Si deux époux sont coupables la pension est exclue par la loi. Il arrive cependant souvent que les conventions de divorce prévoient une pension alimentaire même entre époux coupables. Nous ne croyons pas que le juge soit alors obligé de refuser d'en homologuer la stipulation. S'il convient à une personne d'assumer au moment du divorce, pour des raisons morales, une charge en dehors de la loi, le juge peut y consentir après s'être assuré qu'elle n'est pas le résultat d'une pression illicite. Il est normal que, malgré des fautes réciproques, un conjoint se sente moralement obligé de contribuer à l'entre-

tien de celui dont il se sépare, mais dont il avait par le mariage engagé l'avenir.

La loi prévoit la pension au profit de celui qui tomberait dans le dénuement par suite du divorce. Cette notion n'implique pas l'idée de prospérité du créancier. Le débiteur doit au besoin se restreindre pour faire face à ses engagements (SJ 1925 425 et 1928 277).

L'article 152 n'est applicable qu'en matière de divorce et non pas de séparation de corps. Pour les époux séparés le mariage subsiste et c'est l'article 160 qui reste en vigueur. Le Tribunal fédéral cependant a (RO 50² 311; SJ 1924 610) estimé l'article 152 applicable aux époux étrangers dont la loi nationale ne connait pas le divorce et pour lesquels la séparation de corps constitue l'unique solution susceptible de mettre fin à la vie commune (id. BlZR 1922 94).

C. Rente. Cessation et modification.

La loi connait deux espèces de pension à l'époux innocent, celle qui est payée à titre d'indemnité, celle qui est payée pour éviter le dénuement.

L'obligation de payer la première pension passe sans aucun doute aux héritiers du débiteur, car la dette n'a plus aucun caractère familial et c'est le droit commun (Code des obligations, partie générale) qui régit le sort de ces créances nées du fait de l'article 151.

L'obligation à la pension née de l'article 152 passe-t-elle aussi aux héritiers?

Gmür (art. 153 9) le nie. Egger (art. 153 2c) admet qu'il y a lieu de distinguer le cas où la pension est due sur un capital et celui où elle est due sur un salaire. Le Tribunal cantonal de St-Gall s'est rallié (SJZ 21 30) à l'opinion de Gmür.

Il est regrettable que la loi soit muette sur ce point et qu'un conjoint qui a renoncé peut-être aux indemnités de l'article 151 en échange de la promesse d'une pension, soit ensuite dans l'indécision sur le caractère de la prestation

qui lui a été accordée. Nous ne pouvons nous rallier à l'opinion de Gmür et du Tribunal cantonal de St-Gall qui aboutit à de véritables injustices en mettant dans le dénuement un ex-conjoint qui a donné toute sa jeunesse à une union conjugale alors que les héritiers éloignés du divorcé décédé prennent possession du patrimoine sans aucune charge. Il nous parait qu'en tous cas le juge, en tenant compte des circonstances, a le droit de stipuler que la pension est viagère pour le créancier et continue après la mort du débiteur.

Si le juge a omis de trancher le cas, le créancier doit pouvoir établir contre les héritiers qu'il était dans la nature de l'institution de la pension in concreto de lui donner un caractère viager pour la créancière. Il pourra invoquer alors les motifs relevés par Egger, soit le fait que c'est en raison de la fortune du débiteur et non de son gain que la pension a été imposée. Les héritiers pourront toujours invoquer les motifs de l'article 153 al. 2 pour leur libération ou la réduction de la pension.

En cas de remariage du créancier la pension cesse qu'il s'agisse de celle de l'article 151 ou de celle de l'article 152 al. 1. La loi est catégorique à cet égard. (Voir BlZR 1916 n° 154.)

Par contre, l'article 153 al. 2 relatif à la suppression ou réduction de la rente ne concerne que les pensions allouées à titre de secours. La pension allouée à titre de dommages-intérêts ou de réparation morale est irréductible (SJZ 11 295; BlZR 1916 154).

Il n'y a pas lieu, par contre, de faire pour l'application de l'article 153 2. une différence entre la rente ordonnée par jugement ou convenue entre les époux (BlZR 1918 n° 94).

Le Tribunal civil de Bâle-Ville (SJZ 16 87) puis dans la même affaire le Tribunal fédéral (arrêt du 23 V. 1918) a admis que le débiteur ne pouvait se libérer en invoquant l'inconduite de son ex-conjoint. Les époux ne sont plus parents; il n'y a plus de devoir de fidélité et le débiteur

ne peut exiger du créancier une certaine conduite. Nous ne sommes pas d'accord avec cette façon de voir. Le législateur a voulu éviter que l'époux innocent pût tomber dans le dénuement et lui a accordé une pension pour le soutenir. On ne saurait admettre que la pension soit employée à un but immoral par exemple celui de contribuer à l'entretien d'un concubin. Si la rente cesse en cas de second mariage, à bien plus forte raison doit-elle cesser si l'ex-conjoint vit avec un amant.

L'article 153 al. 2 ne vise que le cas de diminution de la rente et reste muet sur la possibilité d'une augmentation. Cela veut-il dire que, dans aucun cas, la rente ne peut être augmentée, notamment si le dénuement de l'ex-conjoint devient infiniment plus grand qu'on ne l'avait prévu au moment du divorce?

Les tribunaux, suivant en cela Gmür et Rossel répondent négativement à cette question (Cour de Genève, arrêt Ducret Plojoux SJ 1922 452 et SJZ 19 221; Tribunal fédéral RO 51² 116 et J. des Trib. 1925 194; RO 51² 15 et J. des Trib. 1925 354). La loi, selon eux, ne contient aucune mention d'une augmentation possible. Il n'y a pas là une lacune que le juge soit autorisé à combler par voie d'interprétation, car lorsque le législateur a voulu être plus large, il a su le dire (CCS 157 320). Quand il s'agit des enfants, le lien familial subsiste et l'on comprend la révision de la rente dans le sens d'une augmentation. Entre époux divorcés ce lien a disparu. La rente allouée n'est qu'une contribution à l'entretien et le conjoint divorcé n'a pas droit à l'entretien complet ou à une quote-part déterminée de l'entretien.

Egger défend l'opinion contraire en invoquant qu'on ne trouve dans les travaux préparatoires aucune volonté d'écarter les possibilités d'augmentation. L'article 153 al. 2 n'épuise pas toutes les éventualités où une révision de la rente est possible. La loi se contente de trancher un cas qui fréquemment n'est pas prévu dans les jugements.

Pour ce qui nous concerne, nous avons toujours été chaud partisan de la solution de M. Egger et nous souhaitons un nouvel examen de la question par les tribunaux. Il ne semble pas que le législateur ait voulu délibérément exclure le cas d'augmentation. Si l'on remonte dans l'histoire de la législation, on constatera qu'aucun code cantonal n'a jamais eu ce système original (System und Geschichte des Schw. Privatrechts, E. Huber I 213). Le législateur l'aurait-il introduit sans en justifier nulle part? Le silence de l'exposé des motifs est à cet égard significatif. M. Huber peut très bien ne pas avoir remarqué la lacune de la loi et avoir cependant rédigé d'une façon plus précise l'article 320. Il semble qu'il n'y a que deux systèmes; ou bien l'obligation après le divorce n'a plus aucun caractère familial et elle est irréductible pour les deux parties; ou bien elle poursuit un but conforme à l'institution du mariage dont la durée comporte certaines obligations même au-delà du divorce et alors elle doit pouvoir remplir son but par une révision autant dans un sens que dans l'autre. L'arrêt Ducret Plojoux peut nous servir à illustrer notre thèse. Les époux ont été mariés 27 ans, des difficultés de caractère insurmontables et graves ont obligé les parties au divorce. Comme le mari a un traitement, la femme demande une pension mais, par esprit de discrétion, elle demande peu et se fie pour le reste à sa capacité de travail. Peu après le divorce, elle est menacée de cécité. Est-il admissible que le mari qui toute sa vie a vu sa femme se sacrifier pour l'éducation de nombreux enfants, puisse se soustraire à un paiement légèrement supérieur et qui la sauvera de la noire misère? Formellement les époux ne sont plus parents, mais l'union conjugale a pourtant créé une situation de droit, des obligations dont on ne doit pas pouvoir faire abstraction si l'on envisage la nature de l'institution du mariage.

Il va sans dire que ces cas sont exceptionnels et qu'il appartient au juge de se montrer très circonspect en face

des demandes d'augmentation. Celles-ci ne peuvent pourtant pas être écartées d'emblée.

Nous reconnaissons volontiers les avantages pratiques de la solution jurisprudentielle. Les procès entre anciens conjoints ne doivent pas être encouragés. Mais les considérations de logique et d'équité que nous faisons valoir avec Egger nous paraissent devoir l'emporter sur le désir de mettre fin à ces conflits pénibles.

Les tribunaux ont admis souvent que même des réserves en vue d'une augmentation possible n'étaient pas légales (SJ 1922 452; SJZ 24 43). Le Tribunal fédéral (RO 51² 116) a cependant autorisé, après que le débiteur eût obtenu en vertu de l'article 153 al. 2 une réduction, une réserve pour qu'en cas de maladie du créancier la pension originairement stipulée pût être rétablie. Cette concession à la conception que nous défendons avec M. Egger est, à notre sens, une reconnaissance du fait que l'on ne peut pas ne pas tenir compte de certaines aggravations dans la situation du créancier.

IV. Régime matrimonial.

Etant donné l'étendue déjà considérable de ce rapport, nous avons dû renoncer à traiter ce chapitre qui nous aurait obligé à de longs développements sans rapports directs avec la question même du divorce et qui appartiennent plutôt au chapitre du régime matrimonial.

CHAPITRE SEPTIÈME.

Le jugement de divorce et les enfants.

I. L'attribution de l'enfant à l'un des parents. — II. L'attribution de l'enfant à un tiers. — III. Les relations personnelles. — IV. Contributions aux frais d'entretien et d'éducation. — V. Les mesures commandées par des faits nouveaux.

La matière de ce chapitre a été déjà traitée en 1925 d'une façon remarquablement claire et intéressante par

Mme Dr. Alice Landolt.[10]) Nous renvoyons nos lecteurs à cet ouvrage pour de nombreuses questions que, dans le cadre de notre exposé, nous n'avons pas pu traiter.

I. Attribution de l'enfant à l'un des parents.

La jurisprudence a largement commenté le principe fondamental du Code que le juge décide de l'attribution de l'enfant et qu'il est guidé dans sa décision par son intérêt bien entendu. Il a à tenir compte de tous les éléments d'appréciation de cet intérêt. Ceux-ci peuvent être le sexe, l'âge, le caractère de l'enfant, les fautes, les ressources des parents, mais aucun de ces éléments ne saurait d'une façon décisive lier le juge. Il n'y a pas de régle a priori et c'est en tenant compte des circonstances particulières de chaque cas que le juge doit prendre la meilleure décision possible.

Il faut attribuer l'enfant (SJZ 9 303; 10 258; ZBJV 50 31) à celui qui peut assurer le meilleur développement de ses qualités physiques et morales. Le sexe, l'âge, la notion de faute ne viennent qu'en second rang. (Trib. féd. SJ 1913 753.)

La faute commise par un époux à l'égard de l'autre pourra pousser le juge à considérer le coupable comme peu digne de confiance dans l'éducation des enfants. Qui a trahi son devoir conjugal pourra trahir aussi son devoir de parent. Cependant le critère n'est pas absolu. Le Tribunal fédéral (RO 38² 440) confie à la mère qui a pourtant commis adultère une enfant parce qu'il s'agit d'une fillette de 10 ans qui a toujours été bien élevée et entourée d'affection. La Cour de Genève (SJ 1923 563) confie un enfant au père contre lequel le divorce est prononcé parce qu'il est prouvé que la mère ne porte aucun intérêt à l'enfant et l'a négligé de toutes

[10]) Der Einfluss der Ehescheidung auf das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern im schweizerischen Recht unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung und der wichtigsten ausländischen Gesetzgebungen. Affoltern a. A. 1925.

façons. Elle n'a pas d'instinct maternel (voir aussi BlZR 1918 79 et SJZ 15 39, enfant confié à la mère quoiqu'un peu légère. La présence de l'enfant sera de nature à l'assagir).

L'absence de faute d'un conjoint ne lui donne pas un droit à l'attribution de l'enfant. Il n'en reçoit pas un non plus du fait de la faute de l'autre. Il faut corriger l'erreur de plaideurs qui invoquent que leurs fautes sont égales pour partager les enfants entre eux (SJZ 21 58, Cour de Zurich 11 IX. 20).

Le sexe des enfants peut être un guide pour leur attribution (SJZ 9 303 et BlZR 1913 61) mais pas nécessairement. Malgré les considérations qu'on peut faire valoir pour l'attribution des garçons au père dans l'intérêt de leur profession (RO 40² 310) on peut faire valoir aussi en faveur de la mère des considérations de caractère. Il n'y a plus aucune raison d'appliquer en cette matière les anciennes normes du droit cantonal qui, par exemple à Schaffhouse, commandaient d'attribuer au père les garçons après l'âge de 6 ans. (RO 38² 43.)

Lorsqu'il s'agit de familles où l'on trouve des garçons et des filles la notion du sexe peut être primée par celle de l'unité de la famille. La Cour de Genève a toujours, avec beaucoup de raison, fait valoir l'intérêt pour les enfants de ne pas être partagés entre les parents. Il faut que les frères et soeurs se connaissent et n'aient pas à souffrir dans leur vie subséquente d'avoir été élevés avec des méthodes différentes. On peut se demander si, en face de conventions d'époux qui partagent égoistement les enfants pour éviter un conflit, le juge ne devrait pas quelquefois faire un usage plus grand de son pouvoir d'office.

D'une manière générale, les tribunaux admettent (BlZR 1912 102) que l'on n'a pas à tenir compte des voeux des enfants. Avec la plupart des procédures, ces voeux ne peuvent même pas venir à l'oreille des juges. Il y a là une extension de la procédure d'office qui pourrait

être envisagée. Pourquoi le juge qui doit trancher cette question si délicate de l'attribution, ne pourrait-il pas, à huis clos, interroger l'enfant?

Les conventions entre époux servent au juge de guide des convenances en matière d'attribution des enfants. Notre questionnaire a révélé que, dans la plupart des cas, les juges homologuaient les accords intervenus. C'est avec raison, car, le plus souvent, on doit admettre que les parents se font souci de prendre la meilleure décision possible (BlZR 1910 125) et qu'il y a souvent porte ouverte à des litiges stériles si le juge veut, contre un conjoint, corriger la convention au profit de l'autre. Nous avons vu le cas où deux conjoints s'étaient solennellement engagés à donner à leur enfant unique un régime déterminé qui comportait la garde à l'un pour quelques années, puis à l'autre pour la fin de la minorité. Le juge, frappé par un témoignage défavorable à l'un des époux n'a pas homologué l'accord et a donné l'exercice de la puissance paternelle à un seul pour tout le temps de la minorité. L'époux favorisé qui se sentait lié moralement par sa signature à la base de l'accord a voulu le respecter, puis il est revenu en arrière, quelques années après, et a voulu prendre l'enfant. De longs conflits sont surgis que certainement le juge n'avait pas prévus et dont l'enfant ne pouvait que souffrir.

Pour toutes ces questions d'attribution, le juge peut consulter l'autorité tutélaire. (RO 40² 310.)

L'effet de la décision du juge est l'attribution de la puissance paternelle sur l'enfant à l'époux choisi. L'époux qui ne reçoit pas l'enfant perd non seulement l'exercice de la puissance paternelle, mais encore la puissance paternelle elle-même. (RO 40² 315 et 47² 380; J. des Trib. 1922 66, arrêt Landri.)

L'effet de la décision sur la puissance paternelle est de droit et le juge n'a pas besoin de le spécifier en termes exprès (SJZ 22 153).

Il n'en est pas de même en matière de séparation

de corps. Là la décision du juge ne concerne que la garde et ne constitue pas encore ipso jure un retrait de la puissance paternelle. Pour le retrait, il faut une mention expresse du juge.

II. Attribution de l'enfant à un tiers.

L'article 156 donne au juge en cas de divorce les compétences nécessaires pour régler l'exercice de la puissance paternelle. Cet article a été interprété d'une façon toujours plus large par le Tribunal fédéral (RO 40² 315; 47² 382; 48² 305; 53² 189; J. des Trib. 1927 477; SJ 1927 465) en ce sens que le juge a la faculté de ne remettre l'enfant ni à l'un ni à l'autre des parents et de priver ceux-ci de la puissance paternelle lorsque les faits révélés par l'instruction sont tels, qu'en l'absence de divorce, l'autorité compétente aurait nécessairement dû déchoir les époux de leurs droits. Si les conditions de fond de l'article 285 CC sont remplies le tribunal retire lui-même aux deux époux leurs prérogatives et signale le cas à l'autorité tutélaire en vue de l'application de l'article 368. (Voir décision de la Cour de Genève dans ce sens. SJ 1914 765; 1917 75; voir aussi SJZ 21 268.)

Le juge du divorce (RO 53² 189, arrêt Cuendet) a non seulement le droit de prendre les mesures absolues de l'article 285 (déchéance de la puissance paternelle) mais encore dans certains cas celles du retrait de garde de l'article 284.

Si le juge estime ne pas devoir confier sans restriction l'enfant à l'un des époux, il peut en prononçant le divorce appliquer sans autre l'article 284. Il peut le faire également lors d'une demande subséquente sur la base de faits nouveaux visant l'octroi ou la privation de la puissance paternelle. Le juge bénéfice alors d'une „attraction de compétence" qui lui permet de ne pas renvoyer la cause pour décision à l'autorité tutélaire et on évite ainsi deux instructions successives.

Dans un arrêt du 29 mars 1928 (RO 54² 71, SJ 1928 345) le Tribunal fédéral, revenant encore sur cette question, a insisté sur ce que la compétence du juge dans toute la matière exclut celle de l'autorité tutélaire.

„Le besoin d'unité et de permanence dans les méthodes d'éducation commande d'éviter autant que possible les conflits ou divergences de vues entre autorités coordonnées".

C'est aux tribunaux à statuer non seulement au moment du divorce, mais encore postérieurement en vertu de l'article 157. L'Autorité tutélaire peut proposer mais elle ne dispose pas.

La seule compétence laissée par cet arrêt à l'Autorité tutélaire est celle de prendre les mesures des articles 283 et 284 relatives à la protection de l'enfant et au retrait de garde lorsque ces mesures sont demandées exclusivement. Si elles sont prises en relation avec la question de puissance paternelle, le juge seul statue.

Il va sans dire que le juge peut cependant toujours demander à l'Autorité tutélaire un préavis avant de statuer.

III. Relations personnelles.

L'article 156 donne au juge l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour régler les relations personnelles des parents et de l'enfant. Il s'agit avant tout des relations entre celui des parents qui n'obtient pas la puissance paternelle et l'enfant. La compétence appartient au juge du divorce et non pas à l'Autorité tutélaire. (SJZ 20 262.)

Les relations personnelles sont garanties au parent qui ne reçoit pas la puissance paternelle et elles ne peuvent être supprimées que dans des cas exceptionnels où il serait démontré que l'enfant pourrait avoir à souffrir de ces relations (père alcoolique, morphinomane, brutal).

Le fait que le divorce a été prononcé contre un conjoint ne porte pas atteinte à son droit (RO 39² 173).

Puisque le conjoint coupable peut même recevoir la puissance paternelle (RO 38² 439) on ne peut lui refuser en principe les relations personnelles.

La question des relations personnelles est à traiter indépendamment de celle des obligations pécuniaires des époux et le conjoint qui a la puissance paternelle ne peut pas refuser l'exercice du droit de visite à l'ex-conjoint qui ne paie pas la pension alimentaire (BlZR 1915 80 et SJZ 12 374).

Inversement un père ne peut pas se refuser à payer la pension alimentaire parce que son ex-époux lui a dressé des obstacles pour l'exercice de son droit de visite ou, en s'éloignant, l'a rendu plus difficile (SJZ 21 337).

Si l'on peut craindre qu'un conjoint ne se serve de son droit aux relations personnelles pour enlever l'enfant, il n'est pas possible d'imposer le paiement d'une garantie. C'est par le règlement même des modalités du droit de visite qu'on évitera le danger, par exemple en prescrivant que le droit ne pourra s'exercer qu'au domicile de l'enfant (RO 54² 238).

La question des relations personnelles n'est pas une de celles pour lesquelles le juge puisse dire: „De minimis non curat praetor". La façon dont ces relations personnelles sont réglées peut exercer une très grande influence sur la santé morale et physique de l'enfant et c'est avec raison que l'on voit les tribunaux (SJ 1922 398; 1926 251) entrer dans des détails pour aboutir à un règlement viable.

Si les relations personnelles sont stipulées par un dispositif vague, les conflits entre anciens conjoints, même bien disposés au moment du divorce, renaissent au sujet de leurs droits respectifs dans la matière. D'autre part, le juge doit avoir conscience que bien souvent des relations personnelles trop répétées font vivre l'enfant dans deux atmosphères morales différentes et hostiles. C'est pour lui une cause constante de trouble et de fatigue.

Avec la vie moderne trois points sont à régler spécialement.

1° Le régime hebdomadaire des visites pendant la semaine et le dimanche. C'est en général une erreur de donner à celui des parents qui n'a pas la garde un droit de visite trop fréquent, par exemple chaque dimanche et encore une fois dans la semaine, un mercredi ou un jeudi après-midi. L'enfant se fatigue à passer toujours ses heures de liberté hors du domicile et d'autre part, il n'est pas juste que celui des parents qui a tout le souci des jours d'école dût toujours céder l'enfant au moment où il est plus libre et détendu.

2° Le régime des vacances de Noël et de Pâques. On a souvent pour ces vacances d'une semaine coupé chaque période en deux. Ce système fait vivre de nouveau l'enfant pendant un temps très court dans deux milieux différents. C'est avec raison que la Cour de Genève a innové en cette matière en prescrivant toutes les vacances de Noël chez l'un et toute les vacances de Pâques chez l'autre, avec changement chaque année. Ainsi par exemple celui des parents qui reçoit un enfant pour les vacances de Pâques peut l'emmener pour un voyage sans être obligé de revenir après 4 jours.

3° Le régime des vacances d'été. On pratique souvent le partage des vacances en deux périodes égales.

Il est inadmissible de donner les enfants à celui des conjoints qui n'a pas la garde pendant toutes les vacances. On aboutit à ce résultat que les enfants préfèrent bientôt celui qui vit en vacances avec eux, sans obligation ni souci, à l'autre qui toute l'année doit faire faire des devoirs, gronder et punir.

Le droit aux relations personnelles n'appartient qu'aux parents. Les grands parents (RO 54² 4) ne sauraient demander une garantie de leurs relations personnelles avec leurs petits enfants.

Le droit aux relations personnelles existe aussi pendant l'instance en divorce (BlZR 1920 55).

D'une manière générale, en face de la question si délicate des relations personnelles on ne peut que répéter avec Mme Alice Landolt (p. 72) que les tribunaux ne peuvent que partir de la présomption que les relations personnelles ne sont pas nuisibles à l'enfant, mais que ce droit ne doit être accordé que pour autant et aussi loin que la présomption n'est pas renversée et l'intérêt de l'enfant menacé. Le divorce constitue souvent pour les enfants un très grand malheur et la conservation des relations personnelles rappelle à l'enfant trop souvent la blessure dont il souffre. C'est souvent le devoir de l'époux qui n'a pas la garde d'exercer son droit avec discrétion et réserve.

IV. Contribution aux frais d'entretien et d'éducation.

La contribution est fixée par le juge. Il n'appartient qu'à lui d'en modifier le montant. Si l'autre conjoint n'arrive pas à nouer les deux bouts, il n'appartient pas aux autorités administratives d'imposer une contribution supérieure en vertu de dispositions sur l'assistance. (RO 49[1] 503; J. des Trib. 1924 409). Si la pension est trop faible, l'Autorité tutélaire est compétente pour agir en vertu de l'article 157.

Le juge a un pouvoir d'appréciation souverain et il peut allouer à un plaideur une somme supérieure à celle qu'il demande par exemple frs 40 au lieu de 30 s'il apparaît que le chiffre réclamé est trop modéré (SJZ 14 227, arrêt du Tribunal cant. vaudois 21 XI. 17). Si par un accord un époux a, au moment du divorce, renoncé à toute contribution pour les enfants, cet accord peut être revisé par le juge qui voit que les enfants auront à souffrir de cette renonciation (SJZ 24 377). L'obligation à la contribution peut-elle se continuer après la majorité? La question a été longuement discutée par la jurisprudence. Par une pratique constante la Cour de Genève (SJ 1906 548; 1910 125; 1915 76; 1917 565; 1918 510; 1919 446; id. ZBJV 57 339) avait toujours admis qu'un

parent pouvait être astreint à payer la pension au delà de la majorité jusqu'au moment de la fin des études. Par un arrêt du 16 juillet 1927, le Tribunal fédéral, section de droit public (SJ 1927 438) a déclaré que cette pratique n'était pas arbitraire et pouvait se justifier.

On peut admettre que l'obligation subsiste aussi longtemps que l'entretien et l'instruction de l'enfant occasionnement des dépenses en raison du genre d'éducation qu'il reçoit. Les devoirs des parents peuvent coexister avec les devoirs d'assistance prévus à l'article 328 CCS. Il appartient au conjoint condamné de s'adresser au juge en vertu de l'article 157 si les circonstances sont changées.

La section de droit civil par un arrêt du 28 juin 1928 (SJ 1928 592) a bouleversé cette jurisprudence et dans un arrêt Bocquet a déclaré que l'obligation d'entretien prend fin en principe avec la minorité. L'enfant n'a plus dès lors que le droit aux aliments de l'article 328 CC.

La Cour de Genève s'est inclinée devant cette nouvelle façon de voir dans un arrêt du 26 octobre 1928 (SJ 1928 590).

Il ne faudrait pas donner à l'arrêt Bocquet une portée trop absolue. Le Tribunal fédéral estime que la solution qu'il adopte vaut en principe mais qu'on pourrait se demander si l'enfant lui-même n'a pas, en dehors de l'article 328 (aliments) une action fondée sur l'article 276. Lorsque les parents ont dirigé l'instruction professionnelle de l'enfant dans une voie qui exclut qu'il puisse gagner sa vie à 20 ans, ils ont assumé implicitement l'obligation de l'entretenir jusqu'à la fin de ses études. L'enfant aurait donc une action directe contre ses parents en dehors du cadre de la dette alimentaire.

Au point de vue du droit désirable, il nous parait important de maintenir la notion que le parent qui n'a pas la garde peut être obligé d'entretenir l'enfant après sa majorité. Avec la vie moderne, l'accession à toute une catégorie de professions est impossible sans un appui

financier au delà de 20 ans. L'enfant de conjoints divorcés, déjà menacé dans sa vie normale par la destruction du foyer ne doit pas subir encore un nouveau préjudice du fait que l'un de ses parents, pourtant d'accord avec l'orientation donnée à sa carrière, peut se liberer de toute prestation destinée à en assurer le succès.

L'action de l'article 328 n'est pas suffisante; un jeune homme aura toujours de la peine à démontrer qu'il ne peut pas faire un travail qui l'empêche de tomber dans le besoin. Les frais des études représentent souvent des sommes très supérieures à la pension alimentaire. Les juges feront donc bien de prendre en sérieuse considération la suggestion du Tribunal fédéral de voir une action accordée à l'enfant par l'article 276 CC.

V. Modifications au jugement de divorce. (Art. 157.)

Le juge du divorce statue sur une situation donnée. Celle-ci peut se modifier et il est dans l'intérêt des enfants que de nouvelles décisions interviennent.

On doit entendre par faits nouveaux (SJZ 9 91) tout changement de circonstances qui modifie le complex des rapports des parents divorcés vis à vis de leurs enfants. Les circonstances indiquées, mariage, départ, mort ne constituent que des exemples et l'énumération n'est paslimitative.

Bien d'autres cas sont possibles comme par exemple la maladie mentale du conjoint qui exerce la puissance paternelle, l'indignité de celui-ci survenue après le divorce etc.

Les faits invoqués (RO 39² 175 et 53² 193) doivent être nouveaux, c'est à dire postérieurs au jugement de divorce et l'action de l'article 157 ne doit pas servir de prétexte à un procès en révision du premier jugement.

Il ne suffit pas qu'il y ait fait nouveau. Il faut encore que celui-ci légitime impérieusement un changement. En principe, on doit éviter les changements fréquents dans

la vie des enfants et en cas de doute c'est le status quo qui doit être maintenu (RO 43² 476).

Dans le cas du mariage d'un conjoint divorcé avec une personne tierce, il peut être difficile de discerner l'intérêt de l'enfant. Faut-il considérer le nouveau mariage comme un fait favorable parce que le foyer ainsi fondé garantit une meilleure éducation? Faut-il au contraire considérer le mariage comme une cause d'attribution à l'autre parent afin d'éviter que l'enfant soit confié à une personne étrangère?

Le Tribunal fédéral estime que, dans certains cas, la première solution est possible mais en manifestant à cet égard la plus grande prudence. (RO 39² 175 et 53² 194; voir aussi Cour de Genève, SJ 1926 253.)

Dans d'autres cas, les tribunaux estiment que le mariage du divorcé doit être considéré comme un fait nouveau défavorable parce qu'il aboutit à confier l'enfant précisément à la femme qui a troublé le foyer (RO 43² 476; J. des Trib. 1918 76 et 53² 195). Dans un cas particulier (Cour de Genève SJ 1928 137) le juge ne méconnait pas les inconvénients de cette influence de l'ancienne maîtresse du père sur l'enfant, mais il est obligé de passer outre à cause de l'incapacité de la mère et en tenant compte du fait que l'enfant sera plutôt élevé au foyer des grands parents qu'à celui du père. Il réserve encore le droit de la mère à un nouveau procès si cet état de fait était modifié.

D'autres éléments peuvent encore pousser le juge à ne pas accorder l'enfant au conjoint remarié, par exemple si le nouveau conjoint a déjà des enfants et qu'on risque de voir au foyer des fruits de trois lits différents! (RO 48² 303).

Le cas du départ de celui des parents qui a la puissance paternelle a donné lieu à d'ardentes luttes judiciaires. La décision est toujours particulièrement difficile, car avec l'éloignement des deux parents le droit aux relations personnelles est pour ainsi dire réduit à néant

et celui qui n'a pas l'exercice de la puissance paternelle perd entièrement son enfant. Chaque cas est à envisager pour lui-même. L'intérêt de l'enfant prime celui des parents et il n'est en général pas indiqué de modifier l'attribution de la puissance paternelle pour sauvegarder le droit secondaire aux relations personnelles.

C'est la solution qu'a donnée le Tribunal fédéral dans deux espèces où la mère, bénéficiaire de la puissance paternelle était partie pour l'Amérique (RO 38² 35; J. des Trib. 1913 131 affaire Saxer et SJ 1926 417 affaire G. c. P.). Dans le second cas le Tribunal fédéral a admis que la mère remariée avec un Américain avait le devoir de suivre son mari et que l'intérêt de l'enfant du sexe féminin commandait qu'elle fût élevée par sa mère. Les considérations qu'on peut faire valoir en raison de la nationalité de l'enfant et de l'intérêt qu'il y aurait à l'élever dans sa patrie ne l'emportent pas devant la nécessité d'assurer à l'enfant des soins maternels (dans le même sens SJ 1914 589 arrêt Hornung).

On pourrait juger autrement si l'éloignement était provoqué d'une façon malicieuse dans le seul but de priver l'autre conjoint des relations personnelles.

Dans le cas de mort d'un des parents les tribunaux habitués à l'ancien droit français ont pu longtemps croire que, sans décision de justice, l'autre parent reprenait la garde et l'exercice de la puissance paternelle sur l'enfant. Cette conception était erronnée. Il est maintenant admis, sans discussion, qu'en vertu de l'article 157 le parent survivant doit demander au juge d'être rétabli dans la puissance paternelle. En attendant il y a cas de tutelle (RO 47² 380; J. des Trib. 1922 66, arrêt Landry; SJ 1928 437, voir aussi SJZ 14 259, Décision de la direction de justice de Berne) et un tuteur doit être désigné par l'Autorité tutélaire (CC 368).

Dans un arrêt du 15 octobre 1924 (SJZ 21 261) la Cour de Berne a estimé que le procès en modification, par le survivant, devait être intenté au for de celui-ci

comme demande directe sans que l'autorité tutélaire y soit partie en cause. Il nous parait qu'en vertu des principes de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de compétence, l'action du parent survivant est à introduire contre le tuteur de l'enfant, le tuteur étant considéré comme défendeur.

CHAPITRE HUITIÈME.

La procédure.

I. Procédure d'office et maxime du débat. — II. Les conventions des parties.

I. Procédure d'office et maxime du débat.

Il ne saurait être question dans ce rapport qui englobe tout le titre du divorce de discuter tous les problèmes posés par l'article 158 et exposés dans le beau travail du Dr. M. Gisi (Zeitschr. f. Schw. R. 1913 419). Nous avons déjà indiqué les pouvoirs d'office du juge dans la matière des articles 146 al. 3, 150, 156, 157. L'article 158 vise plus spécialement la question des preuves et prescrit le pouvoir d'office du juge à l'égard des faits invoqués à l'appui d'une demande en divorce, sa liberté d'appréciation à l'égard des déclarations des conjoints et d'une manière générale des preuves. Il interdit le serment déféré aux parties et finalement soumet au contrôle du juge toutes conventions relatives aux effets accessoires du divorce.

Gisi (op. cit. 478) aboutit à cette formule très abstraite mais exacte: La maxime du débat l'emporte à l'égard des faits qui affirment une cause de divorce. Le pouvoir d'office du juge existe à l'égard des faits qui infirment la cause de divorce.

Les parties restent maitres d'invoquer ou de ne pas invoquer tel ou tel fait qui constitue une cause de divorce. Un conjoint par exemple, peut invoquer contre son épouse la violence mais renoncer au fait d'adultère dont il a pour-

tant la preuve. Le juge ne peut pas, comme un juge d'instruction, procéder à des recherches et provoquer la naissance de la preuve de ce grief que l'une des parties n'invoque pas.

Par contre, dès qu'une cause est invoquée, le juge n'est pas lié par le fait qu'elle est reconnue par l'autre partie. Le juge est souverain dans son appréciation et il ne la retient que s'il est convaincu de son existence. Il a donc un pouvoir d'office pour exiger que la preuve soit effective et convaincante. (SJ 1925 188 divorce Canal.)

Les al. 1, 3, 4 de l'article 158 constituent des applications du même principe. L'intérêt public exige que le juge ne soit pas lié par des règles de procédure cantonale ou pour la maxime du débat et il ne prononce la dissolution du lien conjugal que s'il a la conviction personnelle que les faits invoqués sont vrais. Le juge doit protéger le mariage comme une institution d'ordre public et ne prononcer sa dissolution que si les faits invoqués sont exacts. Il n'a, par contre, pas à intervenir dans l'intimité de la famille pour provoquer l'apport de causes que les époux ne lui exposent pas.

L'arrêt Einhard (RO 42² 546; J. des Trib. 1917 390; SJ 1917 360) a précisé cette façon de voir. Le demandeur allègue les faits qui peuvent motiver le divorce. Comme l'intérêt général est en jeu, le juge doit considérer tous les faits comme contestés, et il doit en exiger la preuve même si le défendeur ne les a pas contestés. L'article 158, 3 est un corollaire de cette règle; il empêche le juge de se croire lié par les aveux des parties sur les faits invoqués.

Par contre, l'article 158, 3 n'apporte pas de restriction aux conclusions des parties.

Si, par exemple, des époux n'ont porté en appel que la question des effets accessoires du divorce prononcé en première instance, le juge d'appel ne peut pas suppléer d'office aux conclusions des parties et refuser le divorce

dont aucune des parties n'attaque le principe (id. BlZR 1920 n° 187, SJZ 18 360).[11])

Le Tribunal supérieur d'Argovie (SJZ 18 297) a admis également qu'il était licite que les parties conviennent de ne faire valoir devant le juge que le moyen de l'article 142 à l'exclusion d'autres causes. Si l'accord est entaché de nullité par vice de consentement, il appartiendra à la partie lésée d'attaquer cet accord, mais elle ne pourra appeler du jugement de divorce pour faire prononcer par l'instance supérieure la nullité du contrat.

L'al. 3 de l'article 158 a été souvent mal compris en ce sens que le juge n'a pas cru devoir interroger les parties pour tenter d'aboutir à la découverte de la vérité. C'est une grave erreur. Si le juge n'est pas lié par les déclarations des parties, il a cependant la faculté d'en tenir compte. Dans le domaine si délicat de l'appréciation des faits en matière de divorce, il nous parait que l'interrogatoire des parties, non pas seulement par le juge conciliateur, mais par le juge du divorce est un élément essentiel dans la recherche de la vérité objective. Le juge qui a interrogé les époux et a pu comparer leurs déclarations, appréciera ensuite beaucoup mieux les enquêtes et les pièces produites.

---

[11]) Notons, en passant, que plusieurs arrêts ont admis qu'en cours d'instance les époux peuvent toujours, même dans les cantons où règne la maxime éventuelle, invoquer de nouvelles causes de divorce (SJZ 9 14; 9 228; 10 258; 15 165). Il n'y a pas de contradiction entre ces arrêts et l'arrêt Einhard. Le juge est lié par les conclusions des parties et ne peut prendre l'initiative d'invoquer des motifs de divorce qu'on ne lui soumet pas. Par contre, si les parties, en cours d'instance, soumettent de nouveaux motifs, il doit, en vertu de son pouvoir d'office, examiner toute la situation qui lui est soumise et non pas juger sur la fiction d'un débat réduit au cadre des conclusions initiales.

Cette question n'est pas à confondre avec celle traitée par RO 43² 454 (SJ 1917 658): irrecevabilité d'un appel de la part d'un conjoint qui en première instance a obtenu toutes ses conclusions et recourt pour revenir en arrière après le décès du défendeur.

L'article 158 al. 4 permet au juge de rejeter des preuves fragiles, mais il lui permet aussi de se faire sa conviction par des preuves morales résultant de l'interrogatoire des parties et qui, dans un autre domaine du droit, auraient pu paraître insuffisamment précises. Ce mode d'investigation peut être spécialement utile dans le cas d'époux qui invoquent des motifs de divorce sérieux mais dont le caractère intime exclut la possibilité de témoignages provenant de tiers.

Le Tribunal cantonal de Neuchâtel (SJZ 19 65) a admis que le principe de l'article 158 al. 4 donnait au juge toute liberté en face des restrictions des lois cantonales prescrivant la comparution personnelle des témoins. Le juge peut donc accueillir la production de déclarations écrites de tiers. Nous sommes d'accord, au point de vue du droit strict, avec cet arrêt. Mais au point de vue pratique, ses conséquences, si elles se généralisent, sont déplorables. C'est par l'audition personnelle des témoins à l'enquête que le juge peut le mieux se convaincre de la réalité des motifs invoqués.

Il doit donc exiger l'enquête et n'admettre qu'à titre exceptionnel la production de déclarations écrites, cela dans le but de mieux pouvoir juger par lui-même de la valeur des témoignages.

La faculté laissée aux parties de produire des témoignages écrits est un de ces éléments qui, dans certains cantons, a donné au public l'impression d'une grande facilité à accorder le divorce. Dès que l'entourage des époux n'est plus obligé de venir s'expliquer devant le juge, la procédure est si peu visible que le divorce paraît une opération rapide et facile.

Pour la recevabilité des témoignages, l'article 158 al. 4 donne au juge la plus grande liberté et il n'est plus lié par les dispositions de droit cantonal relatives à la parenté ou à l'alliance (SJZ 13 380, Cour de Fribourg, 20 VI. 16).

II. Conventions des parties.

Depuis 1912, la pratique des conventions en vue du divorce a pris la plus grande extension et joue un grand rôle dans le développement du droit.

Le législateur, en reconnaissant l'intérêt de ces conventions expressis verbis a fait oeuvre utile. Il a reconnu par là qu'en matière de divorce le juge ne peut défendre l'intérêt public qu'en respectant le caractère personnel et particulier du conflit qui lui est soumis.

Il serait désirable que ce sujet fût traité pour lui-même par un juriste suisse. Dans le cadre de cette étude nous ne pouvons que l'effleurer.

Les conventions des parties visées par l'article 158 al. 5 concernent les effets accessoires du divorce. Elles ne sauraient porter sur la cause de divorce puisque le juge doit lui-même apprécier si les faits invoqués sont vrais. Les parties peuvent cependant convenir de n'invoquer que certaines causes. Cette restriction portera ses effets dans les conclusions des parties en cours d'instance (voir plus haut p. 88) mais le juge n'aura naturellement pas à l'homologuer.

Quels sont les effets accessoires que la loi vise?

Gisi (p. 465) estime que ce sont les effets matériels seulement. Avec Gmür, nous n'admettons pas cette restriction. On a vu que les époux par leurs accords relatifs aux enfants, facilitent la tâche du juge. Celui-ci, qu'il s'agisse des enfants ou des règlements matériels des articles 151 à 153 exerce son pouvoir d'office par l'homologation. C'est son devoir de vérifier si les dispositions prises sont équitables et conformes aux intérêts que la loi veut protéger (RO 43² 476). Nous avons vu que le juge peut modifier l'accord intervenu en matière de pension alimentaire (p. 82). Il peut considérer comme immorale une convention qui stipule une indemnité non pas dans un esprit d'affection et par le simple désir d'assurer l'avenir de la femme, mais pour obtenir le consente-

ment au divorce (RO 51² 118; SJ 1925 449). Le juge (SJZ 21 208) peut se refuser à homologuer un accord qui alloue sans aucune base juridique une indemnité dont le chiffre parait arbitraire.

Les conventions relatives aux enfants devront être examinées avec particulièrement d'attention par le juge. S'il estime devoir les modifier, il fera bien d'essayer de le faire avec l'accord des époux pour ne pas, méconnaissant des faits qu'il ignore, imposer une situation peut être peu viable (voir ci-dessus p. 77).

Lorsqu'il s'agit du régime matrimonial des époux, l'homologation du juge n'est pas nécessaire. L'accord est un effet non pas du divorce lui-même mais de la dissolution du mariage (SJ Z23 174, Cour de Neuchâtel 1 11. 26 divorce Clerc). Les parties sont libres de liquider leur régime matrimonial après le divorce entre eux d'un commun accord ou par une instance séparée. Le juge n'a pas plus à homologuer ces accords qu'il n'a à intervenir d'office dans la liquidation du régime. C'est un domaine où la maxime du débat reprend tout son empire (RO 47² 370).

Lorsque les époux, postérieurement au mariage, font une convention nouvelle, celle-ci doit-elle être soumise au juge? Le Tribunal fédéral (RO 47² 243; J. des Trib. 1921 546, arrêt Reber c. Bonadurer) résout la question par la négative, parce qu'il s'agit d'époux qui ont divorcé devant un juge étranger dont le droit admet la modification sans intervention judiciaire. Il a confirmé ce point de vue en s'en référant à l'arrêt Reber dans l'arrêt G. c. P. du 29 mars 1926 (SJ 1926 417) en s'appuyant cette fois sur cette considération qu'au moment du procès la question des effets du divorce peut servir à exercer une influence sur le divorce lui-même et qu'ensuite ce danger n'existe plus, les époux n'étant plus liés par le mariage.

Cette façon de voir revêt une importance spéciale, car il s'agit ici d'accord relatifs aux enfants. Elle nous parait erronée.

Lorsqu'il s'agit de modifications de questions réglées en vertu des articles 156 et 157 l'homologation du juge est exigée implicitement par le texte de l'article 157 (SJZ 377 75). Ce n'est que lorsqu'il s'agit des dispositions des articles 151 à 153 qu'on peut admettre de la part du bénéficiaire d'un avantage une renonciation à cet avantage sans recours au juge.

Les modifications aux accords relatifs aux enfants peuvent, cela va sans dire, dans beaucoup de cas être fidèlement respectées par les parents sans recours au juge; mais le droit de chaque parent de s'en référer à l'ancien accord reste intact. La modification n'a une valeur juridique que si elle est homologuée. Lorsque le juge constate que la modification est conforme à l'intérêt de l'enfant et a été acceptée en toute liberté par les deux parents il l'homologuera sans recourir à de trop nombreux préparatoires.

CHAPITRE NEUVIÈME.

Conclusion.

I. Remarques d'ordre spécial. — II. Remarques d'ordre général.

De l'étude à laquelle nous nous sommes appliqués, des conclusions de deux sortes peuvent être tirées: des observations de détail au sujet de telle ou telle disposition de la loi, de son efficacité, de son interprétation; des conclusions d'ordre plus général sur l'opinion qu'on peut se faire de la vertu de la loi actuelle en face du problème de la famille, tel qu'il est posé en Suisse.

I. Remarques d'ordre spécial.

Au cours de notre étude, nous avons émis diverses appréciation sur la loi et la jurisprudence. Nous résumons ici les thèses principales de notre exposé:

1. La preuve d'une cause déterminée absolue de divorce lie le juge sauf le cas d'abus de droit, et il n'est pas

possible à la partie adverse d'offrir la preuve que la cause n'a pas ébranlé le lien conjugal.

2. La cause de divorce résultant du délit infamant de l'autre conjoint disparait par péremption.

3. Le motif d'abandon malicieux pourrait être rayé sans inconvénient du Code, car il fait double emploi avec les motifs des articles 138 et 142.

4. L'article 142 doit être appliqué avec plus de rigueur que les articles 45 et 47 de la loi de 1874. La dissolution du mariage ne saurait dépendre de la seule volonté des parties.

5. Le juge n'a pas à appliquer d'office l'article 142 al. 2 du Code. Cette disposition constitue une faculté d'opposition accordée au conjoint innocent mais dont il peut ne pas faire usage.

6. La stipulation de l'article 144 relative au for de la partie demanderesse n'a pas constitué un progrès sur l'ancien droit qui ne connaissait que le for du domicile du mari. Il n'est pas normal que, pour déterminer le for, le juge soit obligé d'instruire déjà sur les causes de la séparation de fait.

7. Le for du défendeur pour l'action de l'article 157 est préférable au for de la partie demanderesse ou au for du divorce et cela avant tout pour des raisons pratiques.

8. L'article 150 relatif à l'interdiction temporaire d'un nouveau mariage doit être appliqué avec prudence par le juge si l'instruction n'a pas porté sur la question de faute.

9. L'article 153, al. 2 qui vise la diminution de la rente après divorce n'exclut pas la faculté de demander aussi une augmentation.

10. La question des relations personnelles doit être réglée par le juge avec grand soin en évitant de créer à l'enfant de continuels changements de milieu.

11. L'enfant de parents divorcés doit pouvoir posséder, après l'âge de 20 ans, une action contre celui de ses parents qui n'a pas la garde pour obtenir non seulement

une pension alimentaire, mais la possibilité de continuer des études qui lui ont été tacitement promises.

II. Remarques d'ordre général.

Le grand nombre des divorces préoccupe l'opinion publique. Tous ceux qui se soucient de l'avenir du pays et du maintien de l'idéal de la famille sont frappés par les conséquences facheuses de nombreux divorces. Le divorce n'est souvent pas une solution pour les époux qui, même après leur séparation, continuent des luttes stériles; il n'est souvent pas une solution pour les enfants qui souffrent de ne pas être élevés par leurs deux parents et pâtissent de vivre tiraillés entre deux influences contraires. De nombreux esprits, recherchent les voies et moyens pour consolider l'idéal de la famille et arriver à une diminution du nombre des divorces.

Nous n'avons pas à traiter ici de tous les remèdes qui peuvent être tentés dans ce domaine.

En publiant, il y a quelques mois, un petit ouvrage destiné au public [12]) sur ce sujet, nous avons essayé d'apporter notre contribution à ce mouvement en attirant l'attention de l'opinion sur le fait que le divorce n'est pas toujours une solution des difficultés conjugales et qu'il y a souvent pour les conjoints grand avantage à ne pas recourir à cette voie radicale.

D'une manière générale, on peut dire que le vrai terrain de lutte contre le divorce n'est pas dans le domaine législatif ou judiciaire, mais dans le domaine des moeurs et de la morale. C'est la conception générale de la vie, la notion du sacrifice dû à l'idéal de la famille, la valeur religieuse donnée aux formes de la vie, qui contribuent à raffermir l'union conjugale et à donner aux époux une idée saine et intelligente de leurs devoirs réciproques. Il appartient au pays tout entier et notamment à tous ceux qui écrivent ou parlent en public de se pré-

[12]) Quelques considérations sur le divorce par Albert Picot' Lausanne, Concorde 1929.

occuper de ce problème et d'apporter sur le terrain moral et social des éléments destinés à renforcer l'idéal familial.

Lorsque des époux consultent des avocats et comparaissent devant des juges, il y a déjà quelques fois une situation compromise et il est alors trop tard pour éviter un divorce.

Le juge ne peut que constater la faillite d'un ménage. On ne peut pas plus lui reprocher de prononcer sa liquidation, qu'on ne peut demander à l'Office des faillites de faire faire de bonnes affaires au commerce.

Le nombre des divorces est un symptôme d'un affaiblissement de l'idéal familial. Il n'en est que faiblement la cause.

En face des éléments d'ordre moral, social ou religieux qui agissent sur la famille la loi, la jurisprudence, la procédure jouent un rôle secondaire et modeste. Il ne faut pas l'oublier lorsqu'on examine ces graves questions: l'expérience faite depuis 1912 avec le Code civil prouve-t-elle que la loi est bonne; ou bien faut-il, dans l'intérêt de la famille, modifier la loi? La jurisprudence pourrait-elle être modifiée dans un sens ou dans un autre? La procédure devrait-elle être modifiée dans un sens ou un autre?

Comme nous l'avons dit dans notre introduction, nous ne pouvons songer à traiter à fond ce sujet. La question de la révision du Code civil suisse n'est pas ouverte. La séance de la Société Suisse des Juristes de Neuchâtel en automne 1929 ne peut servir qu'à amorcer une discussion pour permettre des études de plus longue haleine, ou aider à une orientation plus ferme de la jurisprudence.

a) Modifications à la loi elle-même.

Nous ne pensons pas que la très grande majorité du peuple suisse souhaite une modification de principe de la loi actuelle en matière de divorce.

La grande difficulté de toute législation dans le domaine conjugal réside dans ce fait que la famille, base de

l'édifice social constitue un intérêt public au premier chef dont la loi et l'Etat ne peuvent pas ne pas se préoccuper, mais que d'autre part le lien conjugal repose sur les éléments les plus intimes et les plus impondérables de la personnalité humaine. De tout temps les hommes ont eu la tentation de méconnaître un des éléments de la question. Les uns ne voudraient voir que l'intérêt public et, en supprimant le divorce, espèrent sauver la famille; les autres ne voudraient plus voir que les intérêts privés et en faisant du mariage un contrat synallagmatique ordinaire, laisser toute liberté aux époux de divorcer par consentement mutuel. Les premiers oublient qu'en dehors de tout élément moral, il y a des circonstances sociales ou psychologiques ou morales qui peuvent faire d'un ménage un enfer et qu'il est simplement humain d'en permettre la dissolution. Les seconds méconnaissent qu'en dehors des droits de l'individu, il y a ceux de la famille et que le divorce laissé au seul caprice des époux sacrifie les enfants.

Il est certain que toute législation libérale en matière de divorce peut encourir ce reproche de donner à l'opinion l'idée que la porte du divorce s'ouvre facilement et de suggérer aux époux qui traversent une phase difficile qu'ils pourraient recourir à cette solution. Au lieu d'essayer de surmonter les obstacles qui les séparent, ils cherchent l'échappatoire du divorce. Cet inconvénient peut cependant être conjuré par une jurisprudence plus sévère, par une procédure plus rigoureuse et il ne saurait entrainer la condamnation de la loi. Celle-ci doit être jugée plus pour elle-même que pour les suggestions qu'elle crée.

Nous considérons que, dans ses grandes lignes, l'édifice législatif est bon. Il constitue une juste appréciation des éléments du problème. D'une part il défend la famille en ne permettant le divorce que pour des causes déterminées bien nettes ou encore si le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune devient insup-

portable. C'est le juge qui apprécie si les faits invoqués sont vrais; il jouit à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation et n'est pas lié par la maxime du débat. Il ne statue que si sa conviction personnelle est faite et, en cas de doute, c'est le mariage qui triomphe contre le divorce. D'autre part, les époux profondément malheureux peuvent obtenir leur délivrance et la femme, notamment, si elle est victime des mauvais traitements de son mari trouve dans le divorce une réelle protection.

La loi repose sur une idée morale élevée. Elle veut défendre la famille, mais elle ne pense pas sacrifier à cet idéal lorsqu'elle permet la cessation d'unions qui entrainent avec elles le malheur et peuvent être, une cause de mauvaise éducation des enfants. Son fondement est d'ordre non pas dogmatique, mais psychologique. Elle protège les vraies familles, elle laisse se dissoudre celles qui ne méritent plus ce nom. Par le fait qu'elle part de l'élément psychologique et réel, elle pose peu de principes abstraits et laisse au juge, c'est à dire, à une personne vivante, l'appréciation de la cause. C'est là sa force et aussi sa faiblesse. Sa force, car le juge sain d'une société saine, appréciera avec discernement les cas qui lui sont soumis. Sa faiblesse parce que le juge sceptique d'une société sceptique s'acquittera de sa tâche sans conviction. Mais le législateur peut-il prétendre, en dehors des éléments donnés de la société qu'il régit, faire triompher un principe que cette société ne respecterait pas?

Avec des moeurs dissolues un pays sans divorce connait d'autres maux, mais peut être pires encore que ceux que la jurisprudence du divorce révèle au grand jour.

Sans supprimer le divorce, la loi respecte les convictions catholiques en faisant à la séparation de corps une place très large. Si les deux conjoints séparés ont la conviction qu'un second mariage est coupable, la loi leur permet de rester sous le régime du droit canon de la separatio perpetua. Si un seul des époux pratique cette opinion, il est libre de ne pas se remarier. La religion

conserve tout son droit de tenter d'insuffler à ses fidèles un idéal qu'elle considère comme supérieur à celui du Code et notamment faire valoir le caractère indissoluble du mariage.

Si l'on rejette l'idée de la suppression du divorce ou encore celle de l'introduction du divorce par consentement mutuel, peut-on songer à une réforme partielle et par exemple supprimer l'article 142. Faut-il adopter un régime analogue à celui de la France qui ne connait que les causes déterminées ou encore à celui de l'Allemagne qui ne connait que le divorce prononcé contre un des époux avec appréciation obligatoire de la question de faute? Nous ne le croyons pas. La notion de la désunion objective de l'article 142 est profondément humaine et vraie. C'est juger de la morale des hommes d'une façon purement abstraite et non pas psychologique ou religieuse que d'admettre que, dans tout ménage désuni, il y a un coupable et que le juge nommé par l'Etat peut apprécier dans tous les cas la question de la responsabilité de la désunion. Sans doute dans les cas d'adultère, de violence, d'attentat à la vie, d'abandon il peut être facile de discerner la faute, mais si l'on accorde le divorce que dans les cas où la faute est discernable, on aboutit à ce résultat très injuste que le divorce n'est plus ouvert à ceux là même qu'il peut sauver, à ces époux sincères et honnêtes, mais qui se trouvent par la vie conjugale pris dans une situation qui menace leur développement. L'opinion publique pratique continuellement cette erreur qui consiste à ne pas voir dans un divorce une tragédie morale mais bien plutôt un mélodrame avec un criminel et un victime. Le législateur doit s'élever plus haut et considérer qu'il y a des forces obscures qui s'opposent à l'épanouissement de la vie conjugale et qu'il est souvent des cas où le divorce est un malheur, mais non pas le résultat d'une faute.

La suppression de la notion de la désunion objective rejetterait le juge suisse dans toutes les difficultés où

se débat le juge français ou le juge allemand. En France, les époux qui sont obligés d'invoquer une cause déterminée finissent par la créer, et la jurisprudence elle-même est obligée de donner un sens toujours plus large à la notion d'injure grave. En Allemagne, la notion de la faute nécessaire eutrave la jurisprudence. Nous recommandons à nos lecteurs, sur ce point, le livre d'un avocat de Dusseldorf M. le Dr. Friedrich Traumann[13]) qui demande précisément, pour que la justice reste dans la vérité, l'adoption du régime suisse.

b) Orientation de la jurisprudence.

En préparant notre rapport, nous avons dû lire quelques centaines de décisions de justice. Celles-ci nous ont confirmé dans notre idée que la législation suisse est dans ses grandes lignes, à conserver. Elle procède d'une conception du rôle de la loi qui laisse au juge une grande liberté d'appréciation. Au lieu de poser des règles aprioristiques nombreuses autour desquelles se créerait toute une casuistique abstraite et subtile, elle énonce des principes généraux et laisse au juge, c'est à dire à une personne vivante, présente devant les époux, le soin de discerner si la cause de divorce est donnée et de régler au plus près de sa conscience les effets accessoires du divorce.

La lecture de tant d'arrêts de divorce nous a donné une haute idée de la façon dont la magistrature suisse a compris l'esprit large et humain de la loi. On aura vu par ce rapport que ce chapitre si important du Code a suscité peu de controverses subtiles et que nulle part on a abouti à des conclusions qui, justifiées en pure logique, laissent cependant une impression fâcheuse d'artificialité. On ne peut que s'incliner devant la haute conscience avec laquelle les cours suisses ont cherché à résoudre les questions si délicates relatives à l'attribution de la puissance paternelle.

---

[13]) Dr. F. Traumann, Ehescheidungsrecht der Zukunft, Berlin 1920.

Comme on est loin à cet égard des décisions des tribunaux allemands toujours liés par des règles relatives à la faute dans le domaine où l'intérêt des enfants doit seul prévaloir!

Le seul élément qui reste troublant lorsqu'on considère la jurisprudence suisse est celui qui concerne les divorces d'époux qui viennent au Tribunal après s'être mis d'accord tant sur le principe du divorce que sur la façon d'en régler les effets accessoires (ch. 2 III de ce rapport p. 28).

La facilité relative avec laquelle le divorce est accordé à ces époux dans les régions citadines et notamment dans les cantons de Genève, Zurich et Schaffhouse donne l'impression d'un glissement de la jurisprudence de ces contrées vers le divorce par consentement mutuel, notion contraire à celle de la loi et à la volonté expresse du législateur.

Sans vouloir l'excuser, on peut dans une certaine mesure expliquer cette jurisprudence. Il est, à certains égards, naturel que ce soit dans les villes que le divorce soit plus fréquent, car c'est là que par le fait de la population étrangère, du mélange des confessions, du contact des milieux, de la diversité des moeurs, il se contracte le plus d'unions disparates. Dès lors, la proportion des divorces est plus forte et celle-ci provient non pas du juge plus facile, mais du plus grand nombre de ménages désunis.

Il arrivera toujours — et ce phénomène ne se constate pas qu'en Suisse — que le juge de première instance sera plus favorable au divorce que le juge d'une cour supérieure. Le juge, dans tout divorce, est placé entre deux obligations qui peuvent être contradictoires. La première est celle de défendre l'idéal abstrait de la famille en se montrant rigoureux dans l'examen des cas; s'il accorde trop aisément le divorce, il diminue le prestige de l'idée de famille. La seconde consiste à régler une situation particulière d'une façon convenable et qui

tienne compte le plus possible des intérêts en présence. Tout naturellement le juge de première instance qui entre en contact avec les parties, entend les témoins, est baigné dans l'atmosphère du cas concret est poussé à envisager plus directement la seconde obligation que la première. Tous les praticiens ont connu ces cas où le divorce évidemment ne s'impose pas, mais où il apparait que son refus crée une situation particulière très pénible et douloureuse. Il est difficile au juge de ne pas en tenir compte. Lorsqu'il s'agit de cas d'époux d'accord pour divorcer le jugement ne va pas plus haut et ne reçoit plus le contrôle des cours supérieures plus conscientes de la mission sociale lointaine de la loi.

Ces explications qui indiquent la pente naturelle sur laquelle la jurisprudence risque de glisser, ne signifient naturellement pas qu'il ne soit pas nécessaire de remonter cette pente et nous avons indiqué précisément dans notre rapport notre approbation de l'évolution nouvelle de la jurisprudence de l'article 142 et notre idée que les tribunaux cantonaux doivent suivre cette évolution. Il suffirait souvent, dans les régions citadines, d'un effort de contrôle relativement faible pour empêcher que le divorce soit considéré comme une porte facilement ouverte. Nous signalons à cet égard la façon très équitable et pourtant rigoureuse avec laquelle les tribunaux de Bâle et de Berne appliquent la loi.

c) Règles de procédure.

Nous serions sortis de notre sujet si nous avions voulu examiner la façon dont se déroule la procédure de divorce dans les cantons. Il y a là un sujet très vaste et qui certainement ne devrait pas être négligé au cas où l'on voudrait procéder à une révision de la loi. Dans un domaine où l'influence personnelle du juge joue un si grand rôle, la façon dont celui-ci procéde est décisive.

Deux questions devraient être particulièrement étudiées.

La première est celle de la comparution personnelle des époux devant le juge. Celle-ci devrait — lorsque les époux ne sont pas des Suisses à l'étranger qui plaident devant le for d'un lointain lieu d'origine — être toujours ordonnée. Beaucoup de cantons connaissent une procédure de conciliation devant un magistrat qui n'est pas nécessairement le juge du divorce.[14]) Cette procédure a peu de résultats parce que seul le juge qui connait le cas et l'a déjà étudié peut jouer un rôle utile dans la conciliation. D'autre part, la comparution des époux est nécessaire non seulement pour la conciliation mais aussi pour l'appréciation de la cause de divorce.

Lorsqu'on veut armer le juge, ce n'est pas seulement par des enquêtes de témoins qu'il faut l'engager à rechercher la vérité mais par le contact personnel avec les époux. On doit accueillir à cet égard avec faveur les suggestions de May [15]) demandant que le juge puisse librement se rendre compte des situations qui relèvent plus des rapports personnels des deux intéressés que de leur réaction sur les tiers.

La seconde est celle de la durée des instances. Si des époux invoquent leur désunion et ne peuvent prouver autrement que par leurs dires leur vie commune insupportable, il serait injuste de leur refuser le divorce, mais leur conviction doit être contrôlée et il n'y a pas à cet égard de meilleur moyen d'épreuve que la durée. Les Etats scandinaves ont prescrit des délais de plusieurs mois entre la demande et l'examen de la demande. Il y a là des dispositions de droit étranger qui méritent d'être examinées.

Lors d'une revision de la loi, l'article 158 pourrait être remis sur le chantier et sans porter atteinte grave

---

[14]) Voir par exemple Vaud où la conciliation a lieu devant le juge du Cercle tandis que le divorce est jugé par un tribunal de District.

[15]) Preussisches Jahrbuch 173, 332, cité par Traumann, op. cit. p. 31—33.

au principe de la souveraineté cantonale en matière de procédure, ces deux notions pourraient être introduites, celle de la comparution obligatoire des parties en chambre du conseil, celle de la longueur minimum des instances fondées sur l'article 142.

Le divorce est le processus de dissolution d'une institution créée pour la vie et qui est le mariage. Il demande au juriste l'examen de questions qui intéressent au plus haut point l'ordre public et la société, mais qui ont leur source dans les régions les plus profondes et les plus intimes de la conscience et de la personnalité humaine.

Le législateur suisse, conscient de ce double élément à la fois individuel et social de l'institution l'a réglée dans ses grandes lignes, mais en confiant à des personnes le soin de trouver dans chaque cas particulier une solution viable et juste.

Il n'est pas au pouvoir de l'Etat et de ceux qui détiennent une parcelle de sa puissance de régenter les moeurs et de sauver la famille malgré elle. Le sort du foyer est avant tout entre les mains de ceux qui l'ont fondé. Mais si le foyer malheureux fait appel à la société, il appartient à tous ceux qui interviennent de par leur fonction, avocats et juges, de révéler un souci assez haut de l'idéal familial pour sauver ce qui peut être encore sauvé et avant tout protéger les victimes innocentes du divorce. La loi leur donne à cet égard des armes que l'on peut encore polir et perfectionner, mais dont le métal est bon.