

Tirage à part

Recherches juridiques lausannoises Volume 27

**L'arbre de la méthode et ses fruits civils**

Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz

Edité par Denis Piotet et Denis Tappy

---

Vers la reconnaissance  
du divorce par répudiation  
en droit suisse?

---

Jean-Philippe Dunand

Schulthess §

## Vers la reconnaissance du divorce par répudiation en droit suisse ?

### I. Introduction

« Quod Deus coniunxit, homo non separet » (Ce que Dieu a uni, que l'homme ne le sépare pas).

Ces paroles du Christ, retranscrites dans les Evangiles<sup>1</sup>, ont servi de fondement à la théorie canonique de l'indissolubilité du mariage. En substance, le mariage étant un sacrement, il marque les époux d'un signe divin qui ne peut plus être effacé<sup>2</sup>. Le principe de l'indissolubilité influença durablement le droit des Etats européens<sup>3</sup>. Même les protestants, qui ne mettaient pas le mariage au rang de sacrement, n'admettaient le divorce que de manière restrictive. En France, il fallut attendre la Révolution pour que le divorce réapparaisse, à vrai dire pour une courte période. Ce n'est en effet qu'à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle qu'il fut introduit de manière définitive.

En Suisse, la règle canonique s'imposa dans les cantons catholiques lors de la Contre-réforme<sup>4</sup>. Leurs législations civiles se limitaient à renvoyer aux dispositions du droit canon. Seuls les tribunaux ecclésiastiques étaient compétents pour prononcer les annulations de mariage. Les cantons réformés et quelques cantons mixtes optèrent quant à eux pour l'admission du divorce à des conditions strictes contrôlées par l'Etat<sup>5</sup>. Les principaux motifs reconnus étaient l'adultère et l'abandon. Il fallut cependant attendre la loi fédérale de 1874 relative à l'état civil, au mariage et à la tenue des registres en ces matières pour que soient imposés dans toute la Suisse le mariage civil ainsi que la reconnaissance générale du divorce, indépendante de la confession. Ces principes furent maintenus dans le code civil suisse de 1907. Récemment, le premier janvier 2000, est entrée en vigueur une réforme complète du Titre quatrième du code civil consacré au divorce. Selon les nouvelles dispositions, le divorce est possible soit sur requête commune des époux soit sur demande unilatérale.

\* L'auteur remercie Madame Céline Tritten, assistante à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, ainsi que Monsieur Davide Cerutti, assistant à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, pour l'aide apportée à la recherche des sources.

<sup>1</sup> MATTHIEU, XIX, 3 s.; LUC, XVI, 18; MARC, X, 9.

<sup>2</sup> Sur le principe de l'indissolubilité du mariage en droit canon, cf. JEAN GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Paris 1987, pp. 239 ss.

<sup>3</sup> Cf. JEAN-PHILIPPE LÉVY/ANDRÉ CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Paris 2002, pp. 133 ss et JOHN GILISSEN, *Introduction historique au droit*, Bruxelles 1979, pp. 509 ss.

<sup>4</sup> Cf. RUTH REUSSER, *Divorce*, in *Dictionnaire historique de la Suisse*, volume 4, Hauterive 2005, p. 83.

<sup>5</sup> Cf. EUGEN HUBER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*, tome IV, Bâle 1893, pp. 341 ss et REUSSER (n. 4), pp. 83 s.

Dans cet article, nous nous proposons de souligner que ces dernières évolutions rapprochent le droit suisse du droit romain, lequel connaissait le divorce fondé sur la volonté commune des époux (divorce au sens strict) et le divorce reposant sur la volonté unilatérale de l'un d'eux (répudiation). Nous procéderons en deux étapes. Dans un premier temps, il s'agira d'évoquer les caractéristiques principales du divorce en droit romain classique (**chapitre II**). Dans un second temps, nous brosserons un panorama succinct de l'évolution de la conception du divorce en droit suisse (**chapitre III**). Nous ne traiterons ni des effets ni de la procédure de divorce.

Au vu de cette analyse comparée, nous pourrions légitimement nous demander si le droit suisse ne consacrera pas prochainement une forme de répudiation unilatérale parmi ses conditions du divorce ?

C'est avec un grand plaisir que nous dédions cette modeste contribution au professeur Suzette Sandoz qui a formé des générations de juristes aux subtilités du code civil et qui a consacré diverses études remarquables au nouveau droit suisse du divorce<sup>6</sup>. Sa science, son esprit critique, son dynamisme et sa courtoisie sont des modèles.

## II. Le divorce et la répudiation en droit romain classique

« Rara sunt tam diuturna matrimonia finita morte, non divortio interrupta. »<sup>7</sup>

Le monde romain n'a évidemment pas connu un régime juridique unique du divorce. Entre le droit de l'époque archaïque, fondé sur le pouvoir unilatéral du mari de répudier sa femme, voire de la mettre à mort, et le droit post-classique, inspiré par les empereurs chrétiens du Bas-Empire, tels Constantin, Théodose ou Justinien, qui restreignent les possibilités de divorcer et de répudier, cette institution a subi de profondes transformations.

Nous nous concentrerons sur le droit du divorce de l'époque classique, couvrant la fin de la République romaine et le Haut-Empire, qui nous paraît le plus représentatif. En substance, le mariage romain reposant sur le consentement des époux, cesse lorsque ce dernier n'existe plus.

Le divorce romain présente les trois caractéristiques suivantes : premièrement, les époux peuvent divorcer librement et sans motifs : leur volonté commune suffit (divorce par consentement mutuel, *divortium* ; **section 1**). Deuxièmement, le divorce fondé sur la volonté unilatérale de l'un d'eux (*repudium*) est admis (**section 2**). Troisièmement, le divorce n'est pas prononcé par un tribunal, mais a lieu selon une procédure purement privée (**section 3**).

<sup>6</sup> Cf., par exemple, SUZETTE SANDOZ, Nouveau droit du divorce – Les conditions du divorce, in RDS 1991, pp. 103 ss ; Présentation du nouveau droit du divorce, in Le nouveau droit du divorce, Lausanne 2000, pp. 3 ss, ainsi que Premières interprétations jurisprudentielles du nouveau droit du divorce, in RJJ 2000, pp. 1 ss.

<sup>7</sup> « Rares sont des mariages aussi durables que le nôtre, qui se terminent par la mort et ne sont pas interrompus par un divorce ». Il s'agit de l'extrait d'une épitaphe qu'un veuf a fait graver sur la tombe de sa femme, vraisemblablement sous Auguste (Laudatio Turiae, 1, 28, in THEODOR MOMMSEN, Gesammelte Schriften, première partie, tome I, Berlin 1905, p. 401).

Ces éléments expliquent aussi la fréquence importante des divorces à Rome, en particulier dans la haute société. Célèbre est le texte de Sénèque relatant qu'il connaît des femmes qui comptent les années, non pas, comme tout le monde, d'après les noms des consuls en fonction, mais d'après le mari qu'elles avaient à ce moment-là<sup>8</sup>. Dans le même ordre d'idées, on sait qu'Ovide fut marié trois fois, César quatre, Sylla et Pompée cinq<sup>9</sup>.

### 1. Le divorce ne nécessite pas l'existence de motifs spécifiques

Selon Gaius, le terme de divorce (*divortium*) « tire son étymologie, ou de la diversité des esprits, ou de ce que les parties qui se séparent prennent chacune une direction différente »<sup>10</sup>.

Dans un ordre juridique donné, la conception du divorce dépend largement de celle du mariage. Cela est vrai aussi à Rome. Ulpien explique que ce n'est pas la cohabitation mais le consentement qui fait le mariage<sup>11</sup>. Puisque le mariage est un état qui repose sur l'affection et le respect (*affectio maritalis*), sur la volonté constante de se considérer comme mari et femme, alors il est dissous lorsque cette volonté disparaît, au moins chez l'un des deux conjoints<sup>12</sup>. Aucune limite légale n'existe et le système juridique se limite à constater cette disparition et à en régler les effets<sup>13</sup>.

Ainsi, la liberté de divorcer est absolue : il n'existe pas de liste des causes légitimes de contrôle judiciaire des motifs<sup>14</sup>. En outre, une convention par laquelle les époux s'engageaient à ne pas se séparer n'était pas valable<sup>15</sup>.

### 2. Le divorce peut également résulter d'une volonté unilatérale (répudiation)

Dans la société romaine le divorce n'est pas fondé obligatoirement sur la volonté commune des conjoints. La volonté unilatérale de l'un des époux suffit en effet pour provoquer la dissolution du lien conjugal. On parle dans ce cas de répudiation. Il est à remarquer que le droit de répudier appartient aussi bien à l'homme qu'à la femme, exception faite de l'affranchie mariée avec son patron<sup>16</sup>.

Cf. SÉNEQUE, De beneficiis III, 16, 2.

Cf. JEAN GAUDEMET, Droit privé romain, Paris 2000, p. 69.

GAIUS, D. 24, 2, 2 pr : « Divortium autem, vel a diversitate mentium dictum est, vel quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium ».

ULPIEN, D. 35, 1, 15.

Cf. MAX KASER, Das römische Privatrecht, première partie, Munich 1971, pp. 326 s. et EDOARDO VOLTERRA, La conception du mariage d'après les juristes romains, Padoue 1940, p. 34.

Cf. RENÉ ROBAYE, Le droit romain, Bruxelles 2005, p. 74.

Cf. LÉVY/CASTALDO (n. 3), n° 114.

Cf. C. 8, 38 (39), 2.

ULPIEN, D. 24, 2, 11 pr.

Une répudiation faite sans motifs est valable ; elle peut cependant exposer son auteur à des déchéances politiques ou à des sanctions pécuniaires<sup>17</sup>.

Sous l'Empire, les femmes ne se privaient guère de répudier leur mari. Aussi les sources nous révèlent-elles le cas d'un mari n'acceptant de prêter de l'argent à sa femme qu'à la condition qu'elle s'engage à ne pas le répudier<sup>18</sup>.

### 3. Le divorce est un acte extrajudiciaire

Que le divorce soit fondé sur une volonté unilatérale, comme dans le cas de la répudiation, ou bilatérale, en cas de divorce par consentement mutuel, il n'est pas prononcé par un jugement mais s'opère par un acte extrajudiciaire, purement privé. Il ne requiert aucune forme<sup>19</sup>.

Les limites d'un tel système résident dans l'incertitude de l'existence et du moment du divorce. Diverses règles semblent avoir été prévues pour limiter ces risques. Le principe était que la volonté de divorcer ou de répudier devait être manifestée de manière indiscutable.

Ainsi, la cessation de la vie commune permettait de manifester concrètement la perte de l'*affectio maritalis*<sup>20</sup>. A elle seule, l'habitation séparée n'impliquait toutefois pas la rupture du lien conjugal : les époux continuaient en effet à être mariés s'ils conservaient l'un envers l'autre l'*honor matrimonii* (l'honneur du mariage)<sup>21</sup>.

On pouvait, en revanche, présumer le divorce de comportements de l'un des deux époux considérés comme incompatibles avec cette affection maritale, comme le fait de dérober des biens à son conjoint<sup>22</sup>. Par contre, une colère passagère ne devait pas être prise en compte. Le juriste Paul affirme, par exemple, la nécessité d'une rupture définitive : « Il n'y a point de divorce, s'il n'est vrai, c'est-à-dire s'il ne se fait avec intention d'une rupture définitive. Ainsi, tout ce qui se fait dans la chaleur de la colère n'est valable qu'autant qu'il apparaît que les parties persévèrent dans leur volonté »<sup>23</sup>.

De même, la répudiation devait être manifestée de manière claire, sincère et définitive<sup>24</sup>. Ainsi le mari pouvait la signifier à son épouse par des termes univoques, tels « prends tes affaires » (*tuas res tibi habeto*)<sup>25</sup> ou par la reprise solennelle des clés. Quant à l'épouse, elle répudiait son mari en quittant le domicile commun dans l'intention de ne plus y revenir.

<sup>17</sup> Cf. PAUL FRÉDÉRIC GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain, Paris 2003 [réédition de l'édition de 1929], p. 177.

<sup>18</sup> Cf. PIERRE GRIMAL, La civilisation romaine, Paris 1984, p. 94.

<sup>19</sup> Cf. GAUDEMET (n. 9), p. 69.

<sup>20</sup> Cf. BRUNO SCHMIDLIN, Droit privé romain, tome I, Lausanne 1988, p. 92.

<sup>21</sup> Cf. ULPPIEN, D. 24, 1, 32, 13. Voir aussi GAUDEMET (n. 2), pp. 40 s.

<sup>22</sup> Cf. ANTONIO GUARINO, Diritto privato romano, Naples 1997, n° 49.9.1.

<sup>23</sup> PAUL, D. 24, 2, 3 : « Divortium non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensione fit. Itaque quidquid in calore iracundiae, vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverant apparuit iudicium animi fuisse... ».

<sup>24</sup> Cf. SCHMIDLIN (n. 20), pp. 91 s.

<sup>25</sup> Cf. GAIUS, D. 24, 2, 1.

Il semblerait cependant que, sous l'Empire, la répudiation se faisait le plus souvent par un écrit que l'auteur adressait au conjoint répudié. Ce libelle de divorce était communiqué par l'intermédiaire d'un messenger, généralement un affranchi, avec la participation de sept témoins romains pubères. Selon diverses sources, dont un fragment du juriste Paul, une telle formalité était obligatoire : « Il n'y a pas de divorce valable s'il n'est fait devant sept citoyens Romains, sans compter l'affranchi de celui qui fait signifier le divorce, qui doit présenter le libelle... »<sup>26</sup>. L'interprétation d'autres textes permettrait cependant de relativiser la portée de cet écrit<sup>27</sup>. La doctrine majoritaire paraît considérer que le libelle était très employé, sans doute non pas à titre obligatoire, mais à titre de preuve<sup>28</sup>.

En tous les cas, comme l'affirme Paul, une répudiation signifiée sous l'empire de la colère pouvait ne pas produire d'effets si elle était contredite postérieurement par la conduite des époux : « si, dans un moment de colère, le mari signifie à sa femme le libelle de la répudiation, et que la femme soit retournée avec son mari peu de temps après, on ne pourra pas dire qu'il y ait eu divorce »<sup>29</sup>. De même, si un époux avait fait parvenir à son conjoint un libelle de répudiation et que par la suite il eût changé d'avis, le mariage n'était pas dissous, à moins que celui qui avait reçu le libelle ne souhaitât lui-même répudier son conjoint<sup>30</sup>!

### III. Les conditions du divorce en droit suisse

Avant de faire l'objet d'une réglementation fédérale, le droit du mariage et du divorce d'abord été de la compétence des cantons<sup>31</sup>. C'est seulement à partir de la moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, que ces objets furent unifiés sur le plan fédéral. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, il n'y a pas eu d'évolution linéaire allant vers une libéralisation progressive du droit du divorce. On peut identifier trois étapes caractéristiques. La loi fédérale de 1874 relative à l'état civil, au mariage et à la tenue des registres en ces matières imposa à tous les cantons la reconnaissance de la dissolubilité du mariage. Elle incluait dans les motifs du divorce la requête commune des conjoints (**section 1**). Parfaite œuvre de compromis<sup>32</sup>, le code civil de 1907, entré en vigueur le premier janvier 1912, fut plus restrictif en la matière : les époux devaient démontrer que le lien conjugal était si profondément atteint que la vie commune était devenue insupportable (**section 2**). Fina-

PAUL, D. 24, 2, 9 : « Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis, praeter libertum eius qui divortium faciet... ».

Cf. par exemple, MARCELLUS, D. 23, 2, 33, ULPPIEN, D. 24, 1, 32, 13, ULPPIEN, D. 25, 2, 11 pr, C. 5, 17, 6, ainsi que les Fragments du Vatican 106-7.

Cf. KASER (n. 12), p. 327 et LÉVY/CASTALDO (n. 3), n° 114.

PAUL, D. 24, 2, 3 *in fine* : « Ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur ».

PAPINIEN, D. 24, 2, 7.

Sur les diverses réglementations cantonales du mariage et du divorce, cf. EUGEN HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, tome I, Bâle 1886, pp. 188 ss.

Cf. JEAN-PHILIPPE DUNAND, Le code civil de Eugen Huber : une loi conçue dans l'esprit de la démocratie ?, in La démocratie comme idée directrice de l'ordre juridique suisse, Zurich 2005, pp. 66 ss.

lement, la révision totale du droit du divorce de l'an 2000 a notablement adapté le régime juridique de cette institution dans notre pays : la dissolution du lien conjugal est désormais possible, à certaines conditions, soit sur requête commune des époux, soit sur demande unilatérale (section 3).

## 1. La loi fédérale de 1874

En se fondant sur une disposition de la Constitution fédérale de 1848 attribuant à la Confédération le devoir de maintenir la paix confessionnelle (cf. art. 44 al. 2 aCst), le législateur fédéral édicta la loi fédérale du 3 décembre 1850 sur les mariages mixtes qui fut complétée par la loi fédérale du 3 février 1862 réglant le divorce des mariages mixtes<sup>34</sup>. Le but de celle-ci était de garantir aux époux de confessions différentes (mariages mixtes), le droit de demander et d'obtenir le divorce sur l'ensemble du territoire de la Confédération<sup>35</sup>. Ce principe sera étendu douze ans plus tard à tous les mariages.

En effet, suite à l'adoption de la nouvelle Constitution fédérale de 1874, inspirée par le principe de la neutralité confessionnelle, le parlement adopta la loi fédérale du 24 décembre 1874 sur l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage (ci-après : LEC)<sup>36</sup>. Dans le Message relatif à cette loi, le Conseil fédéral justifia la nécessité de généraliser le principe de la dissolubilité du mariage en ces termes :

« Le plein droit doit être réservé à l'Eglise de s'en tenir à la belle maxime que le mariage est une alliance pour la vie et que jamais, par le divorce ou un second mariage de l'un des époux, la voie de la réconciliation des esprits divisés ne peut être fermée. L'Etat doit non seulement garantir cette maxime, mais encore se féliciter avec les conjoints qui, dans cet esprit, observent la sainteté du lien du mariage. Mais, d'un autre côté, l'Etat doit se rappeler que la législation civile, doit être ici la même pour les partisans de toutes les croyances et que des exigences idéales, comme celles-ci-dessus mentionnées, relativement au mariage, ne peuvent pas être exécutées par le pouvoir temporel, mais seulement dans le cas où la conviction religieuse, qu'il ne peut pas prescrire, existe. C'est pourquoi, dans ses prescriptions sur le divorce, comme dans celles sur la conclusion de mariage, il doit faire abstraction des vues confessionnelles des personnes, leur laissant à décider si, à côté des lois civiles, elles veulent encore en connaître de religieuses. Pour le plus grand nombre, Eugen Huber, le génial rédacteur de l'avant-projet de code, tant de ce point de vue, nous proposons de convertir la loi exceptionnelle du 3 février 1862 en une disposition législative générale »<sup>37</sup>.

La LEC tendit à unifier les causes du divorce en Suisse mais ne traita pas de la question des effets du divorce dont la réglementation fut laissée aux soins des cantons. Elle distinguait le divorce pour causes déterminées et le divorce pour cause indéterminée.

Les premières, énumérées à l'article 46 LEC, allaient de l'adultère à l'aliénation mentale, en passant par l'attentat à la vie, les sévices ou injures graves, la condamnation à une peine infamante, ou encore l'abandon malicieux.

Les articles 45 et 47 LEC rendaient quant à eux possible le divorce pour cause indéterminée, soit sur requête commune (art. 45 LEC), soit sur demande unilatérale de l'un des époux (art. 47 LEC). Ainsi, l'article 45 LEC prescrivait que lorsque « les deux époux sont demandeurs en divorce, le tribunal le prononce, s'il résulte des circonstances de la cause que la continuation de la vie commune est incompatible avec la nature du mariage ». Par ailleurs, l'article 47 LEC autorisait le juge à prononcer le divorce, sur demande unilatérale, lorsque le lien conjugal était « profondément atteint ». Dans les mêmes circonstances, le juge pouvait aussi prononcer la séparation de corps pour une période n'excédant pas deux ans. Si, pendant ce laps de temps, il n'y avait pas eu de réconciliation entre les époux, la demande en divorce pouvait être renouvelée et le tribunal statuait alors librement d'après sa conviction (art. 47 LEC).

Cette conception très libérale pour son époque, selon laquelle le divorce par consentement mutuel était possible, voire suivant les cas le divorce sur volonté unilatérale, suscita de nombreuses critiques<sup>38</sup>. Les reproches portèrent non seulement sur le texte, jugé trop vague et permissif, mais aussi sur certaines jurisprudences cantonales accusées de complaisance envers les époux. Selon un observateur français, professeur à Paris, ceux-ci « se portent demandeurs en divorce et certains tribunaux prononcent la suite la dissolution du mariage, sans aucune instruction préalable. Le mariage prend fin, en réalité, par le seul consentement des époux, qui se bornent à remplir, devant la justice, une formalité sans importance. Le mariage tend à devenir, dans certaines classes de la société, un simple bail »<sup>39</sup>.

## Le code civil de 1907

C'est qu'en 1898 que le législateur fédéral reçut la compétence de légiférer sur toutes les matières du droit civil (cf. art. 64 aCst). Il usa de cette prérogative pour adopter le code civil suisse de 1907<sup>40</sup>, lequel contenait l'ensemble des dispositions de fond sur le divorce, dont il unifiait les motifs et les effets. Cherchant un compromis acceptable entre le plus grand nombre, Eugen Huber, le génial rédacteur de l'avant-projet de code, remit évidemment pas en cause le divorce, mais abandonna la procédure de requête commune. Comme l'exprima Huber, le « projet s'est inspiré ici d'une notion du mariage à laquelle toutes les confessions peuvent acquiescer : la réciprocité des obligations morales, dont le juge doit être le protecteur et le gardien »<sup>41</sup>. Dans cette optique,

<sup>33</sup> ROLF II/1850-1851, p. 127.

<sup>34</sup> ROLF VII/1860-1863, p. 129.

<sup>35</sup> Cf. ALFRED MARTIN, Commentaire de la loi fédérale concernant l'état civil et le mariage du 24 décembre 1874, Genève 1897, pp. 7 ss.

<sup>36</sup> ROLF 1874/1875, p. 471.

<sup>37</sup> Message du Conseil fédéral à la haute Assemblée fédérale concernant la loi sur l'état civil et la tenue des registres qui s'y rapportent et sur le mariage du 2 octobre 1874, FF 1873 III 1, 17.

Cf. MARTIN (n. 35), pp. 178 ss, ainsi que VIRGILE ROSSEL/FRITZ-HENRI MENTHA, Manuel du droit civil suisse, tome premier, Lausanne 1922, pp. 233 ss.

ERNEST GLASSON, Le mariage civil et le divorce dans l'Antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe, Paris 1880, p. 385. RS 210.

EUGEN HUBER, Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police, Berne 1902, p. 124.

le divorce était possible lorsque certaines causes déterminées (art. 137 à 141 aCC) ou indéterminées (art. 142 aCC) étaient réunies.

### a) Les causes déterminées

Le code de 1907 énumérait les causes déterminées dans cinq articles qui reprenaient pour l'essentiel les causes énumérées à l'article 46 LEC. Il s'agissait de l'adultère (art. 137 aCC), de l'attentat à la vie, des sévices et injures graves (art. 138 aCC), du déshonneur infamant et de l'atteinte à l'honneur (art. 139 aCC), de l'abandon malicieux (art. 140 aCC) et de la maladie mentale (art. 141 aCC).

Avec le temps, les causes déterminées ne furent invoquées qu'à titre exceptionnel. Les divorces étaient en effet presque tous fondés sur l'existence de causes indéterminées<sup>42</sup>.

### b) Les causes indéterminées

Selon l'ancien article 142 du code civil, qui réunissait de manière cumulative les critères des articles 45 et 47 LEC, le juge pouvait prononcer le divorce « lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable ».

L'action en divorce fondée sur l'article 142 ne pouvait être intentée que par le conjoint contre l'autre. Il n'était donc en soi pas possible aux époux de présenter une demande commune. Le juge pouvait théoriquement refuser le divorce prononcé du divorce même en cas d'acquiescement de l'époux défendeur, s'il estimait que les conditions légales n'étaient pas réunies<sup>43</sup>. En pratique, comme nous le verrons, l'article 142 aCC n'a toutefois pas empêché une large reconnaissance du divorce par consentement mutuel.

Par ailleurs, selon ce système, même lorsque le lien était si profondément atteint que la vie commune était devenue insupportable (art. 142 al. 1 aCC), le divorce ne pouvait pas être prononcé s'il était demandé par le conjoint auquel « la désunion est surtout imputable » (art. 142 al. 2 aCC). Ainsi, lorsque les conditions de l'article 142 al. 2 aCC étaient réunies, le défendeur avait le droit de s'opposer au divorce, sous peine de servir d'un abus de droit (cf. art. 2 al. 2 CC)<sup>44</sup>.

### c) Evolution de la jurisprudence

L'interprétation de l'ancien article 142 du code civil a beaucoup évolué, en relation notamment avec le changement des conceptions morales et sociales ainsi qu'avec les mutations des relations familiales<sup>45</sup>. Il est ici intéressant de relever qu'Eugen Huber avait lui-même conçu cette disposition légale comme un instrument adaptable « au se-

morale du peuple », qui est par définition changeant : « Examinons maintenant la teneur même de cette formule générale. On ne pourra guère la rédiger de manière à enlever au juge toute latitude d'appréciation. Dans le cadre du texte adopté, le sens moral du peuple fournira aux tribunaux les points de repère qui leur permettront d'interpréter équitablement la lettre de la loi »<sup>46</sup>.

Ainsi, les évolutions jurisprudentielles ont été notables. Bien que la lettre de la loi ne le reconnaisse pas, la jurisprudence a pratiquement consacré le divorce par consentement mutuel. En effet, lorsque les époux étaient d'accord de divorcer, les juges se contentaient de cette volonté comme preuve de rupture du lien conjugal<sup>47</sup>. Par ailleurs, la jurisprudence a tempéré les effets de la règle qui voulait que l'époux à qui la désunion était surtout imputable n'avait pas le droit d'obtenir le divorce contre la volonté de son conjoint : après quinze ans de vie séparée, l'époux qui s'opposait au divorce était présumé commettre un abus de droit, fondé sur l'absence d'intérêt au maintien du mariage<sup>48</sup>.

## 3. Le divorce depuis la réforme de 2000

La révision votée par le parlement le 26 juin 1998, entrée en vigueur le premier janvier 2000<sup>49</sup>, a réformé en profondeur le droit suisse du divorce. En substance, la notion de faute dans l'appréciation du droit au divorce a été abandonnée, les causes déterminées ont été supprimées, le divorce sur requête commune a été consacré, et enfin, le divorce pour causes indéterminées a été remplacé par le divorce par suite de suspension de la vie commune auquel s'ajoute le divorce pour rupture du lien conjugal<sup>50</sup>.

Le nouveau droit est fondé sur la volonté des époux. Il leur donne un véritable droit au divorce lorsque les conditions légales sont remplies<sup>51</sup>. On a parlé à ce sujet d'une véritable « privatisation du divorce »<sup>52</sup>. Le droit suisse n'admet cependant pas le principe de la libre dissolubilité du mariage. En effet, le divorce judiciaire a été maintenu<sup>53</sup>. Comme l'a précisé le Conseil fédéral, la « seule volonté des époux n'est en effet pas suffisante, puisqu'un juge doit établir dans des formes strictes que les époux ont déposé leur requête en divorce après mûre réflexion et de leur plein gré, de telle sorte que l'on doive admettre que le mariage a échoué de manière irrémédiable. C'est l'entrée en force du jugement qui dissout le mariage »<sup>54</sup>.

La loi distingue principalement deux types de divorce, à savoir le divorce sur requête commune et le divorce sur demande unilatérale.

<sup>42</sup> Cf. FRANZ WERRO, *Concubinage, mariage et démariage*, Berne 2000, n° 441.

<sup>43</sup> Cf. HENRI DESCHENAUX/PIERRE TERCIER/Franz WERRO, *Le mariage et le divorce*, Berne 1995, n° 59.

<sup>44</sup> Cf. DESCHENAUX/TERCIER/WERRO (n. 43), n° 624.

<sup>45</sup> Cf. WERRO (n. 42), n° 441.

HUBER (n. 41), pp. 122 s.

Cf. DESCHENAUX/TERCIER/WERRO (n. 43), n° 518.

Cf. ATF 108 II 503, JdT 1984 I 546. Voir aussi DESCHENAUX/TERCIER/WERRO (n. 43), n° 628.

ROLF 1999, pp. 1126, 1142.

Cf. DESCHENAUX/TERCIER/WERRO (n. 43), n° 630, ainsi que REGULA RHINER, *Die Scheidungsvoraussetzungen nach revidiertem Schweizerischem Recht* (Art. 111–116 ZGB), Zurich 2001, pp. 91 ss.

Cf. JEAN-FRANÇOIS PERRIN, *Divorce et séparation de corps*, in *Fiches juridiques suisses*, n° 792, p. 3 et WERRO (n. 42), n° 473 s.

Cf. ROLAND FRANKHAUSER, *FamKomm*, Berne 2005, Introduction aux articles 111–116 CC, n° 5.

Cf. RHINER (n. 50), p. 101 et WERRO (n. 42), n° 435.

Conseil fédéral, Message concernant la révision du code civil du 15 novembre 1995, in *FF* 1996 I 1, 28.

### a) *Le divorce sur requête commune*

Le divorce sur requête commune est un divorce par consentement mutuel. Il est possible soit avec un accord complet (art. 111 CC) soit avec un accord partiel (art. 112 CC).

Dans le premier cas, les époux sont d'accord non seulement sur le principe du divorce, mais aussi sur les effets accessoires de celui-ci, c'est-à-dire les effets patrimoniaux (pension après divorce, liquidation du régime matrimonial, prévoyance professionnelle), le logement familial et le sort des enfants (cf. art. 119 ss et 140 CC). Le juge prononce le divorce et ratifie la convention lorsque, après l'expiration d'un délai de réflexion de deux mois à compter de l'audition, les époux ont confirmé par écrit leur volonté de divorcer et les termes de leur convention (art. 111 al. 2 CC). Dans le second cas, les époux ne sont d'accord que sur le principe du divorce et confient au juge le soin de régler les effets du divorce sur lesquels subsiste un désaccord (art. 112 al. 1 CC). Chaque époux dépose des conclusions sur les effets du divorce qui n'ont pas fait l'objet d'un accord; le juge se prononce sur ces conclusions dans le jugement de divorce (art. 112 al. 3 CC).

Dans les deux hypothèses, le juge saisi de la demande doit s'assurer que la volonté manifestée dans la requête commune de divorce est conforme à la volonté réelle et indépendante des époux. A cette fin, il procédera à leur audition séparément et ensemble (cf. art. 111 al. 1 et 112 al. 2 CC).

### b) *Le divorce sur requête unilatérale*

Lorsque seul un époux manifeste la volonté de divorcer, il doit déposer une demande unilatérale devant le juge. La loi prévoit cette possibilité, en conférant à l'époux demandeur un droit absolu au divorce, soit en cas de suspension de la vie commune (art. 114), soit en cas de rupture du lien conjugal (art. 115 CC).

#### aa) En cas de suspension de la vie commune

En ce qui concerne la première hypothèse, la principale difficulté consistait à déterminer la durée de séparation au terme de laquelle on pouvait admettre la rupture de l'union conjugale. Selon le Conseil fédéral, ce délai devait « être assez long pour qu'on ne puisse pas raisonner en termes de répudiation et pour que les époux aient un intérêt à trouver un accord relativement à leur divorce ». Il devait aussi être « assez bref pour permettre aux époux de refaire leur vie à court ou à moyen terme »<sup>55</sup>. Fort de ces considérations, le Conseil fédéral proposa un délai de cinq ans, suivant l'avis exprimé par la commission d'experts dans l'avant-projet<sup>56</sup>. Après de longs débats, le parlement décida finalement de fixer ce délai à quatre ans. Ainsi que l'a résumé Perrin, cette question a constitué, « à n'en pas douter, une pomme de discorde importante sinon la plus impor-

<sup>55</sup> Conseil fédéral, Message concernant la révision du code civil du 15 novembre 1995, in FF 1996 I 1, 93.

<sup>56</sup> Conseil fédéral, Message concernant la révision du code civil du 15 novembre 1995, in FF 1996 I 1, 93 s.

tante, entre les deux chambres. On peut même dire que ce problème a failli tout faire capoter. Le délai de 4 ans, décidé à la onzième heure, n'est pas autre chose qu'un compromis helvétique »<sup>57</sup>.

Cependant, peu après l'entrée en vigueur le premier janvier 2000 du nouveau droit du divorce, une initiative parlementaire proposa de ramener de quatre ans à deux ans la durée de séparation nécessaire au terme de laquelle un conjoint peut déposer une demande unilatérale de divorce<sup>58</sup>. Cette proposition résultait de la constatation des effets négatifs de la durée de séparation de quatre ans. Un conjoint pouvait refuser le divorce quel que soit le motif et ainsi contraindre l'autre à attendre l'échéance du délai de quatre ans. Il ne restait plus à l'époux voulant divorcer qu'à recourir à l'article 115 CC, sur le divorce en cas de rupture de lien conjugal, alors même que cette disposition devait normalement avoir une portée subsidiaire. Ainsi, réduire la durée de séparation à deux ans permettait de corriger ces situations tout en préservant les couples d'une dissolution trop rapide et désinvolte de leur mariage. Ces arguments convainquirent le parlement qui vota cette réduction dans sa séance du 19 décembre 2003. La modification est entrée en vigueur le premier juin 2004<sup>59</sup>.

La séparation comporte un aspect objectif (la durée) et subjectif (la volonté de vivre séparé), dont le juge doit vérifier l'existence<sup>60</sup>. S'il prouve une séparation de deux ans, un conjoint a un droit inconditionnel d'obtenir le divorce<sup>61</sup>. En effet, contrairement à d'autres ordres juridiques, le droit suisse n'a pas retenu de « clause de dureté » permettant exceptionnellement au juge de refuser le divorce malgré la réalisation de la durée de séparation prévue dans la loi, lorsqu'il estime que le divorce aurait des conséquences économiques ou morales trop pénibles pour le conjoint défendeur<sup>62</sup>.

#### bb) En cas de rupture du lien conjugal

Quant au divorce sur demande unilatérale pour rupture du lien conjugal, l'époux peut le demander avant l'expiration du délai de suspension prévu à l'article 114 CC, « lorsque des motifs sérieux qui ne sont pas imputables à l'époux demandeur rendent la continuation du mariage insupportable » (art. 115 CC). Le recours à cette disposition ne devrait intervenir que si aucune autre solution ne paraît possible<sup>63</sup>. Ce divorce est donc subsidiaire par rapport à celui qui est instauré par l'article 114 CC<sup>64</sup>.

La disposition a été délibérément formulée de manière ouverte, sans exclure certains motifs, pour permettre aux tribunaux de tenir compte de toutes les circonstances du cas d'espèce<sup>65</sup>.

<sup>57</sup> JEAN-FRANÇOIS PERRIN, Les causes du divorce selon le nouveau droit, in De l'ancien au nouveau droit du divorce, Berne 1999, p. 24.

<sup>58</sup> Cf. rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 29 avril 2003, in FF 2003 3490.

<sup>59</sup> ROLF 2004, pp. 2161-2162.

<sup>60</sup> Cf. WERRO (n. 42), n° 522.

<sup>61</sup> Cf. FRANKHAUSER (n. 52), ad art. 114 CC, n° 1.

<sup>62</sup> Cf. WERRO (n. 42), n° 530 ss.

<sup>63</sup> Cf. FRANKHAUSER (n. 52), ad art. 115 CC, n° 2 et PERRIN (n. 51), p. 13.

<sup>64</sup> Cf. ATF 126 III 404, 407.

<sup>65</sup> Cf. ATF 128 III 1, 3.

Les « motifs sérieux » peuvent être soit objectifs soit dépendre du comportement de l'époux demandeur<sup>66</sup>. Outre des motifs sérieux, il faut encore que la désunion soit si profonde que la continuation de la communauté conjugale ne puisse raisonnablement pas être imposée à l'époux demandeur (cf. art. 115 CC). Cette condition est inspirée de l'article 142 du code civil de 1907. Enfin, les motifs sérieux ne doivent pas être imputables à l'époux demandeur. Comme l'a relevé Suzette Sandoz, cette disposition consacre la règle formulée dans l'adage latin « nemo audiatur propriam turpitudinem allegans »<sup>67</sup>.

Dans une jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a précisé que ce « qui est déterminant dans l'appréciation du < motif sérieux > selon l'art. 115 CC est de savoir si le maintien du mariage est raisonnablement insupportable d'un point de vue psychique, autrement dit si la réaction spirituelle et émotionnelle qui pousse le conjoint à considérer comme intenable la perpétuation des liens juridiques matrimoniaux pendant quatre ans est objectivement compréhensible. Des réactions exagérées dues à une susceptibilité exacerbée n'entrent pas en considération ; de même, il importe peu de déterminer si les motifs allégués sont de nature objective ou consistent en un manquement de l'autre époux (ATF 127 III 129 cons. 3b p. 134) »<sup>68</sup>.

#### IV. Conclusion

L'étude comparée du droit romain et du droit suisse du divorce révèle de nombreuses similitudes. Tous deux sont en effet basés sur le principe de la dissolubilité du mariage. Ils ne requièrent pas l'allégation de motifs spécifiques. Les deux ordres juridiques connaissent le divorce par consentement mutuel et le divorce sur demande unilatérale, même si celui-ci est encore limité par des conditions restrictives en droit suisse.

Une différence importante demeure : contrairement au droit romain, le mariage helvétique ne peut être résilié de manière extrajudiciaire, comme un simple contrat. En effet, sa dissolution requiert toujours le prononcé d'un jugement. C'est un signe que le caractère institutionnel du mariage continue à l'emporter sur sa nature contractuelle. On peut y voir les dernières traces de l'influence du droit canonique.

Globalement, notre droit s'est beaucoup rapproché, depuis la réforme de 2000, de la conception romaine classique<sup>69</sup>. Les changements en ce domaine ne sont certainement pas terminés. Ils dépendront en grande partie de l'évolution des conceptions sociales, éthiques et religieuses du mariage et du divorce. Toutes les hypothèses sont imaginables. Ainsi dans un ouvrage consacré à « L'éloge du divorce », on a récemment proposé de considérer le mariage comme un contrat de durée déterminée qui devrait être renou-

velé de périodes en périodes : au « lieu de divorcer, plutôt choisir de ne pas renouveler le contrat de mariage »<sup>70</sup> !

En l'état, il est vrai que la proposition émise par une parlementaire il y a une quinzaine d'années de permettre le divorce selon une procédure administrative simple n'a pas été retenue<sup>71</sup>. Cette idée a ensuite été expressément écartée de la réforme du droit du divorce<sup>72</sup>. On peut cependant prévoir qu'elle sera reformulée. On peut même se demander si une étape ultérieure ne consistera pas à reconnaître le droit unilatéral de chacun des deux époux de mettre fin au mariage sans délai et sans motifs, du moins dans les cas où le couple n'a pas d'enfants encore mineurs ? La récente réduction du délai de séparation de quatre à deux ans pourrait être considérée comme une prémisse. Le droit suisse consacrerait ainsi le divorce par répudiation.

<sup>66</sup> Cf. WERRO (n. 42), n° 538.

<sup>67</sup> Cf. SUZETTE SANDOZ, Présentation du nouveau droit du divorce, *in* Le nouveau droit du divorce, Lausanne 2000, p. 11.

<sup>68</sup> Arrêt du Tribunal fédéral du 26 août 2004, cause 5C.107/2004, cons. 2.

<sup>69</sup> Cf. HANSJÖRG PETER, La place de l'histoire du droit dans l'enseignement et la formation du comparatiste, *in* Rapports suisses présentés au XV<sup>ème</sup> Congrès international de droit comparé, Zurich 1998, pp. 340 s.

<sup>70</sup> SUZANA MISTRO-DJORDJEVIC, L'éloge du divorce, Lausanne 2005, p. 114.

<sup>71</sup> Motion proposée devant le Conseil national le 17 juin 1985 par ANITA FETZ, conseillère nationale (85.470).

<sup>72</sup> Cf. Message du Conseil fédéral du 15 novembre 1995, *in* FF 1996 I 27 s.