

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

L'OPPOSITION AU DIVORCE

Application et réforme de l'article 142, alinéa 2
du Code civil suisse

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit
par

DENIS OSWALD

avocat

1977

IMPRIMERIE PAUL ATTINGER S.A., NEUCHÂTEL

Monsieur Denis Oswald est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée *L'opposition au divorce (application et réforme de l'article 142, alinéa 2 du Code civil suisse)*.

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 21 juin 1977.

Le doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques
Jean GUINAND

L'OPPOSITION AU DIVORCE

TABLE DES MATIÈRES

ABRÉVIATIONS	7
INTRODUCTION	9
CHAPITRE I NATURE JURIDIQUE DU MARIAGE	11
CHAPITRE II LE PRINCIPE DE LA FAUTE ET LE PRINCIPE DE L'ÉCHEC	17
<i>Section I</i> <i>Le principe de la faute</i>	17
<i>Section II</i> <i>Le principe de l'échec</i>	24
CHAPITRE III L'ARTICLE 142, ALINÉA 2 DU CODE CIVIL SUISSE	29
<i>Section I</i> <i>Introduction</i>	29
<i>Section II</i> <i>L'article 142, alinéa 2 s'applique-t-il d'office ?</i>	31
<i>Section III</i> <i>Manifestation de l'opposition</i>	37
<i>Section IV</i> <i>Détermination de l'époux responsable de la désunion</i>	39
<i>Section V</i> <i>Limites d'application de l'article 142, alinéa 2</i>	49
1. Abus quant aux motifs invoqués	49
2. Opportunité de l'opposition du défendeur	50
3. Attitude abusive du défendeur	52
CHAPITRE IV PROPOSITIONS DE RÉFORME	57
<i>Section I</i> <i>Introduction</i>	57
<i>Section II</i> <i>Réserves sur le plan économique</i>	60
<i>Section III</i> <i>Réserves sur le plan moral</i>	66
<i>Section IV</i> <i>Regard sur quelques solutions étrangères</i>	71
CONCLUSIONS	77
BIBLIOGRAPHIE	79

ABRÉVIATIONS

Abs.	Absatz.
al.	alinéa.
art.	article.
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral.
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch.
BJM	Basler Juristische Mitteilungen.
BIZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung.
c. ou consid.	considérant.
Cass.	Arrêt de la Cour de Cassation.
cf.	confer.
Civ.	Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre civile.
Ccs	Code civil suisse.
Ccf	Code civil français.
ch.	chiffre.
chron.	chronique.
D.	Recueil Dalloz.
D. P.	Recueil Dalloz périodique.
éd.	édition.
EheG	Ehegesetz der Bundesrepublik Deutschland.
1. EheRG	Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. 6. 1976.
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht.
fasc.	fascicule.
FF	Feuille fédérale.
FJS	Fiche juridique suisse.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.
Introd.	Introduction.
JCP	Juris-Classeur périodique.
JT	Journal des tribunaux.
JZ	Juristenzeitung.
<i>litt.</i>	<i>littera.</i>
n°	numéro.
not.	notamment.
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum.</i>
p.	page.
part.	particulier.

RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.
RDS	Revue de droit suisse.
REC	Revue de l'état civil.
Req.	Arrêt de la Cour de Cassation, chambre des requêtes.
Rev. trim.	Revue trimestrielle de droit civil.
RLCN	Recueil de la législation cantonale neuchâteloise.
ROLF	Recueil officiel des lois fédérales.
RSJ	Revue suisse de jurisprudence.
S.	Recueil Sirey.
s. ou sect.	section.
Somm.	Sommaire.
ss	suyvantes.
SJ	Semaine judiciaire.
TF	Tribunal fédéral.
trad.	traduction.
vol.	volume.
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch.

INTRODUCTION

Nous vivons une époque de contestation. Il n'est donc pas surprenant que le mariage, comme d'autres institutions, soit actuellement l'objet d'une mise en question. Il représente, en effet, une institution clé de toute société.

Le malaise actuel s'explique principalement par le décalage qui sépare les conceptions juridique et morale du mariage. Il est évident qu'aujourd'hui, les Suisses ne conçoivent plus l'union conjugale comme à l'époque de l'introduction de leur Code civil. Or, une loi ne peut remplir son rôle de façon satisfaisante que dans la mesure où elle reflète une réalité morale. Comme l'affirmait avec pertinence Bonnacase, « le droit est impuissant à faire seul œuvre vraiment efficace sur le terrain de la famille », car « les mœurs, quand il s'agit de la famille, sont plus fortes que le droit »¹.

En l'espèce, les mœurs ont évolué à un rythme que nos législateurs essouffés n'ont pu tenir. Aucune réforme n'est venue ponctuer l'évolution des idées. Notre société accorde, par exemple, toujours davantage de prix à la liberté individuelle, que le mariage traditionnel limite dans une assez large mesure. Beaucoup de jeunes gens, allergiques à une trop forte emprise du droit, refusent le mariage pour ne pas porter atteinte à leur indépendance et à leur liberté. Lorsqu'ils se lient à un partenaire, leur union est fondée sur la libre adhésion des parties et soumise à leur entière autonomie. Cette situation peut d'ailleurs être satisfaisante, tant que l'amour existe; les bien-portants n'ont pas besoin de médecin. Mais, dans notre société, le mariage signifie davantage que l'amour. Ses fonctions sont si multiples et si fondamentales qu'il ne peut échapper au contrôle juridique, sans provoquer, à longue échéance, une certaine désorganisation sociale.

La première préoccupation du droit matrimonial revient donc à placer le mariage dans un cadre juridique, tout en respectant les aspirations morales de la population. Il va de soi que seul un compromis peut concilier des intérêts aussi contradictoires. Mais le législateur doit, en tout cas, tenir compte du fait que la liberté individuelle s'acquiert maintenant dès l'adolescence et qu'elle s'accommode mal d'un engagement trop difficilement dissoluble.

¹ J. BONNACASE, *La philosophie du Code Napoléon*, Paris, 1928, p. 3 et 246; cité par W. MÜLLER-FRIENFELS, *Ehe und Recht*, Tubingue, 1962, p. 30 et 31.

Dans notre pays, un effort d'adaptation particulier doit être fait, car le droit s'est laissé largement distancer par les mœurs. Alors qu'à l'étranger on procédait à de nombreuses réformes, les dispositions de notre Code n'ont pas été formellement modifiées depuis 1912. Même si la jurisprudence les a parfois assouplies, elles n'en paraissent pas moins rétrogrades à certains égards.

L'article 142 Ccs est une des dispositions les plus appliquées (et les plus discutées) du droit suisse du divorce. Son second alinéa, en particulier, permet à un époux de s'opposer à la demande en divorce de son conjoint, même lorsque le lien conjugal est rompu de façon irrémédiable. Il suffit pour cela qu'il établisse que le demandeur porte la responsabilité prépondérante de la désunion. Des mariages ruinés peuvent ainsi conserver une vie juridique, alors qu'ils ne correspondent plus, en fait, à aucune réalité. Cette disposition crée parfois des situations choquantes, notamment lorsque l'opposition s'exerce après une très longue séparation. Elle lie le juge à une norme qui ne répond plus aux habitudes et aux convictions populaires.

Il nous paraît donc intéressant d'étudier les motifs qui ont inspiré une telle règle, l'application qui en a été faite pendant plus de soixante ans, ainsi que les possibilités de l'adapter aux conceptions actuelles.

CHAPITRE I

NATURE JURIDIQUE DU MARIAGE

Il a toujours existé une grande variété de conceptions du mariage. Nous n'avons pas l'ambition de les recenser toutes, ni d'ouvrir un débat sur la nature juridique ou morale de cette institution. Il nous paraît cependant intéressant de rappeler les doctrines les plus marquantes, car elles déterminent toutes une conception particulière du divorce. Suivant l'idée qu'on se fait du mariage, on accepte plus ou moins facilement sa dissolution.

Les solutions retenues, de l'Antiquité à nos jours, revêtent, schématiquement, trois formes principales : les mariages indissolubles, les mariages relativement dissolubles et les mariages librement dissolubles ².

Dans l'Antiquité, le mariage était réglé assez soupagement. Chez les Hébreux, par exemple, il était facile, pour l'homme, de rompre les liens du mariage, car la femme était considérée comme un objet de possession dont on pouvait se séparer ³. Moïse eut certes le sentiment que le divorce déplaisait à Dieu et il le réglementa. Mais il ne parvint pas à en empêcher la pratique qui était profondément ancrée dans les mœurs.

En Grèce également, le mariage était facilement dissoluble. Aucune restriction légale n'était apportée au divorce et les époux pouvaient se séparer d'un commun accord ⁴.

Dans la Cité romaine antique, la dissolution du mariage requérait une faute grave de la femme et l'accord du titulaire de la *manus* (*pater* ou mari). Mais, sous l'Empire, le lien matrimonial était devenu plus lâche ⁵. La situation de fait était déterminante et une séparation momentanée suffisait à justifier le divorce. L'existence du mariage était donc liée à la

² H. DESCHENAUX et P. TERCIER, *Le mariage et le divorce*, Berne, 1974, p. 83.

³ E. BULZ, *Le divorce en droit rabbinique*, thèse, Neuchâtel, 1954, p. 46 et ss.

J. GAUDEMET, *Institutions de l'Antiquité*, Paris, 1967, p. 120.

J. PIRENNE, *Le statut de la femme dans la civilisation hébraïque* in « La femme », 1^{re} partie, Bruxelles, 1959, p. 107 et ss.

D. W. SHANER, *A Christian View of Divorce*, Leiden, 1969, p. 3 et 34.

⁴ C. PRÉAUX, *Le statut de la femme à l'époque hellénistique, principalement en Égypte*, in « La femme », 1^{re} partie, Bruxelles 1959, p. 161 et ss.

D. W. SHANER, *op. cit.* note 3, p. 4.

⁵ E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928, p. 171 et ss.

J. MAILLET, *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris, 1956, p. 310 et 302 et ss.

R. VILLERS, *Le statut de la femme à Rome jusqu'à la fin de la République*, in « La femme » 1^{re} partie, Bruxelles, 1959, p. 177 et ss.

J. GAUDEMET, *Le statut de la femme dans l'Empire romain*, in « La femme », 1^{re} partie, Bruxelles, 1959, p. 208 et ss.

persistance des éléments requis pour sa formation. Le droit romain connaissait également la répudiation, pour l'homme d'abord, puis pour la femme, *sui iuris et cum manu*, par la suite.

Avec l'avènement du christianisme comme religion d'Etat, la pratique devint plus restrictive. Le Nouveau Testament se montre, en effet, plus rigoureux que l'Ancien dans ce domaine. L'Eglise catholique romaine introduisit notamment des « causes de divorce » qui, seules, pouvaient justifier la dissolution des liens matrimoniaux. En se développant, elle réglementa le mariage toujours plus strictement, pour finir par proclamer son indissolubilité. L'Eglise se fondait principalement sur un passage des Evangiles de Matthieu (19 : 6) et de Marc (10 : 9) où Jésus affirme : « Que l'homme donc ne sépare pas ce que Dieu a joint. » Elle considérait le mariage comme un sacrement divin que Dieu accorde aux époux et qui échappe à l'autorité humaine ⁶.

Lors du Concile de Trente (1545-1563), principale étape de la contre-réforme, l'Eglise romaine éleva même l'indissolubilité du mariage au rang d'un dogme ⁷.

La Réforme avait, en effet, adopté une position plus libérale envers le divorce, en rejetant le caractère sacramentel du mariage ⁸. Aujourd'hui encore, les protestants considèrent l'union conjugale comme une affaire à la fois divine et humaine. Elle doit permettre au couple de s'épanouir, d'atteindre le bonheur et de réaliser pleinement l'amour du prochain, grâce à la bénédiction que Dieu lui accorde. Toutefois, lorsque ce but n'est pas atteint, le divorce peut être admis comme une *ultima ratio*. La miséricorde divine vient, en quelque sorte, à l'aide de l'homme imparfait.

Nous devons d'ailleurs préciser qu'il n'existe pas une véritable doctrine protestante, unique et monolithique. En effet, les théologiens réformés sont loin d'être unanimes et certains défendent aussi des opinions très restrictives ⁹. Mais il n'en demeure pas moins que la Réforme a marqué un tournant dans l'histoire du droit matrimonial. Pour la première fois dans le monde chrétien, le principe de l'indissolubilité du lien conjugal était sérieusement mis en question.

Au siècle des lumières, la conception du mariage évolua dans un sens à la fois anticlérical, libéral et individualiste, sous l'influence des philo-

⁶ C. JOURNET (Cardinal), *Le mariage indissoluble*, Saint-Maurice, 1968, en part. p. 18 et ss.

D. W. SHANER, *op. cit.* note 3, p. 5.

W. MÜLLER-FREIENFELS, *op. cit.* note 1, p. 84.

⁷ C. JOURNET, *op. cit.* note 6, p. 19.

⁸ K. BARTH, *Dogmatique*, vol. III/4, fasc. 1, trad. F. Ryser, Genève, 1965.

D. W. SHANER, *op. cit.* note 3, p. 6 et 87.

W. MÜLLER-FREIENFELS, *op. cit.* note 1, p. 18, 19, 54 et 122.

⁹ F. BAUMANN, *Die Ehescheidung*, RSJ 40 (1944), p. 17.

sophes¹⁰. Cette évolution connut son apogée dans le mouvement du droit naturel et à la Révolution française. L'union conjugale apparut alors comme un simple contrat de droit privé. Elle n'avait pas de signification religieuse et devait être facilement dissoluble pour ne pas restreindre la liberté individuelle des conjoints. On considérait que la volonté concordante des époux, qui crée le lien matrimonial, devait suffire à le dissoudre. Cette symétrie de formes entre la conclusion et la résiliation présente un aspect logique qui avait déjà séduit les Romains, et qui s'est imposé dans d'autres domaines du droit.

Sous la Révolution française, on admettait même les demandes en divorce unilatérales. Mais il s'avéra rapidement que la répudiation nuisait à l'ordre et à la stabilité que tout État doit assurer. Les législateurs révolutionnaires revinrent alors à un système moins libéral¹¹.

Au début du XX^e siècle, les droits occidentaux s'inspiraient tous de la conception chrétienne du mariage, en lui apportant, en général, certains tempéraments.

Les Soviétiques et les Chinois, après leurs révolutions respectives de 1917 et 1949, tentèrent d'instituer un mariage détaché de tout sens religieux, et librement dissoluble. Mais, à l'image de l'expérience révolutionnaire française, le libéralisme déboucha progressivement sur un durcissement des conditions du divorce¹².

Ces renversements de situations mettent en lumière la complexité du problème du divorce. D'une façon générale, les auteurs s'accordent à dire que l'union conjugale requiert continuité et stabilité¹³. Mais, entre partisans de l'indissolubilité du mariage et tenants d'un divorce souple, la controverse est encore vive. Les premiers considèrent que la possibilité du divorce favorise les troubles conjugaux, qu'elle « pousse aux unions inconsidérées et qu'elle conduit tout droit au mariage à l'essai »¹⁴. Les

¹⁰ A. DUFOUR, *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIII^e siècle*, thèse de Genève, Paris, 1971, en part. p. 251 et ss.

— *Le mariage dans l'école romande du droit naturel au XVIII^e siècle*, Genève, 1976, p. 59, 78, 96, 107, 118 et 140 et ss.

¹¹ W. MÜLLER-FRIENFELS, *Zur revolutionären Familiengesetzgebung, insbesondere der Volksrepublik China vom 1. 5. 1950*, Mélanges Rheinstein, Tubingue, 1969, vol. II, p. 853 et ss. et 886 et ss.

H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome I, 3^e vol., 6^e éd. par M. de Juglart, Paris, 1976, p. 808 et 809.

¹² W. MÜLLER-FRIENFELS, *op. cit.* note 1, p. 89 et ss.

— *op. cit.* note 11, p. 846, 856 et ss, 886 et ss, not. 893.

R. SAVATIER, *Le droit, l'amour et la liberté*, Paris, 1963, p. 75.

H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.* note 11, p. 817 et ss, not. 825.

¹³ W. MÜLLER-FRIENFELS, *op. cit.* note 1, p. 71.

W. BÜHLER, *Die Ehescheidung, Art. 137-144 ZGB*, Commentaire Bernois, Berne, 1971, Introduction, n^o 23, p. 16.

M. RHEINSTEIN, *Marriage Stability, Divorce and the Law*, Chicago/Londres, 1972, p. 5.

¹⁴ M. PLANIOL, G. RIPERT, A. ROUAST, *Traité pratique de droit civil français*, tome II, 2^e éd., Paris, 1952, p. 371.

seconds contestent ce raisonnement. Ils estiment que la possibilité du divorce n'exerce guère d'influence sur les comportements des individus.

Nous pensons également, pour notre part, que la rigueur des dispositions légales n'empêche ni la dégradation des relations conjugales, ni la formation de nouvelles unions. Manifestement, les pays qui refusent le divorce n'ont pas élevé le niveau moral de leur population¹⁵; « la morale ne peut être sauvée par une règle dont il est notoire qu'elle multiplie les faux ménages »¹⁶. Or, ce sont précisément les mariages désunis qui représentent un sujet de préoccupation pour la société. Il importe peu que le divorce ait sanctionné cette situation ou non.

Actuellement, certains pays catholiques, comme l'Espagne, l'Irlande, le Brésil, le Pérou, la Colombie, etc., rejettent encore le principe du divorce et ne l'ont pas prévu dans leur législation¹⁷. On sait par ailleurs que cette institution n'a été admise que récemment en Italie¹⁸ et au Portugal¹⁹. Toutefois, l'intransigeance de l'Eglise catholique connaît quelques tempéraments par le biais de l'annulation du mariage. Cette procédure représente bien souvent un divorce dissimulé²⁰.

Mais, hormis ces quelques exceptions, les Etats modernes reconnaissent le divorce comme une nécessité sociale. Ils conçoivent que certains conflits conjugaux n'ont d'autre remède que la dissolution du lien matrimonial.

¹⁵ M. RHEINSTEIN, *Marriage Breakdown in Ticino and Comasco*, Mélanges Ficker, Francfort/Berlin, 1967, p. 387 et 408.

P. H. NEUHAUS, *Privatrecht und Stabilität der Eben in rechtsvergleichender Sicht*, Mélanges Rheinsteinst, Tubingue, 1969, vol. II, p. 957 et ss.

¹⁶ J.-M. GROSSEN, *Le mariage du XX^e siècle et ses lois*, Conférences universitaires 1967-1969, Neuchâtel, 1971, p. 155.

¹⁷ A. BERGMANN et M. FERID, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Francfort, dès 1952, mise à jour 1976.

M. RHEINSTEIN, *The Stability of the Family*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, tome IX II, 1960, p. 11.

¹⁸ Loi italienne n° 898 réglementant les cas de dissolution du mariage, promulguée le 1^{er} décembre 1970.

E. ONDEI, *Le divorce en Italie*, trad. L. Guillois, Revue internationale de droit comparé, 1972, p. 77 et ss.

B. DUTOIT, *La nouvelle loi italienne sur le divorce dans la perspective du DIP suisse*, REC 1971, p. 275 et ss.

E. JAYME et G. LUTHER, *Das italienische Scheidungsgesetz vom 1. Dezember 1970 in deutscher Übersetzung*, FamRZ 1970, p. 113 et ss.

¹⁹ Loi du 27 mai 1975 (n° 261/75, Diario de Governo, p. 733 et ss).

A. BERGMANN et M. FERID, *op. cit.* note 17.

J. LUGAN, *La réforme du divorce au Portugal*, Gaz. Pal. 1975, p. 401 et 402.

— *Incidence de la modification du concordat sur le divorce au Portugal*, Gaz. Pal. 1975, p. 401 et 402.

²⁰ M. RHEINSTEIN, *op. cit.* note 15, p. 398 et 405 et ss. où l'auteur cite le cas de Marconi, l'inventeur de la télégraphie sans fil, dont le mariage a été déclaré invalide par la Sainte Rote, 23 ans après sa célébration.

M. WEST et R. FRANCIS, *Le mariage et le divorce*, trad. C. Poole, Paris, 1971, p. 39 et ss.

Le principe du divorce admis, il convient encore d'en régler les modalités. Et là, l'éventail des possibilités est très large.

Les législations récentes ont surtout tenu compte de deux éléments essentiels : la diminution de la ferveur religieuse, d'une part, et le développement de la liberté individuelle, d'autre part.

Pour beaucoup de gens, le mariage n'implique plus, aujourd'hui, un engagement religieux. Même si, par tradition, une cérémonie à l'église est généralement maintenue, le mariage représente, avant tout, « une relation humaine élémentaire »²¹, un engagement libre et personnel²². Il n'est plus cette sorte d'institution objective, suprapersonnelle, dans laquelle on ne peut entrer qu'en acceptant ses règles strictes. Il est devenu une union intime, subjective et autonome, que chacun modèle à son idée. L'homme est hostile à une trop forte emprise du droit et il veut pouvoir décider seul de son comportement. Il n'accepte plus aussi facilement que par le passé de se soumettre aux contraintes sociales²³. Il ne respecte plus les normes légales sans se demander si elles répondent à une nécessité; l'éducation moderne lui a appris à être maître de sa destinée dès l'adolescence.

Cette volonté d'autonomie de l'individu et du couple rend la dépendance du droit envers les mœurs plus forte que jamais. Les lois doivent donc être mises à jour périodiquement.

Dans une société plurale, le législateur doit adopter des dispositions assez neutres pour rencontrer l'adhésion de chaque citoyen. Ce souci de respecter toutes les idéologies n'est d'ailleurs pas absent du Code civil suisse. Mais il est plus exigeant aujourd'hui, car les conceptions populaires sont moins uniformes qu'au début du siècle.

La liberté individuelle trouve ses limites dans la liberté des autres citoyens et dans l'intérêt général. Le législateur doit donc tenter de réaliser un équilibre entre ces intérêts contradictoires, en déterminant quelle place la liberté individuelle trouve dans le mariage. Finalement, tout le problème du divorce revient à effectuer cette pesée d'intérêts.

Suivant l'aspect sur lequel il veut mettre l'accent, le législateur opte pour l'un ou l'autre des deux principes qui régissent le droit du divorce : le principe de la faute et le principe de l'échec²⁴.

²¹ J.-M. GROSSEN, *Quelques remarques sur la situation et les méthodes du droit de la famille*, RDS 1966, I, p. 51.

²² E. WOLF, G. LÜKE, H. HAX, *Scheidung und Scheidungsrecht*, Tübingue, 1959, p. 231 et ss.

²³ E. HUBER, *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*, Berne, 1902, p. 87.

²⁴ J. CARBONNIER, *La notion de cause de divorce*, Rev. trim. 1937, p. 282 et ss.

H. HINDERLING, *Zerrüttungs- und Verschuldensprinzip in ihrer Bedeutung für die Ehescheidung*, BJM 1965, p. 53 et ss.

W. MÜLLER-FREIENFELS, *op. cit.* note 1, p. 135 et ss.

E. WOLF, *Ehe, Zerrüttung, Verschulden*, Neue Juristische Wochenschrift, 1968, p. 1497 et ss.

GROUP APPOINTED BY THE ARCHBISHOP OF CANTERBURY, *Putting Asunder*, Londres 1966, p. 34.

Selon le principe de la faute ou divorce-peine ou encore divorce-sanction²⁵, le mariage peut être dissous, lorsque le défendeur a commis une faute recensée comme « cause de divorce ». Le divorce sanctionne, en quelque sorte, son attitude coupable. Ce système découle de la conception religieuse du mariage et laisse peu de liberté de décision aux époux qui doivent se soumettre à ses règles strictes.

Le principe de l'échec ou divorce-faillite fonde, lui, le divorce sur la ruine objective des relations conjugales, sans se préoccuper des fautes des époux. Il permet la dissolution du mariage dans un plus grand nombre de situations que le principe de la faute. Il respecte mieux la liberté individuelle des conjoints.

Il est évident que l'évolution actuelle des mœurs tend à accorder toujours plus de crédit au principe de l'échec. Celui-ci correspond davantage aux conceptions modernes du mariage et toutes les réformes récentes lui donnent la préférence²⁶.

En Suisse, le Code civil consacre le principe de l'indissolubilité du mariage²⁷. Il institue toutefois le divorce comme mode de dissolution extraordinaire, en s'inspirant du système du divorce-faillite. Le juge peut mettre un terme au mariage, lorsque « le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable » (art. 142, al. 1). Mais le deuxième alinéa de cette même disposition accorde un droit d'opposition à l'époux qui ne porte pas la responsabilité prépondérante de la désunion. Il se fonde donc, lui, sur le principe de la faute. Enfin, notre Code connaît encore des causes déterminées de divorce (art. 137 à 140), qui sont également l'expression du divorce-peine.

Le droit suisse du divorce est donc le résultat d'un compromis. Il retient les deux principes, de la faute et de l'échec. Ceux-ci dominent même chacun un alinéa de l'art. 142 Ccs. Comme ils se limitent réciproquement, il importe de déterminer quel doit être leur rôle respectif. Nous allons donc étudier maintenant les avantages et les inconvénients de ces deux types de divorces. Nous pourrions alors juger si le choix qui a été fait dans notre pays est satisfaisant et, dans l'optique d'une réforme, sur quelle voie il conviendrait de s'engager.

²⁵ Nous préférons la terminologie de « divorce-peine » à celle de « divorce-sanction », le mot « sanction » pouvant être équivoque.

²⁶ C'est le cas notamment de l'Angleterre, des Pays-Bas, de la France, de la Suède, de l'Allemagne, du Canada, de la Nouvelle-Zélande, de l'Australie, de plusieurs Etats des USA, des pays de l'Est.

²⁷ H. DESCHENAUX et P. TERCIER, *op. cit.* note 2, p. 63.

CHAPITRE II

LE PRINCIPE DE LA FAUTE ET LE PRINCIPE DE L'ÉCHEC

Section I Le principe de la faute

Le mariage fait naître entre les époux un ensemble de droits et d'obligations. Certaines de ces obligations sont imposées directement par la loi, comme l'entretien de la femme par le mari (art. 160, al. 2 Ccs) ou l'assistance, au sens large (art. 159, al. 3 Ccs)²⁸. Mais le Code ne peut réglementer tous les aspects des relations conjugales. Le mariage crée une communauté de vie matérielle et spirituelle d'une nature si intime que les époux seuls sont en mesure de déterminer toutes les modalités de leurs rapports. Le lien conjugal implique, en effet, différents devoirs qui dépendent essentiellement des mœurs, en même temps que de la personnalité et des convictions des époux. Le droit peut donc difficilement les sanctionner d'une façon générale. Disons simplement que le mariage impose une attitude faite d'amour, de loyauté, de confiance et de respect réciproques.

Lorsqu'un époux vient à faillir à ses devoirs, son conjoint peut requérir l'intervention du juge au titre de « mesures protectrices de l'union conjugale » (art. 169 à 176 Ccs)²⁹. Si ces mesures se révèlent insuffisantes, les époux en arrivent au divorce.

Dans le système du divorce-peine, certaines violations des obligations matrimoniales sont considérées comme particulièrement graves. Elles constituent les « causes de divorce » qui seules justifient la dissolution du lien conjugal. Le divorce sanctionne donc un comportement fautif qui est présumé avoir ruiné le mariage. Cette présomption est, en principe, irréfragable et le tribunal n'examine pas matériellement si la rupture est vraiment réalisée.

Ce système frappe d'emblée par son esprit théorique, rigide et formaliste. Il recèle plusieurs faiblesses que nous allons tenter de souligner maintenant.

1. Il est très aléatoire, en face d'une variété infinie de situations, de déterminer à l'avance les agissements propres à justifier le divorce et ceux qui ne sauraient le légitimer.

²⁸ P. LEMP, *Das Eherecht, Art. 159-251 ZGB*, Commentaire Bernois, Berne, 1963, nos 12 et ss ad art. 159.

²⁹ P. LEMP, *op. cit.* note 28, art. 169 à 176.

Ce problème était sans doute moins apparent au début du siècle, lorsque la conception chrétienne du mariage dominait. La population se faisait alors une idée plus uniforme de cette institution; elle s'élevait contre les mêmes écarts et réagissait aux mêmes violations. Mais on ne rencontre plus actuellement une telle unité de point de vue. Chaque individu défend sa propre conception du mariage. Certains époux, par exemple, sont prêts à pardonner des fautes qui auront, pour d'autres couples, une issue fatale. Enfin la gravité, de certains comportements, qualifiés de la même façon par la loi, peut varier infiniment selon les circonstances du cas. Or, le principe de la faute ne se préoccupe ni des éléments subjectifs, ni des conséquences des comportements. Le divorce sanctionne aussi les violations qui n'ont pas réellement troublé les relations matrimoniales.

Le lien conjugal repose sur les éléments les plus intimes de la nature humaine. Il nous paraît dès lors que seule une législation souple et nuancée permet de tenir compte de toutes les situations. Il n'est pas possible de fixer des critères valables dans toutes les hypothèses.

L'adultère représente une cause de divorce typique. Toutes les législations fondées sur le principe de la faute considèrent même qu'il s'agit de l'atteinte la plus grave qui puisse être portée au mariage. Les circonstances importent peu; un relâchement occasionnel entraîne les mêmes conséquences qu'une liaison prolongée. Pourtant, dans l'esprit d'une partie de la population, le devoir de fidélité est devenu aujourd'hui moins absolu. C'est particulièrement le cas pour des conjoints séparés de longue date, et certains auteurs ont critiqué la rigueur de la jurisprudence dans ce domaine³⁰. Sensible aux opinions exprimées, le Tribunal fédéral a admis qu'une infidélité pouvait être moins grave si elle avait été commise après la rupture du lien conjugal³¹. Sans mettre en cause l'obligation de fidélité des époux, les juges ont reconnu que l'adultère ne représentait pas un motif absolu de divorce. Dorénavant, le défendeur peut tenter d'établir que sa faute n'a pas exercé d'influence sur les relations matrimoniales.

Cet arrêt est significatif. Implicitement, notre Haute Cour a admis qu'un critère formel ne pouvait valoir dans tous les cas. Elle a partiellement renié le principe de la faute, en acceptant de prendre en considération l'aspect subjectif de la situation. Elle a, en tout cas, tenté de redresser une de ses faiblesses essentielles. Le pas est encore timide, mais il est d'importance.

2. Dès l'instant où un législateur établit une liste limitative de causes de divorce, il ne peut embrasser toutes les situations. Il est, en effet, aisé

³⁰ H. HINDERLING, *Das schweizerische Ehescheidungsrecht*, 3^e éd., Zurich, 1967, p. 73 et ss. W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, n^{os} 30 et 31 ad art. 137.

E. BARDE, *Le procès en divorce*, RDS 1955, II, p. 481a, ainsi que les autres auteurs cités par le Tribunal fédéral (ATF 98 II 162).

³¹ ATF 98 II 161.

d'imaginer toutes sortes de comportements, d'attitudes ou d'autres facteurs qui peuvent ruiner l'harmonie du couple, sans figurer dans le catalogue des « causes de divorce ». Ainsi, certains ménages, définitivement désunis, ne peuvent être dissous, même si les deux conjoints aspirent au divorce.

A l'opposé, comme nous l'avons souligné plus haut, d'autres époux peuvent reprendre leur liberté, sans que leur union soit véritablement rompue.

Il faut considérer aussi qu'il est souvent difficile d'apporter la preuve d'une « cause de divorce » ; les actes constitutifs se passent le plus souvent dans l'intimité. Pourtant, sans preuve formelle, le ménage ne pourra être dissous, même si des doutes sérieux peuvent déjà l'avoir ruiné.

3. Le fondement même du principe de la faute est mauvais. Plutôt que d'envisager les relations conjugales dans leur ensemble, le divorce-peine tend à sanctionner certains comportements isolés. Pour cela, il se fonde sur deux présomptions fragiles. Nous avons déjà dénoncé la première qui suppose que toute « cause de divorce » est, dans tous les cas, une cause de rupture du lien matrimonial. Le deuxième emporte l'idée que l'auteur d'une faute cataloguée comme « cause de divorce » est forcément responsable de la désunion présumée, qu'il est « coupable » et mérite une sanction.

En fait, la réalité se présente rarement d'une façon aussi simple et elle ne permet pas toujours de vérifier ces présomptions. Le principe de la faute perd de vue que les actes réprimés au titre de « causes de divorce » sont souvent les conséquences plutôt que les causes d'une situation dégradée. Bien des adultères, par exemple, résultent d'une atmosphère familiale tendue, d'une attitude peu compréhensive du conjoint ou d'un délaissement égoïste. Ces circonstances n'ouvrent pas la voie au divorce. Pourtant, le véritable malaise, en l'espèce, ne réside pas dans l'adultère ; et l'auteur de l'infidélité n'est pas forcément l'époux le plus coupable.

Le principe de la faute méconnaît donc le problème réel. Il s'attache à une manifestation extérieure, plutôt que d'envisager le fond des relations conjugales. Dans ces circonstances, la désignation d'un « coupable » nous paraît très aléatoire. On doit bien reconnaître aussi que les responsabilités sont très souvent partagées. Le mariage représente une communauté si étroite que sa dégradation doit être envisagée comme un échec commun des époux. La forte interdépendance des comportements justifie cette solution.

On rencontre certes des cas où la responsabilité d'un des conjoints est manifestement engagée. Mais les risques d'erreur et d'injustice sont trop grands pour que l'on désigne à tout prix un « coupable ». Le droit doit savoir parfois reconnaître ses limites ³² et admettre, avec Eugène Huber ³³,

³² J.-M. GROSSEN, *op. cit.* note 16, p. 154 et 155.

³³ E. HUBER, *op. cit.* note 23, p. 129.

que « le juge humain ne peut s'arroger le droit d'apprécier une question qui a trait aux côtés les plus intimes de la personnalité ».

4. Dans un domaine où les convictions personnelles tiennent une aussi large place, la « culpabilité » représente une notion très relative. Un même comportement peut être apprécié différemment par chaque individu. Les responsabilités du juge nous paraissent dès lors trop lourdes. Ses moyens d'investigation ne sont pas à la mesure de sa tâche et il ne lui est pas possible de faire abstraction de ses convictions. On obtient ainsi des décisions contradictoires, suivant les juges. On note, en particulier, des différences entre les régions rurales et urbaines, ainsi qu'entre les cantons catholiques et protestants³⁴. Il est évident que cette « géographie du divorce » ne respecte pas le principe de l'égalité des citoyens devant la loi.

5. Le divorce-sanction a un caractère pénal; la procédure aboutit à une classification entre époux « coupables » ou « innocents », entre divorcés avec ou sans « torts »³⁵. Comme nous l'avons déjà relevé, une telle distinction ne correspond pas toujours à la réalité. Mais elle entraîne, de surcroît, une sorte de pénalisation sociale pour le « coupable ». La femme divorcée, notamment, doit faire face à des préjugés tenaces qui correspondent souvent pour elle à un certain ostracisme.

À l'égard des enfants également, cette distinction est regrettable. Certains époux « innocents » et néanmoins sans scrupules l'utilisent pour discréditer leur conjoint et s'attirer la sympathie de leurs enfants. Il importe pourtant que ceux-ci conservent une image favorable de leurs deux parents.

On peut donc affirmer que le principe de la faute, fondé sur la conception religieuse du mariage, s'inspire, en fait, davantage de la doctrine païenne de la culpabilité et de la punition que de la philosophie chrétienne de l'amour et du pardon³⁶. Un système moins contentieux serait certainement souhaitable.

6. Le principe de la faute tend à aggraver l'antagonisme des époux. Le demandeur doit, en effet, invoquer, prouver et exploiter une faute de son conjoint. Pour sa part, le défendeur est contraint à répondre par les mêmes moyens : il lui incombe également de mettre en lumière les manquements de son partenaire. Les époux deviennent de véritables adversaires, remuant le passé pour y trouver des failles, s'observant comme chien et chat pour profiter de la moindre faiblesse. Filatures, pièges, lettres anonymes, aucun coup n'est épargné. Une telle situation

³⁴ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, p. 20 et ss.

W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, Introduction, p. 78, 79 et 84.

³⁵ *Putting Asunder, op. cit.* note 24, p. 20 et ss.

A. LÜDERITZ, *Empfiehlt es sich Gründe und Folgen der Ehescheidung neu zu regeln?*, Munich, 1970, p. 20.

³⁶ P. W. ALEXANDER, *The Family Court—An Obstacle Race*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, tome IX II, 1960, p. 167.

est particulièrement regrettable entre deux êtres qui se sont aimés et qui ont vécu l'intimité unique du mariage. On peut donc affirmer que, « dans le domaine de la famille, la vérité se paie quelquefois fort cher »³⁷.

Une union conjugale troublée deviendra irrémédiablement ruinée par la procédure. Alors que les législations modernes tendent à ménager une place toujours plus grande aux mesures de réconciliation³⁸, le principe de la faute va en sens contraire : il amène les époux à rechercher davantage ce qui les sépare que ce qui peut encore les unir.

Le divorce-peine contribue à ajouter la haine et la rancune à la mésentente existante. Pourtant, les relations entre époux ne cessent en général pas complètement au jour du divorce. Il importe donc que les conjoints maintiennent une certaine harmonie, s'agissant en particulier du droit de visite aux enfants. Ces derniers ne doivent pas se sentir l'objet d'un marchandage ou la source d'une animosité supplémentaire entre leurs parents. La plupart des psychiatres considèrent que le divorce est moins nuisible aux enfants qu'une atmosphère familiale dégradée³⁹. Mais il est évident que cette opinion ne vaut plus, si le divorce n'apporte pas une trêve dans les disputes des parents.

Nous pensons donc devoir mettre au passif du principe de la faute cette propension à attiser l'antagonisme des conjoints.

7. Nous devons encore évoquer un autre aspect regrettable de cette sorte de procédure : les époux sont contraints d'exposer des détails souvent intimes de leur vie, là où, finalement, la discrétion serait préférable.

Alors que l'officier d'état civil se contente du consentement des époux pour les unir, le juge du divorce ne se satisfait pas de déclarations, même concordantes, de leur part. Le principe de la faute oblige le tribunal à pénétrer dans la sphère intime des époux et à remuer des événements pénibles, pour tenter de découvrir la vérité. On peut alors sérieusement se demander « si la vérité constitue vraiment la fin dernière de la justice matrimoniale »⁴⁰.

³⁷ J.-M. GROSSEN, *op. cit.* note 21, p. 65.

³⁸ W. HILDEBRAND, *Massnahmen zum Schutze der ehelichen Gemeinschaft, Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht*, Mélanges de Saint-Gall, Berne, 1965, p. 144.

P. H. NEUHAUS, *op. cit.* note 15, p. 967.

THE LAW COMMISSION, *Reform of the Grounds of Divorce*. The Field of Choice, Cmnd 3123, Londres, 1967, p. 17.

A. H. MANCHESTER et J. M. WHETTON, *Marital Conciliation in England and Wales*, The International and Comparative Law Quarterly, 1974, p. 339.

³⁹ C. HAFFTER, *Kinder aus geschiedenen Ehen*, 2^e éd., Berne-Stuttgart, 1960, p. 161 et 166 et ss.

F. MAUNZ, Rapport à l'intention de la Commission allemande du droit du divorce, cité par H.-J. VOGEL, *Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. Juni 1976 (1. EheRG)*, FamRZ 1976, p. 484, note 28.

J. L. DESPERT, *Enfants du divorce*, trad. D. Maroger, Paris, 1957, p. 8.

⁴⁰ J.-M. GROSSEN, *op. cit.* note 21, p. 66.

Les juges s'acquittent d'ailleurs sans enthousiasme de cette démarche. Elle est admissible en procédure pénale, mais, en droit matrimonial, il nous paraît plus important de juger de la viabilité d'un ménage que de la culpabilité des époux.

8. Nous avons dénoncé, au début de cette analyse, la rigidité du principe de la faute. Or, toute loi dont la rigueur n'est pas ressentie comme une nécessité par la population est exposée à être contournée. Il s'ensuit que le divorce-peine se « manipule » aisément, sans que l'opinion publique s'en choque. En l'absence de véritable « cause » au sens de la loi, il est possible d'obtenir un divorce de plusieurs façons.

a) Suivant l'évolution des mœurs, la jurisprudence a souvent élargi la définition de certaines « causes de divorce ». Les époux peuvent profiter de cette situation pour fonder leur action sur des motifs en principe exclus. C'était notamment le cas de l'« injure grave » en France, avant la réforme de 1975⁴¹. Sous cette qualification, les tribunaux ont compris, entre autres :

- les sentiments de mépris et de défiance⁴²
- l'adhésion à une secte religieuse⁴³
- l'abstention volontaire et persistante de consommer le mariage⁴⁴
- le fait de ne pas donner les soins désirables aux enfants ou d'éprouver de l'aversion pour eux⁴⁵, etc.

b) Si les époux aspirent tous deux au divorce, l'un peut commettre une faute reconnue, en acceptant de porter la responsabilité de la désunion.

c) Un époux peut aussi invoquer une faute imaginaire, confirmée par le défendeur et un témoin de complaisance.

d) Si les époux ne s'entendent pas sur le principe de leur divorce, on peut fort bien imaginer que l'un d'eux commette volontairement une faute, dans l'espoir que son conjoint se porte demandeur.

e) Une partie peut aussi, par ruse, susciter chez son partenaire une faute qui justifie la dissolution du lien matrimonial.

Même s'il est rarement dupe, le juge ne possède pas les moyens de démasquer de telles comédies. Or, celles-ci jettent le discrédit sur la justice et ébranlent la confiance des citoyens dans le droit. Il n'est donc pas exagéré de prétendre que les dispositions légales qu'on contourne facilement se condamnent elles-mêmes.

Le principe de la faute ne reconnaît pas aux époux, comme c'est le cas sur le plan matériel, la faculté de déposer leur bilan devant le juge et de

⁴¹ J. CARBONNIER, *op. cit.* note 24, p. 289 et ss.

H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.* note 11, p. 853 et ss, en part. p. 855.

G. CHESNÉ, *Le divorce par consentement mutuel*, D. 1963, chron. p. 103 et ss.

L. N. BROWN, *Divorce — French Style*, *The Law Society's Gazette* 65 (1968), p. 38.

⁴² Req. 6 août 1907, D. P. 1907, I, 512.

⁴³ Nîmes, 17 juin 1967, D. 1969, 366.

⁴⁴ Req. 20 nov. 1900, D. P. 1901, I, 21. 6 avril 1908, D. P. 1908, I, 240.

⁴⁵ Civ., 2^e sect. civ., 2 mai 1963, D. 1963, somm. 113.

faire constater leur échec. Cela est regrettable, car bien des haines, des tensions et des machinations seraient ainsi évitées. De toute manière, deux conjoints qui désirent mettre un terme à leur union parviendront toujours à leurs fins.

9. Relevons un dernier grief à l'encontre du principe de la faute : la gravité des conséquences que la loi attache à la « culpabilité » et à l'« innocence » des époux. Ce reproche nous paraît d'autant plus grave que ces notions sont très relatives, comme nous l'avons souligné plus haut.

Tout le problème des pensions et indemnités après divorce est lié à cette distinction. La fin du mariage peut dès lors placer l'époux fautif dans une situation financière très délicate. D'autre part, le conjoint innocent est seul habilité à engager la procédure. Il devient donc maître absolu des destinées de l'union conjugale. Alors que la conclusion du mariage requérait le consentement des deux parties, sa survie dépend de la décision d'une seule. L'époux coupable peut ainsi devoir rester, des années durant, enchaîné à une union dont tout sentiment d'amour a disparu. S'il fonde un nouveau foyer, celui-ci restera marginal, ce qui ne manquera pas de préjudicier d'éventuels enfants ⁴⁶.

L'époux « innocent » tient entre ses mains un pouvoir qui prend souvent couleur de vengeance et qui donne lieu à toutes sortes de marchandages. Il n'est pas rare, en effet, qu'une femme monnaye son pouvoir de décision contre une pension que le mari éprouve ensuite beaucoup de peine à payer.

Le droit au divorce apparaît comme une sorte de récompense (ou de réparation) pour l'époux « innocent ». Le coupable, quant à lui, est condamné à attendre l'accord de son conjoint. Cette situation met en question le sens même du divorce. A notre avis, celui-ci ne doit pas tendre à sanctionner des fautes, tel un jugement pénal. Il constitue plutôt un constat, un diagnostic sur l'état des relations conjugales.

Le principe de la faute se fonde sur une utopie : la contrainte est incapable de restaurer l'harmonie conjugale. Le droit ne peut forcer un époux réticent à continuer la vie commune ou à manifester de l'amour; et le refus d'un seul conjoint suffit déjà à ruiner le ménage.

En ce sens, la loi chinoise, qui oblige les époux à s'aimer ⁴⁷, nous paraît illusoire. Mais il s'agit sans doute d'une pure forme.

⁴⁶ *Putting Asunder*, *op. cit.* note 24, p. 28.

D. LASOK, *Reforming the Divorce Law : a Critical Appraisal*, *The Solicitors' Journal*, 112 (1968), p. 28.

R. T. OERTON, *Reforming The Divorce Law: a Rejoinder*, *The Solicitors' Journal*, 112 (1968), p. 572.

En droit suisse, ce problème sera partiellement résolu par l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1978, des nouveaux titres septième (De l'établissement de la filiation) et huitième (Des effets de la filiation) du Code civil (ROLF 1977, p. 237 et ss). Cette réforme législative abolit, en particulier, la notion de « filiation illégitime ».

⁴⁷ W. MÜLLER-FREIENFELS, *op. cit.* note 11, p. 870.

En abordant le problème du divorce, il importe d'avoir conscience des limites du pouvoir légal. Le divorce-peine n'a aucun effet thérapeutique sur les mariages malades. S'il ne tend qu'à punir l'époux « coupable », en permettant à son conjoint de l'empêcher de refaire sa vie, il atteint peut-être son but. Mais son ambition est trop limitée; il ne résout qu'un faux problème et la mésentente des époux ne trouve pas une issue raisonnable. Nous le rejetons donc pour une solution plus réaliste et plus libérale, inspirée du principe de l'échec.

Section II Le principe de l'échec

Alors que le divorce-peine se présente comme la sanction d'une faute, le divorce-faillite n'implique pas de jugement du comportement des époux. Il invite seulement le tribunal à poser un regard objectif sur le lien matrimonial et à le dissoudre s'il est irrémédiablement rompu. Le principe de l'échec ne s'attache pas à des actes particuliers, mais aux conséquences que ceux-ci peuvent avoir sur les rapports conjugaux. Le divorce est un constat d'échec.

Les critères, on le remarque, sont fondamentalement différents. En particulier, un ménage peut être dissous sans qu'une faute déterminée ait été commise. Le principe de l'échec nous paraît plus juste et plus réaliste, car il convient finalement de rendre justice au couple et non à un époux personnellement. Pour la société, il importe de savoir si la vie commune a encore un sens et non si l'un des conjoints a commis une faute. Il est donc normal que les ménages ruinés puissent être dissous sans égard aux responsabilités respectives des conjoints.

Le principe de l'échec veut que les relations des époux soient envisagées globalement, à travers un certain laps de temps. Il ne fonde pas le divorce sur un événement particulier, furtif et peut-être unique. Plus souple, il permet de tenir compte de toutes les situations.

Nous ne voulons pas prétendre par là que le principe de l'échec constitue la solution idéale au problème du divorce. Dans un tel domaine, peut-il y en avoir une? Tant d'intérêts contradictoires s'opposent! Et par sa nature même, par l'échec qu'il implique, le divorce laissera toujours des plaies difficiles à cicatriser.

Il nous paraît cependant que le principe de l'échec représente la base la moins mauvaise du divorce. Il résiste à la plupart des griefs formulés à l'encontre du principe de la faute. On peut néanmoins en relever quelques faiblesses.

1. C'est un système doublement individualiste; dans les relations couple-société, d'une part, et dans les rapports conjugaux, d'autre part.

Les époux sont aussi maîtres de la dissolution de leur union que de sa conclusion. L'amour les pousse à s'unir et la mésentente les amène à se

séparer, sans que l'intérêt public entre en considération. L'Etat ne possède aucun moyen de contrôler les motifs invoqués. Ceux-ci peuvent être sérieux, choquants ou futiles, peu importe, à mesure qu'ils ont vraiment provoqué la rupture du lien conjugal. Il est évident qu'ainsi le divorce est plus largement ouvert que sous l'empire du principe de la faute; les statistiques le prouvent. Mais cela ne signifie pas que le nombre des ménages désunis soit plus considérable. Au contraire, s'il est facile de rompre les liens dégradés, les individus peuvent chercher à créer des unions plus harmonieuses avec un autre partenaire.

La société ne peut évidemment pas libérer totalement le divorce. Mais elle n'a certainement pas intérêt à maintenir à tout prix des ménages ruinés.

2. Le principe de la faute est également un système individualiste à l'intérieur même du couple. En effet, chaque époux peut se porter demandeur, sans égard à ses responsabilités dans la désunion et à l'opinion de son conjoint. Cette situation choque parfois notre sentiment de la justice, surtout si le défendeur s'est toujours bien comporté et désire poursuivre la vie commune. La situation peut être particulièrement pénible pour les femmes d'un certain âge qui ont abandonné leur profession pour se consacrer au ménage et à l'éducation des enfants. Elles se retrouvent subitement solitaires, alors que leur seul tort est d'avoir vieilli. Cet aspect du principe de l'échec mérite d'être pris en considération. Il faut cependant dépasser le cadre émotionnel et considérer la situation d'un œil réaliste. Si, d'un côté au moins, la rupture est consommée, le refus du divorce ne changera rien à la situation. Il faut deux volontés concordantes à la survie du lien conjugal. «Eine einseitige Ehe kann es nicht geben»⁴⁸.

3. Plus souple, le principe de l'échec permet de prendre toutes les situations matrimoniales en considération. Mais il fait forcément appel à des notions plus vagues, plus élastiques que le principe de la faute. Il est, de ce fait, difficile de trouver des critères d'interprétation satisfaisants et reconnus de chacun. Que l'on songe simplement à la notion clé de « rupture du lien conjugal »! Chaque individu a pratiquement sa petite idée à ce sujet. Il s'ensuit que le pouvoir d'appréciation du tribunal est très large et que nous pouvons reprendre les griefs relevés tout à l'heure au sujet du rôle du juge dans le divorce. Le principe de l'échec n'évite pas la « géographie du divorce ».

4. Enfin, il faut bien admettre que les moyens d'investigation du juge sont aussi limités que sous l'empire du principe de la faute. Il est toujours difficile de déterminer si le lien conjugal est véritablement rompu, et de façon irrémédiable. Le juge est le plus souvent réduit à se satisfaire des déclarations des parties.

⁴⁸ E. WOLF, G. LÜKE, H. HAX, *op. cit.* note 22, p. 300.

Si les opinions des époux concordent, on ouvre la voie au divorce par consentement mutuel. Cette forme de dissolution nous paraît, en soi, admissible, car la volonté commune des époux constitue le meilleur indice de faillite. Mais le problème demeure entier lorsque la rupture du lien conjugal est contestée par le défendeur.

Certains pays appliquent le principe de la faute, alors que d'autres, comme les nations scandinaves ou les démocraties populaires, fondent leur droit du divorce sur le principe de l'échec. Pourtant, il est rare que l'un ou l'autre de ces systèmes soit appliqué de façon absolue. Si le législateur n'a pas apporté quelques tempéraments au principe adopté, la pratique s'en est chargée. On peut ainsi souvent remarquer que « la jurisprudence, par son lent et incessant travail, a fait, dans beaucoup de matières, des textes du Code civil un véritable trompe-l'œil »⁴⁹. Le principe a été parfois réduit au rang d'exception. C'était le cas notamment en France, avant la réforme de 1975. Bien que la loi fût fondée sur le divorce-peine, on pouvait lire dans l'arrêt Ferrari⁵⁰, à propos de l'injure grave (art. 232 Ccf) : « la cause d'une action en divorce réside moins dans les faits matériels allégués par le demandeur que dans l'atteinte profonde et permanente que ces faits ont porté au lien matrimonial en rendant la vie commune « intolérable ». »

Dans notre pays où, « entre le climat intellectuel et politique de Saint-Gall et celui de La Chaux-de-Fonds, par exemple, il y a une différence tout aussi grande qu'entre Düsseldorf et Prague et (...) où on trouve fort peu de concordance des sentiments de la pensée et de la foi »⁵¹, le législateur ne pouvait qu'adopter une solution de compromis. Notre Code compte ainsi sept causes déterminées, à côté des causes indéterminées de l'art. 142, al. 1. Cette voie était admissible dans la mesure où chacun avait la possibilité de choisir la forme de dissolution qui correspondait à ses convictions. Mais certains esprits considéraient que le divorce-faillite violait la morale et qu'il fallait en restreindre le champ d'application⁵². Ils obtinrent du législateur l'adjonction d'un second alinéa à l'art. 142; de cette façon, l'époux innocent ou moins coupable était en mesure de faire échouer l'action de son conjoint.

On rencontre ainsi, dans un même article de notre Code, deux principes contradictoires. Suivant l'al. 1 de l'art. 142, la fin du mariage

⁴⁹ F. LARNAUDE, *Le Code civil et la nécessité de sa révision*, Le Code civil, livre du centenaire, tome II, p. 911; cité par G. CORNU, *La lettre du Code à l'épreuve du temps*, Mélanges Savatier, Paris, 1965, p. 165.

⁵⁰ Cass. civile, 14 mars 1928, S. 1929, I. 92.

⁵¹ J. R. DE SALIS, *La Suisse diverse et paradoxale*, trad. F. Maurice, Boudry, 1971, p. 12.

⁵² M. RÜMELIN, *Der Vorentwurf zu einem Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Leipzig, 1901, p. 27.

W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, Introduction, n° 49, p. 25.

dépend de l'état des relations conjugales, sans égard aux responsabilités des parties, alors que celles-ci constituent le critère décisif de l'al. 2, qui, lui, ne se préoccupe pas de la faillite du ménage.

L'art. 142 présente, de la sorte, non seulement les faiblesses des deux systèmes réunies, mais aussi celles qui naissent de la juxtaposition de deux principes contradictoires. C'est, à notre avis, le second alinéa qui devrait surtout être revu : il s'inspire d'un principe dépassé et limite trop fortement l'application du divorce-faillite exprimé au premier alinéa.

CHAPITRE III

L'ARTICLE 142, ALINÉA 2 DU CODE CIVIL SUISSE

Section I Introduction

La Constitution fédérale de 1848 n'attribuait aucune compétence à la Confédération en matière de droit matrimonial. Cet objet était réglé par les législations cantonales, ainsi que par des concordats.

Toutefois, en vertu de l'art. 44, al. 2 de la Constitution, qui lui reconnaissait le pouvoir de maintenir la paix confessionnelle en Suisse, la Confédération édicta, en 1850, une loi sur les mariages mixtes et, en 1862, une loi sur la dissolution desdits mariages. Ce dernier texte permettait le divorce, lorsqu'il résultait des circonstances « que la continuation de la vie commune [était] incompatible avec la nature du mariage » (art. 3, al. 2).

L'art. 54 de la Constitution de 1874 plaça le mariage sous la protection de la Confédération. Celle-ci en tira la compétence d'adopter, le 24 décembre 1874, une loi fédérale sur l'état civil, le mariage et le divorce qui régit la matière jusqu'à l'entrée en vigueur du Code civil suisse. Cette loi de 1874 consacrait trois articles aux causes de divorce, instituant cinq causes déterminées et des causes indéterminées.

Article 45 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.

Art. 46 Sur la demande d'un des époux, le divorce doit être prononcé :

a) pour cause d'adultère s'il ne s'est pas écoulé plus de six mois depuis que l'époux offensé en a eu connaissance;

b) pour cause d'attentat à la vie, de sévices ou injures graves;

c) pour cause de condamnation à une peine infamante;

d) pour cause d'abandon malicieux, lorsqu'il dure depuis deux ans et qu'une sommation judiciaire fixant un délai de six mois pour le retour est restée sans effet;

e) pour cause d'aliénation mentale, lorsqu'elle dure depuis trois ans et qu'elle est déclarée incurable.

Art. 47 S'il n'existe aucune de ces causes de divorce, et que cependant il résulte des circonstances que le lien conjugal est profondément atteint,

le tribunal peut prononcer le divorce ou la séparation de corps. Cette séparation ne peut être prononcée pour plus de deux ans. Si, pendant ce laps de temps, il n'y a pas de réconciliation entre les époux, la demande en divorce peut être renouvelée et le tribunal prononce alors librement d'après sa conviction.

L'art. 46, *litt. a à d* énumérait les causes classiques de divorce, telles qu'elles résultent encore actuellement des art. 137 à 140 du Code civil suisse. Pour leur part, les deux autres dispositions instituèrent un divorce-faillite; l'art. 45 envisageait une action introduite par les deux époux, alors que l'art. 47 réglait l'hypothèse d'une demande émanant d'un seul des conjoints.

Les formules utilisées étaient imprécises et elles donnèrent lieu à une jurisprudence disparate⁵³. Il est évident que les juges restaient influencés par la pratique cantonale à laquelle ils se rattachaient; certains d'entre eux ne connaissaient le divorce que depuis 1862, et pour les mariages mixtes seulement⁵⁴. Leurs conceptions de « la nature du mariage » ou de « l'atteinte profonde au lien conjugal » variaient dès lors passablement.

Ces dispositions ouvraient, d'autre part, assez largement les portes du divorce. L'époux sans responsabilité dans la désunion ne pouvait, par exemple, s'opposer à l'action de son conjoint, comme c'est le cas actuellement. Il s'ensuivit une augmentation des divorces dont le nombre devint « effrayant », selon le professeur Mentha⁵⁵.

Cette loi ne tarda pas à soulever de vives critiques⁵⁶. On envisagea de la réviser; mais ce projet resta lettre morte dans l'attente du Code civil fédéral que la Confédération avait reçu la compétence d'édicter en 1898⁵⁷.

La jurisprudence ne demeura pas non plus insensible à ces critiques. Elle devint plus restrictive et refusa, en particulier, de prononcer le divorce contre la volonté de l'époux innocent⁵⁸. C'est le même principe qu'énonce aujourd'hui encore l'art. 142, al. 2. Cette disposition représente donc une codification de la jurisprudence antérieure au Code civil suisse⁵⁹.

⁵³ E. HUBER, *op. cit.* note 23, p. 122.

⁵⁴ W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, Introduction, n^{os} 9 et 10, p. 11 et 12.

H. DESCHENAUX et P. TERCIER, *op. cit.* note 2, p. 84.

⁵⁵ F.-H. MENTHA, *Mémoire relatif à la révision de la loi fédérale sur l'état civil, le mariage et le divorce*, Neuchâtel, 1888, p. 7.

⁵⁶ W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, Introd., n^o 14 et les références citées.

V. ROSSEL et F.-H. MENTHA, *Manuel du droit civil suisse*, tome 1, 2^e éd., Lausanne-Genève, 1922, p. 233.

⁵⁷ J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel-Paris, 1967, n^o 127.

⁵⁸ W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, Introd., n^o 15.

W. STOCKER, *Zeit- und Streitfragen im Scheidungsrecht*, RSJ 1951, p. 4.

J. KNUS, *Die Ehescheidungsgründe im schweizerischen Zivilgesetzbuch*, thèse, Zurich, 1936, p. 60 et 181.

⁵⁹ ATF 38 II 13 = JT 1913 315.

L'adjonction de cette restriction au principe de l'échec tendait, aux yeux de ses initiateurs, à limiter le nombre des divorces et à sauvegarder la vraie valeur de la famille. Loin d'être le remède qu'on attendait, cette disposition fit naître différents problèmes d'interprétation, d'application et d'opportunité que nous allons examiner maintenant.

Section II L'article 142, alinéa 2 s'applique-t-il d'office ?

L'art. 142, al. 2 dispose :

« Si la désunion est surtout imputable à l'un des conjoints, l'action ne peut être intentée que par l'autre. »

Selon la lettre de cette disposition, l'époux principalement responsable de la désunion ne pourrait se porter demandeur. Il va pourtant de soi que le tribunal ne peut établir les responsabilités des époux sans entrer en matière. La rédaction de cet alinéa est donc maladroite, dans les trois langues officielles d'ailleurs (« Ist die tiefe Zerrüttung vorwiegend der Schuld des einen zuzuschreiben, so kann nur der andere Ehegatte auf Scheidung klagen. » — « Se tale stato dipende da colpa preponderante di uno dei coniugi, il divorzio può essere demandato soltanto dall'altro. »).

En réalité, on a voulu dire que le juge saisi d'une demande en divorce doit la rejeter si elle émane du principal responsable de la désunion. Les tribunaux n'ont d'ailleurs jamais compris ce texte autrement. Le premier alinéa de l'art. 142 (« Chacun des époux peut demander le divorce... »), comme la logique la plus élémentaire, imposait cette solution. Mais, même sous cette forme, cette disposition soulève encore plusieurs problèmes d'interprétation. Il s'agit, en particulier, de déterminer si le juge doit trancher cette question de responsabilité *a limine litis* et, le cas échéant, rejeter l'action d'office ou s'il ne doit le faire qu'à la demande du défendeur. On optera pour le premier terme de l'alternative si l'art. 142, al. 2 tend à la sauvegarde de l'ordre public, et pour le deuxième s'il a été institué pour protéger les intérêts de l'époux le moins coupable.

La lettre de la loi invite plutôt à appliquer cette disposition d'office. Mais, en se fondant sur une interprétation historique et téléologique, le Tribunal fédéral a toujours considéré que « la disposition de l'art. 142, al. 2 Ccs interdisant de prononcer le divorce sur la demande du plus coupable n'a pas été introduite pour des raisons d'ordre public, mais bien uniquement en faveur de l'époux innocent ou dont les torts sont moins graves. On ne peut lui imposer la dissolution du lien conjugal contre son gré, alors même que des causes de divorce sont établies; par contre, rien ne l'empêche de renoncer à cette protection légale et d'admettre la demande en divorce faite par l'autre époux, au lieu de déposer lui-même

une demande, à condition, bien entendu, que l'atteinte profonde au lien conjugal de l'art. 142 existe »⁶⁰.

La position du Tribunal fédéral est sans équivoque. Elle marque, au surplus, une grande continuité puisque, sous l'empire de la loi de 1874 déjà, la faute du demandeur n'était prise en considération qu'en cas d'opposition du défendeur⁶¹. Notre Cour suprême a ainsi tranché une question de principe, déterminante pour toute l'exégèse de l'art. 142, al. 2. Elle a reconnu devoir respecter une certaine autonomie privée. Dans le même esprit, Eugène Huber avait déjà souligné que le droit devait éviter d'intervenir pour régler des rapports moraux entre égaux⁶².

Dans l'ensemble, les tribunaux cantonaux suivent la jurisprudence fédérale. Toutefois, le Tribunal supérieur de Zurich développa, entre 1943 et 1957, une pratique divergente qu'il espérait bien imposer aux autres cours et au Tribunal fédéral en particulier.

L'Obergericht envisageait l'art. 142, al. 2 comme une disposition d'ordre public. Selon lui, une demande émanant du responsable de la désunion ne pouvait être en aucun cas bien fondée. Même l'acquiescement du défendeur ne suffisait pas à légitimer l'action. Le Tribunal zurichois exposait, dans l'arrêt par lequel il inaugurerait la pratique en question :

« Diese Frage, ob öffentliche Interessen zu wahren seien und im Spiele stünden, bildet den Kern und zugleich Angriffspunkt der Rechtsprechung seit dem Entscheid in BGE 51 II 116. Jenes Präjudiz stützt sich auf den Satz, dass die Einschränkung des Art. 142 Abs. 2 nicht der öffentlichen Ordnung wegen eingeführt, sondern lediglich zum Schutze des schuldlosen oder weniger schuldigen Ehegatten aufgestellt worden sei. Eine nähere Begründung für diese Folgerung fehlt aber. Der Satz wird als selbstverständlich betrachtet, obwohl er im Wortlaut des Gesetzes keinerlei Stütze findet und noch weniger aus den das Ehescheidungsrecht beherrschenden allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden kann.

» Die Auflösung einer Ehe und Familie durch Gerichtsurteil berührt ausser den beteiligten Parteien immer und in hohem Masse auch die Interessen der Öffentlichkeit. Grundlage des staatlich geordneten Gemeinschaftsleben ist die Ehe und Familie als engste menschliche Gemeinschaft. Mit der Gründung einer solchen ehelichen Gemeinschaft wollen die Parteien normalerweise nicht nur eigene Bedürfnisse befriedigen, sondern gemäss dem natürlichen Zweck der Vereinigung von Mann

⁶⁰ ATF 51 II 117 = JT 1925 523. Dans le même sens : ATF 84 II 337 = JT 1959 35.

⁶¹ A. EGGER, *Zum heutigen Stand des Ehescheidungsrechtes*, RDS 1954, p. 91.

A. PICOT, *La jurisprudence en matière de divorce et de séparation de corps sous le régime du Code civil suisse*, RDS 1929, p. 34 a.

R. BRINER, *Die Ehescheidungsgründe im Zivilstands- und Ehegesetz von 1874 und im Zivilgesetzbuch*, thèse de Zurich, Aarau, 1911, p. 116.

W. STOCKER, *op. cit.* note 58, p. 4.

⁶² H. HUBER, *op. cit.* note 23, p. 88.

und Frau zur Erhaltung des menschlichen Geschlechtes beitragen, indem sie Kinder erzeugen und erziehen. (...)

» Mit diesen Überlegungen stimmt der allgemeine Rechtsgrundsatz überein, dass niemand sich zu seinem Vorteil auf eigenes Unrecht berufen dürfe. Dass dieser elementare Rechtssatz auch im Ehescheidungsrecht gelten muss, ist selbstverständlich. (...)

» Wenn sie aber annehmen, dass dieses Hindernis durch Einwilligung der Gegenpartei beseitigt werden könne, so verkennen sie, dass der genannte Rechtsgrundsatz nicht nur dem Schutze der unmittelbar beteiligten dienen, sondern in ausgesprochenem Masse auch die öffentlichen Interessen wahren will »⁶³.

En 1952, le Tribunal supérieur assouplit sa position. Il décida de ne plus refuser le divorce d'office, si le défendeur y acquiesçait et si les fautes du demandeur n'étaient pas « très lourdes et nettement prépondérantes » (« sehr schwer und stark überwiegend »)⁶⁴. Puis, en 1957, il renonça à sa pratique et se rallia entièrement à celle du Tribunal fédéral⁶⁵. La « dissidence » de l'Obergericht avait ainsi duré quatorze ans, sans pour autant s'imposer à d'autres cours, si ce n'est à certains tribunaux inférieurs du canton de Zurich⁶⁶.

La jurisprudence du Tribunal fédéral, qui avait tout de même marqué quelques hésitations à la suite de la prise de position du Tribunal zurichois⁶⁷, n'a, depuis lors, plus été sérieusement mise en question sur ce point. La doctrine, de son côté, est également unanime pour admettre que l'art. 142, al. 2 ne tend qu'à la protection de l'époux innocent et qu'il ne doit pas être appliqué d'office⁶⁸.

Nous n'allons pas nous étendre longuement sur la controverse qui opposa le Tribunal supérieur de Zurich et le Tribunal fédéral. Mais le problème débattu est si fondamental pour toute l'exégèse de l'art. 142, al. 2 qu'il nous paraît utile d'exposer tout de même les arguments avancés de part et d'autre :

1. Les partisans de la jurisprudence adoptée naguère par les tribunaux zurichois considèrent qu'il est contraire à l'ordre public de donner suite à une demande déposée par le responsable de la désunion. Pour eux, une prétention fondée sur la propre faute du demandeur est abusive, selon un principe juridique connu depuis l'Antiquité : *nemo ex suo delicto*

⁶³ BIZR 1943, n° 138.

⁶⁴ BIZR 1953, n° 34; BIZR 1957, n° 10.

⁶⁵ BIZR 1959, nos 130, 171 et 177.

⁶⁶ Mais pas au Tribunal de district de Zurich; cf. K. EHRLICH, *Die Scheidungsklage des an der tiefen Zerrüttung der Ehe überwiegend schuldigen Ebegatten bei Zustimmung des anderen zur Scheidung*, RJS 46 (1950), p. 288.

H. HINOERLING, *op. cit.* note 30, p. 51.

⁶⁷ ATF Jeanneret, du 1^{er} octobre 1948, et Perret-Gentil, du 28 février 1949, non publiés, mais cités dans l'ATF 84 II 337 = JT 1959 35.

⁶⁸ W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, n° 133 ad art. 142 et les auteurs cités.

meliorem suam condicionem facere potest ou nemo audiatur suam propriam turpitudinem allegans.

Nous doutons que ces adages s'appliquent sans restriction au droit de la famille. Pour des raisons éthiques et pratiques, le divorce nous paraît engager une responsabilité collective du couple.

Sur le plan moral, l'union conjugale constitue une unité. Les époux lient leurs destinées dans une aventure commune qui peut échouer. Si c'est le cas, cet échec affecte les deux parties, quelles que soient leurs responsabilités respectives. Comme le Tribunal fédéral l'a rappelé, « l'essence et le but du mariage (...) exigent que les époux éprouvent ensemble le bonheur et l'infortune »⁶⁹. Si l'on cherche à individualiser les fautes des parties, on ramène l'union conjugale à une juxtaposition de deux individualités. Or, selon l'éthique de notre Code, ces individualités se fondent dans la communauté matrimoniale.

Le départ des responsabilités des conjoints nie l'unité morale du mariage. Sur le plan pratique, il représente aussi un exercice périlleux. L'intimité rend les comportements des époux interdépendants et le juge ne peut saisir le rôle exact de chacun. Il est souvent réduit à se satisfaire des déclarations des parties qui ne connaissent, en général, que leur propre vérité. On peut dès lors douter que le tribunal soit assez sûr de son jugement pour rejeter l'action du demandeur.

Dans d'autres domaines, l'unité du mariage est déjà reconnue. Ainsi, lorsqu'un époux présente des troubles sur les plans psychique ou sexuel, les médecins appliquent toujours une thérapie de couple.

2. Même si l'on rejette l'idée d'une responsabilité collective des époux dans la désunion, les adages invoqués ne nous paraissent pas appropriés. En effet, sur le plan pratique en tout cas, on voit mal quel « avantage » le divorce apporte au demandeur. Si celui-ci veut vivre avec sa maîtresse, il n'attendra pas la sanction du juge pour quitter le domicile conjugal.

Sur le plan juridique, le bénéfice est, peut-être, plus réel, puisque la prétention du demandeur est reconnue. Mais il reste tout de même bien théorique.

En réalité, la rupture du lien matrimonial représente le plus souvent une épreuve difficile pour les deux époux. Même si certaines fautes sont patentées, il y a, de toute manière, deux perdants, deux êtres qui ont échoué dans la recherche d'un certain bonheur.

3. Pour déterminer la portée de l'art. 142, al. 2, il convient de garder à l'esprit que le divorce ne représente qu'un diagnostic, sans influence sur l'état du mariage malade.

Si la communauté conjugale est irrémédiablement troublée ou n'existe plus, aucune thérapeutique ne peut la sauver. Le juge doit donc sanctionner la fin du ménage, sur le plan juridique également. Pour conserver sa crédibilité, le droit doit rester en harmonie avec la vie.

⁶⁹ V. ROSSEL et F.-H. MENTHA, *op. cit.* note 56, p. 234.

La société n'a pas intérêt à maintenir des liens juridiques sans rapport avec la réalité. Les ménages ruinés ne remplissent plus aucun rôle et empêchent la reconnaissance d'unions bien réelles. Leur maintien représente donc, dans un Etat de droit, un défi au bon sens. Dans ce domaine, l'« euthanasie » est salutaire.

La société doit accepter de prendre ses responsabilités, lorsqu'elle porte des mariages malheureux. Il serait hypocrite de vouloir masquer la réalité par des artifices. Un taux de divorces peu élevé ne peut donner bonne conscience, lorsque, par ailleurs, les faux ménages foisonnent.

Dans cet esprit, le Tribunal fédéral a récemment choqué bien des observateurs. Il a reconnu juridiquement un mariage mort, en fait, depuis plusieurs décennies. Le demandeur était séparé de son épouse depuis quarante-trois ans. Celle-ci avait regagné l'Italie, alors que lui-même vivait depuis trente-huit ans avec une autre femme qui lui avait donné trois enfants (illégitimes, bien sûr). Malgré ces circonstances particulières, le Tribunal fédéral a admis l'opposition de la défenderesse, fondée sur l'art. 142, al. 2⁷⁰.

A notre avis, les juges ne pouvaient se permettre de rendre une décision aussi éloignée de la réalité. Après tant d'années, l'intérêt du demandeur à légitimer sa nouvelle famille valait bien la sécurité financière offerte à la défenderesse par une rente AVS. Dans une autre décision, le Tribunal fédéral a d'ailleurs admis qu'une longue séparation pourrait, *de lege ferenda*, empêcher l'application de l'art. 142, al. 2⁷¹.

4. Selon la jurisprudence zurichoise des années 1943 et suivantes, l'innocence représentait, dans le cadre de l'art. 142, un élément de la qualité pour agir. De même que la victime de l'adultère peut seule invoquer l'art. 137, l'action prévue par l'art. 142, al. 1 n'appartenait qu'à l'époux innocent. Le Tribunal supérieur considérait en particulier : « Abs. 2 von Art. 142 bildet demgemäss nicht nur ein formellrechtliches oder prozessuales Klagehindernis, auf dessen Geltendmachung die beklagte Partei verzichten könnte, sondern ein Bestandteil der Umschreibung des Scheidungsgrundes »⁷².

Cette conception renverse le fardeau de la preuve et ajoute une condition à l'obtention du divorce. Pourtant, le législateur n'a pas prévu que le demandeur doive apporter la preuve de sa vertu en plus de celle de la désunion. Il suffit de se référer sur ce point à la genèse de l'art. 142 et à la jurisprudence relative aux art. 45 et 47 de la loi de 1874⁷³.

⁷⁰ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, supplément ad p. 60.

⁷¹ TF, SJ 1973 304.

⁷² BIZR 1943, n° 138 (p. 357).

⁷³ E. HUBER, *op. cit.* note 23, p. 120 à 125 et les auteurs cités à la note 58.

Cf. en sens contraire, l'ATF 72 II 401 = JT 1947 11 : « La rupture du lien conjugal serait-elle objectivement établie que le demandeur n'en devrait pas moins encore prouver l'absence de faute prépondérante à sa charge » (C. 2). Ce considérant n'est pas publié au RO, mais au JT uniquement.

L'interprétation littérale de la disposition controversée nous conduit à la même conclusion. L'al. 1 prévoit bien que « chacun des époux peut demander le divorce... ». Si le législateur avait voulu faire de l'innocence une condition de l'action, l'art. 142 ne comprendrait qu'un seul alinéa. L'expression « chacun des époux » serait remplacée par « l'époux qui ne porte pas la responsabilité prépondérante de la désunion ». C'est donc bien une exception, aux sens juridique et commun du terme, que le législateur a instituée, et la jurisprudence zurichoise tendait à l'ériger en règle.

5. Puisque l'innocence représentait, aux yeux des juges zurichois, une condition d'application de l'art. 142, al. 1, l'acquiescement du défendeur restait sans influence sur le sort de l'action. « Wenn aber Schuldlosigkeit (oder doch geringere Schuld) der klagenden Partei an der Zerrüttung der Ehe einen Bestandteil des Scheidungsgrundes gemäss Art. 142 darstellt und zum Klagefundament gehört, dessen Vorhandensein vom Richter von Amtes wegen nachzuprüfen ist (Art. 158 ZGB), so kann der Zustimmung der beklagten Partei keine Bedeutung zukommen. Sie kann dem Kläger nicht einen Scheidungsgrund verschaffen, der nach der gesetzlichen Umschreibung fehlt »⁷⁴.

Le Tribunal supérieur de Zurich obligeait donc le défendeur à déposer une demande propre s'il désirait vraiment divorcer. Les juges considéraient que la volonté de rompre les liens du mariage apparaissait ainsi plus clairement que dans un acquiescement. Ils craignaient que l'accord du défendeur provienne de pressions exercées par l'époux fautif.

Ce danger existe certainement, mais l'application d'office de l'art. 142, al. 2 ne l'écarte pas. Des avantages financiers, par exemple, convaincront aussi le conjoint à se porter demandeur, s'il le faut. A ce titre, on n'empêchera sans doute jamais le riche d'être mieux loti que le pauvre. De toute manière, le juge doit s'assurer de la réalité et de la liberté du consentement du défendeur⁷⁵. Il doit aussi le rendre attentif aux conséquences de son accord. On peut dès lors admettre, avec le professeur Hinderling⁷⁶, que l'acquiescement de l'époux innocent ou moins coupable suffit à lever l'obstacle de l'art. 142, al. 2.

La loi doit éviter de porter atteinte à l'autonomie des époux. Pour des motifs divers, ceux-ci préfèrent parfois que l'un d'eux se porte demandeur. A notre avis, cette volonté mérite d'être respectée. L'acquiescement du défendeur ne doit donc pas rester sans effet sur le sort de l'action.

6. Sur le plan pratique également, la conception des juges zurichois présentait d'importants inconvénients. L'examen d'office du partage des

⁷⁴ BIZR 1943, n° 138 (p. 357).

⁷⁵ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, p. 51.

M. GERWIG, *Scheidungsverfahren und Eheschutz*, Ferienkurs, Zurich 1945, p. 55.

P. H. NEUHAUS, *Wann ist die Ehe zerrüttet?*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1972, p. 156. ATF 51 II 118.

⁷⁶ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, p. 53.

responsabilités surchargeait les juges; pour le défendeur, l'obligation de déposer une demande propre représentait un souci supplémentaire. Bref, cette jurisprudence contribuait à envenimer la procédure, à la prolonger et à la rendre plus coûteuse.

Noyé dans des considérations théoriques, le Tribunal supérieur de Zurich défendait l'institution du mariage à n'importe quel prix. Il perdait de vue qu'à long terme, le refus du divorce ne résout ni les problèmes du défendeur, ni ceux du demandeur. Si le défendeur comprend cette vérité et ne s'oppose pas au divorce, le juge ne saurait, à notre avis, imposer sa propre volonté. L'art. 142, al. 2 ne doit donc pas s'appliquer d'office.

Section III Manifestation de l'opposition

L'examen de la jurisprudence zurichoise des années 1943 à 1957 nous a permis de préciser, dans une certaine mesure, la portée de l'art. 142, al. 2. Mais de nombreux points relatifs à l'application de cette disposition méritent encore notre attention.

Nous venons, par exemple, de constater que l'acquiescement du défendeur écartait la réserve de l'art. 142, al. 2. *A contrario*, cela signifie que cette disposition s'applique sauf renonciation expresse de l'époux innocent. On peut pourtant se demander s'il ne serait pas plus opportun qu'elle ne soit retenue qu'à la requête du défendeur.

Ce problème, il est vrai, n'est pas d'une importance pratique très grande. L'époux qui s'oppose au divorce ne manque, en général, pas d'invoquer l'art. 142, al. 2; et celui qui accepte la dissolution du mariage acquiesce ou dépose une demande reconventionnelle. Cette question doit néanmoins être résolue dans les procédures par défaut et lorsque le défendeur ne prend pas position, par passivité ou indécision.

La plupart des auteurs considèrent que la faute prépondérante du demandeur doit être prise en considération dès qu'elle ressort des faits. Ils réservent seulement une acceptation sans équivoque de la demande du conjoint⁷⁷. Ils estiment que le consentement du défendeur ne peut être présumé et qu'il est indispensable au bien-fondé de l'action.

Cette conception nous paraît erronée. Le Tribunal fédéral a, en effet, posé en principe que l'al. 2 de l'art. 142 « n'a pas été introduit pour des raisons d'ordre public, mais bien en faveur de l'époux innocent »⁷⁸. Il représente donc un moyen de défense offert au conjoint le moins coupable. Si ce dernier veut en faire usage, il lui appartient et il lui incombe de l'invoquer. Le juge ne doit appliquer d'office que les exceptions d'ordre public.

⁷⁷ W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, n^{os} 118, 132 et 136 ad art. 142.

⁷⁸ ATF 51 II 117 = JT 1925 523.

Les décisions relatives au mariage sont éminemment personnelles et le tribunal ne peut pas se substituer aux plaideurs. La loi lui interdit, par exemple, de prendre l'initiative de prononcer un divorce, parce qu'il lui paraît justifié : « Si donc le juge doit prononcer le divorce ou la séparation de corps lorsqu'une des causes légales est établie (art. 146, al. 1), encore faut-il que l'époux offensé se soit prévalu de la faute de son conjoint et qu'il ait pris des conclusions formelles dans ce sens »⁷⁹.

La même règle vaut, à notre avis, quant à l'opposition du défendeur. D'excellents auteurs admettent d'ailleurs que la passivité du conjoint assigné équivaut à une acceptation du divorce⁸⁰. Ils considèrent, à juste titre, qu'on peut exiger de lui une défense active, s'il tient vraiment au mariage.

La jurisprudence, pour sa part, semble être en évolution. Les arrêts anciens tendent à n'ignorer la faute prépondérante qu'en cas d'acquiescement du défendeur⁸¹. En revanche, des décisions plus récentes admettent que « les restrictions que l'art. 142, al. 2 Cc apporte à l'action du conjoint coupable ne sont pas de droit impératif et n'ont pas été instituées dans l'intérêt de l'ordre public, mais elles doivent être invoquées par l'époux défendeur (RO 84 II 336) »⁸². Bien que critiquée par Bühler⁸³, cette jurisprudence nous paraît découler naturellement du principe posé par l'ATF 51 II 116. Elle devrait donc s'imposer définitivement.

Certaines cours cantonales l'appliquent déjà. A Genève, par exemple, on admet que le conjoint qui conclut simplement « s'en rapporter à la justice » renonce implicitement à la réserve de l'art. 142, al. 2⁸⁴. Cette conception se justifie d'autant plus que le défendeur peut encore s'opposer au divorce jusqu'au jugement de première instance ou même de deuxième instance, suivant la procédure cantonale⁸⁵.

La pratique contraire présente des inconvénients que nous avons déjà soulignés. Elle oblige, en particulier, le juge à examiner, au moins sommairement, les responsabilités des époux dans la désunion. Il est donc préférable que l'art. 142, al. 2 ne s'applique que si le défendeur le requiert.

⁷⁹ ATF 54 II 3.

⁸⁰ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, p. 50.

— *Änderung des deutschen Familienrechts (insbesondere des Ehescheidungsrechts) in schweizerischer Sicht*, RJS, 57 (1961), p. 329.

— *Die rechtsmissbräurliche Berufung auf Art. 142/2 ZGB*, Mélanges Simonius, Bâle, 1955, p. 122.

A. EGGER, *op. cit.* note 61, p. 92.

⁸¹ ATF 51 II 116 = JT 1925 522.

ATF 54 II 2; ATF 84 II 337 = JT 1959 35.

⁸² ATF 94 I 247.

⁸³ W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, n° 136 ad art. 142.

⁸⁴ SJ 1973 77.

⁸⁵ ATF 76 II 262; SJ 1957 270 et 1967 480; BIZR 1959, n° 177.

Certains auteurs craignent que cette interprétation favorise le divorce par consentement mutuel⁸⁶. Théoriquement, cette crainte n'est pas fondée, puisque, en droit suisse, les déclarations concordantes des parties ne constituent qu'un indice de désunion⁸⁷. Mais, pratiquement, il faut bien admettre que ce danger est réel. On doit toutefois remarquer que cette forme de divorce peut se pratiquer sous bien d'autres couverts. Elle est, sans doute, même inévitable. Pourquoi, dès lors, ne pas la reconnaître et la régler ? Elle représente une manière sobre et élégante de mettre fin aux rapports matrimoniaux. Elle permet d'atteindre un des objectifs du droit du divorce, selon la Commission parlementaire britannique, soit « to enable the empty legal shell to be destroyed with the maximum fairness, and the minimum bitterness, distress and humiliation »⁸⁸. Plusieurs pays reconnaissent le divorce par consentement mutuel : France, Suède, Belgique, Angleterre, Allemagne, etc.⁸⁹.

En fin de compte, il convient de ne pas négliger que, sans s'opposer au divorce, certains époux se refusent à tout acte positif, pour des raisons religieuses ou autres. L'exigence d'une renonciation expresse du défendeur à la réserve de l'art. 142, al. 2 peut donc bloquer des procédures qui trouveraient, sinon, une solution simple et sans heurts.

Seule en harmonie avec l'ATF 41 II 116, la jurisprudence de l'ATF 91 I 247 (*supra*, note 82) devrait être observée par tous les tribunaux, car des motifs d'opportunité plaident aussi en sa faveur.

Section IV Détermination de l'époux responsable de la désunion

S'il n'examine pas d'office le partage des responsabilités dans la désunion, le tribunal est tout de même appelé à le faire, dès que le défendeur s'oppose au divorce. Il peut ainsi déterminer si l'opposition est bien fondée.

Cet examen est, toutefois, rarement nécessaire, puisque, en Suisse comme à l'étranger, seule une infime proportion des époux assignés fait valoir une opposition au divorce⁹⁰.

⁸⁶ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, p. 52.

Le Tribunal fédéral a les mêmes préoccupations : ATF 76 II 262.

⁸⁷ W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, Intro. n° 28 et n° 6 ad art. 142, ainsi que les auteurs cités. TF, SJ 1913 566; ATF 46 II 179; BlZR 1965, n° 69 et 70.

⁸⁸ THE LAW COMMISSION, *op. cit.* note 38, p. 10.

⁸⁹ A. BERGMANN et M. FERID, *op. cit.* note 17.

M. KELLER, *Die einverständliche Scheidung*, RSJ 66 (1970), p. 117 et ss.

⁹⁰ Entre 5 et 20 %, suivant les régions et les estimations :

L. NABHOLZ-HAIDEGGER, *Die Konventionalscheidung*, thèse, Zurich, 1972, p. 31.

W. MÜLLER-FREIENFELS, *Die « einseitige » Scheidungsklage aus beiderseitigem Verschulden*, JZ 1972, p. 717.

H. MAIER-REIMER, *Empfiehl es sich Gründe und Folgen der Ehescheidung neu zu regeln ?*, Munich, 1970, p. 20.

THE LAW COMMISSION, *op. cit.* note 38, p. 12.

Le juge chargé d'élucider le problème de la responsabilité prépondérante de la rupture du lien conjugal se trouve placé devant une tâche ardue. Il se heurte, en particulier, à des problèmes de deux ordres :

a) Etablir une situation de fait aussi claire que possible. Reconstituer l'évolution des relations conjugales, le cheminement des esprits. Quand, comment, pourquoi le ménage s'est-il dégradé ? Quels sont les éléments de trouble originaires ? Des facteurs objectifs (différence d'âge, de milieux, de caractères, etc.) ont-ils exercé une influence ?

b) Ensuite, il lui appartient d'apprécier cette situation, de peser les rôles de chaque conjoint et de désigner le principal responsable de la désunion.

En général, la mésentente provient de différentes causes dont la part respective est plus ou moins importante. Pour préciser la situation de fait, le juge est obligé de pénétrer dans l'intimité des parties. Mais ses moyens d'investigation sont limités. Il doit, avant tout, se fonder sur les déclarations des intéressés et sur les dépositions, souvent complaisantes, des témoins. On peut donc affirmer, sans exagérer, que son jugement repose sur une base assez fragile. A l'image de la Cour de Justice du canton de Genève, les tribunaux font souvent la constatation suivante : « Quoiqu'il en soit, et ce aussi bien dans le cadre de l'art. 138 que dans celui de l'art. 142 Ccs, la Cour, après le Tribunal, ne peut que constater que le résultat des enquêtes a été fort inconsistant... »

» Tout cela est insuffisant pour proclamer que, du fait de ces incidents, le lien conjugal avait été si profondément atteint que la vie en commun avait dû être rendue insupportable à l'appelante, de même qu'il n'en résulte pas la preuve de sévices au sens de l'art. 138 Ccs »⁹¹.

Les tribunaux affrontent des problèmes identiques dans l'application des art. 151 et 152 Ccs. Là, il s'agit de désigner l'« époux innocent » qui peut seul prétendre à une pension ou indemnité après divorce.

Toutefois, les art. 142, d'une part, et 151-152, d'autre part, visent des objectifs différents. Ils ne tolèrent donc pas une solution unique. A l'art. 142, al. 2, on cherche à toucher le principal responsable de la rupture. Aux art. 151 et 152, on précise dans quelle mesure un conjoint fautif mérite encore une pension. Ainsi, un « époux coupable » au sens des art. 151 et 152 peut fort bien ne pas porter la responsabilité prépondérante de la désunion : « Il se justifie (...) de reconnaître la qualité d'époux innocent au conjoint dont la faute, légère, a joué un rôle secondaire (untergeordnete Rolle) dans la désunion. En pareil cas, le juge doit jouir d'un large pouvoir d'appréciation pour allouer une pension, éventuellement réduite, si les circonstances de la cause font apparaître inéquitable de laisser le conjoint divorcé dans le dénuement, lui faisant payer trop durement des manquements légers qui, en soi, et sans la faute pré-

⁹¹ SJ 1971 152.

pondérante de l'autre conjoint ou l'existence de graves facteurs objectifs de désunion, n'auraient pas conduit au divorce »⁹².

Néanmoins, ces dispositions font appel, principalement ou incidemment, à une notion commune : la responsabilité prépondérante de la désunion que nous allons tenter de définir maintenant.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'art. 142, al. 2 s'applique quand la faute du demandeur l'emporte, dans la détermination des causes de désunion, sur tous les autres facteurs, subjectifs et objectifs⁹³. Cette règle appelle quelques commentaires :

1. Conformément à la lettre de la loi (« désunion surtout *imputable...* » « Ist die tiefe Zerrüttung vorwiegend der *Schuld* des einen zuzuschreiben... »), le Tribunal fédéral ne retient que des éléments fautifs à la charge du demandeur. Il ne lui impute pas les facteurs de trouble qui résident en lui, mais dont il ne saurait répondre⁹⁴. Ainsi, une femme dont la stérilité a pu provoquer un grave conflit conjugal n'est pas privée du droit de divorcer⁹⁵.

Cette interprétation nous paraît juste et conforme à la volonté du législateur. Elle a trouvé, il y a quelques années, une illustration particulièrement frappante dans un arrêt 92 II 137 : un époux psychopate demandait le divorce, car la vie commune lui était devenue impossible, en raison de ses troubles mentaux. Les causes de conflit résidaient presque exclusivement en lui; mais les juges ont considéré que l'opposition du défendeur sain d'esprit ne pourrait être admise que si la mésentente résultait d'une faute du demandeur et non de sa maladie⁹⁶.

Comme en matière pénale, la faute ne peut être mise à la charge d'un conjoint que dans la mesure où celui-ci jouit du discernement⁹⁷. Si sa capacité est restreinte, sa responsabilité est atténuée d'autant.

En élargissant quelque peu le débat, on peut se demander dans quelle mesure un homme répond de son comportement dans un domaine où la morale, les instincts, les impulsions tiennent une si large place⁹⁸. On

⁹² ATF 99 II 129.

⁹³ ATF 92 II 140 = JT 1967 277.

W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, n° 122 ad art. 142.

H. HINDERLING, *Aktuelle Fragen des Scheidungsrechts*, RDS 1949, p. 266 et ss.

⁹⁴ A. GRISEL, *La violation des devoirs conjugaux et les dispositions du Code civil sur le divorce*, JT 1943, I, p. 323.

M.-N. PYTHON, *Le rôle de la faute dans le divorce*, thèse, Lausanne, 1958, p. 47.

SJ 1971 424.

⁹⁵ TF SJ 1967 7; BIZR 1965, n° 76; RSJ 18 (1921/22), n° 54, p. 69 (Cour d'appel de Berne).

⁹⁶ ATF 92 II 137 = JT 1967 274.

⁹⁷ ATF 50 II 428 = JT 1925 227; ATF 51 II 366 = JT 1926 104.

C. HAPFTER, *Psychiatrische Untersuchung zur Frage der Ehescheidung*, RDS 1954, p. 56, 57.

X. LIENERT, *Die Schuld bei der Ehescheidung nach schweizerischem Recht*, thèse, Zurich, 1950, p. 14 et 19.

⁹⁸ Selon le Tribunal supérieur de Zurich (RSJ 47 (1951), n° 11, p. 42, 43), il faut prendre garde d'admettre trop facilement une restriction de la liberté de décision et de la responsabilité de l'individu dans ce domaine.

répète volontiers que les sentiments sont plus forts que la raison; il est vrai que les « coups de foudre » sont souvent irrésistibles et le détachement sans remède. En tout cas, le Code pénal juge avec plus de mansuétude les crimes passionnels⁹⁹, et on doit reconnaître qu'en matière matrimoniale, la responsabilité est certainement une notion plus floue que dans d'autres domaines du droit; chacun défend ses propres conceptions morales. Les époux ne peuvent pas toujours mesurer les conséquences de leur comportement, car celles-ci dépendent, en partie, des dispositions d'esprit de leur conjoint. D'autre part, la loi n'énumère pas les agissements contraires au mariage et le juge apprécie l'attitude de chaque partie d'une façon assez libre. La responsabilité du demandeur se fonde donc finalement sur une éthique qui peut lui être étrangère.

Il ne serait évidemment pas possible de tenir compte des conceptions et des particularités de chaque individu. Les tribunaux jugent donc les comportements des parties selon des normes largement admises. Ils cherchent à déterminer comment le défendeur pouvait ressentir l'attitude de son partenaire. Ainsi, les conjoints ne peuvent pas donner libre cours à leurs instincts¹⁰⁰; ils engagent leur responsabilité dès qu'ils s'écartent de ces règles générales, quelle que soit leur propre personnalité. Le Tribunal fédéral a exposé ces principes en ces termes : « La Cour cantonale a rappelé pertinemment que, selon la jurisprudence, chaque époux a le devoir de se dominer, de s'adapter au caractère de son conjoint et de faire en sorte que leurs divergences ne nuisent pas à la communauté (ATF 87 II 279-280). Or ce devoir incombe principalement au conjoint dont les goûts personnels, les ambitions et les idéaux exigent une vie indépendante difficile à concilier avec les obligations découlant du mariage. Il appartient au premier chef à cet époux d'obtenir l'adhésion de son partenaire à son genre de vie ou, s'il n'y parvient pas, de modérer son besoin d'indépendance, de façon à rester dans les limites compatibles avec les exigences de la vie conjugale »¹⁰¹.

Ainsi, l'époux qui ne fait pas un effort suffisant pour surmonter les difficultés conjugales et adapter son comportement à la norme, commet une faute qui lui est imputée¹⁰². Cette question reste, néanmoins, difficile à apprécier et le juge devra faire preuve de beaucoup de circonspection.

La jurisprudence ne précise pas si la responsabilité de l'art. 142, al. 2 comprend également les fautes commises par négligence.

⁹⁹ P. LOGOZ, *Commentaire du Code pénal suisse*, Partie spéciale, tome I, Neuchâtel, 1955, art. 113.

¹⁰⁰ W. MÜLLER-FREIENFELS, *op. cit.* note 1, p. 58.

¹⁰¹ TF, SJ 1967 20.

¹⁰² ATF 40 II 443 = JT 1915 238; ATF 77 II 208 = JT 1952 299; ATF 78 II 301 = JT 1953 392; ATF 79 II 341; TF, SJ 1967 20; RSJ 48 (1952) n° 67, p. 192 (Tribunal supérieur de Zoug).

En droit pénal, la situation est relativement simple, puisque le Code précise les cas où la négligence est punissable ¹⁰³. Dans le domaine des relations conjugales, en revanche, la rupture peut provenir d'une infinité de facteurs que la loi ne recense pas. Le tribunal doit donc juger de cas en cas. Il est vrai que certains manquements portent la solution en eux-mêmes : on imagine mal, par exemple, une infidélité commise par négligence. Mais toutes les situations ne sont pas aussi évidentes.

La doctrine admet la négligence comme élément fautif, aussi bien dans le cadre du premier que du second alinéa de l'art. 142 ¹⁰⁴. Elle précise, toutefois, que ce facteur doit être apprécié subjectivement, comme en droit pénal, et non objectivement, comme en matière civile.

Nous sommes, pour notre part, plus réservé, au moins lorsque la négligence ne porte pas sur des obligations purement matrimoniales. Dans une telle situation, l'élément de trouble devrait être envisagé, à notre avis, comme un facteur objectif. On peut imaginer, par exemple, qu'un ménage soit ruiné à la suite de blessures subies par un époux dans un accident d'automobile. Il nous paraîtrait injuste d'opposer au demandeur sa responsabilité de conducteur.

2. L'art. 142, al. 2 ne retient à charge que les fautes qui se trouvent dans un rapport de causalité avec la désunion. C'est pourquoi la gravité de chaque faute n'est pas appréciée abstraitement, mais suivant son effet direct sur la rupture du lien conjugal ¹⁰⁵.

Cette interprétation est conforme à la lettre de la loi aussi bien qu'à son esprit. Le Tribunal fédéral a voulu empêcher qu'une faute grave, commise après la rupture du lien matrimonial, fasse obstacle au divorce ¹⁰⁶. Il n'est cependant pas indispensable que les conditions du divorce aient déjà été remplies avant la faute de l'« innocent ». La ruine du ménage est appréciée en fonction du présent. Il suffit que la demande soit fondée au moment où le tribunal l'examine et que le demandeur ne porte pas la responsabilité prépondérante de la désunion ¹⁰⁷.

Même une faute antérieure à la dégradation du mariage peut être abandonnée, si elle n'a pas exercé d'effet causal ¹⁰⁸. Cette preuve est, il est vrai, difficile à apporter, notamment en cas d'adultère. La jurispru-

¹⁰³ P. LOGOZ, *Commentaire du Code pénal suisse*, Partie générale, 2^e éd., Neuchâtel, 1976, n° 3 aa ad art. 18.

¹⁰⁴ A. GRISEL, *op. cit.* note 94, p. 290.

X. LIENERT, *op. cit.* note 97, p. 20 et 22.

H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, p. 27.

¹⁰⁵ W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, n° 123 ad art. 142.

ATF 39 II 184; 68 II 68; 79 II 342; 87 II 4 = SJ 1961 384.

¹⁰⁶ ATF 68 II 66; TF, SJ 1960 475.

¹⁰⁷ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, p. 46.

ATF 87 II 5 = SJ 1961 384 (qui corrige l'interprétation pas tout à fait exacte donnée dans l'ATF SJ 1960 305); TF, SJ 1961 623; 1966 28; 1967 19; SJ 1965 112.

¹⁰⁸ W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, n° 125 ad art. 142.

ATF 87 II 5 = SJ 1961 384; TF, SJ 1961 624; 1966 28; SJ 1965 112; BIZR 1959 n° 134.

dence attache, en effet, à l'infidélité certaines présomptions que des arrêts récents tentent, à juste titre, d'atténuer ¹⁰⁹.

On peut se demander s'il convient de prendre en considération les fautes antérieures au mariage. La pratique admet que de tels agissements puissent constituer une cause de divorce ¹¹⁰. Mais elle ne les oppose pas à leur auteur à titre de faute : « Tout d'abord, les faits antérieurs au mariage ne sont pas pertinents en soi ou en raison de la faute qu'ils révèlent, mais seulement par l'effet qu'ils exercent après le mariage comme cause objective de rupture du lien conjugal (cf. Egger ad art. 142 Cc, I 2, N° 3). L'exemple le plus frappant est l'influence de la révélation, au cours du mariage d'une faute, ou de toute autre circonstance qui l'a précédé; la connaissance du fait ruine la confiance du conjoint informé trop tard de son infortune » ¹¹¹.

Il nous paraît équitable d'apprécier les fautes selon leurs conséquences sur les relations conjugales. Bien que ces conséquences dépendent, pour une part, d'éléments indépendants de l'époux fautif, on imagine mal une méthode différente.

Ce système a pourtant ses faiblesses. Après la rupture du lien conjugal, toute faute demeure sans effet causal. L'époux innocent peut donc commettre à peu près n'importe quel outrage impunément. Il ne perd plus le droit au divorce qu'il a acquis ¹¹².

Le Tribunal fédéral a considéré, par exemple : « Dans ces conditions, les fautes commises par chacun des époux apparaissent également graves. Mais au moment où J. a noué sa liaison avec Demoiselle V., la rupture était déjà consommée; à ce moment, la faute de l'intimée était encore nettement prépondérante, de sorte que le recourant est fondé aujourd'hui à invoquer l'art. 142 Ccs selon la jurisprudence rappelée plus haut (consid. 1) » ¹¹³.

Il peut paraître injuste d'ignorer les fautes postérieures à la rupture du lien conjugal. Elles dénotent parfois un caractère sans scrupules ou un mépris total du conjoint. D'ailleurs, dans son ancienne jurisprudence relative à l'art. 151, le Tribunal fédéral tenait également compte des fautes graves non causales ¹¹⁴.

En réalité, la pratique atténue ces réserves. L'époux qui a tardé à ouvrir action, par exemple, prouvera difficilement que le ménage était déjà ruiné avant sa propre faute. D'autre part, les tribunaux ne jugent pas chaque facteur de trouble isolément. Ils considèrent l'évolution

¹⁰⁹ ATF 40 II 443 = JT 1915 238; ATF 68 II 68; TF, SJ 1956 61; 1961 623; 1966 28; 1967 19; SJ 1971 145.

H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, supplément ad p. 46.

¹¹⁰ ATF 85 II 294 = JT 1960 507 (n° 3).

¹¹¹ ATF 85 II 295. Dans le même sens BIZR 1922 n° 44.

¹¹² TF, SJ 1960 475; BIZR 1951 n° 107.

¹¹³ TF, SJ 1960 311.

¹¹⁴ ATF 93 II 287 = JT 1968 379.

globale du mariage ¹¹⁵. Reflet du caractère, les fautes non causales permettent donc de mieux apprécier certaines situations antérieures à la rupture. Ainsi, une solution équitable est tout de même possible.

Il est évident qu'en relation avec d'autres agissements, certaines fautes perdent de leur gravité ¹¹⁶. C'est le cas, notamment, des réactions impulsives. Même si elles ont précipité la ruine du ménage, le Tribunal fédéral les juge avec mansuétude. Il lui arrive même de les excuser : « Qu'en vivant des années avec un alcoolique et en ayant constamment à se défendre contre ses méchancetés, l'épouse soit devenue nerveuse, irritable et portée à agir par impulsion (...), c'est psychologiquement et humainement compréhensible » ¹¹⁷.

Certaines fautes ne sont que le résultat d'une situation conjugale dégradée : « Selon l'arrêt attaqué, le recourant a voulu mener à sa guise une vie indépendante qui exigeait de constants renoncements de la part de l'intimée. C'est là que réside la cause essentielle des dissensions. Les réactions de l'épouse manifestant son dépit, voire sa jalousie, à l'endroit du mari fréquemment absent du foyer et préoccupé avant tout de ses activités extérieures, apparaissent davantage comme les conséquences que les causes de la désunion naissante » ¹¹⁸.

C'est d'ailleurs aussi en considérant que les manquements de la défenderesse apparaissaient « comme la réaction d'une épouse frustrée à la provocation constituée par l'attitude à la fois indifférente et frivole du mari » que le Tribunal cantonal vaudois, avant le Tribunal fédéral, a élargi la notion d'époux innocent, au sens de l'art. 152 ¹¹⁹.

Il va de soi que seule une réaction proportionnée est excusable. La faute du conjoint ne libère pas son partenaire de ses obligations conjugales. Les règles du droit pénal relatives à la proportionnalité ¹²⁰ s'appliquent en cette matière aussi. Moins la réaction paraît adaptée aux circonstances, plus elle reprend son caractère de gravité.

Dans une affaire jugée par le Tribunal supérieur de Zurich, les juges ont considéré la réaction d'une épouse trompée comme disproportionnée («überbordend»). Celle-ci avait mené contre son mari adultère une véritable campagne qui finit par lui coûter son emploi. En procédure de recours, il est vrai, le Tribunal fédéral atténua quelque peu la responsabilité de la femme ¹²¹.

Dans un autre arrêt, les juges de Mon-Repos ont estimé de même : « L'intimée qui en avait connaissance ne prétend pas elle-même — au

¹¹⁵ H. HENDERLING, *op. cit.* note 30, supplément ad p. 46.

RSJ 42 (1946) n° 49, p. 153 (Tribunal supérieur de Thurgovie).

¹¹⁶ P. H. NEUHAUS, *Ehescheidungsgründe in rechtsvergleichender Sicht*, *RabelsZ* 32 (1968), p. 26.

¹¹⁷ ATF 77 II 204 = JT 1952 299.

¹¹⁸ TF, SJ 1967 20-21.

¹¹⁹ ATF 98 II 12.

¹²⁰ P. LOGOZ, *op. cit.* note 103, n° 4 ad art. 33.

¹²¹ *BIZR* 1959 n° 136.

contraire — que l'union conjugale ait été profondément atteinte par ces liaisons. Elle a sans doute pu en souffrir et il n'est pas exclu que ses défauts de caractère en aient été aggravés. Mais cela ne justifiait pas l'attitude profondément préjudiciable aux bons rapports entre époux qu'elle a eue par la suite et d'une façon constante, sans pouvoir apparemment reconnaître ses torts, ni partant s'amender en rien »¹²².

On estime généralement que l'époux qui, le premier, trouble les relations conjugales porte une lourde responsabilité. Sa faute est grave. Elle risque de provoquer une réaction du conjoint et d'ouvrir la voie à la dégradation du ménage. On peut craindre, en effet, que les époux respectent moins leurs obligations, dès l'instant où l'harmonie commence à disparaître.

En réalité, le Tribunal fédéral ne se préoccupe pas tellement de la chronologie des fautes; il s'en tient à leur caractère causal¹²³. Cela ne l'empêche d'ailleurs pas de donner un poids particulier aux fautes originaires. Leur effet sur le lien conjugal est difficilement contestable et il diminue la causalité des manquements postérieurs. Notre Cour suprême recherche toujours l'origine de la désunion, même si, comme en l'espèce suivante, le premier fautif n'est pas toujours le principal responsable de la ruine du ménage : « Sur les fautes réciproques des parties, il faut relever tout d'abord que c'est le recourant qui, le premier, a failli à ses devoirs en contractant deux liaisons successives à partir de 1934 »¹²⁴.

3. L'art. 142, al. 1 permet le divorce, « lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable ». Conformément au principe de l'échec, il ne requiert la commission d'aucune faute particulière. Des ménages peuvent ainsi être troublés pour des raisons indépendantes de la volonté des parties, comme la maladie, une grande différence d'âge, de goûts, etc.¹²⁵. Parfois même, ces « causes objectives » représentent le motif exclusif de la désunion¹²⁶.

Le Tribunal fédéral a dû préciser le rôle de ces éléments objectifs dans le décompte des responsabilités. On peut, en effet, imaginer des situations où la faute d'un époux, tout en étant plus importante que celle de son conjoint, reste minime en regard des facteurs objectifs.

Dans son ancienne jurisprudence, notre Haute Cour ne semblait opposer que les éléments subjectifs à la charge des deux époux¹²⁷. Puis elle

¹²² TF, SJ 1960 311.

¹²³ ATF 38 II 12 = JT 1913 314; ATF 87 II 4 = SJ 1961 384.

¹²⁴ TF, SJ 1960 310-311.

¹²⁵ W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, n° 50 ad art. 142 et la jurisprudence citée.

¹²⁶ ATF 51 II 366 = JT 1926 104; TF SJ 1967 7.

H. SEEGER, *Die rechtsprechung in Ehescheidungs- und Trennungssachen nach schweizerischem Zivilgesetzbuch*, RDS 1929, p. 144.

H. HINDERLING, *op. cit.* note 24, p. 54.

¹²⁷ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, p. 47 et 48.

— *op. cit.* note 93, p. 266 et ss.

ATF 74 II 3.

devint hésitante, lorsque le Tribunal supérieur de Zurich soutint le raisonnement suivant : « Le rapprochement du premier et du deuxième alinéa montre que ce dernier alinéa n'entend pas mettre en regard de la faute du demandeur celle de la partie adverse, mais tous les autres facteurs de désunion; et c'est seulement quand la faute du demandeur l'emporte dans la détermination des causes sur tous les autres facteurs, subjectifs et objectifs, qu'on doit lui refuser l'action en divorce »¹²⁸. La réserve du Tribunal fédéral annonçait un changement de jurisprudence; il se concrétisa dans l'ATF 92 II 137¹²⁹. Les juges rejetèrent l'opposition d'un défendeur sans reproche; selon eux, la faute du demandeur avait joué, dans la désunion, un rôle nettement moins important que les facteurs objectifs et les éventuels manquements du défendeur. Ils rejoignaient ainsi leur pratique relative à l'art. 148, al. 2¹³⁰.

Nous avons déjà relevé que le Tribunal fédéral exigeait des époux un gros effort d'adaptation pour surmonter leurs difficultés conjugales. Poussée à l'extrême, cette exigence pourrait conduire à la négation des facteurs objectifs. En réalité, notre Cour suprême les admet néanmoins, lorsque les époux ont fait l'effort qu'on pouvait raisonnablement attendre d'eux. Leur bonne volonté doit ne pas avoir suffi à maîtriser ces circonstances défavorables¹³¹.

La limite entre facteurs objectifs et subjectifs n'en reste pas moins difficile à tracer. D'une manière générale, le Tribunal fédéral n'admet pas facilement l'existence de facteurs objectifs¹³². Le Tribunal supérieur de Zurich fait preuve de la même réserve : « Le juge devra, à la vérité, ne pas ranger hâtivement certaines causes de désunion parmi les facteurs objectifs, par exemple, s'agissant des défauts tenant au caractère, décharger les époux de prime abord et d'une manière générale de leur responsabilité subjective »¹³³.

Notre Haute Cour reproche parfois aux instances cantonales de retenir trop aisément des facteurs objectifs. Dans ce même arrêt Schmid, par exemple, elle a considéré, contrairement au Tribunal supérieur de Zurich, que la nervosité excessive du mari constituait un élément fautif : « Le mari porte la responsabilité de la cause originaire de sa nervosité comme de celle de sa femme, qui est l'abus de boisson. La loi repose sur le principe de la liberté des volontés et de la responsabilité de l'homme pour sa conduite qui en découle, tant qu'il n'est pas prouvé qu'en fait il n'est pas responsable. Quant à l'ivrognerie du demandeur, il n'y a aucun indice qu'elle soit d'origine malade et que lutter contre elle dépasse ses forces. En tout cas, elle doit lui être imputée à faute dans une très large mesure. »

¹²⁸ ATF 77 II 200 = JT 1952 297.

¹²⁹ Cf. également H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, supplément ad p. 48 et BIZR 1952 171.

¹³⁰ ATF 74 II 3; 84 II 412; 85 II 67 = JT 1960 508.

¹³¹ ATF 77 II 202 = JT 1952 298; ATF 79 II 341; TF, SJ 1954 225; 1956 564.

¹³² ATF 77 II 202 = JT 1952 298; ATF 79 II 341; TF, SJ 1954 225; 1956 564.

¹³³ ATF 77 II 202 = JT 1952 297, rapportant un considérant de cette instance cantonale.

On peut, bien sûr, manifester une certaine réserve envers les éléments objectifs connus avant le mariage. Les conjoints ont mal apprécié la situation ou surestimé leur pouvoir d'adaptation. Cette erreur constitue-t-elle une faute ? La jurisprudence ne va pas si loin. Elle considère néanmoins que le mauvais choix du partenaire ne représente pas, à priori, un facteur objectif. Il n'excuse en tout cas pas la violation des devoirs conjugaux ¹³⁴.

A notre avis, il convient de s'en tenir au principe de la causalité, dans ce domaine également. Tous les éléments de trouble (fautifs ou non, postérieurs ou antérieurs au mariage) doivent être pris en considération. Pour excepter les facteurs objectifs connus avant les noces, il faudrait consacrer la théorie de l'acceptation du risque. Or, celle-ci nous paraît difficilement applicable en droit de la famille. Le Tribunal fédéral semble, toutefois, d'un avis différent. Il exige des époux un effort particulier pour surmonter les difficultés connues avant la célébration du mariage : « Il faut considérer [que le mari] savait que, comme danseuse dans les bars et dans les dancings, la défenderesse poussait à l'occasion les clients à boire en s'adonnant elle-même fortement à l'alcool. En l'épousant néanmoins et en devenant directeur d'un hôtel avec bar, il assumait donc un certain risque... S'étant marié avec elle, et connaissant son penchant pour les boissons alcooliques et l'ayant placée (pour des motifs honorables d'ailleurs) dans un milieu dangereux pour elle, il est obligé de montrer plus de patience que s'il avait ignoré ce défaut » ¹³⁵.

4. En cas d'adultère, la péremption, le pardon et le consentement excluent l'application de l'art. 137 ¹³⁶. Dans le cadre de l'art. 142, al. 2, en revanche, les fautes anciennes, pardonnées ou tolérées restent imputées à leur auteur ¹³⁷. On considère, à juste titre, qu'elles peuvent tout de même exercer un effet causal sur la désunion. L'écoulement du temps, comme le pardon et le consentement, permet simplement d'admettre que la faute n'a pas eu de conséquences décisives sur la rupture. Et c'est à l'époux qui se prévaut de cette faute qu'échoit la tâche difficile de renverser cette présomption.

5. A la suite d'une interprétation créatrice de l'art. 142, al. 2, les tribunaux n'appliquent cette disposition que lorsque les fautes du demandeur sont nettement prépondérantes ¹³⁸. Ainsi, une répartition (théorique) des responsabilités de 55 % et 45 % ne permet pas de débouter le demandeur. Cette prudence se justifie par la complexité de la nature humaine

¹³⁴ W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, n° 55 ad art. 142 et la jurisprudence citée.

¹³⁵ ATF 77 II 357 = JT 1952 302. Dans le même sens : BIZR 1949 n° 36; 1951 n° 117; 1965 n° 74.

¹³⁶ W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, n° 28 ad art. 137.

¹³⁷ ATF 53 II 440 = JT 1928 498; BIZR 1957 n° 4.

¹³⁸ ATF 79 II 342; TF, JT 1946 196; BIZR 1949 38.

H. HINDERLING, *Die Bedeutung des Verschuldens für das Ehescheidungsrecht der Schweiz*, Mélanges Rheinsteins, Tubingue, 1969, vol. II, p. 996.

et la fragilité des jugements. On peut même se demander s'il ne conviendrait pas de réserver cette disposition aux cas où la responsabilité prépondérante est manifeste. On éviterait ainsi davantage encore les erreurs d'appréciation et on empêcherait que les convictions du juge jouent un rôle décisif. Par ailleurs, le résultat de l'action dépendrait moins des aléas de la procédure probatoire.

En théorie, le Tribunal fédéral détermine de façon satisfaisante le principal responsable de la désunion. Les critiques qu'on peut lui adresser ne portent que sur des points mineurs. Mais l'application de ces théories est malaisée. Elle requiert des tribunaux des moyens d'investigation et d'appréciation qu'ils ne possèdent pas. On rencontre, ainsi, dans la pratique, des cas où l'application correcte de la jurisprudence conduit à des résultats discutables.

On peut se demander finalement si la loi ne s'est pas fixé une tâche trop ardue. Hormis quelques cas évidents, il est difficile de désigner le principal artisan de la rupture. *De lege ferenda*, il conviendrait de limiter le principe de l'échec selon des critères moins ambitieux.

Section V Limites d'application de l'art. 142, al. 2.

Selon l'art. 142, al. 2, tout époux peut empêcher le divorce, si son conjoint porte la responsabilité prépondérante de la désunion. La loi ne prévoit pas d'autres conditions à l'exercice de ce droit. Elle ne se préoccupe pas de l'opportunité du refus du défendeur, ni de la valeur des motifs qui l'inspirent.

Néanmoins, comme toute règle juridique, l'art. 142, al. 2 est soumis à la restriction générale de l'abus de droit (art. 2, al. 2 Ccs). Il en est d'ailleurs lui-même une expression¹³⁹. Il convient donc de préciser maintenant dans quels cas une opposition est abusive.

Nous envisagerons trois hypothèses : 1. Abus quant aux motifs invoqués ; 2. Quant à l'opportunité de l'opposition, et 3. En raison de l'attitude générale du défendeur.

1. Abus de droit quant aux motifs invoqués

L'époux qui s'oppose au divorce n'est pas tenu de justifier son attitude, ni d'indiquer les motifs qui l'animent. Le Tribunal fédéral a, en effet, soutenu ce point de vue dans un arrêt Henny¹⁴⁰ : « Or guidée par des motifs que l'autorité judiciaire n'a pas à apprécier, la défenderesse a déclaré s'opposer tant à la séparation de corps qu'au divorce. Le juge,

¹³⁹ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, p. 48.

¹⁴⁰ ATF 54 II 3.

dans cette situation, ne doit pas faire prévaloir des conceptions personnelles (...). Il est tenu d'appliquer le texte, clair et net, qui le lie, et ne peut que faire droit aux conclusions de l'époux innocent. »

L'expérience enseigne, pourtant, que des raisons très diverses peuvent se trouver à l'origine de l'opposition du défendeur. Or, toutes ne sont pas dignes de protection (raisons éthiques, religieuses, sentimentales, matérielles, vindicatives, etc.).

De lege ferenda, il conviendrait de n'accepter qu'une opposition motivée par la possibilité de reprendre une vie commune plus ou moins harmonieuse. Mais, *de lege lata*, il faut bien admettre une application plus large de l'art. 142, al. 2. Cette disposition sert actuellement à combler certaines lacunes de notre législation. Elle représente, par exemple, la seule possibilité offerte au conjoint démuné de sauvegarder ses intérêts économiques. Nous ne pensons toutefois pas que cette situation justifie de renoncer à tout examen des motifs d'opposition.

Il serait contradictoire que l'art. 142, al. 2, inspiré par des considérations morales, protège des motifs immoraux. Il est certes difficile de connaître les pensées profondes du défendeur et l'institution d'une règle précise ne peut être envisagée; la matière est trop délicate pour se prêter à une schématisation. Une réserve générale n'est pas sans inconvénients non plus. Elle laisse beaucoup de liberté au juge, dans un domaine où les convictions personnelles jouent un grand rôle, et elle entraîne inévitablement des inégalités de traitement.

Néanmoins, cet obstacle ne nous paraît pas insurmontable. L'appréciation de la rupture du lien conjugal ou des responsabilités des parties est tout aussi subtile. Nous souhaiterions donc que le défendeur doive justifier son attitude. Une telle mesure permettrait de réserver l'application de l'art. 142, al. 2 aux cas dignes de protection. Elle renforcerait aussi le caractère exceptionnel de cette disposition. Pourtant, le Tribunal fédéral a toujours refusé, jusqu'ici, d'examiner les raisons du défendeur sous l'angle de l'abus de droit¹⁴¹.

2. *Opportunité de l'opposition du défendeur*

La passion ou l'entêtement empêchent souvent le défendeur d'avoir une vue objective de sa situation matrimoniale. Son opposition peut être parfois déraisonnable ou contraire à ses intérêts. Il arrive même qu'elle soit moralement injustifiée. Lorsque le défendeur n'agit que par entêtement ou rancune, l'intérêt du demandeur à obtenir le divorce (par exemple, pour légaliser une nouvelle union) nous paraît devoir l'emporter.

¹⁴¹ J. STREBEL, *Epoux divorcés*, trad. de la 3^e éd. allemande par A. Dutoit, Neuchâtel, 1945, p. 49.

W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, n° 143 ad art. 142.

Cf. toutefois : RSJ 53 (1957), n° 115, p. 258 (Tribunal cantonal des Grisons).

Dans un tel cas, le tribunal peut-il prendre la liberté de rejeter l'opposition du défendeur, en application de l'art. 2, al. 2 ? Avant réforme, le droit allemand prévoyait une possibilité semblable au paragraphe 48 II EheG : «Der Widerspruch ist nicht zu beachten, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt ist »¹⁴².

Cette disposition frappe d'emblée par sa souplesse. Le juge pouvait faire prévaloir ses convictions personnelles. Pratiquement, il était en mesure de rejeter toute opposition qui ne débouchait pas sur une reprise de la vie commune.

On peut douter que l'art. 142, al. 2 Ccs accorde aux tribunaux suisses un pouvoir de décision aussi large.

Il n'en reste pas moins que le maintien purement formel de certaines unions va parfois à l'encontre du bon sens et de l'intérêt social. Le juge devrait donc pouvoir apprécier l'opportunité de l'attitude du défendeur¹⁴³. Dans certaines situations extrêmes, il devrait même oser encourager un époux à accepter la dissolution du lien conjugal, comme le préconise le professeur Hinderling¹⁴⁴. Mais, jusqu'ici, la jurisprudence s'est montrée très réservée sur ce point¹⁴⁵.

En Allemagne également, la Cour fédérale a manifesté une grande réticence à user des pouvoirs que lui conférait le paragraphe 48 II EheG. Les juges n'appliquaient cette disposition que lorsque l'opposant refusait de reprendre la vie commune. La portée de la règle était donc fortement diminuée. La jurisprudence ne correspondait plus à la lettre de la loi, que certains esprits jugeaient trop libérale. Pour éliminer cette divergence, on adapta, en 1962, le texte du paragraphe 48 II EheG à la pratique¹⁴⁶ Il reçut la teneur suivante : «Hat der Ehegatte, der die Scheidung begehrt, die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet, so darf die Ehe gegen den Widerspruch des anderen Ehegatten nicht geschieden werden, es sei denn, dass dem widersprechenden Ehegatten

¹⁴² G. BEITZKE, *Familienrecht*, 18^e éd., Munich, 1976, p. 124.

E. WOLF, *Zwang zur Ehe*, JZ 1967, p. 659.

H. HINDERLING, *op. cit.* note 24, p. 67.

— *op. cit.* note 80 (RSJ), p. 330.

¹⁴³ H. HINDERLING, *op. cit.* note 80 (Mélanges Simonius), p. 124.

BIZR 1952 n^o 171.

¹⁴⁴ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, p. 58 et 59.

¹⁴⁵ Cf. toutefois : RSJ 48 (1952) n^o 19, p. 60, en part. c. 38 (Tribunal supérieur de Zurich).

¹⁴⁶ F. W. BOSCH, *Der Änderungsvorschlag zu § 48 Abs. II des Ehegesetzes*, FamRZ 1961, p. 233.

— *Ehescheidung gemäss § 48 EheG und missbräuchliche Rechtsausübung*, FamRZ 1962, p. 182 et ss.

E. SCHWARZHaupt, *Zu § 48 II EheG. Scheidung gegen den Willen des schuldlosen Ehegatten ?*, FamRZ 1961, p. 466.

K. G. DEUBNER, *Richteramt im Scheidungsrecht*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1969, p. 220 et ss.

W. MÜLLER-FREIENFELS, *op. cit.* note 1, p. 158 et ss.

die Bindung an die Ehe und eine zumutbare Bereitschaft fehlt, die Ehe fortzusetzen. »

Dans cette nouvelle version, l'opposition du défendeur n'est plus abusive que s'il rejette toute offre raisonnable de reprendre la vie commune. C'est précisément la seule hypothèse où, en droit suisse également, l'art. 2, al. 2 limite la portée de l'art. 142, al. 2.

3. *Attitude abusive du défendeur*

Dans l'esprit de notre Code, le mariage représente une communauté spirituelle et matérielle fondée pour la vie. Cette conception s'applique aussi à l'art. 142, al. 2. L'opposition au divorce doit donc résulter d'un désir de maintenir le lien conjugal dans tous ses aspects. Le défendeur ne peut pas souhaiter la continuation formelle du mariage et refuser sa réalité matérielle sans commettre un abus de droit¹⁴⁷.

C'est, cependant, le demandeur qui, souvent, empêche la reprise de la vie commune; il n'offre pas à son partenaire des conditions acceptables ou refuse simplement de regagner le domicile conjugal. Dans ce cas, le tribunal admet l'opposition du défendeur, sans se préoccuper de son attitude. Ainsi, toute action ne se termine pas par un divorce ou une reprise de la vie commune. La loi tolère des mariages de façade.

Il nous paraît juste d'exiger que l'opposition de l'époux innocent ou moins coupable résulte d'un attachement à la personne du conjoint, plutôt qu'à l'idée du mariage. Il faut toutefois que le demandeur s'amende et donne des garanties quant à l'avenir qu'il réserve à son conjoint¹⁴⁸. Premier geste d'apaisement, il doit être disposé à renoncer à la procédure en cours¹⁴⁹.

Il est évident que, dans ces circonstances, les parties se livrent souvent à des spéculations. Elles cachent leur jeu, tout en cherchant à découvrir les intentions de leur conjoint. Aussi n'est-il pas rare qu'un demandeur propose une reprise de la vie commune qu'en réalité il ne souhaite pas. Le juge doit donc prendre garde de se laisser abuser.

Selon l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral, un époux ne s'opposait abusivement au divorce que s'il refusait simultanément une offre concrète de reprendre la vie commune¹⁵⁰. La proposition du demandeur

¹⁴⁷ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, supplément ad p. 55.

— *op. cit.* note 93, p. 269.

BIZR 1944, n° 124.

¹⁴⁸ ATF II 76; RSJ 53 (1957) n° 115, p. 258 (Tribunal cantonal des Grisons); BIZR 1944 n° 124; 1959 n° 137.

¹⁴⁹ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, p. 55 et 56.

¹⁵⁰ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, p. 56.

W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, n° 145 ad art. 142.

ATF 92 II 75; BIZR 1944 n° 124; 1959 n° 137.

Dans le même sens, mais dans le cadre de l'art. 148, al. 2 : ATF 52 II 185.

n'était jugée sérieuse que si celui-ci avait abandonné son comportement fautif ou était prêt à le faire.

La doctrine s'est élevée, à juste titre, contre une application aussi restrictive du principe de l'abus de droit¹⁵¹. Actuellement, une opposition peut être abusive même en l'absence de proposition de reprise de la part du demandeur. Il suffit que le défendeur rejette d'emblée toute restauration de la vie commune, sans égard à un éventuel amendement de son conjoint¹⁵². Le fardeau de la preuve pèse sur le demandeur.

Une décision cantonale récente admet même qu'un refus puisse déjà se déduire de l'attitude du défendeur. Ainsi, la manifestation de sentiments de haine et de mépris, par exemple, revient à rejeter d'avance toute reprise du ménage¹⁵³.

On constate que, pour échapper, l'une à l'obstacle de l'art. 142, al. 2, l'autre à celui de l'art. 2, al. 2, les deux parties doivent être disposées à reprendre la vie conjugale. Cette exigence nous paraît contradictoire. En effet, le tribunal n'envisage l'application de l'al. 2 de l'art. 142 que lorsque, conformément à l'al. 1, « la vie commune est devenue insupportable »; si, avec de la bonne volonté, le demandeur peut encore éliminer le trouble et sauver le ménage, le divorce doit être refusé¹⁵⁴. Comment peut-on alors exiger des époux cette reprise que l'on a, par ailleurs et officiellement, considérée comme impossible? La contradiction qui sépare les deux alinéas de l'art. 142 ne manque pas de frapper. Pour fonder son action, le demandeur doit alléguer l'impossibilité de continuer la vie commune; mais pour avoir une chance de lever l'obstacle de l'art. 142, al. 2, il doit simultanément se déclarer prêt à poursuivre le mariage, si le défendeur n'a pas rejeté d'emblée cette perspective. On ne peut pourtant exiger d'un plaideur qu'il soutienne deux thèses opposées. D'autre part, il paraît bizarre qu'en fin de compte, il faille se prétendre disposé à continuer la vie commune pour pouvoir y mettre fin! Il conviendrait donc que l'opposition du défendeur soit appréciée selon les motifs qu'il invoque, indépendamment de l'attitude de son conjoint.

Nous devons relever une autre anomalie. Le recours au contrôle de l'abus de droit répond à des préoccupations morales. On estime contraire à l'éthique de notre Code de dissocier les aspects formel et matériel du mariage. Mais ce principe ne vaut plus lorsque le demandeur refuse la vie commune. Son attitude ne modifie pourtant pas l'éthique matrimoniale! Les mariages de façade ne deviennent pas subitement moraux!

¹⁵¹ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, p. 56.

— *op. cit.* note 138, p. 999.

— *Zur Auslegung von Art. 148 Abs. 2 (und Art. 142 Abs. 2) ZGB*, RSJ 63 (1967), p. 33. Sur le principe, également W. MÜLLER-FREIENFELS, *op. cit.* note 1, p. 163.

¹⁵² H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, supplément ad p. 56.

¹⁵³ SJ 1971 137.

¹⁵⁴ W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, n° 12 ad art. 142.

La jurisprudence nous donne l'impression d'opérer une sorte de compensation des fautes. Le défendeur peut violer impunément un principe fondamental de notre Code, parce que le demandeur a, lui, le tort de ne pas proposer une reprise de la vie commune. Cette situation n'est pas satisfaisante. Nous persistons à penser que l'attitude du défendeur peut être abusive indépendamment de celle de son conjoint.

Selon une ancienne jurisprudence cantonale, l'époux qui s'opposait au divorce, tout en rejetant la réalité matérielle du mariage, devenait automatiquement plus coupable que son conjoint¹⁵⁵. Une telle interprétation nous paraît erronée et c'est à juste titre qu'elle a été abandonnée. En effet, l'attitude du défendeur est postérieure à la rupture du lien conjugal. Elle est donc sans lien de causalité avec la désunion et n'entre pas en compte dans le partage des responsabilités.

Il est préférable de sanctionner l'attitude du défendeur par le biais de l'abus de droit ou d'une interprétation correspondante de l'art. 142, al. 2¹⁵⁶.

Certains époux invoquent des raisons particulières pour n'accepter le mariage que sous son aspect formel. Le Tribunal fédéral admet exceptionnellement qu'une telle attitude puisse ne pas être abusive. C'est le cas, par exemple, lorsque la vie commune menace la santé du défendeur¹⁵⁷. Notre Haute Cour reconnaît également qu'un époux puisse s'opposer au divorce uniquement pour éviter une situation économique précaire¹⁵⁸. Cette exception nous semble regrettable. Elle contredit certains principes de notre droit matrimonial, en instituant des mariages purement alimentaires. Même dans ce cas, il ne nous paraît pas admissible de scinder les différents aspects de l'union conjugale.

Il arrive également que certains époux se défendent de commettre un abus de droit en invoquant des raisons religieuses. La vie conjugale leur est insupportable, mais leur conscience leur interdit le divorce. Si l'on acceptait l'argument, on ouvrirait la voie aux abus! A l'image d'autres pays, la jurisprudence suisse considère donc, à juste titre, que l'époux qui accepte la rupture de fait doit également admettre la rupture de droit¹⁵⁹.

¹⁵⁵ RSJ 9 (1912/13) n° 90, p. 376 (Tribunal supérieur de Zurich); 31 (1934/35) n° 116, p. 136 (Tribunal supérieur de Thurgovie); BIZR 1944 n° 124.

¹⁵⁶ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, p. 56, note 38.

¹⁵⁷ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, p. 59.

RSJ 53 (1957) n° 115, p. 258 (Tribunal cantonal des Grisons).

¹⁵⁸ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, p. 59 et 60, ainsi que la jurisprudence analysée dans le supplément ad p. 60.

— *op. cit.* note 138, p. 1002.

— *op. cit.* note 151, p. 35 et 36.

¹⁵⁹ H. HINDERLING, *op. cit.* note 24, p. 58 et 59.

— *op. cit.* note 138, p. 1001 et 1002.

W. MÜLLER-FREIENFELS, *op. cit.* note 1, p. 164.

EHERECHTSKOMMISSION BEIM BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ, *Vorschläge zur Reform des Ehescheidungsrechts und des Unterhaltsrechts nach der Ehescheidung*, Bielefeld, 1970, p. 50.

Putting Asunder, *op. cit.* note 24, p. 49 et 50.

THE LAW COMMISSION, *op. cit.* note 38, p. 21 et 22.

Il est évident que l'époux innocent qui désire lui-même se porter demandeur reconventionnel peut s'opposer à l'action de son conjoint sans commettre un abus de droit. Il en va de même si son action ne tend qu'à la séparation de corps, car c'est également une façon de sanctionner la ruine du ménage ¹⁶⁰.

Les conditions auxquelles le Tribunal fédéral admet la contre-objection de l'abus de droit sont finalement assez restrictives. Même lorsque les époux sont séparés de longue date, les juges ne se montrent pas plus larges. Nous avons déjà fait allusion à cet arrêt de 1968 qui déclare bien fondée l'opposition d'une défenderesse séparée de son mari depuis quarante-trois ans ¹⁶¹. Il est regrettable que l'écoulement du temps reste sans influence sur la dissolution du mariage ¹⁶². Sur ce plan-là, la jurisprudence relative à l'art. 142, al. 2 devrait être adaptée à celle de l'art. 148, al. 2.

Selon cette dernière disposition, l'opposition du défendeur devient inopérante, lorsque le temps de séparation fixé par le juge est écoulé. Elle n'est prise en considération que si le demandeur est exclusivement responsable de la désunion et qu'il rejette une éventuelle reprise de la vie commune ¹⁶³.

Le divorce, comme le mariage, touche l'individu au plus profond de lui-même et appelle de sa part des décisions éminemment personnelles. C'est donc une matière qu'il faut aborder avec réserve et apprécier avec nuance. Il n'est pas possible de schématiser et de fixer des règles trop précises. Néanmoins, il nous paraît que la jurisprudence est trop hésitante à qualifier certaines oppositions d'abusives. Sa réserve contribue à limiter le principe de l'échec posé à l'al. 1 de l'art. 142, alors qu'on sait bien qu'au stade de l'instance, il n'est pratiquement plus possible d'envisager une réconciliation des époux. Finalement, l'art. 142, al. 2 sert avant tout les intérêts économiques et l'esprit de représailles du défendeur.

De lege ferenda, il conviendrait donc d'« épurer » cette disposition et de trouver d'autres voies pour remplir les tâches « annexes » dont la pratique l'a chargée.

¹⁶⁰ W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, n° 150 ad art. 142.

TF, SJ 1962 255.

¹⁶¹ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, supplément ad p. 60.

¹⁶² Le Tribunal fédéral a toutefois reconnu que, *de lege ferenda*, un assouplissement était souhaitable sur ce point : TF, SJ 1973 304.

¹⁶³ H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, p. 108 à 110.

CHAPITRE IV

PROPOSITIONS DE RÉFORME

Section I Introduction

Nous avons tenté de mettre en lumière les principaux problèmes d'interprétation et d'application soulevés par l'art. 142, al. 2. À l'heure de la mise à jour du droit suisse de la famille, il nous paraît opportun de présenter aussi quelques propositions de réforme.

Cette tâche n'est cependant pas aisée; les divers aspects de l'art. 142, al. 2 sont liés, et l'amélioration de l'un d'entre eux se fait presque toujours au détriment d'un autre. Par ailleurs, il est difficile de se prononcer sur la réforme d'un seul alinéa, alors que l'ensemble de la matière sera revu.

Nous ne savons précisément pas quel sera le nouveau visage du droit suisse du divorce. À l'étranger, le principe de l'échec est à la base de toutes les réformes récentes. Il ne saurait donc en aller autrement dans notre pays où, actuellement déjà, il prédomine (art. 142, al. 1) ¹⁶⁴.

Le nouveau droit supprimera peut-être les causes déterminées des art. 137 à 141 pour se contenter d'une formule générale. Il donnera probablement au consentement mutuel des époux la place qu'il a prise dans la pratique. Il est aussi possible qu'une séparation de fait d'une certaine durée suffise à justifier le divorce. Mais, en tout état de cause, le législateur devra toujours déterminer s'il faut limiter l'application du principe de l'échec et, si oui, dans quelle mesure. L'art. 142, al. 2 conservera donc, de toute manière, son actualité.

Le principe de l'échec permet de dissoudre tout lien conjugal rompu. On ne se préoccupe ni des causes, ni des conséquences de la désunion. De même, les fautes respectives des époux ne jouent aucun rôle. Le défendeur ne peut dès lors s'opposer à l'action de son conjoint, si l'échec du mariage est établi. Certains juristes ne craignent pas de qualifier une telle solution d'inhumaine ¹⁶⁵. C'est pourtant le système pratiqué en

¹⁶⁴ W. BÜHLER, *op. cit.* note 13, n° 7 ad art. 142.

H. HINDERLING, *op. cit.* note 30, p. 21 et 22, ainsi que le supplément ad p. 20.

— *Gedanken zur Revision des Ehescheidungsrechts*, Bulletin de la Fédération Suisse des Avocats, n° 41 (sept. 1973), p. 9.

— *Fragen aus dem Scheidungsrecht*, RSJ 71 (1975), p. 254.

¹⁶⁵ P. MIKAT, *Scheidungsrechtsreform in einer pluralistischen Gesellschaft*, FamRZ 1970, p. 340.

Finlande depuis 1948 et au Danemark depuis 1969, sans grandes répercussions sur la fréquence des divorces ¹⁶⁶.

On sait que le droit suisse, quant à lui, limite la portée du principe de l'échec. Il permet à l'époux qui ne porte pas la responsabilité prépondérante de la désunion de s'opposer à l'action de son conjoint. La culpabilité du demandeur conditionne donc l'exercice de ce droit et le maintien pur et simple du mariage sanctionne l'opposition du défendeur. On pourrait, bien sûr, envisager d'autres critères d'opposition et d'autres sanctions que ceux-là.

Dans l'optique d'une réforme, il convient tout d'abord d'examiner si une limitation du principe de l'échec est souhaitable.

L'application sans réserve de cette doctrine permet une sorte de répudiation. Un époux peut obtenir le divorce après avoir provoqué lui-même la désunion. Certains auteurs considèrent dès lors qu'un tel système est incompatible avec nos principes de justice et d'équité. Ils craignent également qu'un trop grand libéralisme entraîne une vague de divorces et provoque, à longue échéance, une certaine désorganisation sociale ¹⁶⁷. Pour eux, la loi ne doit pas perdre de vue sa mission éducative. Elle ne peut suivre passivement l'évolution des mœurs, sans chercher à réagir contre certaines tendances malsaines ou dangereuses ¹⁶⁸. La norme doit certes « être dégagée en fonction des faits sociaux qu'elle est appelée à régir » ¹⁶⁹; mais il n'est pas permis, selon ces auteurs, d'envisager les échecs conjugaux comme une fatalité. Par des règles strictes, au contraire, le droit doit tenter de sauvegarder la valeur morale du mariage et donner aux époux le sens de leurs responsabilités ¹⁷⁰.

Nous avons déjà évoqué les limites de la force coercitive du droit dans le domaine de la morale. L'effet d'un durcissement des dispositions légales serait donc illusoire. Il est notoire, par exemple, que l'interdiction du divorce dans certains pays n'a pas diminué le nombre des conflits conjugaux et des séparations de fait.

Le mariage est une institution fondamentale à laquelle nous sommes attaché. Mais il ne convient pas d'empêcher sa dissolution dans tous les cas, en particulier lorsque les époux ne ressentent plus les éléments qui

¹⁶⁶ W. MÜLLER-FREIENFELS, *op. cit.* note 1, p. 145 et ss.

EHRECHTSKOMMISSION, *op. cit.* note 159, p. 56.

¹⁶⁷ P. MIKAT, *op. cit.* note 165, p. 336.

G. BEITZKE, *Zur deutschen Scheidungsrechtsreform*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 13 (1972), p. 5 et ss.

J. LIBMANN, *Le divorce*, Tournai, 1971, p. 13.

¹⁶⁸ W. MÜLLER-FREIENFELS, *op. cit.* note 1, p. 58 et ss.

¹⁶⁹ G. SAUSER-HALL, *L'utilisation industrielle des fleuves internationaux*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1953; cité par J.-M. GROSSEN, *L'égalité du mari et de la femme au regard du droit de la famille*, Neuchâtel, 1957, p. 19.

¹⁷⁰ P. H. NEUHAUS, *Ehescheidungs-Reform?*, FamRZ 1970, p. 349.

P. MIKAT, *Zum Regierungsentwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts*, FamRZ 1972, p. 2 et ss.

en font la substance. Le paradoxe relevé par le professeur Lüderitz correspond à une vérité : «Je höher man Ehe einschätzt, um so eher muss man sie scheiden»¹⁷¹. La protection de mariages de second ordre contribue davantage à ébranler les convictions morales de la population qu'à les raffermir.

Il est cependant juste aussi d'admettre qu'en l'état actuel du droit et des mœurs, l'application sans restriction du principe de l'échec peut être parfois inéquitable. Nous pensons, par exemple, à l'épouse fidèle qui, après trente ou quarante ans de mariage, se verrait abandonnée dans une situation économique précaire. Il se justifie donc de chercher à atténuer les rigueurs du principe de l'échec.

Nous avons déjà fait part de nos objections à toute réserve inspirée du principe de la faute. Nous avons constaté que cette doctrine présentait de graves inconvénients, sur les plans éthique et pratique, et qu'elle impliquait une sanction inadéquate et trop rigoureuse du comportement du demandeur.

Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que les difficultés du défendeur proviennent de la désunion, de la rupture de fait, et non du divorce proprement dit. On sait bien que la décision du tribunal ne provoque pas la ruine du ménage; elle ne fait que la constater. C'est donc à la nature humaine qu'il faudrait s'en prendre, plutôt qu'au divorce.

Mais le droit doit aussi mesurer ses limites et adapter ses ambitions à ses possibilités : il est incapable d'agir de façon décisive sur les sentiments. Il ne peut donc empêcher la rupture du lien conjugal. En revanche, il est en mesure d'en atténuer les conséquences par une loi bien conçue, et c'est dans ce sens qu'il doit, à notre avis, intervenir.

Le principe moral qui est à la base de l'art. 142, al. 2 a, de nos jours, perdu sa justification. Cette disposition est, en effet, presque toujours invoquée pour des préoccupations économiques et non éthiques. D'ailleurs, entre 80 et 95 % des divorces se règlent amiablement¹⁷². Cela démontre bien que la grande majorité des époux consent à ignorer le problème de la faute, lorsqu'un accord intervient sur les conséquences matérielles de la désunion.

La loi n'a pas à protéger une valeur abstraite. Elle doit simplement constater que, parfois, un mariage est privé de ses éléments essentiels et qu'il n'est plus digne de reconnaissance juridique. Mais, parallèlement, elle doit veiller à ce que cette situation de fait n'ait pas de conséquences intolérables pour l'une ou l'autre des parties. Et c'est seulement dans la

¹⁷¹ A. LÜDERITZ, *op. cit.* note 35, p. 72.

¹⁷² U. MAGNUS, *jüngste Entwicklung im Scheidungsrecht Englands, der Schweiz und der DDR — noch bedeutsam für die deutsche Reform?*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1975, p. 56 et 57.
M. HIRSCH, *Probleme einer Reform des Scheidungsrechts*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1969, p. 246.

G. BEITZKE, *op. cit.* note 167, p. 7, ainsi que les auteurs cités à la note 90.

mesure où les intérêts personnels du défendeur seraient menacés par le divorce, que nous pourrions concevoir une réserve au principe de l'échec. Cette réserve serait d'ailleurs davantage un correctif qu'une dérogation.

Le législateur devrait donc, à nos yeux, déterminer les rigueurs qui commandent de tempérer l'application du principe de l'échec et prévoir, pour chacune d'elles, la solution adéquate. L'art. 142, al. 2 est trop schématique. La sanction unique qu'il prévoit ne peut résoudre la diversité des problèmes qui se présentent.

Lorsque le divorce « officialise » une rupture de fait, la loi doit permettre d'éviter, dans la mesure du possible, une pénalisation économique et sociale des époux ou de l'un d'eux. L'expérience enseigne, en effet, que le divorce peut porter une atteinte particulièrement grave aux intérêts personnels des conjoints,

- a) sur le plan économique,
- b) sur le plan moral, personnel.

Il convient donc d'examiner, dans chacun de ces deux domaines, si une pesée des intérêts en présence justifierait une réserve au principe de l'échec ou si, au moins, un aménagement permettrait d'en atténuer les rigueurs.

Section II Réserves sur le plan économique

Le plus souvent, le divorce détériore la situation économique des parties, puisque certaines dépenses, comme le loyer, l'électricité, etc., ne sont plus partagées.

La plupart des individus, de nos jours, recherchent l'indépendance matérielle. Plus que par le passé, les femmes acquièrent une formation et exercent une activité professionnelle. Elles peuvent accéder à des fonctions réservées jusqu'ici aux hommes. Les traitements servis aux employés des deux sexes tendent vers l'égalité, même si certains progrès restent à faire dans ce domaine. On peut donc exiger des époux, surtout s'ils sont jeunes, qu'ils reprennent leur indépendance économique après le divorce¹⁷³. Le cas échéant, on pourrait prévoir une aide transitoire pour permettre au conjoint le plus démuné de s'adapter à sa nouvelle situation.

Une telle solution n'est cependant pas toujours possible, en particulier pour la femme. Celle-ci a souvent abandonné sa profession à sa première maternité et les circonstances l'empêchent parfois de la reprendre.

¹⁷³ EHERECHTSKOMMISSION, *op. cit.* note 159, p. 91 et ss.

DISKUSSIONSENTWURF DES BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ, *Reform des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen*, Bonn, 1970, p. 78 et ss.

M. HIRSCH, *op. cit.* note 172, p. 249.

Elle est donc principalement touchée par ces préoccupations économiques¹⁷⁴.

La plupart des femmes sacrifient leur avenir professionnel pour leur famille, en comptant sur la réussite de leur ménage. Même si elles ne sont pas rémunérées, leurs tâches n'en demeurent pas moins lourdes et essentielles. Il serait donc injuste que l'épouse divorcée doive affronter la misère, en même temps que la solitude, les responsabilités parentales et la vieillesse. Elle doit pouvoir prétendre, après le divorce, à une situation matérielle décente. Elle devra, bien sûr, tenter d'y parvenir par ses propres moyens, comme nous l'avons relevé. Mais si elle n'y parvient pas, sans mauvaise volonté de sa part, le mari devra contribuer à son entretien par le versement d'une pension.

Si l'on veut éviter un examen matériel des torts respectifs des époux et bannir le principe de la faute, il convient de fonder cette pension sur les besoins des parties et non sur leurs mérites¹⁷⁵. L'esprit communautaire du mariage nous semble d'ailleurs justifier une telle solution. Le divorce reste un échec commun et il n'est pas juste que l'un des époux soit seul à en supporter les conséquences.

Le système des pensions n'est toutefois satisfaisant que lorsque le débiteur est, à la fois, capable de les payer et régulier dans ses versements. Sinon, le créancier se heurte à trois problèmes :

a) Obtenir du juge l'attribution d'une pension suffisamment élevée pour vivre décemment. Ce problème est particulièrement délicat dans les milieux modestes où les salaires des deux parties, additionnés et éventuellement redistribués, ne suffisent pas à entretenir deux ménages.

b) Encaisser régulièrement les pensions dues. Ne pas devoir se battre à chaque échéance pour les obtenir.

c) La pension ne compense, en principe, pas la perte d'avantages successoraux, de rentes professionnelles, la jouissance de la fortune du conjoint, etc.

Ces problèmes patrimoniaux déterminent l'attitude de beaucoup d'épouses. On peut relever, à ce propos, que la révision du droit des régimes matrimoniaux, actuellement en cours, améliorera sensiblement la situation de la femme¹⁷⁶. Il faudrait que d'autres domaines du droit

¹⁷⁴ *Putting Asunder*, *op. cit.* note 24, p. 47.

¹⁷⁵ H. HINDERLING, *Das Ehescheidungsrecht im Umbruch*, RSJ 67 (1971), p. 291 et 292.

EHRECHTSKOMMISSION, *op. cit.* note 159, p. 91 et 92.

DISKUSSIONSENTWURF, *op. cit.* note 173, p. 80.

M. HIRSCH, *op. cit.* note 172, p. 249.

Cf., à ce sujet, l'exemple suédois, *infra*, p. 75.

En Suisse, rappelons que la jurisprudence a diminué le rôle de la faute dans l'attribution des pensions et indemnités par une nouvelle définition de l'« innocence » : ATF 98 II 12 et 99 II 353.

¹⁷⁶ Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi fédérale modifiant le Code civil suisse (effets généraux du mariage et régime matrimonial), Berne, 1976.

suivent la même évolution, par exemple, le régime des caisses de retraite, pour que le divorce devienne plus équitable pour les femmes.

Sur un autre plan, il conviendrait aussi que le système de perception des pensions soit amélioré, par exemple, par un prélèvement à la source. Bien souvent, les contributions du mari ne constituent qu'un revenu aléatoire pour la femme divorcée. A juste titre, le législateur français s'est préoccupé de ce problème¹⁷⁷. C'est un exemple à suivre.

Ces réformes nous semblent aller de pair avec la révision du droit du divorce. Les Allemands l'ont compris et leur nouvelle législation aura des incidences dans de nombreux domaines (régimes matrimoniaux, pensions, successions, assurances sociales, etc.)¹⁷⁸. C'est en adoucissant ses conséquences qu'on permettra au divorce d'être reconnu dans son véritable rôle de constat. Nous admettrons donc que, chez nous également, des réformes plus larges seront entreprises dans un proche avenir. Et c'est avec cette conviction que nous jugerons des éventuelles limites à apporter au principe de l'échec.

Le système de pensions le plus évolué reste, cependant, sans effet, lorsque les ressources des parties ne suffisent pas à entretenir deux ménages distincts : la femme, par exemple, ne peut exercer d'activité lucrative et le salaire du mari ne permet pas de lui verser une contribution suffisante.

Nous concevons bien qu'il ne sera jamais possible à chaque couple divorcé de conserver son niveau de vie antérieur. Mais l'application du principe de l'échec à des ménages économiquement faibles peut placer l'une des parties dans une situation matérielle sans issue. La loi ne peut donc accepter de dissoudre de telles unions sans autre précaution. Actuellement, elle permet au défendeur innocent de s'opposer au divorce. Elle contraint ainsi des époux hostiles à poursuivre la vie commune pour réduire leurs dépenses.

Des législations plus récentes que la nôtre (Angleterre, Pays-Bas, France, Allemagne, etc.) résolvent également ces problèmes économiques par un refus, éventuellement temporaire, du divorce. Nous ne pouvons nous rallier à une telle solution pour plusieurs raisons :

1. Malgré l'évolution des mœurs, la population suisse nous semble garder une conception assez élevée du mariage. Certes, les aspects matériels n'en sont pas totalement absents ; la loi invite même les époux à contribuer à la prospérité du ménage et à s'accorder assistance réciproque. Mais ce sont surtout des éléments moraux qui en font la substance. Si ceux-ci font défaut, il n'y a pas de véritable mariage. C'est dans cet esprit, par exemple, que le législateur a proscrit le mariage de nationa-

¹⁷⁷ Loi n° 75-618 du 11 juillet 1975 relative au recouvrement public des pensions alimentaires, J. O. du 12 juillet, p. 7178.

H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.* note 11, p. 963 et 964.

¹⁷⁸ F. W. BOSCH, *Neues deutsches Familienrecht 1976/1977*, FamRZ 1976, p. 401 et ss.

lité¹⁷⁹. Il nous paraît, dès lors, incompatible avec la dignité du mariage de contraindre deux époux qui ne s'entendent plus, à rester mariés pour des raisons financières uniquement. La loi consacre ainsi un mariage de second ordre, un mariage « alimentaire » qui ternit toute l'institution.

2. Ce système laisse place à une inégalité de traitement inacceptable entre riches et pauvres. Alors que l'époux nanti pourra bénéficier des avantages du principe de l'échec, le conjoint plus démuné sera condamné à rester enchaîné à un lien sans signification.

3. La situation de l'époux sans ressources n'a pas d'issue, lorsque la vie commune est devenue insupportable. S'il admet le divorce pour résoudre son problème conjugal, il s'expose aux difficultés matérielles. S'il veut s'épargner ces soucis financiers, il doit accepter une vie conjugale ruinée, au mépris de son bien-être moral.

4. L'époux dont la demande est rejetée reprend rarement la vie commune. Le maintien du mariage n'est donc souvent que formel et le défendeur est confronté aux mêmes difficultés matérielles qu'en cas de divorce.

5. Les systèmes qui, comme la législation suisse, fondent le droit d'opposition sur l'innocence, présentent une anomalie supplémentaire : seul l'époux le moins coupable peut sauvegarder ses intérêts économiques dans le divorce. Il est donc manifeste que l'on veut punir le responsable de la désunion, et nous ne pouvons admettre le caractère pénal de telles dispositions, même si un mari innocent rechignera souvent à payer une pension à sa femme.

Nous faisons donc valoir contre ce système des objections de principe. Celles-ci perdraient peut-être de leur poids si la solution envisagée permettait au moins de résoudre concrètement les problèmes du conjoint le plus démuné. Mais l'on sait bien qu'il n'en est rien.

Certains auteurs, comme le professeur Hinderling¹⁸⁰, reconnaissent un droit d'opposition au défendeur, mais recommandent de le limiter dans le temps. Une telle proposition n'est pas dépourvue d'arguments. Elle permet, notamment, aux parties de prendre certaines dispositions pour assurer leur avenir, sans empêcher trop longtemps la dissolution de liens juridiques vides de sens. Néanmoins, ce sursis n'est d'aucun secours pour les femmes qui ne peuvent, de toute manière, envisager de travailler. Leurs problèmes sont simplement reportés à l'échéance du délai.

A notre avis, il convient d'orienter les recherches dans une autre direction, car nous ne pouvons accepter l'idée de refuser un divorce justifié par une profonde désunion. Dès lors, le problème des couples les plus démunés n'a qu'une solution : le recours à un apport financier extérieur.

¹⁷⁹ J.-F. AUBERT, *op. cit.* note 57, n° 957.

P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel, 1973, p. 203.

ATF 65 II 133 = JT 1940 98; ATF 66 II 225 = JT 1941 8.

¹⁸⁰ H. HINDERLING, *op. cit.* note 164 (RSJ), p. 259.

On pourrait envisager, par exemple, une sorte d'assurance sociale qui fournirait l'appoint nécessaire. Finalement, la situation des femmes divorcées est comparable à celle des veuves : elles se trouvent aussi privées, à un certain moment, du soutien financier de leur mari.

Une telle solution pose cependant des problèmes délicats :

1. Un problème de principe tout d'abord : une telle intervention incombe-t-elle encore à l'Etat ?
2. Cette intervention est-elle équitable ? Le divorce ne représente pas toujours une fatalité, comme la maladie, l'invalidité, le chômage, etc. La responsabilité personnelle des époux y est plus fortement engagée ; la solidarité y trouve une justification moins aisée.
3. La réalisation d'un nouveau type d'assurance sociale, en particulier son financement, paraît assez problématique, même si l'on fait abstraction des problèmes économiques actuels.
4. Le financement serait-il à la charge des contribuables en général, des personnes mariées (qui seules sont touchées par le risque du divorce) ou de l'Etat ?
5. Ce système présente aussi certains risques d'abus, puisque cet appoint ne serait pas versé automatiquement. On peut craindre en particulier :
 - que les époux ne renseignent pas exactement l'autorité compétente sur leur situation et leurs possibilités de gain ;
 - que le bénéficiaire éventuel soit peu enclin à rechercher une activité lucrative ;
 - que le bénéficiaire soit amené à vivre en concubinage plutôt qu'à se remarier, pour ne pas perdre cet avantage.

En cette matière, aucune solution n'est exempte d'inconvénients. Le divorce implique forcément un désaccord ; il oppose des intérêts contradictoires et on ne trouvera sans doute jamais une réglementation qui ne blesse personne, qui ne lèse aucun intérêt et ne prête le flanc à aucune critique. Il s'agit donc de peser les intérêts en présence et d'opter pour la solution la plus équitable.

Nous avons, pour notre part, le souci de restreindre le moins possible l'application du principe de l'échec qui devrait, selon nous, constituer la base de tout le droit du divorce. C'est pour cela et pour apporter une aide efficace au conjoint le plus démuné que nous préférons chercher à surmonter les réserves suscitées par l'établissement d'une sorte d'assurance sociale, plutôt que de maintenir des mariages qui ne remplissent plus leur rôle.

L'introduction de chaque type d'assurance sociale a été difficile¹⁸¹. Mais les obstacles ont toujours fini par être surmontés. D'ailleurs, la rente d'appoint que nous envisageons ne serait pas sans rappeler des

¹⁸¹ J.-F. AUBERT, *op. cit.* note 57, nos 150, 221 et 222.

institutions connues, comme la rente de veuve ou l'aide complémentaire à la vieillesse pratiquée dans le canton de Neuchâtel de 1970 à 1972 ¹⁸².

Il est généralement admis que l'Etat-providence doit vouer une attention particulière aux citoyens les moins favorisés et que la justice doit savoir être distributive. Cette rente d'appoint se justifie donc dans son principe. Elle ne serait, de toute manière, servie que lorsque les efforts personnels de l'intéressé, la pension du conjoint et d'autres moyens éventuels ne lui permettraient pas d'atteindre le minimum vital (ou éventuellement ce minimum augmenté de 10 ou 20 %). Peu de gens devraient, dès lors, y avoir recours ¹⁸³.

Cette rente éviterait que les déboires sentimentaux ne pénalisent trop sévèrement les époux sur le plan matériel. Régie par un critère de besoin, elle nous paraît finalement aussi juste qu'une rente de veuve dont le caractère automatique est parfois discutable. Elle présenterait aussi l'avantage de rétablir une certaine égalité entre riches et pauvres, face au divorce.

Le juge, si c'était à lui qu'incombait cette tâche, devrait examiner très sérieusement la situation des éventuels bénéficiaires. Il conviendrait aussi de revoir périodiquement le principe et le montant de cette rente. Mais les risques d'abus ne nous semblent guère plus grands que lorsque chaque citoyen remplit sa déclaration fiscale. Quant à l'aspect de fatalité qui domine la plupart des branches des assurances sociales, il est parfois assez relatif. Songeons, par exemple, à la veuve d'un suicidé, d'un casse-cou ou d'un ivrogne! D'ailleurs, l'épouse contrainte de divorcer est, elle aussi, victime d'une certaine fatalité. Les circonstances de la vie détruisent parfois les couples les mieux disposés.

Le financement de cette institution devrait, à notre avis, pouvoir être assuré par l'Etat, sans faire l'objet d'une cotisation ou d'un impôt particuliers. Cette rente ne serait versée, en effet, que dans des cas extrêmes et pour des montants modestes.

Ce n'est, de toute manière, pas notre propos de prévoir les modalités d'un tel système. Cet examen sommaire semble simplement nous indiquer que sa réalisation ne devrait pas poser de problèmes insolubles. C'est d'ailleurs la voie dans laquelle semble se diriger le législateur finlandais ¹⁸⁴. Cette rente d'appoint et d'autres réformes, notamment celles des régimes matrimoniaux et des contributions après divorce, permettraient de réduire l'inéquité matérielle créée parfois par la dissolution du lien conjugal. Aucune raison économique ne justifierait plus le maintien d'unions irrémédiablement ruinées, comme le font encore, après réformes, les

¹⁸² RLCN IV 438.

De même, la loi cantonale sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité, du 15 décembre 1970, révisée le 11 décembre 1972 (RLCN IV 433).

¹⁸³ M. HIRSCH, *op. cit.* note 172, p. 250.

¹⁸⁴ GROUPE INTERNATIONAL DE RECHERCHES SUR LE DIVORCE, *Le divorce en Europe occidentale*, Paris 1975, p. 101.

droits anglais¹⁸⁵ et français¹⁸⁶, notamment. En Allemagne, le projet gouvernemental n'a pas suivi la Commission qui proposait l'institution d'une clause d'inéquité économique¹⁸⁷. Mais une forte opposition s'est fait jour au Parlement et, finalement, le nouveau paragraphe 1568 BGB permet, lui aussi, au conjoint particulièrement démuné de s'opposer à l'action de son conjoint¹⁸⁸.

À l'heure actuelle donc, la plupart des législations régies par le divorce-faillite reconnaissent un droit d'opposition au défendeur. Notre pays pourrait ainsi se montrer plus progressiste que ses voisins, en n'apportant pas de véritable limitation au principe de l'échec. La situation de la femme serait améliorée sur divers plans. Une rente viendrait faire l'appoint là où les nouvelles dispositions sur les régimes matrimoniaux, les contributions d'entretien et les caisses de retraite se révéleraient insuffisantes. Par rapport au système actuel, la solution proposée présenterait principalement l'avantage d'apporter un remède efficace aux problèmes économiques du défendeur, tout en supprimant les « mariages alimentaires » et les ménages de façade. Le divorce ne serait plus, à proprement parler, inéquitable. Il resterait, naturellement, dur pour beaucoup de couples. Ceci est inévitable, car les inconvénients de la situation doivent bien être partagés entre tous les intérêts en présence. Mais un refus pur et simple du divorce ne se justifierait plus, sur le plan matériel.

Section III Réserves sur le plan moral

Si le divorce menace souvent la situation matérielle des époux, il représente aussi, pour eux, une difficile épreuve morale. Il convient donc d'examiner, sous cet angle également, si une pesée des intérêts en présence justifie une restriction au principe de l'échec.

Grâce aux progrès techniques, les médecins réalisent aujourd'hui certaines opérations sans douleurs. Les juristes, en revanche, peuvent rarement avoir cette prétention en matière de divorce. Ils doivent, presque

¹⁸⁵ Matrimonial Causes Act 1973 (c. 18), section 5.

P. M. BROMLEY, *Family Law*, 5^e éd., Londres, 1976, p. 258 et 22.

S. CRETNEY, *Financial Protection in Divorce*, *The New Law Journal*, 120 (1970), p. 1104.

¹⁸⁶ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, J. O. du 12 juillet, p. 7171, art. 232, al. 2 et 240.

H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.* note 11, p. 834 et ss.

J.-C. GROSLIÈRE, *La réforme du divorce*, Paris, 1976, p. 32, 33 et 66 à 70.

¹⁸⁷ EHERECHTSKOMMISSION, *op. cit.* note 159, p. 49 et ss.

DISKUSSIONSENTWURF, *op. cit.* note 173, p. 61 et 62.

¹⁸⁸ G. BEITZKE, *op. cit.* note 142, p. 135.

D. HENRICH, *Familienrecht*, 2^e éd., Berlin/New York, 1977, p. 100.

H. J. VOGEL, *op. cit.* note 39, p. 483 et 484.

K. HILLERMEIER, *Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts aus der Sicht der Bundesratsvorschläge*, *FamRZ* 1976, p. 579.

toujours, trancher dans le vif pour vider un abcès douloureux. Il est vrai que le mariage représente un élément essentiel de la vie de l'individu. La plupart des couples mettent en lui certains espoirs que le divorce vient ruiner. Ce n'est donc pas volontiers qu'ils constatent leur échec.

Le divorce incarne la faillite et la désillusion, en même temps qu'une sorte de libération. Suivant les circonstances, certains époux ressentiront le prononcé du juge comme une délivrance, et d'autres comme un drame. C'est l'épreuve de ces derniers que le législateur doit tenter d'atténuer.

Sur le plan moral également, il convient de recenser les véritables problèmes du défendeur, afin de tenter de leur donner une solution spécifique. Cette recherche n'est, cependant, pas aisée, car les époux éprouvent souvent des difficultés à justifier leur opposition. Un réflexe pousse, sans doute, l'individu à s'accrocher aux situations acquises, même médiocres. Néanmoins, nous pensons pouvoir discerner, dans l'épreuve morale du divorce, cinq aspects qui pourraient éventuellement justifier une restriction au principe de l'échec :

1. Crainte de l'abandon, de l'insécurité morale.
2. Attachement au conjoint.
3. Perte du statut d'individu marié.
4. Violation de convictions morales ou religieuses.
5. Intérêt des enfants ¹⁸⁹.

1. L'époux divorcé doit aborder seul les problèmes de la vie, sans appui, alors que, pendant le mariage, il pouvait partager ses joies et ses peines, selon la formule consacrée. La solitude est certainement un sentiment pénible et les préoccupations du défendeur sont compréhensibles. Une présence humaine, même parfois hostile, représente toujours une sécurité et un soutien, en particulier pour les époux âgés ou malades.

2. La situation est encore plus douloureuse, lorsque le conjoint abandonné aime toujours son partenaire. Certes, nous ne pensons pas qu'un véritable amour puisse subsister longtemps s'il n'est pas partagé. Mais il est souvent pénible, en audience, d'entendre des époux jurer leur attachement, promettre le pardon de toutes fautes et implorer leur conjoint de revenir au foyer.

Dans ces cas-là, le juge s'assurera naturellement que le ménage est vraiment ruiné. Mais si un seul des époux rejette le mariage, il devra déjà admettre la rupture du lien conjugal, car deux volontés concordantes sont nécessaires pour former un couple.

L'échec d'un mariage est toujours regrettable. Il constitue, toutefois, un risque qu'aucun couple ne peut exclure a priori. D'ailleurs, d'autres circonstances, contre lesquelles la loi n'offre ni protection, ni remède, peuvent aussi provoquer la solitude de l'individu.

¹⁸⁹ Nous ne retenons évidemment pas les motifs d'opposition qui ne sont pas dignes de protection, comme l'esprit de vengeance.

Surtout, il convient de retenir que les préoccupations du défendeur sont vaines, car le droit est incapable d'agir sur les sentiments. Si l'amour a disparu, une décision judiciaire ne modifiera pas l'état d'esprit d'un époux envers son conjoint, même malade ou esseulé. Le refus du divorce représente donc, sur ce plan-là, une mesure inutile.

Nous ne pourrions envisager une restriction au divorce-faillite que dans la mesure où elle exercerait un effet concret et positif sur les difficultés du défendeur.

3. Certains époux conçoivent le divorce comme une épreuve dégradante. Ils se heurtent à certains préjugés tenaces, qui touchent particulièrement les femmes. Ils craignent d'être déconsidérés ou mis au ban de la société. Ils ont l'impression que l'opinion publique portera sur eux un jugement réprobateur.

Il est vraisemblable qu'en diverses occasions, la femme seule puisse rencontrer des difficultés et qu'elle subisse ainsi une certaine pénalisation sociale. Elle n'est pas « accompagnée », comme les autres femmes, elle est moins invitée, tenue à l'écart de certaines manifestations, etc. Ces inconvénients ne sont toutefois pas essentiels, et ils ont tendance à s'estomper. Le divorce est maintenant entré dans les mœurs et, finalement, la situation de femme trompée ou répudiée n'est guère plus enviable. De toute manière, la femme divorcée doit pouvoir vaincre ces tabous et assumer sa situation, après une période d'adaptation. Les exemples d'époux qui ont su faire face à leur état de « divorcés » ne manquent pas. Aucune restriction ne nous paraît donc se justifier sur ce plan-là ¹⁹⁰.

4. Certains époux ne peuvent se résoudre au divorce, parce que cette institution heurte leurs convictions profondes, morales ou religieuses.

Comme la Commission de l'Archevêque de Canterbury l'a exposé, avec l'autorité qu'on peut lui reconnaître en cette matière, le tribunal ne dissout que les liens contractés devant les hommes ¹⁹¹. Il ne touche pas à l'engagement plus profond que les époux, ou l'un d'eux, ont pu prendre devant Dieu. Le conjoint qui se sent lié par sa parole peut donc laisser l'initiative du divorce à son partenaire et s'interdire tout remariage ¹⁹². Il n'aura pas ainsi failli à son engagement.

De nos jours, la foi est inégalement répandue dans la population. Ces préoccupations d'ordre très personnel ne justifient donc pas une réserve générale au principe de l'échec.

5. Certains époux craignent que le divorce représente une épreuve trop pénible pour leurs enfants. Ce sentiment est louable et il nous paraît

¹⁹⁰ *Putting Asunder, op. cit.* note 24, p. 49.

P. M. BROMLEY, *op. cit.* note 185, p. 261.

¹⁹¹ *Putting Asunder, op. cit.* note 24, p. 49 et 50.

Du même avis : EHERECHTSKOMMISSION, *op. cit.* note 159, p. 50.

¹⁹² THE LAW COMMISSION, *op. cit.* note 38, p. 21 et 22.

juste que l'intérêt des enfants soit pris en considération au même titre que celui des parents.

Le développement de la jeunesse peut certainement être perturbé par une situation familiale conflictuelle. Les enfants de parents divorcés sont, par exemple, plus exposés à la délinquance que les autres. Mais ceux de couples simplement désunis sont parfois encore plus perturbés, et des spécialistes ont admis que la solution nette du divorce était, en général, préférable à des disputes continuelles.

Donc, à ce point de vue également, seul le retour de l'harmonie conjugale peut véritablement sauvegarder les intérêts en présence. Le refus du divorce n'apporte aucun remède. Il représente même la solution la plus néfaste, selon le rapport établi par le psychiatre Maunz, à la demande de la Commission allemande du droit du divorce ¹⁹³. Si le demandeur ne renonce pas spontanément à son action, par amour pour ses enfants, la contrainte ne suffira pas à faire de lui un bon père et de sa famille un foyer chaleureux. Ainsi, pour toutes ces raisons, une réserve en faveur des enfants ne nous paraît pas opportune.

En dehors des difficultés soulevées par chaque situation particulière, on peut considérer, d'une façon générale, que l'introduction d'une clause d'inéquité morale se heurte à deux difficultés majeures :

1. Définir une norme valable pour chaque cas, dans chaque hypothèse.
2. Trouver un véritable remède à l'épreuve morale.

1. Face au divorce, chaque individu réagit d'une manière propre. Les réactions sont souvent imprévisibles. Il n'est pas rare de voir des individus équilibrés se laisser abattre par l'épreuve et d'autres surmonter leurs difficultés d'une manière inattendue. De même, certaines circonstances, pénibles pour un époux, sont aisément acceptées par un autre. Il est donc pratiquement impossible de former une norme précise, valable dans chaque situation. D'ailleurs, une telle norme, forcément schématique, ouvrirait la porte aux abus et aux injustices.

Si l'on envisage, au contraire, une disposition plus vague, on laisse au tribunal un large pouvoir d'appréciation. Les convictions personnelles des juges prennent alors trop de poids et les risques d'erreurs ne sont pas négligeables.

2. Il est difficile, voire impossible, d'atténuer l'épreuve morale du défendeur. Le seul remède revient à refuser ou à différer le divorce. Or, une sanction aussi rigoureuse soulève, d'une part, des objections fondamentales et est, d'autre part, d'une efficacité douteuse. Au surplus, il paraît aussi contradictoire d'imposer le mariage à des époux qui n'ont précisément démontré aucune aptitude pour lui et qui, par lui, ont fait le malheur de leur conjoint. De toute manière, personne n'est assez naïf pour penser qu'il suffit d'une injonction légale pour modifier l'état d'esprit d'un individu. Sur ce plan-là, le législateur est désarmé.

¹⁹³ Rapport déjà cité à la note 39, comme d'autres auteurs du même avis.

Notre intention n'est évidemment pas de cautionner des comportements contraires aux obligations matrimoniales. Mais le droit doit avoir conscience de ses limites. Il ne peut empêcher une certaine répudiation de fait. Il serait vain de chercher à masquer cette réalité par des dispositions légales rassurantes, mais sans effets pratiques. Or, une réserve au principe de l'échec ne se justifie que si elle permet d'améliorer sensiblement la situation du conjoint le plus éprouvé.

Dans d'autres domaines du droit, il existe également des atteintes qu'il n'est pas possible de réparer vraiment : atteintes aux droits de la personnalité, tort moral, etc.¹⁹⁴. La loi prévoit alors une compensation pécuniaire. Peut-on envisager une solution de même inspiration en matière de divorce ? Un tel système présenterait l'avantage de ne pas restreindre le divorce-faillite. Il ne serait d'ailleurs pas entièrement nouveau. En effet, l'actuel art. 151, al. 2 Ccs prévoit déjà le versement d'une somme d'argent à l'époux innocent qui subit dans le divorce une grave atteinte à ses intérêts personnels. Mais, pour plusieurs raisons, nous ne pouvons y souscrire.

Tout d'abord, ce versement ne supprimerait pas l'épreuve morale que constitue le divorce. Il représenterait, tout au plus, une compensation, une sorte de divertissement, au sens pascalien du terme. Ensuite, il serait impossible de fixer le montant de cette indemnité sans pénétrer dans l'intimité des parties et sans détailler leurs comportements. Cet examen irait donc à l'encontre du courant qui tend précisément à supprimer le principe de la faute et ses inconvénients. Enfin, ce système ne résoudrait pas le problème des couples les moins aisés. Que ceux-ci doivent renoncer au divorce ou à la réparation morale, l'inégalité de traitement qui les frapperait serait inacceptable.

Ces quelques réflexions nous conduisent donc à ne pas admettre d'exception au principe de l'échec. Les problèmes économiques relatifs à la dissolution du lien conjugal doivent être résolus par d'autres voies. Quant à l'épreuve morale du divorce, elle reste sans remède. Elle tient à la nature humaine que nous n'avons pas l'ambition de changer. Nous doutons, d'ailleurs, qu'elle soit plus pénible que d'autres aléas de la vie contre lesquels la loi n'offre aucune protection.

Il est évident que ces réflexions valent sur un plan général. Elles n'excluent pas que certaines situations particulières soient très délicates, ni même qu'exceptionnellement, le refus du divorce puisse représenter une solution adéquate. Mais, dans une société aussi diversifiée que la nôtre, la loi ne peut saisir ces cas exceptionnels.

¹⁹⁴ J.-M. GROSSEN, *La protection de la personnalité en droit privé*, RDS 1960, II, n° 7, p. 8a et 9a, et n° 48, p. 36a et ss.

— *Les personnes physiques*, in « *Traité de droit civil suisse* », tome II, 2, Fribourg, 1974, p. 80.

Nous avons relevé, au début de ce travail, que le droit du divorce ne pouvait qu'être un compromis entre des intérêts contradictoires. Dans ce sens-là, nous considérons que les avantages du divorce-faillite l'emportent nettement sur ses inconvénients. L'application sans réserve du principe de l'échec est, notamment, seule en mesure d'assurer une situation juridique sans équivoque, et il importe qu'en cette matière un certain réalisme prédomine.

Section IV Regard sur quelques solutions étrangères

Les pays étrangers qui ont réformé récemment leur droit du divorce se sont trouvés confrontés avec les mêmes problèmes. Mais peu ont franchi un pas aussi décisif que celui que nous proposons.

La Commission allemande du droit du mariage a admis (par 9 voix contre 6 et 1 abstention) la nécessité de limiter, dans des cas extrêmes, le principe de l'échec. Cette restriction devait intervenir aussi bien en raison de difficultés économiques de la part du défendeur ou de ses enfants, que pour des considérations morales. Toutefois, par 11 voix contre 5, sans abstention, la Commission a estimé que cette mesure ne devait plus s'appliquer lorsque la vie commune était suspendue depuis cinq ans ou plus¹⁹⁵.

Le projet gouvernemental a retenu la clause d'inéquité morale, mais sans limiter son application dans le temps. Il a, d'autre part, abandonné la réserve prévue pour difficultés matérielles¹⁹⁶.

Ce projet a été chaudement discuté dans de nombreux milieux, ainsi qu'au Parlement. Finalement, la loi du 14 juin 1976 retient comme nouveau paragraphe 1568 du Code civil allemand une triple clause d'inéquité (raisons économiques, morales et intérêt des enfants). La protection accordée ne s'étend toutefois pas au-delà d'une séparation de cinq ans¹⁹⁷.

En Angleterre, la Commission de l'Archevêque de Canterbury a admis que des considérations d'équité pouvaient s'opposer à la dissolution d'un mariage¹⁹⁸. Elle estimait qu'un tribunal devait pouvoir refuser un divorce « contrary to the public interest in justice and in protecting the institution of marriage ». D'accord sur le principe, la Law Com-

¹⁹⁵ EHERECHTSKOMMISSION, *op. cit.* note 159, p. 49 et ss.

¹⁹⁶ DISKUSSIONSENTWURF, *op. cit.* note 173, p. 60 et ss.

¹⁹⁷ G. BEITZKE, *op. cit.* note 142, p. 132 et ss.

D. HENRICH, *op. cit.* note 188, p. 94 et ss.

D. SCHWAB, *Das Recht der Ehescheidung nach dem 1. EheRG: Die Scheidungsgründe*, FamRZ 1976, p. 491 et ss, en part. p. 504 et 505.

H.-J. VOGEL, *op. cit.* note 39, p. 481 et ss, en part. 483 et 484.

K. HILLERMEIER, *op. cit.* note 188, p. 577 et ss, en part. p. 579.

¹⁹⁸ *Putting Asunder*, *op. cit.* note 24, p. 53.

mission souhaitait toutefois que ces réserves soient précisées, afin de réduire le pouvoir d'appréciation du tribunal¹⁹⁹. Son vœu n'a, semble-t-il, pas été entendu, puisque la formule retenue dans le Divorce Reform Act 1969 et reprise dans la section 5 (2) du Matrimonial Causes Act 1973, c. 18, reste dangereusement large : en cas d'opposition, en effet, « the court shall consider all the circumstances, including the conduct of the parties to the marriage and the interests of those parties and of any children or other persons concerned, and if of opinion that the dissolution of the marriage will result in grave financial or other hardship to the respondent and that it would in all the circumstances be wrong to dissolve the marriage it shall dismiss the petition ».

Les juges anglais n'admettent, semble-t-il, pas facilement l'existence d'une « grave financial or other hardship ». Ils apprécient la gravité de l'inéquité qui frappe le défendeur, de façon subjective. Toutefois, le sentiment de l'opposant n'est déterminant que s'il se justifie objectivement.

Selon la loi (s. 5 (3)), l'inéquité comprend « the loss of the chance of acquiring any benefit which the respondent might acquire if the marriage were not dissolved ». Pratiquement, le défendeur doit surtout redouter la perte des prestations de la sécurité sociale et de la caisse de retraite de son conjoint. Quant à l'« other hardship », la Cour d'Appel n'a pas eu, jusqu'ici, l'occasion de la définir.

Il convient de préciser que la « dureté » doit résulter de la dissolution du lien conjugal et pas seulement de la désunion ou de la séparation de fait. Cela signifie, par exemple, que la perte de perspectives successorales n'est pas prise en considération si, au moment du procès en divorce, le demandeur a déjà pris des dispositions de dernières volontés en faveur d'autres bénéficiaires que son conjoint.

Relevons enfin que le rejet de l'action suppose encore « that it would in all the circumstances be wrong to dissolve the marriage ». Cette condition supplémentaire permet de tenir compte des particularités de chaque cas et d'accorder le divorce malgré la « dureté » établie, si certains intérêts le justifient tout de même (par exemple, la légalisation d'une nouvelle union)²⁰⁰.

¹⁹⁹ THE LAW COMMISSION, *op. cit.* note 38, p. 51.

²⁰⁰ P. M. BROMLEY, *op. cit.* note 185, p. 258 et ss.

Au sujet de la nouvelle législation anglaise, cf. également :

B. PASSINGHAM, *The Divorce Reform Act 1969*, Londres, 1970.

J. LEVIN, *The Divorce Reform Act 1969*, *The Modern Law Review*, 33 (1970), p. 632 et ss.

J. L. BARTON, *Questions on the Divorce Reform Act 1969*, *The Law Quarterly Review*, 86 (1970), p. 348 et ss.

J. M. EEKELAAR, *The Place of Divorce in Family Law's New Role*, *The Modern Law Review*, 38 (1975), p. 241 et ss.

H. A. FINLAY, *Reluctant, but Inevitable: The Retreat of Matrimonial Fault*, *The Modern Law Review*, 38 (1975), p. 153 et ss.

A. H. MANCHESTER et J. M. WETTON, *op. cit.* note 38, p. 339 et ss.

En dépit de ces tempéraments, on peut reprocher au système anglais d'apporter une restriction importante au principe de l'échec et de provoquer un examen matériel de la conduite des parties.

Les législations australienne et néo-zélandaise restreignent également l'application du divorce-faillite, pour des raisons économiques et morales. Elles ne prévoient, toutefois, pas de réserve en faveur des enfants ²⁰¹.

Dans ces pays aussi, on a été contraint de recourir à des formules vagues et souples. En Australie, par exemple, le divorce est refusé quand « it would, in the particular circumstances of the case, be harsh and oppressive to the respondent, or contrary to the public interest... » ²⁰². Quant aux tribunaux néo-zélandais, ils doivent prendre en compte les « special considerations applicable in the individual instance », lorsque la demande est fondée sur la suspension de la vie commune depuis sept ans (s. 21 (1) (o)). Si le demandeur invoque une séparation amiable ou judiciaire de plus de trois ans (s. 21 (1) (m) et (n)), le divorce est refusé si le défendeur « opposes the granting of the decree and it is proved that the separation was due to the wrongful act or conduct of the petitioner » (s. 29 (2)) ²⁰³.

La loi française du 11 juillet 1975 dispose que le juge rejette d'office le divorce par consentement mutuel « s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux » (art. 232, al. 2 Ccf).

Dans le cadre du divorce pour rupture de la vie commune, la loi prévoit deux restrictions :

a) si le divorce est fondé sur la maladie mentale du défendeur, « le juge peut rejeter d'office cette demande, si le divorce risque d'avoir des conséquences trop graves sur la maladie du conjoint » (art. 238, al. 2);

b) si le divorce est fondé sur des causes indéterminées, le juge rejette la demande « si l'autre époux établit que le divorce aurait, soit pour lui, compte tenu notamment de son âge et de la durée du mariage, soit pour les enfants, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté » (art. 240, al. 1) ²⁰⁴.

²⁰¹ *Putting Asunder*, *op. cit.* note 24, p. 53, 100 et ss et 106 et ss.

THE LAW COMMISSION, *op. cit.* note 38, p. 49 et ss.

D. M. SELBY, *The Development of Divorce Law in Australia*, *The Modern Law Review*, 29 (1966), p. 473 et ss.

N. J. TURNER, *Scheidungsrecht nach australischem Recht*, *FamRZ* 1969, p. 193 et ss.

Une révision de la loi australienne est actuellement en cours :

H. A. FINLAY : *Reforming Australia's Divorce Law*, *The New Law Journal*, 124 (1974), p. 769 et ss.

J. M. EEKELAAR, *op. cit.* note 200, p. 250 et ss.

²⁰² *Matrimonial Causes Act 1959-1966*, s. 37.

²⁰³ *Matrimonial Proceedings Act 1963*.

Putting Asunder, *op. cit.* note 24, p. 48 et ss et 100 et ss.

²⁰⁴ H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.* note 11, 834 et ss, 839 et ss et 843 et ss.

J.-C. GROSLIÈRE, *op. cit.* note 186, p. 32, 33 et 66 à 72.

(Suite de la note, p. 74)

Dans leur majorité, les législations des pays du bloc communiste contiennent certaines réserves en faveur des enfants, du conjoint et de l'intérêt social.

La législation de la République Démocratique Allemande renferme, par exemple, la disposition suivante (§ 24, ch. 2 du Code de la famille du 20 décembre 1965) : « Wird von einem Ehegatten die Scheidung beantragt, ist vom Gericht eine sorgfältige Prüfung der Ehe vorzunehmen. Dabei ist besonders zu prüfen, ob die Interessen minderjähriger Kinder der Scheidung entgegenstehen und ob die Scheidung für einen Ehegatten eine unzumutbare Härte darstellen würde »²⁰⁵.

Dans le même esprit, l'art. 56 paragraphe 2 du Code polonais du 25 février 1964 dispose : « Malgré un trouble profond et durable du lien conjugal, le divorce est inadmissible s'il menace le bien-être d'enfants mineurs communs ou si, pour d'autres raisons, il viole les principes de la vie sociale. » Le paragraphe 3 du même article a une teneur équivalente à notre art. 142, al. 2 ; il rejette l'action du conjoint le plus coupable²⁰⁶.

Citons encore le texte significatif des paragraphes 23 (2) et 24 de la loi tchécoslovaque du 4 décembre 1963 : « Un comportement insouciant face au mariage va à l'encontre des intérêts de la société. De ce fait, la dissolution du mariage par divorce ne peut intervenir que dans des cas justifiés du point de vue social » ;

Paragraphe 24 : « A la demande d'un époux, le tribunal peut prononcer le divorce, lorsque les relations entre les conjoints sont si sérieusement troublées que le mariage ne peut plus remplir son but social. Avant de prononcer le divorce, le tribunal doit tenir compte des intérêts des enfants mineurs »²⁰⁷.

On constate que peu de pays s'en tiennent strictement au divorce-faillite. La solution que nous préconisons se rapproche donc plutôt de celle des pays nordiques. En effet, en Finlande, au Danemark et en

(Suite de la note²⁰⁴)

M. BRAZIER, *La réforme du divorce*, Gaz. Pal. 1975, p. 751 et ss.

J. LOUVET, *La grande réforme du divorce*, Gaz. Pal. 1975, p. 78 et ss.

R. LINDON *La nouvelle législation sur le divorce et le recouvrement public des pensions alimentaires*, JCP 1975, I, p. 2728 et ss.

J. VOULET, *Toutes les questions pratiques sur le divorce et la séparation de corps*, 7^e éd., Paris, 1976.

²⁰⁵ G.-A. LÜBSCHEN et A. MEHNERT, *Familiengesetze sozialistischer Länder*, Berlin (Est), 1971, p. 130.

C. GRANZOW, *Das neue Familiengesetzbuch der « DDR »*, FamRZ 1966, p. 217 et ss.

A. GRANDKE, *Familienrecht*, 2^e éd., Berlin (Est), 1976, p. 387 et ss.

L. MIROCHA, *Zum Zivil- und Familienrecht der DDR*, RSJ 71 (1975), p. 141 et ss.

²⁰⁶ Traduction personnelle d'après la version allemande de G.-A. LÜBSCHEN et A. MEHNERT, *op. cit.* note 205, p. 225.

A. BERGMANN et M. FERID, *op. cit.* note 17.

²⁰⁷ Traduction personnelle d'après la version allemande de G.-A. LÜBSCHEN et A. MEHNERT, *op. cit.* note 205, p. 260.

A. BERGMANN et M. FERID, *op. cit.* note 17.

Suède, le principe de l'échec est appliqué sans compromis. La nouvelle législation suédoise se montre particulièrement libérale. Le juge n'a plus à examiner les raisons pour lesquelles les époux demandent le divorce. Le paragraphe 1 du chapitre 11 de la loi du 1^{er} juin 1973 dispose simplement : « Si les époux conviennent que leur mariage doit être dissous, ils ont le droit d'obtenir le divorce. » Un délai d'attente de six mois est cependant prévu si l'un des époux a la garde d'un enfant de moins de seize ans.

En vertu du paragraphe 2, « Si l'un seul des époux estime que le mariage doit être dissous, il a le droit d'obtenir le divorce après l'écoulement d'un délai d'attente. »

Selon le paragraphe 4, « Si les époux vivent séparés depuis un délai d'au moins deux ans, chaque époux a le droit d'obtenir le divorce sans qu'il soit nécessaire de tenir compte d'un délai d'attente. »

Relevons encore que le législateur suédois a également banni le principe de la faute en ce qui concerne les effets accessoires et personnels du divorce. Les pensions, par exemple, sont fondées sur les besoins et les capacités financières respectives des époux²⁰⁸.

L'Islande et la Norvège appliquent aussi le divorce-faillite d'une façon relativement libérale. Les réserves prévues par la loi islandaise sont, en effet, devenues lettre morte, alors que celles qui découlent de la loi norvégienne, d'ailleurs en révision, ne font que retarder quelque peu le divorce²⁰⁹.

Depuis 1970, la Californie connaît aussi un divorce-faillite, sans restriction²¹⁰.

²⁰⁸ G. SIMSON, *Die Erleichterung der Eheschliessung und Ehescheidung in Schweden von 1974*, JZ 1974, p. 404 et ss.

S. KIEFÉ, *Le divorce en Suède*, Gaz. Pal. 1976, p. 361 et 362.

GRUPE INTERNACIONAL, *op. cit.* note 184, p. 160 et 161.

A. BERGMANN et M. FERID, *op. cit.* note 17.

²⁰⁹ O. PRINZ, *Ehescheidung ohne Verschulden nach nordischem Recht*, RabLSZ 25 (1960), p. 222 et ss.

S. KIEFÉ, *Le divorce en Norvège*, Gaz. Pal. 1976, p. 372.

F. MÜLLER-FREIENFELS, *op. cit.* note 1, p. 145 et ss.

EHRECHTSKOMMISSION, *op. cit.* note 159, p. 56 et 57.

GRUPE INTERNACIONAL, *op. cit.* note 184, p. 138 et 139.

A. BERGMANN et M. FERID, *op. cit.* note 17.

²¹⁰ E. JAYME, *Neues Scheidungsrecht in Kalifornien*, FamRZ 1970, p. 216.

E. KÜHN, *Scheidungsrecht in rechtspolitischer und sozialwissenschaftlicher Perspektive*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1975, p. 164.

A. BERGMANN et M. FERID, *op. cit.* note 17.

CONCLUSIONS

Notre étude de l'art. 142, al. 2 Ccs nous conduit à la conclusion surprenante que cette disposition devrait être abandonnée.

Il nous paraîtrait juste, en effet, d'appliquer le principe de l'échec sans restriction, afin que le divorce perde son caractère punitif et devienne une simple action en constatation : le mariage ne recevrait plus de reconnaissance juridique si la procédure établissait qu'il est en faillite.

La solution proposée éviterait un affrontement des époux et permettrait de régler les problèmes conjugaux avec objectivité et réalisme. La situation juridique des couples pourrait correspondre à la réalité des faits. Les mariages de façade disparaîtraient; on ne verrait plus d'époux enchaînés à des unions vides de sens, dans l'attente d'un accord de leur conjoint : la contrainte serait abandonnée dans ce domaine où, de toute manière, elle est vaine.

On reprochera peut-être à cette proposition d'être trop libérale. Nous ne pensons cependant pas que sa réalisation puisse provoquer une forte augmentation des divorces. Finalement, la pratique est déjà relativement souple dans plusieurs cantons et les époux qui invoquent l'art. 142, al. 2 sont rares. D'ailleurs, les pays qui nous ont précédés dans cette voie n'ont pas enregistré d'influence sensible sur la fréquence des divorces, et il ne saurait en aller autrement chez nous. Quoi qu'il en soit, une croissance des divorces ne pourrait être alarmante que dans la mesure où elle s'expliquerait par une augmentation du nombre des ménages désunis.

Personne ne doute que la dissolution du lien conjugal puisse placer un des conjoints dans une situation difficile, et ce problème mérite la considération du législateur. Mais il ne doit pas être résolu par le refus pur et simple du divorce. Il convient de distinguer selon leur nature les différents problèmes posés par les ménages désunis. Ainsi, la dégradation des sentiments des époux n'a souvent pas d'autre issue que la dissolution du mariage. Quant aux difficultés économiques des conjoints, elles doivent aussi être résolues par des moyens spécifiques. C'est pourquoi, en dehors d'une application conséquente de la notion de divorce-faillite, nous proposons également diverses réformes législatives dans le domaine patrimonial. L'art. 142, al. 2 remplit actuellement certaines fonctions qui ne lui incombent pas. On peut donc affirmer que le désir de régler des problèmes distincts par une solution unique est à l'origine de la situation ambiguë que nous connaissons en droit du divorce.

Sur un autre plan, l'exigence d'une séparation préalable comme présomption de la rupture du lien conjugal nous paraîtrait judicieuse. Elle éviterait un examen matériel des causes de désaccord et une violation de la sphère intime des époux. Elle éliminerait aussi les erreurs d'appréciation : si, après trois ou cinq ans de séparation, la vie commune n'a pas repris, le mariage est vraiment mort et il doit être dissous. Au surplus, cette exigence créerait ce que le professeur Neuhaus appelle une « période de refroidissement »²¹¹. Les époux seraient amenés à considérer leur situation avec un certain recul et à ne pas agir prématurément.

Mais nous y verrions encore un avantage supplémentaire. L'expérience enseigne, en effet, que l'individu s'habitue à toutes choses et surmonte ses difficultés avec le temps. Grâce à cette rupture « par étapes », le défendeur pourrait donc assimiler progressivement les rigueurs du divorce que les réformes proposées n'auraient pas permis d'éviter.

La loi peut, à notre avis, prononcer le divorce de tout ménage irrémédiablement désuni. Mais elle doit s'assurer, par ailleurs, que la séparation du couple n'ait pas de conséquences intolérables pour l'une ou l'autre des parties. C'est dans cet esprit que nous proposons l'abandon du principe de la faute et de toutes restrictions au principe de l'échec.

Nous espérons que notre législateur saura franchir un pas aussi décisif dans le cadre des travaux de réforme actuellement en cours.

²¹¹ P. H. NEUHAUS, *op. cit.* note 170, p. 351.

BIBLIOGRAPHIE

- ALEXANDER PAUL W. *The Family Court—An Obstacle Race*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, tome IX II, 1960, p. 164 et ss.
- ANCEL MARC et LE BRAS GABRIEL *Divorce et séparation de corps dans le monde contemporain*, 1^{re} partie, Paris, 1952.
- ANDREWS J. A. *Law in the Permissive Society*, The Cambrian Law Review, 1971, p. 13 et ss.
- AUBERT JEAN-FRANÇOIS *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel/Paris, 1967.
- ARBENZ H. A. *Die Prüfung der Verschuldensfrage beim gemeinsamen Scheidungsbegehren gestützt auf Art. 142 ZGB*, RSJ 36 (1940), p. 188 et ss.
- BARAZETTI CAESAR *Der Vorentwurf zum ersten und zweiten Teil des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personen- und Familienrecht)*, Berne, 1898.
- BARDE EDOUARD *Le procès en divorce*, RDS 1955, II, p. 453 et ss.
- BARTH KARL *Dogmatique*, vol. III/4, fasc. 1, trad. Fernand Ryser, Genève, 1965.
- BARTON J. L. *Questions on the Divorce Reform Act 1969*, The Law Quarterly Review, 86 (1970), p. 348 et ss.
- BATES G. B. *The Divorce Reform Bill 1967*, The New Law Journal, 119 (1969), p. 45.
- BARWICK GARFIELD *Matrimonial Causes Bill 1959*, Parliamentary Debates, 14 mai 1959, tiré à part, Canberra, 1959.
- BAUMANN FRITZ *Die Ehescheidung*, RSJ 40 (1944), p. 17 et ss.
— *Glossen zum Zürcher Ferienkurs über Ehescheidung und Scheidungsverfahren*, RSJ 40 (1944), p. 342-343.
- BEITZKE GÜNTHER *Familienrecht*, 18^e éd., Munich, 1976.
— *Buchbesprechung*: Paul Mikat, Möglichkeiten und Grenzen einer Leitbildfunktion des bürgerlichen Ehescheidungsrechts (Festschrift Mörsdorf, München/Paderborn/Wien, 1969, 615 ff), FamRZ 1969, p. 501-502.
— *Zur deutschen Scheidungsrechtsreform*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 13 (1972), p. 1 et ss.
- BERGMANN ALEXANDER et FERID MURAD *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Francfort, dès 1952, mise à jour 1976.
- BINDER HANS *Abnorme Ebekonflikte und ihre psychiatrische Beurteilung*, Ferienkurs, Zurich, 1945.

- BLAGOJEVIC BORISLAV *Les données statistiques*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, tome IX II, 1960, p. 248 et ss.
- BLOMEYER JÜRGEN *Der Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts — insbesondere: die geplante Änderung des Verfahrensrechts*, FamRZ 1972, p. 432 et ss.
- BOILLOD PAUL *Des causes de divorce et de séparation de corps en droit suisse et en droit français*, thèse, Bâle, 1934.
- BONAC VLADIMIR *Die Ehetrennung in der föderativen Volksrepublik Jugoslaven*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, tome IX II, 1960, p. 350 et ss.
- BONNECASE JULIEN *La philosophie du Code Napoléon appliquée au droit de la famille*, 2^e éd., Paris, 1928.
- BOSCH F. W. *Der Änderungsvorschlag zu § 48 Abs. II des Ehegesetzes*, FamRZ 1961, p. 255.
- *Ehescheidung gemäß § 48 EheG und missbräuchliche Rechtsausübung*, FamRZ 1962, p. 182 et ss.
- *Ehe und Familie in der Rechtsordnung*, FamRZ 1966, p. 57 et ss.
- *Ehescheidung und ihre Folgen*, FamRZ 1970, p. 109-110.
- *Eherecht in Gefahr?*, FamRZ 1971, p. 57 et ss.
- *Le projet de loi sur le mariage en République Fédérale d'Allemagne*, Revue internationale de droit comparé, 1972, p. 55 et ss, ou FamRZ 1972, p. 329 et ss.
- *Neues deutsches Familienrecht 1976/1977*, FamRZ 1976, p. 401 et ss.
- BRAZIER MARCEL *La réforme du divorce*, Gaz. Pal. 1975, p. 766 et ss.
- BRINER ROBERT *Die Ehescheidungsgründe im Zivilstands- und Ehegesetz von 1874 und im Zivilgesetzbuch*, thèse de Zurich, Aarau, 1911.
- BROMLEY P. M. *Family Law*, 5^e éd., Londres, 1976.
- BROWN GEORGE G. *Divorce Reform Act 1969*, The New Law Journal, 120 (1970), p. 74-75.
- *Breakdown of Marriage*, The New Law Journal, 120 (1970), p. 341 et ss.
- BROWN L. NEVILLE *Divorce—French Style*, The Law Society's Gazette, 1968, p. 37-38.
- BRUNISHOLZ FERDINAND *La séparation de corps par consentement mutuel en droit civil suisse*, thèse, Fribourg, 1954.
- BRUSIIN OTTO *Zum Ehescheidungsproblem*, Helsinki, 1959.
- BÜHLER WALTER *Die Ehescheidung, Art. 137/144 ZGB*, Commentaire Bernois, Berne, 1971.
- *Das Ehescheidungsverfahren*, RDS 1955, II, p. 301 a et ss.
- BULZ EMMANUEL *Le divorce en droit rabbinique*, thèse, Neuchâtel, 1954.
- BURGESS ERNEST *Personality Goals and Roles of Family Members*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, tome IX II, 1960, p. 302 et ss.
- BÜRGLE HELMUT *Die Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf 1973 eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts*, FamRZ 1973, p. 508 et ss.

- *Reform des Rechts des Ehescheidung*, FamRZ 1971, p. 68 et ss.
- CARBONNIER JEAN *Droit civil*, tome 2 (La Famille, les Incapacités), 8^e éd. Paris, 1969.
- *La notion de cause de divorce*, Rev. trim. 1937, p. 281 et ss.
- *La question du divorce*, Mémoire à consulter, D. 1975, chron., p. 115 et ss.
- CHESNÉ GUY *Le divorce par consentement mutuel*, D. 1963, chron., p. 95 et ss.
- COODE COLIN A. *Until Death Do Us Part?* The Law Guardian, 1968, n^o 41, p. 19.
- CORNU GÉRARD *La lettre du Code à l'épreuve du temps*, Mélanges Savatier, Paris, 1965, p. 157 et ss.
- CRETNEY STEPHEN *Financial Protection in Divorce*, The New Law Journal, 120 (1970), p. 1104.
- CUQ EDOUARD *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928.
- CZARCHORSKI W. *Notice sur les données statistiques relatives aux divorces dans la République populaire de Pologne au cours des dernières années*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, tome IX II, 1960, p. 293 et ss.
- DEECH RUTH L. *Comparative Approaches to Divorce: Canada and England*, The Modern Law Review, 35 (1972), p. 113 et ss.
- DENNING ALFRED *The Changing Law*, Londres, 1953.
- DESCHENAUX HENRI et TERCIER PIERRE *Le mariage et le divorce*, Berne 1974.
- DESPERT J. LOUISE *Enfants du divorce*, trad. Dominique Maroger, Paris, 1957.
- DEUBNER KARL G. *Zerrüttungsprinzip und Streitträchtigkeit*, in «Eherechtsreform», Francfort, 1971.
- *Richtermacht im Scheidungsrecht*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1969, p. 220 et ss.
- DÖLLE HANS *Familienrecht*, vol. I, Karlsruhe, 1964, et vol. II, Karlsruhe, 1965.
- *Grundsätzliches zum Ehescheidungsrecht*, Schriftenreihe der evangelischen Akademie, série IV, cahier 3, Tubingue, 1946.
- DOMBOIS HANS ADOLF *Grundprobleme des Ehescheidungsrechts*, Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht, 1956, p. 32 et ss.
- DUFOUR ALFRED *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIII^e siècle*, thèse de Genève, Paris 1971.
- *Le mariage dans l'école romande du droit naturel au XVIII^e siècle*, Genève, 1976.
- DUTOIT BERNARD *La nouvelle loi italienne sur le divorce dans la perspective du DIP suisse*, REC, 1971, p. 275 et ss.
- EKELAAR J. M. *The Place of Divorce in Family Law's New Role*, The Modern Law Review, 38 (1975), p. 241 et ss.
- EGGER AUGUST *Das Familienrecht*, 1^{re} partie: *Das Eherecht Art. 90-251*, Commentaire Zurichois, 2^e éd., Zurich 1936.

- *Die Ehescheidung nach dem schweizerischen ZGB und das Scheidungsverfahren nach kantonalem Prozessrecht*, Schweizerische Zeitschrift für Gemeinnützigkeit, 1944, cahier 9, p. 399 et ss.
- *La situation juridique de la famille à l'époque actuelle*, FF 1944, p. 1037 et ss; au sujet du divorce, p. 1053 et ss.
- *Über die Rechtsethik des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2^e éd., Zurich, 1950.
- *Ehescheidung und Scheidungsverfahren in juristischer und psychologischer Beleuchtung*, Ferienkurs, Zurich, 1945, p. 184 et ss.
- *Zum heutigen Stand des Ehescheidungsrechtes*, RDS 1954, p. 81 et ss.
- EHRlich KURT *Die Scheidungsklage des an der Zerrüttung der Ehe überwiegend schuldigen Ehegatten bei Zustimmung des anderen zur Scheidung*, RSJ, 46 (1950), p. 287 et ss.
- ELSTON ELISABETH, FULLER JANE, MURCH MERVYN *Judicial Hearings of undefended Divorce Petitions*, The Modern Law Review, 38 (1975), p. 606 et ss.
- FARBOROUGH LOUIS HENRY *Das neue englische Ehescheidungsrecht*, Neue juristische Wochenschrift, 1971, p. 311-312.
- FINLAY H. A. *Reforming Australia's Divorce Law*, The New Law Journal, 124 (1974), p. 769 et ss.
- *Reluctant, but inevitable: The Retreat of Matrimonial Fault*, The Modern Law Review, 38 (1975), p. 153 et ss.
- FISCHER PAUL *Die Rechtsprechung in Ehescheidungs- und Trennungssachen in der Schweiz*, Archiv für die civilistische Praxis, 133 (1931), p. 70 et ss.
- FLETCHER RONALD *The Family and Marriage in Britain*, Harmondsworth, 1966.
- FLURI MAX *Über die Zustimmung zur Scheidungsklage nach Art. 142 ZGB und ihr Verhältnis zur Widerklage*, BJM 1963, p. 254 et ss.
- FONTANA A. *Pour luttter contre les divorces*, SJ 1949, p. 412 et ss.
- FRISECKE-TACKENBERGER GISELA *Die negative Härteklauseel im neuen Scheidungsfolgenrecht*, FamRZ 1972, p. 5 et ss.
- FURRER JOSEF *Die Trennung der Ehegatten nach kanonischem Recht im Verhältnis zum schweizerischen Zivilrecht*, Stans, 1939.
- GALLINO FRANCO *Il divorzio nel diritto svizzero*, Bellinzona, 1952.
- GANSSEr GEORGES *Die Wahrung des öffentlichen Interesses bei Eheschliessung und bei Eheauflösung*, thèse, Bâle, 1942.
- GAUDEMET JEAN *Institutions de l'Antiquité*, Paris, 1967.
- *Le statut de la femme dans l'Empire romain*, in « La femme », 1^{re} partie, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Bruxelles, 1959, p. 191 et ss.
- GERNHUBER JOACHIM *Lehrbuch des Familienrechts*, 2^e éd., Munich/Berlin, 1971.
- GERWIG MAX *Scheidungsverfahren und Eheschutz*, Ferienkurs, Zurich, 1945, p. 36 et ss.
- GIBSEN DIETER *Aktuelle Probleme einer Reform des Scheidungsrechts*, Francfort, 1971.

- *Objektive Ehezerrüttung — alleiniger Scheidungstatbestand?* FamRZ 1966, p. 524 et ss.
- GISI MAX *Verhandlungs- und Offizialmaxime im Eheprozessrecht*, RDS 1913, p. 419 et ss.
- GMÜR MAX *Familienrecht*, 1^{re} partie : *Das Eherecht, Art. 90-251*, Commentaire Bernois, 2^e éd., Berne, 1923.
- GOLL FRIEDRICH *Die objektive Zerrüttung der ehelichen Lebensgemeinschaft*, thèse, Bâle, 1961.
- GOURDON CLAUDE *La notion de cause de divorce étudiée dans ses rapports avec la faute*, Paris, 1963.
- GRANDKE ANITA *Familienrecht*, 2^e éd., Berlin (Est), 1976.
- GRANZOW CHARLOTTE *Das neue Familiengesetzbuch der « DDR »*, FamRZ 1966, p. 217 et ss.
- GRIEW E. J. *Marital Reconciliation—Contexts and Meanings*, The Cambridge Law Journal, 30 (1972), p. 294 et ss.
- GRISEL ANDRÉ *La violation des devoirs conjugaux et les dispositions du code civil sur le divorce*, JT 1943, p. 290 et ss et 322 et ss.
- GROSLIÈRE JEAN-CLAUDE *La réforme du divorce*, Paris, 1976.
- GROSSEN JACQUES-MICHEL *L'égalité du mari et de la femme au regard du droit de la famille*, Neuchâtel, 1957.
- *Quelques remarques sur la situation et les méthodes du droit de la famille*, RDS 1966, I, p. 41 et ss.
- *L'évolution du régime juridique des pensions et des indemnités consécutives au divorce*, Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, vol. 23, 1968, p. 31 et ss.
- *Le mariage du XX^e siècle et ses lois*, Conférences universitaires 1967-1969, Neuchâtel, 1971, p. 148 et ss.
- GROSSMANN E. *Die Ehescheidung im Licht der Statistik*, Ferienkurs, Zurich, 1945, p. 134 et ss.
- GÜRPINAR NIHAAT Y. *Die Entwicklung des türkischen Eherechts seit der Rezeption des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, thèse, Göttingen, 1966.
- GYGAX PAUL *Sozialpolitik und Familienschutz*, Mélanges Egger, Zurich, 1945, p. 31 et ss.
- HÄBERLIN PAUL *Über die Ehe*, 3^e éd., Zurich, 1929.
- HABSCHIED WALTER J. *Über Ehe und Recht, eine Besprechung des Buches von W. Müller-Freienfels*, FamRZ 1963, p. 415 et ss.
- HAFFTER CARL *Kinder aus geschiedenen Ehen*, 2^e éd., Berne/Stuttgart, 1960.
- *Psychiatrische Untersuchung zur Frage der Ehescheidung*, RDS 1954, p. 49 et ss.
- HALL J. C. *Divorce Reform?* The Cambridge Law Journal, 24 (1966), p. 184 et ss.

- *Family Law—Encouraging Reconciliation of Dissident Spouses*, The Cambridge Law Journal 25 (1967), p. 179 et ss.
- *A New Basis for Divorce*, The Cambridge Law Journal, 28 (1970), p. 45 et ss.
- HALLER E. *Die Ehescheidung vor dem Friedensrichter*, Ferienkurs, Zurich, 1945, p. 139 et ss.
- HANSELMANN HEINRICH *Psychologische Beleuchtung der Ehekonflikte*, Ferienkurs, Zurich, 1945, p. 73 et ss.
- HASLIMANN-IZBICKI MARIANNE *Die Unzumutbarkeit der Fortsetzung der Ehelichen Gemeinschaft und das Zerrüttungsprinzip*, thèse de Zurich, Diessenhofen, 1977.
- HELD FRITZ *Der generelle Ehescheidungsgrund im deutschen und schweizerischen Recht*, thèse, Berne, 1918.
- HELD PHILIPP *Gedanken zur Reform des Ehescheidungsrechts*, FamRZ 1970, p. 298 et ss.
- *Reform des Scheidungsrechts*, FamRZ 1970, p. 509 et ss.
- *Die Stellungnahme des Bundesrats zur Reform des Eherechts*, FamRZ 1971, p. 490 et ss.
- HENRICH DIETER *Familienrecht*, 2^e éd., Berlin/New York, 1977.
- HILDEBRAND WALTER *Massnahmen zum Schutze der ehelichen Gemeinschaft, Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht*, Mélanges de Saint-Gall, Berne, 1965, p. 133 et ss.
- HILDEBRANDT WALTER *Scheidungsrecht und Schöpfungsordnung — Eine Betrachtung zu Art. 142 ZGB*, Kirchliche Zeitfragen, n^o 18, Zurich, 1947.
- HILLERMEIER KARL *Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts aus der Sicht der Bundesratsvorschläge*, FamRZ 1976, p. 577 et ss.
- HINDERLING HANS *Das schweizerische Ehescheidungsrecht*, 3^e éd., Zurich, 1967, et supplément, 1973.
- *Aktuelle Fragen des Scheidungsrechts*, RSJ 45 (1949), p. 265 et ss et 286 et ss.
- *Die rechtsmissbräuchliche Berufung auf Art. 142/2 ZGB*, Mélanges Simonius, Bâle, 1955, p. 119 et ss.
- *Änderung des deutschen Familienrechts (insbesondere des Ehescheidungsrechts) in schweizerischer Sicht*, RSJ 57 (1961), p. 329 et ss.
- *Zerrüttungs- und Verschuldensprinzip in ihrer Bedeutung für die Ehescheidung*, BJM 1965, p. 53 et ss.
- *Zur Auslegung von Art. 148 Abs. 2 (und Art. 142 Abs. 2) ZGB*, RSJ 63 (1967), p. 33 et ss.
- *Die Bedeutung des Verschuldens für das Ehescheidungsrecht der Schweiz*, Mélanges Rheinstein, Tubingue, 1969, vol. II, p. 993 et ss.
- *Das Ehescheidungsrecht im Umbruch*, RSJ 67 (1971), p. 269 et ss et 291 et ss.
- *Gedanken zur Revision des Ehescheidungsrechts*, Bulletin de la Fédération Suisse des Avocats, n^o 41 (sept. 1973), p. 8 et ss.

- *Fragen aus dem Scheidungsrecht (gegenwärtiger Stand der Revisionsarbeit)*, RSJ 71 (1975), p. 253 et ss.
- HINDERLING HANS et DUCQ LÉON *Marriage Counseling in Switzerland*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, tome IX II, 1960, p. 99 et ss.
- HIRSCH MARTIN *Probleme einer Reform des Scheidungsrechts*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1969, p. 246 et ss.
- *Einige Anmerkungen zur Eherechtsreform*, FamRZ 1972, p. 245 et ss.
- HOYER HANS *Zwischenbilanz der österreichischen Familienrechtsreform*, FamRZ 1976, p. 1 et ss.
- HUBER EUGÈNE *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, 4 vol., Bâle, 1886-1893.
- *Exposé des motifs de l'avant-projet du Département fédéral de Justice et Police*, Berne, 1902.
- JACQUINOT CLAUDE *Le nouveau projet de loi portant réforme du divorce*, Gaz. Pal. 1975, p. 187 et ss.
- JÄGGI PETER *Das verweltliche Eherecht*, Fribourg, 1955.
- *Vom Schutz der ehelichen Gemeinschaft*, RDS 1956, I, p. 55 et ss.
- JAYME ERIK *Neues Scheidungsrecht in Kalifornien*, FamRZ 1970, p. 216 et ss.
- JAYME ERIK et LUTHER GERHARD *Das italienische Scheidungsgesetz vom 1. Dezember 1970 in deutscher Übersetzung*, FamRZ 1970, p. 113 et ss.
- JEMOLO ARTURO CARLO *Über das Familienrecht*, traduction Erik Jayme, FamRZ 1972, p. 473 et ss.
- JOHNSTONE QUINTIN *The Family Court*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, tome IX II, 1960, p. 188 et ss.
- JOURNET CHARLES (Cardinal) *Le mariage indissoluble*, Saint-Maurice, 1968.
- KARLSSON GEORG *Social Policies and Marriage Stability in Sweden*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, tome IX II, 1960, p. 240 et ss.
- KEHL ROBERT *Von der Offizialmaxime*, RSJ 43 (1947), p. 184 et ss.
- *Bemerkungen zum schweizerischen Ehescheidungsrecht*, RDS 1948, p. 225 et ss.
- *Nochmals Art. 142/2 ZGB*, RSJ 47 (1951), p. 21 et ss.
- *Die Familienrechtsreform, eine Nachlese zu den Anträgen der Studienkommission*, RDS 1967, I, p. 147 et ss.
- KELLER MAX *Lehrbuch des Eherechts*, Berne, 1973.
- *Die einverständliche Scheidung*, RSJ 66 (1970), p. 113 et ss.
- KIEFÉ SUZANNE *Le divorce au Danemark*, Gaz. Pal., 1976, p. 372.
- *Le divorce en Suède*, Gaz. Pal., 1976, p. 361-362.
- *Le divorce en Norvège*, Gaz. Pal., 1976, p. 357-358.
- *Evolution de la législation du divorce dans les principaux pays de l'Europe occidentale*, Gaz. Pal., 1976, p. 616 et ss.

- KNUS JOHN *Die Ehescheidungsgründe im schweizerischen Zivilgesetzbuch*, thèse, Zurich, 1936.
- KÖNIG RENÉ *Von der Notwendigkeit einer Familiensoziologie*, Mélanges Egger, Zurich, 1945, p. 45 et ss.
- DE KOTZEBUE RURIK *De la nature juridique du mariage*, Mélanges Guisan, Lausanne, 1950, p. 71 et ss.
- KRAFFT AGÉNOR *A propos de divorce*, RSJ 26 (1930), p. 261-262.
— *Le droit au divorce ou contre le totalitarisme judiciaire en Suisse*, Lausanne, 1949.
- KÜHN EVELYN *Scheidungsrecht in rechtspolitischer und sozialwissenschaftlicher Perspektive*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1975, p. 163 et ss.
- KÜHNERT HANNO *Die Zerrüttete Ehe. Scheidungsrecht in 19 Ländern*, Francfort, 1970.
- LANGE HEINRICH *Fragen des Ehescheidungsrechts*, Archiv für die civilistische Praxis, 1939, p. 129 et ss.
- LANGE HERMANN *Zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG)*, FamRZ 1971, p. 481 et ss.
— *Folgen der Ehescheidung im Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts (1. EheRG)*, FamRZ, 1972, p. 225 et ss.
- LASOK D. *Reforming the Divorce Law: A Critical Appraisal*, The Solicitors' Journal, 112 (1968), p. 430 et ss.
- LATEY WILLIAM *The Tide of Divorce*, Londres, 1970.
- LAUTERBACH WOLFGANG *Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu § 48 und § 47 EheG*, Neue Juristische Wochenschrift, 1969, p. 897 et ss.
- LEE LUKE et LARSON ARTHUR *Population and Law*, Leiden, 1971.
- LEIGH G. L. *Divorce Law Reform*, The Solicitors' Journal, 112 (1968), p. 603.
- LEMP PAUL *Das Eherecht, Art. 159/251 ZGB*, Commentaire Bernois, Berne, 1963.
- LEUENBERGER HANS RUDOLF *Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft*, thèse, Berne, 1944.
- LEUTERITZ KARL *Ehescheidungsrecht in den Niederlanden*, FamRZ 1972, p. 30 et ss.
- LEVIN JENNIFER *The Divorce Reform Act 1969*, The Modern Law Review, 33 (1970), p. 632 et ss.
- LIBMANN JEAN *Le divorce*, Tournai, 1971.
- LIENERT XAVER *Die Schuld bei der Ehescheidung nach schweizerischem Recht*, thèse, Zurich, 1950.
- LIENHART ERNST-E. *Die Ehescheidung im schweizerischen Recht*, 3^e éd., Zurich, 1958.

- LINDON RAYMOND *La nouvelle législation sur le divorce et le recouvrement public des pensions alimentaires*, JCP 1975, I, p. 2778 et ss.
- LOUVET JEAN *Le divorce par consentement mutuel va-t-il être instauré en France ?* Gaz. Pal. 1970, p. 74 et ss.
 — *Les propositions de loi extensives du divorce*, Gaz. Pal. 1974, p. 151 et ss.
 — *La grande réforme du divorce*, Gaz. Pal. 1975, p. 78 et ss.
- LÜBSCHEN GUSTAV-ADOLF et MEHNERT AGNES *Familiengesetze sozialistischer Länder*, Berlin (Est), 1971.
- LÜDERITZ ALEXANDER *Empfehl es sich Gründe und Folgen der Ehescheidung neu zu regeln ?*, Munich, 1970.
- LUGAN JEAN *La réforme du divorce au Portugal*, Gaz. Pal. 1975, p. 401-402.
 — *Incidence de la modification du concordat sur le divorce au Portugal*, Gaz. Pal. 1975, p. 401.
- MAC CURDY WILLIAM *Divorce. A suggested Approach with Particular Reference to Dissolution for living separate and apart*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, tome IX II, 1960, p. 56 et ss.
- MAC KENNA B. *Divorce by Consent and Divorce for Breakdown of Marriage*, The Modern Law Review, 30 (1967), p. 121 et ss.
- MAGNUS ULRICH *Jüngste Entwicklung im Scheidungsrecht Englands, der Schweiz und der DDR — noch bedeutsam für die deutsche Reform ?*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1975, p. 56 et ss.
- MAIER-REIMER HEDWIG *Empfehl es sich Gründe und Folgen der Ehescheidung neu zu regeln ?*, Munich, 1970.
- MAILLET JEAN *Histoire des institutions et des faits sociaux*, Paris, 1956.
- MANCHESTER A. H. et WHETTON J. M. *Marital Conciliation in England and Wales*, The International and Comparative Law Quarterly, 1974, p. 339 et ss.
- MARCHAND GEORGES *Le divorce et la séparation de corps dans le Code civil suisse*, thèse, Montpellier, 1921.
- MARTIN ALFRED *Commentaire de la loi fédérale concernant l'état civil et le mariage du 24 décembre 1874*, Genève, 1897.
- MARTON J. H. *Zur Reform des Scheidungsrechts in England*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1970, p. 140-141.
- MAZEAUD HENRI *Le divorce par consentement forcé*, D. 1963, chron., p. 143 et ss.
- MAZEAUD HENRI, LÉON et JEAN *Leçons de droit civil*, tome I, 3^e vol., 6^e éd. par Michel de Juglart, Paris, 1976.
- MELANDER ILMARY *Marriage Counseling and Conciliation Proceedings in Finland*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, tome IX II, 1960, p. 231 et ss.
- MENTHA FRITZ-H. *Mémoire relatif à la revision de la loi fédérale sur l'état civil, le mariage et le divorce*, Neuchâtel, 1888.

- MIKAT PAUL *Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen zum Zerrüttungsprinzip*, FamRZ 1962, p. 81 et ss, 273 et ss, 497 et ss et 1963, p. 65 et ss.
- *Ehe und Eherecht im evangelischen Kirchenrecht*, FamRZ 1965, p. 353 et ss.
 - *Möglichkeiten und Grenzen einer Leitbildfunktion des bürgerlichen Ehescheidungsrechts*, Mélanges Mörsdorf, Munich/Paderborn/Vienne, 1969, p. 615 et ss.
 - *Scheidungsrechtsreform in einer pluralistischen Gesellschaft*, Bielefeld, 1970 ou FamRZ 1970, p. 333 et ss.
 - *Zum Regierungsentwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts*, FamRZ 1972, p. 1 et ss.
- MIROCHA LADISLAUS *Zum Zivil- und Familienrecht der Deutschen Demokratischen Republik*, RSJ 71 (1975), p. 141 et ss.
- MOGEY JOHN M. *The State of Marriage Counseling and Family Life Education in England in 1957*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, tome IX II, 1960, p. 104 et ss.
- MORRIS DAVID *The End of Marriage*, Londres, 1971.
- MOTSCH RICHARD *Das englische Scheidungsreformgesetz 1969*, FamRZ 1970, p. 352 et ss.
- VON DER MÜHLL JOHANN GEORG *Der Scheidungsgrund des Art. 142 ZGB nach der Praxis der Basler Gerichte, 1957/1968*, thèse, Bâle, 1972.
- MÜLLER-FREIENFELS WOLFRAM *Ehe und Recht*, Tubingue, 1962.
- *Zur Scheidung wegen Glaubenwechsel*, JZ 1964, p. 305 et ss.
 - *Zur revolutionären Familiengesetzgebung, insbesondere zum Ehegesetz der Volksrepublik China vom 1. Mai 1950*, Mélanges Rheinstein, Tubingue, 1969, vol. II, p. 843 et ss.
 - *Die «einseitige» Scheidungsklage aus beiderseitigem Verschulden*, JZ 1972, p. 713 et ss.
- VON MÜNCH EVA-MARIE *Reform des Ehescheidungsrechts*, Berlin/New York, 1971.
- NABHOLZ-HAIDEGGER LILI *Die Konventionalscheidung*, thèse, Zurich, 1972.
- VON NELL-BREUNING OSWALD *Katholische Kirche und zivile Ehescheidung*, in «Eherechtsreform», Francfort, 1971.
- NEUHAUS PAUL HEINRICH *Was heisst Zerrüttung der Ehe?*, FamRZ 1968, p. 57 et ss.
- *Ehescheidungsgründe in rechtsvergleichender Sicht*, RabelsZ 32 (1968), p. 24 et ss.
 - *Privatrecht und Stabilität der Eben in rechtsvergleichender Sicht*, Mélanges Rheinstein, Tubingue, 1969, vol. II, p. 937 et ss.
 - *Ehescheidungs-Reform?*, FamRZ 1970, p. 348 et ss.
 - *Wann ist die Ehe zerrüttet?*, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1972, p. 155-156.
- NOVAK FRANZ *Die einverständliche Auflösung der Ehe*, Juristische Blätter, Vienne, 1946, p. 299 et ss.
- OERTON R. T. *Reforming the Divorce Law: a Rejoinder*, The Solicitors' Journal, 112 (1968), p. 550 et ss et 572-573.

- ONDEI EMILIO *Le divorce en Italie*, traduction de Line Guillois, Revue internationale de droit comparé, 1972, p. 77 et ss.
- PASSINGHAM B. *The Divorce Reform Act 1969*, Londres, 1970.
— *Divorce Law and Procedure—The Winds of Change*, The Law Society's Gazette, 1969, p. 38 et ss.
- PERRIN JEAN-FRANÇOIS *Opinion publique et droit du mariage*, Genève, 1974.
- PICOT ALBERT *La jurisprudence en matière de divorce et de séparation de corps sous le régime du Code civil suisse*, RDS 1929, p. 1a et ss.
— *Quelques considérations sur le divorce*, Lausanne, 1929.
- PIRENNE JACQUES *Le statut de la femme dans la civilisation hébraïque*, in « La femme », 1^{re} partie, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Bruxelles, 1959, p. 107 et ss.
- PLANIOL MARCEL, RIPERT GEORGES, ROUAST ANDRÉ *Traité pratique de droit civil français*, tome II, 2^e éd., Paris, 1952.
- PLATERIS ALEXANDER *Statistical Data on Marriage Stability*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, tome IX II, 1960, p. 258 et ss.
- POLLARD ROBERT S. W. *The Problem of Divorce*, Londres, 1958.
- PRÉAUX CLAIRE *Le statut de la femme à l'époque hellénistique, principalement en Egypte*, in « La femme », 1^{re} partie, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Bruxelles, 1959, p. 127 et ss.
- PRINZ OTTO *Ehescheidung ohne Verschulden nach nordischem Recht*, RabelsZ 25 (1960), p. 222 et ss.
- PUXON MARGARET *Putting Asunder*, The Solicitors' Journal, 110 (1966), p. 805.
- PYTHON MARIE-NOËLLE *Le rôle de la faute dans le divorce*, étude de droit suisse d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, thèse, Lausanne, 1958.
- RAMM THILO *Zur Neuregelung des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen*, JZ 1970, p. 705 et ss et 753 et ss.
- REYMOND CHARLES *Du divorce et de la séparation de corps en Suisse*, Lausanne, 1915.
- RHEINSTEIN MAX *Marriage Stability and Law on Divorce*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, tome IX II, 1960, p. 15 et ss.
— *The Stability of the Family*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, tome IX II, 1960, p. 1 et ss.
— *Buchbesprechung: W. Müller-Freienfels: Ehe und Recht*, Archiv für die civilistische Praxis, 1964, p. 368 et ss.
— *Marriage Breakdown in Ticino and Comasco*, Mélanges Ficker, Francfort/Berlin, 1967, p. 385 et ss.
— *Marriage Stability, Divorce and the Law*, Chicago/Londres, 1972.
— *La famille, son évolution, son droit*. Mélanges Ancel, Paris, 1975, vol. I, p. 193 et ss.
- RIGGENBACH LUCAS *Die Ehescheidung im schweizerischen Recht*, thèse, Leipzig, 1902.

- ROOD-DE BOER M. *Ehescheidungsrecht in den Niederlanden*, FamRZ 1972, p. 23 et ss.
- ROSSEL VIRGILE et MENTHA FRITZ-H. *Manuel du droit civil suisse*, tome I, 2^e éd. Lausanne/Genève, 1922.
- ROTH FRITZ *Die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses als Problem der Rechtsprechung*, thèse, Berne, 1936.
- ROTH GÜNTHER H. *Unterhalt nach Scheidung unabhängig vom Verschulden*, FamRZ 1970, p. 110 et ss.
- ROUGHOL-VALDEYRON DENISE *Le divorce par consentement mutuel et le Code Napoléon*, Rev. trim. 1975, p. 482 et ss.
- RULANO FRANZ *Die Beziehungen zwischen familiären Unterhalt und Leistungen der sozialen Sicherheit*, FamRZ 1972, p. 537 et ss.
- RÜMELIN MAX *Der Vorentwurf zu einem Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Leipzig, 1901.
- RUSSELL BERTRAND *Marriage and Morals*, Londres, 1932.
- SAMESHIMA TATSUO *The japanese Family Court*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, tome IX II, 1960, p. 131 et ss.
- SAVATIER RENÉ *Le droit, l'amour et la liberté*, 2^e éd., Paris, 1963.
- VON SAVIGNY FRIEDRICH CARL *Über Eherecht und Ehescheidung*, réimpression de l'introduction de «Darstellung der in den Preussischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform», Berlin, 1844, p. 5 à 19, in FamRZ 1969, p. 1 et ss.
- SCHIEDEGGER OTTO *Ehe und Ehescheidung*, Bâle, 1952.
- SCHLATTER ANNA MARGARETHA *Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft*, thèse, Zurich, 1920.
- SCHMID WALTER *Das Eheproblem vor dem Rechtsanwalt*, RSJ 42 (1946), p. 34 et ss.
- SCHMIDT FOLKE *Schwedisches Ehescheidungsrecht*, FamRZ 1966, p. 1 et ss.
- SCHWIND FRITZ *Studien zum Eherecht*, Juristische Blätter, Vienne, 1946, p. 323 et ss.
- SCHMUZIGER FRITZ *Das Verschuldensprinzip im schweizerischen Ehescheidungsrecht mit besonderer Berücksichtigung des deutschen Rechts*, thèse, Hambourg, 1923.
- SCHWAB DIETER *Das Recht der Ehescheidung nach dem 1. Ehe RG: Die Scheidungsgründe*, FamRZ 1976, p. 491 et ss.
- SCHWARZ F. et MIMAROGLU S. K. *Les causes indéterminées de divorce en Suisse et en Turquie*, JT 1962, I, p. 474 et ss.
- SCHWARZHaupt ELISABETH *Das Familienrechtsänderungsgesetz von 1961*, Teil I, Änderung des Bürgerlichen Rechts, FamRZ 1961, p. 329 et ss.
— *Zu § 48 Abs. II EheG. Scheidung gegen den Willen des schuldlosen Ehegatten?*, FamRZ 1961, p. 466-467.
- SEEGER, H. *Die Rechtsprechung in Ehescheidungs- und Trennungssachen nach schweizerischem Zivilgesetzbuch*, RDS 1929, p. 105a et ss.

- SELBY D. M. *The Development of Divorce Law in Australia*, *The Modern Law Review*, 29 (1966), p. 473 et ss.
- SHANER DONALD W. *A Christian View of Divorce*, Leiden, 1969.
- SIMON JOCELYN *Divorce Reform: The Seven Pillars of Divorce Reform*, *The New Law Journal*, 115 (1965), p. 363-364.
— *Divorce Law—Changing Time*, *The New Law Journal*, 120 (1970), p. 209.
- SIMOND FRED.-E. *Divorce. Séparation de corps. Indemnités. Aperçu de jurisprudence*, JT 1962, I, p. 538 et ss.
- SIMSON GERHARD *Die Erleichterung der Eheschliessung und Ehescheidung in Schweden von 1974*, JZ 1974, p. 404 et ss.
- SNEDDEN BRUCE *Matrimonial Causes Bill 1965*. Second Reading Speech, Parliamentary Debates, 1965, p. 2414 et ss. (Australie).
— *Matrimonial Causes Bill 1966*. Second Reading Speech, Parliamentary Debates, 1966, p. 1428. (Australie).
- STOCKER WERNER *Zeit- und Streitfragen im Scheidungsrecht*, RSJ 47 (1951), p. 1 et ss et 17 et ss.
- STREBEL JAKOB *Epoux divorcés*, traduction de la 3^e éd. allemande par Annie Dutoit, Neuchâtel, 1943.
— *Zum Verfahren in Ehescheidungsprozessen*, Ferienkurs, Zurich, 1945, p. 18 et ss.
- SUNDBERG JACOB W. F. *Marriage or No Marriage in Swedish Law*, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1971, p. 223 et ss.
- THILO EMILE *Divorce pour causes indéterminées*, JT 1928, I, p. 499.
- TURNER J. NEVILLE *Scheidungsrecht nach australischem Recht*, trad. Jan Marwede, FamRZ 1969, p. 193 et ss.
- VALLOTTON HENRY *Le divorce et la séparation de corps*, thèse, Lausanne, 1914.
- VILLERS ROBERT *Le statut de la femme à Rome jusqu'à la fin de la République*, in « La femme », 1^{re} partie, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Bruxelles, 1959, p. 177 et ss.
- VOGEL HANS-JOCHEN *Das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. Juni 1976 (1. EheRG)*, FamRZ 1976, p. 481 et ss.
- VOULET JACQUES *Toutes les questions pratiques sur le divorce et la séparation de corps*, 7^e éd., Paris, 1976.
- WAEHLER JAN PETER *Neues sowjetisches Familienrecht — Zum Gesetz der UdSSR über Ehe und Familie vom Juni 1968*, FamRZ 1968, p. 557 et ss.
- WATERS R. L. *Divorce Reform Act 1969*, *The Solicitors' Journal*, 114 (1970), p. 726 et ss, 745 et ss et 760 et ss.
- WATIN NOËLY et KIEFÉ SUZANNE *A propos des projets de loi sur le divorce*, Gaz. Pal. 1974, p. 373 et ss.
- WATTS VICTOR *Divorce Law Changes*, *The Law Guardian*, 1971, n° 66, p. 11 et ss.

- WEST MORRIS et FRANCIS ROBERT *Le mariage et le divorce*, trad. Claire Poole, Paris, 1971.
- WIESER LUIS V. *Ehe und Ehescheidung im Allgemeinen und unter besonderer Berücksichtigung des Sachverständigenutachtens*, thèse, Bâle, 1951.
- WILKENS ERWIN *Theologische Erwägungen zur Ehescheidung*, FamRZ 1969, p. 57 et ss.
- WILSON WILLIAM *Divorce Reform Bill*, The New Law Journal, 117 (1967), p. 1310.
- WOLF ERNST *Zwang zur Ehe*, JZ 1967, p. 659 et ss.
— *Ehe, Zerrüttung, Verschulden*, Neue Juristische Wochenschrift, 1968, p. 1497 et ss.
- WOLF ERNST et LÜKE GERHARD *Ebeverfehlung, Ehezerüttung und einverständliche Scheidung in den Vorschlägen zur Reform des Ehescheidungsrechts in England*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 1969.
- WOLF ERNST, LÜKE GERHARD, HAX HERBERT *Scheidung und Scheidungsrecht*, Tübingue, 1959.
- WUARIN ALBERT *Causes de divorce*, VI, FJS n° 515, Genève, 1942.
- WURZBACHER GERHARD et CYPRIAN GUDRUN *Ehe und Ehescheidung in soziologischer Sicht*, in «Eherechtsreform», Francfort, 1971.
- ZIMMERMANN ULRICH *Die unverschuldete Scheidung in Rechtsvergleichung*, thèse, Bâle, 1947.
- ZUBER HERBERT *Gestörte Ehen*, Berne/Stuttgart, 1967.

OUVRAGES COLLECTIFS

- Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz: *Reform des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen*, Bonn, 1970.
- Eherechtskommission beim Bundesministerium der Justiz: *Vorschläge zur Reform des Ehescheidungsrechts und des Unterhaltsrechts nach der Ehescheidung*, Bielefeld, 1970.
- Groupe international de recherches sur le divorce: *Le divorce en Europe occidentale*, Paris, 1975.
- Mitarbeiter im Bundesministerium der Justiz: *Der Diskussionsentwurf eines Gesetzes über die Neuregelung des Rechts der Ehescheidung und der Scheidungsfolgen*, FamRZ 1970, p. 431 et ss.
- Ministère suédois de la Justice: *Rapport du 1^{er} décembre 1973 relatif à la nouvelle loi sur le divorce*.

Putting Asunder. A Divorce Law for Contemporary Society. The Report of a Group appointed by the Archbishop of Canterbury in January 1964, Londres, 1966.

Sweet & Maxwell's Family Law Statutes, second edition, Londres, 1976, Edited by Sweet & Maxwell's Legal Editorial Staff with Jennifer Terry. Advisory Editor Olive M. Stone.

The Law Commission : *Reform of the Grounds of Divorce. The Field of Choice* (Cmnd. 3123), Londres, 1967.

Royal Commission on Marriage and Divorce : *Report 1951-1955* (Cmnd. 9678), Londres, 1956.

Zweiter Bericht und Antrag des Rechtsausschusses des Bundesrats vom 28. 11. 1975, BT-Drucks. 7/4361, sur la base du *Regierungsentwurf eines Ersten Gesetzes zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 1. 6. 1973*, BT-Drucks. 7/650.