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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 60 (1941)

Artikel: Les conditions du divorce pour aliénation mentale

Autor: Des Gouttes, René

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896303

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 15.07.2025

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

Les conditions du divorce pour aliénation mentale

Par M. le docteur René Des Gouttes, avocat, Genève.

TABLE DES MATIÈRES

I. Conditions de fond 267
A. Selon le texte légal, au nombre de quatre 267
1. Maladie mentale 269
2. Incompatibilité 273
3. Durée de trois ans 275
4. Incurabilité 277
B. Raisons de s'écarter du texte légal 279
1. Esprit de la loi (Egger, Curti, Seeger) 280
2. Formalisme 284
3. Bonne foi 286
4. Considérations pratiques (preuve) 288
5. Droit allemand 290
6. Dislocation des conditions (Gmür) 291
7. Objections particulières („en tout temps"; „continuation"; „insupportable") 297
C. Raisons de s'en tenir au texte légal 300
1. Arbitraire de la solution adverse 300
2. Imprécision de celle-ci 302
3. Nature du délai triennal 306

II. Conditions de forme 309
Qualité pour défendre au procès. Casuistique:
1. Incapacité de discernement 309
2. Interdiction 310
3. Internement 313
4. Liberté d'action 314

III. Conclusions 317
1. Au fond 317
2. A la forme 317

Il est curieux de constater, plus de trente ans après la publication du Code civil suisse, que l'une au moins des dispositions de ce code — lequel est pourtant un modèle de clarté et de simplicité — a encore une teneur incertaine en doctrine et en jurisprudence. Une telle constatation est d'autant plus inattendue que cette disposition légale concerne le domaine fort exploré du divorce et relève en conséquence d'un chapitre qui est d'une application constante en pratique[1]). Il est vrai que le divorce pour cause de maladie mentale est exceptionnel: le 2% seulement des divorces sont prononcés sur la base de l'article 141 CCS[2]), et nombre de cas sont si caractérisés que le juge n'a pas besoin de se livrer à un examen approfondi des conditions d'application de ce texte légal.

Les divergences d'opinion qui existent à propos de cet article sont de deux ordres différents, selon que l'on envisage le fond ou la forme, les conditions matérielles de l'article 141 ou ses conditions formelles.

I. Conditions de fond.

A. Texte de l'article 141 CCS.

1. Que l'on prenne l'un ou l'autre des trois textes officiels du CCS, l'article 141 exige toujours comme „cause" de divorce les quatre circonstances suivantes qu'il énumère successivement en des propositions distinctes:

„la maladie mentale du conjoint",

---

[1]) Picot, Rapport à la Société suisse des juristes 1929, 3a: „Toutes les questions relatives au divorce ont été plus que d'autres dans le domaine du droit de famille, abondamment traitées par la jurisprudence."

[2]) Briner, Die Ehescheidungsgründe, Thèse Zurich 1911, 80, pour les divorces rendus entre 1890 et 1900. Seeger, Rapport à la Société suisse des juristes 1929, 222a, indique les taux suivantes: 1,7% de 1901 à 1910, 1,8% de 1911 à 1920, 2% de 1921 à 1927.

„. . . rend la continuation de la vie commune insupportable au demandeur",

„et après une durée de trois ans", elle a

„été reconnue incurable à dire d'experts"[3]).

2. a) Ni les auteurs ni les tribunaux ne mettent en doute que, selon le texte du dit article, chacune de ces quatre circonstances constitue bien une condition d'application de cette disposition légale, un des quatre facteurs nécessaires à la cause de divorce qu'elle prévoit[4]).

b) Ces quatre conditions peuvent d'ailleurs logiquement se ramener aux deux éléments traditionnels: la matière et le temps. Le texte légal exige, en effet, une maladie qualifiée quant à son genre (1ère et 2ème condition) et quant à sa durée: trois ans dans le passé et l'„illimité" dans l'avenir (incurabilité).

c) Il n'est pas contesté que ces conditions sont cumulatives, comme toutes celles de n'importe quelle prescription légale[5]). Elles doivent donc s'additionner les unes aux autres, se superposer, en ce sens qu'en l'absence

---

[3]) Avant le CCS, cette cause était prévue par plusieurs droits cantonaux: Argovie loi de 1828, Berne loi de 1824, Schaffhouse loi de 1864, Soleure loi de 1841, Vaud loi de 1820 et Zurich loi de 1854 prévoyant, en plus de la maladie mentale, l'idiotie et l'épilepsie; la loi fédérale du 24. 12. 74 concernant l'état-civil, la tenue des livres qui s'y rapportent et le mariage (RO 1, 471 sv.), admet aussi cette cause de divorce à l'art. 46e.

[4]) Egger, art. 141 no. 5, indique, en commentant l'arrêt ATF 52, 2, 186 sv. ou JT 1926, 620 sv.: „Cette décision correspond au texte de la loi" (voir sous n. 35, ci-dessous); Curti, art. 141 no. 3: „La lettre de la loi (peut) faire supposer que le délai devra être écoulé lors de l'introduction de la demande"; Cour de Zurich du 4. 7. 38, JZ 1938, 251 sv., 252: „La seule question est de savoir si la décision correspond non seulement au texte, mais au but de la loi."

[5]) Voir par exemple les 4 conditions cumulatives de l'art. 41 CO: illicité d'un dommage causé par faute; les 3 conditions des art. 181 CO (acquisition d'un patrimoine rendue publique) et 62 CO: enrichissement sans cause, aux dépens d'autrui.

de l'une d'elles, la cause de divorce n'existe pas, et la dissolution du mariage ne peut être prononcée[6]).

d) Quelques juristes refusent, en revanche, de s'en tenir au texte même de l'article 141, au nom de l'esprit de la loi et pour d'autres arguments qui demandent à être examinés en détail[7]).

3. Mais auparavant, il convient de déterminer le contenu exact de ces quatre conditions posées par le texte de l'article 141 CCS.

1. Maladie mentale.

La maladie doit être caractérisée pour que s'applique cette disposition légale[8]).

---

[6]) Curti, art. 141 no. 2, admet encore qu'il en est ainsi „dans le cas où l'autre époux n'est plus dans des conditions à se prévaloir des droits attachés à la notion de mariage", c'est-à-dire lorsque le demandeur est l'époux coupable. Malgré l'opinion de cet auteur (art. 146 no. 6), le juge peut préférer la séparation de corps au divorce: Gmür, art. 141 no. 18; de Filippis, Divorzio e separazione, Thèse Berne 1920, 155 sv.; Rey, De la séparation de corps en droit civil suisse, Thèse Lausanne 1915, 39; Reymond, Du divorce et de la séparation de corps en Suisse, Payot 1915, 12 et 13.

[7]) Voir B, ci-après.

[8]) Egger, art. 141 no. 4: „maladie grave" et no. 5 sur la „gravité exigée par la loi"; art. 16 no. 13: „La maladie mentale fait l'objet d'une délimitation légale spéciale à l'art. 141"; Steiner, Nichtigkeit einer Ehe, Thèse Berne 1913, 27: „Il n'y a aucun doute que l'on entend par maladie mentale, non pas toute anomalie des facultés, toute faiblesse d'esprit, tout vice des facultés d'association, toute difficulté à concentrer sa volonté . . . Le concept légal doit être envisagé d'une manière beaucoup plus étroite." Voir aussi ATF 52, 2, 187 ou JT 1926, 621: „Une forme plus légère de maladie mentale ne tombe pas sous le coup de la loi"; Seeger, 132a, critique ce considérant en mentionnant toutefois qu'il faut „fixer les conditions exactes, dans les limites strictes . . ."; il n'en est pas moins d'une largeur surprenante en se contentant d'une „maladie mentale de forme légère"; cf. aussi Curti art. 141 no. 1: „Mais non pas toute maladie mentale."

a) Cela signifie d'abord que l'aliénation n'existe pas, en droit[9]), aussi longtemps qu'il y a soit un degré intermédiaire entre la santé et la maladie mentale[10]), soit une atteinte psycho-pathologique différente de celle que la science qualifie d'aliénation mentale[11]).

Doit toutefois être considérée comme juridiquement suffisante la faiblesse d'esprit[12]) — bien que les art. 16 et 369 CCS la distinguent de la maladie mentale —

---

[9]) De même, si la maladie a pour origine une faute de l'aliéné: Egger, art. 141 no. 3, s'appuyant sur Planck, § 1569.

[10]) ATF 51, 2, 364 sv. ou JT 1926, 103 sv., 104; idem Bleuler, Lehrbuch der Psychiatrie, 6ème éd., 467, sur „les états intermédiaires, dans lesquels on se trouve en cas de doute".

[11]) Briner, 80, qui semble se contredire à la p. 146: „De faibles anomalies cérébrales . . . peuvent suffire"; Egger, art. 141 no. 3; Picot, 16a: „Aphasie, mélancolie bénigne"; Protocole de la commission d'experts 1901, 161 sv.; Rossel et Mentha, 204, mentionnant encore l'„agraphie et la monomanie". Cf. aussi ATF 8, 337 sv. sur „une maladie chronique et incurable du système nerveux qui provoque quelques moments de faiblesse d'esprit, mais qui n'est pas de nature telle que le malade puisse être considéré comme fou"; ATF 51, 2, 365 ou JT 1926, 104 pour un cas d'hysterie et de grave neurasthénie, qualifiées seulement d'„anomalies mentales".

[12]) Seeger 133/134a; Fischer, Archiv für die zivilistische Praxis NF 13 (1931) 74, qui veut qu'on interprète alors plus strictement la condition d'incompatibilité, ce qui n'est guère juridique: on ne peut, dans un cas donné, aggraver une condition légale pour le motif qu'une autre serait moins caractérisée. Voir pour l'art. 97 CCS: Dukor, Das schw. Eheverbot für Urteilsunfähige und Geisteskranke, Zurich 1939, 34 sv.; Lehmeier, Z. f. schw. R. 36 (1917), 238; ATF 48, 2, 173 sv. ou S. j. 1922, 353 sv.; S. j. 1935, 325 sv., 327. Contra: Curti art. 141 no. 3, Egger Ière éd. art. 141 no. 2, Gmür art. 141 no. 6, ATF 8, 337 sv. et Cour de Bâle du 12. 1. 26, Weiss 1922/37 no. 987, s'en tenant au texte de l'art. 97 qui, comme les art. 120, 122 al. 2 et 141, ne parle que de maladie mentale. Mais c'est à tort que Rehfous, Introduction à l'étude du CCS, 16, estime que le CCS, en remplaçant les termes d'„aliénation mentale" de la loi fédérale de 1874 par ceux de „maladie mentale", a adopté „une expression plus large, plus générale, car cette différence n'existe pas dans les textes allemand et italien.

si l'on entend par elle, non une forme légère de l'aliénation, mais ce que l'expression indique: l'indigence cérébrale, le développement insuffisant, la passivité mentale[13]).

L'exigence d'une „maladie" mentale permet également d'affirmer que cette dernière ne prend pas naissance, au point de vue juridique, avec la manifestation de ses premiers symptômes ou des troubles initiaux[14]).

Sont en revanche irrelevants, en droit, les lucida intervalla, c'est à dire les améliorations passagères laissant au malade une vie socialement normale[15]).

b) Cette première condition a un caractère objectif et même scientifique: il s'agit d'une notion médicale[16]). L'expert doit se prononcer sur le genre et le degré de la maladie, sur l'état actuel et l'évolution probable, sur les causes et sur les conséquences familiales[17]).

Toutefois, cette notion médicale „ne correspond pas nécessairement à la notion juridique . . . tandis que le

---

[13]) Egger, art. 16 no. 14, parle de Dürftigkeit, Geringfügigkeit, Passivität; le CCF art. 489 emploie l'expression d'imbécillité.

[14]) ATF 52, 2, 187 ou JT 1926, 621: Est exclue „la période purement préparatoire, où la maladie ne s'est pas encore nettement déclarée"; voir aussi Egger, art. 141 no. 5, sur le „stade préparatoire et initial" et Seeger, 134a: „. . . non pas déjà avec l'époque où la maladie se prépare et où, peut-être, se manifestent déjà des symptômes certains qui, plus tard, se laisseront déterminer facilement par la maladie elle-même."

[15]) Briner 79, Curti art. 141 no. 3, Egger art. 141 nos 5 et 6, Gmür art. 141 no. 12, Rey 54 et Seeger 135a; ATF 52, 2, 186 sv. ou JT 1926, 620 sv., 622. Voir aussi Dukor 96 sv., qui considère toutefois comme des guérisons les rémissions prolongées: 120 sv. et 194 où l'auteur s'appuie sur 13 des 16 cas soumis aux autorités compétentes, à sa connaissance.

[16]) Egger art. 141 no. 3 et art. 16 nos 2 et 4 sur les facultés nécessaires, au double point de vue intellectuel et sensible; cf. aussi art. 97 no. 6: „La loi s'en réfère au concept médical, peu importe que la maladie soit héritée ou endogène" (infirmité); idem ATF 48, 2, 173 sv., 179 ou S. j. 1922, 353 sv., 358.

[17]) Egger art. 97 no 9 et 16 no. 2; Briner 77 et Gmür art. 141 no. 17 sur le „danger de survenance d'enfants"; de Filippis 109.

médecin peut qualifier de maladie toute atteinte, si minime soit-elle, à la santé, tout état physiologique anormal, le juge ne doit prendre en considération qu'un état maladif d'une gravité suffisante pour justifier" la dite mesure[18]). Le tribunal doit, par exemple, rechercher dans chaque cas les dangers d'hérédité, qui représentent le plus important des facteurs, et tenir ainsi compte principalement de l'état pathologique de la famille du défendeur[19]).

c) A l'article 141, la notion de maladie mentale est plus étroite qu'à l'article 97 CCS relatif à l'interdiction du mariage: cette interdiction sera largement appliquée, dans un but préventif et parce qu'elle n'entraîne pas, à la différence de la dissolution de l'union conjugale, de conséquences fâcheuses à l'égard des enfants, au point de vue économique, etc.[20]). Comme cependant, en raison de ses graves répercussions sociales, cet article 97 doit être „interprété restrictivement", tel doit être, à plus forte raison, le cas de l'article 141, ainsi que l'admet d'ailleurs la doctrine[21]).

---

[18]) ATF 48, 2, 173 sv., 179 ou S. j. 1922, 353 sv., 357; TF du 7. 7. 38 Muller c. Conseil d'Etat de Zurich, pour l'art. 97 CCS; voir aussi Cour d'Aarau du 31. 8. 36, Weiss 1922/37 no. 986, spécifiant qu'„en définitive, la maladie mentale n'est pas une conception médicale"; idem Dukor 88.

[19]) ATF sus-mentionné et ATF 47, 2, 122 sv., 128 ou JT 1922, 194 sv., 198: . . . lorsque le mariage „semble dangereux au point de vue de l'hygiène sociale"; Cour de Berne du 3. 10. 34, Weiss 1922/37 no. 984 ou JZ 31, 171; Bulletin stén. 1905, 497 et 955. Cf. Dukor 138 sur l'art. 97: „Le législateur a entendu faire jouer un rôle de premier plan aux considérations d'hygiène sociale", auteur qui désire que ce rôle devienne exclusif: 136 et 232.

[20]) Egger art. 97 nos 2 et 6; cf. aussi Briner 79, Lehmeier 229 sv. et ATF 31, 2, 199 sv., 201. Et dans l'application de l'art. 16, sur l'incapacité de discernement résultant d'une maladie mentale, on est encore plus large qu'à l'art. 97, car la maladie n'est pas, en soi et directement, une cause d'incapacité: n. 146, ci-après.

[21]) Egger art. 97 no. 5, 141 no. 3; idem Dukor 93 et 125/6 à propos de l'art. 97; voir aussi, pour un domaine voisin: ATF 50,

d) La simple constatation de la présence d'une maladie mentale exclut le prononcé du divorce contre l'aliéné pour une des autres causes déterminées, car elles sont conditionnées par la faute du défendeur[22]). En revanche, si les conditions de l'article 141 ne sont pas remplies alors que celles de l'article 142 le sont, le divorce pour causes indéterminées pourra alors être prononcé[23]).

e) C'est le défendeur qui doit être atteint de maladie mentale, et non le demandeur. En ce sens que celui qui s'oppose au divorce ne peut réclamer l'examen mental de son conjoint[24]). Il faut, toutefois, admettre que le défendeur qui forme une demande reconventionnelle en divorce peut éventuellement la fonder sur l'article 141, par exemple pour s'opposer à une action reposant sur l'abandon malicieux ou sur les injures.

2. Incompatibilité.

a) On entend par ce terme d'usage courant, qui est commode s'il n'est pas légal[25]), la seconde des conditions

2, 89 sv. ou JT 1924, 488: „Dans l'intérêt d'une saine application de la loi, il y a lieu d'apprécier avec rigueur la preuve de l'absence du discernement."

[22]) Tribunal cantonal de Neuchâtel du 4. 10. 18, JZ 15, 134, à propos de „sévices . . . qui sont la conséquence directe d'un état mental maladif n'ayant pas encore duré 3 années ou qui n'est pas déclaré incurable par des experts". Cf. aussi Cour de Bâle du 29. 10. 18, JZ 16, 71 sv., 72 sur les cas limites entre la maladie et la faute, comme cause de l'incompatibilité, et Cour de Zurich du 28. 4. 20, Weiss no. 528a, qui se fonde sur l'Offizialmaxime et prononce le divorce pour cause de maladie mentale alors que le demandeur n'invoquait que les art. 138 et 142 CCS.

[23]) Briner 152 et Seeger 153a; contra: Rossel et Mentha 204. Voir aussi ATF 50, 2, 427 sv. et 51, 2, 364 sv. ou JT 1925, 226 sv. et 1926, 103 sv.; de même Cour de Bâle, arrêt sus-indiqué et Tribunal cantonal de Neuchâtel du 8. 11. 21, JZ 18, 177. Mais si le lien conjugal est rompu du seul fait de la maladie, l'art. 142 n'est pas applicable: Egger art. 142 no. 5.

[24]) Tribunal cantonal de Neuchâtel du 28. 11. 18, JZ 15, 262.

[25]) ATF 51, 2, 364 sv. ou JT 1926, 103 sv., 104 sur „l'incompatibilité fondamentale des deux caractères qui, en suite de

nécessaires de l'article 141 CCS[26]). Le texte italien en donne la meilleure formule[27]): „Le conjoint est tombé dans un tel état de maladie mentale que la continuation de la vie commune ne peut raisonnablement être demandée à l'autre". C'est une condition subjective: le juge tiendra compte des circonstances spéciales[28]) en se plaçant au point de vue de l'époux sain d'esprit[29]). La vie conjugale doit être intolérable à ce dernier pour des motifs personnels ou familiaux: sauvegarde des enfants ou risque d'hérédité[30]).

b) Toutefois, à la différence du § 1569 CCA, il n'est pas nécessaire que cette communauté entre époux soit détruite[31]). Une grave atteinte suffit, même si, par exemple, le malade mental a encore conscience de ce que

---

l'état mental du demandeur, a pris un caractère aggressif". Les termes „insupportabilité" et „intolérabilité" ne sont pas français. Egger, art. 141 no. 4 et 142 no. 9, parle de Nichtzumutbarkeit, alors que Seeger 133a préfère l'expression Unzumutbarkeit.

[26]) Cette dernière condition a été introduite par la commission d'experts (Protocole 1901, 161 sv.) et figure en conséquence déjà au Projet de 1904, art. 148; Bull. stén. 1905, 536 et 1026, Seeger 153a et ATF 50, 2, 427 sv. ou JT 1925, 226 sv.

[27]) Egger art. 142 no. 9.

[28]) Briner 137 relevant encore que l'incompatibilité est „une question de droit que le juge doit trancher lui-même et que le TF peut examiner librement"; idem Curti art. 142 no. 2, de Filippis 110, Picot 16a, Seeger 134a et ATF 52, 2, 186 sv., JT 1926, 620 sv., 622.

[29]) Egger art. 141 no. 4; JT 1937, 231: „La méfiance et les idées de persécution de la défenderesse visent spécialement le demandeur."

[30]) Egger loc. cit. s'en référant à l'art. 97 où, sous no. 5, il indique qu'il faut éviter le passage de la maladie aux enfants; Picot 23a. La suspension de la vie commune entre les époux n'est ni suffisante ni décisive: Gmür art. 141 no. 17.

[31]) Egger art. 141 nos 4 et 6; Roguin, Traité de droit civil comparé, le mariage, 317; Seeger 133a; contra: Picot 16a et ATF 8, 340.

représente le mariage, ainsi que des devoirs et des charges que ce dernier implique[32]).

c) C'est la même notion qu'à l'article 142 CCS qui exige lui aussi, à côté de l'incompatibilité, une première condition objective: l'atteinte profonde au lien conjugal.

d) Cette deuxième exigence est une innovation du CCS et constitue donc la différence principale avec l'art. 46 de la loi fédérale de 1874[33]). Elle apporte en conséquence une aggravation à la cause du divorce pour aliénation mentale, qui, d'absolue devient ainsi „relative", comme l'est aussi la conduite déshonorante de l'art. 139 CCS. En ce sens que le juge apprécie s'il y a désunion ou pas, au lieu de se contenter de constater des faits objectifs: l'adultère, l'injure, les sévices, le délit ou l'abandon, circonstances qui créent une présomption de désunion[34]).

3. Durée de trois ans.

a) „Selon les termes clairs de l'article 141, la maladie mentale ne donne droit à l'action en divorce que lorsqu'elle a duré trois ans"[35]). Le délai doit être

---

[32]) Seeger et Egger loc. cit., auteur mentionnant les cas suivants: l'aliéné ne peut plus remplir ses devoirs dans la communauté, son caractère s'est transformé, il se livre à des manifestations de puissance ou à des outrages à l'égard de son conjoint qu'il a en aversion: ATF 51, 2, 364 sv. ou JT 1926, 103 sv.; cf. aussi ATF 63, 2, 1 sv. ou JT 1937, 230 sv. Mais ATF 31, 2, 199, Curti art. 97 no. 5 et Rehfous 5 exigent chez l'aliéné l'incapacité de comprendre les tâches inhérentes à la qualité de conjoint; de même ATF 50, 2, 427 sv. ou JT 1925, 226 sv., 228: „Dans le cas d'une maladie mentale, la loi part de l'idée qu'il y a aussi atteinte portée à toute espèce de lien intellectuel entre les époux."

[33]) Briner 146, Rossel et Mentha 204.

[34]) Briner loc. cit. 13, 137 et 166; Picot 4a et 466a; Rey 41; de même, de Filippis 109; contra: Seeger 132a et 170a.

[35]) ATF 52, 2, 186 sv. ou JT 1926, 620 sv., 622; idem ATF 63, 2, 1 sv. ou JT 1937, 230 sv., 231: „La période de trois ans de l'art. 141 est donc accomplie. Peu importe qu'on la calcule jusqu'à la prononciation de l'arrêt cantonal ou seulement jusqu'à l'introduction de l'action, selon le mode jurisprudentiel"; Cour de

expiré à l'ouverture du procès[36]) ou bien, suivant une autre opinion, à la date du rapport d'expertise ou à celle du jugement de divorce[37]).

b) Le point de départ du délai triennal n'est, en revanche, pas contesté: c'est le début de la maladie[38]), qui devra être fixé par le rapport d'expertise[39]). Ce n'est

---

Zurich du 28. 4. 18, Bl. ZR 20, 170, ou Weiss no. 528a; Tribunal cantonal Neuchâtel du 2. 10. 18, JZ 15, 133, ou Weiss no. 530; Picot 16a et 17a; Gmür art. 141 no. 9: „Avant l'expiration de ce délai, même une maladie de la forme la plus grave et reconnue incurable ne permet pas l'action." Voir déjà dans ce sens l'Avant-projet de 1900, art. 163: „Le divorce peut être demandé . . . lorsqu'il s'est écoulé trois ans depuis le début de la maladie", ainsi que l'art. 46 de la loi de 1874 et la jurisprudence y relative: ATF 35, 2, 9 sv., 14: „Il s'est écoulé plus de trois ans entre le commencement de la maladie et le dépôt de la demande." Sont du même avis, parce qu'ils se contentent d'indiquer: „La maladie doit durer depuis trois ans": Breitenbach, Die Trennung von Tisch und Bett, Thèse Fribourg 1906, 60; de Filippis 110; Held, Der generelle Ehescheidungsgrund, Thèse Berne 1918, 84; Rey 54, Reymond 34, Roguin 316, Rossel et Mentha 204.

Postérieurement à la rédaction de cette étude, le Tribunal fédéral a précisé sa jurisprudence par un arrêt Roettig du 26. 9. 40, S.j. 1941, 68: „L'art. 141 fait de la durée de la maladie une condition expresse de l'action, et il est dès lors normal d'interpréter ce texte comme imposant au demandeur la preuve que son droit était d'ores et déjà acquis lorsqu'il s'en est prévalu . . . La maladie (doit donc) présenter durant les trois ans en question le caractère de gravité qui rend la continuation de la vie commune insupportable au demandeur."

[36]) Cette introduction en justice est une notion de droit fédéral: ATF 41, 3, 389 et 42, 1, 355; mais la citation en conciliation est déterminante lorsque la procédure cantonale la rend obligatoire: ATF 44, 2, 283 sv. ou JT 1919, 83 sv.

[37]) Cf. B., ci-dessous.

[38]) Avant-projet de 1900, art. 163 et de 1904, art. 148: „Après trois ans écoulés depuis son début"; idem Exposé des motifs de 1901, 121 et Bull. stén. 1905, 540; Briner 147 et Curti art. 143 no. 3: „Le délai commence au moment où la maladie se déclare."

[39]) Egger art. 141 no. 7, de Filippis 110.

donc plus, comme avec la „rédaction primitive . . ., le moment où la maladie avait été reconnue incurable“[40]).

c) Cette manifestation de la maladie, qui fait courir le délai légal, peut être préexistante au mariage. Il n'est ainsi pas nécessaire que la maladie ait duré trois ans pendant le mariage qui peut en conséquence avoir été célébré après l'irruption du mal[41]).

d) La computation du délai se fera conformément aux articles 77 sv. CO, en vertu de l'article 7 CCS[42]). Le délai se termine le dernier jour à minuit, même s'il est férié[43]).

4. Incurabilité.

a) Selon les textes allemand et italien de l'article 141 CCS, la maladie doit avoir été „déclarée“ incurable. S'il ne faut pas prendre cette expression au pied de la lettre, elle révèle cependant mieux que son correspondant français le fait que, au point de vue formel, l'expertise doit énoncer clairement ce caractère incurable. Elle doit comporter un diagnostic précis[44]), une réponse négative

[40]) Exposé des motifs loc. cit.; Briner 79/80: „Il n'est pas besoin que la maladie ait duré pendant trois ans sous le contrôle de l'expert“; Curti art. 141 no. 3, Gmür art. 141 no. 11, Held 84, Rey 54, Seeger 135a; ATF 35, 2, 9, et 52, 2, 186 sv. ou JT 1926, 620 sv., 622.

[41]) Egger art. 141 no. 5 et ATF 63, 2, 1 sv. ou JT 1937, 230 sv., 231: „Alors même qu'une partie de ce laps de temps fut antérieur au mariage . . . Le droit de l'époux de former également l'action en nullité de mariage . . . ne lui enlève pas celui de demander le divorce.“ Contra: Briner 79, Picot 17a, Seeger 134a et Cour de Zurich du 4. 7. 38, JZ 1938, 252.

[42]) Curti, à propos des délais des art. 467 (no. 2) et 728 (no. 11) CCS. Une même durée existe en droit allemand et en droit suédois: Ort, JZ 2, 111 et Roguin 315.

[43]) Egger, au sujet de l'art. 252 (no. 4).

[44]) Egger art. 141 no. 7 et Gmür art. 141 no. 5: „Le juge ne peut pas admettre l'existence d'une maladie mentale incurable sans une déclaration concordante de l'expert“; idem no. 18: „ganz bestimmt lautet“; Rossel et Mentha, supp. 2me éd. 1922/30 art. 141: „Lorsque cette déclaration (des experts) est assez explicite pour le juge.“

expresse à la question concernant les possibilités futures de guérison.

Du point de vue matériel, c'est l'état actuel de la science qui permet de considérer cette incurabilité comme certaine ou non. En pratique, il suffit que le caractère incurable puisse être admis avec une forte probabilité, „un haut degré de vraisemblance"[45]). Cela signifie, d'une part qu'on ne retient pas „l'éventualité tout à fait éloignée et improbable" de guérison[46]), et d'autre part que la simple vraisemblance, même grande, est inopérante[47]). Point n'est besoin que ce caractère incurable soit reconnaissable au début de la maladie mentale, pourvu qu'il le soit à la fin du délai triennal[48]).

b) Malgré le texte légal, qui parle „d'experts", le juge peut se contenter d'un seul expert[49]), désigné en cours de procès ou entendu comme témoin pour confirmer son rapport antérieur au litige[50]).

---

[45]) Seeger 136a ajoutant: „On ne peut naturellement pas exiger plus qu'une certitude humaine"; ATF 52, 2, 186 sv. ou JT 1926, 620 sv., 622: „avec un haut degré de probabilité"; Rossel et Mentha 204: „Il n'y a pas de guérison en perspective." Toutefois, l'arrêt Roettig (note 35 in fine, ci-dessus) refuse d'admettre l'incurabilité s'il est „extrêmement rare pour ne pas dire exclu" que la guérison médicale se produise, mais „qu'une guérison sociale est possible, autrement dit qu'il y a des chances que l'époux malade puisse reprendre un jour une vie normale".

[46]) Egger art. 141 no. 7.

[47]) Cour de Genève du 8. 3. 35, S.j. 1936, 39 sv., refusant de suivre un rapport d'experts qualifiant de „très vraisemblable" l'incapacité de discernement de la partie demandant de ce chef l'annulation d'une transaction judiciaire. Egger art. 141 no. 6 va trop loin en admettant que la demande ne doit être écartée que lorsque la maladie „peut être supprimée".

[48]) Cf. sous n. 40, ci-dessus.

[49]) Curti art. 141 no. 4 en raison du „principe de la liberté d'appréciation des preuves"; Egger art. 141 no. 7, Gmür art. 141 no. 13 et Rey 54/5; contra: Rossel et Mentha 204.

[50]) Egger art. 141 no. 7: l'expert peut „avoir fourni son rapport dans la procédure d'interdiction"; Picot 18a: l'expert „peut avoir procédé dans une autre instance"; idem Gmür

c) Les constatations et conclusions de l'expertise, qui sont relatives au genre de maladie mentale (1 et 2) et à sa durée (trois ans dans le passé, illimitée dans l'avenir: 3 et 4) constituent une appréciation médicale. Elle est indispensable mais, ainsi qu'on l'a vu, elle n'est pas décisive en dernière analyse car ces notions sont des concepts du droit[51]). Le juge doit donc soumettre le rapport d'expertise à son appréciation juridique[52]) et il n'est pas tenu de faire siennes les constatations et conclusions du psychiâtre[53]). Il lui appartient de déterminer les faits, selon son sens du droit, de les qualifier et de fixer en conséquence si les conditions de l'article 141 sont bien réunies dans l'espèce qui lui est soumise. Ou si l'on préfère, le Tribunal doit apprécier d'une part les circonstances de fait relevées dans le rapport et d'autre part les conclusions de l'expert, afin de déterminer si elles sont décisives et conformes à la loi[54]).

B. Raisons de s'écarter du texte légal.

Les divergences d'opinion qui existent, ainsi qu'on l'a vu, au sujet de la portée exacte des trois conditions: aliénation mentale, incompatibilité et incurabilité sont, en définitive, d'importance secondaire. Il en est autrement

---

art. 141 no. 14, Seeger 136a et Cour de Zurich du 28. 4. 20, Bl. ZR 20, 170 ou Weiss no. 528a; de même, sans le dire expressément, Cour de Glaris du 31. 5. 12, JZ 9, 71.

[51]) Voir sous notes 18, 28 et 36, ci-devant.

[52]) Egger art. 16 nos 18 sv. et 141 no. 7.

[53]) ATF 50, 2, 93 ou JT 1924, 490; cf. aussi ATF 55, 2, 225 sv. ou JT 1930, 98 sv., 100: „Il a le devoir de discuter le préavis du médecin et, s'il en conteste la valeur probante, d'en indiquer les motifs"; voir encore Cour de Bâle du 29. 10. 18, JZ 16, 71 sv., 72 sur le fait que le juge saura mieux que l'expert se placer sur le terrain pratique, et HE 13, 208, arrêt du 7. 6. 84.

[54]) Dukor 152, réservant toutefois la question „purement médicale" de l'incurabilité; Escher art. 467 no. 9 qui s'appuie sur ATF 39, 2, 197; 43, 2, 742; 50, 2, 93; de même Egger art. 97 no. 10 citant ATF 57, 2, 177.

de la durée „de trois ans"[55]): plusieurs juristes considèrent cette condition comme réalisée même si le délai n'est pas expiré à l'intentat de l'action, pourvu qu'il le soit au moment du rapport d'expertise ou même du jugement de divorce.

1. Esprit de la loi.

Leur principal argument consiste à invoquer l'esprit de la loi, le but du législateur[56]). La détermination exacte de cet esprit n'est pas chose aisée.

Pour délimiter le problème, il faut rappeler d'abord que „la durée de trois ans de la maladie ne constitue pas une période imposée à l'époux demandeur pour faire preuve de patience et de support"[57]). Autrement dit, cette durée minimale n'est pas une peine, une épreuve pour l'un des conjoints; le délai n'est pas prévu pour lier l'époux sain d'esprit à l'aliéné pendant trois années ayant valeur d'expiation. La situation est d'ailleurs la même en ce qui concerne le délai de l'abandon malicieux ou celui que le juge fixe en prononçant une séparation de corps d'une durée déterminée.

a) Le fondement juridique du délai triennal n'est donc pas un facteur subjectif, mais bien un élément objectif: le délai a pour but de donner les garanties nécessaires sur le genre, la gravité et l'incurabilité de la maladie mentale. On a dit aussi: „Le législateur a voulu simplement diminuer le risque d'un diagnostic erroné des experts"[58]), ce qui est exact, à part

---

[55]) C'est là le point névralgique, ce qui ne cadre guère avec la remarque faite par Egger dans sa Ière éd. (art. 141 no. 2): „La question de la durée de la maladie n'offre pas la moindre difficulté, à moins que les preuves matérielles soient insuffisantes."

[56]) Egger art. 141 no. 5 et Cour de Zurich du 4. 7. 38, JZ 1938, 252: „Il est contraire à l'esprit de la loi d'admettre comme une condition à l'action en divorce l'écoulement du délai de 3 ans"; cf. aussi Curti art. 141 no. 3 et Seeger 135a.

[57]) Arrêt Cour de Zurich sus-indiqué. Tout le monde est d'accord à ce sujet.

[58]) ATF 63, 2, 1 sv. ou JT 1937, 230 sv., 231.

le fait que la formule confère à l'expertise un rôle décisif qui n'appartient qu'aux tribunaux. En définitive, le délai assure une limitation du risque d'erreur dans l'appréciation de la maladie, en tant qu'elle désagrège la vie conjugale et apparait incurable[59]).

La question qui se pose est donc celle de savoir si ce but de sécurité est le mieux atteint lorsque la maladie mentale a duré trois ans à l'introduction de la demande, ou au dépôt du rapport, ou encore au jugement. On doit admettre que le but est réalisé au mieux quand la garantie est la meilleure. Et la meilleure garantie résulte évidemment de la première de ces trois éventualités, soit celle qui est conforme au texte légal. C'est elle qui donne au juge la vision la plus étendue sur la maladie et sur ses effets, de sorte que le risque d'erreur est réduit au minimum.

b) On arrive d'ailleurs à la même solution en élargissant le débat pour rechercher, non plus la signification du délai de l'article 141, mais le but de cette disposition elle-même, en tant que l'une des prescriptions légales régissant le divorce.

aa) En principe, le divorce est un mal nécessaire[60]), une „ultima ratio" qui ne peut être admise que pour une

---

[59]) Egger art. 141 no. 5: „La loi veut ainsi empêcher toute incertitude dans le pronostic", dans l'appréciation du cas. Cet auteur restreint malheureusement cette définition exacte en indiquant ultérieurement que le but de la loi „consiste uniquement dans la fixation certaine de l'incurabilité, (soit) . . . que la maladie mentale est durable et incurable" (no. 5 in fine). Cette erreur est commise aussi par ATF 52, 2, 186 sv. ou JT 1926, 620 sv., 621: „Le législateur entend notamment empêcher une constatation prématurée des experts relative à la question d'incurabilité."

[60]) Picot 468a, approuvé en ceci par l'unanimité des orateurs à l'Assemblée de la Société suisse des juristes: 474a sv.; voir ce même auteur (483a): „Le divorce est un malheur"; idem Reymond 11. Contra: le co-rapporteur de Picot, Seeger 226a, qui conclut ainsi son étude: „Le droit de divorcer sous certaines conditions est, pour l'Etat comme pour le peuple, non pas un malheur, mais une bénédiction"; cf. aussi 116a et 225a.

„gravissima causa"[61]). „Le législateur a considéré le mariage comme la base de toute culture"[62]), ce qui explique que la récente jurisprudence du Tribunal fédéral tende à maintenir" le lien conjugal toutes les fois que sa rupture irrémédiable n'est pas évidente"[63]). „En cas de doute, c'est le mariage qui triomphe contre le divorce"[64]), ce qui interdit d'étendre la portée d'une cause de divorce, comme le font les partisans de l'opinion qui est ici combattue.

bb) Quant à l'aliénation mentale, elle représente, en tant que cause de divorce „une exception"[65]). Elle est d'abord „en opposition avec l'essence du mariage considéré comme une communauté de vie durable dans laquelle les époux ont à supporter les peines communes"[66]); en effet,

---

[61]) Egger avant art. 137 sv. no. 17.

[62]) Briner 133.

[63]) Picot 26a: Cette jurisprudence „constitue la manifestation d'une haute conscience de la valeur morale et sociale du mariage"; idem 16a sur les cas „où l'union conjugale, malgré quelques difficultés, peut subsister". Voir aussi Egger art. 142 no. 9 et Thilo JT 1928, 499. Depuis 15 ans le Recueil officiel du TF ne publie plus que des refus de divorce pour causes indéterminées: ATF 52, 2, 317 sv.; 53, 2, 100 sv. et 440 sv. ou JT 1927, 527 sv. et 1928, 495 sv.; ATF 55, 2, 291 sv. ou JT 1930, 389 sv.; ATF 59, 2, 410 ou JT 1934, 123; seul ATF 65, 2, 101 sv. prononce le divorce sur la base de „faits invoqués" que l'arrêt n'indique pas.

[64]) Picot 98a.

[65]) Egger art. 141 no. 2 qui, au no. 3, justifie par cet argument son opinion relative à l'interprétation restrictive de l'art. 141: cf. sous n. 21, ci-dessus. Voir aussi ce commentateur avant art. 137 sv. no. 17: „Il n'y a pas lieu a divorce sitôt que la dissolution paraît équitable ou dans l'intérêt de l'un des conjoints"; Martin, Commentaire de la loi fédérale concernant l'état-civil, 166: „Cette cause diffère de toutes les autres"; Reymond 33.

[66]) Briner 77, de Filippis 109, Rey 95: „Cette assistance constitue la base de l'union conjugale"; idem Protocole de la Commission d'experts 1901, 161 sv., de Planta. Ce sont les obligations imposées par les art. 159 al. 3 et 160 al. 2 CCS. Voir aussi ATF 50, 2, 427 sv. ou JT 1925, 226 sv., 228: „C'est un des devoirs de l'époux d'assister son conjoint . . . si ce dernier est atteint d'une maladie aussi grave et aussi longue"; idem ATF 35, 2, 15 et ATF 8, 339 dont Martin 179 donne la traduction

l'époux sain d'esprit est autorisé par la loi à se décharger de ce fardeau commun. Elle est, en outre, la seule cause de divorce qui n'implique aucune faute du défendeur, dont l'innocence est totale: l'aliénation est un accident, „un malheur . . . pour ainsi dire la force majeure"[67]). Il n'est en conséquence nullement conforme au but du législateur de faciliter le divorce pour maladie mentale en admettant que le délai expire au rapport ou au jugement; tandis que la solution conforme au texte légal, loin de constituer „une exagération de la tendance au maintien du mariage"[68]), est au contraire en harmonie avec les règles usuelles de l'interprétation[69]).

c) Et cela d'autant plus que le législateur a entendu, par la promulgation du CCS, „apporter une aggravation non négligeable aux causes de divorce" prévues par le droit antérieur[70]).

d) Le système exigeant que le délai soit écoulé avant l'introduction du procès n'a donc pas pour effet de „tirer

---

suivante: „Il faut que le lien conjugal ne soit pas rompu par des malheurs qui atteignent l'un des époux sans sa faute."

[67]) Martin 167, de Filippis 109. Il en résulte que la question d'une pension alimentaire au malade d'esprit se pose nécessairement et doit être résolue affirmativement dès qu'il n'a pas une fortune lui permettant d'exister indépendamment: Picot 69a et Cour de Genève du 9. 10. 28, S. j. 1929, 46; ne vont, en revanche, pas si loin: Egger art. 152 no. 3, JZ 16, 71 et 25, 281, ainsi que le rédacteur de la note sous S. j. 1935, 383.

[68]) Seeger 134a.

[69]) ATF 56, 2, 74 ou JT 1930, 473: „Les dispositions dont le sens est clair et net ne peuvent être soumises à un nouvel examen"; voir de même ATF 47, 2, 34: „Ce qui est exprimé de façon claire et nette ne souffre en principe aucune interprétation"; cf. aussi TF du 27. 3. 22, S. j. 1922, 372 et Cour de Genève des 17. 12. 20 et 11. 12. 37, S. j. 1921, 93 et 1937, 358 pour des conventions.

[70]) Briner 166 et 135, Bull. stén. 1905, 538 et 1026; Picot 29a pour les causes indéterminées et 17a, à propos de l'aliénation mentale: „Ce sont en général des cas extrêmes"; Seeger 221a et 471a: „Sous l'influence des cercles conservateurs, le divorce fut rendu plus difficile dans le CCS."

de la loi" un principe qu'elle ne contiendrait pas[71]). Ce grief ne vaudrait que si le législateur s'était manifestement prononcé pour l'une des trois solutions en présence, ce qui aurait donné aux deux autres le caractère de constructions artificielles. Comme il n'a pas opiné, les thèses soutenant qu'il suffit que le délai soit écoulé lors du rapport ou lors du jugement ne sont pas plus impliquées dans la disposition légale en question que l'opinion présentement soutenue.

2. Formalisme.

Le grief de formalisme qu'on oppose à cette thèse[72]) n'est fondé que dans un cas particulier: lorsque la maladie mentale a bien duré trois ans à l'intentat de l'action mais que la vie commune n'a pas été insupportable au demandeur pendant toute cette période. Alors le juge devra refuser de prononcer le divorce, bien qu'à la date de sa décision les trois années d'incompatibilité soient parfois écoulées en raison même de la durée du procès. Le demandeur sera donc contraint d'ouvrir une nouvelle action sur la base de l'article 141, dont, cette fois, les conditions seront nécessairement remplies.

Cette multiplication des procès est un mal qu'on ne saurait nier mais qui, pour les motifs suivants, ne suffit pas à faire prévaloir une solution moins rigoureuse[73]).

---

[71]) Seeger art. 134a, qui est pour la date du jugement, mais en éprouve une certaine gêne puisqu'il déclare: Alors, „le juge ne viole pas la loi s'il prononce le divorce"; mais cette position négative de la question est sans valeur probante.

[72]) Seeger 134a et Cour de Zurich du 4. 7. 38, JZ 1938, 252: „Il ne serait pas satisfaisant de repousser la demande qui, demain, pourrait être accueillie."

[73]) ATF 52, 2, 189 ou JT 1926, 622/23: „On ne saurait faire valoir . . . des considérations d'ordre pratique en disant notamment qu'il serait inopportun de rejeter comme mal fondée une demande qui, renouvelée le lendemain, devra nécessairement aboutir." Picot 100a constate qu'en ce domaine il y eut „peu de controverses subtiles, et nulle part on a abouti à des conclusions qui,

a) Il faut en premier lieu relever que, si le cas peut se produire en pratique, il sera toutefois exceptionnel puisqu'il implique que le demandeur assigne précisément entre le moment où la maladie a duré trois ans et celui où l'incompatibilité n'a pas encore eu cette durée. Généralement ces deux conditions légales ont pris simultanément naissance, parce que les premiers symptômes pathologiques ne sont pas comptés comme maladie et que ce sont plutôt les cas extrêmes qui sont soumis à l'appréciation des tribunaux[74]). Et même en l'absence de cette concomitance, il arrivera souvent que le demandeur, conscient de ses devoirs d'époux, attende longtemps avant d'agir, en sorte que l'incompatibilité aura aussi duré trois ans au moment où il se décide à assigner.

Le cas étant exceptionnel, on peut se demander s'il est opportun, à cause de lui, de faire violence au sens clair du texte légal. D'autant que, l'incompatibilité étant une notion purement juridique, la date admise par un expert médical pour son début ne liera aucunement le juge qui pourra librement, par exemple, l'avancer quelque peu lorsque les trois ans d'incompatibilité étaient presque échus à l'introduction de la demande; il pourra surtout recourir à des enquêtes, afin de déterminer le genre de vie commune des époux avant ce point de départ de l'incompatibilité tel qu'il résulte du rapport d'expertise[75]).

b) En second lieu, la rigueur résultant pour le demandeur de la solution préconisée ici peut être atténuée facilement par le moyen des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 170 sv. CCS) qui lui permettent

---

justifiées en pure logique, laissent cependant une impression de fâcheuse artificialité".

[74]) Voir sous n. 2, ci-avant, ainsi que n. 70.

[75]) Gmür art. 141 no. 10 admet que le point de départ et la durée de la maladie peuvent être fixés par témoins. Tel est d'ailleurs le cas dans l'arrêt Cour de Zurich du 28. 4. 20, Bl. ZR 20, 170 ou Weiss no. 528, où le Dr. Kraienbuhl a certifié aux enquêtes que la maladie existait déjà à l'époque du mariage, soit plus de trois ans avant l'instance.

toujours de faire cesser la vie commune aussitôt qu'elle lui est devenue insupportable, soit dès avant l'expiration des trois années[76]).

c) Enfin, comme les partisans de la thèse opposée admettent[77]) que la maladie et l'incompatibilité doivent avoir duré trois ans à la date du rapport ou du jugement, cette exigence donne déjà naissance à un formalisme évident qui obligera le juge, pour quelques semaines manquantes, à renvoyer le demandeur à mieux agir. Même cette interprétation large de la loi, que nous repoussons, conduit donc au formalisme. Chaque fois que la loi prévoit un délai, elle consacre un formalisme inévitable, en vue de protéger des intérêts qu'elle estime supérieurs; soit, en l'espèce, la garantie sérieuse contre les chances d'erreur. D'ailleurs le droit, en tant qu'ensemble de normes, est par essence une construction formaliste.

3. Bonne foi.

La bonne foi du demandeur est mise en avant par Seeger, dont l'argumentation est reprise par la Cour de Zurich dans son arrêt Wanner: „Il peut facilement se produire que la demande soit introduite prématurément par le demandeur croyant de bonne foi, mais par erreur, que les trois ans sont déjà écoulés"[78]). Cette bonne foi du demandeur devrait donc lui permettre d'obtenir le divorce dès que les trois années légales sont expirées avant le jugement.

a) Il découle d'abord de cette manière de voir que le demandeur doit être débouté s'il est de mauvaise foi, ce qui signifie seulement qu'il connait la loi et sait, en assignant, que le délai de trois ans n'est pas échu. C'est dire que le jugement a alors l'effet d'une peine, et même

[76]) Voir n. 30, ci-devant, la citation de Gmür art. 141 no. 17.

[77]) A part Gmür: voir ch. 6, ci-après.

[78]) JZ 1938, 252; Seeger 135a: „Le demandeur assigne en croyant de bonne foi que la maladie a duré trois ans."

d'une peine disproportionnée; au lieu d'être objectif, il devient ainsi contingent et presque artificiel; il détourne ainsi la loi de son but.

b) De plus, si la bonne foi se présume, en principe, les conséquences que ce système lui attribue sont trop graves pour qu'elle puisse être admise d'emblée par le juge: il devra donc avoir recours à des enquêtes sur cette question. La complication de la procédure qui en résulte n'est rien en comparaison de la difficulté pratique qu'il y aura à découvrir la vérité dans ce problème d'ordre purement psychologique. D'autant que l'erreur commise par le demandeur concerne une question de droit, que son conseil judiciaire aurait pu et dû lui signaler, en sorte que l'instruction devra porter sur le caractère excusable de cette erreur de droit[79]). Et nécessairement les témoignages y relatifs ne seront pas décisifs car ils émaneront surtout d'employés et de collègues du conseil judiciaire fautif; sans parler du fait qu'ils constituent, en définitive, de pures appréciations[80]). Une telle solution conduit donc directement au maquis de la procédure et à des décisions judiciaires fondées sur des approximations.

c) Enfin, l'invocation de la bonne foi en matière de délai constitue une innovation qui, si elle était vraiment dépourvue de tout inconvénient, aurait déjà vu le jour depuis longtemps. Nous rappelons à ce sujet que la bonne ou la mauvaise foi est inopérante à l'égard de la prescrip-

---

[79]) Oser art. 26 no. 5: „L'erreur de droit doit, en général, être considérée comme inexcusable"; von Tuhr 254 n. 12. Si l'erreur de droit a parfois été retenue en cas de répétition de l'indu, elle doit alors être excusable: ATF 40, 2, 253 sv. ou JT 1914, 594 sv., 599; tel n'est pas le cas d'une ignorance portant sur l'existence d'arrêtés fédéraux: Cour de Genève du 30. 9. 21, S. j. 1921, 619 sv., 623.

[80]) On ne saurait réclamer du défendeur aliéné qu'il rapporte la preuve négative de la mauvaise foi de sa partie adverse, c'est-à-dire que cette dernière ne serait pas ignorante du droit en vigueur.

tion extinctive, notion voisine de celle qui fait l'objet de cette étude[81]).

4. Considérations pratiques.

On a encore invoqué des considérations pratiques pour rejeter le critère de l'introduction en justice.

a) Egger mentionne que ce critère „peut conduire le demandeur à des difficultés insurmontables concernant la preuve", sans d'ailleurs indiquer lesquelles[82]). Mais comme cette „preuve" se rapporte à la durée de trois ans, elle devient un pur problème de chronologie. Il s'agit simplement de savoir quand la maladie a débuté dans son genre et sa gravité: trois années avant l'action, ou trois ans avant le jugement. Une preuve de cette nature n'est jamais d'une difficulté„insurmontable", la preuve admise par Egger ne différant de celle qu'il rejette que par une question de temps, soit la durée du procès. Tout au plus, la preuve sera-t-elle parfois plus difficile à rapporter, ce qui ne saurait suffire à faire rejeter tout le système fondé sur le critère de l'ouverture du procès.

b) Seeger formule encore une objection que reprend l'arrêt Wanner déjà cité[83]): le critère de l'introduction du litige serait inadéquat car „le demandeur n'est pas obligé, et d'ailleurs souvent pas à même, en l'absence des moyens indispensables, de se procurer un rapport avant l'intentat de l'action". Il ne serait donc pas possible de „déterminer avec certitude, à ce moment là, si la maladie a depuis trois ans atteint le degré rendant insupportable au demandeur la continuation de la vie commune".

aa) Il est exact que le demandeur n'est pas „obligé" d'appuyer sa prétention d'un rapport médical. Nul ne peut être contraint de se préconstituer des preuves ou

---

[81]) Oser avant art. 127 sv. no. 2 et art. 142 no. 3; voir sous n. 133, ci-après.

[82]) Egger art. 141 no. 5.

[83]) Seeger 134/135a; Cour de Zurich du 4. 7. 38, JZ 1938, 251 sv., 252.

des commencements de preuve. La situation n'est pas différente dans les autres domaines du droit; qu'on envisage, par exemple, les défauts de la chose vendue, l'acquisition de la propriété ou de l'usage, les questions d'invalidité corporelle en matière d'accident, etc. Si le demandeur néglige de se procurer, selon les cas, un rapport, un contrat écrit ou un constat, il court le risque de ne pouvoir établir ce qu'il allègue. Mais l'absence de ces moyens de preuve ne concerne que lui seul et ne saurait en aucun cas le faire bénéficier d'une indulgence qui, en définitive, retombe sur son innocente partie adverse. La règle jura vigilantibus scripta vaut pour le divorce comme pour les autres domaines du droit.

bb) Quant à l'impossibilité „de se procurer... avant l'intentat de l'action" une certitude concernant la durée de la maladie mentale, elle n'apparait pas telle qu'elle doive conduire à rejeter la thèse soutenue dans le présent exposé. En effet, cette impossibilité n'est en tout cas pas absolue; on peut douter qu'elle soit même relative puisque, en pratique, presque tous les demandeurs en divorce pour cause d'aliénation mentale versent au débat des rapports médicaux antérieurs au litige. La médecine, comme éventuellement l'assistance publique médicale, sont suffisamment développées pour que personne ne soit jamais empêché d'obtenir un rapport technique sur la maladie de son conjoint. Et même s'il existait des cas où un tel empêchement se présente, devrait-on, pour ce seul motif, favoriser le demandeur en divorce par rapport aux autres demandeurs?

cc) Il est évident aussi que c'est un peu jouer sur les mots que de demander une „certitude" avant le procès. Il n'y a de certitude quant au fait et au droit qu'après un jugement passé en force. Même le rapport d'expertise judiciaire ne fait pas naître une certitude pour les parties, aussi longtemps que le juge ne s'est pas prononcé à son sujet[84]).

[84]) Voir sous n. 51, ci-dessus.

dd) Enfin et surtout, cet argument, comme celui d'Egger d'ailleurs, est exclusivement procédural. Il repose uniquement sur une question de preuve. On peut douter, en conséquence, et de sa pertinence, et de sa portée dans le cas où, comme en l'espèce, il s'agit uniquement de trancher un problème de droit de fond, soit de fixer les exactes conditions matérielles d'application de l'art. 141.

5. Droit allemand.

La Cour de Zurich adopte le critère du jugement, en fondant notamment sa manière de voir sur la jurisprudence allemande qui est „arrivée au même résultat bien que le § 1569 CCA ait rendu la cause de divorce pour aliénation mentale plus sévère que l'article 141 CCS"[85]). Cet argument important n'est pas suffisant pour faire pencher la balance en faveur de cette solution, qui a été délibérément rejetée par le Tribunal fédéral[86]).

a) Tout d'abord, en effet, ce n'est pas la jurisprudence mais la doctrine allemande qui fait aboutir au jugement de divorce les trois années de maladie mentale; car la question n'a pas encore été tranchée par les tribunaux, dans les décisions publiées tout au moins. Cette doctrine n'est d'ailleurs pas unanime[87]).

b) En outre, une opinion étrangère ne doit être utilisée qu'avec circonspection, car elle peut résulter de considérations qui, ailleurs, perdent tout ou partie de leur valeur: la loi et son interprétation sont le reflet de la vie propre d'un peuple et non pas de l'univers entier.

c) De plus, en matière de divorce, le législateur suisse a délibérément rejeté le système du CCA[88]).

---

[85]) JZ 1938, 252; Egger art. 141 no. 5 et Briner 78/79 à propos de la loi de 1874.

[86]) Cf. n. 35, ci-devant.

[87]) Voir les commentaires de Planck § 1569 no. 3c, Reichsgerichtsräten nos. 3 et 4; Staudinger no. 3b et ses citations; contra: Gerhard 19; Endemann § 46 no. 90; Opet no. 2b et Schmidt 40 qui sont pour la date du rapport.

[88]) Briner 135 et n. 103, ci-après.

d) Enfin, toutes les autres conditions du § 1569 CCA étant plus sévères que celles du CCS, on s'explique que la doctrine allemande n'ait pas voulu encore accentuer cette rigueur du code allemand par une interprétation stricte de la condition de durée[89]). Il apparait donc équitable, en droit suisse, d'éviter cette tolérance compréhensible des auteurs germaniques, car elle n'est justifiée que par la sévérité dont ils font preuve par ailleurs.

6. Dislocation des conditions.

Gmür est seul à mettre en avant la proposition suivante, qu'il n'étaye d'ailleurs d'aucun motif: „Le délai ne court pas depuis le moment où la vie commune parait impossible . . . On ne peut pas exiger que l'état de maladie insupportable ait existé pendant ce délai de trois ans"[90]). Autrement dit, les trois années ne concerneraient aucunement la condition d'incompatibilité, mais seulement celle de la maladie mentale. On aurait ainsi, selon cet auteur la situation chronologique suivante:

incompatibilité au moment de l'action;
incurabilité à l'époque du rapport d'expert;
maladie mentale qui, à la date du jugement, dure depuis trois ans.

Pratiquement on aboutit donc, pour une seule et même cause de divorce, à trois délais différents. Et le juge doit, avec l'aide du rapport, déterminer exactement pour chacun d'eux leurs points de départ et d'ar-

---

[89]) Le CCA exige 3 ans de maladie mentale „pendant le mariage" (n. 41, plus haut), exclut la simple faiblesse d'esprit (voir les auteurs sus-mentionnés et RG du 5. 5. 02, JW 1902, 244, Annexes) et exige, au sujet de l'incompatibilité, une destruction de la vie conjugale, l'extinction de toute compréhension entre époux: idem, Briner 78, Roguin 317 et sous n. 31, ci-devant.

[90]) Gmür art. 141 nos 11 et 16; il se laisse entrainer trop loin en précisant: „Il suffit d'une constatation au moment de l'introduction de la demande ou même à la date du jugement", ce qui enlève à l'incompatibilité son caractère de cause de divorce, une telle cause devant nécessairement être antérieure au procès.

rivée, ce qui représente six facteurs en tout. Ce seul fait révèle déjà le caractère imparfait d'une telle solution.

a) Mais elle est surtout en opposition avec les principes relatifs aux conditions des dispositions légales. En effet, quand la loi pose diverses exigences à son application, elles sont toujours cumulatives[91]), elles s'enchaînent de telle manière qu'on ne peut en dissocier une, comme le fait Gmür. En outre, lorsque l'une d'elles est une condition de temps, c'est à dire un délai, elle s'applique aux autres conditions qui doivent donc se produire dans le temps fixé par la loi. Cela revient à dire que la condition de durée qualifie toutes les autres, et que ces dernières ne sont réalisées qu'en tant que le délai est respecté pour chacune d'elles.

aa) Le fait est évident lorsqu'il s'agit d'un délai de prescription (au sens large). Par exemple, en cas de vente, la vérification de la chose doit être faite „aussitôt . . . et d'après la marche habituelle des affaires": les deux conditions matérielles (vérification et usage) doivent toutes deux se produire „aussitôt" et non pas l'une d'elles seulement[92]). Nul ne chercherait à prétendre que ce n'est pas au moment où l'adoptant atteint ou dépasse quarante ans que doivent exister toutes les autres conditions légales: absence d'enfant légitime, différence d'âge avec l'adopté, consentement de l'époux, etc. De même, dans le domaine de l'usucapion: les délais de cinq et dix ans s'appliquent à la bonne foi comme à la possession paisible[93]); il ne

---

[91]) Voir sous n. 5, ci-dessus.

[92]) C'est aussi dans l'année de l'art. 31 CO que doit avoir été reçue la déclaration invoquant l'erreur et la résiliation du contrat; dans les trois ans de la séparation judiciaire illimitée que ses conditions doivent être réalisées: pas de réconciliation et pas de griefs à l'encontre du demandeur (art. 148 CCS).

[93]) Art. 661 et 728 CCS; Pfister, Die Ersitzung nach schw. Recht, Thèse Zurich 1931, 103.

suffit pas d'une bonne foi à l'époque du litige, par exemple[94]).

bb) La chose devient limpide si l'on compare l'aliénation avec l'abandon, cause voisine en raison des facteurs durée et classification légale. En effet, „pour la cause d'abandon, qui comporte . . . également un délai, l'article 140, alinéa 3 exclut expressément une action prématurée", c'est à dire antérieure à l'expiration d'un délai de deux ans et demi calculé ainsi: six mois après la sommation indispensable, qui ne peut être requise du juge qu'après deux ans d'abandon malicieux[95]). C'est dire que, d'une part, le délai ne peut être échu au jugement seulement, et que, d'autre part, il s'applique à chacune des deux autres conditions matérielles de l'article 140: l'abandon et la malice de celui-ci. Si le caractère malicieux s'est manifesté peu avant l'ouverture de l'action, et n'a donc pas duré pendant tout le délai, il est sans pertinence aucune[96]). Il n'y a pas de raison qu'il en soit autrement du caractère insupportable de la maladie mentale, lequel représente lui aussi le facteur subjectif de la disposition légale[97]).

[94]) Ainsi, juste avant le procès, j'ai hérité de l'objet qui était en ma possession de mauvaise foi; la question de l'usucapion se pose si le testament qui m'institue se révèle nul par la suite.

[95]) ATF 52, 2, 189 ou JT 1926, 622; idem ATF 52, 2, 411 sv. ou JT 1926, 546 sv., 547, ATF 40, 2, 7 sv. et TF du 9. 10. 12, JT 1913, 194 ou Praxis II, no. 9, p. 16. Voir de même Egger art. 141 no. 4, de Filippis 108, Gmür art. 141 no. 12, Martin 166, Picot 14a, Rehfous 16, Reymond 31, Seeger 130a, ainsi que Briner 144 relevant qu'ici aussi il y a aggravation par rapport à la loi de 1874.

[96]) Meili, Zur Auslegung von Art. 140 ZGB, JZ 16, 302 sv., 303: „Il faut la malice au moment de l'abandon"; idem Martin 164.

[97]) Cf. sous n. 28, ci-dessus. Pour l'abandon également, des „intervalles" n'interrompent pas le délai: n. 15, ci-devant; Egger art. 140 no. 4 sur les brèves visites du conjoint fugitif, son retour sans intention de reprendre la vie conjugale, etc.; Reymond 31: „Il n'importerait pas que, dans l'intervalle, l'absent ait fait des apparitions momentanées au domicile conjugal."

Il n'est pas juste de prétendre que ce délai, condition du procès, a sa justification uniquement dans l'alinéa 3 de l'article 140, lequel, en tant que „disposition spéciale qui élève l'écoulement du temps à la hauteur d'une condition de l'ouverture de l'action"[98]) ne permettrait aucune comparaison avec le délai de la maladie. Cet alinéa 3 n'a pas pour but, en effet, de modifier le point d'aboutissement du délai tel qu'il est prévu aux alinéas précédents. Le premier alinéa fixait déjà ce point d'arrivée à l'introduction du procès: „Chacun des époux peut demander le divorce . . . à la condition toutefois que l'abandon ait duré au moins deux ans". Ce texte ne supporte pas d'interprétation différente. Il est certain que, de plus, le législateur n'a pas entendu permettre à l'époux abandonné d'assigner, par exemple, 15 jours après la fugue de son conjoint, quitte à ce qu'il fasse en sorte qu'au jugement définitif le délai soit échu. Il est encore plus certain que la sommation prescrite par l'alinéa 2 ne peut être suivie d'action avant que soit écoulé sans résultat le délai de six mois qu'elle prévoit.

Loin donc de bouleverser la portée des conditions de l'abandon malicieux, l'alinéa 3 de l'article 140 ne fait qu'en préciser la teneur, pour mettre fin aux hésitations de la doctrine relative à la loi de 1874; celle-ci se demandait s'il suffisait „que l'abandon ait duré deux ans au moment où l'action de divorce est intentée, de telle sorte que la sommation pourrait être faite après dix-huit mois d'abandon"[99]). Au lieu d'être une „disposition spéciale" dont le caractère exceptionnel excluerait toute similitude avec la condition de durée de l'aliénation mentale, cet alinéa 3 s'harmonise avec l'ensemble du texte légal et permet, par analogie, d'admettre que l'„insupportabilité" de la maladie, comme la malice de l'abandon, doivent avoir duré avant l'instance pendant tout le cours du délai légal.

[98]) Cour de Zurich du 4. 7. 38, JZ 1938, 252.

[99]) Martin 165/6 qui combat d'ailleurs cette interprétation.

En définitive, comme dans tous les autres domaines du droit, les conditions de l'article 141 CCS ne peuvent être dissociées; or c'est à ce résultat qu'aboutit l'opinion de Gmür, qui est d'ailleurs restée isolée, probablement pour ce premier motif déjà.

b) L'article 141 indique du reste que c'est la „maladie mentale" qui doit avoir duré trois années[100]). Comme il exige précisément un genre spécial de maladie mentale, soit celle qui rend la vie commune insupportable, c'est une telle maladie qualifiée qui doit avoir duré trois ans; et non pas une simple maladie mentale au sens médical du terme, comme le veut la solution adoptée par Gmür, dont l'assertion fait ainsi bon marché des exigences légales et du sens commun.

c) L'incurabilité, cela est certain, ne peut être „reconnue" par les experts qu'après que la maladie a duré trois années:

aa) Mais il n'est pas nécessaire que l'incurabilité elle-même ait eu une pareille durée[101]). Personne ne cherche à déduire du fait que cette condition n'est ainsi pas soumise au délai de trois ans, qu'il en serait de même pour l'incompatibilité. Car si l'incurabilité devait avoir une telle durée, le juge devrait suspendre son jugement pendant trois années après le dépôt du rapport qui la constate. Ce serait non seulement nuisible à la justice mais parfaitement vain, car l'incurabilité, — qui signifie absence de guérison possible à l'avenir — représente l'„illimité" dans le temps. Elle est donc, par essence, incompatible avec une limitation de durée, qui n'aurait d'ailleurs aucunement pour effet de fournir une garantie supplémentaire.

bb) De même, le délai n'est pas simplement l'accessoire de cette constatation faite par les experts au sujet de l'incurabilité, de telle sorte qu'il ferait corps avec elle

---

[100]) Voir n. 35, ci-devant.

[101]) Cf. sous n. 40, plus haut.

et cesserait d'être une condition légale indépendante. En effet, si le délai concerne bien la dite constatation, il se rapporte surtout à la maladie mentale telle qu'elle est doublement qualifiée par la loi, dans sa gravité et dans son genre[102]). De telle sorte que le délai s'applique à trois conditions légales et non pas à une seulement. Il ne saurait donc être ravalé au rang d'accessoire, ce qui n'est d'ailleurs le cas d'aucun autre délai. En outre, la loi de 1874 prévoyait déjà la durée de trois ans comme une condition indépendante et principale, puisqu'elle autorisait le divorce „pour cause d'aliénation mentale lorsqu'elle dure depuis trois ans et qu'elle est déclarée incurable". Comme, de plus, cette loi instituait le délai sans prescrire la constatation par des experts, le délai ne saurait être l'accessoire de cette dernière, car rien dans les documents législatifs du CCS ne permet d'admettre un revirement à cet égard[102bis]).

d) Et surtout, la question d'incompatibilité est le fondement de toutes les autres causes déterminées de divorce. Ce concept a remplacé, en droit suisse, celui de la faute consacré par le droit allemand[103]). Il est l'essence et la raison de toutes ces causes de divorce. Au point que, en son absence et malgré la réunion des conditions légales de l'une ou l'autre de ces causes, le juge ne prononcera pas le divorce. Le fait est certain en cas d'adultère, d'attentat à la vie, de sévices et injures graves, circonstances qui perdent toute pertinence en cas de pardon, soit précisément lorsque, malgré elles, la vie commune n'est pas devenue impossible. De même, pour le délit infamant et l'atteinte à l'honneur, ainsi qu'il en a été

---

[102]) Voir sous n. 8 sv., et sous n. 25 sv. pour l'incompatibilité.

[102bis]) Egger art. 141 no. 5 déclare: „La loi exige un délai de trois ans, comme l'ancien droit"; cf. aussi art. 163 de l'Avant-projet de 1900.

[103]) Briner 12 et 134; Egger avant art. 137 no. 17.

jugé[104]), et pour l'abandon malicieux dont les sévères conditions (sommation et durée) prouvent à elles seules, si elles sont données dans un cas particulier, qu'il n'y a plus de vie conjugale.

Or dans tous ces cas, c'est l'incompatibilité à l'ouverture du procès qui est exigée par le législateur, même sans qu'il la mentionne. S'il a donc jugé utile, dans le seul cas d'aliénation mentale de modifier le droit antérieur[105]) afin d'indiquer expressément cette incompatibilité, c'est qu'il n'entendait pas seulement qu'elle existe à l'intentat de l'action, comme le croit Gmür, mais bien depuis „trois ans" auparavant, afin de qualifier ainsi la maladie mentale permettant le divorce.

7. Objections particulières.

Pour être complet, il convient en terminant de signaler quelques objections qui pourraient être faites au système basé sur le critère de l'introduction en justice.

a) Les opposants à ce système admettent eux-mêmes qu'ils ne peuvent tirer argument du fait que certaines procédures cantonales permettent au juge de tenir compte des faits nouveaux survenus durant la litispendance[106]). Car la divergence de vues touche uniquement les conditions que comporte une disposition de droit

[104]) Les causes déterminées du divorce . . . supposent que les actes dont il s'agit influent sur l'union conjugale, sur l'affection réciproque des époux, sur la continuation de la vie commune": ATF 53, 2, 196 sv. ou JT 1927, 572 sv., 573, qui refuse le divorce en raison de l'ancienneté d'un délit infamant.

[105]) Cf. n. 26, ci-dessus. Cette réforme est si essentielle que de Filippis 87 a pu dire: „L'ancienne loi fut modifiée en ce sens que ce n'est plus la maladie mentale, mais l'impossibilité de vie commune à la base d'une telle maladie qui est la cause de divorce."

[106]) Cour de Zurich du 4. 7. 38, JZ 1938, 251/2; cf. aussi ATF 52, 2, 189 ou JT 1926, 622. Toutes les circonstances nouvelles ne peuvent d'ailleurs être retenues; c'est par exemple l'état de fait à l'ouverture de l'action qui est décisif en ce qui concerne la nationalité ou le domicile attributifs de for: tout changement ultérieur est sans pertinence: ATF 48, 1, 196 ou JT 1922, 191.

fédéral, l'article 141, dont la teneur et la signification sont évidemment indépendantes des règles de procédure. De plus „la prescription ne relève pas de la procédure", principe qui, par analogie, peut valoir pour notre domaine[107]). Même en admettant le contraire, on se heurterait au fait que le législateur fédéral ayant posé à l'article 158 CCS certaines règles de procédure, il aurait fort bien pu prévoir aussi, à l'article 141 une dérogation aux droits cantonaux.

b) Cet article, comme l'article 139 CCS, prescrit que „chacun des époux peut demander le divorce en tout temps". On pourrait être tenté d'admettre que cette dernière locution autorise précisément le demandeur à ne pas attendre trois ans avant d'agir, et lui permet donc d'éviter la condition de „durée de trois ans". Ce raisonnement ne tient pas. Il est déjà insoutenable dans le cas de l'article 139 qui, ne prévoyant pas de délai, n'autorise pas une semblable interprétation. En outre, on ne pourrait comprendre que le législateur se contredise ainsi délibérément dans le corps d'un même article de loi[108]), ou même qu'il veuille contraindre indirectement le demandeur qui assigne sans délai à s'installer dans une procédure durant trois années au moins, afin de respecter à la fois ces deux exigences légales.

En réalité, elles ne sont ni en opposition ni même en relation l'une avec l'autre, car elles concernent deux domaines distincts. Le sens véritable de la locution „en tout temps" des articles 139 et 141 se révèle tout naturellement en comparant ces dispositions avec les autres causes déterminées de divorce où, en revanche, l'„action se prescrit par six mois"[109]). Aux articles 139 et 141 CCS

[107]) von Tuhr 603 qui précise encore: „Elle appartient au fond du droit"; cf. sous n. 81 et 133.

[108]) Le texte allemand de l'art. 163 de l'Avant-projet de 1900 plaçait ces deux locutions côte à côte, ce qui révèle qu'il n'entendait pas déroger à l'une par l'autre.

[109]) Art. 137 et 138; c'est un délai de péremption: ATF 65, 2, 101 sv.

„le droit de demander le divorce ne se prescrit pas“[110]) parce que ces deux causes de divorce „ne résident pas dans des actes isolés mais qu'elles supposent un état permanent durant lequel le droit de les invoquer ne s'éteint jamais“[111]). Cette imprescriptibilité est juste car „l'époux sain peut patienter, dans l'espoir d'une amélioration“[112]); ou bien il „s'imagine qu'il aura le courage de se résigner jusqu'au but“[113]), toutes choses qui, en bonne justice, ne sauraient lui nuire.

c) Le terme „continuation“ de la vie commune ne peut pas non plus avoir pour signification d'atténuer ou de supprimer la portée du délai triennal. D'abord cette expression joue à l'art. 141 CCS un rôle si effacé qu'elle pourrait être biffée sans en changer le sens, ce qui s'est précisément produit à l'article suivant, dans le texte français tout au moins. En allemand et en italien, au contraire, l'article 142 reproduit mot à mot la formule de l'article 141 sur ce point, de sorte qu'on ne peut dire que le terme „continuation“ de cette dernière prescription révèle une intention de lui donner une portée spéciale.

Cette locution anodine peut s'expliquer ainsi: la protection légale ne s'étend pas à la vie commune en soi, mais à sa continuation ou à sa cessation, car le juge prononce son „maintien“[114]) ou sa suspension; il statue pour l'avenir et non pour le passé, en refusant (ou non) au défendeur la

---

[110]) Curti art. 141 no. 5, Egger Ière éd. art. 141 no. 3e, Gmür art. 141 no. 19, Picot 6a, Rey 55, Reymond 34, Rossel et Mentha 204.

[111]) Exposé de motifs de 1901, 121.

[112]) Egger et Reymond loc. cit.

[113]) Rossel et Mentha 204. Picot 6a relève avec raison que cette expression légale ne signifie pas „jusqu'à la mort“, mais „pendant le temps où (la cause) peut agir sur l'union conjugale“ car, après, il y a présomption de renonciation à l'action; idem Curti art. 141 no. 5, Reymond 55 et, pour la cause d'abandon, arrêt Aegerter ZBJV 1939, 300.

[114]) Rey 55 parle du „danger que l'époux malade . . . pouvait courir du fait du maintien de la vie commune“.

„continuation" de la vie commune „devenue pour les époux une notion insupportable"[115]).

d) Enfin, la locution „insupportable" qui se rapporte à la vie commune des époux, n'exclut pas, quelle qu' absolue qu'elle soit, la possibilité d'une prolongation pendant trois ans d'une telle vie conjugale[116]). La capacité humaine de supporter les épreuves morales est presque sans limite, les temps modernes ne le démontrent que trop. Et ce n'est pas parce qu'une situation est insupportable à un être humain que non seulement il pourra s'y soustraire, mais qu'il devra être autorisé à le faire. C'est le lieu de rappeler ici le dicton „impossible n'est pas français"; de même, le fait d'expérience que nombre d'époux supportent une vie insupportable sans recourir aux tribunaux, pour des motifs relevant de la morale, des convenances, de l'intérêt, ou à cause des enfants. En sorte qu'il n'y a pas contradiction entre cette notion de vie „insupportable" et celle de „durée de trois ans", toutes deux prescrites par la loi.

C. Raisons de s'en tenir au texte légal.

Non seulement les motifs invoqués pour s'écarter du texte de l'article 141 sont peu déterminants, mais il existe, en pratique, des inconvénients certains à adopter la date du rapport ou celle du jugement comme échéance du délai triennal. A la différence du critère de l'ouverture du procès, ces deux dernières solutions conduisent en effet à l'arbitraire, à l'incertitude et à l'imprécision; elles sont incompatibles aussi avec la nature du délai légal.

1. Arbitraire.

En premier lieu, l'arbitraire doit être éliminé autant que possible, même au prix d'un formalisme éventuel,

---

[115]) Martin 137.

[116]) Voir d'ailleurs sous n. 76 la possibilité de suspendre la vie commune.

car il est la négation du droit et de l'équité; alors que la forme a toujours un sens, un intérêt, si minime soit-il.

a) L'écoulement des trois années avant l'introduction de la demande représente un critère fixe, indépendant des circonstances et relevant uniquement de la volonté de l'intéressé, le demandeur en divorce. Tandis que la date du rapport ou celle du jugement n'ont pas ces qualités, car elles dépendent pour une grande part du bon vouloir des experts ou du juge. Elles ont un caractère contingent qui place l'institution du divorce sous le signe de l'artificiel; par exemple, rien n'empêche que, consciemment ou non, le rapport soit déposé — ou le jugement rendu — un jour avant (ou un jour après) l'expiration du délai, ce qui, arbitrairement, donnerait donc lieu au rejet (ou à l'acceptation) de la demande.

b) En outre, cette date de l'intentat est le seul critère à valeur universelle, ou si l'on préfère nationale. En ce sens que la variété considérable des procédures locales, en genre et en durée, est sans aucune influence sur lui. Il permet donc d'assurer une application uniforme du droit, alors que les autres critères conduiraient nécessairement à une application variable selon les diversités des procédures cantonales et suivant les aléas de chacune d'elles[117]).

c) Enfin et surtout, ces autres critères (rapport ou jugement) ouvrent la voie à des abus. Si le demandeur en divorce sait que l'incompatibilité doit avoir duré trois ans au moment du rapport, il sera fortement tenté, aussi longtemps que ce délai n'est pas écoulé, de ralentir le déroulement du litige lui-même ou de la procédure d'expertise. Il dispose de bien des moyens à cet effet puisqu'il

---

[117]) L'auteur eut ainsi plusieurs cas, dans sa pratique relativement brève, où les experts ne déposèrent leur rapport que plus d'un an après leur mise en oeuvre par le tribunal. Ces longueurs seront notamment fréquentes lorsqu'un des experts habite hors du canton, ce qui est une garantie supplémentaire d'impartialité.

peut, dans la plupart des cantons, obtenir du juge de nombreux renvois à l'occasion des débats écrits et oraux, demander des enquêtes préliminaires, une comparution personnelle des parties, ou soulever tout incident, tel que la récusation des experts, par exemple; il peut même tarder à leur fournir ses pièces, intervenir afin qu'ils ne statuent qu'après l'échéance du délai, ou obtenir, une fois le rapport déposé, leur comparution en vue de sa confirmation. Autrement dit, cette thèse qui, selon ses défenseurs, éviterait le formalisme, donnera facilement lieu à des abus de forme ou à des chicanes dilatoires[118]).

2. Imprécision.

En second lieu, l'incertitude et l'imprécision sont aussi des écueils à éviter, surtout en matière de délais. Or, à la différence de la solution présentement adoptée, les deux autres laissent souvent subsister du flottement:

a) Le critère du rapport d'expertise est incertain pour les raisons suivantes:

Tout d'abord, on l'a vu, le rapport peut être antérieur au procès[119]). Si, dans ce cas, les trois ans ne sont pas écoulés au moment du rapport, un juge expéditif déboutera d'emblée le demandeur, tandis qu'un tribunal méticuleux désignera lui-même de nouveaux experts dont le rapport sera souvent déposé après l'expiration des trois années, ce qui renverse la situation. Le critère est donc imprécis puisqu'il conduit tantôt au rejet, tantôt à l'admission de la demande.

Ensuite, il est incertain parce qu'il permet de s'en tenir aussi bien à la date de rédaction du rapport qu'à

---

[118]) Cf. sous n. 72 sv., ci-devant. Est donc inexact le considérant suivant: „La crainte d'abus n'est pas fondée car l'époux sain d'esprit court le risque d'être débouté sans autre si, au moment du jugement, les trois ans ne sont pas écoulés": Cour de Zurich du 4. 7. 38, JZ 1938, 252; car, en pratique, ce conjoint pourra presque toujours éviter ce risque.

[119]) Voir sous n. 50, ci-dessus.

celle de son dépôt en justice[120]), sans parler de celle à laquelle les experts ont fait leurs premières constatations[121]), ou de la date à laquelle, selon les cas, ils ont été appelés par le juge à confirmer et à préciser oralement leur rapport. Si ces deux dernières éventualités ne sont guère à considérer, on peut trouver des arguments en faveur de chacune des autres. Bien qu'aucun juriste ne recommande l'adoption de la date de rédaction, elle semble préférable car elle est la seule qui vienne en question dès que le rapport n'émane pas d'experts judiciaires, que ce rapport soit antérieur ou non au procès[122]). Il n'y a pas, en effet, de „dépôt" du rapport dans ce cas. Elle est aussi la date qui correspond à la réalité, à la détermination médicale de la maladie dans son genre, sa gravité et sa durée. Les experts se prononcent à la signature de leur rapport et non pas à son dépôt, qui est une simple for-

---

[120]) Egger Ière éd. art. 141 no. 2 et Seeger 135a: „Si au moment où les experts déposent leur rapport la maladie a duré trois ans, on doit considérer comme suffisamment remplie la condition de temps posée à la naissance du droit d'action. Nous irions même plus loin en considérant comme déterminante l'époque du jugement."

[121]) Briner 147 semble adopter cette manière de voir en disant: „L'expertise doit intervenir après l'écoulement des trois ans, selon le texte et contrairement au droit antérieur." Il est donc inexact de classer Briner parmi les tenants de la théorie du jugement, comme le fait Egger art. 141 no. 5 qui en est partisan, Briner n'adoptant un tel système qu'à propos de la loi de 1874 (page 79). De même Fischer 74 parait s'en tenir au critère du rapport, car il ne reproduit que la première phrase de la citation sus-indiquée de Seeger: n. 120, plus haut.

[122]) Voir sous n. 119, ci-devant. Seule une formule de cette espèce eut permis de retenir comme déterminante la date du rapport: la maladie a duré trois ans au moment où, à dire d'experts, elle est reconnue incurable et propre à rendre la continuation de la vie commune insupportable au demandeur. Enfin, c'est répondre à la question par la question que de prétendre: „La loi . . . dit simplement que les experts constatent que la maladie a duré trois ans et est incurable": Cour de Zurich du 4. 7. 38, JZ 1938, 252.

malité, et qui suit fréquemment la première opération de plusieurs semaines ou mois, la pratique le prouve.

Cette incertitude devient plus grande encore lorsque, comme il est fréquent, une surexpertise est ordonnée en première instance ou par les juges d'appel. Quel sera alors le moment décisif: la date du premier ou du second rapport? l'époque où fut déposé le premier ou le second rapport?

b) Le critère du jugement est plus logique puisque c'est le juge, et non l'expert, qui doit trancher la question complexe de l'aliénation mentale. Ce fait explique que ce critère ait été adopté par plusieurs[123]). Mais il ne trouve aucun point d'appui dans la loi qui ne souffle mot du jugement[124]), alors qu'il eût été facile de dire, par exemple: ... si la maladie a été reconnue incurable à dire d'experts et qu'elle rende, au moment du jugement et depuis trois ans, la continuation de la vie commune insupportable au demandeur.

Le critère du jugement est loin d'être certain, aussi, car ce dernier substantif désigne à la fois les décisions du premier juge et celles des tribunaux de recours: appel, cassation, réforme, etc. Si l'on entend par jugement la décision de première instance seulement, on aboutit à une inconséquence dans les cas où le délai de trois ans n'est pas échu à cette date, car il sera presque toujours expiré devant les juridictions supérieures. C'est pour éviter cet inconvénient qu'il a été proposé de calculer les trois ans jusqu'à l'arrêt de la Cour d'appel[125]). Mais ce système est choquant car il permet au tribunal de recours d'annuler une décision rendue en conformité absolue du droit et

---

[123]) Voir n. 56, ci-dessus.

[124]) Seeger 134a révèle son malaise à ce sujet par cette formule embarrassée: „La loi ne subirait aucune violence . . .“; cf. aussi n. 71, ci-devant.

[125]) La Cour de Zurich, dans son arrêt Wanner du 4. 7. 38, JZ 1938, 251 sv. ne conclut pas expressément dans ce sens, mais le résumé de l'arrêt l'indique.

du fait: le premier juge ne pouvait prononcer le divorce puisqu'au moment du jugement les trois ans prévus par la loi n'étaient pas écoulés. A la date de ce jugement, les conclusions du demandeur étaient irrecevables, en sorte qu'une telle interprétation favorise décidément par trop ce dernier. Bien mieux, elle encourage l'époux qui est impatient d'être libéré des liens l'unissant au malade mental, à introduire sans tarder son procès, pour couper les ponts et bénéficier des avantages conférés aux plaideurs par l'art. 156 CCS: demeure séparée, garde des enfants, etc.; quitte, ensuite, à ne rien hâter pendant l'instance, de manière que, en tout cas l'arrêt d'appel soit rendu après l'expiration des trois ans.

En outre, on ne voit pas pourquoi il y aurait lieu de calculer les trois ans à la date de la décision de la deuxième juridiction, plutôt qu'à celle d'une Cour de cassation ou du Tribunal fédéral, puisque l'incompatibilité est une notion de droit qui leur est soumise[126]). Et alors, trois années se seront souvent écoulées entre l'introduction du procès et l'arrêt définitif, de sorte qu'une demande en divorce pourrait être accueillie par ce dernier alors qu'il n'y avait même pas incompatibilité avant l'instance[127]). Cette solution conduit donc parfois, en pratique, à supprimer l'exigence légale des trois années: la seule durée du procès a fait tomber ce réquisit.

Ce système annihile encore fréquemment la condition d'incompatibilité. En effet, si l'on compte dans ce délai le temps écoulé pendant le litige, devant une ou plusieurs juridictions, on retient, pour fixer la notion d'incompatibilité, l'état d'esprit des parties en procès, les évène-

---

[126]) Cf. n. 28, plus haut, et Seeger 134a.

[127]) Dans l'arrêt ATF 52, 2, 186 sv. ou JT 1926, 620 sv. l'incompatibilité existait depuis 18 mois avant le procès; le TF refusa le divorce parce que la loi exige trois ans auxquels il faut se tenir pour éviter des demandes formées alors que „la vie commune insupportable n'existe peut-être que depuis relativement peu de temps".

ments survenus en cours d'instance dans leur vie personnelle et conjugale, ce qui est évidemment fâcheux en raison de l'animosité habituelle et explicable des plaideurs l'un envers l'autre. Or cet état d'esprit d'époux en procès n'est guère différent de l'incompatibilité.

En définitive, le divorce sera alors prononcé sans que le juge ait tenu compte ni du délai de trois ans ni de l'incompatibilité elle-même, ces conditions légales s'étant en quelque sorte évaporées du seul fait du déroulement du litige devant plusieurs juridictions. La cause de divorce sera ainsi réduite à sa plus simple expression, contrairement au voeu exprès du législateur: il suffira d'une maladie mentale reconnue incurable et vieille de trois ans à l'époque du jugement final. On retomberait ainsi exactement au niveau de la loi de 1874, dont le législateur avait pourtant voulu précisément s'écarter par des exigences nouvelles[128]).

3. Nature du délai.

En dernier lieu, la nature du délai triennal empêche de lui trouver une autre signification que celle-ci: il fixe une condition matérielle de l'action en divorce[129]). Ce n'est pas, en effet, un délai judiciaire[130]) ou conventionnel, mais bien un délai légal. Il arrive que la loi attache une condition de durée à la déclaration de volonté émanant d'un sujet de droit. Cette durée peut être prévue pour

---

[128]) Voir sous n. 26 et 70, ci-dessus, l'aggravation instituée par le CCS par rapport à cette loi de 1874. D'ailleurs la jurisprudence appliquant la dite loi exigeait déjà une „maladie mentale qui rende impossible la continuation de la vie commune": ATF 8, 337 sv. et HE 13, 208.

[129]) ATF 52, 2, 189 ou JT 1926, 622: „La maladie mentale ne donne droit à l'action que lorsqu'elle a duré trois ans"; contra: Cour de Zurich du 7. 4. 38, JZ 1938, 252, ainsi que Egger art. 141 no. 5 in fine qui, à ce propos, confond la nature du délai avec le but de celui-ci: cf. n. 59, ci-devant.

[130]) Voir de tels délais aux art. 104, 147 et 150 CCS.

l'avenir, c'est à dire à partir de la manifestation de volonté, comme dans les délais de congé, de résiliation, etc.

Elle concerne aussi souvent le passé, en ce sens qu'il faut en quelque sorte revenir en arrière depuis cette déclaration de volonté, rebrousser dans le temps de tout l'espace du délai: il y a alors prescription au sens large[131]), impliquant la nécessité de rechercher si la manifestation de volonté est bien intervenue au cours du délai. L'institution de la prescription sous ses deux formes, prescription extinctive et acquisitive, a un caractère d'unicité que les droits français, italien et autrichien ont particulièrement mis en évidence[132]). Ces deux espèces de prescription ne se distinguent que par leur effets qui sont opposés:

la prescription extinctive donne un délai pour agir, à l'expiration duquel le droit s'éteint[133]);

la prescription acquisitive implique, en revanche, un délai d'inaction, un délai d'attente, à l'écoulement duquel le droit prend naissance.

Le délai de l'article 141 entre, de par sa nature, dans cette dernière catégorie des délais d'attente, à l'issue desquels naît un droit; en l'espèce: le „droit au divorce", comme dit la doctrine de langue allemande[134]). Ce délai s'apparente ainsi aux délais suivants:

---

[131]) Le terme de prescription est pris ici dans son sens général englobant la déchéance, la péremption et la prescription proprement dite.

[132]) Art. 2219 sv. CCF, 2105 sv. CCI et §§ 1451 sv. ABGB de 1811. En droit suisse, voir von Tuhr 602: „Dans la prescription comme dans l'usucapion . . . le législateur admet que l'écoulement du temps a un effet réparateur"; Capitaine, Des courtes prescriptions, Payot 1938, 31 et 32 sur les délais de recours: „La péremption est . . . une des conditions de l'exercice d'un droit"; Haab art. 661 no. 1 et nos 14 sv., Oser avant art. 127 sv. nos 4 et 7, Pfister 20: „Elles ont le même principe à la base."

[133]) Il est de tels délais qui ne durent que quelques minutes (art. 201 CO) ou quelques jours: art. 1028 et 1033 sv. CO, art. 112, 388 et 976 CCS, art. 83 LP.

[134]) Voir aussi Rey 71 et 131.

la majorité légale de 20 ans (art. 14 CCS) et les majorités spéciales de 16, 17, 18 et 40 ans (art. 15, 96, 264, 277, al. 3 et 467 CCS)[135]);

le délai de viduité[136]) et le délai de conception[137]);

les trois ans de la séparation de corps illimitée (art. 148 CCS), dont l'écoulement confère un droit au divorce[138]);

l'usucapion des droits réels[139]);

le délai de l'abandon malicieux surtout, cette cause de divorce proche de l'aliénation mentale. En conséquence, il n'y a pas de raison de mettre à part le délai de l'art.141, de le sortir de sa catégorie des délais d'attente qui tous exigent de l'intéressé, pour qu'il puisse faire valoir son droit en justice, que le délai soit écoulé.

---

[135]) Egger art. 96 nos 6 et 9: „La majorité doit être acquise avant l'introduction de la procédure de publication"; idem pour l'art. 264 (no. 3) et Rossel et Mentha 513 à propos de l'art. 467 CCS; contra, pour l'émancipation: Curti art. 15 no. 3 et Egger art. 15 no. 3.

[136]) Art. 103 CCS et Rapport du Département de Justice et Police sur sa gestion en 1902: Feuille fédérale 1903, I, 589: „Il est erroné et contraire à la loi de publier le nouveau mariage des veuves et des femmes divorcées avant l'expiration du délai de 300 jours . . . L'interprétation du Conseil fédéral correspond réellement aux intentions du législateur."

[137]) Art. 252 sv. et 314 CCS où le facteur déterminant n'est pas, à proprement parler, une manifestation de volonté, mais bien la naissance d'un sujet de droit, la survenance d'un enfant naturel.

[138]) Rey 133: „L'indice que le lien conjugal est assez profondément atteint pour que la vie commune soit devenue insupportable réside dans l'expiration des délais de la séparation de corps sans réconciliation."

[139]) Art. 661 sv. et 728 CCS; Wieland art. 661 no. 6 et 662 no. 3: „A l'expiration du délai de prescription, le possesseur est en droit de demander la reconnaissance de sa propriété"; cf. aussi Haab art. 661 no. 13: „La durée est aussi un élément indispensable de toute usucapion"; Rossel et Mentha 37 qui parlent de „condition essentielle".

II. Conditions de forme.

C'est principalement la situation du demandeur qui a été analysée jusqu'ici, afin de déterminer les conditions posées à l'exercice de ses droits. Il est nécessaire, maintenant, d'examiner le point de vue adverse, celui du défendeur en divorce. Ce dernier est donc, au moment de l'assignation, un aliéné atteint depuis trois ans au moins d'une maladie mentale rendant insupportable la vie conjugale, maladie qui, de plus, est reconnue incurable à dire d'experts. Ce défendeur est, en conséquence, sérieusement diminué dans ses facultés intellectuelles et sensibles, en sorte que la question de sa qualité pour défendre au procès se pose tout naturellement. Et pourtant cette question ne semble pas avoir été traitée par les auteurs qui se bornent à admettre, en principe, que l'interdiction préalable du défendeur n'est pas nécessaire[140]).

Pour élucider ce problème de la „Passivlegitimation", il faut distinguer quatre degrés de maladie mentale:

la maladie privant le défendeur de sa capacité de discernement;

celle ayant nécessité son interdiction;

le cas d'internement de l'aliéné;

enfin, la maladie mentale ordinaire, ne présentant aucune de ces particularités.

1. Incapacité de discernement.

L'aliénation mentale qui rend le conjoint défendeur incapable de discernement, le dépouille ipso facto de l'exercice de ses droits civils[141]). L'aliéné n'a donc pas

---

[140]) Briner 79 et Roguin 317; Gmür art. 141 no. 20: „Bien qu'elle soit de règle", selon l'art. 369 CCS; l'art. 141 ne s'occupant aucunement de la capacité d'ester, c'est manifestement par erreur que cet auteur tire la déduction suivante: „Il ressort de l'art. 141 que des personnes incapables peuvent être assignées en divorce": Avant Titre IV, no. 16.

[141]) Art. 12, 13 et 18 CCS. Egger art. 17 no. 1 et 18 no. 2: „L'incapable ne peut produire valablement une déclaration de

la possibilité d'ester en justice, laquelle n'est que „l'un des attributs de la capacité civile"[142]). Le malade ne peut plaider en son nom et pour son compte, il lui faut un représentant légal, un tuteur. En l'absence de ce dernier „sont nuls les actes de procédure du demandeur et les décisions judiciaires qui se fondent sur eux"[143]). Il importe peu que le moyen soit invoqué en appel seulement[144]).

Si le conjoint malade a été interdit avant l'ouverture de l'action, le procès n'est valablement lié que par la mise en cause du représentant, qui prend la place de l'aliéné[145]). Sinon, le demandeur en divorce devra requérir des autorités de tutelle l'interdiction du malade mental avant d'introduire son action. A défaut de cette procédure préalable, sa demande doit être rejetée sans autre et en tout état de la procédure.

2. Interdiction d'un époux capable de discernement.

a) Un malade mental, qu'il soit interdit ou non, n'est pas nécessairement incapable de discernement, car ces

---

volonté." Voir sur la définition de l'incapacité de discernement, qui est un concept juridique (Escher art. 467 no. 3 citant la jurisprudence fédérale) et une notion relative, c'est-à-dire à trancher concrètement, selon les cas d'espèce: ATF 44, 2, 447 sv. ou JT 1919, 339 sv.; Cour de Berne du 16. 10. 17, JZ 15, 231 sv., Cour de Zurich du 11. 2. 31, Bl.ZR 31 no. 152 et Weiss 1922/37 no. 315; Escher art. 467 no. 6, Lehmeier 225, Rossel et Mentha 80, von Tuhr 183 no. 7.

[142]) ATF 48, 2, 26 sv., 29 ou JT 1922, 418 sv., 421.

[143]) TF sus-mentionné et ATF 31, 1, 607 sv., 613; Cour de Soleure du 25. 5. 16, JZ 15, 77 ou Weiss no. 144; Cour de St-Gall du 23. 7. 21, JZ 19, 65 ou Weiss no. 132a.

[144]) ATF 48, 2, 26 sv. ou JT 1922, 418 sv. et Cour de St-Gall susindiqué.

[145]) Mais le représentant légal ne peut actionner en divorce pour le compte de son pupille incapable de discernement, en sorte que ce dernier est définitivement lié à son conjoint qui n'entend pas agir: Egger art. 19 no. 10, Rey 72, von Tuhr 186b et article dans JZ 1, 6; contra: Rossel et Mentha 210 et Cour de Berne du 5. 10. 29, Weiss 1922/37 no. 333.

notions ne se couvrent pas[146]). D'ailleurs, l'article 19 CCS concerne précisément „les interdits capables de discernement" et les autorise à exercer seuls leurs „droits strictement personnels", alors qu'ils doivent plaider par représentant pour tous leurs autres droits[147]).

Si l'interdit est doué de discernement, il peut donc intenter une action en divorce, ou y défendre, sans le secours de personne[148]). Cette règle se comprend d'elle-même à l'égard du mineur, du prodigue, de l'ivrogne, du dévergondé ou du détenu qui, n'étant pas atteints dans leurs facultés intellectuelles, jouissent d'une capacité de discernement comportant nécessairement celle de conduire un procès en divorce.

b) Il n'en est pas de même de l'aliéné ou du faible mental (art. 369) qui sont précisément, en tout ou partie, dépourvus de ces capacités intellectuelles. Selon l'importance de cette diminution, il est impossible d'autoriser l'aliéné capable de discernement à défendre seul au procès en divorce: l'appui d'un représentant s'impose, d'autant plus que la maladie est grave par hypothèse, puisqu'elle a donné lieu à l'interdiction. La pratique semble l'avoir compris, en sorte que souvent un tel représentant intervient judiciairement pour un malade men-

---

[146]) Egger art. 16 no. 13 et 97 no. 2, Escher art. 467 no. 7, Rossel et Mentha 168, von Tuhr 183; ATF 43, 2, 739 sv. ou JT 1918, 258 sv.; 44, 2, 447 sv. ou JT 1919, 339 sv.; 56, 2, 159 sv. ou JT 1930, 450 sv.; Cour de Soleure du 25. 5. 16, JZ 15, 77 ou Weiss no. 144; Cour de Bâle du 12. 1. 26, JZ 24, 42.

[147]) Par exemple, une action en paternité sans effet d'état-civil: Cour de Zurich du 29. 8. 30, Bl.ZR 30 Nr. 98.

[148]) ATF 9, 162 sv., 165 et TF du 14. 12. 05, JZ 2, 280; Berne, RR du 11. 9. 23, Weiss 1922/37 no. 343; Cour de Zurich du 31. 10. 28, JZ 27, 280 ou Weiss 1922/37 no. 355; Curti art. 19 no. 2, Egger art. 392 no. 2, Gmür avant Titre IV no. 14, Rossel et Mentha 441 no. 1 et article dans JZ 1, 5: „L'interdit capable est seul à décider; il n'y a pas de place ici pour une activité du tuteur."

tal[149]) et que l'interdiction peut être obtenue même dans les cas bénins[150]).

c) En droit, cette mesure peut se fonder sur l'article 369, alinéa 2 CCS qui oblige le juge à „signaler sans délai à l'autorité compétente" le fait qu'une des parties à l'instance en divorce est „incapable de gérer ses affaires". Lorsqu'un tel litige est en cours, il s'agit bien pour le malade mental d'une „affaire"; elle est même plus importante que n'importe quelle affaire d'ordre purement économique, l'aliéné devant en général défendre le lien conjugal, sa famille, c'est à dire ses enfants, sa renommée, sa situation future, etc. L'autorité ainsi saisie désignera un tuteur ou un curateur, dont la nomination a précisément pour but qu'il participe au procès, en dérogation à l'art. 19 CCS. Cette dérogation vaut évidemment pour les procès en divorce comme pour ceux en annulation ou en refus de mariage, pour autant toujours que le malade mental a la qualité de défendeur.

d) A défaut d'une telle procédure, on aboutit à une mise en péril grave des intérêts de l'aliéné. En effet, en raison de sa maladie mentale, il n'est pas apte à conduire seul son procès, à sauvegarder ses droits bien entendus: il n'est pas à même de choisir, renseigner et contrôler son avocat; il ne peut lui donner des instructions, ni prendre au fur et à mesure du déroulement de l'instance les décisions indispensables, parmi lesquelles rentre, évidemment, la révocation du mandat conféré au conseil judiciaire. Ce malade de l'esprit, par définition, n'a pas la faculté de se décider raisonnablement et librement, en

---

[149]) Ainsi, un tuteur plaide en défendant pour un malade mental interdit, reconnu capable de discernement par les instances cantonales: ATF 55, 2, 225 sv. ou JT 1930, 98 sv., arrêt qui omet de mentionner dans les qualités des parties la présence du tuteur. Voir aussi n. 154, plus bas.

[150]) „Il est . . . connu que, dans la procédure d'interdiction, on admet quelque fois assez facilement l'existence de la maladie mentale et de la faiblesse d'esprit": ATF 56, 2, 159 sv., 162 ou JT 1930, 450 sv., 453.

sorte qu'il doit être assisté dans ce procès que lui impose le conjoint sain d'esprit. Si une telle protection ne se justifie peut-être pas quand l'aliéné est demandeur, car en décidant de plaider, il choisit cette aventure plutôt qu'une autre, et s'engage délibérément à ses risques et perils, elle est indispensable lorsque le malade mental est assigné, c'est à dire entraîné contre son gré dans une procédure aussi décisive pour ses intérêts primordiaux que la procédure en divorce. Alors, une assistance s'impose, afin de lui éviter des déboires et des dommages qu'il n'a ni cherchés, ni pu prévoir. Et cela d'autant plus que la maladie mentale telle que l'exige l'article 141 est triplement qualifiée par les facteurs suivants, qui révèlent tous une gravité particulière de l'état du malade: incompatibilité, durée de trois ans et incurabilité.

3. Internement.

Sans être interdits, les aliénés sont souvent internés dans un asile pour malades mentaux au moment de l'ouverture de l'action[151]). Dans ce cas, le conjoint malade se trouve privé et de sa liberté de mouvement et d'une partie importante de ses facultés mentales; l'internement en fait foi, à moins qu'il n'ait été arbitraire, ce qui peut rester hors de question ici. Pratiquement donc, l'aliéné interné est limité dans sa liberté et dans son jugement, de sorte qu'il ne jouit pas de sa pleine capacité d'ester en justice. Du seul fait de l'internement, il devra ainsi être considéré comme „incapable de gérer ses affaires" et muni d'un représentant pour le procès en divorce[152]). Il

---

[151]) „La maladie mentale telle que l'exige l'art. 141 aura généralement pour effet l'internement du malade": Rey 54; idem Reymond 34. Voir aussi ATF 52, 2, 186 sv. ou JT 1926, 620 sv., Cour de Glaris du 31. 5. 12, JZ 9, 71, Cour de Genève du 9. 10. 28, S. j. 1929, 45 sv. et Cour de Zurich du 4. 7. 38, JZ 1938, 251 sv., 253, différents cas d'internement d'aliénés.

[152]) Art. 369 CCS; cf. Tribunal de Genève du 30. 4. 80, S. j. 1880, 533 sv.: „Les personnes non interdites, placées dans un

apparait, en conséquence, normal et équitable de refuser au demandeur en divorce l'autorisation de citer en justice aussi longtemps qu'il n'a pas fait intervenir les autorités de tutelle en vue de protéger l'aliéné, sa partie adverse. Telle est la pratique des tribunaux à Genève, lesquels retournent l'acte de citation au demandeur qui assigne sans autre son conjoint interné; ils n'acceptent d'entrer en matière qu'après l'interdiction (ou la mise sous curatelle), afin que l'audience de conciliation se déroule d'une manière régulière, c'est à dire entre le demandeur et le représentant du malade mental.

4. Liberté d'action.

Enfin, l'aliéné capable de discernement est parfois, au moment de l'instance, libre comme un citoyen ordinaire. La situation est la même s'il est simplement hospitalisé dans une clinique, en vue d'un traitement prolongé ou non. Alors, non seulement l'atteinte à ses capacités intellectuelles est généralement moindre que dans les cas précédents, mais sa liberté de mouvement est complète. En fait, il peut donc le plus facilement du monde choisir un mandataire judiciaire, le renseigner, le révoquer, etc.

a) Faut-il, en conséquence, laisser cet aliéné se défendre seul au procès que lui intente son conjoint sain d'esprit? Malgré la disposition formelle de l'art. 19 CCS, il semble que non, afin d'assurer le juste équilibre des parties. Car un aliéné, quoique libre de ses mouvements, n'est pas à même de se décider raisonnablement et librement, du seul fait de sa maladie déjà. Il n'a pas la possibilité de trancher les questions capitales concernant le choix d'un défenseur, les instructions à lui donner, etc. Les arguments développés à propos de l'interdiction conservent ici toute leur valeur[153]).

établissement public d'aliénés, sont par cela seul atteintes d'une incapacité provisoire nécessitant le recours à des mesures protectrices pour la conservation, la défense ou l'exercice de leurs droits."

[153]) Voir ch. 2d, ci-devant.

b) Le malade de l'esprit doit donc être assisté, et l'institution de la curatelle parait être, dans ce cas, la mieux faite pour éviter la mise en péril des intérêts de ce conjoint si fortement diminué dans ses facultés[154]). L'article 392 CCS prévoit précisément la curatelle-représentation[155]), laquelle, comme les autres curatelles, peut concerner aussi bien les soins personnels que les intérêts économiques de la personne à assister[156]). La curatelle, il est vrai, est conditionnée par une certaine urgence[157]), mais la défense qu'il faut assurer de suite en cas de procès pendant présente certainement ce caractère d'urgence.

c) En pratique, cette sauvegarde des intérêts de l'aliéné s'opèrera de la façon suivante. Le demandeur diligent requerra avant le litige la mise sous curatelle de son conjoint malade mental. S'il néglige de le faire, le tribunal l'invitera à procéder de cette manière, sous peine de se voir débouter. Si enfin le premier juge omet cette

---

[154]) La jurisprudence connaît une quantité de cas où la curatelle d'aliénés a été prévue, en vue de procès en divorce ou autres: ATF 35, 2, 9 où le „curateur ad hoc" n'apparaît pas dans les qualités des parties; ATF 48, 2, 26 sv., 30 ou JT 1922, 418 sv., 422: nomination pour le procès en divorce d'un curateur à une malade mentale qui n'est pas dénuée de discernement: „Si les facultés intellectuelles de la défenderesse ne sont pas considérablement réduites, elle souffre de troubles graves de la sensibilité et n'a plus aucun équilibre"; ATF 56, 2, 159 sv. ou JT 1930, 450 sv.; Cour de Zurich du 28. 4. 20, Bl.ZR 20, 170 ou Weiss no. 528a; cf. aussi Rey 71: „L'autorité tutélaire interviendra et nommera un curateur"; Rossel et Mentha signalant „une personne est atteinte de maladie mentale qui n'appelle pas une interdiction". Voir, en droit allemand, Planck § 1569 no. 5: „Si le conjoint n'est pas interdit, on doit lui donner un curateur", et Staudinger 3e citant RG du 5. 5. 1902, JW 1902, 244, Annexes.

[155]) Kaufmann avant art. 392 sv. no. 8.

[156]) Idem no. 13 estimant trop étroit ATF 42, 1, 374; ATF 65, 2, 141 sv. n'indique le contraire que pour le conseil légal, qui n'intervient que dans le domaine économique: Kaufmann art. 395 nos 19a, 21 et 30. Cf. aussi Egger avant art. 390 sv. no. 3 mentionnant précisément le cas de „conduite d'un procès".

[157]) Kaufmann art. 392 no. 8.

précaution, le juge d'appel lui renverra la cause afin que l'affaire soit reprise en première instance sous le contrôle vigilant d'un curateur ad hoc. Le Tribunal fédéral lui-même pourrait procéder ainsi, car il s'agit là, de toute évidence, d'une notion de droit fédéral.

Si cette procédure a probablement été suivie par les tribunaux lorsqu'apparait la présence d'un curateur[158]), il est certain que, fréquemment, il omettent de se poser la question de la qualité pour défendre du malade mental.

d) Le présent exposé n'a pas d'autre but que de faire réfléchir à cette question, en montrant la nécessité de faire assister d'un représentant désigné par l'autorité tutélaire toute personne assignée en divorce pour aliénation mentale. Une telle intervention a déjà lieu dans bien des cas[159]), en sorte que la solution préconisée ici n'est ni subversive, ni contre-indiquée pour des raisons pratiques. Elle présente l'avantage de la simplicité, en permettant d'éviter la casuistique assez subtile à laquelle il a fallu recourir dans le présent chapitre. Elle assure enfin une meilleure justice, en donnant aux plaideurs et aux juges les garanties qui permettent un développement régulier et équitable de la procédure.

III. Conclusions.

1. Au fond, le divorce pour aliénation mentale ne peut être prononcé que lorsque sont réunies les quatre conditions cumulatives posées par le texte de l'article 141 CCS: il faut qu'au moment de l'ouverture du procès existe, depuis trois ans, une maladie mentale rendant la vie commune impossible au demandeur, et que la maladie soit déclarée incurable par un ou plusieurs experts. Ainsi, la „durée de trois ans" est, comme les autres, une condition de l'instance, et non pas simplement

---

[158]) Cf. n. 154, plus haut.

[159]) Voir ch. 1, 2 et 3, ainsi que n. 154, ci-dessus.

l'accessoire de l'une d'elles; cela résulte de l'historique de la loi et de la comparaison avec les autres délais légaux, notamment celui de l'abandon malicieux.

Quant à la solution consistant à préférer à la date d'introduction en justice celle du rapport d'expert ou celle du jugement, elle se révèle, à l'analyse, imparfaite en tant qu'elle est contraire au but du législateur et à la nature du délai triennal; elle ouvre, de plus, la porte à l'arbitraire et à l'incertitude. Tandis que le critère de l'intentat de l'action ne présente ni ces inconvénients, ni ceux qui lui sont reprochés pour des considérations pratiques (preuve), de droit étranger, de bonne foi ou autres. Et le formalisme découlant du choix de ce critère n'est pas évité par l'autre solution, sans parler du fait qu'il n'apparaît que dans certains cas rares, et peut facilement être atténué par le recours aux mesures protectrices de l'union conjugale.

2. A la forme, on doit déduire de la gravité et du genre exceptionnels de la maladie mentale prévue par l'article 141 que le défendeur aliéné est privé des capacités intellectuelles et sensibles, nécessaires à la conduite indépendante du procès dans lequel il est entraîné. Il doit donc d'emblée être assisté par un représentant légal, tuteur ou curateur ad hoc, selon les cas, afin de pouvoir, aussi bien que la partie demanderesse, choisir, renseigner, contrôler le conseil judiciaire chargé de sa défense, lui donner des instructions et éventuellement le révoquer.

Genève, août 1940.