

ETUDE CRITIQUE DU DROIT DE DIVORCE DE L'AVANT-PROJET DU CODE CIVIL TURC DE 1984

par Dr. Halûk BURCUOĞLU

Professeur agrégé - adjoint Faculté de Droit
de l'Université d'Istanbul

I. INTRODUCTION

Les travaux de la dernière Commission constituée par le Ministère de la Justice en vue d'un remaniement total du Code civil ont atteint leur but vers la fin de l'année 1984. En décembre 1984 ont été publiés l'avant - projet du Code civil et l'exposé des motifs. Un rapide coup d'oeil au passé montre que des travaux dans la même direction avaient débuté déjà en 1951, date à laquelle une première commission fût fondée par le Ministère de la Justice. Et après une longue période de débats le même ministère faisait publier l'avant - projet du Code civil et les motifs (1971). En 1974 une seconde commission reprenait l'affaire en main, en vue surtout de modifier certaines dispositions relatives au droit de la famille du Code civil sur la base de cet avant - projet. Ce rôle restreint à la simple modification du droit de la famille fût par la suite jugé inopportun par les membres de la commission, à la première et dernière réunion du 5 août 1974. Puis régnait sur la question une inertie de deux ans. En 1976 on assistait à la constitution d'une nouvelle commission composée de juges de la Cour de Cassation, professeurs des Facultés de Droit, avocats représentants de l'Union des Barreaux de la Turquie et de fonctionnaires du Ministère de la Justice. Les travaux de cette commission furent arrêtés par le ministre de la Justice le 17 février 1978. En 1981 le Conseil de Sécurité Nationale édicte une loi no. 2467 intitulée "Loi sur la constitution d'une commission en vue des tra-

vaux relatifs au Code Civil Turc". L'avant-projet et l'exposé des motifs dont j'examinerai la partie concernant la nouvelle réglementation du divorce sont l'œuvre de la commission fondée sur la base de cette loi. La composition quant aux membres présente une grande similitude avec celle de la précédente : juges de la Cour de Cassation, professeurs, avocats et fonctionnaires du Ministère de la Justice.

Même si le Code civil est remodelé dans sa totalité, l'opinion publique s'intéressait presque uniquement aux problèmes que posait la réglementation actuelle du droit de la famille et surtout à ceux relatifs au divorce et à la filiation. Il faut signaler, en ce qui concerne la filiation que des modifications s'étaient déjà produites. Une loi du 16 juin 1983, no. 2846 abaissait l'âge de l'adoptant de quarante ans à trente cinq, et la Cour Constitutionnelle annulait l'alinéa 2 de l'article 310 (ancien art. 323 al. 2 CCS) interdisant l'action en paternité avec effets d'état civil pour les enfants adultérins.

Quant au divorce, aucune modification n'avait pu être faite comme s'il s'agissait d'un domaine tabou. Pourtant le divorce était débattu même à la télévision et on lisait très souvent dans les journaux les plaintes surtout des maris qui n'avaient pas pu se libérer à cause de l'al. 2 de l'art. 134 (art. 142 al. 2 CCS). Le droit de l'époux non ou moins fautif de faire échec à l'action de son partenaire rendait le divorce carrément impossible dans bon nombre de cas. Surtout les femmes faisaient usage de ce droit pour des raisons suivantes : en premier lieu, elles avaient peur de tomber dans la misère étant donné que la pension après divorce n'était prévue que pour une année à la différence de l'art. 152 CCS.; puis dans de nombreux cas elles se sentaient touchées dans leur amour propre et s'opposaient au divorce pour empêcher qu'une autre femme ne capture leur mari - traître; une autre raison qui les motivait dans leur opposition au divorce était l'inquiétude de se trouver discréditées, car il est vrai que la femme divorcée est mal vue; parfois elles se sentaient obligées de continuer la vie maritale ou plutôt de supporter leur mari, dans l'intérêt de leurs enfants; enfin dans de rares cas leur opposition au divorce se justifiait par leur amour à l'égard de leur mari.

La commission ne pouvait pas rester insensible à ces problèmes. Elle a certainement essayé de les résoudre. Mais l'examen de la nouvelle réglementation du divorce montrera bien que la réussite n'est que partielle et la plupart des questions importantes sont restées sans réponse.

II. LES NOUVEAUTES DANS LES TEXTES DES DISPOSITIONS DE L'AVANT - PROJET

La lecture des dispositions de l'avant - projet permet de déceler un travail salubre de simplification des textes, les rendant pour la plupart compréhensibles et accessibles au peuple. Les mots et expressions d'origine ottomane sont remplacés par ceux de la langue courante.

Les causes de divorce du Code civil en vigueur sont conservées aussi dans l'avant - projet : ainsi sont cités comme causes de divorce l'adultère (art. 125), l'attentat à la vie et les sévices graves (art. 126), délit infamant et conduite déshonorante (art. 127), l'abandon malicieux (art. 128), maladie mentale (art. 129) et l'altération du lien conjugal (art. 130). A signaler aussi qu'une nouvelle cause est ajoutée à cette liste : le consentement mutuel (art. 130 al. 3).

Un examen de près permet de faire les remarques suivantes en comparaison du système actuel de divorce. L'art. 125 de l'avant-projet relatif à l'adultère correspond exactement à l'art. 129 du Code civil (art. 137 CCS). Il en va de même pour l'article 126 remplaçant l'article 130 en vigueur et pour l'article 127 correspondant à l'article 131 actuel (art. 138 et 139 CCS). L'article 128 renferme un changement : la durée minimum de l'abandon qui est de trois mois dans l'article 132 du Code civil est élevée à six mois et le délai que doit contenir la sommation d'un à deux mois. On voit que même l'avant - projet reste assez loin de l'article 140 CCS pour lequel l'abandon doit durer deux ans au moins et la sommation doit accorder à l'époux absent un délai de six mois pour retourner au domicile conjugal. Il faut préciser ici que ce changement n'est nullement justifié dans l'exposé des motifs. En outre, l'article 128 de l'avant - projet à la différence de l'art. 132 du Code

en vigueur, prévoit expressément que le juge saisi par la demande de sommation est tenu de transmettre celle-ci à l'époux absent sans procéder à l'examen quant au fond. L'art. 129 relatif à la maladie mentale répète l'art. 133 du Code civil (art. 141 CCS), avec cependant une réduction de deux ans quant à la durée de la maladie : une maladie mentale qui dure depuis une année pourra donc suffire comme cause de divorce à condition, comme dans l'art. 133 du Code civil, qu'elle ait été reconnue incurable et qu'elle ait rendu la vie commune insupportable.

L'art. 130 de l'avant-projet renferme deux causes différentes de divorce. La première étant la cause de divorce la plus usitée : la désunion profonde qui, chose nouvelle, prend l'appellation l'ébranlement ou l'altération du lien conjugal. Les deux premiers alinéas portent sur cette cause et remplacent ainsi l'art. 134 du Code civil (art. 142 CCS). La seconde, inexistante dans le système de divorce actuel est le consentement mutuel. C'est aussi la disposition de l'avant-projet à laquelle la plus large place est réservée dans les motifs.

La comparaison des deux premiers alinéas avec l'art. 134 actuel (art. 142 CCS) permet de dégager outre l'appellation, une autre nouveauté : il est expressément prévu à l'alinéa 2 que le droit de l'époux non ou moins fautif de faire échec à la demande en divorce, n'aura plus d'effet s'il est question d'abus de droit. L'usage de ce droit sera considéré comme abusif lorsque le défendeur et les enfants n'ont plus d'intérêt dans la continuation du lien conjugal.

Quant au divorce par consentement mutuel, on remarque qu'il est soumis à des conditions suivantes : la durée minimum d'une année du lien conjugal, la conviction du juge, après avoir entendu les parties, que toutes les deux ont exprimé leur volonté librement, et l'approbation par le juge de la convention des parties relative aux effets financiers du divorce et à la situation des enfants. La place du consentement mutuel dans la même disposition que l'altération du lien conjugal s'explique par le fait que le consentement mutuel, dans les conditions citées ci-dessus, fait présumer irréfragablement que le lien conjugal s'est altéré.

L'article 131 de l'avant-projet correspond à l'art. 135 du Code civil (art. 143 CCS). L'époux ayant le droit de demander le divorce pourra opter pour la séparation.

L'article 132 de l'avant-projet ne contient pas la compétence du for du domicile du demandeur de l'art. 136 du Code civil (art. 144 CCS). La disposition renvoie purement et simplement au Code de Procédure civile pour la détermination du for compétent. Celui-ci à son art. 9 prévoit cependant la compétence du for du domicile du demandeur et celle du for du lieu où les époux ont vécu ensemble durant six mois pour la dernière fois.

L'article 133 relatif aux mesures provisoires prend la place de l'art. 137 du Code civil (art. 145 CCS). Toutefois, à la différence de celui-ci, pour l'octroi par le juge d'une pension alimentaire pendant le déroulement de l'action, une demande spécifique est expressément exigée.

L'article 134 de l'avant-projet remplace l'art. 138 actuel (art. 146 CCS). Comme celui-ci, il laisse la liberté au juge de prononcer la séparation même si la demande porte uniquement sur le divorce, le contraire n'étant toujours pas admis.

L'article 135 correspond à l'art. 139 du Code civil (art. 147 CCS), à cette différence près que la durée de la séparation est dans l'avant-projet de six mois à deux ans au lieu d'un à trois ans du système actuel.

L'article 136, destiné à se substituer à l'art. 140 en vigueur (art. 148 CCS), diffère de celui-ci en rendant superflus ses deux premiers alinéas puisque même l'époux à la charge exclusive duquel sont réalisés les faits justifiant l'action, pourra demander le divorce à la fin de la durée de la séparation.

L'article 137 relatif à la condition de la femme divorcée modifie légèrement l'art. 141 actuel (art. 149 CCS) : la veuve ne devra plus porter le nom de son premier mari, elle reprendra le nom de famille de son célibat dans tous les cas. Les motifs justifient ce changement par le fait que la liberté laissée au juge de décider du nom de la femme divorcée est inapte. On n'y trouve cependant pas la raison de cette inaptitude.

L'article 138 de l'avant-projet reproduit l'art. 143 du Code civil (art. 151 CCS) à cette exception près qu'il n'exige plus l'absence de faute du demandeur des dommages-intérêts et de la

réparation morale puisqu'il prévoit expressément que celui-ci a droit à une indemnité équitable s'il est moins fautif que le défendeur.

L'article 139 de l'avant-projet prend la place de l'art. 144 actuel (art. 152 CCS). A la note marginale "pension alimentaire" est ajoutée l'expression "d'assistance" (de dénuement). Ceci pour être conforme à l'appellation donnée à cette institution dans la pratique. Outre cette adjonction à la note marginale, on remarque une nouveauté beaucoup plus importante : dans l'avant-projet la pension d'assistance n'est pas limitée dans le temps contrairement au Code civil qui la limite à un an. Les motifs renvoient ici expressément à l'art. 152 CCS. Ainsi la divergence avec celui-ci datant de son adoption par la Turquie, disparaîtrait.

L'article 140 de l'avant-projet renferme une nouvelle réglementation par rapport à l'art. 145 du Code civil (art. 153 CCS) : la réparation morale sous forme de rente est exclue. Le paiement de la rente à titre de pension alimentaire ou de dommages-intérêts prendra fin par le remariage de l'ayant-droit, par la mort de celui-ci ou du débiteur, et lorsque l'époux ayant-droit commence à mener une vie déshonorante. Celle-ci constituant une nouvelle cause d'arrêt du paiement de la rente est comprise comme la vie en union libre. Les motifs expliquent l'introduction de cette nouvelle cause d'arrêt par la nécessité d'empêcher l'époux créancier de vivre en union libre au lieu de se remarier, juste dans le but de ne pas perdre la rente. L'avant-projet prévoit aussi expressément que les parties peuvent s'entendre sur la continuation de la rente même en cas de réalisation de ces causes d'arrêt.

L'article 141 de l'avant-projet, à la différence de l'art. 146 en vigueur (art. 154 al. 1^{er} CCS), ne contient qu'une toute petite phrase "En cas de divorce le régime matrimonial est liquidé". Les membres de la commission justifient ce changement par le fait que, de toute façon les dispositions propres aux régimes matrimoniaux régiront la liquidation.

L'article 142 de l'avant-projet reprend l'art. 147 du Code civil (art. 155 CCS), en en divergeant toutefois par le fait qu'il laisse au juge la liberté de dissoudre ou non le régime matrimonial con-

ventionnel même si la dissolution est demandée par l'un des époux. Rappelons ici qu'à la différence du droit suisse le régime matrimonial légal est la séparation des biens tant dans le Code civil que dans l'avant - projet.

L'article 143 de l'avant - projet reproduit l'alinéa 2 de l'art. 146 actuel (art. 154 al. 3 CCS) qui règle les rapports successoraux des époux en cas de divorce. Seule la partie relative aux avantages découlant du contrat de mariage de la disposition en vigueur n'a pas été reprise. Les motifs nous disent qu'il est préférable de prévoir une disposition à part sur les rapports successoraux qui n'ont rien à faire avec l'art. 146 actuel portant sur le sort du régime matrimonial en cas de divorce ou de séparation de corps.

L'article 144 de l'avant - projet correspond largement à l'art. 148 du Code civil (art. 156 CCS). Cependant à la différence de celui-ci il prévoit expressément que dans les relations personnelles de l'époux avec les enfants qui ne lui sont pas confiés, seront déterminants les intérêts de l'enfant du point de vue de morale, éducation et santé.

L'article 145 de l'avant - projet répète purement et simplement la disposition de l'art. 149 en vigueur (art. 157 CCS) sur la possibilité de prendre les mesures commandées par les faits nouveaux.

Enfin, l'article 146 de l'avant - projet relatif à la procédure de divorce remplace l'art. 150 du Code actuel (art. 158 CCS) tout en contenant deux divergences par rapport à ce dernier. En premier lieu le ch. 3 de la disposition en vigueur (ch. 3 de l'art. 158 CCS) sur la liberté du juge face aux déclarations de toute sorte des parties, est supprimé étant donné que l'avant - projet autorise le divorce par consentement mutuel sous certaines conditions. En second lieu la disposition de l'avant - projet renvoie expressément au Code de Procédure civile sous réserve des points qu'elle réglemente spécialement.

Pour compléter la série des nouveautés textuelles, il faut souligner dernièrement que l'interdiction de remariage par le juge imposée à l'époux coupable pour une durée d'un an au moins de l'art. 142 du Code civil (art. 150 CCS), n'existe pas dans l'avant - projet.

III. L'EXAMEN DES NOUVELLES DISPOSITIONS A LA LUMIERE DE LA DOCTRINE ET DE LA JURISPRUDENCE

Cette partie de l'étude sera consacrée à l'examen à la lumière de la doctrine et de la jurisprudence actuelles, de la question de savoir si et dans quelle mesure les nouveautés contenues dans les textes des dispositions de l'avant-projet, constituent de vraies modifications et si elles sont justifiées.

Les premières nouveautés textuelles sont celles de l'art. 128 sur le divorce pour abandon malicieux. Sans discussion possible il s'agit là d'une vraie modification puisque la durée effective de l'abandon (de la vie séparé) et le délai accordé à l'époux absent sont prolongés. Signalons ici que dans l'avant-projet de 1971 la durée de l'abandon est aussi de six mois. Toutefois la procédure de sommation est supprimée. Cette solution est soutenue aussi par une partie importante de la doctrine¹.

Le but d'une telle modification reste flou. L'abandon malicieux est la deuxième cause de divorce quant à son application. Les 6 % des divorces sont basées sur elle. La première étant l'altération du lien conjugal qui est à la base des 88 % des divorces. A la lecture des motifs on a le sentiment que la commission a voulu éviter les divorces rapides et irréfléchis. Deux mois de vie séparée suivis d'une attente d'un mois ne suffisaient-ils pas à conclure que le demandeur avait largement le temps de réfléchir avant de présenter la demande en divorce? Je crois qu'il faut l'admettre. Surtout si l'on pense au fait qu'en Turquie, entre le dépôt de la demande et la première audience, s'écoule une durée de trois à quatre mois

1) FEYZİOĞLU, F.N., Aile Hukuku Ders Notları - Cours de droit de la famille, 2. Ed., İst. 1979, p. 323; KUNTALP, E., Mutlak Boşanma Nedenleri - Causes absolues de divorce, in Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, volume II, Ankara 1977, p. 116; v. cpdt. pour la conservation de la sommation GÜRDOĞAN, B., Boşanma Davalarına İlişkin Usul Hükümleri - Règles de procédure relatives aux actions en divorce, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, volume II, Ankara 1977, p. 216/217.

dans les grandes villes et d'un à trois mois dans les autres. Ce qui fait qu'en réalité l'époux abandonné a dans tous les cas quatre à six mois pour réfléchir, sans oublier qu'il peut retirer sa demande dans toutes les phases du procès. Il faut aussi ajouter qu'en Turquie l'opinion est très sensible à l'abandon du domicile conjugal par la femme ou par le mari. Quant à la règle expresse ordonnant au juge de transmettre la sommation à l'époux absent sans examiner si elle est fondée, on peut dire que la nouveauté est seulement textuelle. Puisque même sous le règne du Code en vigueur, depuis l'arrêt d'unification de jurisprudence du 27 mars 1957 (publié dans le Journal Officiel du 24 juin 1957, no. 9641), le juge chargé par la demande de sommation de l'époux doit la transmettre sans procéder à un examen quant au fond et c'est au juge saisi par la demande en divorce d'examiner si toutes les conditions constitutives du divorce se trouvent réalisées. Signalons ici qu'en Turquie les arrêts d'unification de jurisprudence valent loi².

Le doctrine dans une très grande majorité se joint à la solution imposée par l'arrêt d'unification de jurisprudence précité³. A ma connaissance TEKINAY est le seul auteur à exiger du juge chargé par la demande de sommation, qu'il examine si l'abandon a effectivement duré au moins deux mois⁴.

En résumé, l'art. 128 apporte une modification qui, à mon avis, ne se justifie pas, et contient une règle nouvelle qui, en réalité, ne fait que refléter la situation actuelle de la doctrine et de la jurisprudence. Signalons ici, que l'art 132 de l'avant-projet de 1971 exigeait que l'abandon dure six mois, et rappelons qu'il avait supprimé la procédure de sommation.

2) v. dans ce sens l'arrêt de la 2^e Chambre Civile de la Cour de Cassation du 1^{er} avril 1982, *Yargıtay Kararları Dergisi*, octobre 1982, p. 1401.

3) Par ex. AKINTÜRK, T., *Aile Hukuku —Droit de la famille—* 3^e Ed., Ankara 1978, p. 210; ÖZTAN, B., *Aile Hukuku —Droit de la famille—* 2^e Ed., Ankara 1983, p. 234/5.

4) *Türk Aile Hukuku —Droit turc de la famille—* 4^e Ed., Istanbul 1982, p. 233/4; un arrêt de la 2^e Ch. Civ. du 9 juin 1981, *Yargıtay Kararları Dergisi*, septembre 1981, p. 1255 semble se rallier à Tekinay.

La réduction de la durée de la maladie mentale de trois à un an, par l'art. 129 de l'avant-projet, constitue une modification réelle et bien fondée. Car, ce qui élève la maladie mentale au rang de cause de divorce, est surtout l'incurabilité. L'exigence relative à la durée de la maladie remplit trois fonctions en relation étroite avec l'incurabilité. Tout d'abord, le diagnostic d'incurabilité sera plus fondé pour une maladie mentale qui a duré un certain temps. Ensuite une durée suffisamment longue permet de vérifier si le diagnostic d'incurabilité est scientifiquement exact. Et enfin, malgré un diagnostic scientifiquement exact, un miracle peut se produire dans le temps. Je crois que la durée d'un an est suffisante pour dire que la maladie est incurable, pour vérifier ensuite ce diagnostic et pour attendre que le miracle se produise. Signalons ici que dans l'art. 133 de l'avant-projet de 1971 non seulement la maladie mentale, mais aussi toute maladie ou infirmité empêchant le conjoint atteint d'accomplir ses devoirs conjugaux, surtout la stérilité, était considérée comme cause de divorce à condition qu'elle ait duré trois ans.

L'art. 130 de l'avant-projet sur la cause générale du divorce mérite plus d'attention. Rappelons-le, c'est aussi l'article qui occupe la plus grande place dans les motifs. En Turquie, selon les statistiques faites par l'Institut étatique de statistiques, la désunion, l'altération du lien conjugal intervient dans les 88 % des actions en divorce⁵. Le remplacement dans l'art. 130 du terme désunion de l'art. 134 du code civil (art. 142 CCS) par l'altération ou l'écroulement du lien conjugal, mérite l'adhésion. Tout d'abord, le terme du code civil est vague et puis, le nouveau terme correspond mieux à ceux utilisés dans les nouveaux systèmes de divorce en Europe. En effet, outre le texte allemand du code civil suisse, le BGB aussi, parle de Zerrüttung. Enfin, le terme altération met bien en évidence que le lien conjugal doit être totalement rompu. L'adjonction de la règle expresse interdisant l'opposition de l'époux non ou moins coupable à la demande en divorce de son conjoint fautif, lorsque l'usage de cette opposition constitue un abus de droit, supprimera peut-être les controverses doctrinales et jurisprudentielles. Je crois

5) v. Statistiques sur la divorce, Ankara 1984, p. VI.

cependant qu'on ne peut pas parler d'une modification réelle et fondamentale. Dans la doctrine sur le code civil en vigueur, il y a des auteurs qui admettent l'application de la règle générale d'abus de droit de l'art. 2 du code civil⁶. Dans la jurisprudence aussi, l'abus du droit de s'opposer de l'époux non ou moins fautif à la demande de son conjoint fautif est admis dans plusieurs arrêts. Ainsi la 2^e Chambre civile dans un arrêt du 26 avril 1962, l'avait admis pour le mari qui s'opposait à l'action en divorce de sa femme qu'il avait fait condamner auparavant pour adultère⁷. Dans cette affaire cependant, le tribunal d'instance avait insisté sur son jugement et la cause était reportée au Conseil des Chambres réunies. Ce dernier avait fait sien le jugement du tribunal d'instance et rejeté l'abus de droit⁸. L'arrêt du 25 avril 1966 de la 2^e Chambre civile semble de nouveau affirmer que l'abus de droit peut intervenir dans l'action en divorce pour désunion profonde⁹. Dans un arrêt plus récent du 11 juin 1980, le Conseil des Chambres réunies a confirmé le jugement du tribunal d'instance qui, malgré l'opposition de la femme, avait admis l'action en divorce du mari fautif qui vivait depuis trente ans séparément et qui avait été débouté dans sa demande en divorce en 1949 en tant que partie fautive, sur opposition de sa femme. Chose intéressante à signaler, le mari, dans cette affaire avait entretenu des liaisons successivement avec deux autres femmes, durant ces trente ans de vie séparée. Le Conseil des Chambres réunies sans se prononcer clairement sur l'abus de droit, fonde sa décision sur le fait que la vie séparée de trente ans et les querelles infinissables entre les époux démontraient bien que la continuation du lien conjugal était devenue impossible. Pour finir, soulignons que dans cette affaire, la 2^e

6) v. TEKİNAY, op. cit., p. 204 ss.; CANSEL, E., Boşanmanın Dayandığı Hukukî Esaslar — Les principes juridiques à la base du divorce — Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, volume II, Ankara 1977, p. 81/2.

7) v. Son İçtihatlar 1962, p. 5179.

8) v. arrêt du Conseil des Chambres réunies du 11 septembre 1963, İlmî ve Kazâî İçtihatlar Dergisi 1963, p. 2505/6.

9) v. YAZICI, H./ATASOY, H., Şahıs, Aile ve Miras Hukuku İle İlgili Yargıtay Tatbikatı — La pratique de la Cour de Cassation relative au droit des personnes, au droit de la famille et au droit des successions — Ankara 1970, p. 307.

Chambre Civile avait cassé le jugement du tribunal d'instance parce que le mari était toujours la partie fautive¹⁰.

L'abus de droit est plus nettement admis en droit suisse, bien que l'art. 142 CCS comme l'art. 134 du code civil turc, n'en dise rien. Dans la doctrine suisse, les auteurs comme HINDERLING¹¹, BÜHLER¹², DESCHENAUX/TERCIER¹³, ZWAHLEN¹⁴ et FÜLLEMANN¹⁵ admettent que l'opposition de l'époux non ou moins fautif peut être rejetée si elle constitue un abus de droit. Il en va de même pour le Tribunal Fédéral. Dans un arrêt du 14 juin 1979¹⁶ le Tribunal Fédéral exprime clairement son opinion sur la question de l'abus de droit, dans le cadre de l'art. 142 CCS : "Le droit de l'époux innocent ou moins coupable de s'opposer à l'action en divorce de son conjoint lorsque la désunion est surtout imputable à ce dernier est limité, comme tout autre droit, par l'interdiction générale de l'abus de droit de l'art. 2 al. 2 CC. Toutefois le TF n'a fait usage qu'avec une grande réserve de la possibilité de déclarer irrecevable, parce que constituant un abus de droit, le moyen tiré de l'art. 142 al. 2 CC. Une telle réserve se justifie d'une part parce que l'art. 2 al. 2 CC ne refuse la protection qu'en cas d'abus manifeste d'un droit et, d'autre part, parce qu'il convient de ne pas vider de sa substance par une relativisation trop importante, le droit tiré de l'art. 142 al. 2 CC de s'opposer à l'action en divorce de l'époux dont la faute est prépondérante... le fait d'invoquer l'art. 142 al. 2 CC peut également constituer un abus de droit, même si le conjoint dont la faute est prépondérante n'est, il est vrai, pas prêt à renoncer à son comporte-

10) v. pour les deux arrêts İlmî ve Kazaî İctihatlar Dergisi 1980, p. 7871.

11) Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 2. Aufl., Zürich 1960, p. 111 ss.

12) Berner Kommentar zum schweiz. Privatrecht, Bd. II, 1. Abt., 1. Teilband, 2. Hälfte, Die Ehescheidung, Bern 1971, N. 143 ss ad art. 142.

13) Le mariage et le divorce, Berne 1974, p. 104.

14) Le divorce en Turquie, Contribution à l'étude de la réception du Code Civil suisse, Lausanne 1981, p. 251 ss.

15) Verschulden und Zerrüttung in rechtsvergleichender Sicht, Bern 1982, p. 31.

16) JdT 1980 I, p. 104 ss.

ment fautif lorsque la volonté de l'époux innocent ou moins coupable apparaît complètement dénuée de sens et lorsque ce dernier n'a aucun intérêt digne de protection au maintien du mariage..." (c. 3). En l'espèce une action en divorce était rejetée en 1970 pour faute prépondérante et le demandeur intentait une deuxième action en 1975. La défenderesse voulait le maintien du lien conjugal à cause des enfants et craignait que le divorce n'entraîne la rupture des liens familiaux. Elle redoutait aussi que le demandeur subisse en cas de divorce, l'influence néfaste de sa mère et de sa soeur et qu'il en résulte un désavantage pour les enfants. Le TF a trouvé les motifs tout à fait honorables et plausibles, et a annulé le jugement en rejetant la demande en divorce. Dans l'arrêt du 2 mars 1978¹⁷, le TF a admis la troisième action en divorce d'un mari débouté dans les deux premières (en 1947 et en 1949) pour cause d'être plus fautif. Ceci malgré les faits que le mari avait conclu un second mariage en Australie, que la défenderesse avait atteint l'âge de 80 ans et qu'elle avait invoqué à l'appui de son opposition son âge et son état de santé. La position de la défenderesse paraît plus forte que dans le cas ayant fait l'objet de l'arrêt cité en premier. Cependant dans l'affaire du 2 mars 1978, les époux vivaient séparément depuis plus de trente ans, et on a l'impression que surtout la longueur de la vie séparée a fait pencher la balance en faveur du demandeur.

Si l'on revient à l'art. 130 de l'avant-projet, on peut donc dire en résumé, en ce qui concerne la citation expresse de l'abus de droit, que celle-ci, ne constitue pas une modification réelle et fondamentale. Mais il faut reconnaître qu'elle serait utile pour mettre fin aux controverses doctrinales et jurisprudentielles.

Dans le cadre de l'art. 130 de l'avant-projet, reste à examiner le divorce par consentement mutuel. Si le consentement mutuel se place dans l'art. 130, c'est parce que sous certaines conditions, il fait présumer irréfragablement que le lien conjugal s'est écroulé ou altéré. Ceci signifie que le juge n'aura plus à chercher si vraiment la condition d'altération du lien conjugal s'est réalisée. L'état de fait de cette présomption contient une année de vie commune

17) JdT 1979 I, p. 130 ss.

pour le moins et l'entente des parties sur les conséquences financières et sur celles relatives à la situation des enfants. Le juge ne pourra intervenir que pour examiner si les parties ont exprimé librement leur volonté. Cette disposition de l'avant-projet semble être empruntée au droit allemand. En effet l'Erste Gesetz zur Reform des Ehe und Familienrechts, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1977, renouvelant totalement le système du divorce, replace le divorce dans le BGB. Selon le nouveau paragraphe 1566 al. 1^{er} BGB, l'entente des époux qui ont vécu séparément au moins une année, sur le divorce, fait présumer irréfragablement la "Zerrüttung" du lien conjugal. Et le paragraphe 630 ZPO, modifié par l'Erste Gesetz..., impose aux époux, d'accord sur le divorce, de s'entendre aussi sur les questions financières et sur celles relatives à la situation des enfants¹⁸. A remarquer cependant que l'art. 130 de l'avant-projet adoucit la règle allemande puisqu'il juge suffisant que le mariage ait duré un an, sans qu'il y ait besoin d'une séparation d'une année au moins.

Pour évaluer l'importance de cette nouveauté apportée par l'art. 130 de l'avant-projet, il faut, ici aussi, établir la situation actuelle dans la doctrine et dans la jurisprudence. Dans la doctrine le divorce par consentement mutuel est soutenu très fortement par GÜRSOY¹⁹. Il cite à l'appui de sa prise de position, les nouveaux systèmes de divorce en France et en Allemagne Fédérale. Dans une étude collective avec deux collègues assistants, nous avons présenté une opinion en faveur du divorce par consentement mutuel²⁰.

-
- 18) v. BURCUOĞLU, H., *Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler* —Le nouveau système de divorce du droit allemand et quelques propositions au sujet du droit turc de divorce à la lumière de la législation allemande— Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1982-1983, İstanbul 1983, p. 113 ss., 124/5; FÜLLEMANN, op. cit., p. 46.
- 19) *Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma* —Divorce par consentement mutuel— Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, volume II, Ankara 1977, p. 127-163.
- 20) BURCUOĞLU, H./ALTOP, A./ÜNAN, S., *Çağdaş Aile ve Sorunları* —La famille moderne et ses problèmes— Étude présentée au concours ouvert par le Barreau de Manisa sur les problèmes du droit de la famille, et dotée du premier prix en 1983, publiée

Dans la pratique, lorsque les deux parties s'entendent sur le divorce, dans la très grande majorité des cas, la demande en divorce est basée sur la cause générale de désunion profonde ou plutôt cachée par celle-ci. Les tribunaux surchargés de dossiers, prononcent facilement le divorce lorsque le défendeur ne s'y oppose pas, à l'exception de rares juges trop formalistes. DESCHENAUX/TERCIER, exposent la même réalité pour la pratique suisse, comme suit : "L'action en divorce fondée sur l'art. 142 ne peut être intentée que par un époux contre l'autre. Il n'est en soi pas possible aux époux de présenter une demande commune; l'acquiescement du défendeur à la demande introduite par son conjoint ne dispense pas le juge d'examiner si les conditions légales sont réunies et ne lui interdit pas de rejeter l'action s'il aboutit à une réponse négative. On ne peut cependant cacher qu'en pratique le juge sera souvent tenté, notamment dans les tribunaux particulièrement chargés, de faire sienne la thèse des époux. Pareille application de l'art. 142, sans doute contraire à l'esprit de la loi, revient à l'acceptation du divorce par consentement mutuel"²¹. A signaler cependant que la Cour de Cassation turque, rejette la demande en divorce chaque fois qu'elle a des doutes qu'il peut s'agir du divorce par consentement mutuel²².

En Turquie à la différence du droit suisse, les parties qui veulent mettre fin à leur mariage, peuvent se référer à une autre possibilité : celle offerte par la réglementation du divorce pour abandon malicieux. En effet, l'un des époux quitte le domicile conjugal, deux mois après l'abandon, l'autre charge le juge de la sommation, l'époux absent ne donne pas suite à celle-ci et enfin, l'époux abandonné introduit l'action en divorce. Le défendeur n'apporte pas de preuve démontrant que l'abandon était justifié, le juge

dans, *Manisa Barosu Dergisi*, 1983, no. 7, p. 4 ss., surtout p. 28/29.

21) *op. cit.*, p. 101.

22) v. les arrêts cités par AYİTER, N., *Medenî Kanun Hükümlerine Göre Boşanmanın Genel Sebebi İmtizaçsızlık ve Yargıtay Uygulaması* —La désunion, cause générale de divorce, selon les dispositions du Code Civil et la pratique de la Cour de Cassation—. *Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı*, volume II, Ankara 1977, p. 165/6.

prononce le divorce²³. Et cette possibilité a poussé précisément certains auteurs au refus de l'introduction dans le Code civil, du divorce par consentement mutuel²⁴.

Pour compléter les opinions sur le divorce par consentement mutuel, il faut aussi refléter ici, celle qui rejette le consentement mutuel comme cause de divorce pour des raisons sociales. VELİDEDEOĞLU²⁵, fait un large exposé sur le pour et le contre du divorce par consentement mutuel et se prononce contre l'admission d'une telle cause de divorce. Parce que, selon lui, elle ne correspond pas aux réalités sociales du pays où la population paysanne atteint les 70 %, qu'elle peut ouvrir la voie à un concubinage légal, dans ce sens que les mariages pour une certaine durée seront possibles, et enfin, que les jeunes mariés risqueraient de mettre fin à leur mariage déjà après la première dispute. VELİDEDEOĞLU, reconnaît cependant que le divorce par consentement mutuel constituera un besoin social lorsque l'indépendance économique de la femme et l'élévation de son niveau culturel seront réalisées.

A la suite de ces considérations on peut penser que l'introduction par l'avant-projet du divorce par consentement mutuel n'a pas de signification fondamentale. Cependant, la pratique actuelle tendant à cacher le divorce par entente des parties sous l'enveloppe de la désunion profonde ou sous celle de l'abandon malicieux, constitue, à mon avis une nette fraude à la loi, puisque les parties veulent obtenir ce qui est interdit par des moyens autorisés. Le système juridique ne peut pas fermer l'oeil devant une telle pratique. Il faut donc, qu'une disposition permette le divorce par con-

23) v. pour cette possibilité FEYZİOĞLU, op. cit., p. 364/5; ŞENER, E., *Medenî Kanununun Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler—Tendances opposées relatives aux parties famille et filiation du Code Civil—Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağani*, volume II, Ankara 1977, p. 219 ss., p. 232/3; BURCUOĞLU, H., *Günümüzde Terk Nedenine Dayanan Boşanma —Divorce pour cause d'abandon aujourd'hui—Günümüzde Yargı*, avril 1980, no. 48, p. 18.

24) v. FEYZİOĞLU, loc. cit.; ŞENER, loc. cit.

25) *Ailenin Çilesi Boşanma —Divorce, source de soucis pour la famille—Istanbul 1976*, p. 328 ss.

sentement mutuel. C'est ce que fait l'alinéa 3 de l'art. 130 de l'avant - projet.

L'art. 130 n'a pas tenu compte de la forte campagne faite en faveur de l'acceptation comme cause de divorce de la vie séparée de longue durée. L'avant - projet qui semble avoir emprunté au droit allemand, la présomption irréfragable de l'altération du lien conjugal, dans le cas de consentement mutuel des époux au divorce, s'est totalement désintéressé de la présomption de l'altération du lien conjugal lorsque les époux ont vécu séparément durant trois ans du nouveau système de divorce allemand. La commission explique un tel rejet comme suit : "La vie séparée de longue durée des époux, en considération de toutes les circonstances du cas d'espèce, peut servir de base au fait qu'il n'y a plus d'intérêt dans la continuation du lien conjugal. Selon les circonstances, dans un cas, la vie séparée de trois ans peut amener à la conclusion qu'il n'y a plus d'intérêt à faire durer le lien conjugal, tandis que dans l'autre, même une vie séparée de sept ans ne suffira pas à tirer une telle conclusion. Dans l'appréciation du droit d'opposition du défendeur, les facteurs comme l'âge des époux, leur santé, l'influence que le divorce pourrait avoir sur les enfants, joueront un rôle important", comme on le voit rien n'est sûr et partant il n'est pas question de présomption d'altération du lien conjugal. La raison de cette prise de position par la commission est évidente, la famille, dit la commission, est une institution sérieuse qui doit durer, elle n'est pas là pour créer un milieu dans lequel seuls les besoins temporaires sont satisfaits; la famille est la base de la société.

Dans l'avant - projet de 1971, l'art. 134/A prévoyait que la vie séparée de cinq ans au moins permet d'obtenir le divorce, à condition qu'une première action en divorce ait été rejetée, les cinq ans débutant après que la décision de rejet ait gagné l'autorité de chose jugée. Une fois que les conditions citées par l'art. 134/A sont réalisées, le juge devait prononcer le divorce, il n'avait donc pas de pouvoir d'appréciation²⁶.

Je crois que ni l'art. 130 de l'avant-projet de 1984 ni l'art. 134/A de l'avant projet de 1971, ne renferme une solution satisfaisante en ce

26) v. VELİDEDEOĞLU, op. cit., p. 346 ss.

qui concerne la vie séparée de longue durée. Une vie séparée de trois ou de cinq ans devrait, à mon avis, aboutir à une présomption irréfragable d'altération du lien conjugal, comme il est prévu dans le paragraphe 1566 al. 2 du BGB. Resterait à savoir, alors, si la vie séparée de durée prévue devrait être sanctionnée de divorce dans tous les cas. De nouveau, on pourrait faire appel au droit allemand, le paragraphe 1568 BGB prévoit deux empêchements au divorce dans un tel cas : en premier lieu, malgré l'altération du lien conjugal, l'intérêt des enfants mineurs communs, y compris ceux adoptés ensemble par les deux époux, peut, pour des raisons spéciales, ordonner la continuation du lien conjugal; en second lieu, malgré l'altération du lien conjugal, la difficulté extraordinaire dans laquelle tomberait l'époux s'opposant au divorce, peut nécessiter la continuation du lien conjugal²⁷. La grande différence du système allemand avec le système de l'avant-projet de 1984 est que le premier ne tient en principe pas compte de l'opposition d'un époux à la demande en divorce de son conjoint, tandis que dans le second l'époux non ou moins fautif par rapport au demandeur a en principe le droit de s'opposer au divorce, ce droit pouvant être exceptionnellement exclu pour abus de droit. Comme il a été dit dans l'introduction, l'un des plus grands problèmes du système actuel est celui découlant de l'application de l'al. 2 de l'art. 134 (art. 142 al. 2 CCS). L'avant-projet, rejetant l'idée de présomption d'altération du lien conjugal même en cas de vie séparée de longue durée; n'a donc pas fait pitié aux maris qui se sentent condamnés à perpétuité à vivre sous le joug d'un mariage qui n'existe plus que par le biais de l'al. 2 de l'art. 134, ayant perdu toute sa substance matérielle et morale.

L'art. 132 de l'avant-projet renvoie pour la détermination du for compétent, à la différence de l'art. 136 actuel (art. 144 CCS), au code de procédure civile. Mais l'art. 9 de ce dernier prévoyant comme for compétent le tribunal du domicile du demandeur à côté du tribunal du lieu où résidèrent ensemble les époux durant six mois pour la dernière fois, la nouveauté n'a pas de signification

27) v. BURCUOĞLU, *Alman Hukukunda...*, p. 116, 128; FÜLLEMANN, *op. cit.*, p. 46 ss., 51 ss.

matérielle. D'ailleurs, même pour le système actuel l'art. 9 du Code de procédure civile trouve application²⁸.

Pour expliquer l'exigence dans l'art. 133 de l'avant-projet, à la différence de l'art. 137 en vigueur (art. 145 CCS), d'une demande spécifique pour l'octroi d'une pension pour la durée de l'action en divorce, il faut se référer aux nouvelles dispositions de l'avant-projet sur les effets généraux du mariage. En effet, le mari n'est plus le chef de l'union conjugale ou plutôt l'union conjugale n'a plus de chef. L'art. 148 de l'avant-projet supprime l'al. 1^{er} de l'art. 152 actuel (art. 160 al. 1^{er} CCS). Partant, les besoins de la famille seront satisfaits par la participation commune des époux proportionnellement à leur pouvoir économique (l'art. 149 de l'avant-projet remplace l'art. 152 al. 2 en vigueur - art. 160 al. 2 CCS). La commission a donc fait un grand pas vers la mise sur le même pied d'égalité (Gleichberechtigung) des époux. L'art. 133 de l'avant-projet se place donc dans le même ordre d'idées.

Le changement apporté par l'art. 135 de l'avant-projet qui réduit la durée de la séparation à six mois à deux ans au lieu d'un à trois ans du code en vigueur est parfaitement justifié. La séparation est une institution en soi discutable. Elle ne peut être décidée que si une cause de divorce est réalisée. Même la durée de six mois est largement suffisante pour la reprise de la vie commune par les époux.

Le changement contenu dans l'art 136 de l'avant-projet par rapport à l'art. 140 actuel (art. 148 CCS), est aussi parfaitement justifié, et d'autre part supprime un illogisme. En effet, d'après le système actuel, l'époux qui est la source exclusive des faits justificatifs du divorce sera débouté dans sa demande en divorce à l'expiration de la durée de la séparation, à moins que l'autre ne se refuse à reprendre la vie commune. La séparation, comme on l'a déjà dit, exige l'existence d'une cause de divorce. Elle sera donc prononcée à la demande en séparation de corps (ou en divorce) de l'époux non ou moins fautif ou à la demande de l'époux fautif à condition que le conjoint ne fasse pas opposition. Dans les

28) v. par ex. l'arrêt de la 2^e Ch. civ. du 7 novembre 1975 in Yargıtay Kararları Dergisi 1976, avril, pp. 455.

deux cas donc, l'époux non ou moins fautif a la volonté de vivre séparé ou divorcer. Si on lui laisse la possibilité de s'opposer à l'action de son conjoint à l'expiration de la durée de la séparation, surtout lorsque cette action est basée sur les faits établis au cours de l'action précédente, on ouvre la voie à l'abus de droit. L'arrêt de la 2^e Chambre civile du 16 mai 1983 constitue un exemple typique d'application rigoureuse et littérale de l'art. 140. La femme avait actionné son mari en divorce pour adultère de celui-ci. Le juge a prononcé la séparation. A l'expiration de la durée de la séparation, le mari a demandé le divorce. La demande est rejetée, parce que la femme avait raison de refuser de reprendre la vie commune avec son mari qui continue à vivre en concubinage²⁹. L'article 136 de l'avant - projet qui évite donc une telle application, mérite d'être appuyé.

L'article 137 de l'avant - projet qui prévoit la reprise du nom de famille de son célibat pour la femme divorcée, dans tous les cas et ceci, contrairement à l'art. 141 du Code en vigueur (art. 149 CCS), sans l'autorisation du juge même si elle était déjà veuve au moment du mariage, se situe aussi dans l'idée de la libération de la femme. Celle-ci est à la base de l'effort tendant à la mise sur le même pied d'égalité des époux. La teneur de la disposition semble interdire toute autre possibilité. Mais je crois qu'on doit admettre que la femme peut demander de porter désormais le nom de famille de son premier mari à condition naturellement que le premier mariage ait pris fin par la mort de celui-ci. Dans l'exposé des motifs une telle possibilité n'est pas envisagée.

Le texte de l'art. 138 de l'avant - projet prévoyant des dommages - intérêts ou la réparation morale aussi pour l'époux moins fautif à la différence du texte de l'art. 143 en vigueur (art. 151 CCS) n'apporte en réalité pas de modification réelle. Puisque, aussi bien en droit suisse qu'en droit turc, par "l'époux innocent" de l'art. 151 CCS et de l'art. 143 CCT, on entend "l'époux moins fautif"³⁰.

29) Yargıtay Kararları Dergisi, janvier 1984, p. 43.

30) v. par ex. DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., p. 113, 114, 117; GROSSEN, J.M., L'évolution du régime juridique des pensions et des indemnités consécutives au divorce, in Septième Journée Juridique, Genève 1967, p. 36 ss; FÜLLEMANN, op. cit., p. 34

L'article 139 de l'avant-projet contient un changement de grande envergure. A la différence de l'art. 144 du code en vigueur et en conformité avec l'art. 152 CCS, la pension d'assistance (de secours) est prévue pour une durée illimitée. La durée d'une année de l'art. 144 est fortement critiquée par la doctrine³¹. L'art. 144 actuel peut avoir pour conséquence l'abandon dans la misère de l'époux ayant-droit, la femme dans la majorité écrasante des cas, après une année. Il faut reconnaître que l'avant-projet résoud du moins partiellement l'un des grands problèmes du domaine du divorce, à savoir les difficultés économiques, l'inquiétude des femmes de se trouver sans ressources après une certaine période. Une inquiétude qui, sans aucun doute, les pousse à faire appel à l'art. 134 al. 2 (art. 142 al. 2 CCS) aussi pour faire durer un lien conjugal auquel elles-mêmes ne croient plus. A mon avis l'art. 139 ne devait pas en rester là. Il aurait dû supprimer aussi l'exigence de non culpabilité comprise toujours, comme dans le cas des dommages-intérêts et de la réparation morale, dans le sens de moins culpabilité³². Abandonner la femme divorcée dans la misère parce qu'elle est plus fautive que son mari est inexplicable sur le plan humain et moral, surtout lorsqu'on pense qu'elle a passé une partie de sa vie avec son mari ou même l'a sacrifiée. Signalons ici que l'art. 144 de l'avant-projet de 1971 aussi avait prévu la pension d'assistance pour une durée illimitée.

L'article 140 de l'avant-projet diverge sur de nombreux points de l'art. 145 actuel (art. 153 CCS). Tout d'abord la réparation morale sous forme de rente est interdite, et puis les causes d'arrêt du paiement d'une rente à titre de dommages-intérêts ou pen-

s.; TEKİNAY, op. cit., p. 268/9, 272; ÖZTAN, op. cit., p. 290, 294; FEYZİOĞLU, op. cit., p. 455/6, 459.

31) v. par ex. TEKİNAY, op. cit., p. 274; AKINTÜRK, T., Boşanmanın Hukukî Sonuçları — Les conséquences juridiques du divorce — Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, volume II, Ankara 1977, p. 193; VELİDEDEOĞLU, op. cit., p. 359; FEYZİOĞLU, op. cit., p. 447; ÖZTAN, op. cit., p. 297.

32) v. par ex. DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., p. 115; FÜLLEMANN, op. cit., p. 33; GROSSEN, op. cit., p. 36 ss.; TEKİNAY, op. cit., p. 273; FEYZİOĞLU, op. cit., p. 447/8; ÖZTAN, op. cit., p. 296.

sion d'assistance sont multipliées. La première divergence peut s'expliquer par le fait que le tort subi moralement doit être compensé le plus rapidement possible, l'écoulement du temps effaçant le sentiment d'être touché dans ses valeurs morales, la rente ne saurait plus remplir cette fonction de compensation rapide. Le remariage, la vie déshonorante, la mort de l'un des époux comme causes d'arrêt du paiement d'une rente à titre de dommages - intérêts n'ont pas de justification. En effet le dommage matériel étant causé une fois par le divorce, on ne comprend pas comment les événements ultérieurs pourraient avoir une influence quelconque sur ce qui est réalisé dans le passé. TEKINAY³³ critique avec raison le système actuel en ce qui concerne le remariage, seule cause d'arrêt de la rente à titre de dommages - intérêts ou à titre de réparation morale. Quant au paiement de la rente à titre de pension d'assistance, le remariage de l'ayant droit, la mort de l'un des époux sont justifiés comme causes d'arrêt du paiement. Mais la vie déshonorante est très discutable. On l'a vu, le motif de l'admission d'une telle cause d'arrêt était de fermer la voie à l'époux ayant droit de vivre en concubinage au lieu de se remarier pour continuer à bénéficier de la rente. Peut-on qualifier de déshonorante la vie commune de deux personnes majeures, non mariées? Je ne le pense pas. Le concubinage pourrait être admis comme cause d'arrêt, tout au plus, lorsque le remariage est refusé dans l'unique but de ne pas perdre la pension. Et ceci non pas parce qu'il est déshonorant, mais plutôt parce que, dans une telle hypothèse, on peut parler de l'abus du droit à la rente.

L'article 141 de l'avant - projet remplaçant l'art. 146 actuel (art. 154 CCS) ne contient, à la différence de celui-ci, que le principe suivant lequel le divorce provoque la dissolution du régime matrimonial, sans parler du mode de liquidation. La disposition laisse sous entendre le renvoi aux règles du droit des régimes matrimoniaux. Ainsi les deux premiers alinéas de l'art. 146 en vigueur qui ont un sens seulement pour les régimes de l'union des biens et de la communauté de biens, régimes conventionnels pratiquement inexistantes en Turquie, ne sont pas repris.

33) op. cit., p. 276/7.

L'article 142 de l'avant-projet renfermant comme nouveauté par rapport à l'art. 147 actuel (art. 155 CCS) le pouvoir d'appréciation du juge même si l'un des époux demande la liquidation du régime matrimonial, dans le cas de la prononciation de la séparation de corps, doit être maintenu puisqu'il s'intercale mieux que la règle en vigueur, dans le système de divorce laissant au juge une grande liberté d'appréciation.

L'article 143 correspondant à l'alinéa 2 de l'art. 146 actuel (art. 154 al. 3 CCS) a sur cette dernière disposition l'avantage de distinguer bien deux conséquences relatives à deux différents domaines : la liquidation, problème relevant du domaine des régimes matrimoniaux, et le sort des actes de disposition pour cause de mort et celui des droits successoraux des époux, problème rentrant dans le domaine des successions.

L'article 144 de l'avant-projet prévoyant expressément à l'al. 2, à la différence de l'al. 2 de l'art. 148 actuel (ancien article 156 al. 2 CCS), que les relations personnelles entre les enfants et l'époux auquel ils ne sont pas confiés seront guidées par l'intérêt des enfants relatif à la morale, à l'éducation et à la santé, mérite la préférence. Il correspond mieux à l'idée qui est actuellement à la base, aussi bien en Turquie qu'en Suisse, de l'attribution des enfants à l'un des époux. En effet la doctrine à l'unanimité affirme que l'intérêt de l'enfant est le critère déterminant pour l'octroi de la puissance parentale à l'un ou l'autre époux³⁴. Il en va de même pour la jurisprudence. L'arrêt du 21 juin 1982 de la 2^e Chambre civ. peut être cité comme exemple type : il était question de l'attribution d'une fillette de bas âge. Comme il est admis, le besoin d'affection maternelle ordonnait à première vue qu'elle soit confiée à la mère. Cependant, il était établi que celle-ci était lesbienne. La 2^e Ch. civ., sur la base de l'idée que non seulement l'intérêt actuel mais aussi l'intérêt futur de l'enfant doit être pris en con-

34) v. par ex. TEKİNAY, op. cit., p. 282; AKINTÜRK, Aile Hukuku, p. 239; AKINTÜRK, Boşanmanın Hukukî Sonuçları, p. 198; ÖZTAN, op. cit., p. 282; FEYZİOĞLU, op. cit., p. 430; VELİDEDE-OĞLU, op. cit., p. 319 ss.; HINDERLING, op. cit., p. 118; DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., p. 121; EGGER A., Zürcher Kommentar, 2. Aufl., N. 4 ad art. 156.

sidération, laisse la fillette à son père³⁵. L'arrêt du 1^{er} décembre 1980 de la 2^e Ch. civ. aussi exprime clairement le rôle primordial de l'intérêt de l'enfant³⁶. Pour la jurisprudence du TF, je me limite à renvoyer à l'arrêt publié dans ATF 94 II 1 ss. Même la faute, l'un des éléments dominant le système de divorce, cède le pas à l'intérêt de l'enfant. Ainsi le juge pourra confier l'enfant au parent fautif, lorsque son intérêt l'exige³⁷. Dans le système actuel, l'intérêt de l'enfant primordial en ce qui concerne l'attribution de la puissance parentale, est, tout au plus, aussi important que l'intérêt du parent qui n'a plus la puissance parentale, quant à l'établissement des relations personnelles. En effet l'art. 148 al. 2 du code en vigueur (art. 156 al. 2 ancien CCS) parle d'un droit de visite et selon la doctrine ce droit s'insère dans le cadre général du droit de la personnalité. HINDERLING reflète bien la situation actuelle : "Dieses sogenannte Besuchsrecht ist nicht nur im Interesse der Kinder aufgestellt, sondern stellt sich in erster Linie als Ausfluss des umfassenden Persönlichkeitsrechts des der elterlichen Gewalt enthobenen Elternteils dar"³⁸. L'art. 143 de l'avant-projet semble accorder au juge une plus grande liberté quant à l'établissement des relations personnelles, que le système actuel où la privation du parent de son droit de visite ne peut être décidée que dans des cas très exceptionnels³⁹.

La suppression par l'art. 146 de l'avant-projet du ch. 3 de l'art. 150 en vigueur (art. 158 ch. 3 CCS) relatif à la liberté du juge face aux déclarations des parties est parfaitement logique. L'art. 130 de l'avant-projet qui admet le divorce par consentement mutuel nécessitait une telle suppression.

Enfin, l'abandon de l'interdiction de remariage pour l'époux fautif de l'art. 142 actuel (art. 150 CCS) est l'un des points les plus

35) Yargıtay Kararları Dergisi, septembre 1982, p. 1242.

36) Yargıtay Kararları Dergisi, mars 1981, p. 284.

37) v. ATF 62 II, p. 10.

38) op. cit., p. 121; v. en outre DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., p. 122/3; EGGER, op. cit., N. 21 ad art. 156; TEKİNAY, op. cit., p. 286; ÖZTAN, op. cit., p. 286; AKINTÜRK, Aile Hukuku, p. 241.

39) EGGER, loc. cit.

positifs de l'avant - projet. En effet, par cette disposition une véritable peine⁴⁰ pénètre dans un domaine où elle n'a absolument pas de place. La majorité des auteurs l'ont d'ailleurs vivement critiquée surtout pour la raison qu'elle peut ouvrir la voie au concubinage. L'époux pénalisé par l'interdiction de remariage pour une durée d'au moins une année, peut se voir obligé de vivre en union libre jusqu'à l'expiration de cette durée⁴¹. Cette interdiction de remariage était déjà rejetée par l'avant - projet de 1971.

IV. CRITIQUE DU SYSTEME ACTUEL ET PROPOSITIONS PERSONNELLES DE MODIFICATION

L'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence semble contredire la pluralité de causes de divorce et la distinction cause générale — causes spéciales, causes absolues— causes relatives. De la lettre même de la loi déjà, on peut dégager que la conduite déshonorante et la maladie mentale n'ont pas d'existence propre, puisqu'elles ne suffisent pas à elles - seules pour divorcer. Il faut encore que la vie commune soit devenue insupportable. Elles sont donc embrassées par l'art. 134 (art. 142 CCS)⁴². En outre, on peut dire que la nette tendance vers la relativisation des causes de divorce est maintenant concrétisée puisque même l'adultère considéré auparavant comme cause absolue par excellence, n'empêche plus en droit suisse pour le moins, l'époux adultérin de prouver que son adultère n'a pas rendu la vie commune insupportable⁴³.

-
- 40) v. HINDERLING, op. cit., p. 89 ss.; DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., p. 106.
- 41) v. TEKINAY, op. cit., p. 265/6; FEYZIOĞLU, op. cit., p. 447; AKINTÜRK, Boşanmanın Hukukî Sonuçları, p. 180; EGGER, op. cit., N. 1 ad art. 150.
- 42) v. GRISEL, A., La violation des devoirs conjugaux et les dispositions du code civil sur le divorce, in JdT 1943 I, p. 290 ss.; HINDERLING, H., Fragen aus dem Scheidungsrecht (gegenwärtiger Stand der Revisionsarbeit) in SJZ 1975 p. 253/4.
- 43) v. ATF 98 II 161; pour la relativisation TEKINAY, op. cit., p. 212/3; KUNTALP, op. cit., p. 125; BÜHLER, op. cit., Einl. N. 49, 50; DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., p. 91; HINDERLING, Fragen..., SJZ 1975, p. 254; FÜLLEMANN, op. cit., p. 24/5.

Le corollaire logique de la relativisation des causes de divorce est que seule la cause générale de désunion profonde ou d'altération du lien conjugal a une signification matérielle, les autres causes ne constituant que des indices ou exemples d'altération du lien conjugal. D'autres raisons d'ordre pratique et de pure logique viennent à l'appui de ce corollaire. Les statistiques montrent bien qu'en Turquie la très grande majorité des actions en divorce se basent sur l'art. 134 : de 1932 à 1942 les 66 %, de 1946 à 1952 les 70 %, en 1971 et en 1972 les 80 %⁴⁴, et en 1983 les 88 % des actions⁴⁵ se fondaient sur la désunion profonde. Voici maintenant les pourcentages en Suisse : en 1940 79,72 % en 1960 70,21 %, en 1971 74,24 %⁴⁶ et en 1973 76,82 %⁴⁷. Restant sur le plan de la pure logique, il est presque impossible d'imaginer que l'un des époux intente une action en divorce malgré que la vie commune est toujours supportable pour lui, même lorsque son conjoint a commis l'adultère ou un délit infamant ou a attenté à sa vie ou a abandonné le domicile conjugal⁴⁸. Enfin dans la pratique, la citation dans la demande de la désunion profonde à côté d'une cause spéciale est admise et de telles demandes sont très fréquentes⁴⁹. Ce qui prouve bien que les causes spéciales considérées comme absolues provoquent en même temps la désunion profonde. Ainsi dans l'arrêt du 21 février 1984 de la 2^e Ch. civ. l'adultère est invoqué en même temps comme cause spéciale et comme cause générale et le délai de péremption de 6 mois pour l'action basée sur la cause spéciale s'était écoulé. La Chambre dit expressément que l'adultère constitue comme tel une preuve pour la désunion⁵⁰. L'arrêt du 31 mai 1983 de la 2^e Ch. civ. est exactement dans le même sens⁵¹. Cependant, la 2^e Chambre civile juge impossible le cumul de l'abandon malicieux et la désunion profonde pour

44) v. VELİDEDEOĞLU, op. cit., p. 293/4.

45) Statistiques, p. VI.

46) v. DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., p. 92.

47) v. HUNDERLING, Fragen..., SJZ 1975, p. 254.

48) v. GRISEL, op. cit., p. 296 qui fait une pareille constatation.

49) v. pour la doctrine ÖZTAN, op. cit., p. 259/60; BÜHLER, Einl. N. 57 ss.

50) Yargıtay Kararları Dergisi, juin 1984, p. 365.

51) Yargıtay Kararları Dergisi, avril 1984, p. 366.

la raison que la sommation renfermant l'invitation du défendeur au domicile conjugal, ne peut signifier que le pardon des faits qui lui sont antérieurs⁵². Cette prise de position me paraît assez logique. Il serait cependant intéressant de voir ce qu'aurait décidé la 2^e Chambre civile si la demande citait, à côté de l'abandon, la désunion profonde en raison précisément de l'attitude du défendeur qui n'a pas donné suite à l'invitation.

Toutes ces considérations permettent de tirer une première conclusion : dans le nouveau système il ne doit y avoir qu'une seule cause de divorce, la désunion profonde ou l'altération du lien conjugal⁵³. Le nouveau système de divorce en Allemagne fédérale peut être cité comme exemple de concrétisation de l'idée de cause unique pour le divorce.

La vie commune insupportable, l'écroulement ou l'altération du lien conjugal devenant l'unique cause du divorce, il faut être attentif à ne pas rendre celui-ci plus difficile par le biais du droit de s'opposer de l'époux moins fautif comme il résulte de l'al. 2 de l'art. 134 (art. 142 al. 2 CCS). Pour KUNTALP⁵⁴ la relativisation des causes de divorce aura pour conséquence de le rendre plus difficile. Que faut-il faire pour éviter une telle conséquence? Dans la suite de cette étude j'essaierai de répondre à cette question.

La désunion profonde de l'art. 134 (art. 142 CCS) peut se réaliser de trois manières différentes. Elle peut être le résultat d'un ensemble de faits objectifs sans que l'un ou l'autre des époux ne soit fautif; les fautes respectives des époux de gravité égale peuvent causer l'altération du lien conjugal et enfin celle-ci peut être plutôt ou uniquement imputable à la faute de l'un des époux⁵⁵.

52) v. les arrêts du 8 décembre 1981 in *Yargıtay Kararları Dergisi*, mai 1982, p. 637 et du 2 décembre 1980 in *Yargıtay Kararları Dergisi*, avril 1982, p. 413.

53) v. dans ce sens DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., p. 90; GRISSEL, op. cit., p. 298/9; HINDERLING, *Fragen...*, SJZ 1975, p. 253/4, 262.

54) op. cit. p. 125.

55) v. UMAR, B., *İmtizaçsızlık Sebebiyle Boşanmada Kusurun Rolü*, —Le rôle de la faute dans le divorce pour cause de désunion profonde— in *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstan-

La désunion profonde sans faute des époux peut avoir à sa base des différences insurmontables de convictions religieuses, une maladie ayant de graves répercussions sur la communauté conjugale, de graves anomalies psychiques ou physiques, une opposition caractérielle insurmontable⁵⁶, des incompatibilités sexuelles. L'arrêt du 14 avril 1981 de la 2^e Chambre civile constitue un exemple typique de l'application de l'art. 134 fondée sur des raisons purement psychiques : le mari sans aucune défaillance physique, n'avait pas parvenu à entretenir des relations sexuelles avec sa femme pour des raisons psychiques⁵⁷. Dans l'arrêt de la 2^e Chambre civile du 25 janvier 1982 des différences de convictions religieuses avaient provoqué la désunion profonde⁵⁸. Dans un autre arrêt du 8 juin 1981, la 2^e Chambre civile affirme très clairement que la désunion profonde ne doit pas nécessairement se baser sur la faute⁵⁹. Il faut dire que la jurisprudence n'est pas constante. Un arrêt du 7 mars 1968 du Conseil des Chambres réunies rejette l'action en divorce basée sur l'article 134 contre l'époux atteint de maladie mentale ou de troubles psychiques, pour la raison précisément qu'on ne peut lui attribuer une faute⁶⁰. Dans un arrêt du 28 décembre 1970⁶¹, le Conseil des Chambres réunies affirme que la désunion profonde de l'art. 134 est une cause de divorce reposant sur le principe de la faute.

L'arrêt du 26 avril 1983 de la 2^e Chambre civile peut être cité comme exemple d'une désunion produite par les fautes de gravité égale des deux époux. La 2^e Chambre civile a cassé la

bul 1967, p. 122 ss.; TEKİNAY, op. cit., p. 196 ss.; AKINTÜRK, Aile Hukuku, p. 217; AYİTER, op. cit., p. 166; ÖZTAN, op. cit., p. 240/1; HINDERLING, Ehescheidung, p. 14 ss.; 18 ss.; FÜLLEMANN, op. cit., p. 26 ss.; DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., p. 101 ss.; ZWAHLEN, op. cit., p. 206 ss.; EGGER, op. cit., N. 12 ad art. 142; BÜHLER, op. cit., N. 41 ss ad art. 142.

56) v. les arrêts cités par DESCHENAUX/TERCIER, op. cit., p. 102-103.

57) Yargıtay Kararları Dergisi, novembre 1981, p. 1403.

58) Yargıtay Kararları Dergisi, mai 1983, p. 674.

59) Yargıtay Kararları Dergisi, septembre 1981, p. 1108.

60) v. pour cette arrêt FEYZİOĞLU, op. cit., p. 354, note 65.

61) İlmî ve Kazaî İçtihatlar Dergisi 1971, p. 341.

décision du tribunal d'instance qui avait rejeté la demande dans un cas où l'altération du lien conjugal avait à sa base le fait que les époux s'étaient battus. Pour la Chambre les parties étaient également fautives, il fallait donc prononcer le divorce⁶². Dans l'espèce qui a fait l'objet de l'arrêt du 19 septembre 1975 de la 2^e Chambre civile, chacun des époux vivait en concubinage. Leurs fautes étaient jugées de gravité égale et l'action en divorce fût admise⁶³.

La désunion profonde basée sur des faits purement objectifs ou sur des fautes respectives des époux de gravité égale reste en dehors du champ d'application de l'al. 2 de l'art. 134 (art. 142 al. 2 CCS). Le divorce est toujours possible. C'est par la troisième forme de désunion profonde qu'on rentre dans un domaine très problématique. En effet lorsque l'altération du lien conjugal est due surtout au comportement fautif de l'un des époux, on est sur le croisement de deux idées d'importance égale, mais contradictoires : L'idée que nul ne peut tirer profit de ses propres torts, "nemo audiatur propriam turpitudinem allegans" et celle que nul ne peut aliéner sa liberté ou s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois et aux moeurs, exprimée à l'al. 2 de l'art. 23 (art. 27 al. 2 CCS). Pour le juriste, à première vue, il serait choquant d'une part de permettre à l'époux qui a provoqué effectivement la désunion de se débarrasser de son conjoint contrairement à la volonté de celui-ci, et d'autre part d'obliger une personne de vivre sous le joug du mariage jusqu'à la dissolution naturelle, c'est à dire par la mort, de ce lien, ce qui équivaldrait à une condamnation à perpétuité. Le législateur a opté pour la première de ces deux idées et a expressément interdit à l'époux principalement fautif d'intenter l'action en divorce. Cette règle a été jugée dans le temps trop rigoureuse et deux adoucissements ont été apportés. On a admis tout d'abord que l'interdiction de l'al. 2 de l'art. 134 (art. 142 al. 2 CCS) devait fonctionner seulement si l'époux innocent s'oppose à la demande en divorce de son conjoint⁶⁴, et puis comme on l'a déjà vu, que l'époux innocent ou moins fautif pouvait

62) Yargıtay Kararları Dergisi, septembre 1983, p. 1298.

63) Yargıtay Kararları Dergisi, mars 1976, p. 305.

64) HINDERLING, Fragen..., p. 258.

abuser de ce droit d'opposition. Peut-on dire maintenant que l'interprétation donnée actuellement à cette disposition suffit à supprimer la problématique? La réponse ne peut être que négative si l'on pense aux efforts de modification du système de divorce dans les différents pays d'Europe. L'Allemagne fédérale par exemple, par l'Erste Gesetz zur Reform des Ehe-und Familienrechts a résolu le problème par l'exclusion pure et simple de toute idée de faute du système de divorce⁶⁵. Dans l'article du professeur HINDERLING intitulé "Fragen aus dem Scheidungsrecht (gegenwärtiger Stand der Revisionsarbeit)" (SJZ 1975, p. 253-262), on peut lire que l'al. 2 de l'art. 142 CCS est l'un des points importants sur lesquels se concentrent les travaux de modification du droit de divorce en Suisse, et que dans l'état actuel de ces travaux le droit d'opposition de l'époux innocent ou moins fautif est toujours conservé à l'exception des cas où les époux vivent séparés depuis cinq ans de façon ininterrompue (op. cit., p. 258). A l'expiration de ces cinq ans de vie séparée, il ne sera donc plus question du droit d'opposition.

La prise de position sur le sort du droit d'opposition de l'époux innocent ou moins fautif nécessite l'analyse des raisons qui poussent celui-ci à en faire usage. Dans la très grande majorité des cas où ce droit intervient c'est la femme qui y fait appel pour l'un des motifs suivants : i) le peuple turc voit d'un mauvais oeil la femme divorcée; ii) le soutien économique après le divorce est soumis à des conditions sévères, et il est incomparablement bas par rapport à celui auquel elle peut prétendre durant le mariage; iii) l'amour qu'elle conserve encore à l'égard de son mari qui veut mettre fin au ménage; iv) l'intérêt que les enfants communs ont à vivre en famille; v) la volonté de se venger de son mari qui veut divorcer pour vivre avec une autre femme; vi) le but d'obtenir le maximum

65) v. BURCUOĞLU/ALTOP/ÜNAN, op. cit., p. 39; BURCUOĞLU, *Alman Hukukunda...*, p. 114; GÜRSOY, K.T., *Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler* —Aperçu sur l'évolution historique du droit de divorce et les tendances les plus récentes relatives aux causes de divorce— Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, Ankara 1977, p. 25; FÜLLEMANN, op. cit., p. 38; HINDERLING, *Fragen...* p. 255/6.

en contrepartie de sa renonciation au droit d'opposition⁶⁶. Ces motifs méritent-ils d'être couverts par le droit? Pour moi; la réponse est négative. Les deux derniers motifs ne peuvent pas être pris en considération par le juriste. Il est clair que la vengeance, le marchandage ou le chantage sont étrangers au droit de divorce et doivent le rester. En ce qui concerne le dernier motif, il ne faut pas oublier que son acceptation ferait naître en outre une inégalité entre les maris riches et les maris pauvres, puisque seuls les premiers pourraient acheter la renonciation de la femme à son droit d'opposition quel qu'en soit le prix⁶⁷. Les quatre premiers motifs par contre semblent à première vue se justifier. Pourtant un examen de près oblige à tirer une conclusion dans le sens contraire. Il est vrai qu'en Turquie la femme divorcée perd de son crédit, mais ce n'est pas en interdisant le divorce par le biais de l'art. 134 al. 2 (art. 142 al. 2 CCS) qu'on sauvera le crédit de la femme. C'est à l'éducation dans le sens le plus vaste qu'il appartient de combattre l'hostilité du peuple à l'égard de la femme divorcée. En interdisant le divorce, on aurait au contraire renforcé ce sentiment général, traditionnel sans aucune justification sur le plan humain et sur plan logique. Il faut éviter aussi que la femme s'affaiblisse économiquement après le divorce. La réglementation actuelle des conséquences économiques du divorce est donc critiquable. Mais ce n'est pas en interdisant le divorce qu'on y remédiera. Il faudra plutôt la modifier pour la rendre admissible et plus équitable. Ceci montre bien que le droit de divorce ne peut être remanié que dans son ensemble et non pas seulement dans sa partie relative aux causes de divorce. L'amour de la femme à l'égard de son mari qui ne veut plus d'elle mérite la sympathie. Cependant, combien de temps encore peut-elle le ressentir? Comment pourrait-on la condamner (!) à vivre avec un homme qui transformerait sa vie en enfer. Enfin la femme peut vouloir faire durer le lien conjugal devenu pour elle aussi insupportable, uniquement dans l'intérêt de ses enfants. Cependant, la famille qui

66) Ce dernier motif est cité aussi par HINDERLING pour le droit suisse, v. Fragen..., p. 258.

67) v. pour la même remarque HINDERLING, loc. cit.

a perdu sa raison d'être est aussi dangereuse pour les enfants que de vivre avec un seul des deux parents⁶⁸.

Quant à l'usage rare du droit d'opposition par le mari, il peut avoir à sa source l'amour à l'égard de sa femme, l'intérêt des enfants et le sentiment de vengeance. Les remarques faites ci-dessus pour la femme peuvent être répétées. On peut donc conclure qu'aucun motif valable ne peut être invoqué pour le maintien du droit d'opposition de l'art. 134 al. 2 (art. 142 al. 2 CCS).

D'autres raisons militent encore en faveur de la suppression pure et simple du droit d'opposition, et ceci plus en Turquie qu'en Suisse. Dans ce dernier pays l'usage du droit d'opposition est assez rare⁶⁹ et en 1973 par ex. le nombre des demandes en divorce ou en séparation rejetées est seulement 64⁷⁰, tandis qu'en Turquie l'appel à l'al. 2 de l'art. 134 est très fréquent et le nombre de demandes rejetées élevé. Voici quelques exemples : l'arrêt du 8 juillet 1981 du Conseil des Chambres réunies qui a confirmé la décision du tribunal d'instance rejetant la demande en divorce du mari, par le biais de l'art. 134 al. 2, autrement dit, reconnaissant le droit d'opposition de la femme qui avait pourtant envoyé des lettres pleines d'injures à son mari dont les relations avec une chanteuse résidant dans le même hôtel ont été prouvées⁷¹; l'arrêt de la 2^e Chambre civ. du 10 avril 1980 portant sur un cas dans lequel la femme qui refusait de coucher avec son mari, avait fait opposition à la demande en divorce de celui-ci, l'interdiction par le médecin d'avoir des relations sexuelles étant prouvée. La chambre s'était prononcée contre le droit d'opposition tout en affirmant qu'elle l'aurait admis si elle avait permis à son mari d'obtenir satisfaction sur son corps autrement que par l'accomplissement de l'acte final⁷². Le droit d'opposition est admis aussi pour une femme nerveuse et qui a injurié son mari qui, pour sa part, n'avait pas parvenu à trouver un domicile indépendant⁷³; pour une femme dont le comportement

68) v. de même avis HINDERLING, *Fragen...*, p. 257.

69) v. HINDERLING, *Fragen...*, p. 258.

70) HINDERLING, *Fragen...*, p. 257.

71) *Yargıtay Kararları Dergisi*, octobre 1981, p. 1247.

72) *Yargıtay Kararları Dergisi*, août 1980, p. 1208.

73) Arrêt du Conseil des Chambres réunies du 7 janvier 1970 in *İlmî ve Kazâî İçtihatlar Dergisi* 1970, p. 8441.

était fautif mais battue par son mari⁷⁴. Il faut signaler que la Cour de Cassation est plus réticente pour le droit d'opposition du mari: Par ex. l'arrêt de la 2^e Chambre civ. du 3 mai 1982 n'a pas tenu compte de l'opposition d'un mari qui fait valoir que sa femme refuse d'entretenir des relations sexuelles avec lui, contre sa femme qui demande le divorce pour, avoir été battue par lui⁷⁵.

On l'a déjà dit, l'usage du droit d'opposition aboutit dans la pratique à l'impossibilité de divorcer dans bon nombre de cas. En effet à partir de l'introduction de la demande en divorce, les époux ont le droit de vivre séparément. L'action une fois rejetée enlèvera au demandeur, pratiquement, toute possibilité d'agir. Le défendeur aura le droit de vivre séparément, il en découle que l'abandon malicieux et la sommation de l'époux absent de retourner au domicile conjugal ne sont pas pensables. Et en l'absence de vie commune, il n'y aura plus de fait justifiant une nouvelle action en divorce. Autrement dit, le demandeur débouté ne pourra ni divorcer, ni revivre en union conjugale au moins pour une certaine durée, puisque, même si la jurisprudence admet que l'abandon justifié au début ne peut le rester éternellement, il faut que les effets des événements l'ayant justifié, soient effacés pour que l'époux absent doive répondre à la sommation. Dans l'arrêt du 13 octobre 1976, le Conseil des Chambres réunies est d'avis que l'écoulement de deux ans après l'abandon par la femme, sur sévices du mari, suffira à effacer les effets de ces sévices; l'écoulement de trois mois après l'abandon suite aux sévices du mari est jugé tantôt suffisant à supprimer les effets de ceux-ci, comme dans un autre arrêt du Conseil des Chambres réunies du 13 octobre 1976, tantôt insuffisant pour ce faire, comme dans l'arrêt du 15 octobre 1976 du Conseil des Chambres réunies⁷⁶.

Si le demandeur débouté ne veut plus revivre avec son époux, il n'aura aucun moyen honnête de mettre fin à un lien qui n'existe que formellement. Dans la pratique, pour obtenir gain de cause dans une nouvelle action, il fera appel à de faux témoignages ou

74) Arrêt de la 2^e Ch. civ. du 22 avril 1972 in İlmî ve Kazaî İctihatlar Dergisi 1972, p. 1120.

75) Yargıtay Kararları Dergisi, avril 1983, p. 512.

76) v. pour ces arrêts BURCUOĞLU, Günümüzde Türk..., p. 22.

à des écrits falsifiés, pour prouver (!) par ex. qu'il a été sujet à des injures de son conjoint, à moins qu'il n'admette d'attendre une trentaine d'années, pour que, comme dans l'arrêt du Conseil des Chambres réunies du 11 juin 1980⁷⁷, l'usage du droit d'opposition constitue un abus de droit.

La désunion profonde ou l'altération du lien conjugal devenant l'unique cause de divorce et le droit de s'opposer à l'action en divorce basée sur cette cause n'ayant pas de justification valable, la faute n'a plus de place dans la partie du droit de divorce relative aux causes de divorce. En effet lorsque le demandeur parviendra à prouver que pour lui au moins le lien conjugal est devenu insupportable, le juge n'a pas à s'efforcer pour établir si cette situation découle ou non d'un comportement fautif, puisque même le demandeur fautif pourra en principe obtenir le divorce.

Une autre raison pratique peut être invoquée en faveur de l'abandon du principe de la faute. Dans l'état actuel il arrive très souvent que le procès se déroule comme suit : le demandeur, le plus souvent le mari, se base sur un comportement fautif de la partie défenderesse, le plus souvent la femme. Il invoque par ex. que sa femme ne prend pas soin de lui et du ménage. La femme qui ne veut pas le divorce doit, pour sa part, inculper son mari plus gravement. Elle allèguera par ex. l'abus d'alcool de son mari. C'est maintenant le tour de celui-ci d'attaquer sa femme plus sévèrement, il fera appel par ex. à l'infidélité de sa femme. Si la femme insiste dans sa position, il lui reste toujours encore des arguments comme par ex. celui tiré du fait que c'est son mari qui l'a poussée volontairement à entretenir des relations avec telle ou telle autre personne. On peut continuer théoriquement jusqu'à l'infini ce jeu de tennis de table. Et si à la fin le juge rejette l'action en divorce, peut-on dire que la femme a obtenu gain de cause? Je ne le pense pas. Elle est plutôt condamnée à rester mariée avec un homme détestable sur tous les points.

On voit donc que l'application du droit d'opposition crée un terrain belliqueux où les parties utilisent des armes d'intensité variable. Plus l'attaque est grave, plus sévère est la riposte. D'un

77) v. İlmî ve Kazaf İctihatlar Dergisi 1980, p. 7781, arrêt déjà cité.

autre point de vue, les parties étalent tous "les linges sales", il n'y a plus de sphère intime. La vie privée des époux est nécessairement pénétrée par le juge.

J'ai déjà dit que le droit de divorce devait nécessairement être pris en considération dans sa totalité. Toute tentative de réformer le système de divorce sera manquée, si elle ne porte pas sur l'ensemble du système. En ce qui concerne "les causes de divorce", le système actuel, on l'a expliqué ci-dessus, doit être modifié et cette modification doit avoir pour but l'abandon du principe de la faute et du principe de la pluralité de causes de divorce. Or la partie du système actuel relative aux conséquences du divorce est aussi dominée par le principe de la faute, même en ce qui concerne la pension d'assistance qui est pourtant prévue pour éviter que la femme, surtout, tombe dans la misère. Plusieurs raisons militent, à mon avis en faveur de l'abandon du principe de la faute aussi pour les conséquences du divorce. En premier lieu, c'est l'unité de système qui le nécessite. En effet il serait bizarre de faire intervenir la faute pour décider des conséquences du divorce, dans un système où le divorce lui-même est prononcé sans qu'on s'occupe de la faute. Ensuite, l'intervention de la faute à ce stade, aurait pour conséquence de nouveau "l'étalage des linges sales" et la réapparition des problèmes qui y sont attachés, puisque, à la fin, comme c'est le cas pour la réglementation actuelle, seule, la partie non ou moins fautive peut avoir des prétentions économiques. Enfin, l'époux fautif risque de se voir abandonné dans la misère précisément en vertu du principe de la faute. Et ceci, même s'il ne s'agit que d'une faute légère dans le cas où le demandeur n'est pas fautif.

Les principes qui doivent être respectés dans le nouveau droit de divorce sont ainsi, établis. Reste à savoir maintenant quel doit être le contenu du nouveau système qui assurera ce respect.

La nouvelle réglementation devra nécessairement contenir une disposition stipulant le principe de cause unique de divorce et définissant cette cause unique, qui est l'altération du lien conjugal. On pourrait la formuler comme suit : "Le divorce ne peut être prononcé par le juge que si, au moins pour le demandeur le lien conjugal s'est altéré. Le lien conjugal est altéré lorsqu'il n'y a

plus de ménage commun entre les époux ou lorsque, au moins l'un d'eux a perdu le sentiment d'être lié par le mariage de sorte que la reconstitution du ménage commun ou le regain du sentiment d'être lié par le mariage n'est plus probable." Une telle disposition constituera le point de départ. Dans le but de respecter la vie privée et d'éviter l'étalage des linges sales, il faudra aussi limiter l'intervention du juge à un minimum. Pour ce faire, l'altération du lien conjugal doit être présumée irréfragablement au moins dans les cas de vie séparée volontaire de longue durée et d'entente entre les parties sur le divorce. La durée de la vie séparée qui fera présumer irréfragablement l'altération du lien conjugal peut être de trois ans comme le prévoit le paragraphe 1566 al. 2 BGB. Cette durée est suffisante pour dire que la reconstitution du ménage commun ou le regain du sentiment d'être lié par le mariage est hors de question. Comme on admet en droit allemand⁷⁸, la vie séparée ne doit pas nécessairement signifier des demeures séparées. Les époux peuvent vivre séparément dans le même habitat qu'ils ne considèrent plus comme un foyer de vie commune, en restant étrangers l'un à l'autre. Les raisons économiques ou l'intérêt des enfants peuvent les obliger à rester dans le domicile, habité même après l'altération du lien conjugal mais qui a perdu depuis lors son adjectif "conjugal". En ce qui concerne le consentement mutuel, le paragraphe 1566 al. 1 er BGB exige une vie séparée pour le moins d'un an; l'avant-projet de 1984 pose comme condition à côté du consentement mutuel, la durée minimum d'un an du mariage, pour faire présumer irréfragablement l'altération du lien conjugal. La solution de l'avant-projet est préférable parce que plus souple. Je crois cependant que l'entente des époux sur le divorce doit, à elle-seule, suffire à faire présumer irréfragablement l'altération du lien conjugal. Les conditions supplémentaires sont prévues sûrement dans le but d'éviter les divorces hâtifs et même avant que les époux n'aient eu le temps de se connaître. Rappelons qu'en Turquie entre la demande et la première audience s'écoule un temps considérable, les époux disposent donc de temps suffisant pour réfléchir sur le divorce. Et puis s'ils ont agi trop hâtivement, ils comprendront rapidement leur erreur et rien ne les

78) v. BURCUOĞLU, *Alman Hukukunda...*, p. 119 ss.

empêche de se remarier. Le juge saisi de la demande en divorce n'aura qu'à examiner si les parties déclarent librement leur volonté. Dans les cas où l'altération du lien conjugal n'est pas présumée, le juge devra examiner si la cause unique de divorce s'est réalisée et en principe il en restera là. Il n'a pas à chercher si l'altération est imputable à l'un des époux plus qu'à l'autre. A remarquer que dans ces derniers cas, l'étalage des linges sales ne peut être totalement exclu. Au moins le demandeur peut se voir obligé d'exposer les faits qui font conclure à l'altération du lien conjugal. Mais si vraiment le demandeur ne veut pas exposer les secrets de la famille, s'il s'en tient à sa vie privée, il lui reste toujours la possibilité de vivre séparément durant trois ans et bénéficier alors de la présomption d'altération du lien conjugal.

Dans un tel système de divorce, l'époux qui ne veut pas divorcer doit-il être totalement dénué de moyens de défense? Je crois que l'acceptation des deux empêchements au divorce prévue par le paragraphe 1568 BGB pourra apporter la souplesse nécessaire et répondre aux exigences de l'équité. D'après la règle allemande précitée, le divorce ne pourra être prononcée malgré l'établissement de l'altération du lien conjugal, lorsque la continuation du mariage est exceptionnellement commandée pour des raisons spéciales ayant leur source dans l'intérêt des enfants communs (paragraphe 1568 al. 1^{er}, 1^{er} cas) ou lorsque le divorce fera tomber l'époux qui s'y oppose dans des difficultés extraordinaires à cause des conditions extraordinaires (paragraphe 1568 al. 1^{er}, 2^e cas). Le juge ne doit cependant pas oublier que le principe, lorsqu'il est établi que le lien conjugal s'est altéré, est le divorce et que son rejet constitue l'exception. La jurisprudence allemande sur le second empêchement montre bien comment faut-il le comprendre. Le jugement du 2 mai 1980 de l'OLG Düsseldorf⁷⁹, exprime que l'empêchement du divorce n'a pas pour but de combler la difficulté économique dans laquelle tomberait l'époux défendeur. Dans l'arrêt du 16 septembre 1981⁸⁰ le BGH n'a pas admis l'application du paragraphe 1568 en faveur de l'époux dont l'état psychique est tel qu'il risque de se suicider après le divorce. Parce que pour le BGH le suicide ne

79) FamRZ., 1980, p. 780/1.

80) FamRZ 1981, p. 1161 ss.

saurait être qu'une conséquence ordinaire du divorce pour le défendeur dans un tel état psychique. L'OLG Köln a refusé, dans son jugement du 8 mai 1981, l'application du paragraphe 1568 en faveur de l'époux malade qui a des difficultés à vivre seul, pour la raison que le rejet de la demande en divorce ne pourrait pas imposer au demandeur de vivre avec son conjoint et que ces difficultés n'étaient pas extraordinaires.

Quant aux mesures provisoires durant l'action en divorce, je pense qu'on peut adopter la solution proposée par l'avant-projet, avec l'exigence de demande spécifique pour l'octroi d'une pension alimentaire pour cette période. Dans cette phase la faute ne joue pas de rôle.

En ce qui concerne les conséquences économiques du divorce, on doit dire de nouveau que la solution du système allemand constitue celle qui est idéale. Toute idée de faute étant rejetée, l'époux qui n'a pas suffisamment de ressources et qui ne peut pas exercer une activité lucrative pour des raisons comme vieillesse, maladie, éducation des enfants, la reprise des études arrêtées à cause du mariage, etc⁸¹, a droit à l'octroi d'une pension alimentaire. Ce qui est encore plus intéressant, dans la solution allemande, c'est que le montant de la pension sera déterminé conformément au niveau de vie de l'époux ayant droit durant le mariage⁸². Le principe ainsi posé, le BGB prévoit aussi que pour des raisons exceptionnelles, la demande de pension peut être rejetée. Ces raisons sont les suivantes : la durée très courte du mariage, commission d'un crime contre le conjoint ou contre ses proches, la provocation intentionnelle de l'état de besoin et autres raisons qui rendent l'octroi d'une pension contraire à l'équité. Quant à la question d'indemnité pour le dommage matériel et pour le tort moral, je crois qu'elle doit être soumise aux principes généraux et éloignée du droit de divorce.

Enfin pour les effets du divorce pour les enfants communs, il faut dire que l'avant-projet de 1984 plaçant au premier plan expressément l'intérêt de ceux-ci, peut être adopté tel quel.

81) v. les paragraphes 1570-1576 BGB.

82) v. par ex. le jugement du 2 mai 1980 de l'OLG Düsseldorf FamRZ 1980, p. 780.

V. CONCLUSION

En Turquie le conservatisme, l'opposition à toute idée de faciliter le divorce s'explique, entre autres, par la peur de retourner au "Talak" du droit islamique qui était en vigueur avant l'adoption du Code Civil Suisse. C'est sûrement une raison honnête, mais beaucoup trop exagérée à l'heure actuelle. L'idée de protéger la femme face aux conséquences économiquement néfastes du divorce est aussi en soi respectable. Mais elle fait oublier ce qui précisément doit être fait pour mieux les protéger. Actuellement si les femmes s'opposent au divorce même au prix de mener une vie d'enfer, une vie d'esclave, pour ne pas tomber dans la misère, en réorganisant les conséquences économiques par l'abandon de l'idée de faute et par l'admission du principe suivant lequel la pension doit être suffisante pour pouvoir garder le train de vie qu'elles menaient durant le mariage, les femmes auront une plus grande liberté, elles seront donc mieux protégées. Ceci montre en même temps que si l'on veut modifier le système de divorce, la modification doit nécessairement porter aussi bien sur les causes de divorce que sur les conséquences de celui-ci. Et cette modification n'aura un sens réel que si le principe de la faute toujours prédominant est totalement exclu. On a vu que ce principe, tel qu'il est appliqué actuellement, aboutit à des conséquences inadmissibles, voire même illogiques. Or les tentatives de modification, y compris l'avant-projet de 1984, n'ont pas osé à éloigner le principe de la faute du système de divorce. Il est vrai que le système proposé dans cette étude facilite le divorce. Mais peut-on dire qu'il détruit l'idée que la famille est une institution sérieuse qui doit durer et qui constitue la cellule de base de la société? Je ne le pense pas. Une famille constituée par le mariage ne peut plus être la cellule de base de la société lorsqu'elle a perdu sa raison d'être parce que la haine, la peur et l'égoïsme ont pris respectivement les places de l'amour, du respect et de la solidarité. Ce n'est pas cette famille-là qui mérite la protection en tant qu'institution.