

LE ROLE DE LA FAUTE DANS L'HYPOTHESE DE L'ART.

142 AL. II CCS

Dr. Bilge UMAR

Le problème indiqué dans notre rubrique a soulevé dans la doctrine turque autant de divergences d'opinion que dans la doctrine suisse.

D'après un premier point de vue, l'art. 142 al. II CCS ne fait que constater un élément du fondement de l'action dans l'al. I de l'art. mentionné; c'est - à - dire, l'imputabilité prépondérante de la désunion au conjoint actionné constitue un fait créateur du droit à l'action (eine rechtsbegründende Tatsache). Dès lors, c'est au conjoint demandeur qu'appartiennent les fardeaux de l'allégation et de la preuve (die Behauptungs - und Beweislast) pour le fait en question. Il en aussi résulte que le juge peut et doit inviter *d'office* le conjoint demandeur à la preuve de la faute prépondérante de son adversaire. L'allégation par la partie défenderesse du fait prévu par l'al. II n'est qu'un déni du fondement de l'action, et ce fait peut toujours être invoqué sans aucun risque d'être qualifié comme un moyen de défense inadmissible à cause de la tardivité. C'est ce point de vue que la Cour de Cassation turque a adopté.

Selon une opinion différente, l'al. II doit être considéré comme donnant un moyen de défense, une objection proprement dite (eine Einwendung) à la partie défenderesse à l'action en divorce. Ainsi, l'imputabilité prépondérante de la désunion au conjoint demandeur doit être alléguée et prouvée par la partie défenderesse, et ce fait ne peut être soulevé en tout état de cause. Néanmoins, s'il arrive dûment au dossier, le juge peut et doit le prendre *d'office* en considération et rejeter la demande. Avec peu de nuances, ce point de vue est admis par *Lienert* et par *Hinderling* (2^{ème} éd.) pour le droit suisse et par *Tekinay* pour le droit turc.

Enfin, la majorité des auteurs turcs (*Velidedeoğlu, Saymen / Elbir, Schwarz, Karahasan*) ont adopté la théorie d'exception (die Einredetheorie). D'après eux, l'al. II donne un droit d'exception dans le sens strict du terme.

Quant à la jurisprudence du Tribunal Fédéral, elle rejète la première théorie; cependant, son choix entre la théorie d'objection et la théorie d'exception n'est pas fixé.

La première théorie se base d'abord sur le texte de la loi et ensuite sur la maxime bien connue du droit romain: «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*». Or, le texte de la loi est loin d'être déterminante pour indiquer si le fait mentionné dans la disposition légale est considéré comme un élément de la formation du droit. D'autre part, la maxime du droit romain peut aussi bien justifier la qualification de la norme formulée dans l'al. II de l'art. 142 CCS comme une norme empêchant la naissance du droit (eine rechtshindernde Norm) ou comme une norme constituant un droit d'exception. Rappelons que, dans le système de l'art. 44 CO, la faute concurrente de la partie lésée constitue une base d'objection pour la partie adverse, et la partie lésée n'a point besoin d'alléguer et de prouver qu'aucune faute concurrente ne lui est imputable.

D'ailleurs, cette première théorie mérite d'être rejetée à cause de ses résultats incompatibles avec les solutions consacrées à bon droit par la doctrine et la jurisprudence. Car, dans le système de cette théorie, le juge devrait rejeter l'action en divorce si la désunion n'est imputable à l'une ou à l'autre de deux parties, ou quand elle est imputable au demandeur dans la même mesure qu'au défendeur. Or, même la Cour de Cassation turque, qui a adopté cette théorie, admet que dans ces deux cas le jugement de divorce doit être prononcé.

Enfin, si l'on accepte cette théorie, le juge devrait prendre *d'office* en considération du fait de l'imputabilité prépondérante de la désunion au conjoint demandeur, et de rejeter l'action, quand ce fait est dûment arrivé à sa connaissance, ce que aura pour résultat de priver de défendeur du divorce, quand bien même il l'aurait voulu. Mais ce résultat est illogique, parce qu'il oblige le défendeur à n'obtenir le divorce que sur la base d'une action indépendante ou reconventionnelle; or, il est beaucoup plus simple pour lui de ne pas soulever la faute prépondérante du demandeur et obtenir la prononciation du divorce, rien que sur la base de l'action intentée par le demandeur.

A l'égard de la deuxième théorie, des observations analogues peuvent se faire. En effet, dans le système de la théorie d'objection aussi, le juge devrait prendre *d'office* en considération du fait de l'imputabilité prépondérante de la désunion, quand ce fait est dûment arrivé à sa connaissance, et le même résultat injuste appa-

raît. Pour écarter ce résultat, on a proposé de faire une distinction selon le comportement du conjoint actionné, et on a dit que le juge doit prendre d'office en considération du fait de l'imputabilité prépondérante de la désunion au conjoint demandeur, seulement quand l'autre conjoint n'a pas consenti au divorce.

Cette distinction ne nous paraît pas conforme à la loi. Car, dans les actions en divorce, même l'acquiescement au sens technique du terme n'a pas d'effet (cf. art. 158 No. 1 et 3 CCS). Il s'ensuit que, le consentement au divorce de la partie actionnée ne peut justifier la distinction proposée de son propre chef. Alors, on pourrait essayer de justifier cette distinction avec l'un ou l'autre de ces deux arguments :

a) Ou bien on interprète l'al. II de l'art. 142 CCS comme s'il disait ainsi : «*Sauf quand le conjoint actionné consent au divorce, l'action doit être rejetée si la désunion est surtout imputable au conjoint demandeur*» ;

b) Ou bien, on accepte qu'al. II de l'art. 142 CCS a un fonctionnement variable ; c'est-à-dire, qu'il donne un droit d'exception (Einrede) quand le conjoint actionné consent au divorce, et qu'il donne un droit d'objection (Einwendung) quand le conjoint actionné n'a pas consenti au divorce.

Or, le premier argument est insoutenable, car une telle interprétation de l'al. II ne serait que tenter à modifier la loi. Quant au deuxième argument, il se base sur une idée qui n'a point de soutien dans la lettre de la loi, et qui veut qualifier le même fait (l'imputabilité prépondérante) parfois comme la base d'une objection, et parfois comme la base d'une exception, suivant l'avènement postérieur d'un autre fait (c'est-à-dire, suivant le comportement du conjoint actionné).

Nous croyons que tous ces motifs sont assez convaincants pour admettre la troisième théorie, selon laquelle le moyen de la défense prévu dans l'al. II de l'art. 142 CCS doit être qualifié comme un droit d'exception, quelque soit le comportement du conjoint actionné.