

LA REPRESENTATION DE L'INCAPABLE PRIVE DE DISCERNEMENT DANS LE PROCES DE DIVORCE

par

Jacques - Michel GROSSEN

Professeur de droit civil à l'Université de Neuchâtel

Il est un point de grande importance théorique et pratique, en même temps que de grande signification humaine, sur lequel la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse et celle de la Cour de Cassation de Turquie ne s'accordent pas: celui de la représentation de l'incapable privé de discernement dans le procès de divorce.

Suivant la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'incapable qui ne jouit pas du discernement ne peut pas *agir* en divorce et, en raison de la nature strictement personnelle de cette action, son représentant légal ne peut pas non plus agir à sa place.

Ainsi est-il écrit, dans un arrêt rendu par la 2^e Cour civile du Tribunal fédéral en date du 20 mai 1942, dans la cause des époux Keller (ATF 78 II 99):

"Das Recht, beim Zutreffen der gesetzlichen Voraussetzungen die Scheidung zu verlangen, steht den Ehegatten um ihrer Persönlichkeit willen zu. Ein entmündigter Ehegatte, der urteilsfähig ist, kann daher gemäss Art. 19 Abs. 2 ZGB ohne Zustimmung des Vormunds auf Scheidung klagen. Ein urteils-unfähiger Ehegatte kann dagegen gemäss Art. 18 ZGB die Scheidung nicht wirksam verlangen. Der Vormund ist angesichts der höchstpersönlichen Natur des in Frage stehenden Rechts nicht befugt, anstelle seines Mündels die Scheidung zu betreiben, ob dieser urteilsfähig sei oder nicht. Die Scheidungsklage eines Urteilsunfähigen ist demnach sowohl im Falle, dass er selber klagt, als auch im Falle, dass sein Vormund es für ihn tut, als unwirksam zu betrachten (vgl. BGE 68 II 145 ff., 77 II 9 ff.)".

La solution est quelque peu différente en ce qui concerne la *défense* au procès de divorce. Lorsqu'en effet l'époux incapable occupe la position de défendeur, le Tribunal fédéral permet qu'il propose personnellement le rejet de l'action, pour peu qu'il jouisse d'un discernement même fort restreint. L'arrêt qui vient d'être cité émet à ce propos les considérations suivantes:

"In BGE 77 II 7 ff. ist entschieden worden, der Scheidungsbeklagte könne unter Umständen selbstständig Abweisung der Klage beantragen und gegebenenfalls ein sie gutheissendes Urteil weiterziehen, auch wenn er in dieser Sache nur in beschränktem Masse urteilsfähig ist... Es ist... klar, dass die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit beim Ehegatten, der die Scheidung verlangen will, nicht in gleicher Weise gemildert werden dürfen wie bei demjenigen, der sich der vom andern Teils verlangten Scheidung widersetzen will. Während der Entschluss, an der Ehe festzuhalten, schon dann Berücksichtigung verdient, wenn der Beklagte ihn wegen seines nicht normalen Geisteszustandes nur mangelhaft motivieren vermag, darf der Entschluss, die Scheidung zu verlangen und damit den bestehenden Zustand zu ändern und eine grundsätzlich auf Lebenszeit eingegangene Gemeinschaft aufzuheben, schon im Interesse des Klägers selber nur dann beachtet werden, wenn dieser die volle Urteilsfähigkeit im Sinne Art. 16 ZBG besitzt."

Au surplus, quand le conjoint défendeur manque totalement de discernement, le Tribunal fédéral admet qu'il soit représenté par son tuteur. Si cette représentation n'était pas admise, le conjoint de l'incapable privé de discernement serait en effet privé de son "droit au divorce" et, d'ailleurs, le seul fait que la maladie mentale peut constituer une cause de divorce postule la dite représentation.

Schématiquement donc, les solutions apportées par le Tribunal fédéral au problème de la représentation de l'incapable privé de discernement dans le procès de divorce s'établissent ainsi:

- a) l'incapable privé de discernement ne peut agir en divorce, ni personnellement, ni par représentation légale;
- b) il peut défendre personnellement (ou recourir personnellement contre un jugement prononçant le divorce) à condition qu'il puisse en quelque mesure se rendre compte de la portée du

litige. Si ces lueurs lui font défaut, son représentant légal assume la défense de ses intérêts.

Au contraire, la Cour de Cassation de Turquie paraît admettre dans tous les cas la représentation de l'incapable privé de discernement dans le procès de divorce. Elle ne fait aucune différence selon qu'il s'agit d'agir ou de défendre. Elle ne distingue pas non plus suivant que la cause de divorce invoquée est absolue ou relative, cf. *K. Lipstein*, *Annales de la Faculté de droit d'Istanbul*, no. 6, 1956, p. 231; *F. Arık*, *ib.*, p. 144).

Comme ces solutions divergentes procèdent de textes de loi identiques, il peut y avoir quelque utilité à les considérer un instant de plus près, d'autant plus qu'en Suisse même la jurisprudence du Tribunal fédéral ne rencontre pas une approbation générale.

Les pays voisins de la Suisse pratiquent une interprétation qui ressemble fort à celle du Tribunal fédéral.

En France, par exemple, l'aliéné qui n'est ni interdit, ni interné, peut agir dans un intervalle lucide (Cf. *Planiol/Ripert/Rouast*, tome II, no. 549; *Beudant/Breton*, tome III, no. 797; *Esmein sur Aubry & Rau*, tome VII, p. 477). Le tuteur ne peut jamais agir à sa place en divorce, mais il peut en revanche plaider en séparation de corps (*Planiol/Ripert/Rouast*, tome II, no. 549; *Colin & Capitant*, tome I, no. 367). Le tuteur peut défendre à l'action en divorce ou en séparation de corps (Cour d'appel de Caen, 20 novembre 1912, *Dalloz*, 1914, 2, 12; *Sirey*, 1913, 2, 100).

Quant à la doctrine suisse, elle approuve généralement la jurisprudence du Tribunal fédéral, en admettant que le fait d'agir en divorce représente l'exercice d'un droit strictement personnel et que cette circonstance exclut la représentation. Cette opinion n'est pas unanime cependant et, récemment encore, un jeune auteur lausannois, *M. Marc Jaccard*, entreprenait de la combattre (La représentation des incapables privés de discernement dans l'exercice de leurs droits strictement personnels, thèse, Lausanne, 1955).

L'argumentation de *M. Jaccard* est en substance la suivante: L'article 19 al. 2 CCS porte que les mineurs ou interdits capables de discernement n'ont pas besoin du consentement du représentant légal pour exercer des droits strictement personnels. La doctrine interprète généralement cette disposition en ce sens: ou bien les

mineurs et interdits jouissent du discernement et alors ils exercent eux-mêmes leurs droits strictement personnels; ou bien ils ne jouissent pas du discernement et, dans cette éventualité, leurs droits strictement personnels ne peuvent être exercés ni par eux-mêmes ni par leur représentant légal.

Cependant, poursuit M. Jaccard, cette interprétation de l'article 19 al. 2 CC n'est pas la seule concevable. On peut tout aussi valablement soutenir que la représentation est de règle, dans le cas des mineurs et interdits; que l'article 19 al. 2 CCS apporte une exception à cette exigence de la représentation pour ce qui est des droits strictement personnels des personnes ayant discernement; que par conséquent la règle générale de la représentation reprend force lorsque le sujet n'a pas le discernement.

M. Jaccard admet que, pour certains droits strictement personnels, la représentation ne se conçoit pas. Il estime toutefois que l'exclusion de la représentation procède alors de la nature des droits strictement personnels dont il s'agit, et non pas de la règle contenue à l'article 19 CCS. Plutôt que de raisonner sur cette dernière disposition, il importe donc, à son avis, d'analyser chaque situation pour déterminer si la représentation est compatible avec la nature du droit. Pour ce qui est en particulier de l'action en divorce, M. Jaccard propose la solution suivante: La représentation est exclue quand l'action en divorce se fonde sur une cause relative. La raison en est que le divorce ne peut être prononcé sur le fondement d'une cause relative que si "la vie commune est devenue insupportable" pour le demandeur (article 142 CCS). Or, le conjoint privé du discernement ne peut pas ressentir le caractère intolérable de l'union et le tuteur ne saurait être admis à l'apprécier à sa place. En revanche, quand une cause absolue de divorce est donnée (par exemple l'adultère), la représentation est admissible parce que la loi elle-même présume, en ce cas, le caractère intolérable de la vie commune.

On conviendra que cette argumentation ne manque pas d'intérêt. Pour notre part, nous la tenons pour tout-à-fait pertinente en ce qui concerne l'interprétation générale et abstraite de l'article 19 al. 2 CCS. Nous ne pouvons néanmoins suivre l'auteur sur le terrain particulier de l'action en divorce.

En somme, tout le problème résulte de l'imprécision de la

notion de droits strictement personnels ou, si l'on préfère, de la notion de droits excluant par nature toute représentation. Il intervient à ce sujet une part importante d'appréciation, qui explique les solutions divergentes des jurisprudences et des doctrines. Ceux qui soutiennent la thèse de la représentation le font surtout pour empêcher qu'un époux aliéné soit purement et simplement privé du droit au divorce, d'une part, et, d'autre part, pour prévenir une situation dans laquelle ce conjoint serait véritablement bafoué. Ceux qui excluent la représentation redoutent par dessus tout qu'une décision aussi grave que celle de divorcer soit prise par un tiers, si bien intentionné soit-il. Ils craignent qu'une telle décision ne corresponde pas à celle qu'eût prise le conjoint aliéné, s'il avait pu juger sainement la situation. A notre sens, parce que la catégorie des droits strictement personnels est mal définie et ne peut l'être mieux, les positions occupées par les tribunaux et par les auteurs sont fonction d'un jugement de valeur qui précède le raisonnement juridique.

Dès lors, il est à la fois facile de comprendre les points de vue divergents du Tribunal fédéral suisse et de la Cour de Cassation turque et difficile de dire laquelle de ces deux cours suprêmes serait dans le vrai. M. le Professeur Fikret Ank (op. cit., p. 144) a expliqué que la solution de la jurisprudence turque correspond à un sentiment populaire profondément enraciné ("in conformity with deeply rooted popular feelings"). Semblablement, pour ce qui concerne la Suisse, on peut affirmer que l'exclusion de la représentation dans l'action en divorce constitue une solution traditionnelle. En conclusion, ce serait donc bien la force des traditions qui expliquerait les deux interprétations différentes d'un même texte légal, deux interprétations qui sont d'ailleurs toutes les deux conciliables avec la lettre de la loi. Du point de vue de la théorie de la réception, le cas qui vient d'être examiné présente ainsi un certain intérêt.
