

57. Extrait de l'arrêt de la II^e section civile du 10 décembre 1943 dans la cause F. contre Dame F.

Action de divorce. L'époux qui invoque l'adultère de son conjoint et est en mesure de prouver l'existence de cette cause de divorce a le droit d'exiger que le jugement le constate et que le divorce soit en conséquence prononcé en vertu de l'art. 137 CC. Mais si cette cause de divorce a été retenue, il n'est pas recevable à recourir au TF pour demander que le divorce soit également prononcé pour une autre cause, quand bien même celle-ci serait établie aussi (consid. A 2).

Notion de l'injure grave en droit suisse (consid. A 2 dernier alinéa). *Conclusions subsidiaires en divorce.* L'époux défendeur qui a conclu principalement au rejet de l'action du demandeur n'est pas recevable à demander subsidiairement, c'est-à-dire pour le cas où le divorce serait prononcé, qu'il le soit alors également aux torts de son conjoint (consid. A 3).

Interdiction de remariage. L'interdiction de remariage est une peine que le juge doit prononcer d'office à l'égard de l'époux coupable d'une grave violation des devoirs qui découlent du mariage, et quelle qu'ait été la position prise par les parties au procès (consid. B).

Scheidungsklage, Art. 137 ff. ZGB. Wird Ehebruch des andern Ehegatten als Scheidungsgrund angerufen und auch nachgewiesen, so hat das Urteil dies festzustellen und die Scheidung in Anwendung von Art. 137 ZGB auszusprechen. Ein solches Urteil kann dann aber nicht vom Kläger an das Bundesgericht weitergezogen werden mit dem Antrag, die Scheidung sei ausserdem aus einem andern, gleichfalls nachgewiesenen Grunde auszusprechen. (Erw. A, 2).

Begriff der schweren Ehrenkränkung nach Art. 138 ZGB. (Erw. A, 2, Schlussabsatz).

Eventuelles Scheidungsbegehren des beklagten Ehegatten, nur für den Fall, dass die Klage gutgeheissen werde, ist unzulässig. (Erw. A, 3).

Das Verbot der Wiederverheiratung (Art. 150 ZGB) ist eine Strafe, die den Ehegatten treffen soll, der sich schwer gegen die mit der Ehe verbundenen Pflichten vergangen hat. Der Richter hat das Eheverbot von Amtes wegen auszusprechen, ohne Rücksicht auf die Stellungnahme der Parteien. (Erw. B).

Azione di divorzio, art. 137 e seg. CC. Il coniuge, che invoca l'adultério dell'altro coniuge ed è in grado di provare l'esistenza di questa causa di divorzio, ha il diritto di esigere che la sentenza lo accerti e che il divorzio sia pronunciato quindi in virtù dell'art. 137 CC. Ma se ciò è avvenuto, egli non può ricorrere al Tribunale federale, domandando che il divorzio sia pure pronunciato per un'altra causa, anche se questa fosse pure provata (consid. A, 2).

Nozione dell'ingiuria grave a'sensi dell'art. 138 CC (consid. A, 2, ultimo capoverso).

Domande subordinate nell'azione di divorzio. Il convenuto, che ha chiesto in linea principale il rigetto dell'azione, non può con-

cludere subordinatamente, ossia nel caso in cui l'azione fosse accolta, che il divorzio sia pronunciato per colpa dell'altro coniuge (consid. A, 3).
Termine di aspetto. Si tratta d'una pena che il giudice deve pronunciare d'ufficio nei confronti del coniuge colpevole di grave violazione dei doveri inerenti al matrimonio, senza riguardo alla posizione presa in causa dalle parti (consid. B).

Le 7 février 1939, Sieur F. a ouvert action en divorce en invoquant les dispositions des art. 137, 138 et 142 CC et en réclamant l'exercice de la puissance paternelle sur son enfant. Dame F. a conclu au rejet de la demande et, pour le cas où le Tribunal estimerait devoir prononcer le divorce, à l'attribution de la puissance paternelle.

Le Tribunal de première instance de Genève a prononcé le divorce aux torts de la femme en vertu des art. 138 et 142 CC, en lui interdisant de se remarier avant un an. Il lui a confié l'enfant sous certaines réserves.

Les deux époux ont appelé de ce jugement. Le demandeur a conclu notamment à ce que le divorce fût aussi prononcé en vertu de l'art. 137 CC. La défenderesse a repris ses conclusions de première instance et « subsidiairement », pour le cas où les juges d'appel prononceraient le divorce, elle a demandé que celui-ci fût prononcé contre son mari en vertu de l'art. 137 également.

La Cour de justice civile de Genève a confirmé le jugement déferé en tant qu'il avait interdit à la femme de se remarier avant un an et dans la mesure où il concernait l'attribution de l'enfant et le droit de visite. Le réformant pour le surplus, elle a prononcé le divorce aux torts de Dame F. en vertu de l'art. 137 CC, attribué la puissance paternelle à la mère sans réserves.

Les deux parties ont recouru en réforme.

F. a conclu notamment à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral :

« Déclarer dissous par le divorce, prononcé aux torts et griefs de dame F., tant en application de l'art. 137 que des art. 138 et 142 le mariage contracté à Genève le 10 décembre 1929, par les époux F. »

Dame F. a conclu à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral :
« Débouter M. F. de sa demande.

Condamner M. F. aux dépens de première instance, d'appel ainsi qu'aux frais et émoluments devant le Tribunal fédéral.

Subsidiairement et au cas où le Tribunal fédéral viendrait néanmoins à prononcer la dissolution du mariage :

La prononcer aux torts et griefs de M. F. en application de l'art. 137 CC.

Confirmer l'arrêt de la Cour en ce qui concerne la puissance paternelle et la garde sur l'enfant... »

Considérant en droit :

A. — *Au sujet du divorce :*

2. — Les conclusions du recourant tendent à ce que le divorce soit prononcé contre la défenderesse non seulement en vertu de l'art. 137, mais aussi en vertu des art. 138 et 142 CC. Elles sont irrecevables.

Le Tribunal fédéral a reconnu à l'époux dont le conjoint a été convaincu d'adultère le droit de faire prononcer le divorce pour ce motif-là et jugé en conséquence qu'il n'était pas admissible que le juge se dispense alors de retenir cette cause de divorce sous prétexte que l'existence d'une autre cause de divorce aurait été également établie (RO 47 II 247, 68 II 338). Bien qu'à vrai dire l'indication de la cause du divorce rentre normalement dans les motifs du jugement, le Tribunal fédéral justifiait ce principe par la considération, d'une part, que les effets du divorce ne sont pas les mêmes selon qu'il est prononcé en vertu de l'art. 137 ou en vertu de l'art. 142 (notamment en ce qui concerne la durée de l'interdiction de remariage, cf. art. 150), et, de l'autre, que l'adultère constitue une violation si grave des devoirs conjugaux que la partie lésée avait le droit de le faire constater. Mais cela ne veut pas dire que lorsque l'adultère de l'un des conjoints est retenu dans le jugement comme cause de divorce, l'autre puisse exiger que le jugement constate également qu'il

existait encore d'autres causes déterminées de divorce de moindre importance. Tout ce que peut faire le juge en pareil cas, c'est de prolonger la durée de l'interdiction de remariage et d'augmenter le montant de l'indemnité qu'il estimerait devoir allouer à l'époux innocent au titre de réparation morale, mais encore lui est-il loisible de le faire sans avoir à déclarer le mariage également dissous pour une autre cause déterminée de divorce. Une fois le divorce prononcé pour cause d'adultère, il n'y a donc aucun intérêt pratique à constater encore l'existence d'autres causes déterminées de divorce.

C'est à tort, au surplus, que le demandeur prétend pouvoir se mettre au bénéfice de l'art. 138 CC. Il fait état tout d'abord à ce propos des relations suspectes que la défenderesse aurait eues avec Sieur Z. Mais il oublie que si certains droits étrangers, le droit français par exemple, considèrent effectivement comme une injure, en matière de divorce, « toute violation des devoirs nés du mariage et toute atteinte à la dignité des conjoints » (PLANIOL, *Traité pratique de droit français*, Tome II N° 522), l'art. 138 CC donne à ce vocable un sens beaucoup plus restreint. Pour qu'il y ait injure, il exige en effet une manifestation intentionnelle de mépris de l'un des conjoints à l'adresse de l'autre, de sorte qu'une intimité excessive et même suspecte dans les relations d'un des conjoints avec un tiers ne saurait être retenue comme une injure grave et ne peut être invoquée qu'à l'appui d'une demande fondée sur l'art. 142 CC (cf. RO 55 II 162 et suiv.).

3. — C'est à tort que la défenderesse croit pouvoir conclure à nouveau à ce que le divorce — s'il devait être prononcé — le soit également aux torts de son mari en vertu de l'art. 137 CC. Certes l'adultère du demandeur est patent et d'ailleurs reconnu, et si la défenderesse avait, de son côté, valablement conclu au divorce, sa demande devrait être admise aussi. Mais deux raisons s'opposent à ce que le Tribunal fédéral se prononce sur

le bien-fondé des conclusions « subsidiaires » du recours. L'une est que la Cour de justice les a déclarées irrecevables pour un motif de procédure, à savoir qu'elles ont été formulées seulement en appel et non pas devant le Tribunal de première instance. Cette décision lie en effet le Tribunal fédéral ; elle n'est pas contraire au droit fédéral, car si la loi accorde bien à chacun des époux le droit de conclure au divorce, indépendamment l'un de l'autre, c'est à la condition, comme dans tout autre procès, qu'il présente ses conclusions dans les formes et les délais prévus par la loi de procédure cantonale. La seconde raison est que les conclusions dites subsidiaires de la défenderesse étaient irrecevables en soi, indépendamment du moment où elles avaient été formées. En effet — abstraction faite des conclusions qui tendraient à la séparation de corps —, il n'y a pour l'époux contre lequel une demande en divorce est formée que deux partis possibles : ou de s'opposer purement et simplement au divorce ou de s'y opposer et de conclure *reconventionnellement* au divorce. Se contenter de conclure « subsidiairement » au divorce, quand principalement on a conclu au rejet des conclusions de la partie demanderesse, c'est se mettre en contradiction avec soi-même, car on ne peut soutenir en même temps qu'il n'existe pas de cause de divorce et en alléguer une, serait-ce même à la charge de son conjoint.

B. — Au sujet de l'interdiction de remariage :

La Cour de justice a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer au demandeur la sanction prévue par l'art. 150 CC, mais qu'il se justifiait en revanche de fixer à un an le temps durant lequel la défenderesse ne pourrait se remarier. Le Tribunal fédéral ne saurait se rallier à cette décision. Pour ce qui est de la défenderesse, la sanction est insuffisante. Non seulement elle s'est rendue coupable d'une faute grave en trahissant la foi conjugale et cela d'une manière particulièrement blessante pour son mari, puisqu'elle-même reconnaissait la marque de confiance qu'il lui avait donnée en l'autorisant à repartir

pour Athènes à la fin de l'année 1938, mais en outre l'attitude qu'elle a eue à l'égard de Sieur Z. témoignait d'une méconnaissance complète de ses devoirs d'épouse. Il y a lieu par conséquent de porter le délai d'interdiction de remariage à deux ans. Quant au demandeur, on ne voit pas de motif de le traiter différemment. Lui aussi a commis adultère et sa liaison avec dame C. durait encore pendant l'instance, de sorte que si la défenderesse avait valablement conclu au divorce, elle aurait également obtenu gain de cause. Or, comme le Tribunal fédéral l'a déjà relevé dans l'arrêt Boog (RO 68 II 144 et suiv.), l'interdiction de remariage peut être intimée même à l'époux demandeur, s'il a gravement manqué à ses devoirs conjugaux, et tel est incontestablement le cas en l'espèce.

La Cour de justice a estimé n'avoir pas à faire application de l'art. 150 à l'égard du demandeur pour la raison d'abord que — à la différence du cas Boog — il eût appartenu à la défenderesse de conclure au divorce en temps utile et secondement parce que la liaison entre le demandeur et dame C. est intervenue à un moment où le lien conjugal était déjà irrémédiablement détruit par la faute de la défenderesse. Ces faits sont en réalité sans intérêt pour l'application de l'art. 150. L'interdiction de remariage est en effet une peine que le juge doit appliquer d'office, non pas comme une sorte de satisfaction qui serait donnée à l'époux offensé, mais dans l'intérêt public, eu égard à l'importance sociale du mariage. Elle est donc indépendante de la position que les parties ont pu prendre dans le procès et suppose uniquement une violation grave des devoirs qui découlent du mariage. Or il est incontestable que le demandeur a lui aussi failli gravement à ses obligations. S'il est vrai qu'il n'a trompé sa femme qu'après avoir été trompé par elle, il est constant qu'il lui avait pourtant pardonné ses premières infidélités et que c'est peu après qu'il a noué sa liaison avec dame C., liaison qui n'a pas cessé depuis lors et qui est devenue pour ainsi dire de notoriété publique.