

Le devoir conjugal
Philosophie du code et morale du juge

Jean-Michel Bruguière, Maître de conférences à l'Université d'Avignon, Chargé de cours à l'Université de Montpellier I, ERCIM UMR 5815

L'essentiel

Le devoir conjugal (devoir de relations sexuelles dans le mariage) est pudiquement caché dans le code civil derrière la communauté de vie. Ceci contraste fortement avec la vision charnelle du droit canonique qui voyait dans la *copula carnalis* un fait et un effet du mariage. Ce fondement discret du devoir dans le code civil ne doit cependant pas faire illusion. Contrairement à une idée reçue, ce devoir n'est pas absent des débats judiciaires. Aux yeux des magistrats, le devoir conserve une portée certaine. Le devoir ne peut plus être contraint pour le juge répressif (question de viol entre époux). Le devoir ne peut plus être contraint pour le juge répressif mais l'abstention peut être fautive pour le juge civil (question du divorce pour faute et de l'annulation du mariage). C'est dire que la nature du devoir est renouvelée par le juge répressif mais que son existence est préservée par le juge civil. Un fondement discret, une portée certaine, le devoir conjugal ne présente en définitive pas d'intérêt en lui-même mais pour ce qu'il révèle : non pas la sexualité du bon père de famille mais la philosophie d'un code et la morale d'un juge

1 - Pourquoi s'intéresser au devoir conjugal (*debitum conjugale*) (1) ou devoir de relations sexuelles (2) dans le mariage alors que tout pousse à ne pas traiter de cette question ? Notre code civil que l'on présente, à juste titre, comme un code « désincarné » (3) ne dit rien de ce devoir. Depuis 1975, date d'adoption d'un divorce consensuel, « le lit conjugal » serait « le grand absent des débats » (4) judiciaires. A supposer qu'il ne le soit pas, il serait bien imprudent de vouloir tirer quelques conclusions d'une jurisprudence qui n'appréhende le devoir « qu'à travers son refus d'exécution ce qui, dans le droit de la famille, n'est pas une garantie d'exactitude » (5). En bref ce devoir serait relégué au non-droit ? pour cause, il touche au plus profond de la vie privée du couple. N'y aurait-il donc pas quelque impudeur à vouloir l'analyser ?

2 - A la réflexion pourtant, le silence du code civil peut être fort instructif. Une recherche attentive montre que le divorce par consentement mutuel est loin d'avoir absorbé tous les contentieux nés du refus d'accomplissement du devoir conjugal (6). Au demeurant, on ne voit pas pourquoi il ne serait pas bon de tirer des enseignements d'une jurisprudence qui appréhende ce devoir qu'à travers son refus d'exécution. En droit de la famille, comme en droit des obligations, le juge raisonne souvent sur des refus d'exécution, en bref sur du pathologique. En quoi, dès lors, cette pathologie serait-elle ici moins significative ? Parce qu'elle touche à la vie privée du couple ? Mais, là encore, en quoi une étude sur le devoir de relations sexuelles dans le mariage serait-elle plus impudique qu'une étude sur la contribution aux charges du mariage ?

3 - Rien ne s'oppose, si ce n'est, peut-être, une certaine pudibonderie du juriste, à ce que ce devoir fasse l'objet d'un examen (7). Rien ne s'y oppose et même tout y invite. Sans évoquer les curieuses pratiques de contractualisation des relations sexuelles au sein des couples qui se développent aux Etats-Unis (8), il apparaît que le devoir conjugal se retrouve aujourd'hui de plus en plus au centre des conflits entre époux. Le refus du devoir conjugal est invoqué comme cause de divorce pour faute ou, plus rarement, pour demander l'annulation

du mariage. Le viol entre époux est (enfin !) admis au nom d'une conception « civilisée du mariage » (9).

4 - Si ces questions « viennent au droit (et d'abord au fait) » (10) ce que l'on peut regretter, c'est très certainement parce que la sexualité, jadis du domaine du péché ou de la maladie (11), est aujourd'hui une liberté qui est revendiquée... même au sein du couple. Notre prétention n'étant pas ici de réécrire une (nouvelle) histoire de la sexualité, nous ne nous poserons pas la question de savoir pourquoi ces questions viennent au droit mais plutôt comment le droit (c'est-à-dire le législateur, le juge) les accueille. « Empreint de morale et exprimant un certain ordre social, le droit est nécessairement conduit à porter un jugement de valeur » (12) sur le devoir conjugal, ce qu'il ne manque pas de faire : soit par les silences du code civil, soit par les prises de position des juges de l'ordre judiciaire. Le fondement discret (I) du devoir dans le Code ne doit cependant pas faire illusion. Pour les juges, le devoir a en effet une portée certaine (II).

I - Un fondement discret

5 - Dans l'histoire du devoir conjugal, deux traditions (du mariage) cheminent. Celle du droit canonique : charnelle, populaire, impudique et celle du droit civil : intellectuelle, volontariste, réservée. C'est ce passage de la chair à l'esprit, de l'impudique *copula carnalis* (A) au voile de la communauté de vie (B) qui fait aujourd'hui apparaître le fondement discret du devoir conjugal.

A - *Copula carnalis*

6 - De la *copula carnalis* dans le droit canonique, on peut dire deux choses : elle fait le mariage et elle est un effet du mariage.

7 - La *copula carnalis* fait le mariage parce que la consommation est une condition de perfection du mariage. Le mariage conclu mais non consommé, *matrimonium ratum et non consummatum*, est valable mais il n'est pas parfait. Il peut donc être dissous (cf. can. 1142 (13)) à la différence du mariage parfait (*ratum ac consummatum*) qui est indissoluble. Cette conception, bien que discutée (14), s'appuie sur la tradition biblique (15) et dans une certaine mesure sur le réalisme populaire hérité des traditions germaniques (16). Elle contraste avec la vision romaine, purement consensuelle, car l'union sexuelle n'est pas juridiquement nécessaire dans le mariage romain, *nuptias non concubitus sed consensus facit* (D., 35,1,15).

8 - Comme l'a démontré Le Picard (17), la *copula carnalis* est également un effet du mariage. La communauté de vie ne saurait se réduire à la cohabitation. Elle est aussi communauté de table et communauté de lit. A l'appui de cette opinion, l'auteur cite de nombreux textes qui révèlent d'ailleurs toute « l'impudeur, peut-être innocente » (18) des canonistes. La glose du Décret de Gratien (19) fait ainsi apparaître qu'une épouse ne peut, sans le consentement de son mari, coucher avec un vêtement. Le cardinal Gasparri s'interroge, avec sérieux, sur le point de savoir si la pratique des lits jumeaux ne menace pas cette communauté (20). On va même jusqu'à quantifier la fréquence des rapports auxquels doivent se prêter les époux (21)... Plusieurs actions possessoires permettent de faire respecter la communauté conjugale et donc la communauté de lit. Ainsi l'action *retinendae* pouvait faire cesser le trouble qu'un homme fait subir à son épouse « s'il use du lit commun selon ses fantaisies » puisque ici la jouissance de la femme « n'est plus paisible ni constante » (22). L'action *recuperandae* favorisait le rétablissement de la possession à la suite de l'abandon du domicile conjugal par l'un des époux. Bien que l'on s'accorde pour dire que ces actions ne confèrent pas la possession de la femme par l'homme (ou réciproquement), mais juste la possession du droit de vivre ensemble, il faut bien se rendre à l'évidence. Chaque époux bénéficie indirectement d'un droit sur le corps de l'autre. Ce « droit », posé aux Corinthiens (23), repris dans le Code canonique de 1917 (can. 1081, § 2) et abandonné dans celui de 1983, a très certainement favorisé l'idée selon laquelle il ne pourrait y avoir de viol entre époux. En tout état de cause, il dénote franchement avec la philosophie de la communauté de vie du code civil.

B - Communauté de vie

9 - « Réunion de fait » (art. 313-2, al 2), « cohabitation » (art. 181), « relations » (art. 342), tout est dit dans le code civil pour ne pas dire (et appréhender) les relations sexuelles. Nul ne s'étonnera donc de trouver (grâce à la doctrine (24)) le devoir conjugal caché derrière la communauté de vie (25) (jadis, c'est-à-dire avant la loi du 4 juin 1970, derrière la cohabitation).

10 - Contrairement à ce que pense un auteur (26), ce n'est pas « sans raison apparente » que « le code s'est montré sur ce point beaucoup plus réservé que les canonistes ». Outre l'évidence qui fait que les relations sexuelles sont un « effet naturel du mariage » (27), le jansénisme (et le célibat) de Pothier (28) qui rappelle sobrement (sans discussion) le devoir conjugal dont chaque époux est tenu à la demande de l'autre constitue déjà une explication (29). Mais c'est surtout l'individualisme qui justifie cette position. Individualisme qui s'exprime en trois propositions (la dernière étant plus une préoccupation contemporaine) : volonté, laïcité et vie privée.

11 - *Volonté* - Comme le souligne si justement le Doyen Carbonnier (30) : « Tout en psychologie, notre droit matrimonial n'avait plus de place pour la donnée biologique, corporelle. Nul doute que le réalisme canonique ne lui ait inspiré quelque horreur. Le corps humain n'apparaît pour ainsi dire jamais dans le code civil : l'homme y est personne, c'est-à-dire pur esprit ». Cette vision désincarnée, abstraite se retrouve merveilleusement dans l'article 146 du code civil. Le mariage ne se forme que par la volonté. Ce volontarisme, qui anime également le contrat et la responsabilité, évince tout aspect charnel.

12 - *Laïcité* - L'attitude de réserve du code à l'égard de la *copula carnalis* peut aussi être interprétée comme une forme d'anticléricalisme. Admettre ouvertement les discussions sur l'exercice du devoir conjugal c'est admettre que la justice se transforme « en casuistique de confessionnal » (31), ce qui n'est pas concevable pour un code qui envisage de séparer le droit civil de l'Eglise.

13 - *Vie privée* - Contrairement aux autres libertés publiques, il a été démontré que l'exercice de la liberté sexuelle supposait la clandestinité, l'intimité (32). La sexualité, dans et hors le mariage, est une composante du droit au respect de la vie privée (33). La première garantie d'une telle liberté se trouve donc logiquement dans la non-immixtion de l'Etat, ce qui signifie que celui-ci ne peut en aucun cas régler d'une manière ou d'une autre la sexualité du sujet de droit.

Volonté, laïcité et vie privée rendent compte largement du silence du code civil sur le devoir conjugal. Que les rédacteurs du code civil aient été silencieux sur ce point ne signifie pas pour autant que ce devoir soit dénué de toute valeur. Aux yeux des juges, le devoir conjugal a une portée certaine dans le mariage.

II - Une portée certaine

14 - La portée juridique du devoir conjugal est généralement saisie par la doctrine à travers deux questions assez traditionnelles : celle du viol entre époux et celle du refus des relations sexuelles comme cause de divorce pour faute. A propos du refus du devoir conjugal comme cause de divorce pour faute, on a coutume de dire que ce motif, jadis souvent invoqué (34), ne l'est plus guère depuis 1975 ; les époux préférant, très certainement par discrétion, le divorce consensuel afin d'éviter d'avoir à énoncer une quelconque cause de discorde. Rassuré par cette attitude raisonnable, on se contente alors de relever (sous une rubrique « le droit divertissant » (35)) quelques jugements ou arrêts croustillants faisant état, ici, de l'appétit sexuel de M. X ou, là, de l'abstinence imposée à Mme Y. Disons-le clairement, cette présentation « folklorique » des choses ne rend pas compte de la réalité judiciaire du devoir conjugal. Une recherche attentive sur cette question menée depuis 1980 fournit en effet pas moins de cent vingt-quatre décisions (36) ! Il n'y a certes pas de quoi échafauder une théorie qui révolutionnerait le droit de la famille. C'est suffisant, en revanche, pour redonner

au devoir conjugal la place qui est la sienne dans le divorce pour faute.

15 - Reconnaître que « l'exercice » du devoir conjugal suscite encore du contentieux ne suffit pas à conférer à ce devoir une quelconque portée. Encore faut-il exploiter cette jurisprudence peu connue et y joindre celle sur la question du viol entre époux (37), sans oublier surtout de faire le lien (ce qui est rarement fait) entre les deux questions. Depuis la reconnaissance du viol entre époux, le devoir ne peut être contraint pour le juge répressif. Dès lors le devoir conjugal n'a-t-il pas changé de nature ? Le devoir ne peut être contraint pour le juge répressif, mais l'abstention reste fautive pour le juge civil. N'est-ce pas une manière de dire que le changement de nature n'affecte pas l'existence du devoir conjugal ? Autrement dit, même si le devoir a une nature renouvelée par le juge répressif (A), on observe que son existence est préservée par le juge civil (B). C'est bien dans ce mouvement que l'on mesure que le devoir conjugal conserve une portée certaine aux yeux des magistrats.

A - Une nature renouvelée par le juge répressif

16 - *Evolution* - L'évolution de la position du juge sur la question du viol entre époux est connue. Traditionnellement, celui-ci considérait que la contrainte sexuelle exercée par le mari ne pouvait jamais être constitutive d'un viol, « la conjonction obtenue » étant « une des fins légitimes du mariage » (38). Le devoir de cohabitation justifiait ainsi l'infraction et le devoir conjugal était susceptible d'une exécution forcée. La contrainte sexuelle pouvait seulement être qualifiée d'attentat à la pudeur lorsque le mari avait fait subir à sa femme des actes contre nature (39) ou lorsqu'il lui avait imposé des rapports sexuels en présence et avec l'aide d'un tiers (40). Au lendemain de l'adoption de la loi du 23 décembre 1980, on s'est demandé si cette perspective ne devait pas être abandonnée (41). La généralité du texte paraissait bien en effet autoriser la poursuite. Surtout, l'infraction nouvelle aspirait à être « l'infraction du viol du consentement de la victime » (42). Dès lors, le mariage ne devait plus être en lui-même un fait justificatif quand il était établi que l'époux n'avait pas consenti aux relations. Les arrêts du 17 juillet 1984 et du 5 septembre 1990 (43) de la Chambre criminelle ne dissipèrent pas le doute sur la question. S'il était clairement posé que « l'article 322 du code pénal ... qui n'a d'autre fin que de protéger la liberté de chacun n'exclut pas de ses prévisions les actes de pénétration sexuelle entre personnes unies par les liens du mariage », la particularité des faits de l'espèce affaiblissait fortement la solution. Dans la première affaire, les époux avaient des résidences séparées, dans la seconde, il y avait eu de graves violences. Il faudra donc attendre l'arrêt du 11 juin 1992 (où la question est examinée à l'état pur) pour que la Cour de cassation pose que « la présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire » (44).

17 - *Appréciation* - Une telle évolution affecte nécessairement la nature du devoir conjugal. On peut en effet dire que le mariage ne fait naître qu'une présomption simple de consentement aux rapports intimes. Que cette « obligation de faire » n'est plus susceptible d'une exécution forcée privée (en nature). Ou, comme le souligne, avec beaucoup de finesse le Doyen Cornu (45), que le devoir « se résout en cause de séparation (et dommages-intérêts ?) en cas d'inexécution de la part du débiteur ». En bref, le devoir est devenu purement potestatif, ce qui pose d'ailleurs une question fondamentale : un devoir selon le bon vouloir est-il encore un devoir ? A dépasser cette interrogation, on peut toujours souligner qu'une telle solution expose à de redoutables problèmes de preuve, *diabolica probatio*. On peut railler cette conquête du féminisme et de l'égalité des sexes (« A la maison, comme dans la rue, quand une femme dit non c'est non ! » soulignait les affiches brandies dans des manifestations féminines (46)). Ceux qui pensent que, dans ce cas de figure, l'infraction de viol resterait dépourvue de tout élément moral (47) oublient que, avant d'être puissance et pulsion, l'amour est avant tout liberté. Ou dit autrement que le devoir conjugal, comme les autres devoirs qui naissent du mariage, procède plus d'un consentement à entretenir que d'un devoir imposé une fois pour toutes. Admettre le contraire ramène à cette idée canoniste d'un droit du conjoint sur le corps de l'autre (48), ce qui est aujourd'hui contraire, on l'a souligné, à une « notion civilisée du mariage » (49). Cette nouvelle nature n'altère pourtant pas l'existence du devoir.

B - Une existence préservée par le juge civil

18 - L'idéal de liberté du juge répressif ne doit pas tromper. Toute liberté est susceptible d'abus et l'abus dans l'exercice du devoir conjugal prend deux formes, l'abstinence et (plus rarement) l'excès. C'est cette morale conjugale qui doit retenir l'attention.

19 - *Abstinence* - Le refus de se prêter au devoir conjugal expose les époux à deux écueils : le divorce pour faute ou (là encore plus rarement) l'annulation du mariage (50).

20 - Dans la procédure du divorce pour faute, le refus du devoir conjugal est généralement invoqué par les époux à titre subsidiaire pour appuyer une demande principale ou reconventionnelle (51). La plupart des décisions, à ce titre, optent pour un divorce aux torts partagés, le refus du devoir établissant, avec d'autres éléments, l'incompréhension qui règne dans le couple (52). Quand il est invoqué à titre principal (aussi bien par l'homme que par la femme), le refus du devoir conjugal expose à de redoutables problèmes de preuve. Il faut en effet prouver le fait matériel d'inaccomplissement, ce que fera l'époux par l'aveu de son conjoint (53) en fournissant des lettres faisant état du refus (54) ou plus radicalement un certificat médical (55). Le fait de faire chambre à part (le point est ici rappelé par la Cour de cassation (56)), le fait que le mari dorme sur le canapé (57), ne prouve en revanche rien du tout, « la loi » (nous voilà rassuré !) ne faisant pas « obligation aux époux de coucher dans la même chambre » (58). En outre, il faudra prouver que ce refus est bien imputable à l'autre, ce qui est une autre difficulté (59). Prouvé, le refus n'est pas pour autant fautif. « L'abstention du devoir conjugal ne revêt un caractère injurieux pour l'autre conjoint que si elle est volontaire et persistante et marque le mépris ou l'indifférence pour ce dernier » (60). Autrement dit, le refus peut être justifié. Par l'adultère (61), l'inconduite (62), l'âge (63), la violence (64), la santé (65) (ce qui s'entend de l'aspect mécanique (66) ou psychique (67)) voire l'homosexualité (68) de son partenaire. Le refus doit être persistant ce qui est logique au regard de l'article 242 du code civil qui exige une violation « renouvelée des devoirs et obligations du mariage » (69). Tous ces obstacles ne doivent pas faire penser que le refus du devoir conjugal n'est jamais retenu comme cause de divorce pour faute. Il l'est dans 30 % des cas. Cela prouve bien que « l'accomplissement du devoir conjugal rentre par définition même dans les obligations des époux » (70).

21 - Le refus du devoir conjugal pourrait également conduire à l'annulation du mariage (71). Comme l'a jugé la Cour d'appel de Paris, « l'aptitude aux relations intimes constitue » bien « une qualité essentielle » de la personne (72). L'erreur sur une telle capacité est donc tout à fait concevable. Une telle action ne saurait pour autant être confondue avec l'action fondée sur l'article 242 du code civil. Tout d'abord parce que les deux actions ne sanctionnent pas le refus au même moment. Dans la demande d'annulation le refus sera invoqué dès la formation du mariage. Dans le divorce, en revanche, il interviendra le plus souvent au cours de l'exécution. Ensuite et surtout parce que les deux actions ne poursuivent pas le même but. Faire annuler le mariage pour erreur sur l'aptitude aux relations sexuelles c'est faire dire au juge que le mariage était porteur d'un projet de descendance. C'est donc plus l'absence de procréation qui est sanctionnée. Dans le divorce pour faute, les époux entendent plus faire constater un déséquilibre, une désagrégation du couple que révèle l'absence de relations intimes. En ce sens les relations sexuelles sont envisagées comme participant de l'harmonie du couple et ne sont pas réduites à la procréation.

22 - *Excès* - Contredisant l'opinion de Pascal selon laquelle « la passion ne saurait être belle sans excès », les juges condamnent également la démesure. Un époux qui adopte « un comportement allant de la tendresse à l'indécence et à la bestialité la plus raffinée » ne peut donc « exiger à toute heure des rapports fréquents et contre nature » de son épouse au risque « d'ébranler sa santé » (73). Il ne peut pas plus inciter son épouse à des pratiques sexuelles dégradantes contre la volonté de celle-ci (74). Des pratiques sadomasochistes, un comportement tyrannique du mari pourront ainsi justifier un divorce à ses torts exclusifs (75). D'une certaine manière, le juge civil rejoint ici la position des canonistes pour qui le mariage n'est pas « une espèce de sauf-conduit donnant libre cours à l'instinct sexuel » (76).

23 - Abstinence, excès, le juge civil prône en définitive un devoir de modération dans le devoir conjugal, ce qui est une attitude toute aristotélicienne . « On va chercher le juge pour qu'il tienne le milieu entre les parties contendantes ; et l'on donne même parfois au juge le nom de médiateur, comme si l'on était sûr d'avoir rencontré la justice une fois qu'on a rencontré le juste milieu. Le juste est donc un milieu, puisque le juge en est un » 📖(77). Cette modération dans l'exercice du devoir conjugal du juge civil n'est pas contredite par le principe de liberté du juge répressif. Ce dernier ne se prononce que ponctuellement sur la violation du consentement à l'acte. Le juge civil, en revanche, est appelé à dire si ces violations, renouvelées, ne compromettent pas l'avenir du couple. Les deux solutions, loin d'être contradictoires, se complètent donc parfaitement. Le devoir conjugal ne présente en définitive pas d'intérêt en lui-même. Il présente un intérêt pour ce qui révèle, non pas la sexualité du bon père de famille, mais la philosophie d'un code et la morale d'un juge.

Mots clés :

MARIAGE * Epoux * Devoir conjugal * Sexualité * Viol * Abstinence

(1) Les relations charnelles entre époux étaient tellement importantes dans le mariage qu'autrefois les canonistes les qualifiaient de devoir conjugal par excellence, le *debitum conjugale*. Sur cette discussion, cf *infra*, n° 7.

(2) Le devoir conjugal est ici envisagé sans *a priori*, c'est-à-dire sans se soucier de sa finalité : procréation ou recherche du plaisir. Comment pourrait-il en être autrement ? Si traditionnellement ce devoir restait ordonné à la procréation (le célèbre « Croissez et multipliez-vous » de la Genèse, 1, 28 ; 9, 1 justifiant les relations sexuelles entre époux et permettant une collaboration à l'oeuvre créatrice de Dieu, maître de la vie), désormais la sexualité et la procréation sont nettement dissociées. Les moyens de contraception favorisent le sexe sans procréation. Les techniques de procréation médicalement assistée suscitent la procréation sans sexe. Notre droit de la responsabilité distingue bien au sein du préjudice sexuel la perte de la procréation et la perte du plaisir (sur la prise en compte de ce dernier aspect, cf. CA Montpellier, 18 avr. 1991, Juris-Data, n° 000029). Sur la différence de finalités du devoir conjugal dans l'action en annulation du mariage et dans le divorce pour faute, cf. néanmoins *infra*, n° 21.

(3) Selon l'expression de Mme Saint-Alary-Houin, La sexualité dans le droit civil contemporain, Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1985, t. XXXIII, p. 7.

(4) F. Dekeuwer-Défossez, Impressions de recherche sur les fautes causes de divorce, D. 1985, Chron. p. 221.

(5) J. Hauser et D. Huet-Weiller, Traité de droit civil, Fondation et vie de la famille, 2e éd., n° 1021, p. 749.

(6) Sur cette discussion, cf. *infra*, n° 14.

(7) Ce d'autant plus que la doctrine est souvent silencieuse sur ce sujet. Pour un tel constat, cf. l'article de Mme Saint-Alary-Houin, *op. cit.*

(8) Bien que la question ait été évoquée, à propos d'une suppression du devoir conjugal et non d'une réglementation conventionnelle (cf. G. Wiederkehr, note sous Cass. crim., 8 janv. 1970, qui conclut d'ailleurs à la nullité d'une telle convention au regard de l'institution du mariage. La procréation pourtant, à supposer que cela soit la seule finalité poursuivie par le devoir conjugal, n'est pas de l'essence du mariage. En ce sens, cf. S. Regourd, *infra*, note 32), il est peu probable que de telles pratiques se développent en France. Le principe d'un tel pacte qui heurte déjà nos mentalités touche à la liberté sexuelle des époux. Or, on ne transige pas sur les libertés. A supposer que cela soit possible, comment et ou organiser ce pacte sexuel ? Dans le contrat de mariage ? Son objet est avant tout patrimonial. La publicité qui lui serait donnée serait quelque peu choquante pour les bonnes moeurs.

(9) Selon la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 22 nov. 1995, RTD civ. 1996, p. 512, obs. J.-P. Marguénaud), « l'abandon de l'idée inacceptable qu'un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme » est conforme « non seulement à une notion civilisée du mariage mais encore et surtout aux objectifs fondamentaux de la Convention dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaine ».

(10) G. Cornu, Droit civil. La famille, Montchrestien, 5e éd., note 11, p. 44.

(11) A propos de l'idée selon laquelle, pendant de longues périodes de notre histoire, la religion, la morale et la médecine se seraient coalisées pour empêcher que la sexualité puisse être considérée comme un domaine de liberté, cf. J.-P. Aron et R. Kempf, Le pénis et la démoralisation de l'Occident, Grasset, 1978.

(12) *Op. cit.*, *supra*, note 3.

(13) Selon le nouveau Code du droit canonique (can. 1142) : « Le mariage non consommé entre des baptisés ou entre une partie baptisée et non baptisée peut être dissous par le pontife romain pour une juste cause, à la demande des deux parties ou d'une seule, même contre le gré de l'autre ».

(14) Le droit canonique n'a pas toujours accordé une grande importance à la *copula carnalis*. L'on sait en effet que, dès 1150, une conception plus intellectuelle représentée par Pierre Lombard soutenait au contraire que la consommation (et, à un autre niveau, la célébration) n'ajoutait rien au consentement même s'il s'agissait d'éléments importants. Sur cette discussion classique, cf. J. Gaudemet, Le mariage en Occident, Cerf, p. 174 et s.

(15) Outre le célèbre « Croissez et multipliez-vous » (cf. *supra*, note 2), on invoque également à l'appui de cette conception deux autres passages de la Genèse (2, 18 et 22-24) qui présentent le mariage comme institué par Dieu pour réaliser l'union monogame de deux êtres qui seront « une seule chair ». L'expression, pourtant, ne se réfère pas à l'union sexuelle mais à la communauté de vie au sens large entre les époux. Sur cette discussion, cf. M. Gilbert, Une seule chair, Nlle Rev. théol., 6, 1978, 66-89.

(16) Les usages germaniques font apparaître deux mariages : un mariage « mineur » conclu à l'initiative des intéressés et un mariage de rang supérieur conclu entre les familles. Ce mariage comportait plusieurs étapes : l'engagement réciproque des futurs époux (auquel on donnera le nom de *desponsatio*) qui est symbolisé par la remise de dons par le « fiancé », quelque temps après la remise de la jeune fille (*traditio puellae*) qui intervient après un festin qui réunit les deux familles et enfin la consommation de l'union précédée d'une dernière cérémonie symbolique (*Beilager*). L'union charnelle semble donc nécessaire à la formation définitive du lien matrimonial. Pour de plus amples développements, cf. A. Lefebvre-Teillard, Introduction historique au droit des personnes et de la famille, PUF, 1996, p. 122. Autres lieux, autres temps, le beau roman de A. Kourouma, « En attendant le vote des bêtes sauvages », éd. du Seuil, p. 40, révèle qu'en Afrique, chez les « hommes nus », deux mariages sont pratiqués : le mariage-fiançailles et le mariage-rapt qui se consomme par le viol (symbolique). « Nadjouma surgit de la brousse, Tchao se débarrasse des flèches et du carquois et, comme un fauve, fonce sur l'aimée, la soulève, la hisse sur ses épaues. La fille se débat et injurie le garçon, lance le défi. Elle est vierge. Elle a donc son honneur à défendre et ne pas se laisser emporter comme une biche morte. Son amoureux la pose à terre et l'homme et la femme aussitôt engagent la lutte, une vraie lutte (...). Il ne suffit pas de terrasser Nadjouma, il faut la violer - quand la fille est vierge, le rapt-mariage se consomme par le viol. Le viol, généralement, se limite à une résistance symbolique de la fille ».

(17) René Le Picard, La communauté de vie conjugale, étude canonique, thèse, Paris, 1929, p. 18 et s.

(18) P. Malaurie, Droit civil, La famille, Cujas, éd. 92/93, n° 113, p. 48.

(19) Glose, in c. 11, C. XXXIII, p. 5.

(20) « Habitant dans la même maison, l'homme et la femme s'asseoiront à la même table... et ils coucheront dans le même lit. La communauté de lit existe d'une manière formelle, si, comme c'est l'usage en beaucoup de familles, mari et femme ayant lit et chambre distincts, la chambre cependant est contiguë et, pour chacun, l'accès à la chambre et au lit de l'autre, libre et aisé ». Gasparri, cap. VII, art. 1, § 2 (éditio 3, 1904, t. II, n° 1314). On est bien loin de cette position de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence selon laquelle : « La loi ne fait pas obligation aux époux de coucher dans la même chambre » (22 mai 1990, Juris-Data, n° 051370).

(21) L'astreinte pratiquée au Moyen Age par l'officialité de Paris imposait aux maris indolents de connaître charnellement leurs épouses deux fois par semaine. Ourliac, L'indissolubilité du mariage dans l'ancien droit, Petites affiches, 20 avr. 1984, p. 5.

(22) Le Picard, *op. cit.*, p. 273.

(23) « Car la femme n'a pas son propre corps en sa puissance, mais il est en celle du mari ; et le mari, tout de même, n'a pas en sa puissance son propre corps, mais il est en celle de la femme », Co 7,4.

(24) En ce sens, cf. G. Cornu, *op. cit.*, n° 25, p. 44 ; P. Malaurie, *op. cit.*, n° 804, p. 468.

(25) Le devoir conjugal pourrait également être rattaché au devoir de fidélité de l'article 212 du code civil. La fidélité, avant tout physique, sous-entendant nécessairement l'existence d'un devoir conjugal.

(26) R. Verdot, La cohabitation, D. 1964, Chron. p. 121.

(27) G. Cornu, *op. cit.*, n° 25, p. 44

(28) Pothier (Contrat de mariage, n° 380, 382), dont l'influence sur les rédacteurs du code civil n'est plus à démontrer.

(29) En ce sens cf. J. Carbonnier, Droit civil, t. 2, La famille, PUF, 16e éd., n° 61, p. 114.

(30) J. Carbonnier, Terre et ciel dans le droit du mariage, Mélanges Ripert, t. 1, p. 331.

(31) J. Carbonnier, Droit civil, t. 2, préc., n° 25, p. 61.

(32) S. Regourd, Sexualité et libertés publiques, Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1985, t. XXXIII, p. 51. Cf. également J. Pini, La liberté sexuelle est-elle un droit fondamental ?, *in* Le sexe et le droit, Colloque national des juristes catholiques, Actes à paraître.





(33) Sur l'affirmation, *a contrario*, d'une telle idée par la Commission, cf., à propos de requêtes individuelles concernant des réglementations de l'homosexualité, Cass. req., n° 7215/25, Aff. X..., Rapport, 12 oct. 1975.

(34) Cf. les décisions citées *in* A. Breton, Rép. civ. Dalloz, v° *Divorce*, n° 505 et s.

(35) J. Lassaussis, Le droit divertissant, « L'excès en tout est un défaut », Gaz. Pal. 1996, 2, Doctr. p. 892.

(36) Essentiellement des décisions des juges du fond puisque la recherche que nous avons menée (sur les mots-clés divorce pour faute/devoir conjugal) ne fait apparaître que deux décisions de la Cour de cassation.

(37) De même que celle sur l'annulation du mariage pour erreur ; sur cette discussion, cf. *infra*, n° 21.

- (38) Cass. crim., 19 mars 1910, Bull. crim., n° 153.
- (39) Cass. crim., 21 nov. 1839, S. 1839, 1, p. 317, concl. Dupin.
- (40) Cass. crim., 19 mars 1910, préc.
- (41) D. Mayer, Le nouvel éclairage donné au viol par la loi du 23 décembre 1980, D. 1981, Chron. p. 283.
- (42) JOAN CR, mars 1980, p. 327.
- (43) Cass. crim., 17 juill. 1984, Bull. crim., n° 260 ; 5 sept. 1990, D. 1991, Jur. p. 13, note H. Angevin .
- (44) Cass. crim., 11 juin 1992, D. 1993, Somm. p. 13, obs. G. Azibert , et Jur. p. 117, note M.-L. Rassat .
- (45) G. Cornu, Droit civil, La famille, préc., note 11, p. 44.
- (46) Cité par G. Vigarello, Histoire du viol, Seuil, p. 260.
- (47) Selon Mme Rassat, *op. cit., supra*, « le mariage » étant « *a priori* un consentement à avoir des rapports sexuels avec la personne que l'on épouse » celle-ci serait « fondée à considérer qu'on y a consenti ». Cette opinion n'est pas sans rappeler celle exprimée par un auteur anglais dans un ouvrage publié en 1736 : « L'époux ne peut être coupable d'un viol commis par lui-même sur sa femme légitime car, de par leur consentement et leur contrat de mariage, l'épouse s'est livrée à son époux et elle ne peut se rétracter », cité par Marguénaud, *op. cit.*, RTD civ. 1996, p. 513 .
- (48) Sur cette discussion, cf. *supra*, n° 8.
- (49) Marguénaud, *op. cit.*, p. 512.
- (50) En outre il peut y avoir une condamnation à des dommages-intérêts. Pour un rappel fort curieux de cette solution, cf. CA Nancy, 1er mars 1993, Juris-Data, n° 043046 : « Doit être condamné à verser des dommages-intérêts à sa femme le mari qui, considérant sa femme comme un objet sans intérêt et ayant refusé de consommer le mariage, commet une faute de nature à entraîner un préjudice pour sa femme qui, restée vierge, devra justifier de sa situation à l'égard d'un autre conjoint éventuel » !
- (51) Dans le schéma type (un quart des décisions), l'épouse demande le divorce pour adultère, violence, abandon de famille... et l'époux, au moyen d'une demande reconventionnelle, invoque le refus d'accomplissement du devoir conjugal. Triste réalité ...
- (52) « Le divorce doit être prononcé aux torts partagés dès lors que la femme a refusé fréquemment d'avoir des rapports intimes et que le mari, exprimant son aspiration à un minimum de vie personnelle au détriment d'une vie conjugale normale, a délaissé son épouse en s'absentant fréquemment, notamment pour pratiquer l'aéronautique, et a fini par abandonner le domicile conjugal », CA Nancy, 11 mars 1996, Juris-Data, n° 044058. Dans le même sens : « L'indifférence du mari et le refus d'intimité de la part de la femme établissent l'incompréhension régnant entre les époux et permettent de prononcer le divorce aux torts partagés », CA Colmar, 28 juin 1985, Juris-Data, n° 041041.
- (53) CA Montpellier, 14 déc. 1983, Juris-Data, n° 601548.
- (54) CA Nancy, 11 mars 1996, Juris-Data, n° 044058.
- (55) Virginité établie par un examen médical *in* CA Montpellier, 28 oct. 1992, Juris-Data, n°

034450.

(56) Cass. 2e civ., 19 janv. 1994, Juris-Data, n° 000032.

(57) CA Nancy, 8 juin 1998, Juris-Data, n° 044075.

(58) CA Aix-en-Provence, 22 mai 1990, Juris-Data, n° 051370. Sur cette discussion dans le mariage canonique, cf. *supra*, n° 8, note 20.

(59) Les décisions sur ce point sont assez nombreuses. Pour un rappel de cette solution, cf. CA Paris, 27 mai 1997, Juris-Data, n° 021565.

(60) CA Aix-en-Provence, 24 mai 1989, Juris-Data, n° 044008.

(61) CA Metz, 27 oct. 1983, Juris-Data, n° 043752 ; CA Orléans, 18 nov. 1987, Juris-Data, n° 047646 ; CA Colmar, 14 mars 1990, Juris-Data, n° 046276 ; CA Metz, 29 janv. 1991, Juris-Data, n° 041350 ; CA Paris, 29 mars 1993, Juris-Data, n° 021326 ; CA Bordeaux, 25 janv. 1993, Juris-Data, n° 040172.

(62) L'inconduite peut résulter de la fréquentation de prostitués (CA Metz, 3 nov. 1983, Juris-Data, n° 043334), d'une attirance pour les pratiques échangistes (CA Colmar, 13 déc. 1981, Juris-Data, n° 026053) ou pour des exigences contre nature (CA Colmar, 14 mars 1990, Juris-Data, n° 046276).

(63) Ceci concernant aussi bien l'âge de la femme (CA Metz, 27 oct. 1983, Juris-Data, n° 043752, 67 ans) que celui de l'homme (CA Pau, 31 janv. 1989, Juris-Data, n° 040653, 84 ans).

(64) CA Paris, 10 juill. 1985, Juris-Data, n° 024584.

(65) Encore faut-il que ce motif soit réel et sérieux (ce qui n'était pas le cas dans l'affaire jugée par la Cour d'appel de Montpellier le 15 déc. 1981, Juris-Data, n° 601332) et que l'époux qui invoque cette justification ait entrepris des soins qui permettraient le rapprochement. A défaut le refus n'est plus légitime. En ce sens, cf. CA Paris, 7 juill. 1986, Juris-Data, n° 025089 ; CA Aix-en-Provence, 26 avr. 1991, Juris-Data, n° 050024, « Quelle que soit l'origine de l'affection dont souffre le mari, constitue une cause de divorce le fait pour lui d'avoir négligé de se faire soigner pour des troubles neuropsychologiques rendant impossible la consommation du mariage ».

(66) CA Montpellier, 10 mars 1984, Juris-Data, n° 697531, « Il résulte d'un certificat médical que l'état physique de la femme ... rendait difficiles et souvent impossibles les rapports sexuels. De cette constatation, le fait de non-consommation reproché à l'épouse par le mari et reconnu par elle ne peut être considéré comme une faute ». Dans le même sens, cf. CA Aix-en-Provence, 24 mai 1989, Juris-Data, n° 044008.

(67) Etat dépressif de l'épouse, CA Aix-en-Provence, 3 mars 1988, Juris-Data, n° 04224.

(68) *A contrario* CA Paris, 10 déc. 1990, Juris-Data, n° 025330.

(69) Le refus provisoire peut donc être justifié par le fait que la femme exige que son mari utilise des contraceptifs, CA Poitiers, 22 oct. 1986, Juris-Data, n° 044605.

(70) CA Montpellier, 28 oct. 1992, Juris-Data, n° 034450 ; dans le même sens cf. CA Amiens, 28 févr. 1996, Juris-Data, n° 602016 : « Il est de jurisprudence constante que le devoir de cohabitation implique l'obligation de consommer le mariage, chacun des époux étant tenu envers l'autre à accomplir le devoir conjugal ».

(71) Les décisions, toujours depuis 1980, sont ici peu nombreuses (onze) et souvent difficiles à exploiter. Pour un exemple clair, cf. cependant CA Montpellier, 13 mars 1984, Juris-Data, n° 10

699433.

(72) CA Paris, 26 mars 1982, Juris-Data, n° 600934.

(73) TGI Dieppe, 25 juin 1970, JCP 1970, II, n° 16545 *bis*, qui fonde sa solution sur le devoir de secours.

(74) CA Paris, 24 avr. 1980, Juris-Data, n° 000277.

(75) CA Paris, 6 janv. 1988, Juris-Data, n° 020195.

(76) J.-P. Schouppe, *Le droit canonique*, éd. Story-Scientia, n° 142, p. 129.

(77) Aristote, *Ethique à Nicomaque*, V, 7, 1132, a 19.