



HAL
open science

La réconciliation des époux devant la justice au XIXe siècle Reconciliation of the spouses in the doctrine and jurisprudence of the nineteenth century

Bénédicte Decourt Hollender

► **To cite this version:**

Bénédicte Decourt Hollender. La réconciliation des époux devant la justice au XIXe siècle Reconciliation of the spouses in the doctrine and jurisprudence of the nineteenth century. *Revue de droit canonique*, 2016, *Revue de droit canonique*, 66, p.129-180. hal-04491997

HAL Id: hal-04491997

<https://hal.science/hal-04491997>

Submitted on 6 Mar 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA RÉCONCILIATION DES ÉPOUX DEVANT LA JUSTICE AU 19^E SIÈCLE

PASSER DEVANT UN JUGE pour régler un conflit de couple est aujourd'hui une pratique devenue courante, un mariage sur deux se terminant par un divorce. Si les tendances observées ces dernières années se confirment¹, et résultent sans doute de nouvelles habitudes de vie, elles accompagnent aussi différentes lois et réformes, comme l'apparition du pacte civil de solidarité², ou la facilitation du divorce par consentement mutuel³. Mais la banalisation et la

1. Selon les données chiffrées de l'INSEE, les divorces ont augmenté de 12% ces dix dernières années, avec notamment un pic conjoncturel en 2005 de 155 000 divorces, consécutif à la réforme du 26 mai 2004 facilitant la procédure de divorce par consentement mutuel, qui prend désormais moins de temps. Par ailleurs, on observe une redistribution des types de divorces prononcés sur la même période: d'une part, une forte progression du divorce par contentement mutuel, qui atteint 54% en 2010, et, d'autre part, au sein des divorces contentieux, une augmentation du divorce accepté (dont la part passe de 13% à 24%), et une forte diminution du divorce pour faute (37% des divorces en 2004, contre 10% en 2010); sources du ministère de la Justice 2012, Évolution statistique des mariages et des divorces, consultable en ligne sur www.justice.gouv.fr.

2. Le nombre de pactes civils de solidarité (PACS), introduits par la loi de novembre 1999, est passé entre 2001 et 2010, de 19 629 à 205 596, contribuant ainsi à augmenter, sur la même période, les unions entre personnes de sexe opposé, mariage et PACS confondus.

3. Sur la réforme du divorce par consentement mutuel en 2004, voir Virginie LARRIBAU-TERNEYRE et Jean-Jacques LEMOULAND, *La réforme du divorce: entre rupture et continuité*, Paris, Litec, 2005; Alain BENABENT, *La réforme du divorce, article par article*, Paris, Defrénois, 2005; Anne LEBORGNE (dir.), *La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004 pacification et simplification*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

fréquence du recours à la justice dans nos sociétés actuelles, ne sauraient faire pour autant du conflit et de la séparation des couples un phénomène récent. La législation et la jurisprudence dans ce domaine ont une longue histoire, car conflits et ruptures ont sans doute toujours accompagné la conjugalité⁴. Dans ce contexte, il peut sembler étonnant, voire anachronique, de s'intéresser à la question de la réconciliation des époux.

La réconciliation, prévue par l'article 244 du Code civil, constitue une fin de non-recevoir dans le divorce pour faute qui met un terme à la procédure, la demande en divorce devenant irrecevable⁵. En effet, lorsqu'un époux demande le divorce, il peut arriver que son action soit rejetée si certains événements, dits fins de non-recevoir, se sont produits. Ces événements constituent autant d'obstacles à l'action en divorce, mais cette question autrefois très importante est désormais plus limitée⁶. Cette notion de fin de non-recevoir est aujourd'hui définie par l'article 122 du Code de procédure civile, ainsi formulé :

«Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut du droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le

4. Sur l'histoire des couples en justice voir notamment les actes du colloque *Couples en justice-IV^e-XIX^e siècle*, Claude GAUVARD et Alessandro STELLA (dir.), Paris, Publication de la Sorbonne, 2013.

5. Le nouvel article 244 modifié par la loi du 26 mai 2004 prévoit : *«La réconciliation des époux intervenue depuis les faits allégués empêche de les invoquer comme cause de divorce. Le juge déclare alors la demande irrecevable. Une nouvelle demande peut cependant être formée en raison de faits survenus ou découverts depuis la réconciliation, les faits anciens pouvant alors être rappelés à l'appui de cette nouvelle demande»*.

6. Les autres fins de non-recevoir sont variables selon la cause de divorce invoquée. Une première fin de non-recevoir cependant est applicable à tous les cas de divorce : il s'agit du décès de l'un des époux avant que la décision de divorce ne soit devenue définitive. Le décès rompant le mariage, le divorce n'a plus de raison d'être. Dans le cadre du divorce par consentement mutuel, ce peut être l'absence de consentement. Dans le cadre du divorce pour altération définitive du lien conjugal, il existe plusieurs fins de non-recevoir, comme la computation de la durée de deux ans. Cela étant, la réforme de 2004 a emporté la fin de l'utilité de ces fins de non-recevoir. Dans le cadre du divorce pour faute, hormis la réconciliation, les fins de non-recevoir sont : les excuses, la provocation, l'irresponsabilité, la prescription trentenaire, la réciprocité des torts ; voir Alain BENABENT, *Droit de la famille*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2012², p. 198 et p. 206-210.

*délai préfix, la chose jugée*⁷.

De cet article, il faut retenir que la fin de non-recevoir entraîne le rejet de l'action, sans examen au fond, c'est-à-dire que la demande en justice sera rejetée sans examen de son bien-fondé, pour cause de défaut du droit d'agir. Autrement dit, la partie qui oppose une fin de non-recevoir à son adversaire conteste le droit d'action de celui-ci⁸.

Inconnue du droit romain et de ses premiers commentateurs⁹, la catégorie des fins de non-recevoir est une création des auteurs de notre ancien droit, qui se sont appliqués à ordonner et à clarifier les principes qui régissaient «*plus ou moins consciemment la pratique procédurale*»¹⁰. Déjà mentionnée dans l'ordonnance de 1667¹¹, elle est soigneusement décrite dans les ouvrages classiques du 18^e siècle¹², mais elle y est déjà

7. En procédure civile, les fins de non-recevoir sont des moyens de défense invoqués par une partie, qui tendent au rejet des prétentions de son adversaire. Le Code de procédure civile retient une classification ternaire des moyens de défense, et distingue les moyens de défense au fond, les exceptions de procédure et les fins de non-recevoir; voir Yves Strickler, *Procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2013⁴, p. 134.

8. Cf. Gérard COUCHEZ et Xavier LAGARDE, *Procédure civile*, Paris, Sirey, 17^e éd. 2014, p. 185.

9. La notion de fin de non-recevoir serait cependant le produit de la «*décomposition rationnelle*» du concept romain d'«*exception*»; voir Jean-Pierre BEGUET, «*Étude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé*», dans *Revue trimestrielle de droit civil*, 1947, t. XLV, p. 136. En effet, le droit romain connaît la notion d'*exceptio*, ainsi, «*quand le défendeur, tout en reconnaissant le bien-fondé de l'action, met cependant en avant quelque fait particulier de nature à paralyser indirectement la demande, il est de toute équité de prendre en considération cette exception. Dans la procédure formulaire, quand l'exception est prouvée, à l'instant même et sans aller plus loin, le prêteur refuse de donner l'action*»; voir Ferdinand WALTER, *Histoire de la procédure civile chez les Romains*, Paris, Durand Joubert Brockhaus et Avenarius, 1841, p. 41-42. Les exceptions romaines sont de deux sortes, péremptoires ou dilatoires, selon que le fait allégué par le défendeur a pour but d'anéantir ou seulement de différer l'action. Sur cette question, voir notamment; voir Paul-Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, A. Rousseau, 1911, p. 1023-1028; Frederich Ludwig VON KELLER, *De la procédure civile et des actions chez les Romains*, Paris, E. Thorin, 1870, p. 143-159.

10. Jean-Pierre BEGUET, «*Étude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé*», *op. cit.*, p. 136.

11. Titre V, article 5; voir Marc-Antoine RODIER, *Questions sur l'ordonnance de Louis XIV du mois d'avril 1667*, Toulouse, Duplex Laporte et compagnie, 1777, p. 59 et suivantes.

12. Cf. Robert-Joseph POTHIER, *Œuvres complètes, Traité de procédure civile*, t. 24, Paris, Thomine et Fortic, 1821, n°35 et suivants; Éustache-

marquée par une certaine imprécision terminologique¹³. Cette imprécision, consacrée par la pratique, se rencontre aussi dans la jurisprudence de la période intermédiaire, et se retrouve même chez Merlin, qui définit la fin de non-recevoir comme «*toute exception par laquelle on soutient que la partie adverse n'est pas reçue à intenter une action ou une demande*»¹⁴. C'est à la doctrine d'abord, puis à la jurisprudence du 19^e siècle, que l'on doit la reconnaissance de cette notion de fin de non-recevoir, définie comme une catégorie intermédiaire entre l'exception et la défense au fond¹⁵. En effet, il est classique de souligner la nature mixte de la fin de non-recevoir: comme la défense au fond, elle tend au rejet définitif de la demande, dans la plupart des cas; comme pour l'exception de procédure, le juge n'a pas à se livrer à un examen du fond de l'affaire¹⁶.

Nicolas PIGEAU, *La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du Royaume*, Paris, Veuve Desaint, 1727², p. 150.

13. Le terme de fin de non-recevoir est alors employé dans un sens restreint, comme synonyme de celui de «*fin de non-valoir*», et dans un sens général, selon que l'on désigne l'exception tirée du défaut d'intérêt ou de qualité, «*parce qu'elle a pour fin d'empêcher que l'on ne reçoive le demandeur à discuter du bien-fondé de sa demande*», ou encore comme toute exception péremptoire au fond; voir Jean-Pierre BEGUET, «*Étude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé*», *op. cit.*, p.136.

14. Philippe-Antoine MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, Garnery, 1821-1825, vol. 5, «*Fins de non-recevoir*», p. 252. Pour cet auteur, les fins de non-recevoir proviennent «*de la forme, du défaut de qualité et du laps de temps*».

15. Dans les décisions de justice étudiées, les juges emploient indifféremment l'expression «*exception de réconciliation*», ou celle de «*fin de non-recevoir*» pour qualifier cette même réconciliation.

16. Voir Louis-Léonard-Frédéric LEMERLE, *Traité des fins de non-recevoir*, Nantes, 1819, p. 2-3; Ernest GLASSON et Albert TISSIER, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, Paris, Sirey, 1925, t. 1, n°227. Le régime procédural applicable aux fins de non-recevoir est à l'image de la complexité de la notion. Le décret-loi de 1935 avait opté pour un régime identique à celui des exceptions, mais cette transposition n'est pas toujours possible, car il existe des fins de non-recevoir tirées du fond du droit, et qui, par conséquent, ne peuvent pas être invoquées au début du procès, comme c'est le cas notamment pour la réconciliation des époux en cours d'instance en divorce. C'est pourquoi, la réforme de 1972 sur la procédure civile tire les conséquences du caractère mixte de cette notion, puisque l'article 123 dispose que «*les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause*»; voir Yves STRICKLER, «*Procédure civile*», *op. cit.*, p. 134. Des incertitudes règnent encore en doctrine et en jurisprudence autour de cette notion; sur ce point, voir notamment la thèse de Guy BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Nice, LGDJ, 2002.

La réconciliation, fin de non-recevoir à l'action en divorce, est réglemantée dans le système du Code civil de 1804 par les articles 272 à 274¹⁷, dispositions qui s'appliquent aussi à la séparation de corps¹⁸. Par la suite, la loi du 18 avril 1886¹⁹ remplace ces dispositions par un article unique (244), qui se divise en trois alinéas: les deux premiers reproduisent les articles 272 et 273; le troisième range la mort des époux au nombre des fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à la demande en divorce. Mais si le Code parle de la réconciliation, il ne la définit pas, et aucune condition spécifique n'est d'ailleurs exigée par la loi. Par conséquent, c'est une question de fait qu'il appartient aux juges d'apprécier souverainement, comme le rappelle systématiquement en la matière la Cour de cassation²⁰.

Les travaux scientifiques menés jusqu'à présent sur les couples devant la justice se sont plutôt intéressés à la rupture du lien conjugal, dans sa dimension à la fois historique et juridique, croisant ainsi des aspects historiographiques divers sur le mariage, le divorce, la famille, les femmes, la sexualité²¹... À l'inverse de

17. L'article 272 dispose: «L'action en divorce sera éteinte par la réconciliation des époux survenue soit depuis les faits qui auraient pu autoriser cette action, soit depuis la demande en divorce»; l'article 273 prévoit: «dans l'un et l'autre cas, le demandeur sera déclaré non recevable dans son action; il pourra néanmoins en intenter une nouvelle pour cause survenue depuis la réconciliation, et alors faire usage des anciennes causes pour appuyer la nouvelle demande»; enfin l'article 274 s'occupe de la preuve: «si le demandeur en divorce nie qu'il y ait réconciliation, le défendeur en fera la preuve, soit par écrit, soit par témoins».

18. «L'exception de réconciliation est admissible en matière de séparation de corps comme en matière de divorce»; CA de Trèves, 8 janvier 1808, dans *Journal du Palais*, t. 6, p. 431; Charles TOULLIER, *Le droit civil suivant l'ordre du code*, Paris, J. Renouard, 1835, t. 2, n°761; Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, Thorel et Guibert, 1844, t. 2, n°565 et s.; Henri MASSOL, *De la séparation de corps et de ses effets*, Paris, Joubert, 1841, p. 66, n°1.

19. La loi du 18 avril 1886 «sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps» soumet dorénavant les actions en divorce aux formes de la procédure ordinaire.

20. «Il appartient aux tribunaux d'apprécier les circonstances de nature à établir la réconciliation des époux»: C. Cass., 25 mai 1808, S.1808-1-412; C. Cass., 7 août 1823, dans *Journal du Palais*, t. 18, p.102-103; C. Cass., 15 juin 1836, S. 1837-1-89; C. Cass., 12 novembre 1862, S. 1863-1-214. Voir aussi CA de Besançon, 1^{er} février 1806, S. 1806-2-401; CA de Paris, 16 avril 1807, S. 1807-2-661; CA de Paris, 21 novembre 1841, S. 1841-2-68.

21. La bibliographie étant abondante, nous renvoyons aux ouvrages et articles suivants: François OLIVIER-MARTIN, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire 1789-1804*, Paris, A. Rousseau, 1901; Gérard

cette tendance, cette étude se propose d'envisager la réconciliation des couples en instance de divorce ou de séparation de corps²². Les données qui font la substance de ce travail découlent de la jurisprudence publiée, c'est-à-dire des décisions de justice suffisamment pertinentes pour faire l'objet d'une publication. Sans être exhaustifs, ces recueils de jurisprudence permettent cependant de comprendre la façon dont les juges du temps appréhendent la question des rapports entre époux. En outre, précisément parce qu'elle est publiée, cette jurisprudence va servir de référence aux juristes, dont les réflexions et les commentaires constituent pour notre étude un matériau très riche.

L'historiographie du 19^e siècle véhicule nombre de stéréotypes, dont certains des plus tenaces concernent la

THIBAUT-LAURENT, *La première introduction du divorce en France sous la Révolution et l'Empire (1792-1816)*, Clermont-Ferrand, Imprimerie Moderne, 1938; Jean CARBONNIER, «La notion de cause de divorce», dans *Revue Trimestrielle de droit civil*, t. XXXVI, 1937, p. 281-313; Gabriel LE BRAS, *Divorce et séparation de corps dans le monde contemporain*, Paris, Sirey, 1952; Bernard SCHNAPPER, «La séparation de corps de 1837 à 1914. Essai de sociologie juridique», dans *Revue Historique*, t. 259, 1978, p. 453-466; Jean GAUDEMET, «Traditions canoniques et philosophie des Lumières dans la législation révolutionnaire: mariage et divorce dans les projets de Code civil», dans *La Révolution et l'ordre juridique privé: rationalité ou scandale*, Paris, PUF, 1988, p. 301-307; Jacques BOUINEAU, «Le divorce sous la Révolution, exemple du 'langage antiquisant' des hommes de 89», *op. cit.*, p. 307-315; Dominique DESSERTINE, «Le divorce sous la Révolution: audace ou nécessité?», dans *La famille, la loi, l'État de la Révolution au Code civil*, Paris, Imprimerie nationale, 1989, p. 313-321; Jacques MULLIEZ, «Droit et morale conjugale: essai sur l'histoire des relations personnelles entre époux», dans *Revue Historique*, 278/1, 1987, p. 35-106; Francis RONSIN, *Le contrat sentimental. Débats sur le mariage, l'amour, le divorce, de l'Ancien Régime à la Restauration*, Paris, Aubier, 1990; Id., *Les Divorciés. Affrontements politiques et conceptions du mariage dans la France du XIX^e siècle*, Paris, Aubier, 1992; Régine BEAUTHIER, *La paix des familles, le secret intérieur des ménages et les regards de la justice. Causes de divorce et relations personnelles entre époux en Belgique et en France au XIX^e siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2008; Id., *La répression de l'adultère en France du XVI^e au XVII^e siècle*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1990; Anne DEVILLE et Olivier PAYE (dir.), *Les femmes et le droit. Constructions idéologiques et pratiques sociales*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St Louis, 1999; Marie-Christine GUIOL, «Les devoirs entre époux à travers l'étude de la doctrine et de la jurisprudence du XIX^e siècle», dans *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 2013, n°1, janvier-mars, p. 101-125.

22. La réconciliation peut aussi s'opérer après un jugement en divorce ou en séparation de corps, mais dans cette hypothèse, il ne s'agit pas d'une fin de non-recevoir. Par ailleurs, des mesures de publicité sont prévues à l'encontre des tiers.

famille. En effet, le Code civil de 1804, après les «*convulsions*» révolutionnaires²³, doit ramener, au dire de Locré, «*l'ordre dans les familles*», et le faire régner dans la «*grande famille de l'État*»²⁴. En écho, Demolombe considère, un demi-siècle plus tard, que le «*bon ordre des familles est la plus sûre garantie du bon ordre de la société*»²⁵. Cette opinion, largement partagée, explique le maintien jusqu'aux années 1880, de la très grande majorité des règles du droit familial édictées en 1804: les gouvernements successifs de la France sont sans doute «*peu désireux de troubler la paix des familles par des réformes d'envergure*»²⁶. Dès lors, au-delà de la diversité des régimes et des péripéties politiques du siècle, il s'agit d'une entreprise persévérante de remise en ordre de la société en général, et donc nécessairement de l'institution qui la fonde: le mariage. À la base de la famille, celui-ci est considéré comme «*un acte naturels*»²⁷, il est même «*le premier et le plus grand acte de la nature*»²⁸. Il est aussi et surtout perçu comme un gage de stabilité sociale, une institution qui «*ne dérive point de la nature, mais de la société et des mœurs*»²⁹. De fait, ce dernier, placé sous le double contrôle de la famille et

23. Sur les réformes «*libérales*» de la Révolution, voir Marcel GARAUD, ROMUALD SRAMKIEWICZ, *La Révolution française et la famille*, Paris, PUF, 1978; Romuald SRAMKIEWICZ, *Histoire du droit français de la famille*, Paris, PUF, 1995, p. 71-90.

24. Jean-Guillaume LOCRÉ, *L'esprit du Code Napoléon*, Paris, Imprimerie impériale, 1805, t.1, p. XI.

25. Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, Paris, Durand, Hachette, 1874, vol. 3, p. 2.

26. Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 2^e éd. 2012, p. 77: «*Sous la Restauration, les ultraroyalistes doivent se contenter de la suppression du divorce en 1816. Cette unique concession, loin de constituer l'amorce d'une rupture avec le droit napoléonien, a plutôt pour effet de conforter l'ordre familial issu du Code civil*». Par la suite, ni la révolution de 1830, ni celle de 1848 n'apportent de changement dans ce domaine. C'est toujours la famille du Code civil qui est considérée comme une des «*bases*» de l'ordre social et politique.

27. Jean-Étienne-Marie PORTALIS, «*Discours préliminaire sur le projet de Code civil*», dans *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, 1884, p. 22.

28. *Ibid.*, p.21. Sur Portalis et sa critique du droit révolutionnaire voir Éric GASPARI, «*Regards de Portalis sur le droit révolutionnaire: la quête du juste milieu*», dans *Annales historiques de la Révolution française*, 2002, vol. 328, n°328, p. 121-133.

29. Napoléon Bonaparte cité par Antoine-Clair THIBEAUDEAU, *Mémoires sur le Consulat, 1799-1804, par un ancien conseiller d'État*, Paris, Ponthieu, 1827, p.439.

de l'État, obéit à des formes destinées à assurer la stabilité de l'union³⁰, et puisque le mariage est dans l'esprit de Napoléon «*un contrat essentiellement perpétuel*», le divorce n'est donc plus reconnu comme un effet de la liberté individuelle³¹, mais comme un remède extrême, un mal nécessaire que le législateur admet sous certaines conditions³². À cette famille légitime, la seule qui soit reconnue par les rédacteurs du Code civil, il faut un «*gouvernement*» dont le mari est le «*chef*». Cette prééminence maritale est d'abord fondée sur une inégalité des sexes parfaitement assumée, puisque «*la force et l'audace sont du côté de l'homme, la timidité et la pudeur du côté de la femme*»³³. La femme mariée est frappée d'une incapacité générale, présentée comme une conséquence légale de la puissance maritale³⁴.

30. Des formes proches de celles arrêtées en 1792, à savoir: intervention de l'officier public pour «*sanctionner le contrat au nom de la société*»; mise en place d'une majorité matrimoniale avec la nécessité de l'autorisation parentale jusqu'à 25 ans pour les garçons et 21 ans pour les filles, complétée par des demandes obligatoires de conseil aux ascendants sous la forme des «*actes respectueux*»; Jean-Louis HALPERIN, «Histoire du droit privé français depuis 1804», *op. cit.*, p.19.

31. C'est effectivement l'objectif assigné à la législation révolutionnaire sur le divorce. En effet, avec la Révolution, des conceptions toutes différentes l'emportent: le mariage n'est plus qu'un contrat purement civil, et l'indissolubilité du lien conjugal est condamnée par le primat de la liberté individuelle. Le divorce apparaît comme un moyen normal de remédier à une union mal assortie, ou même politiquement indésirable. C'est ainsi que dans la loi du 20 septembre 1792, le mariage peut être dissous soit par consentement mutuel, soit à la requête de l'un des époux pour incompatibilité d'humeur ou de caractère, soit pour «*motifs déterminés*». Parmi ces causes, figurent: les crimes sévices ou injures graves, la démence, la folie ou la fureur de l'un des époux, la condamnation de l'un d'eux à des peines afflictives ou infamantes, le dérèglement de mœurs notoires, l'abandon de la femme par le mari ou du mari par la femme pendant deux ans au moins, l'absence de l'un d'eux, sans nouvelles, au moins pendant cinq ans, l'émigration.

32. La rupture de ce contrat «*essentiellement perpétuel*» est rendue difficile par l'énumération restrictive des causes du divorce pour faute, dorénavant au nombre de trois: l'adultère (simple dans le cas de la femme, mais conditionné à l'entretien d'une concubine dans la maison pour le mari); les excès, sévices ou injures graves, et la condamnation de l'un des époux à une peine infamante. Quant au divorce par consentement mutuel, il est soumis à une longue série d'épreuves, sortes de garde-fous destinés à en rendre l'usage rarissime.

33. Jean-Étienne-Marie PORTALIS, «Discours préliminaire sur le projet de Code civil», *op. cit.*, p. 22.

34. En effet, pour les rédacteurs du Code civil, «*dans le mariage (...) la femme a besoin de protection car elle est faible. La prééminence de l'homme*

L'autorité du mari se prolonge ensuite à travers la puissance du père qui exerce une véritable «*magistrature*» sur ses enfants³⁵. Nombre de publications mettent ainsi en avant les contraintes de cette société patriarcale voulue par les rédacteurs du Code civil, et dont les juges sont les principaux artisans. Dans ces conditions, il est souvent rappelé que ces magistrats sont avant tout des hommes et des bourgeois de leur temps façonnés par ce Code civil, et bien peu enclins à écouter les plaintes des femmes. L'analyse des décisions jurisprudentielles, et du raisonnement de certains de ces juges pour apprécier l'existence d'une réconciliation entre époux, conduit cependant à nuancer ce propos. La préférence pour le mariage qui doit en principe guider chacune de leurs décisions, devrait les amener à apprécier très facilement l'existence des éléments de la réconciliation. Or, il n'en est rien : c'est au contraire de la réunion d'une série de facteurs que le juge va établir la réconciliation. De fait, les tribunaux ont élaboré une construction jurisprudentielle originale, qui exige le concours de deux éléments sans lesquels il ne peut y avoir réconciliation. Celle-ci doit d'abord se fonder sur un élément intentionnel, c'est-à-dire témoigner à la fois «*du pardon et de l'oubli du passé*» (I). Mais cette dimension affective ne suffit pas pour permettre aux juges d'admettre ou d'écarter l'existence d'une réconciliation. En effet, une fois le pardon accordé, encore faut-il qu'un élément matériel vienne corroborer les promesses de l'un et de l'autre (II). Finalement, il s'agit d'expliquer comment les juges, qui ont la lourde tâche de faire ou de défaire un couple, s'y prennent-ils ? Par la compréhension ou l'indulgence, ou par la défense d'une

est impliquée par la constitution même de son être (...) l'obéissance de la femme est un hommage rendu au pouvoir qui la protège. Mais au-delà de l'obéissance, la femme est frappée d'incapacité, et ce quel que soit le régime matrimonial choisi par les époux. Devant la loi, elle est donc une mineure, et les conséquences de cette subordination s'étendent à la vie quotidienne comme aux rapports pécuniaires. Ainsi, le mari administre seul les biens de la communauté (article 1421); voir Romuald SRAMKIEWICZ, «*Histoire du droit français de la famille*», *op. cit.*, p. 97; Anne LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996, p. 196-197. En 1835, Balzac écrit : «*Le Code a mis la femme en tutelle, il l'a considérée comme un mineur, comme un enfant*»; Honoré DE BALZAC, *Le contrat de mariage, La Comédie humaine*, Paris, 1976-1981, La Pléiade, t. 3, p. 91.

35. Les rédacteurs du Code les veulent «*soumis et respectueux*» (article 371 du Code civil).

moralité et d'un ordre social? Autant d'éléments qui dévoilent, comme nous le verrons, une certaine conception du mariage, du couple et de ses fluctuations.

I. ÉLÉMENT INTENTIONNEL

L'article 272 du Code civil de 1804, tel qu'il est rédigé, s'en tient à poser que l'action en divorce s'éteint par la réconciliation des époux, et l'alinéa 1er de l'article 244 qui le remplace après la loi du 18 avril 1886, reproduit presque textuellement cette disposition³⁶. De fait, ces deux articles se contentent d'évoquer l'effet principal de cette fin de non-recevoir, en l'occurrence faire obstacle à l'action en divorce, et mettre fin au litige. Mais le Code ne définit pas les éléments constitutifs de la réconciliation; partant de là, la doctrine a tenté d'apporter les précisions nécessaires, en expliquant que la réconciliation résulte d'abord du pardon de l'époux offensé et de l'acceptation de ce pardon par l'époux offensé, opinion confirmée systématiquement par la jurisprudence. De fait, auteurs et tribunaux considèrent que la réconciliation résulte plutôt de l'accord de volontés des époux que de la manière de vivre. Il reste que le silence du Code a laissé libre cours aux tribunaux qui s'efforcent de résoudre les difficultés relatives à l'appréciation du pardon (A) comme à la détermination de la preuve de cette réconciliation (B).

A. LE PARDON

Le principe, tel que vont le dégager la jurisprudence et la doctrine, est que la réconciliation implique l'idée de pardon. Elle suppose que l'époux offensé a pardonné à son conjoint les torts dont celui-ci a pu se rendre coupable³⁷: *«lorsque ce pardon a été octroyé, l'offense disparaît»*³⁸. C'est en application

36. Loi du 18 avril 1886 sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps.

37. Cf. Auguste LIMOUSIN, *Des causes de divorce et des fins de non-recevoir qui peuvent être opposées à la demande d'après les lois des 27 juillet 1884 et 18 avril 1886*, Angoulême, Imprimerie charentaise G. Chasseignac, 1889, p. 115. *«Les faits qui donnent lieu au divorce ou à la séparation de corps constituent une injure que le pardon fait disparaître»*; voir François LAURENT, *Principes de droit civil français*, Paris, A. Marescq Bruylant-Christophe 1869, t. 3, p. 248.

38. Fernand LABORI, *Répertoire encyclopédique du droit français*, Paris, dans *Gazette du Palais*, 1890, t. 4, p. 713. Dans le même sens, Onésime

de ce principe que la Cour d'appel de Lyon a jugé que «*la réconciliation entre époux qui a pour effet d'éteindre l'action en divorce ne peut s'induire que du pardon manifeste accordé par l'époux outragé*»³⁹. Dès lors, l'époux qui pardonne renonce à se prévaloir de l'offense et du droit qu'elle lui confère: l'action en divorce ou en séparation de corps tombe, et l'injure est effacée⁴⁰. La doctrine souligne ainsi que cette réconciliation a non seulement pour effet de couvrir et d'amnistier le passé, mais encore de rendre irrecevable devant les tribunaux l'action du conjoint offensé, si ce dernier persiste à poursuivre l'instance. Ce dernier doit être déclaré déchu de son action qui, selon l'expression du Code, «*s'éteint*» par la réconciliation⁴¹.

Mais les tribunaux exigent quelque chose de plus: pour qu'il y ait réconciliation au sens légal du mot, il faut qu'il y ait non seulement renonciation de la part de l'époux offensé, mais aussi que le pardon ait été accepté par l'autre époux, et suivi d'effet. La réconciliation simplement offerte ne serait qu'une tentative de réconciliation⁴². De fait, la Cour de cassation considère que:

«La réconciliation est un véritable contrat, il renferme le consentement réciproque des deux époux à oublier le passé (...) or si les contrats ordinaires sont parfaits par le seul consentement des parties, à plus forte raison doit-il

Masselin, *Dictionnaire juridique*, Paris, 1888, p. 685; Robert FREMONT, *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps*, Paris, A. Chevalier-Marescq, 1884, p. 174; Henri MASSOL, «De la séparation de corps et de ses effets», *op. cit.*, p. 67.

39. CA de Lyon, 24 décembre 1891, S. 1892-2-288. La jurisprudence est constante sur ce point; CA de Caen, 25 juillet 1882 et 14 mars 1883, S. 1885-1-49; Tribunal civil d'Orange, 15 mai 1893, dans *Gazette du Palais*, 1893-2-64; C. Cass., 17 juillet 1906, D. 1907-1-100; C. Cass., 23 octobre 1911, S. 1912-1-16. De même, dès que les juges ont constaté que la réconciliation a eu lieu, ils ne peuvent la repousser comme fin de non-recevoir sous prétexte que la réconciliation doit avoir une certaine durée; voir François LAURENT, *Principes de droit civil français*, *op. cit.*, p. 248; Onésime MASSELIN, *Dictionnaire juridique*, *op. cit.*, p. 691; C. Cass., 8 décembre 1832, S. 1833-1-528.

40. «*Toute action fondée sur une injure s'éteint par la réconciliation*»; voir Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de droit civil*, Paris, 1881, Plon, t. 1, p. 505.

41. Dès lors, l'exception de réconciliation ne constitue une fin de non-recevoir contre l'action en divorce que si elle couvre tous les faits qui servent de base à la demande; voir CA de Bruxelles, 14 décembre 1892, D. 1894-2-125.

42. CA de Grenoble, 15 février 1886, dans *Gazette du Palais*, 1886-1-475.

en être de même de la réconciliation, contrat on ne peut plus favorable puisqu'il intéresse tout à la fois la société, les époux, les enfants»⁴³.

C'est ainsi que les juges ont écarté «l'exception de réconciliation» dans une affaire où la femme, «ayant accordé le pardon à son mari, celui-ci s'en est aussitôt rendu indigne en exerçant sur elle de nouvelles violences qui l'ont contrainte, par souci de sécurité, à se réfugier chez ses parents»⁴⁴.

Il ne peut y avoir «de réconciliation effaçant les torts passés s'il n'y a eu de la part de l'époux outragé la volonté de pardonner et de la part de l'époux coupable un repentir manifeste»⁴⁵.

En pratique, il faut d'une part un pardon manifeste du demandeur et, d'autre part, la cessation envers lui des torts et griefs sur lesquels se base la demande en divorce ou en séparation de corps, bref, «un engagement» que doit prendre ici le défendeur⁴⁶. Dès lors, «la réconciliation entre époux n'est pas un acte unilatéral mais un véritable pacte, un acte bilatéral ayant pour cause le pardon du conjoint»⁴⁷.

Pendant les auteurs restent partagés sur cette question. Pour certains, en accord avec la jurisprudence citée, «la réconciliation réside dans l'accord de volontés des époux basé sur le pardon accordé au conjoint qui a des torts envers l'autre». Elle n'est donc pas «un acte unilatéral de volonté»⁴⁸; de fait, «si le pardon en est le fondement, il ne la réalise pas à lui seul»⁴⁹. Cet avis est partagé par Laurent, qui considère que «le pardon implique un concours de volonté, et si l'époux coupable ne tient pas ses engagements, le pardon cesse»⁵⁰. Par conséquent, «la réconciliation ne résulte pas de la seule manifestation par l'époux offensé de pardonner, son offre de pardon doit être acceptée par son conjoint»⁵¹, et c'est bien ce consentement mutuel qui fonde

43. C. Cass., 15 juin 1836, dans *Journal du Palais*, t. 1, p. 27-28.

44. C. Cass., 17 juillet 1906, D. 1907-1-100.

45. *Ibidem*.

46. CA de Lyon, 24 décembre 1891, S. 1892-2-288.

47. Tribunal civil de Villeneuve-du-Lot, 12 décembre 1891, S. 1892-2-188.

48. Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, LGDJ, 1926, t. 2, p. 440.

49. *Ibidem*.

50. François LAURENT, *Principes de droit civil français, op. cit.*, p. 248.

51. Fernand LABORI, *Répertoire encyclopédique du droit français, op. cit.*, p. 328.

et légitime, pour ces auteurs, la réconciliation⁵².

D'autres auteurs, au contraire, soutiennent que la volonté d'un seul des époux suffit pour faire tomber la demande en divorce ou en séparation de corps: en effet, pour eux la réconciliation ne serait rien d'autre que la renonciation de l'époux offensé à se prévaloir des torts de son conjoint. Demolombe privilégie ainsi «*la renonciation de l'époux demandeur*», puisque sa volonté, «*une fois manifestée, suffit pour engendrer immédiatement la fin de non-recevoir*»⁵³. Carpentier va plus loin en affirmant que «*cette renonciation unilatérale constitue l'élément principal, essentiel sinon exclusif de la réconciliation*». Par ailleurs, il explique «*que pour faire de la réconciliation une fin de non-recevoir impliquant le concours de la volonté des deux conjoints, il faudrait que le défendeur démontre qu'il y a concouru, or ce serait manifestement exagéré*». Il considère que le fondement de la réconciliation réside tout entier dans le pardon accordé par l'époux outragé à l'époux coupable⁵⁴. Dès lors, pour ces auteurs, la réconciliation n'implique pas nécessairement le concours de la volonté des deux conjoints:

«*Dès qu'il est prouvé que le demandeur a complètement pardonné, les juges doivent admettre l'exception de réconciliation, sans que le défendeur ait besoin d'établir qu'il a accepté le pardon de son conjoint*»⁵⁵.

Quoi qu'il en soit, ce qui importe pour les tribunaux, c'est bien la volonté commune des époux de se réconcilier, une proposition faite par l'un et acceptée par l'autre: en un mot «*consentir, c'est vouloir ce qu'un autre veut, sentire cum alio*»⁵⁶. C'est ainsi que la Cour d'appel de Caen a jugé que la réconciliation «*résulte non seulement d'un désistement et d'un pardon accordés par*

52. «*Ainsi, le consentement mutuel des époux qui ne peut pas fonder la séparation de corps, peut au contraire y mettre fin*»; *ibidem*.

53. Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, op. cit.*, p. 503, n°405.

54. Adrien CARPENTIER, *Traité théorique et pratique du divorce*, Paris, Marchal & Billard, 1888, p. 441-442.

55. Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Paris, Librairie de la Société du Recueil général des lois et des arrêts, 1902, t.3, p. 141.

56. *Ibidem*, p. 219. «*C'est en se faisant des concessions mutuelles que les époux pourront continuer la vie commune*»; Auguste LIMOUSIN, *Des causes de divorce et des fins de non-recevoir, op. cit.*, p. 115.

*l'époux demandeur, mais encore d'une harmonie renaissante, de témoignages réciproques d'affection*⁵⁷. De fait, pour cette Cour, «*la réconciliation existe dès qu'à la contrariété des sentiments a succédé la concorde et l'harmonie des volontés*»; mais encore faut-il «*que ces volontés se soient exprimées d'une façon non équivoque, et qu'elles soient exemptes de vices*»⁵⁸. Il est indispensable en effet que la réconciliation soit sincère: pour ce faire elle doit être le résultat d'un consentement libre⁵⁹. Ainsi, la Cour de cassation considère qu'une femme sous l'emprise du caractère violent de son mari «*ne peut donner un consentement libre à une prétendue réconciliation*»⁶⁰. Dans une espèce similaire, il est jugé que la volonté de pardonner doit se manifester «*d'une manière non équivoque et exempte de tout de qui pourrait la vicier*»⁶¹. De fait, elle doit être «*réelle et effective*», et non pas seulement «*apparente*»: ainsi, la Cour d'appel de Grenoble considère que «*s'il y a eu réconciliation entre les époux dans le cabinet du président du tribunal, celle-ci n'a été qu'apparente, le mari ayant persisté à ne pas vouloir recevoir sa femme dans le domicile conjugal*»⁶². En effet, il faut que chaque époux «*y mette du sien*»:

*«Que l'époux coupable fasse un retour sincère et continu aux habitudes de la vie conjugale; que l'époux offensé, de son côté, manifeste une intention sérieuse d'oublier le passé, et de pardonner à son conjoint les torts que celui-ci a envers lui»*⁶³.

De fait, dans la jurisprudence, nombre de décisions concernent des cas de «*réconciliation feinte*»⁶⁴. Ainsi, il est jugé qu'il n'y a pas

57. CA de Caen, 25 juillet 1882, S. 1885-2-49.

58. *Ibidem*. Dans le même sens, C. Cass, 14 juillet 1806, dans *Journal du Palais*, t. 5, p. 413-414.

59. CA de Bruxelles, 11 mai 1868, *Pasicrisie Belge*, 1868-2-268; CA de Caen, 25 juillet 1882 et 14 mars 1883, S. 1885-2-49.

60. C. Cass, 14 juillet 1806, dans *Journal du Palais*, t. 5, p. 413-414.

61. CA de Poitiers, 30 décembre 1890, *Journal La Loi*, 28 janvier 1891; CA de Bruxelles, 9 août 1877, *Pasicrisie Belge*, 1878-2-260; CA de Besançon, 13 juin 1864, D. 1864-2-112; CA de Lyon, 8 mars 1892, dans *Monde judiciaire Lyon*, 4 août 1892.

62. CA de Grenoble, 21 janvier 1864, D. 1866-1-425.

63. Onésime MASSELIN, *Dictionnaire juridique*, op. cit., p. 694. Dans le même sens, Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, op. cit., p.441; Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, op. cit., p. 140; CA de Bruxelles, 2 décembre 1865, *Belgique judiciaire*, 1866-678; Tribunal de Tournai, 26 août 1875, *Pasicrisie Belge*, 1875-3-171.

64. Au 19^e siècle, le mariage bourgeois est décrit à la fois comme celui

réconciliation lorsque le mari accepte de reprendre sa femme, «*suite à des lettres mensongères dans lesquelles celle-ci lui disait que, s'il ne la recevait pas, elle en perdrait la vie ou la raison*»⁶⁵; il en est de même si la réconciliation «*n'a pas eu d'autre but chez la femme que de se procurer le concours du mari dans une affaire*»⁶⁶. D'ailleurs, la doctrine est unanime sur ce point: la réconciliation suppose comme toute convention «*un consentement sain*»; par conséquent il est indispensable qu'elle soit «*sincère (...) et il appartient aux tribunaux d'apprécier si elle est réelle ou apparente*»⁶⁷.

De plus, en accord avec la jurisprudence, les auteurs considèrent que la réconciliation doit être «*définitive*», c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être subordonnée à la réalisation d'une condition. Il en est ainsi lorsqu'une réconciliation se fait entre les époux, à condition que la concubine entretenue par le mari dans la maison commune, quitte le domicile conjugal. Or, cette dernière l'abandonne «*en apparence mais rentre presque immédiatement*». «*Ce n'est pas là une réconciliation, c'en est le simulacre*», dit la Cour de Bruxelles⁶⁸. On peut dire qu'en l'espèce la réconciliation était «*conditionnelle*», et la condition n'a pas été remplie. L'avis contraire est cependant admis par quelques auteurs. Il en est ainsi pour Laurent qui souligne que:

*«Toute réconciliation est conditionnelle par sa nature: l'époux qui pardonne les offenses le fait parce que son conjoint lui promet d'être à l'avenir fidèle à son devoir. S'il manque à cette promesse, le pardon doit être considéré comme non avenue»*⁶⁹.

qui peut permettre l'épanouissement des sentiments, et comme celui où les logiques matérielles l'emportent sur les autres: or c'est ce mariage qui du fait de la nouvelle donne sociale s'impose aux Français. Des deux volets antagonistes, l'aspect financier devient le plus important. La critique du mariage d'argent qui fait des jeunes filles de simples reproductrices se rencontre chez tous les écrivains et penseurs du siècle; voir Agnès WALCH, *Histoire du couple en France*, Rennes, Éditions Ouest-France, 2003, p.158.

65. CA de Bruxelles, 7 août 1877, *Belgique judiciaire*, 1877-1409.

66. Tribunal civil de Tongres, 15 mars 1870, Cloës et Bonjean, 70-71-352.

67. Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, op. cit., p. 441; Fernand LABORI, *Répertoire encyclopédique du droit français*, op. cit., p. 714; François LAURENT, *Principes de droit civil français*, op. cit., p. 248; Adrien CARPENTIER, *Traité théorique et pratique du divorce*, op. cit., p.440, n°1990; Onésime MASSELIN, *Dictionnaire juridique*, op. cit., p. 694.

68. CA de Bruxelles, 5 août 1846, *Pasicrisie Belge*, 1848-2-32.

69. Dès lors, il en conclut que «*les nouveaux torts dont le conjoint se rend*

Cette opinion demeure néanmoins isolée et critiquée par la doctrine dominante, et la jurisprudence dans son ensemble considère que la réconciliation doit être définitive «*si elle est subordonnée à une condition par l'époux offensé, ce dernier peut se rétracter tant que la condition n'est pas acceptée et même accomplie*»⁷⁰. En résumé, «*là où il y a réconciliation conditionnelle, il n'y a pas à proprement parler oubli, c'est-à-dire réconciliation*»⁷¹.

Enfin, de toute évidence, la réconciliation ne peut être admise: «*que si l'époux à qui elle est opposée, a eu connaissance de l'injure*», sinon, précise la Cour de cassation, «*cette réconciliation ne serait qu'un fait matériel dépourvu du caractère moral qui peut seul lui donner ses effets légaux*»⁷².

Ainsi, dans une espèce similaire, les juges ont décidé de rejeter la fin de non-recevoir dans une affaire où «*il est constaté que pendant la durée de la vie commune, la femme ignorait les torts de son conjoint*», comme en atteste «*la correspondance affectueuse échangée entre les parties*»⁷³. La Cour souligne que cette ignorance constitue «*un obstacle juridique et absolu*»⁷⁴. C'est également la position de la doctrine: le pardon suppose une connaissance exacte des faits reprochés à l'époux coupable, car il ne peut être question de pardonner des faits qu'on ne connaît pas, et qui «*sont de nature à causer la peine la plus sensible*»⁷⁵.

Mais une demande en séparation peut être motivée par

coupable font revivre les anciens et les aggravent; le demandeur peut ainsi intenter une nouvelle action pour cause survenue depuis la réconciliation»; François LAURENT, Principes de droit civil français, op. cit., p. 251; voir aussi Charles DEMOLOMBE, Cours de code Napoléon, op. cit., p. 532, n°423 et n°425.

70. CA de Grenoble, 21 janvier 1864, D. 1866-1-425.

71. Onésime MASSELIN, Dictionnaire juridique, op. cit., p. 694.

72. C. Cass., 4 décembre 1876, D. 1877-1-313.

73. C. Cass., 14 mars 1888, S.1888-1-373. Dans le même sens, voir Cour impériale de Besançon, 20 février 1860, D.1860-2-54; Cour royale de Limoges, 21 mai 1835, dans *Journal du Palais*, 1835-219.

74. *Ibidem*.

75. Henri MASSOL, «De la séparation de corps et de ses effets», op. cit., p. 67. Voir aussi Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, op. cit., p. 443; Fernand LABORI, *Répertoire encyclopédique du droit français*, op. cit., p.713; François LAURENT, *Principes de droit civil français*, op. cit., p. 248; Adrien CARPENTIER, *Traité théorique et pratique du divorce*, op. cit., p. 435, n°1969; Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, op. cit., n°405; Gustave PEYROT, *De la séparation de corps*, Genève, Imprimerie Bonnant, 1847, p.13.

autre chose que des griefs d'époux à époux. La doctrine et la jurisprudence ont eu ainsi à se demander si la réconciliation, impliquant l'idée de pardon, pouvait être opposée à une demande en divorce ou en séparation de corps fondée sur une condamnation⁷⁶. La question a donné naissance chez les auteurs à deux solutions tout à fait opposées. Une première opinion soutient que la réconciliation ne doit pas s'appliquer aux demandes basées sur une condamnation à une peine afflictive ou infamante⁷⁷. Le principal argument avancé est le suivant: si la réconciliation efface l'injure, elle ne peut «*effacer l'infamie qui s'attache à la condamnation et, en tout cas, elle ne saurait arrêter les conséquences légales de cette condamnation*»⁷⁸. Delvincourt souligne que ce qui fait le fondement de l'action en divorce, «*c'est la flétrissure du conjoint de l'époux condamné*»; or, dans cette hypothèse, «*il ne peut être question de pardon et la réconciliation ne peut se concevoir*»⁷⁹. Duranton fait observer également que l'article 272 du Code civil ne semble pas fait pour ce cas, «*parce qu'il n'y a réconciliation qu'entre époux divisés pour excès, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre*», et qu'il est possible que, «*malgré la condamnation, les époux aient toujours*

76. Le Code civil de 1804 dispose dans son article 232: «*La condamnation de l'un des époux à une peine infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce*». Cette disposition a été largement critiquée par les auteurs, dans la mesure où les peines «*simplement*» infamantes sont, aux termes de l'article 8 du Code pénal, le bannissement et la dégradation civique. Demolombe écrit à ce sujet: «*si un misérable est condamné pour vol à cinq années d'emprisonnement, sa femme ne pourra pas demander la séparation de corps. Elle le pourra, au contraire, si son mari est un juge qui a encouru la dégradation civique pour s'être immiscé par un règlement quelconque dans l'exercice du pouvoir législatif!*»; Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, op. cit.*, p. 474, n°398. La question est soulevée lors des débats préalables au vote de la loi de 1884. De fait, le nouvel article 232 prévoit: «*La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante sera pour l'autre une cause de divorce*».

77. La question des condamnations correctionnelles et criminelles, largement débattue par la doctrine, a également donné lieu à des solutions jurisprudentielles contrastées autour de la notion d'injure grave; sur cette question voir notre article, «*La notion de faits injurieux dans le divorce et la séparation de corps au XIX^e siècle*», dans *Revue historique de droit français et étranger*, n°3 juillet-septembre, 2012, p. 365-370.

78. Paul VRAYE et Georges GODE, *Le divorce et la séparation de corps*, Paris, Delamotte, 1887, t. 1, n°132; Fernand LABORI, *Répertoire encyclopédique du droit français, op. cit.*, p. 714.

79. Claude-Étienne DELVINCOURT, *Cours de code civil*, Paris, Delestre-Boulage, 1824, t. 1, p. 79, n°10.

vécu en bonne intelligence»⁸⁰. Les tribunaux se sont prononcés à plusieurs reprises en faveur de cette thèse: il en est ainsi d'un arrêt de la Cour royale de Rouen⁸¹ qui repose sur deux arguments principaux. D'abord l'offensé ce n'est pas l'époux, mais la société; par conséquent, ce dernier ne peut intervenir pour pardonner. Le législateur, en prévoyant le divorce ou la séparation de corps pour cause de condamnation de l'un des époux, «*n'a voulu que protéger le conjoint du condamné contre la souillure qui pouvait rejaillir sur lui de cette condamnation. Mais la société qui condamne, a seule dans ce cas le droit de grâce*»⁸². Ensuite, les juges invoquent les textes: d'une part, aux termes de l'article 272, le mot «*réconciliation*» prouve bien qu'il s'agit de torts pardonnés, et non d'une condamnation à une peine. D'autre part, l'article 261 prévoit que lorsque le divorce est demandé pour cause de condamnation de l'un des époux à une peine, les seules formalités à remplir auprès du tribunal sont «*une expédition en bonne forme du jugement de condamnation, avec un certificat de la Cour d'assises portant que ce jugement n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale*». De fait, pour les partisans de cette thèse comme Delvincourt, «*aucune fin de non-recevoir ne peut avoir lieu lorsque la séparation est demandée pour condamnation à une peine infamante, puisque d'après l'article 261 du Code civil, il n'y a aucune procédure, et que le défendeur n'est même pas appelé*»⁸³. La condamnation du conjoint étant une cause péremptoire de divorce, l'exception de réconciliation ne peut donc lui être opposée. Un arrêt de la Cour d'appel d'Angers consacre cette thèse:

«Lorsque le divorce est demandé pour cause de condamnation de l'un des époux, il ne saurait être question de réconciliation car celle-ci suppose une injure

80. Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil, op. cit.*, t. 2, n°572-573.

81. «*Lorsque la demande en séparation de corps de la femme est fondée sur une condamnation à une peine infamante prononcée contre le mari, les faits de réconciliation que celui-ci peut alléguer, fussent-ils prouvés, ne sauraient arrêter une des conséquences légales de la condamnation*»; Cour royale de Rouen, 8 février 1841, dans *Journal du Palais*, 1841, p. 646-647. Il faut souligner que dans l'espèce de cet arrêt, l'exception de réconciliation est proposée à une époque où le condamné a déjà subi sa peine.

82. *Ibidem*.

83. Claude-Étienne DELVINCOURT, *Cours de code civil, op. cit.*, t. 1, p. 79, note 10.

*que l'on pardonne, mais elle ne peut effacer l'infamie résultant de la condamnation*⁸⁴.

En l'espèce, l'épouse a demandé par voie de requête que le tribunal prononce le divorce entre elle et son mari, «*parce qu'il résulte d'un arrêt de la Cour d'assises de la Sarthe du 7 mars 1877, que ce dernier a été condamné à la peine de huit années de réclusion pour tentative de viol*». La Cour d'Angers prononce donc le divorce entre les époux sur le fondement de l'article 261⁸⁵.

Mais cette solution est combattue par la majorité des auteurs⁸⁶. Pour eux, la décision de l'arrêt de Rouen repose sur une confusion: en effet, il appartient sans doute au Code pénal «*de réprimer l'outrage fait à la société, mais le législateur s'est chargé dans le Code civil de réprimer l'injure faite à l'époux, et d'en prévenir les conséquences en lui permettant de demander le divorce*»⁸⁷. Le système de cet arrêt, en repoussant la fin de non-recevoir tirée de la réconciliation, sous prétexte qu'elle ne s'applique qu'à des torts, «*joue avec les mots et dépasse le but*»⁸⁸. En effet, aux termes de l'article 272, cette fin de non-recevoir peut être opposée à toute action en divorce, quelle qu'en soit la cause. Par conséquent, «*l'époux défendeur, en commettant un crime, en engageant ainsi*

84. CA d'Angers, 11 décembre 1884, D.1885-2-273.

85. Sous l'arrêt de la Cour d'Angers précité, Ernest GLASSON critique cet article 261 en ces termes: «*Nous espérons que la prochaine réforme de la procédure du divorce fera disparaître les anomalies de l'article 261; les auteurs de cet article ont pensé qu'en cas de condamnation, le divorce ne pourrait pas donner lieu à un procès sérieux, et qu'en conséquence la mise en cause du défendeur ne serait qu'une cause de frais et de lenteurs. Qu'en fait, cette observation soit vraie le plus souvent, nous le concédons volontiers; mais il y a cependant des cas dans lesquels l'absence de défendeur pourra amener à prononcer contre lui un divorce qui ne devrait pas avoir lieu. On peut supposer que les époux se sont réconciliés*».

86. Voir Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, op. cit., p. 502-503, p. 513; Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, op. cit., n°527-573; Charles AUBRY et Charles-Frédéric RAU, *Cours de droit civil*, Paris, Marchal et Billard, 1897, t. 7, p. 184; Henri MASSOL, «*De la séparation de corps et de ses effets*», op. cit., p. 229. Ces derniers se chargent de démontrer un par un les arguments des tenants de la thèse opposée; voir la note sous l'arrêt de la Cour royale de Rouen, dans *Journal du Palais*, t. 1, 1841, p. 646-647.

87. En effet, l'époux peut néanmoins demander le divorce sur la base de l'article 231 pour injure grave; sur cette question voir notre article «*La notion de faits injurieux dans le divorce et la séparation de corps au XIX^e siècle*», op. cit., p. 365-370.

88. Robert FREMONT, *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps*, op. cit., p. 172, n°328.

le nom qu'il a donné à son conjoint, peut être considéré comme coupable d'une injure vis-à-vis de ce dernier, et cette injure grave, son conjoint seul peut la pardonner»⁸⁹. Cependant, «si c'est une faculté, un droit, il est libre de l'exercer ou d'y renoncer», et dans ce cas, «cela équivaut de sa part à une réconciliation»⁹⁰. C'est encore la dimension affective qui est avancée par ces auteurs, en particulier Frémont qui souligne que «rien n'est plus propre à resserrer le lien conjugal que ce sacrifice, rien par conséquent n'est plus conforme aux vœux de la loi». Masselin partage cet avis:

«Il peut être très noble, très honorable à une épouse pure de vouloir persister à lier sa vie à un mari flétri légalement, de vouloir suivre le proscrit et le consoler. Si telle a été sa volonté, il n'y a pas à revenir sur la générosité de ce premier mouvement, la réconciliation a réellement eu lieu et a produit son effet juridique»⁹¹.

C'est dans ce sens que la Cour d'appel de Toulouse, saisie de la question, a décidé que «l'époux dont le conjoint a été condamné à des peines correctionnelles ou criminelles, ne peut se prévaloir de ces condamnations pour demander le divorce, lorsqu'il a pardonné et consenti à reprendre la vie commune»⁹². En résumé, «l'époux outragé par cette condamnation est libre de ne pas demander le divorce»; il importe même, «dans l'intérêt des époux et de la morale publique», que cette renonciation puisse avoir lieu⁹³. Dès lors, c'est bien la faculté de pardonner «le conjoint coupable» qui est au centre des débats, et c'est aussi dans cette hypothèse que le pardon accordé prend tout son relief. D'une certaine façon, les époux qui décident de se réconcilier s'engagent l'un envers l'autre, mais aussi envers la société toute entière. Pardon et repentir sont les deux éléments qui attestent une réconciliation effective dont il est nécessaire à présent d'étudier la preuve.

89. *Ibid.*, p. 171, n°327.

90. Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, op. cit.*, p. 502-503, n°404. Voir aussi Auguste LIMOUSIN, *Des causes de divorce et des fins de non-recevoir, op. cit.*, p. 115-116; Henri MASSOL, «De la séparation de corps et de ses effets», *op. cit.*, p. 68-69; Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de droit civil, op. cit.*, p. 306; Robert FREMONT, *Traité pratique du divorce...*, *op. cit.*, p. 170-171.

91. Onésime MASSELIN, *Dictionnaire juridique, op. cit.*, p. 686.

92. CA de Toulouse, 7 juillet 1886, S. 1886-2-209.

93. Fernand LABORI, *Répertoire encyclopédique du droit français, op. cit.*, p. 714; Adrien CARPENTIER, *Traité théorique et pratique du divorce, op. cit.*, p. 436-437.

B. LA PREUVE

Il appartient naturellement à l'époux qui a commis les fautes pardonnées de rapporter la preuve de la réconciliation qu'il invoque: «*Il invoque une exception, c'est à lui de la justifier*»⁹⁴. À cet égard, l'article 274 s'en tient à deux modes de preuve: par écrit ou par témoins⁹⁵. Cette disposition est ensuite supprimée par la loi du 18 avril 1886, faisant tomber dans le droit commun la preuve de la réconciliation. Mais cette question a suscité en son temps des débats contradictoires chez les auteurs. Pour une partie de la doctrine, la preuve de la réconciliation demeure soumise aux règles du droit commun : en effet, pour ces auteurs, «*comme il s'agit non plus de rompre mais de consolider le lien conjugal*», il faut admettre «*tous les modes de preuve que la loi autorise*»⁹⁶. Dès lors, cette preuve peut résulter de l'aveu, du serment, d'écrits, de simples présomptions, ou se faire par témoins.

Dans la pratique, c'est bien souvent la correspondance échangée entre les époux qui est produite devant les juges pour apporter la preuve de la réconciliation. Ces lettres sont souvent le seul moyen de prouver «*le pardon et l'oubli du passé*». Il appartient alors aux tribunaux d'apprécier ces lettres au regard des qualités générales que la réconciliation doit posséder pour être convaincante. Ainsi, il est jugé:

«Que la femme ne peut se prévaloir, pour établir la preuve d'une réconciliation, des termes d'une lettre écrite par son mari, lorsqu'il n'en résulte pas, qu'au moment où

94. *Ibid.*, p. 453; voir aussi Henri MASSOL, «De la séparation de corps et de ses effets», *op. cit.*, p. 67. De plus, la jurisprudence considère que la fin de non-recevoir tirée de la réconciliation des époux est d'ordre public; dès lors, elle est opposable en tout état de cause, et, en cas de silence et d'abstention volontaire des parties, elle peut être suppléée d'office par le juge, s'il lui apparaît d'après les circonstances de la cause que la réconciliation s'est produite. Il est donc possible de s'en prévaloir pour la première fois en appel; voir CA de Lyon, 2 mars 1894, D. 1894-2-468; C. Cass., 9 mai 1904, D. 1904-1-316; Tribunal civil de Lyon, 9 décembre 1871, D. 1871-5-353.

95. L'article 274 prévoit: «*Si le demandeur en divorce nie qu'il y ait eu réconciliation, le défendeur en fera la preuve, soit par écrit, soit par témoins*».

96. Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, *op. cit.*, p. 143. Voir aussi Onésime MASSELIN, *Dictionnaire juridique*, *op. cit.*, p. 690; Fernand LABORI, *Répertoire encyclopédique du droit français*, *op. cit.*, p. 714, n°151; Gustave PEYROT, *De la séparation de corps*, *op. cit.*, p. 13.

*il l'écrivait, le mari eût connaissance de la gravité des désordres dont elle s'était rendue coupable*⁹⁷.

Dès lors, «*l'époux défendeur doit non seulement prouver que l'injure a été pardonnée*», mais encore «*qu'elle a été connue*»⁹⁸.

Par ailleurs, ces lettres doivent exprimer une volonté de se réconcilier libre et réfléchi. La Cour d'appel de Caen a jugé dans ce sens qu'un mari ne s'est pas réconcilié avec sa femme adultère, lorsque ses lettres «*indiquent plutôt de sa part un projet de la reprendre qu'une résolution définitive et réfléchie, qui seule peut constituer une réconciliation*»⁹⁹. En l'espèce, les juges disent apprécier «*l'ensemble de la correspondance des époux*», et notamment, précisent-ils, les nombreuses lettres échangées depuis que le mari a eu connaissance de la grossesse de sa femme, «*fruit de cet adultère*». La Cour précise que ce dernier y exprime à la fois «*toute sa colère*», mais aussi «*des sentiments de pitié et d'affection*» pour sa femme et cet enfant. Quoi qu'il en soit, si, dans sa correspondance, le mari s'est montré sans doute disposé «*à la pitié et au pardon envers sa femme repentante*», il n'empêche que c'est au nom d'une certaine morale du mariage que la réconciliation est rejetée par la Cour de Caen¹⁰⁰. De même, la correspondance amicale entre époux produite à l'appui d'une réconciliation n'est pas suffisante: encore faut-il pour que cette réconciliation soit «*réellement consommée*», qu'il y ait «*un retour sincère et complet aux habitudes de la vie commune, et à ces témoignages d'affection et de confiance qui doivent être inséparables de toute union conjugale*»¹⁰¹. La Cour d'appel de Grenoble en a décidé ainsi dans une affaire de lettres adressées par l'épouse à son mari, et produites par ce dernier comme preuve d'une réconciliation. Nous apprenons que dans cette correspondance, son épouse «*faisait des vœux*

97. CA de Besançon, 20 février 1860, D. 1860-2-54; dans le même sens, CA de Limoges, 21 mai 1835, S. 1835-2-469; CA de Liège, 4 janvier 1865, *Pasicrisie Belge*, 65-2-233; Tribunal de la Seine, 7 avril 1874, sous C. Cass., 3 février 1875, D. 1876-1-465; CA de Grenoble, 15 février 1886, dans *Gazette du Palais*, 1886-2-475.

98. C. Cass., 4 décembre 1876, S. 1877-1-110.

99. CA de Caen, 14 mars 1883, S. 1885-2-49.

100. Dans cette affaire il faut préciser que la femme est tombée enceinte alors que son mari était appelé dans l'armée en Tunisie, et celui-ci a obtenu un jugement en désaveu de paternité.

101. C. Cass., 15 juin 1836, S. 1837-1-89.

*pour son bonheur et l'invitait même à revenir auprès d'elle*¹⁰². Mais la Cour considère que ces mêmes relations épistolaires révèlent plutôt une tentative de réconciliation, «*demeurée d'ailleurs infructueuse*», et rejette la fin de non-recevoir. Parfois, les lettres écrites, et la tendresse exprimée, sont rejetées par les juges car invoquées pour des motifs étrangers à toute réconciliation: comme par exemple faire «*cesser le scandale*» d'un adultère¹⁰³, ou encore «*pour ne pas divulguer la triste cause du relâchement du lien conjugal*», en l'espèce la syphilis transmise par le mari à sa femme¹⁰⁴. En revanche, si l'époux demandeur en séparation de corps «*a reconnu à deux reprises dans ses écritures qu'une réconciliation s'est produite à une date déterminée*» entre lui et son conjoint, une telle déclaration justifie, pour les juges, le rejet de la demande en séparation¹⁰⁵.

Dans ce type de procédure, la preuve testimoniale¹⁰⁶ joue aussi un rôle décisif, et le dire des témoins peut au final aider

102. CA de Grenoble, 13 juillet 1883, dans *Gazette du Palais*, 1884-1-157.

103. Cour royale de Paris, 11 août 1843, dans *Journal du Palais*, 1843, p. 804. «*Plus que jamais, le mariage apparaît telle une geôle infernale où les maris sont les gardiens des femmes qui ne cherchent qu'à s'échapper; les conjoints s'épient, chacun redoutant l'adultère de l'autre, adultère qui passe pour être quasi généralisé dans la société française*»; Agnès WALCH, *Histoire du couple en France*, op. cit., p. 159. Cette question du couple bourgeois et de ses travers a d'ailleurs été abondamment traitée dans la littérature du siècle comme chez Honoré DE BALZAC par exemple, dans *Physiologie du mariage ou méditations de philosophie éclectique sur le bonheur et le malheur conjugal*, ou encore dans les romans et nouvelles réalistes de Guy de Maupassant.

104. Cour impériale de Rennes, 14 juillet 1866, D. 1868-2-163. Au 19^e siècle, on pense que la syphilis, et le sexe par conséquent, sont les principaux facteurs de drames et de conflits familiaux. Cette «*maladie honteuse*» que l'on cache parfois même au médecin, génère le succès d'une automédication à l'efficacité douteuse; «*Histoire de la vie privée*», op. cit., p. 270.

105. C. Cass., 1^{er} mars 1899, S. 1899-1-264. Dans une espèce similaire, la Cour de Besançon a jugé que «*la preuve de la réconciliation entre époux dont l'un a demandé la séparation de corps, résulte suffisamment d'un acte passé entre eux, par lequel ils ont stipulé qu'ils feraient toutes les dispositions nécessaires pour changer de lieu et d'habitation, afin d'aller conjointement se fixer ailleurs*»; Cour impériale de Besançon, 1^{er} juin 1811, dans *Journal du Palais*, t. 9, 1811, p. 358-359.

106. Le paragraphe 2 de l'article 245 modifié par la loi du 18 avril 1886, qui reproduit à peu près l'ancien article 251, dispose qu'en matière de divorce et de séparation de corps, «*les parents, à l'exception des descendants, et les domestiques peuvent être entendus comme témoins*».

les juges à forger leur intime conviction. Autour du noyau familial bourgeois notamment, la domesticité mais aussi le regard du voisinage et des parents, pèsent bien souvent sur la vie privée du couple¹⁰⁷. Dans une affaire jugée par la Cour d'appel de Bourges, le mari oppose à la demande en séparation de corps de sa femme «*une fin de non-recevoir tirée de la réconciliation*»¹⁰⁸; plusieurs témoins affirment que les époux «*se sont réconciliés*». L'arrêt nous livre alors les déclarations de la fille, du gendre, de domestiques et de voisins, témoignages vivants qui nous font entrer dans l'intimité du couple: les époux ont «*couché ensemble chez leur fille, ils se sont promenés en ville, y ont même acheté ensemble un cochon de lait et sont revenus dans la même voiture*». Enfin, une voisine les a vus «*à la lueur d'un bec de gaz qui s'embrassaient*». Pour autant, les juges prononcent la séparation de corps entre les époux, le mari s'étant livré, aux dires de plusieurs autres témoins de l'enquête, «*à des injures les plus grossières, des outrages les plus sanglants envers sa femme*», et ce depuis des années. Dès lors, il ne peut y avoir réconciliation puisque le mari s'est rendu indigne de son devoir de protection, de secours et d'assistance, que lui assigne le Code civil¹⁰⁹.

Une partie de la doctrine émet cependant quelques réserves en ce qui concerne la preuve de la réconciliation par l'aveu et le serment. D'après Laurent notamment, la réconciliation ne peut être établie par l'aveu du demandeur, «*parce qu'il n'est que la manifestation d'une volonté unique et ne saurait par conséquent trancher une question d'état personnel comme le mariage*»¹¹⁰. Pour

107. «*Domestiques et voisins servent, aident la famille; mais leur présence et leur regard gênent et menacent l'intimité. D'eux il faut savoir à la fois se servir et se défier*»; «*Histoire de la vie privée*», *op. cit.*, p. 175-176.

108. CA de Bourges, 14 juin 1852, dans *Journal du Palais*, 1852, t. 2, p. 210.

109. L'article 212 du Code dispose: «*Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance*».

110. François LAURENT, *Principes de droit civil français, op. cit.*, p. 249. L'aveu se définit comme la déclaration par laquelle une personne tient pour vrai un fait qui peut produire contre elle des conséquences juridiques. Ce mode de preuve, qui occupe une place privilégiée en matière civile puisqu'il a pour effet de lier le juge, était prohibé jusqu'à la réforme de 1975, car il aurait pu servir à dissimuler un divorce d'accord. Désormais, il est possible de faire la preuve des griefs du conjoint par son aveu. Il faut préciser qu'il s'agit d'un aveu judiciaire fourni pendant l'instance en divorce elle-même; un aveu obtenu en dehors de cette instance n'a qu'une valeur indicative

la même raison, il n'admet pas le serment¹¹¹, et Demolombe sur ce point est d'accord avec lui¹¹². Ce dernier soutient en effet que la réconciliation ne peut être prouvée par le serment, «*qu'il soit supplétoire ou décisoire*»¹¹³. Il se fonde sur ce que «*la fin de non-recevoir qui en résulte ne peut dépendre de la volonté des parties*». Il invoque aussi l'article 274 du Code civil qui ne parle que de la preuve par écrit ou par témoins, «*cela comprend aussi sans doute la preuve par présomption et même l'aveu*», écrit-il, «*mais le serment est un genre de preuve tout différent*»¹¹⁴. Dès lors, si l'on refuse généralement d'admettre l'aveu et le serment comme preuve d'une cause de divorce ou de séparation de corps, par crainte d'une collusion entre époux¹¹⁵, il doit en être de même

pour le juge; voir Alain BENABENT, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 233.

111. Pour Laurent, «*le serment décisoire est une transaction, or on ne peut pas plus transiger sur le maintien du mariage que sur sa dissolution; quant au serment supplétoire, on ne peut pas plus abandonner la solution du procès aux époux qui sont en cause, toujours par le motif qu'il s'agit d'une question d'état*»; François LAURENT, *Principes de droit civil français, op. cit.*, p. 249-250.

112. En revanche, Demolombe admet l'aveu; Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, op. cit.*, p. 522, n°420.

113. Pour rappel, le serment décisoire est une procédure d'instruction par laquelle une partie demande à l'autre d'affirmer, en prêtant serment à la barre, la véracité de ses affirmations. De fait, en l'absence de preuve de sa prétention, une partie à un litige peut choisir de déférer à son adversaire le serment sur l'existence ou l'exactitude du fait qui soutient sa prétention. Le serment supplétoire n'est en revanche possible que pour compléter une autre preuve, et ne peut être déféré que par le juge; voir Sophie DRUFFIN-BRICCA et Laurence-Caroline HENRY, *Introduction générale au droit*, Paris, 2009, Lextenso-éditions, 4^{ème} édition, p. 223-224.

114. Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, op. cit.*, p. 522, n°420. Dans le même sens, Charles TOULLIER, *Le droit civil suivant l'ordre du code, op. cit.*, t. 10, n°378; Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil, op. cit.*, t. 13, n°574; Charles AUBRY et Charles-Frédéric RAU, *Cours de droit civil, op. cit.*, p. 182, §491, Henri MASSOL, «*De la séparation de corps et de ses effets*», *op. cit.*, p. 125, n°24.

115. En effet, l'aveu de l'époux défendeur ne saurait suffire pour permettre de prononcer le divorce ou la séparation de corps puisqu'ils ne peuvent avoir lieu par consentement mutuel. Mais si l'aveu du défendeur est à lui seul insuffisant pour prouver la réalité des faits qui servent de fondement à la demande, il peut néanmoins être pris en considération quand il existe d'autres preuves des faits invoqués comme cause de divorce; voir C. Cass., 23 novembre 1896, D. 1897-1-196; dans le même sens, CA de Turin, 25 messidor an XII, dans *Journal du Palais*, t. 4, p. 95-96; C. Cass., 11 frimaire an XIV, S. 1808, p. 187; C. Cass., 6 juin 1853, D. 1853-1-244; C. Cass., 29 avril 1862, D. 1862-1-515. On exclut aussi généralement en la matière le serment décisoire et supplétoire; voir CA de

pour la réconciliation. Mais dans ce cas, à l'inverse, l'aveu tout comme le serment aboutirait à faire dépendre le sort de la fin de non-recevoir tirée de la réconciliation de la volonté de l'une des parties. Or la réconciliation suppose le consentement mutuel des époux. Ainsi, il est jugé que «*la réconciliation en matière de séparation de corps comme en matière de divorce, ne peut être prouvée que par écrit ou par témoin: le serment soit supplétoire, soit décisive étant inadmissible*»¹¹⁶. Dans cette affaire, le mari, pour établir la réconciliation, et désespérant sans doute d'en faire la preuve, a déféré à sa femme le serment suivant:

«*Pouvez-vous jurer et affirmer qu'il est inexact que du 4 au 12 janvier 1889, vous soyez revenue de vous-même cohabiter avec votre mari, et que dans cet intervalle, vous ayez eu des relations intimes et volontaires avec lui (...)?*».

Or, le tribunal considère que le serment ne peut être déféré à l'épouse puisque, selon l'article 307 du Code civil, la séparation de corps ne peut avoir lieu «*par le consentement mutuel des époux*»¹¹⁷. De même, «*lorsqu'un tribunal a décidé qu'il n'y a pas eu de réconciliation entre deux époux plaçant en séparation de corps, l'époux défendeur ne peut plus être admis à déférer le serment décisive sur le fait de cette réconciliation*»¹¹⁸.

Mais d'après une autre opinion, «*pourquoi empêcherait-on de prouver la réconciliation par l'aveu du demandeur, puisqu'on peut ainsi obtenir le maintien du mariage auquel la loi est éminemment favorable?*»¹¹⁹. Pour ces auteurs en effet, cet aveu ne peut inspirer ici la même défiance que lorsqu'il s'applique aux faits sur lesquels est fondée une demande en divorce ou en séparation de corps: aucune collusion n'est à craindre de la part des époux, puisqu'il s'agit au contraire d'éteindre l'action en divorce. Par ailleurs, la solution donnée en ce qui concerne l'aveu doit nécessairement être étendue, pour les mêmes motifs, aux serments décisive et supplétoire:

«*Si l'aveu du demandeur est suffisant pour établir le fait*

Grenoble, 19 juillet 1838, Dalloz, *Jurisprudence générale*, Séparation de corps, 262.

116. Tribunal civil de Dunkerque, 8 février 1886, dans *Gazette du Palais*, 1889-2-464.

117. *Ibidem*.

118. C. Cass., 22 août 1822, dans *Journal du Palais*, t. 17, p. 587.

119. Fernand LABORI, *Répertoire encyclopédique du droit français*, op. cit., p. 714.

*de réconciliation, on ne voit pas pourquoi le défendeur ne serait pas, à défaut de preuve, admis à lui déférer le serment sur ce fait*¹²⁰.

Quelques décisions jurisprudentielles se font l'écho de cette doctrine. Ainsi, le tribunal civil de Villeneuve-sur-Lot a jugé que «*la preuve de réconciliation invoquée par l'époux défendeur, peut résulter de l'aveu du demandeur à l'action en divorce ou du serment à lui déféré*»¹²¹. Pour ce tribunal en effet, «*il ne saurait exister aucun doute à cet égard, étant donné qu'il ne s'agit pas directement d'une question d'état, et que l'ordre public est intéressé au maintien du mariage*». Pour ce faire, les juges, assumant pleinement leur rôle de gardien de l'ordre domestique, doivent apprécier les preuves qui leur sont soumises, à partir d'éléments qui doivent en principe les éclairer dans leur jugement; une tâche qui s'avère difficile puisqu'il s'agit pour eux de décider de la fin ou non d'une histoire de couple, touchant à la fois à l'affectif et au matériel. De son côté, le conjoint qui invoque la réconciliation s'efforce de dresser le tableau vivant d'une vie conjugale idéalisée: partage d'un repas, promenades communes, correspondances échangées, marques d'affection et de tendresse prodiguées.

Tels sont, pour l'essentiel, les principes dégagés par la jurisprudence et la doctrine pour déterminer, dans le silence du Code civil, les règles relatives à la réconciliation des époux. Mais les difficultés ne s'arrêtent pas là: en effet, dans la mesure où aucune forme n'est requise pour la validité de cet accord, la réconciliation pouvant être expresse ou tacite, il appartient aux juges d'apprécier les faits matériels susceptibles d'induire une réconciliation effective, venant corroborer de fait l'accord de volonté des époux.

120. Charles AUBRY et Charles-Frédéric Rau, *Cours de droit civil*, op. cit., p. 185. Voir aussi, Adrien CARPENTIER, *Traité théorique et pratique du divorce*, op. cit., p. 452-453; Paul VRAYE et Georges GODE, *Le divorce et la séparation de corps*, op. cit., t. 1, n°242; Onésime MASSELIN, *Dictionnaire juridique*, op. cit., p. 690; Auguste LIMOUSIN, *Des causes de divorce et des fins de non-recevoir*, op. cit., p. 122; Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, op. cit., p. 143; Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, op. cit., p. 444; Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de droit civil*, op. cit., p. 508.

121. Tribunal civil de Villeneuve-sur-Lot, 12 décembre 1891, S. 1982-2-188. Dans le même sens, Cour impériale de Trèves, 28 mai 1813, S. 1814-2-20. Dans cette affaire, la femme a déféré le serment décisoire à son mari demandeur en divorce, qui nia par serment la réconciliation.

II. ÉLÉMENTS MATÉRIELS

«La loi n'ayant pas défini le caractère des faits constitutifs de la réconciliation, s'en est par cela même remise aux lumières et à la conscience des juges chargés de les apprécier»¹²².

Il appartient donc aux tribunaux d'évaluer souverainement les circonstances de nature à établir la réconciliation des époux, et la Cour de cassation l'a rappelé à plusieurs reprises¹²³. En effet, *«la réconciliation n'est attachée à aucun fait déterminé, parce qu'elle est essentiellement un accord de volontés, et qu'il n'y a pas de fait qui implique nécessairement cet accord»¹²⁴*. Le silence de la loi a ainsi laissé libre cours à une jurisprudence toute en nuances dont la doctrine s'est faite l'écho: cette situation a été néanmoins source de difficultés tant pour la détermination des éléments matériels attestant le rapprochement des époux (A), que pour l'appréciation d'un élément sans doute indissociable d'une réconciliation effective, la reprise de la vie commune (B).

A. LE RAPPROCHEMENT DES ÉPOUX

La réconciliation peut être expresse ou tacite. Si elle se manifeste de façon expresse, par exemple dans une lettre ou dans un acte de procédure, il n'y a pas de difficultés: les tribunaux, dans ce cas, sont obligés de repousser la demande en divorce ou en séparation de corps, puisqu'il n'y a aucun doute sur l'intention des parties. Il en est ainsi dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Caen: en l'espèce, devant le magistrat conciliateur, le mari demandeur s'est désisté, et une convention est intervenue entre les époux sur les conditions de rétablissement de la vie commune¹²⁵.

Mais le plus souvent, la réconciliation n'est que tacite ou présumée, et résulte donc de faits qui supposent le pardon

122. C. Cass., 25 mai 1808, S. 1808-1-412.

123. C. Cass., 4 avril 1808, S. 1808-1-237; C. Cass., 7 août 1823, dans *Journal du Palais*, t. 18, p. 102-103; C. Cass., 15 juin 1836, S. 1837-1-89; C. Cass., 12 novembre 1862, S. 1863-1-214; C. Cass., 18 janvier 1881, S. 1881-1-209; C. Cass., 11 mai 1885, S. 1886-1-16; C. Cass., 1^{er} avril 1894, S. 1895-1-309; C. Cass., 19 février 1895, S. 1895-1-476.

124. Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, op. cit.*, p.441.

125. CA de Caen, 25 juillet 1882, S. 1885-2-49.

de la part de l'époux offensé, et sa renonciation au droit de demander le divorce ou la séparation de corps. Ainsi, la Cour d'appel de Bourges rappelle:

«Qu'il ne peut y avoir réconciliation dans le sens de la loi, et par suite fin de non-recevoir contre la demande en séparation de corps, que si les faits sur lesquels on fonde cette réconciliation ont un caractère tel qu'ils emportent nécessairement, et par eux-mêmes de la part de l'époux outragé, le pardon sans retour du passé, et la résolution non douteuse pour l'avenir de rentrer dans la vie conjugale»¹²⁶.

Partant de là, le silence gardé par l'époux offensé peut-il être considéré comme une réconciliation tacite, de nature à faire supposer le pardon? Les réponses divergent selon les auteurs: Toullier estime que non, sauf si depuis les faits qui peuvent motiver cette séparation *«il s'est écoulé une année»¹²⁷*. La Cour de Besançon paraît suivre le même raisonnement, puisqu'elle a jugé que *«le renvoi de la concubine, et le défaut pendant un certain temps de toute plainte en adultère, prouvent que la femme s'est réconciliée avec son mari»¹²⁸*. De fait, le silence prolongé de la femme éteint l'injure, et induit la réconciliation tacite des époux. Massol ne partage pas cet avis et affirme que *«la loi n'ayant fixé aucun délai, il ne peut y avoir d'échéance parce que l'époux offensé aura gardé le silence pendant une année»*. En effet, il est possible que ce dernier ait différé d'intenter son action parce qu'il voulait *«prendre des renseignements»*, ou *«consulter des personnes éloignées»*. Dès lors, *«s'il n'a pas témoigné la volonté de renoncer à la demande en séparation de corps, il ne sera pas arrêté dans ses poursuites parce qu'il aura laissé passer une année sans réclamer»¹²⁹*. En revanche, Demante aurait tendance à considérer que, dans tous les cas, le silence gardé

126. CA de Bourges, 14 juin 1852, dans *Journal du Palais*, t. 2, p. 210.

127. Charles TOULLIER, *Le droit civil suivant l'ordre du code*, op. cit., t. 2, p. 91, n°762.

128. CA de Besançon, 24 novembre 1807, dans *Journal du Palais*, t. 6, 1897/1808, p. 359. La Cour invoque notamment *«l'union dans laquelle l'épouse a vécu avec son mari jusqu'à l'introduction de l'instance»*, et surtout le fait de n'avoir formé *«aucune plainte contre lui pendant les 20 premières années de leur union»*.

129. Henri MASSOL, *«De la séparation de corps et de ses effets»*, op. cit., p. 71-72.

par le conjoint, «*qui pouvait se plaindre plus tôt*», est de nature à faire supposer le pardon, mais il reste à savoir «*dans quels rapports ont vécu les époux, tenir compte aussi de l'hésitation si naturelle qui a dû faire reculer devant le scandale d'un pareil procès, et devant les graves conséquences qu'il entraîne*»¹³⁰.

Quoi qu'il en soit, la question de savoir si l'on est en présence d'une véritable réconciliation doit s'induire des circonstances plus ou moins concluantes, dont les tribunaux sont «*souverains appréciateurs*»¹³¹. Pour ce faire, les juges «*peuvent ordonner une enquête tant sur les faits articulés à l'appui de la demande en divorce ou en séparation de corps, que sur ceux propres à établir que la réconciliation a eu lieu dans les conditions voulues par la loi, s'ils estiment ne pouvoir apprécier l'exception qu'après une instruction complète, portant également sur le fond*»¹³².

La Cour de cassation considère en effet que :

«*Des difficultés peuvent s'élever sur le point de savoir si les faits allégués comme preuve de réconciliation sont exacts ou suffisamment caractérisés: dès lors une enquête peut être nécessaire pour apprécier les circonstances et rechercher les intentions*».

En principe, cette enquête devrait être limitée aux faits destinés à établir la réconciliation, mais souvent l'examen des griefs articulés par le demandeur sera indispensable pour apprécier s'il y a eu ou non réconciliation. La doctrine

130. Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil, op. cit.*, p. 507-508. Peyrot partage cet avis et considère que «*le silence de l'époux sur ces faits vaut réconciliation*»; Gustave PEYROT, *De la séparation de corps, op. cit.*, p. 13.

131. Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, op. cit.*, p. 503, n°405; François LAURENT, *Principes de droit civil français, op. cit.*, p. 250. Ainsi, la Cour de Douai a jugé que «*les faits de réconciliation doivent être écartés a priori si, d'après les faits et les éléments de la cause, ils sont invraisemblables*»; Cour royale de Douai, 11 juin 1847, dans *Journal du Palais*, t. 2, 1847, p. 441-442.

132. C. Cass., 26 juillet 1889, S. 1892-1-388; 15 novembre 1880, S. 1881-1-176. Voir en sens contraire: Cour de Bruxelles, 14 décembre 1892, D. 1894-2-125. En principe, les tribunaux doivent statuer sur ces fins de non-recevoir avant tout examen au fond, comme le prévoit l'article 246 du Code civil rétabli par la loi du 27 juillet 1884, qui dispose: «*Au jour et à l'heure indiquée, sur le rapport du juge commis, le ministère public entendu, le tribunal statuera d'abord sur les fins de non-recevoir, s'il en a été proposé. En cas qu'elles soient trouvées concluantes, la demande en divorce sera rejetée, ...*».

est du reste unanime sur ce point¹³³. De fait, il s'agit pour les tribunaux de déterminer au cas par cas quels sont les faits matériels susceptibles de prouver une réconciliation sincère et véritable entre les époux¹³⁴. Une question somme toute délicate qui dépend principalement des circonstances particulières de chaque espèce. Certes, pour la doctrine, «une fin de non-recevoir fondée sur la réconciliation doit toujours être admise avec faveur par le juge, mais encore faut-il qu'elle soit pleinement justifiée»¹³⁵. Dès lors, cette fin de non-recevoir doit être repoussée «si les enquêtes ont prouvé que le rapprochement des époux n'a pas eu pour but de rétablir la vie commune, mais seulement de concourir à l'arrangement d'une affaire d'intérêt qui n'a pas abouti»¹³⁶. Plusieurs éléments doivent être pris en compte, comme par exemple la situation matérielle des époux, ou encore la survenance d'enfant: examinons quelques unes des hypothèses qui se présentent le plus fréquemment dans la pratique. On rencontre à ce propos les espèces les plus singulières: ainsi, il est jugé que ne constituent pas des preuves de réconciliation, «le fait de dîner chez la mère de son conjoint, d'avoir trinqué ensemble dans ces circonstances», et même «l'achat d'un parapluie par la femme pour son mari»¹³⁷. De même, la réconciliation des époux ne peut s'induire «d'un déjeuner commun auquel auraient pris part des officiers de justice qui procédaient à un inventaire nécessité par l'instance»¹³⁸, ou encore «du rapprochement ponctuel des époux dans une ville d'eaux, aux

133. Cf. Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, op. cit.*, p. 143; Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, op. cit.*, p. 443; Adrien CARPENTIER, *Traité théorique et pratique du divorce, op. cit.*, p. 455, n°2060.

134. Les faits qui constituent la réconciliation peuvent être antérieurs ou postérieurs à l'instance en divorce ou en séparation de corps; mais ils doivent être nécessairement postérieurs aux causes pour lesquelles la séparation ou le divorce est demandé; Dalloz, *Code civil annoté*, t. 1, article 244, p. 533, n°66.

135. Robert FREMONT, *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps, op. cit.*, p. 158, n°288.

136. Tribunal civil de Tongres, 15 mars 1870, *Cloës et Bonjean*, 70-71.352, cité par Robert FREMONT, dans *ibidem*.

137. CA de Bruxelles, 28 octobre 1843, dans *Belgique judiciaire*, 43-1-759, cité par Onésime MASSELIN, *Dictionnaire juridique, op. cit.*, p. 691-692.

138. Cour impériale de Rennes, 4 février 1812, dans *Journal du Palais*, t. 10, 1812, p. 94.

*fins d'arrangements pécuniaires*¹³⁹. Dans une espèce similaire, on ne saurait voir une réconciliation, ni «*du séjour momentané de la femme dans une propriété commune aux deux époux, habitée par le mari*»¹⁴⁰, ni «*des relations accidentelles et de pure convenance*» entre les conjoints¹⁴¹. Ainsi, «*le fait par la femme de retourner auprès de son mari malade pour lui prodiguer des soins*» ne suffit pas pour établir la réconciliation, «*alors surtout que celle-ci l'a quitté après la guérison*»¹⁴². Dans le même sens, «*des visites de l'épouse à son mari en prison*» ne constituent pas une preuve de réconciliation, «*rendant irrecevable l'action en divorce intentée ultérieurement par la femme*»¹⁴³.

Cependant, on peut signaler en sens contraire quelques décisions: ainsi la Cour de Bruxelles considère que doit être tenu pour une réconciliation, «*le fait par deux époux qui n'habitent pas la même ville de s'être rejoints, d'avoir passé la nuit ensemble, et de s'être montrés ensuite dans les rues*»¹⁴⁴. Dans le même sens, le Tribunal civil de Lyon a jugé que «*des rapprochements volontaires et réitérés entre mari et femme, au cours d'une instance en divorce, peuvent être considérés comme constituant une réconciliation susceptible soit d'amener l'extinction de la demande en divorce, soit d'y faire obstacle*»¹⁴⁵. Dans cette affaire, ce qui a décidé les juges à se prononcer en faveur d'une réconciliation, c'est bien la répétition de ces rapprochements entre les époux, faits matériels qui font

139. Tribunal civil de la Seine, 30 janvier 1896, cité dans Adrien CARPENTIER, *Traité théorique et pratique du divorce, op. cit.*, p. 447, n°2028.

140. Tribunal civil de Lyon, 15 novembre 1888, dans *Gazette des Tribunaux*, 28 janvier 1889.

141. CA de Paris, 31 janvier 1889, *Le Droit*, 1^{er} octobre 1889, cité dans Adrien CARPENTIER, *Traité théorique et pratique du divorce, op. cit.*, p. 444, n°2017.

142. CA de Lyon, 30 juillet 1891, dans *Gazette des Tribunaux*, 26 septembre 1891.

143. CA de Paris, 4 décembre 1899, S. 1900-2-77.

144. CA de Bruxelles, 10 juillet 1871, *Belgique Judiciaire*, 71-1076, cité dans Adrien CARPENTIER, *Traité théorique et pratique du divorce, op. cit.*, p. 448, n°2030. Dans le même sens, «*la cohabitation des époux dans le même lit constitue une réconciliation qui rend non recevable la plainte en adultère du mari contre sa femme, et arrête la poursuite du ministère public, si la plainte a déjà eu lieu*»: Cour royale de Toulouse, 6 décembre 1838, dans *Journal du Palais*, 1839, p. 175.

145. Tribunal civil de Lyon, 9 mai 1895, dans *Gazette des Tribunaux*, 19 septembre 1895.

présumer la volonté commune de continuer la vie conjugale, et ce, indépendamment de la reprise effective d'une cohabitation.

Quoi qu'il en soit, il faut noter que le simple rapprochement des époux provoqué¹⁴⁶ ou spontané, la bonne intelligence qui peut continuer néanmoins à se manifester dans leurs relations, ne constituent pas pour les tribunaux la preuve matérielle d'une réconciliation. La question doit se résoudre en évaluant la teneur exacte de ces rapprochements, et leur répétition dans le temps. Il en est ainsi de la jurisprudence rendue sur les rapports sexuels qu'ont pu avoir les conjoints. D'abord, naturellement, ces relations doivent être le résultat d'une volonté libre. De fait, la Cour de Besançon a jugé que *«les relations intimes qui ne comportent pas de la part de l'un des époux une pleine liberté d'action, ne sauraient constituer une réconciliation»*¹⁴⁷. En l'espèce, la Cour nous apprend que *«la femme s'est livrée envers son mari, vieillard presque octogénaire, à des menaces, des mauvais traitements, et aux plus grossières injures»*. Sa conduite a motivé contre elle une condamnation en simple police, suivie d'une demande en séparation introduite par son mari. Or, la femme prétend qu'il y a eu réconciliation, suite à des relations sexuelles survenues au cours du procès. Mais le tribunal considère que ces rapports ne sont pas le résultat d'une volonté complètement libre, puisqu'il est avancé *«qu'on a tendu un piège au mari, qu'il a été attiré chez sa femme, et qu'il n'a jamais eu l'intention de se réconcilier avec elle»*¹⁴⁸. Dans une autre affaire, la Cour de Bourges a jugé *«qu'on ne peut induire une réconciliation des relations intimes que la femme a pu avoir pendant quelques temps avec son mari, cédant ainsi aux pressions de sa famille»*¹⁴⁹. La Cour est d'avis *«que c'est moins en l'espèce une réconciliation réelle et effective capable d'éteindre l'action en séparation de corps, qu'un temps d'épreuve accordé au mari, un essai de réconciliation dont il n'a pas su se rendre digne»*. Dès lors, il ne faut pas que ce rapprochement soit la conséquence d'un devoir auquel le conjoint le plus faible se sent soumis.

146. CA de Grenoble, 15 février 1886, dans *Gazette du Palais*, 1886-1-475. Dans cette affaire, des amis communs ont provoqué un rapprochement des époux, une tentative qui n'a cependant pas abouti.

147. Cour impériale de Besançon, 13 juin 1864, D. 1864-2-112.

148. *Ibidem*.

149. Cour d'appel de Bourges, 14 juin 1852, dans *Journal du Palais*, t. 2, p. 210-211.

Une bonne harmonie doit donc exister entre les époux, ce que les relations sexuelles ne suffisent certainement pas à établir.

Ensuite, les tribunaux s'attachent aux circonstances qui ont provoqué ces relations intimes. De fait, la plupart du temps, les juges doivent apprécier s'il s'agit ou non de relations accidentelles survenues entre les époux, d'actes isolés, qui ne peuvent en aucune façon attester une réconciliation sincère et véritable. Ainsi, «*les rapports intimes survenus dans une auberge, où on n'a pu mettre à la disposition des époux qu'un seul lit*», ne peuvent constituer une réconciliation¹⁵⁰. Il en est de même:

«*Si ces rapports se sont produits au domicile conjugal, et qu'ils se justifient par le fait que le juge n'a pas accordé à l'épouse la permission d'une résidence séparée, les époux demeurant toujours en état d'hostilité et poursuivant leur procédure*»¹⁵¹.

Cette jurisprudence est constante, et la doctrine sur ce point s'accorde avec les tribunaux en considérant que le meilleur signe de la réconciliation que semble être le rétablissement des relations sexuelles, «*n'est pas infaillible, car il peut tenir à une surprise des sens, ne correspondant pas à un changement véritable des sentiments*»¹⁵².

En revanche, si ce rapprochement conjugal est suivi d'une grossesse, et de la naissance d'un enfant, plusieurs arrêts offrent des solutions contrastées, qui s'expliquent au regard des circonstances. Certaines décisions considèrent que cette grossesse est un élément suffisant pour établir la réconciliation. La Cour de Grenoble a jugé dans ce sens que «*la survenance d'un enfant, pendant l'instance, opère nécessairement une réconciliation entre les époux*»¹⁵³. Cependant, pour d'autres, la grossesse doit être avant tout le résultat de rapports sexuels

150. CA de Bruxelles, 8 juillet 1865, *Belgique Judiciaire*, 66-824, cité dans Adrien CARPENTIER, *Traité théorique et pratique du divorce, op. cit.*, p. 447, n°2027.

151. CA Bruxelles, 26 mars 1806, cité dans *ibidem*.

152. Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, op. cit.*, p. 442. Dans le même sens, voir Adrien CARPENTIER, *Traité théorique et pratique du divorce, op. cit.*, p. 440 et p. 447; Robert FREMONT, *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps, op. cit.*, p. 167; Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, op. cit.*, p. 141.

153. Cour royale de Grenoble, 23 août 1822, dans *Journal du Palais*, t. 17, 1822-23, p. 591.

volontaires. C'est ainsi que la Cour de Nîmes constate que la grossesse de la femme fait suite à une réintégration «forcée» du domicile conjugal, et estime donc qu'elle ne constitue pas «une preuve suffisante de réconciliation»¹⁵⁴. En l'espèce, après un mois de mariage, la femme, victime des mauvais traitements de son mari, décide de quitter le domicile conjugal, et introduit une demande en séparation de corps. Son mari obtient alors du tribunal une ordonnance obligeant son épouse à réintégrer la maison commune¹⁵⁵. L'arrêt nous apprend que celle-ci est donc «appréhendue au corps, et ramenée auprès de lui par un huissier et deux gendarmes». Cette cohabitation dure quatre mois, et dans cet intervalle, la femme tombe enceinte. Elle quitte de nouveau le domicile conjugal, et reprend sa demande en séparation de corps précédemment formée. Le mari lui oppose une exception de réconciliation résultant de la cohabitation, et de la grossesse de sa femme. Mais pour la Cour de Nîmes, cette grossesse n'est que le résultat de relations obtenues sous la contrainte, suite à une cohabitation imposée «par la force armée». Un autre arrêt met en évidence que la conception a eu lieu parce que le mari avait promis à sa femme un changement radical d'attitude, afin de la convaincre de revenir au domicile conjugal qu'elle avait quitté pour échapper à ses violences, «mais qu'il les avait répétées, ce qui excluait une réconciliation»¹⁵⁶. Il est jugé au contraire:

154. CA de Nîmes, 25 février 1808, dans *Journal du Palais*, t. 6, 1807-1808, p. 532-533.

155. Selon l'article 214 du Code civil: «La femme est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider». Cet article fait de la cohabitation des époux une obligation légale, et la doctrine souligne que l'abandon du domicile conjugal «constitue une violation simultanée de tous les devoirs que le mariage a fait naître à la charge de l'époux coupable»; sur cette question voir notre article «La notion de faits injurieux dans le divorce et la séparation de corps au XIX^e siècle», *op. cit.*, p. 349-356. Pendant longtemps certains tribunaux ont autorisé les maris abandonnés à faire revenir leur femme avec le concours d'huissiers, au besoin appuyée par la force publique. La doctrine reste divisée sur cette question; la controverse est analysée dans *Répertoire Dalloz*, 1858, «mariage», n°755, p. 377.

156. Cour royale de Rouen, 27 juin 1844, dans *Journal du Palais*, t. 2, 1884, p. 290-291. Il faut souligner que dans cette affaire, les époux avaient conclu un accord prévoyant une séparation volontaire. Or, la Cour considère que «ce type d'accord, repoussé par la loi, explique le rapprochement des époux et par la suite la conception de l'enfant».

«*Que tous les faits, quelques graves qu'ils soient (l'adultère du mari), sont couverts par la réconciliation, qu'établissent suffisamment la naissance d'enfants (sept en l'occurrence, dont l'arrêt signale qu'ils sont tous morts), et la correspondance aussi active que tendre entre les époux*»¹⁵⁷.

En l'espèce, les juges prennent en compte le nombre d'enfants que les époux ont eu «*durant les années supposées troublées de leur union*», pour décider que ces naissances témoignent «*de rapports de la plus douce et de la plus entière intimité*»¹⁵⁸. En définitive, la grossesse doit être le résultat d'un rapprochement volontaire des époux, et en toute connaissance de cause, notamment des torts du conjoint défendeur. Derrière cette question, on retrouve l'idée de pardon qui semble se manifester pleinement dans l'enfant à naître, symbole d'une réconciliation sincère et effective.

À l'image de la jurisprudence, les auteurs restent partagés sur cette question: une première opinion considère que «*le plus souvent on devra voir dans la grossesse de la femme une preuve décisive de la réconciliation*». Limousin explique que «*le mari a eu des torts graves envers sa femme, ou réciproquement, mais celle-ci est devenue enceinte depuis. Il semble que dans ce cas la réconciliation doit s'imposer à l'esprit du juge*»¹⁵⁹. Il précise cependant qu'en pratique, il faudra décider au cas par cas, selon si la grossesse «*est le résultat de rapports volontaires des époux*», ou bien si «*la femme n'a fait que céder aux obsessions de son mari*», et enfin, «*si cette grossesse est bien son œuvre*». Quoi qu'il en soit, il souligne «*qu'il y a ici une question de fait qui devra se résoudre le plus souvent en faveur de la réconciliation, mais qui peut se résoudre également en sens inverse, suivant les circonstances*». D'autres auteurs partagent cet avis: Demolombe

157. Cour royale de Nîmes, 14 mars 1842, dans *Journal du Palais*, t.1, 1842, p. 750-751. De plus, la Cour royale de Nîmes considère que «*pour que la survenance d'un enfant légitime pendant l'instance en séparation de corps ou en divorce constitue une fin de non-recevoir, il faut que la date de la conception soit évidemment postérieure aux causes ayant motivé cette action en justice*». L'arrêt de la Cour de Rouen précédemment cité a décidé de fixer cette date «*d'après la durée ordinaire de la gestation (neuf mois)*», dans *Journal du Palais*, t. 2, 1884, p. 290-291.

158. *Ibidem*.

159. Auguste LIMOUSIN, *Des causes de divorce et des fins de non-recevoir*, op. cit., p. 118.

reconnaît que la grossesse «est une des circonstances les plus favorables pour le succès de la fin de non-recevoir»¹⁶⁰; Baudry l'admet également et précise que «la grossesse fait preuve de la réconciliation des époux», à deux conditions: «si on peut l'attribuer au mari et si la femme n'a pas été violentée»¹⁶¹. Ces auteurs, tout en reconnaissant que les juges ont en la matière une faculté d'appréciation au cas par cas, sont partisans d'un système qui favorise le maintien du lien matrimonial dans l'intérêt de l'enfant à naître¹⁶².

Une seconde opinion majoritaire se montre beaucoup plus réservée, et considère que la grossesse suivie de la naissance d'un enfant établit seulement une présomption de réconciliation. Cet état ne suffit pas en effet pour prouver la réconciliation, et doit s'apprécier à la lumière d'autres éléments. D'abord, il faut tenir compte de la condition sociale des époux, «du plus ou moins de délicatesse des sentiments, du plus ou moins de culture morale des parties intéressées»¹⁶³. Duranton explique que «dans les classes riches, où l'on fait chambre à part, où les distractions sont faciles, une grossesse est certainement très significative, et comporte presque évidemment une réconciliation»¹⁶⁴. On doit voir dans la naissance d'enfants «l'effet d'un attachement réciproque» qui a effacé l'injure. À l'inverse, il en va différemment «entre gens

160. Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, op. cit., p. 508, n°411.

161. Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, op. cit., p. 142.

162. «Au 19^e siècle, l'enfant est plus que jamais au centre de la famille. Il est l'objet d'un investissement de tous ordres: affectif, mais aussi économique, éducatif, existentiel. Héritier, l'enfant est l'avenir de la famille: en effet, il n'appartient pas seulement aux siens, il est aussi le futur de la nation, producteur, reproducteur, citoyen et soldat de demain, dont la littérature se fait l'écho». Dans le même temps, il faut souligner qu'en France, dans le courant du 19^e siècle, le taux de natalité ne cesse de diminuer: 32,9% en 1800, 19% en 1910; voir «Histoire de la vie privée», op. cit., p. 147-148.

163. Onésime MASSELIN, *Dictionnaire juridique*, op. cit., p. 687. Masselin distingue deux situations: soit «cette grossesse intervient au moment où l'épouse a un domicile provisoire à part, dont elle a la force d'interdire l'accès à son mari»; dans ce cas, «le rapprochement ne peut être que parfaitement volontaire et libre»; en revanche, il en va différemment «si la grossesse survient avant le procès, mais postérieurement aux griefs qui y donnent lieu, puisque la femme dans ce cas continue d'habiter sous le même toit que son mari»; elle reste donc «soumise à sa domination de fait».

164. Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, op. cit., p. 516.

de classes inférieures, qui sont obligés de vivre continuellement ensemble»: la grossesse ne serait alors que le résultat d'un rapprochement fortuit, «*rendu presque physiquement inévitable dans une période de temps entre époux qui n'ont qu'un seul lit*»¹⁶⁵.

Ensuite, la présomption de réconciliation fondée sur la grossesse aurait, selon ces auteurs, plus de force si c'est le mari qui l'invoque:

*«Il sera prudent lorsque la femme l'invoquera, de ne pas l'admettre avec autant de faveur que si elle est alléguée par le mari»*¹⁶⁶.

Pour mieux comprendre, la demande de la femme obéirait, semble-t-il assez naturellement, à des motifs plus urgents, plus personnels: celle-ci, pour obliger le mari à se réconcilier, effacer sa faute et obtenir son pardon, pourrait avoir provoqué volontairement cette grossesse, sachant que les juges y sont plutôt favorables. Au contraire, si cette grossesse s'avère réellement accidentelle, on peut supposer que sa démarche sera commandée par des intérêts supérieurs, ou tout simplement matériels: éviter le déshonneur d'une action en désaveu de paternité, et prendre le risque finalement de se retrouver aux abois. Carpentier et Demolombe font ainsi remarquer que la grossesse ne peut pas être considérée comme une cause péremptoire de réconciliation, puisqu'elle peut au contraire servir de base à une action en désaveu de paternité¹⁶⁷. Cette opinion est partagée par Demante, qui pousse même le raisonnement à l'extrême, en considérant que la grossesse invoquée par la femme, «*loin d'élever une fin de non-recevoir, pourrait souvent passer pour la preuve d'un nouvel outrage envers son mari*»¹⁶⁸: la femme aurait alors provoqué cette grossesse pour obtenir son pardon. En revanche, cette fin de non-recevoir soulevée par le mari ne serait parfois que «*la conséquence naturelle d'une cohabitation nécessaire*». Dans ce cas, toute présomption de réconciliation tirée de la grossesse serait nulle et non avenue. En définitive, pour Demante,

165. *Ibidem*.

166. Onésime MASSELIN, *Dictionnaire juridique*, op. cit., p. 692.

167. Cf. Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, op. cit., p. 508, n°411.

168. Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de droit civil*, op. cit., p. 507.

la grossesse invoquée par la femme comme par le mari, ne constitue pas un fait matériel suffisamment probant pour attester une réconciliation sincère et effective.

Duranton considère au contraire, que cette présomption a moins de force lorsque c'est le mari qui l'invoque: en effet pour ce dernier, «*plus indépendant que la femme, la cohabitation est un acte plus libre, plus volontaire, et qui atteste plus facilement l'oubli des offenses*»¹⁶⁹. Sa démarche de réconciliation serait moins réfléchie, car dégagée des contingences matérielles, des détails domestiques... En un mot, il est maître chez lui, et a pu finalement n'obéir qu'à un penchant naturel: la chair est faible! Dès lors, réconciliation ou pas, peu importe, le mari est plus libre de ses agissements, et son mode de vie, quoi qu'il en soit, restera à quelques détails près le même. En revanche, pour cet auteur, c'est bien l'intérêt de la femme qui doit être privilégié par les tribunaux, et au-delà celui de l'enfant. La Cour de Rouen n'en a pas décidé autrement en rejetant la fin de non-recevoir invoquée par le mari pour cause de grossesse de sa femme, au motif que ses mauvais traitements envers elle ont continué après la naissance de l'enfant¹⁷⁰. Si les juges sont appelés à favoriser le maintien de l'union, ils savent aussi que tirer argument pour ce faire d'une réconciliation qui n'existerait pas vraiment serait vain.

L'opinion de ces auteurs nous livre une certaine image de la femme du 19^e siècle, et de sa place dans le couple. Moins indépendante que l'homme, guidée sans doute par des motivations et des intérêts différents de ce dernier, cette grossesse, provoquée ou accidentelle, la met dans une situation délicate. Il s'agit pour les tribunaux de protéger non seulement la femme, mais encore l'enfant à naître, et c'est bien la ligne suivie par la majorité d'entre eux en admettant au cas par cas, avec prudence et réalisme, la réconciliation. Il en est de même lorsque les juges doivent déterminer si la cohabitation prolongée, voire la reprise de la vie commune, attestent une réconciliation: en la matière, les situations les plus diverses se présentent, générant un contentieux important.

169. Alexandre DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil, op. cit.*, p. 516.

170. Cf. Cour royale de Rouen, 27 juin 1844, dans *Journal du Palais*, t. 2, 1844, p. 290-291.

B. LA CONTINUATION ET LA REPRISE DE LA VIE COMMUNE

L'un des éléments matériels qui vient corroborer la bonne entente retrouvée des époux, est sans doute la reprise de la vie commune. Celle-ci doit être effective et manifester la volonté de chacun de retrouver une vie de couple normale. La question a donné lieu à un abondant contentieux, plutôt construit sur une conception restrictive de la notion de vie commune. En la matière, la jurisprudence est constante sur un point: la réconciliation ne peut résulter du seul fait de «*la cohabitation continuée des époux*»¹⁷¹. Ce qui importe pour les juges, c'est d'abord le pardon accordé par l'époux offensé à son conjoint: ainsi le Tribunal d'Orange a jugé que la réconciliation «*ne peut être constituée que par des faits impliquant la volonté de la part du demandeur de pardonner à son conjoint les griefs qu'il a contre lui, et de continuer ou de reprendre la vie commune*»¹⁷². Partant de ce principe, «*on ne peut imposer à la femme comme fin de non-recevoir contre sa demande en divorce, la continuation de la vie commune*», s'il est constaté qu'elle ignorait alors les torts de son mari¹⁷³. Il en est de même «*si la cohabitation prolongée a été en quelque sorte forcée*», et qu'il est établi que la femme en restant au domicile conjugal, n'a pas eu l'intention de se réconcilier avec son mari¹⁷⁴; ou encore «*si le pardon du mari, suivi d'une cohabitation de quelques jours, a été obtenu par des manœuvres et des artifices frauduleux destinés à lui faire croire que la vie ou la raison de l'épouse coupable était en danger*»¹⁷⁵.

En pratique, dans la mesure où «*le fait isolé de la cohabitation*»¹⁷⁶ n'est pas suffisamment probant, il appartient aux juges de déterminer quelles sont les circonstances qui, ajoutées à la cohabitation des époux, sont susceptibles de faire présumer la

171. CA de Besançon, 1^{er} février 1806, S. 1806-2-401; voir aussi Cour royale de Bordeaux, 4 juillet 1843, *Recueil général des lois et arrêts De Villeneuve*, tome XLIII, 1843, p. 574; CA de Dijon, 6 mars 1884, S. 1885-2-55.

172. Tribunal civil d'Orange, 17 mai 1893, dans *Gazette du Palais*, 1893-2-264.

173. C. Cass., 14 mars 1888, S. 1888-1-373.

174. CA de Lyon, 24 décembre 1891, S. 1892-2-288.

175. Bruxelles, 9 août 1877, dans *Belgique Judiciaire*, 77-1409, cité dans Robert FREMONT, *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps*, op. cit., p. 167, n°313.

176. CA de Dijon, 6 mars 1884, S. 1885-2-55.

réconciliation. Cette question se pose principalement pour la femme puisque le domicile conjugal, c'est en réalité celui du mari. Les articles 259 et 268 du Code civil lui donnent néanmoins la possibilité, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse à l'action en divorce «*de quitter le domicile du mari*»¹⁷⁷; elle peut donc faire le choix au contraire d'y rester, et c'est cette décision qui va retenir l'attention des tribunaux. Ainsi, la Cour impériale de Pau considère que, «*d'après ces deux articles, la réconciliation ne peut être induite de la cohabitation*»¹⁷⁸: dans cette affaire, les époux ont continué à vivre ensemble, postérieurement aux sévices articulés à l'appui d'une demande en divorce introduite par la femme. La Cour rappelle que cette habitation commune est autorisée par la loi, et se justifie sans doute en l'espèce par l'origine modeste des parties, «*nées dans la classe utile des laboureurs*». Dès lors, les juges considèrent que la fin de non-recevoir soulevée par le mari, du fait de cette habitation commune des époux est «*frivole*», et le déboute. De son côté, la Cour de cassation a jugé que «*la réconciliation ne résulte pas du seul fait de la cohabitation*», mais qu'elle doit s'induire «*de la réunion d'un ensemble de circonstances*»: en l'espèce, il y a eu non seulement «*cohabitation libre et volontaire entre les parties*», mais encore «*les époux ont bu, mangé et conversé ensemble; la femme a continué de soigner le ménage et de faire la cuisine, sans que la paix domestique ait été troublée*»¹⁷⁹. Cette position est partagée par les auteurs: pour Laurent, puisque la femme peut continuer à cohabiter avec son mari pendant l'instance, «*l'on ne saurait considérer la vie commune comme une fin de non-recevoir contre elle*»: il faut autre chose que le fait matériel de la cohabitation, il faut des circonstances qui prouvent que la femme a l'intention de

177. L'article 259 dispose: «*Lorsque la demande en divorce aura été formée pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves, encore qu'elle soit bien établie, les juges pourront ne pas admettre immédiatement le divorce; dans ce cas avant de faire droit, ils autoriseront la femme à quitter la compagnie de son mari, sans être tenue de le recevoir si elle ne le juge pas à propos,...*». Pour sa part l'article 268 prévoit: «*La femme demanderesse ou défenderesse en divorce pourra quitter le domicile du mari pendant la poursuite (...). Le tribunal indiquera la maison dans laquelle la femme sera tenue de résider*». Il en est de même en matière de séparation de corps.

178. Cour impériale de Pau, 27 mars 1813, dans *Journal du Palais*, t. 11, p. 248.

179. C. Cass., 4 avril 1808, dans *Journal du Palais*, t. 6, 1807-1808, p. 599.

pardoner¹⁸⁰. Demolombe admet cette solution de principe, «*la cohabitation, par elle-même et par elle seule, n'est pas nécessairement une preuve de réconciliation*»; il faudra tenir compte notamment «*du temps plus ou moins long de cette cohabitation, de l'intimité plus ou moins grande, de l'état et de la condition sociale des époux*»; enfin et surtout, du fait de considérer «*lequel des deux époux sera demandeur*». En effet, Demolombe reconnaît que la femme est en général «*plus dépendante, et peut même être souvent retenue par la crainte*»¹⁸¹. En pratique, le choix de la femme de rester au domicile conjugal pendant l'instance peut être dicté par des motifs étrangers à toute idée de pardon, et de fait de réconciliation. Parmi eux nous trouvons bien évidemment «*l'intérêt des enfants*». La règle veut en principe que le mari ait la garde des enfants¹⁸²; cependant la femme peut l'obtenir de façon exceptionnelle, et ce, pendant l'instance en divorce comme en séparation de corps¹⁸³. En effet, les mères, «*nourrices de leurs enfants*», sont aussi dans la famille du 19^e siècle, les «*éducatrices et les institutrices du première âge*»¹⁸⁴, et les juges en tiennent bien

180. François LAURENT, *Principes de droit civil français, op. cit.*, n°211, p. 250.

181. Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, op. cit.*, p. 508, n°410. «*Dans les romans de Balzac, le domicile conjugal est dépeint tantôt comme une prison où l'époux garde sa femme captive, tantôt comme un fort susceptible d'être pris d'assaut par un célibataire en mal d'aventures. Aussi le mari a-t-il fort à faire pour surveiller son bien et y passe-t-il le plus clair de son temps. Le mariage n'est pas vraiment une sinécure*»; Agnès WALCH, *Histoire du couple en France, op. cit.*, p.160.

182. En effet, l'article 267 du Code civil prévoit que «*l'administration provisoire des enfants restera au mari demandeur ou défendeur en divorce, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, sur la demande soit de la mère, soit de la famille, ou du ministère public, pour le plus grand avantage des enfants*».

183. Il en est ainsi dans un arrêt rendu par la Cour de Limoges qui décide de confier la garde des deux enfants en bas âge du couple à la mère, pendant le cours de l'instance en séparation de corps. La Cour considère que «*dans un âge aussi tendre, les soins des femmes, et surtout d'une mère sont toujours plus multipliés et plus appropriés que ceux d'un père*»; Cour royale de Limoges, 15 janvier 1817, dans *Journal du Palais*, 1817/1818, t. 14, p. 234. C'est généralement l'âge et la santé de l'enfant qui décident les juges à en confier la garde à sa mère; voir Cour impériale de Rennes, 14 juillet 1866, D. 1868-2-163.

184. Anne MARTIN-FUGIER, *La bourgeoise*, Paris, Grasset, 1983, p. 195. Dans leur grande majorité, les femmes de la bourgeoisie se consacrent à l'éducation de leurs enfants et au développement de leurs relations sociales. La mère est bien l'idéal bourgeois de l'époque. On le dit, on le répète: la seule carrière qui convienne à une femme, c'est

évidemment compte. Mais si la femme n'obtient pas cette garde provisoire, ou si tout simplement elle n'en fait pas la demande par manque de moyens matériels ou financiers, elle s'oblige à rester. Dès lors, pour les juges, «*la continuation de la vie commune à laquelle la femme a pu se soumettre dans l'intérêt de ses enfants, n'entraîne pas nécessairement renonciation à faire valoir les sévices dont elle a été victime pour obtenir la séparation de corps*»¹⁸⁵.

Dans le même sens, un autre arrêt décide, «*que si la femme est demeurée au domicile conjugal, alors qu'elle connaissait les torts du mari, c'est dans le seul intérêt de sa fille, sans pour autant renoncer à faire valoir ses griefs pour obtenir la séparation de corps*»¹⁸⁶.

Mais la jurisprudence va plus loin: en effet, pour les juges, la continuation de la vie commune peut aussi se justifier par le fait que, durant cette cohabitation, «*l'époux offensé s'est efforcé de réunir les éléments de preuve qui lui faisaient défaut*». Il est ainsi de l'épouse qui, «*se sachant atteinte de la syphilis, décide de rester au domicile conjugal afin de rassembler les preuves nécessaires à son action en séparation de corps*». La Cour de Douai considère en effet que «*la femme n'a pu connaître que peu à peu la gravité et les conséquences de sa maladie, et qu'elle n'a jamais pardonné à son mari*»¹⁸⁷. Enfin, les juges soulignent fréquemment «*l'état de dépendance*» de la femme, qui explique parfois son maintien au domicile conjugal¹⁸⁸. Ainsi la Cour royale de Rennes

le mariage, stéréotype qui contamine toutes les catégories sociales; voir Agnès WALCH, *Histoire du couple en France*, op. cit., p. 166.

185. C. Cass., 11 décembre 1893, S. 1894-1-120.

186. C. Cass., 23 octobre 1911, S. 1912-1-16.

187. CA de Douai, 18 mars 1907, D.1907-2-294. Sur cette question de la communication du mal vénérien par l'un des époux, la doctrine dominante, en accord avec la jurisprudence, considère que la transmission de cette maladie n'est pas nécessairement une injure grave, et peut être seulement considérée comme telle selon les circonstances: sur cette question voir notre article, «*La notion de faits injurieux dans le divorce et la séparation de corps au XIX^e siècle*», op. cit., p. 360-363.

188. La femme étant frappée d'une incapacité générale (article 217), elle ne peut disposer de ses biens dans la communauté, régime qui ne cesse de s'étendre. La femme n'est protégée dans ses biens que par la séparation, qui suppose contrat, pratique de riches en nette régression, ou par le régime dotal. Or celui-ci, caractéristique des pays de droit écrit, ne cesse de reculer au cours du siècle, même en pays occitan, où il avait été largement conservé. Seuls les bourgeois conservent plus longtemps le régime dotal qui garantit les biens de la femme et sauvegarde, en cas de faillite, une partie du patrimoine: précaution d'un capitalisme à forte texture familiale; «*Histoire de la vie privée*», op. cit., p. 106 et 122.

considère que «*la cohabitation continuée depuis les premiers maltraitements du mari, atteste moins la réconciliation que la patience de l'être le plus faible*». En l'espèce, nous apprenons que les dépositions de dix-neuf témoins «*offrent une masse de circonstances*» qui ne permet pas de douter de la malheureuse habitude du mari de maltraiter son épouse, «*au point de lui rendre insupportable la vie commune*»¹⁸⁹. Dans le même sens, afin de repousser l'exception de réconciliation invoquée par le mari pour «*cohabitation continuée*», les juges se sont fondés sur «*la patience et la longanimité dont la femme a fait preuve*», en introduisant sa demande en divorce près de deux ans après les injures et violences dont elle a été victime. Il est certain que recourir à l'appareil judiciaire pour régler les mésententes conjugales n'est souvent qu'une solution imparfaite pour la femme, et qui explique sans doute ses hésitations. Par ailleurs, si les caractéristiques essentielles de la nature féminine, «*douce et fragile*», sont rappelées par les juges pour justifier l'autorité maritale, elles les obligent aussi à condamner les débordements d'un homme brutal, d'un mari coupable qui s'en est montré indigne. Autrement dit, dans la pratique, il s'avère que le plus souvent la femme n'a pas vraiment le choix: elle continue d'habiter avec son mari, alors que les difficultés conjugales, voire les scènes d'injures et de violences, perdurent. Il s'agit alors d'une cohabitation endurée, et commandée par des impératifs matériels¹⁹⁰. Plusieurs décisions sont rendues dans ce sens, les juges repoussant systématiquement la réconciliation en considérant avec réalisme les conditions dans lesquelles la femme a continué la vie commune. Pour ce faire, un élément déterminant doit être pris en compte: il s'agit de la condition sociale des époux; «*il est des cas*», écrit Frémont, «*dans les classes malaisées, où la femme est obligée de continuer à*

189. Cour royale de Rennes, 1^{er} avril 1814, dans *Journal du Palais*, t. 12, p. 169-170.

190. «*Si tout au long du 19^e siècle, la situation de la femme s'améliore matériellement du fait de l'embourgeoisement général, et si, de ce fait, son rôle en privé est mieux reconnu, sa position relativement à l'homme semble avoir empiré, parce que l'homme obtient des droits et pas elle*»; Claude BERNARD, *Penser la famille au XIX^e siècle*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2007, p. 155; sur les grandes étapes du féminisme en France, voir Maïté ALBISTUR et Daniel ARMOGATHE, *L'Histoire du féminisme français du Moyen Âge à nos jours*, Paris, Éditions Des femmes, 1977, II, p. 359-503.

habiter avec son mari». Dans cette hypothèse, la cohabitation, «*même depuis la demande en séparation, ne sera pas considérée comme une fin de non-recevoir, comme une réconciliation*»¹⁹¹. Un avis partagé par Masselin: il s'agit non seulement d'évaluer «*la différence de conditions sociales*», mais encore «*la délicatesse des sentiments*», «*la culture morale*» des époux¹⁹². Demolombe résume clairement cette question délicate de la cohabitation continuée: il faudra tenir compte «*de l'état et de la condition sociale des époux*», selon qu'ils peuvent «*plus ou moins facilement demeurer dans le même appartement, partager le même lit, ou au contraire se séparer*»¹⁹³.

En résumé, la difficulté majeure pour les juges est de déduire de l'ensemble des circonstances qui accompagne cette cohabitation la preuve d'une réconciliation: celle-ci ne peut en effet «*résulter que de faits certains*»¹⁹⁴. Or, il faut bien reconnaître qu'en la matière, les juges se montrent très rigoureux, puisque la tendance générale de la jurisprudence est de rejeter ce type de fin de non-recevoir tirée de la cohabitation continue des époux. Pour mieux comprendre, il faut souligner que la plupart des demandes en séparation étant formées par la femme¹⁹⁵, c'est donc le mari qui invoque la réconciliation

191. Robert FREMONT, *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps*, op. cit., p. 165, n°306. Voir dans ce sens: CA de Besançon, 1^{er} février 1806, S. 1806-2-401; Cour impériale de Pau, 27 mars 1813, dans *Journal du Palais*, t. 11, p. 218; Cour royale de Rennes, 1^{er} avril 1814, dans *Journal du Palais*, t. 12, p. 169-170; C. Cass., 4 avril 1808, dans *Journal du Palais*, t. 6, p. 599; Cour royale de Bordeaux, 4 juillet 1843, S. 1843-2-573.

192. Onésime MASSELIN, *Dictionnaire juridique*, op. cit., p. 687.

193. Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, op. cit., p. 508, n°410.

194. C. Cass., 10 mars 1908, S. 1908-1-308.

195. Selon l'étude de Bernard Schnapper, la séparation de corps est une institution féminine au 19^e siècle, puisque que les demandes émanent pour plus de 85% de femmes, en général «*mères de famille d'âge mûr*», ayant derrière elles plusieurs années de mariage: des «*femmes excédées moins par l'infidélité de leur mari que par les mauvais traitements dont elles sont accablées*». Par ailleurs, le nombre de ces demandes progresse notablement dans la seconde moitié du 19^e siècle, surtout après la loi du 30 janvier 1851 sur l'assistance judiciaire qui ouvre plus largement ce recours. La procédure qui jusque-là était d'usage bourgeois, se popularise nettement. Le divorce quant à lui obéit à des caractères assez voisins; Bernard SCHNAPPER, «*La séparation de corps de 1837 à 1914. Essai de sociologie juridique*», op. cit., p. 459-460; «*Histoire de la vie privée*», op. cit., p. 284.

sous prétexte que, si son épouse demeure avec lui, c'est qu'elle lui a pardonné. Ainsi, l'examen des décisions montre que la démarche de ce dernier peut obéir, le cas échéant, à des motifs inavouables: par exemple, ne pas verser de pension alimentaire à sa femme, obligation prévue par l'article 259 du Code civil, au cas où celle-ci décide de s'établir ailleurs pendant l'instance¹⁹⁶; ou encore éviter un scandale public. La séparation judiciaire, si elle est prononcée, le menace non seulement d'une sanction, mais offre à la femme une protection contre son mari. Une femme ayant des biens en retrouverait la jouissance, voire l'administration et parfois la disposition¹⁹⁷. En résumé, l'homme est certainement plus libre de ses choix, et reste le chef de famille, «*maître*» de sa femme et du domicile conjugal.

Mais pour la majorité des auteurs, la réconciliation est plus manifeste encore lorsqu'il y a reprise de la vie commune¹⁹⁸. Cela est notable lorsqu'elle se produit entre époux «*dont la situation de fortune et le milieu social*» leur permettent de choisir deux habitations distinctes. C'est en tenant compte de ces éléments que la Cour de Bruxelles a décidé que le fait de la part de la femme demanderesse, d'être venue voir plusieurs fois son mari habitant une autre ville, «*de s'y être montrée avec lui dans le monde et d'avoir partagé le domicile conjugal, emporte réconciliation*»¹⁹⁹.

196. L'article 259 du Code civil prévoit que si la femme est autorisée par les juges «à quitter la compagnie de son mari» pendant l'instance, celui-ci sera tenu de lui «*payer une pension alimentaire proportionnée à ses facultés, si la femme n'a pas elle-même des revenus suffisants pour fournir à ses besoins*».

197. La séparation de corps entraîne celle des biens (article 311 du Code civil), et les deux époux séparés peuvent avoir des domiciles distincts. En revanche, le mariage n'est pas dissous: non seulement les séparés ne peuvent pas se remarier, mais la femme demeure incapable; voir Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 85-87. Cette incapacité de la femme séparée est supprimée par la loi du 6 février 1893 après le rétablissement du divorce pour tenter de réduire la concurrence de ce dernier, mais depuis longtemps déjà cette réforme avait été demandée; voir Bernard SCHNAPPER, «La séparation de corps de 1837 à 1914. Essai de sociologie juridique», *op. cit.*, p. 454. Sur cette réforme voir Paul BERNARD, «La séparation de corps réformée», dans *Revue critique de législation*, 1862, t. 20, p. 42-55.

198. Cf. Robert FREMONT, *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps*, *op. cit.*, p. 163, n°301; Onésime MASSELIN, *Dictionnaire juridique*, *op. cit.*, p. 687-689; Charles DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, *op. cit.*, p. 508-509, n°410, n°412; Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, *op. cit.*, p. 141.

199. C.A. de Bruxelles, 10 juillet 1871, dans *Belgique Judiciaire*,

Il en est ainsi également lorsque la femme rentre au domicile conjugal, pendant l'instance en séparation, et «*après que l'ordonnance du président lui a assigné provisoirement une résidence séparée*»²⁰⁰. Cependant, cette circonstance n'entraîne pas toujours et nécessairement la présomption voire la preuve d'une réconciliation: «*on ne peut répondre ici d'une manière absolue*» affirme Frémont²⁰¹. Il faut donc examiner dans quelles conditions la vie commune a repris entre les époux. Pour résumer l'analyse des auteurs, nous retiendrons deux circonstances qui démontrent une réconciliation effective. D'abord, disent-ils, cette réintégration au domicile conjugal doit être volontaire de la part du conjoint qui l'a quitté; ensuite, cette reprise de la vie commune doit être le résultat d'un accord de volontés entre les époux. Ces deux conditions sont d'ailleurs reprises dans une affaire par la jurisprudence de la Cour de cassation: après une première demande en séparation de corps introduite par la femme, et «*non poursuivie*», celle-ci réintègre volontairement le domicile conjugal. Les époux cohabitent pendant six mois, puis la femme renouvelle sa demande, fondée sur des faits à la fois antérieurs et postérieurs à sa réintégration. Cependant, malgré «*le caractère injurieux de certains propos du mari envers sa femme*», la Cour constate «*qu'en l'absence de faits nouveaux suffisamment graves pour faire revivre les anciens*», la réconciliation est dorénavant consommée entre les époux²⁰². Pour les juges, il ne s'agit pas de répondre aux caprices des couples, mais plutôt de contrôler l'ordre domestique. Pourtant, il est vrai que parfois la reprise de la vie commune n'est qu'une marque d'obéissance

71.1076, cité par Robert FREMONT, *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps*, op. cit., p. 163, n°301.

200. Onésime MASSELIN, *Dictionnaire juridique*, op. cit., p. 687; Robert FREMONT, *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps*, op. cit., p. 164, n°304.

201. Robert FREMONT, *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps*, op. cit., p. 162, n°299. En revanche, les auteurs considèrent que le simple fait du rétablissement de la vie commune, après le jugement prononçant la séparation de corps, suffit à la faire cesser: il prouve en effet d'une manière non équivoque la volonté des époux de renoncer à la séparation de corps. Dès lors, «*le consentement mutuel qui ne peut pas fonder la séparation de corps, peut au contraire la faire cesser*»; Gabriel BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, op. cit., p. 218; Antoine-Marie DEMANTE, *Cours analytique de droit civil*, op. cit., p. 527. Dans le même sens, C. Cass., 30 décembre 1861, D. 1862-1-57.

202. C. Cass., 12 novembre 1862, D. 1863-1-244.

à certaines convenances sociales de la part d'époux qui, dans un même domicile, peuvent néanmoins vivre sans intimité²⁰³. Ainsi, dans une autre affaire, la Cour de cassation considère que si la femme est bien rentrée au domicile conjugal, «*qu'elle y a repris quelques unes des habitudes de la vie commune, rien n'établit, de la part de son mari, le désir de compléter la réconciliation commencée*»²⁰⁴; qu'au contraire tout tend à prouver que «*la bonne harmonie ne s'est pas rétablie entre eux*». La Cour rappelle alors que «*la réconciliation est un véritable contrat, qui renferme le consentement réciproque des époux à oublier le passé*», et que, malgré la reprise de la vie commune, «*il n'y a pas eu un retour sincère et complet aux habitudes*» de la vie de couple. Dès lors, bien que la reprise de la vie commune puisse, dans certains cas, faire présumer la réconciliation, encore faut-il que «*la conduite et les sentiments exprimés par les époux*» traduisent une volonté partagée de reprendre la vie conjugale²⁰⁵. Il est jugé dans ce sens que la femme qui, «*après avoir quitté le domicile conjugal en raison des mauvais traitements de son mari, fait sommation à celui-ci de l'y recevoir*», ne s'est pas réconciliée, d'autant plus que le mari n'a pas accédé à la sommation²⁰⁶; et il en est de même si ce dernier y consent²⁰⁷. Quoi qu'il en soit, la cohabitation continuée comme la reprise de la vie commune ne suffisent pas toujours à faire présumer la réconciliation; encore faut-il que l'attitude des époux, «*les sentiments exprimés*» n'enlèvent pas à ce fait matériel toute sa signification.

CONCLUSION

À l'issue de cette étude, illustrée par une jurisprudence relativement homogène, la question d'une éventuelle réconciliation entre les époux prend un tout autre relief. Certes, «*droit du modèle*», le Code civil dessine la seule famille conforme

203. Cf. Régine BEAUTHIER, «Le juge et le lit conjugal au XIX^e siècle», dans Marie-Thérèse COENEN (dir.), *Corps de femmes: sexualité et contrôle social*, Bruxelles, De Boeck, 2002, p. 61.

204. C. Cass., 15 juin 1836, S. 1837-1-89.

205. CA de Lyon, 11 octobre 1919, D. 1921-2-8; CA de Rouen, 11 mars 1846; Tribunal civil de le Seine, 11 mai 1894, dans Adrien CARPENTIER, *Traité théorique et pratique du divorce, op. cit.*, p. 445.

206. CA de Turin, 14 février 1810, dans *Journal du Palais*, t. 8, p. 105-106.

207. CA de Paris, 21 novembre 1840, S. 1841-2-68.

aux objectifs de l'ordre social à construire: légitime, bourgeoise, patriarcale, autoritaire²⁰⁸. Désormais, il n'est plus question de bâtir les relations familiales autrement que sur l'autorité naturelle du chef de famille, ainsi que sur le partage naturel des tâches entre les sexes²⁰⁹. La figure du mari et du père domine de toute sa stature la famille comme la société civile du 19^e siècle: le droit, la philosophie, la politique, tout contribue à asseoir et à justifier son autorité²¹⁰. Désormais, le rôle du législateur est de sanctionner les écarts, les déviances qu'on sait inévitables par rapport à ce modèle, de se faire le garant et le gardien de l'ordre matrimonial laïcisé²¹¹. La question de la nature de la femme est ici décisive, et les recherches sur l'histoire des femmes soulignent l'importance du discours scientifique ambiant qui, tout au long du 19^e siècle, justifie par la nature biologique même de leur être, leur «*différence*», leur «*fragilité*», et, de fait, leur soumission à l'autorité maritale²¹². Dès

208. Irène THÉRY, *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris, Odile Jacob, 1995, p. 66.

209. «*Le besoin d'affirmer l'autorité patriarcale se ressent fortement sans doute pour conjurer la peur que la menace d'égalité aurait fait peser sur la cellule conjugale et par ricochet sur la société*»; Agnès WALCH, *Histoire du couple en France*, op. cit., p. 153.

210. De Hegel à Proudhon, du théoricien de l'État au père de l'anarchie, une majorité conforte sa puissance. Traditionalistes, révolutionnaires et républicains confient au seul père de famille les clés de la cité. La pensée française sur la famille est d'une particulière richesse au 19^e siècle, en raison sans doute de l'acuité des problèmes liés à la reconstruction politique, juridique et sociale postrévolutionnaire. Sur l'histoire des idées politiques et la famille; voir «*Histoire de la vie privée*», op. cit., p. 89-100; Éric GASPARI, Patrick CHARLOT (dir.), *La femme dans l'histoire du droit et des idées politiques*, Dijon, Éditions Universitaires de Dijon, 2008.

211. Cf. Irène THÉRY, *Le démariage. Justice et vie privée*, op. cit., p. 67. «*Il ne faut pas s'imaginer que la mystique du mariage est attachée au mariage religieux et que, avec le progrès de la laïcité sous la Troisième République, cette mystique a tendance à s'effacer. Au contraire, dans la mesure où la religion ne cimenter plus la société, une morale laïque devra prendre sa place. Cette morale va sacraliser le couple*»; Anne MARTIN-FUGIER, *La bourgeoise*, op. cit., p. 144.

212. Yvonne KNIBIEHLER, «*Les médecins et la nature féminine au temps du Code civil*», dans *Annales Économies, Sociétés, Civilisations*, juillet-août 1976, volume 31, n°4, p. 824-845; voir aussi Georges DUBY et Michelle PERROT (dir.), *Histoire des femmes en Occident*, t. 4, Paris, Plon, 1991. La philosophe Geneviève Fraisse explique que la différenciation des droits entre les hommes et les femmes à cette époque devient pour le législateur et les philosophes un objectif à atteindre. De fait, au lendemain du Code civil, la séparation des deux sphères, domestique et politique,

lors, en raison de la nature profondément politique des questions familiales, l'enjeu est de taille pour les tribunaux: répondre aux attentes des couples, tout en confortant un certain modèle conjugal. Le procès entraîne alors les magistrats dans «*le secret intérieur*» des ménages, et les obligent à connaître des faits qui par nature sont scandaleux puisqu'ils perturbent «*la paix domestique*», et par voie de conséquence, l'ordre social²¹³. Pourtant, c'est au nom de cet ordre social, et de la défense d'une certaine morale favorable, *a priori*, au maintien du lien conjugal, que les juges vont se montrer très exigeants pour admettre la réconciliation. En effet, ce qui résulte de l'ensemble des décisions étudiées, c'est d'abord la volonté commune, libre et réfléchie des époux qui doit présider à toute réconciliation. La théorie purement consensualiste l'emporte finalement: le mariage se fait par consentement mutuel, et pour s'inscrire dans la durée, il doit reposer sur des signes extérieurs de paix, d'union et d'accord. Il en est de même de la réconciliation, «*véritable contrat qui renferme le consentement réciproque des époux à oublier le passé*»²¹⁴, marqué par un retour sincère aux habitudes de la vie commune. L'essentiel réside dans cet accord de volonté des époux, que la réunion d'un ensemble de faits matériels vient seulement corroborer.

À cet égard, les juges font preuve d'une certaine prudence dans l'appréciation des éléments visant à établir le rapprochement des conjoints. Ils savent que favoriser le maintien d'une «*union mal assortie*», dans l'intérêt de la société, des mœurs et «*pour faire cesser le scandale*» n'est pas un argument suffisant. Sans doute sont-ils conscients qu'«*une nouvelle réconciliation faite à la légère entraînera une nouvelle rupture*»²¹⁵: contraindre des époux à vivre ensemble dans une telle mésentente serait plus scandaleux encore. Leur réalisme les conduit aussi à limiter des conflits conjugaux récurrents, et surtout la multiplication des instances judiciaires provoquées par des époux entre lesquels toute chance de vie commune est exclue²¹⁶.

va assurer pour longtemps la dépendance des femmes; voir Geneviève FRAISSE, *La Raison des femmes*, Paris, Plon, 1992, p. 58.

213. Régine BEAUTHIER, «Le juge et le lit conjugal au XIX^e siècle», *op. cit.*, p. 42.

214. C. Cass., 15 juin 1836, dans *Journal du Palais*, t. 1, p. 27-28.

215. George SAND, *Œuvres, Correspondances 1812-1876*, Paris, Garnier, 1964-1991.

216. Cf. Régine BEAUTHIER, «Le juge et le lit conjugal au XIX^e



Enfin, l'idée de liberté dans le mariage qui se répand à partir du milieu du siècle, a pu influencer ces magistrats: le mariage n'est plus conçu comme l'institution exclusivement vouée à la procréation, mais comme l'épanouissement de la sentimentalité et de la sensualité des conjoints²¹⁷. Les mauvais traitements et les violences des époux sont de plus en plus mal tolérés²¹⁸. Les juges semblent être plus à l'écoute des couples, et notamment des femmes: ils n'hésitent pas à évoquer les sentiments, les espoirs, voire les illusions que l'épouse entretient à l'égard du mariage. De fait, la femme doit obéir à son mari, mais elle peut aussi espérer de la justice une certaine protection. La réconciliation souhaitée par le mari, qui ne correspondrait pas à la représentation du mariage véhiculée dans la jurisprudence, n'a aucune chance d'aboutir. Le mariage, répètent les juges, repose sur une véritable communauté d'existence entre conjoints, qui ne peut se satisfaire d'une décision de se réconcilier prise à la légère: il en va de la dignité même de l'institution. Ce faisant, cette jurisprudence conforte le modèle matrimonial dominant, et ce que doit être le rôle de chacun des époux dans l'union. Néanmoins, sur le terrain judiciaire, l'intransigeance des juges pour admettre la réconciliation contribue, à sa façon,

siècle», *op. cit.*, p. 59-60.

217. «Liberté et égalité, voilà les revendications qui ne cesseront de s'affirmer légalement en matière matrimoniale: ce sont les idées de la république "républicaine" de la fin du XIX^e siècle (...). Pour l'établissement d'un mariage heureux, le maître mot c'est la liberté», explique Destutt de Tracy (cité dans l'auteur ci-après? préciser). Sur ce courant favorable à la liberté dans le mariage; voir Arnould BETHERY DE LA BROUSSE, *Entre amour et lien conjugal dans la pensée juridique moderne*, Paris, Lextenso-éditions, 2011, p. 271-303. À partir de la 3^{ème} République, se met en œuvre un mécanisme de rejet de la conception du mariage véhiculée par le Code civil. Toute l'évolution législative ira désormais dans ce sens : la place est à la réalité sociale, fruit des libertés individuelles. L'attaque la plus pertinente vient du juriste Acollas. Pour lui, le mariage n'est ni une expression de la souveraineté se concrétisant par un système d'obligations, ni une réalité naturelle transcendant les époux, mais l'association de deux libertés autonomes: «Le mariage est l'association de l'homme et de la femme fondée sur le sentiment moral de l'amour, et soumise à la double loi de la liberté et de l'égalité»; Émile ACOLLAS, *Manuel de droit civil, commentaire philosophique et critique du Code Napoléon*, Paris, Germer-Baillière, 1874, t. 1, p. 117.

218. Cf. Bernard SCHNAPPER, «La séparation de corps de 1837 à 1914. Essai de sociologie juridique», *op. cit.*, p. 466.

BÉNÉDICTE DECOURT

à l'évolution des mœurs et au progrès de la liberté dans le mariage: «aux hommes, la fabrication des lois, aux femmes, la réforme des mœurs»²¹⁹!

Bénédicte DECOURT
Université de Nice
Sophia Antipolis

219. Cet adage est emprunté à l'ouvrage d'Isabelle GATTI DE GAMOND, *De la condition des femmes au dix-neuvième siècle et de leur éducation publique et privée*, Bruxelles, Berthot, 1834, cité par Marie-Thérèse COENEN (dir.), *Corps de femmes: sexualité et contrôle social*, op. cit., p. 203.

LA RÉCONCILIATION DES ÉPOUX AU 19^E S.