



**HAL**  
open science

# LA NOTION DE FAITS INJURIEUX DANS LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS AU XIX<sup>e</sup> siècle

Bénédicte Decourt Hollender

► **To cite this version:**

Bénédicte Decourt Hollender. LA NOTION DE FAITS INJURIEUX DANS LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS AU XIX<sup>e</sup> siècle. *Revue historique de droit français et étranger*, 2012, n°3, p.329-378. hal-04492569

**HAL Id: hal-04492569**

**<https://hal.science/hal-04492569>**

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 NOTION DE FAITS INJURIEUX DANS LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS AU XIX<sup>e</sup> SIÈCLE

« L'article 231 du Code civil ne définissant pas les excès, sévices et injures graves de nature à justifier une demande en divorce ou en séparation de corps, s'en remet à cet égard à l'appréciation discrétionnaire des juges du fond »<sup>1</sup>. Ce principe, les Tribunaux l'ont toujours défendu, et à plusieurs reprises, la Cour de cassation en a reconnu l'autorité<sup>2</sup>. A ce pouvoir discrétionnaire des juges, il n'existe qu'une limite : l'obligation pour eux de motiver leur décision, en indiquant les faits sur lesquels ils s'appuient. Cette liberté absolue d'appréciation, que le législateur doit abandonner au Tribunaux, ne pouvant prévoir à l'avance les cas dans lesquels ces derniers auront à débattre, a certainement permis à la jurisprudence d'élargir les causes de dissolution du mariage. Toutefois, les faits visés par l'article 231 n'apportent pas tous une égale contribution au travail d'extension jurisprudentielle réalisé tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle. En effet, les excès et sévices, bien que compris dans un sens très large, comportent une définition assez précise : suivant Savoie-Rollin<sup>3</sup>, « ces faits constituent la violence des corps », et cette définition lui semble si claire qu'il ajoute que « ces derniers ne peuvent donner lieu à l'arbitraire des jugements ». En revanche, « les expressions d'injures graves n'ont pas la même précision, mais leur rapprochement de celles d'excès et sévices indique qu'elles sont au moral ce que les autres sont au physique »<sup>4</sup>. Dès lors, dans le langage du Code, on doit considérer comme des excès, les coups et mauvais traitements, surtout quand ils sont de nature à faire craindre pour la vie de celui des deux époux qui en est l'objet<sup>5</sup>. Quant aux sévices, ce sont « des actes de cruauté, de méchanceté moins violents, mais en général plus habituels »<sup>6</sup>. Comme on le voit, excès, et sévices dans une moindre mesure<sup>7</sup>, ne laissent

---

<sup>1</sup> Cour de cassation, 2 juin 1890, D.P. 1891-1-300.

<sup>2</sup> Voir dans ce sens : C. Cass. 24 février 1892, S. 1892-1-367 ; C. Cass. 19 juin 1889, S. 1890-1-70 ; C. Cass. 6 novembre 1888, S. 1889-1-64 ; C. Cass. 12 mai 1885, S. 1886-1-16. Sur l'extension du pouvoir créateur du juge au XIX<sup>e</sup> siècle, et ce malgré le culte réservé au principe de légalité, voir la thèse de C. BOUGLÉ-LE ROUX, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810. Le principe de légalité à l'épreuve de la jurisprudence (1811-1863)*, Paris, 2005.

<sup>3</sup> Jacques-Fortunat Savoie-Rollin, né à Grenoble le 18 décembre 1754, appartient à la magistrature sous l'Ancien Régime, en qualité d'Avocat général au Parlement de Grenoble (1780-1790). Il vit à l'écart des fonctions publiques pendant la période révolutionnaire, puis est nommé, sous le Directoire, attaché au bureau consultatif des arts et manufactures. Membre du Tribunal le 4 nivôse an VIII, il est président et secrétaire de cette assemblée. Le 10 thermidor an XIII, il est nommé préfet de l'Eure, et administre ensuite (21 mars 1806) le département de la Seine-Inférieure. Nommé baron de l'Empire (12 avril 1809), puis officier de la Légion d'honneur (1811), il est compromis dans les malversations du receveur de l'octroi de Rouen, Branzon (1812). Reconnu innocent par la Cour impériale de Paris, il reçoit, en compensation de sa disgrâce, la préfecture des Deux-Nèthes (12 mars 1813). Destitué à la Restauration, il est rappelé, aux Cent-jours, à la préfecture de la Côte-d'Or (6 avril 1815) qu'il refuse. Le 22 août 1815, il est élu député du grand collège de l'Isère, charge qu'il occupe de 1815 à 1823. Proche de l'opposition modérée, il se prononce notamment en faveur de la liberté de la presse, et proteste contre le rétablissement de la censure. Il meurt à Paris le 1<sup>er</sup> août 1823 : *Dictionnaire des parlementaires français de 1789 à 1889*, A. ROBERT et G. COUGNY, Paris, 1968, t.V, p.280.

<sup>4</sup> Rapport au Tribunal de Savoie-Rollin du 27 ventôse an XI (18 mars 1803), cité dans C. BLANC DU COLLET, *Contribution à l'histoire du rétablissement du divorce en France en 1884. Etude faite d'après les travaux préparatoires de la loi Naquet*, Paris, 1939, p.508.

<sup>5</sup> R. FREMONT, *Traité pratique du divorce et de la séparation de corps*, Paris, 1884, p.29 ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil*, Paris, 1897, t.5, p.175, §491 ; C. DEMOLOMBE, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, Paris, 1874, t.2, p.454, n°383 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, Paris, 1869, t.3, n°186-187 ; MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1821-1825, *séparation de corps*, §1, n°3.

<sup>6</sup> C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.454, n°383. Lors de la discussion de l'article 231, Treilhard, dans son discours au Conseil d'Etat, s'exprime en ces termes : « Les excès, les sévices, les injures graves sont des causes de divorce ; il est inutile d'observer qu'il ne s'agit pas de simples mouvements de vivacité, de quelques paroles dures

guère de place à l'appréciation des juges : une fois prouvés, ces faits sont tellement graves qu'une atténuation, même celle résultant de la provocation, serait difficilement opposable. Ces derniers peuvent donc la plupart du temps servir de base à la séparation de corps ou au divorce<sup>8</sup>.

En revanche, l'injure grave étant la moins précise des causes déterminées de divorce ou de séparation de corps, c'est en cette matière que le pouvoir souverain des juges se manifeste dans toute sa force. Evidemment, il ne fait pas de doute, et cela n'est contesté ni en doctrine ni en jurisprudence, que le mot injure, dans le sens de l'article 231, doit être pris dans une acception beaucoup plus large que celle du Code pénal<sup>9</sup>. Pour Demolombe, « les injures graves résultent de paroles, d'écrits ou de faits outrageants par lesquels l'un des époux attente à l'honneur et à la considération de l'autre, et témoigne pour lui des sentiments de haine, d'aversion ou de mépris. Telle est l'acception généralement reconnue de ces mots, que la loi d'ailleurs n'a pas définis et ne pouvait définir, car il s'agit essentiellement ici d'une question de fait qui devait être abandonnée à l'appréciation discrétionnaire des magistrats »<sup>10</sup>. Dès lors, ce qui domine la jurisprudence, c'est le principe posé par la Cour de cassation, que la détermination, non seulement de la gravité, mais de l'existence même de l'injure, cause de divorce, est une question de fait pour laquelle les juges du fond sont souverains, et « remplissent donc, en quelque sorte, l'office de jurés en la matière »<sup>11</sup>.

L'injure grave est introduite dans notre législation par la loi du 20 septembre 1792 qui en fait une cause déterminée de divorce<sup>12</sup>. Cependant, on en relève des traces dès l'Antiquité, puisque la notion d'injure est connue du droit romain. L'« injuria » désigne dans son acception étymologique, « tout acte contraire au droit » : « *generaliter injuria dicitur omne quod non jure fit* »<sup>13</sup>. Le principe étant qu'il n'y a pas injure sans dol et sans intention de nuire

---

échappées dans des moments d'humeur ou de mécontentement, mais de véritables excès, de mauvais traitements personnels, de sévices dans la rigoureuse acception du mot *soevitia*, cruauté, et d'injures portant un grand caractère de gravité ». Par conséquent, les mots « excès » et « sévices » dont parle l'article 231 sont des faits qui attestent la barbarie et l'inhumanité de celui qui en est l'auteur : C. BLANC DU COLLET, *op. cit.*, p.508. Sur la répression des violences conjugales : C. BOUGLÉ-LE ROUX, *op. cit.*, pp.41-46.

<sup>7</sup> Les sévices laissent cependant plus de place que les excès à l'appréciation des juges : « Il en est ainsi notamment en matière de séquestration de la femme par le mari. Le juge aura à apprécier, si le fait se présente, les circonstances qui l'ont amené, son caractère plus ou moins sévère, plus ou moins bénin » : R. FREMONT, *op. cit.*, pp.30-33.

<sup>8</sup> « Lors donc que l'existence des excès est reconnue, le mot l'emporte, c'est que la mesure est comblée, et il est vrai de dire alors, d'une manière absolue, qu'il y a lieu à séparation » : C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.455, n°384.

<sup>9</sup> En matière de divorce, il faut au moins entendre tous les faits qui sont qualifiés comme tels par la loi pénale, c'est-à-dire, selon l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 : « Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure ».

<sup>10</sup> C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.454, n°385. Cette définition est également adoptée par AUBRY et RAU, *op. cit.*, t.5, n°175 et 176, §491 ; FUZIER-HERMAN, *Code civil annoté*, Paris, 1935, t.1, art.231, n.2.

<sup>11</sup> C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.455, n°385. « Quand la Cour de cassation déclare que « l'article 231 du Code civil n'a pas défini l'injure grave », elle fait une allusion évidente à la fameuse distinction entre notions définies et notions indéfinies qui vient du droit pénal. En effet, il existe en la matière des catégories juridiques, comme le vol, qui sont à la fois nommées et définies par le législateur, et d'autres que le législateur nomme mais ne définit pas. La distinction a sa conséquence devant la Cour d'assises pour la position des questions au jury : s'agissant d'une notion définie, la question sera posée en fait ; pour une notion non définie, le jury aura à résoudre un problème de qualification, problème de droit ». Il en est de même pour la Cour de cassation en matière d'injures, « ce qui achève de marquer au coin du droit pénal le pouvoir souverain des juges du fond en matière d'injures graves, c'est la formule assez répandue chez les auteurs du siècle dernier, suivant laquelle les magistrats civils doivent remplir l'office de jurés pour l'application de l'article 231 » : J. CARBONNIER, « La notion de cause de divorce », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1937, t.XXXVI, pp.284-285.

<sup>12</sup> Loi du 20-25 septembre 1792, article 4 : « Chacun des époux peut également prononcer le divorce sur des motifs déterminés ; savoir...sur les crimes, sévices ou injures graves de l'un envers l'autre ».

<sup>13</sup> Institutes, IV, 4, de *injuriis*, pr., cité par P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1924, p.418. Le délit d'*injuria* est celui qui a conservé le plus nettement l'empreinte de l'époque archaïque dominée par l'idée de vengeance : en effet, les actions accordées à la victime visent d'abord à satisfaire le désir de venger

à la réputation d'autrui<sup>14</sup>. C'est à l'époque classique que les causes de dissolution volontaire du mariage se développent en droit romain. En effet, la femme étant plus rarement placée sous la *manus* de son mari, la dissolution se présente sous la double forme du divorce par consentement mutuel (*divortium*) et du divorce par volonté unilatérale (*repudiatio*)<sup>15</sup>. Par la suite, les empereurs chrétiens s'efforcent de réglementer le divorce, et à partir de Constantin, de le limiter<sup>16</sup>. Justinien distingue pour sa part trois sortes de divorces, qu'il définit de façon stricte : le divorce par consentement mutuel<sup>17</sup>, le divorce *bona gratia* autorisé pour des motifs légitimes<sup>18</sup>, et enfin le divorce pour juste cause, *ex justa causa*, qui peut être obtenu par le mari ou la femme invoquant contre le conjoint des injures graves, dont la liste est donnée par la Nouvelle 117<sup>19</sup>.

A partir du IX<sup>e</sup> siècle, l'interdiction du divorce s'affirme sans conteste dans les conciles, chez les canonistes, comme dans tous les textes du « Corpus juris Canonici », où le terme « *divortium* » recouvre un contenu nouveau<sup>20</sup>. En effet, l'Eglise, tout en proclamant

---

l'outrage subi. La loi des XII Tables édicte des peines contre trois délits de ce genre : les malédictions et pratiques de sorcellerie, les atteintes à l'intégrité physique, en particulier le *membrum ruptum* pour lequel la loi conserve la sanction primitive du talion, et enfin les violences légères, sanctionnées par des peines pécuniaires fixes. Par la suite, l'édit prétorien dans son dernier état (II<sup>e</sup> siècle après J.C.) contient une disposition générale réprimant les voies de fait, et des dispositions particulières sur certaines formes d'atteinte à la personne (paroles injurieuses, écrits diffamatoires, outrage à la pudeur etc.) : R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1954, pp.40-46 ; P.-F. GIRARD, *op. cit.*, pp.418-461 ; P. HUVELIN, « La notion de l'*injuria* dans le très ancien droit romain », in *Mélanges Appleton*, 1903, pp.375-386.

<sup>14</sup> En effet, l'action d'injures n'est possible qu'en cas de délit intentionnel, et seulement pendant l'année suivant le délit : on considère que, passé ce délai, la victime a pardonné : J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, Paris, 2009, p.278.

<sup>15</sup> En matière de répudiation, les causes n'étant pas limitatives, le juge bénéficie d'un large pouvoir d'appréciation. Dans l'ancien droit romain, en revanche, la dissolution du mariage se fait, soit par la mort du conjoint, soit par la disparition du *conubium* (incapacité survenant par la perte de liberté, du droit de cité ou changement du *status familiae*). La dissolution volontaire est quant à elle assez rare : le mariage étant généralement accompagné de l'entrée de la femme sous la *manus* du mari, seul ce dernier ou son *pater* peut rompre les liens qui l'attachent à sa famille. Le mariage peut être rompu dans trois cas limitativement déterminés : si la femme s'est rendue coupable d'adultère, d'avortement ou de consommation de vin : J. GRANDIN, *Du divorce en droit romain*, thèse de droit, Paris, 1994, p.37 ; P. OURLIAC, J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé. Le droit familial*, t.3, Paris, 1968, pp.175-176.

<sup>16</sup> Constantin est le premier à introduire une réglementation du divorce. Il ne permet au mari le divorce que dans trois cas : adultère de la femme, femme coupable d'empoisonnement, femme entremetteuse. Trois cas ouvrent également le divorce à la femme : mari coupable d'homicide, d'empoisonnement ou violateur de tombeau : J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *op. cit.*, p.201.

<sup>17</sup> Le divorce par consentement mutuel est supprimé par Justinien dans la Nouvelle 117, sauf en cas d'entrée en religion des deux conjoints. Il est cependant rétabli par son successeur et neveu Justin en 566 (Nouvelle 140) : J. GRANDIN, *op. cit.*, pp.53-54.

<sup>18</sup> Quatre causes sont retenues : l'impuissance du mari ou la stérilité de la femme, la folie de l'un des époux, l'absence du mari (prisonnier de guerre pendant cinq ans), l'entrée en religion : J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *op. cit.*, p. 203 ; J. GRANDIN, *op. cit.*, pp.41-43.

<sup>19</sup> Ce divorce se rencontre quand l'un des conjoints commet une faute grave. La Nouvelle 117 établit une liste limitative des causes autorisant la répudiation, parmi lesquelles nous trouvons : l'adultère de la femme ou l'entretien d'une concubine au domicile conjugal par le mari, l'attentat à la vie du conjoint, l'abandon du domicile conjugal, le comportement indigne de la femme ou l'exercice de certaines professions : R. ROBAYE, *Le droit romain*, Louvain, 2001, pp.88-90 ; J. GAUDEMET, E. CHEVREAU, *op. cit.*, pp.202-203 ; sur la législation des empereurs chrétiens : J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, les mœurs et le droit*, Paris, 1987, pp.77-84.

<sup>20</sup> La bibliographie sur cette question étant abondante, nous renvoyons aux ouvrages suivants : A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, 1996, p.132 et s. ; du même auteur, *Les officialités à la veille du Concile de Trente*, Paris, 1973 ; A. ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1929, t.2, p.60 et s. ; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit.*, pp.139-148 ; pp.151-193 ; du même auteur, « L'apport du droit romain », dans *Mariage-mariages* C. BONTEMPS (s.d.), Paris, 2001, pp.31-39 ; B. BASDEVANT-GAUDEMET, « L'apport du droit canonique », dans *Mariage-mariages*, *op. cit.*, pp.41-56 ; J. VERNAY, « Le mariage civil en droit canonique », in *Mariage civil et mariage canonique*, Paris,

l'indissolubilité du mariage, est obligée d'apporter à ce principe quelques atténuations nécessaires : en admettant le divorce dans deux cas, il est vrai, assez restreints<sup>21</sup>, en développant la théorie des nullités du mariage<sup>22</sup>, et enfin, en instituant la séparation de corps. Si deux époux ne peuvent absolument pas mener une vie commune, qu'ils se séparent ! Mais le lien conjugal subsistera, et non seulement ils ne pourront se remarier, mais tous leurs efforts devront tendre à la réconciliation par le pardon, et l'oubli des torts réciproques. C'est la *separatio* « *quoad torum et mensam* », mais non « *quoad foedus et vinculum* », séparation quant au lit et à la table, mais non quant au lien, qui, dans les textes canoniques, reçoit le nom de « *divortium* ». Cette *separatio corporalis* est prononcée pendant tout le Moyen Age jusqu'au XVIe siècle par les officialités, qui jouissent en la matière d'un large pouvoir d'appréciation. Les motifs n'en sont pas déterminés : ce sont les manquements graves de l'un des conjoints envers l'autre, adultère, sévices, injures très sérieuses, corruption des mœurs ou de la foi<sup>23</sup>. A partir XVIIe siècle, ce sont dorénavant les parlements qui, grâce au mécanisme ingénieux de l'appel comme d'abus, tranchent les procès en séparation de corps<sup>24</sup>. Il en résulte une profonde transformation de l'esprit du droit en cette matière, puisque, contrairement à la tradition chrétienne d'égalité entre les époux, il est fait une différence marquée entre le mari et la femme quant aux motifs les autorisant à agir<sup>25</sup>. Toutefois, celle-ci se voit accorder la séparation si son mari la brutalise ou l'injurie indignement, ou encore s'il refuse de lui fournir des aliments. Par ailleurs, d'une manière générale, et conformément à la tradition, la valeur des motifs allégués est librement appréciée par les juges. Ainsi, à la fin de l'Ancien Régime,

---

1985, pp.65-75 ; C. LEFEBVRE, *Leçons d'introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, Paris, 1913, pp.463-476 ; J. BART, *Histoire du droit privé de la chute de l'empire romain au XIXe siècle*, Paris, 2009, pp.247-255.

<sup>21</sup> L'Eglise rejette le divorce antique, mais admet la rupture complète de l'union conjugale suivie de remariage dans deux hypothèses : d'abord si des deux époux infidèles, l'un se convertit et l'autre s'y refuse, ce dernier peut divorcer parce que la première union n'a pas été scellée du sacrement chrétien du mariage, et donc n'est pas considérée comme indissoluble ; ensuite, lors de l'entrée en religion de l'un des conjoints : A. ESMEIN, *op. cit.*, p.100 et s. ; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit.*, pp.251-258. En revanche, les protestants niant au mariage son caractère sacramental, admettent le divorce pour adultère, impuissance et même pour incompatibilité d'humeur : P. BELS, *Le mariage des protestants français jusqu'en 1685*, Paris, 1968 ; du même auteur, « La formation du lien de mariage dans l'Eglise protestante française (XVIe-XVIIe) », *MSHDB*, t.27, 1966, pp.331-344.

<sup>22</sup> Le droit canonique classique parle à ce propos d'*impeditum*, d'obstacles au mariage. Ce sont les empêchements, dont les uns, les empêchements dirimants, rendent le mariage nul, et les autres, empêchements prohibitifs, simplement illicites. Sur cette question voir : A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, *op. cit.*, pp.138-139 ; du même auteur, « Règle et réalité : les nullités du mariage à la fin du Moyen Age », *Revue de droit canonique*, 1982, pp.145-155 ; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit.*, pp.195-220 ; A. ESMEIN, *op. cit.*, t.1, pp.227-449.

<sup>23</sup> La séparation de corps est à l'origine étroitement limitée dans ses causes par les textes évangéliques qui lui servent de fondement. Elle n'est possible que dans deux cas : l'adultère et la « fornication spirituelle » c'est-à-dire l'hérésie ou l'apostasie. Malgré les réticences de la doctrine, la jurisprudence en admettra une troisième : les sévices graves qui peuvent faire craindre pour la vie du conjoint : A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, pp.143-144 ; A. ESMEIN, *op. cit.*, pp.100-113.

<sup>24</sup> Dès le XVIe siècle, en effet, la doctrine et la jurisprudence séculières, travaillant à restreindre la compétence des juridictions ecclésiastiques au nom de la théorie du contrat civil préexistant au sacrement, soutiennent qu'en matière de séparation de corps, il ne s'agit nullement de statuer sur la régularité du mariage, mais seulement de dire si une union régulièrement contractée doit continuer à produire tous ses effets civils et pécuniaires. Lentement mais sûrement, le mariage passe du contrôle de l'Eglise à celui de l'Etat : A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, pp.167-174. Sur cette question : J. BASDEVANT, *Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage du Concile de Trente au Code civil*, Paris, 1900 ; A. ESMEIN, *op. cit.*, pp.157-171, pp.330-354. Sur la jurisprudence : J. GHESTIN, « L'action des parlements contre les « mésalliances » aux XVIIe et XVIIIe siècles », *RHD*, 1956, pp.74-110 ; R. BEAUTIER, *La répression de l'adultère en France du XVIe au XVIIIe siècle*, Bruxelles, 1990.

<sup>25</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, *op. cit.*, pp.173-174 ; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit.*, pp.321-332.

la séparation de corps apparaît comme une demi-mesure aux dissensions conjugales, conçue par les juridictions dans un esprit de restriction très net, par peur d'un usage trop étendu<sup>26</sup>.

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 de l'un envers l'autre<sup>27</sup>. L'application abusive de la loi du divorce provoque un mouvement de réaction aussitôt après le 9 thermidor an II (27 juillet 1794), et surtout après l'échec des insurrections jacobines de germinal et prairial an III (avril-mai 1795)<sup>28</sup> : « le mariage n'est plus en ce moment qu'une affaire de spéculation ; on prend une femme comme une marchandise, en calculant le profit dont elle peut être, on s'en défait aussitôt qu'elle n'est plus aucun avantage ; c'est un scandale révoltant »<sup>29</sup>. En résumé, « l'homme change de femme comme d'habit, la femme de mari comme de chapeau », déclare un député au Conseil des Cinq-Cents<sup>30</sup>. Dans le désarroi général de l'époque, le divorce semble être devenu un facteur de

---

<sup>26</sup> Sur l'esprit nouveau qui au XVIIIe siècle prépare la remise en cause révolutionnaire, et les premiers plaidoyers divorciaires : J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, op. cit., p.334 et s. ; du même auteur, « 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, 1988, pp.301-307 ; A.-J. ARNAUD, « La référence à l'école du droit naturel moderne : les lectures des auteurs du Code civil français », in *La famille, la loi, l'Etat de la Révolution au Code civil*, Paris, 1989, p.3 et s. ; F. RONSIN, *Le contrat sentimental. Débats sur le mariage, l'amour, le divorce, de l'Ancien Régime à la Restauration*, Alençon, 1990, pp.39-62 ; Fr. OLIVIER-MARTIN, *La crise du mariage dans la législation intermédiaire 1789-1804*, thèse de droit, Paris, 1901, pp.35-42 ; M. GARAUD, R. SRAMKIEWICZ, *La Révolution française et la famille*, Paris, 1978, pp.68-70.

<sup>27</sup> Les autres causes de divorce sont : 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. Sur la loi du 20 septembre 1792 : M. GARAUD, R. SRAMKIEWICZ, op. cit., pp.77-78 ; G. THIBAUT-LAURENT, *La première introduction du divorce en France sous la Révolution et l'Empire (1792-1816)*, thèse de droit, Clermont-Ferrand, 1938, pp.83 et s. ; Fr. OLIVIER-MARTIN, op. cit., p.68 et s. ; J. BOUINEAU, « Le divorce sous la Révolution, exemple du « langage antiquisant » des hommes de 89 », dans *La Révolution et l'ordre juridique privé*, op. cit., pp.307-315 ; D. DESSERTINE, « Le divorce sous la Révolution : audace ou nécessité ? », dans *La famille, la Loi, l'Etat*, op. cit., pp.313-321. Sur les tribunaux de famille : M. FERRET, *Les tribunaux de famille dans le district de Montpellier (1790-An IV)*, thèse de droit, Montpellier, 1926 ; J. FORCIOLI, *Les tribunaux de famille d'après les archives du district de Caen*, thèse de droit, Caen, 1932 ; J.-L. VEDIE, *L'introduction du divorce à Rennes sous la Révolution française et les tribunaux de famille*, thèse de droit, Rennes, 1975 ; P. VIARD, « Les tribunaux de famille dans le district de Dijon (1790-1792) », *NRHDFE*, 45, 1921, pp.242-277 ; O. DEVAUX, « Les tribunaux de famille du district de Rieux et l'application de la loi du 17 nivôse an II », *Annales de l'Université des Sciences sociales de Toulouse*, t.XXXV, 1987, pp.133-158.

<sup>28</sup> Sur cette réaction thermidorienne, voir : G. LOTTES, « Le débat sur le divorce et la formation de l'idéologie contre-révolutionnaire », dans *La Révolution et l'ordre juridique privé*, op. cit., pp.317-333 ; F. RONSIN, op. cit., pp.150-167 ; X. MARTIN, « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie », in *RHFD*, 1987, p.87 et s.

<sup>29</sup> Déclaration de Mailhe, membre de la Convention, cité dans : M. GARAUD, R. SZRAMKIEWICZ, op. cit., p.83. « Dans la pratique, l'ampleur du phénomène a été relatif : il a surtout concerné les premières années d'instauration de la loi, comme s'il s'agissait de résorber les difficultés conjugales de l'Ancien Régime et non d'instaurer de nouvelles mœurs, les divorcés étant généralement mariés depuis longtemps. Les études ont montré que ce sont les femmes appartenant aux couches moyennes des villes qui ont le plus usé de cette nouvelle possibilité. Les centres urbains ont été les laboratoires de ces nouveaux comportements parce qu'ils favorisaient l'individualisme » : A. WALCH, *Histoire du couple en France*, Rennes, 2003, p.151.

<sup>30</sup> G. LE BRAS, *Divorce et séparation de corps dans le monde contemporain*, Paris, 1952, p.108.

dissolution de la famille<sup>31</sup>. Il appartient au Code civil de 1804 de réaliser sur ce point l'indispensable conciliation entre la tradition et les aspirations nouvelles. Ce texte rétablit la séparation de corps abolie en 1792, et laisse subsister le divorce dont il se borne néanmoins à rendre l'usage moins facile, puisqu'il est désormais admis « non comme un bien mais comme le remède d'un mal »<sup>32</sup>. C'est ainsi qu'il supprime le divorce pour incompatibilité d'humeur, et réduit à trois ses causes d'ouverture : l'adultère, la condamnation de l'un des époux à une peine infamante, et enfin les excès, sévices ou injures graves, manifestant clairement que la rupture du lien conjugal vient dorénavant sanctionner une faute grave de l'autre conjoint<sup>33</sup>. L'expérience de la législation modérée instituée par le Code civil subit un arrêt du fait de la Restauration : en application de la Charte de 1814 qui redonne à la religion catholique le rang de religion d'Etat, la loi du 8 mai 1816 supprime le divorce, sans toutefois abroger formellement les articles du Code civil s'y rapportant, et maintient la séparation de corps<sup>34</sup>. Ainsi, il est prévu que : « toutes les demandes et instances en divorce pour causes déterminées sont converties en demandes et instances en séparation de corps »<sup>35</sup>. De fait, la séparation de corps n'est plus réglemantée que par six articles très insuffisants : pour tout ce qu'ils ne prévoient pas, il faut se reporter aux dispositions du Code relatives à l'institution défunte. Sans doute, dès 1816, le gouvernement désireux de combler cette lacune, saisit les Chambres de deux projets : l'un de 38 articles, véritable code de la séparation de corps, l'autre concernant les divorces accomplis ; deux projets certes discutés puis finalement abandonnés<sup>36</sup>. Les contradictions résultant de l'adoption de la loi du 8 mai 1816, et de l'échec des projets complémentaires, apparaissent nettement dans les recueils juridiques publiés au cours des années suivantes. Mais la jurisprudence va s'efforcer de combler les lacunes de la loi, et adopte dès 1816, une position beaucoup moins restrictive, en prenant notamment en

<sup>31</sup> « Pour les juristes contemporains qui analysent cette époque, la Révolution a considérablement dégradé l'institution matrimoniale, en réduisant les contrôles familiaux, en donnant d'extrêmes facilités pour rompre l'union, en la privant de son caractère religieux, en donnant les mêmes droits aux enfants légitimes et naturels » : A. WALCH, *op. cit.*, p.152.

<sup>32</sup> R. SRAMKIEWICZ, *Histoire du droit français de la famille*, Paris, 1995, p.103, et sur l'esprit du Code civil, pp.92-96 ; M. GARAUD, R. SRAMKIEWICZ, *op. cit.*, pp.164-185. Sur les différents projets : J. GAUDEMET, *Traditions canoniques et philosophies des Lumières dans la législation révolutionnaire*, *op. cit.*, pp.301-307 ; Fr. OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, pp.201-216 ; C. BLANC DU COLLET, *op. cit.*, pp.105-116 ; F. RONSIN, *op. cit.*, pp.177-216.

<sup>33</sup> Le divorce par consentement mutuel est cependant maintenu.

<sup>34</sup> Sur les débats parlementaires et le vote de la loi : G. THIBAUT-LAURENT, *La première introduction du divorce en France sous la Révolution et l'Empire*, *op. cit.*, pp.193-197 ; C. BLANC DU COLLET, *op. cit.*, pp.107-113 ; F. RONSIN, *op. cit.*, pp.235-255 ; Sur les idées des ultraroyalistes et la presse catholique : G. LOTTES, « Le débat sur le divorce et la formation de l'idéologie contre-révolutionnaire », dans *La Révolution et l'ordre juridique privé*, *op. cit.*, pp.317-333 ; R. DENIEL, *Une image de la famille et de la société sous la Restauration*, Paris, 1965. Après l'abolition du divorce en 1816, la période qui s'étend jusqu'aux années 1880 paraît correspondre à l'apogée du mariage bourgeois et de l'ordre familial : J.-L. HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, 1996, pp.110-112. Sur cette question, voir J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit.*, p.409 et s. ; J. MULLIEZ, « Droit et morale conjugale : essai sur l'histoire des relations personnelles entre époux », *RH*, 1987, pp.36-106, qui met bien en évidence cette apparente stabilité du mariage, « élément essentiel de la police sociale ». Sur le droit du mariage depuis le Code civil : J.-Ph. LEVY, « L'évolution du droit familial français depuis 1789 », *RSHDE*, 1974, p.485 et s.

<sup>35</sup> Loi du 8 mai 1816, Sirey, t.XVI, 1816-2-113. « La suppression du divorce par la loi du 8 mai 1816 ne souleva en France aucune protestation. Il semble, au contraire, qu'elle ait été vue avec faveur par la grande majorité des Français, qui n'avaient jamais accordé le droit de cité à cette institution. Comme le remarque Glasson, « il y avait une certaine habileté à provoquer une loi qui entamait l'œuvre du Code civil sans soulever les protestations de la nation ». Mais si la réforme intervenue répondait certainement à un vœu général, ses promoteurs et notamment de Bonald, eurent souvent le tort de la présenter comme une réaction catholique et une mesure d'ordre politique, de nature à donner satisfaction à la société française d'Ancien régime » : G. THIBAUT-LAURENT, *op. cit.*, pp.196-197.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p.196.

considération un certain nombre de faits injurieux<sup>37</sup>. Malgré quelques tentatives de rétablissement faites au cours de la Monarchie de Juillet et de la Seconde République<sup>38</sup>, c'est seulement la loi du 27 juillet 1884 qui, à la suite d'une longue campagne conduite par le député Alfred Naquet, réintroduit le divorce en droit français<sup>39</sup>. Le législateur choisit la voie du « divorce-sanction ». En effet, si l'article 1er du texte abolit la loi de 1816 et rétablit une partie du Code napoléonien, il exclut le divorce par consentement mutuel. Par ailleurs, le divorce ne peut être demandé que dans trois cas : adultère, excès, sévices ou injures graves, et condamnation à une peine afflictive et infamante. Ainsi, le divorce est conçu comme une « thérapeutique sociale », un moyen d'empêcher les violences et les transgressions, plus que d'entériner la désunion des cœurs : l'amour et ses fluctuations ne sont pas pris en compte<sup>40</sup>.

Si l'on consulte la jurisprudence à partir de 1804, on constate que la plus grande partie des affaires en divorce ou en séparation de corps reposent sur la cause d'injure grave. En effet, l'expression d'un sentiment de haine ou de mépris est susceptible de revêtir une quantité considérable de manifestations, et des circonstances seules dépend presque toujours le point de savoir si un fait, une parole ou un écrit, constituent ou non une injure grave de nature à motiver une demande en séparation de corps ou en divorce. Quoiqu'il en soit, confrontés à des demandes toujours plus nombreuses, les Tribunaux, devant l'insuffisance des textes, mettent à profit leur pouvoir d'appréciation afin de créer à côté des causes de divorce expressément formulées, d'autres causes n'ayant avec elles qu'un rapport parfois éloigné. Il en est ainsi

---

<sup>37</sup> Le législateur de 1804 considère dans ce qu'il qualifie d' « injures », des imputations outrageantes et blessantes, et, jusqu'en 1816, la jurisprudence semble l'avoir suivi dans cette voie. En effet, les arrêts sont principalement relatifs à des injures verbales ou écrites, et quand une demande pour cause d'injure grave se fonde sur d'autres faits, elle est rejetée. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris est explicite en ce sens : C.A. Paris, 3 février 1806, S. 1806-1-104.

<sup>38</sup> R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit français de la famille*, op. cit., p.134 ; C. BLANC DU COLLET, op. cit., p.116. « Ni les libéraux de 1830, ni les démocrates de 1848, desservis par les féroces caricatures que Cham et Daumier lancèrent dans *Le Charivari* contre les « divorceuses », ni les activistes du Second Empire ne parvinrent à secouer le cléricisme et l'ordre moral ambiant, non plus qu'à passionner une opinion résignée à la loi matrimoniale commune » : C. BERNARD, *Penser la famille au XIXe siècle*, Saint-Etienne, 2007, pp.82-83 ; sur les controverses et affrontements qui eurent lieu entre 1816 et 1884 : F. RONSIN, *Les Divorciaires. Affrontements politiques et conceptions du mariage dans la France du XIXe siècle*, Paris, 1992, pp.21-284.

<sup>39</sup> Cette loi permet également à l'un ou l'autre époux de demander la conversion de la séparation de corps en divorce. Pour une analyse détaillée de cette loi et notamment les débats parlementaires : C. BLANC DU COLLET, op. cit., pp.143-146 ; pp.247-254. « Il ne semble pas que cette loi ait été vivement réclamée par l'opinion. Certes, une polémique avait opposé Dumas fils et Naquet d'une part, à l'abbé Vidieu et au Père Didon d'autre part, et par ailleurs les auteurs dramatiques ou littéraires avaient plaidé la cause du divorce dans leurs livres, leurs pièces de théâtre et leurs conférences. En fait, une préoccupation politique dominait les esprits : le vote du divorce apparut surtout comme un acte d'émancipation de notre législation de la tutelle du cléricisme. A une époque où la république n'était pas encore bien affermie, il semblait qu'en instituant le divorce on la consolidait en portant un coup sérieux aux monarchistes et aux catholiques, étroitement unis pour la conservation des institutions anciennes. « La question du divorce, écrivait Glasson en 1880, a le tort d'être comprise en France, comme beaucoup d'autres, dans certains programmes politiques, et de même que l'on voit certaines personnes demander la liberté de l'enseignement dans l'intérêt de l'Eglise contre l'Etat, de même, d'autres réclament le divorce dans l'intérêt, bien ou mal entendu, de l'Etat contre l'Eglise » : G. THIBAUT-LAURENT, op. cit., pp.197-198. Voir également, B SCHNAPPER, « Autorité domestique et partis politiques de Napoléon à De Gaulle », in *Voies nouvelles en histoire du droit*, 1991, p.55 et s. : cet article souligne que la question du mariage est éminemment politique au XIXe siècle et qu'elle se déroule sur un fond d'affrontement droite/gauche, dont il ne faut pas oublier la violence tout au long de ce siècle qui s'achemine vers la séparation de l'Eglise et de l'Etat.

<sup>40</sup> C. BERNARD, *Penser la famille au XIXe siècle*, op. cit., p.83. Ainsi, reprenant une tradition séculaire, bonheur et surtout malheur conjugal donnent matière à littérature, notamment comique, tout au long du XIXe siècle. « Puisque la bourgeoisie bien pensante interdit de toucher au gouvernement et à l'Eglise, il ne nous reste en ce moment que le mariage en France qui soit matière à rire » : H. de BALZAC, *Physiologie du mariage, La Comédie humaine*, La Pléiade, XI, Paris, 1976-1981, introduction d'A. Michel, p.865.

notamment en matière d'injure grave, puisque cette notion devient « un vaste réservoir »<sup>41</sup>, où viennent se fondre et se réunir toutes les causes de divorce qui présentent une certaine analogie avec celles imposées, sans pour autant en réunir tous les caractères essentiels. D'ailleurs, les travaux scientifiques sur le divorce publiés à la fin de la période étudiée, s'accordent pour dénoncer les méfaits de cette jurisprudence. Au début du siècle dernier, François Olivier-Martin dans son étude consacrée à « La crise du mariage dans la législation intermédiaire », souligne que « le divorce, dévié de son institution première par une jurisprudence trop large, servie par des textes insuffisamment précis et obéissant à la pression du milieu social, fournit à ceux qui sont lassés du mariage un moyen facile d'en sortir »<sup>42</sup>. De même, quelques années plus tard, Armand Weill écrit : « Croyant remplir une œuvre salutaire [...] la jurisprudence se donna comme mission de faciliter et d'élargir le divorce : la notion extensive de l'injure grave contribuant au résultat qu'elle s'était proposé, elle l'adopta sans nul souci de sa valeur ni de sa portée juridiques »<sup>43</sup>.

C'est surtout en ce qui concerne les faits injurieux que les espèces examinées par la jurisprudence et les auteurs sont nombreuses. C'est aussi en cette matière, plus encore que lorsqu'il s'agit de paroles ou d'écrits outrageants, que l'appréciation souveraine des juges du fond trouve le champ le plus vaste. Les circonstances sont en effet singulièrement variées. On peut même dire qu'il est impossible, lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère injurieux d'un fait, de se renfermer dans les limites de certains critères, si indéterminés qu'ils soient. Ces faits injurieux peuvent être divisés en deux catégories : les faits réels (I) et les faits personnels (II). En tête des faits qui composent cette première catégorie, viennent naturellement se placer les infractions aux droits et devoirs que les époux se créent en se mariant. Dans la seconde, l'injure résulte au contraire de faits antérieurs ou postérieurs au mariage, qui, sans enfreindre directement une obligation légale, compromettent néanmoins « la solidarité d'honneur et de devoirs entre époux » résultant de l'union conjugale.

## I - FAITS RÉELS

Le Code civil énumère dans les articles 212, 213 et 214 diverses obligations<sup>44</sup> auxquelles les époux ne peuvent se soustraire sans encourir la sanction de la loi : il s'agit du devoir mutuel de fidélité, secours et assistance (A), celui de protection que le mari doit à sa femme et celui d'obéissance que la femme doit à son mari (B), et enfin de l'obligation réciproque de cohabitation (C). Partant de là, tous les faits qui sont la négation des devoirs prescrits par ces articles rentrent dans cette catégorie, et c'est la qualité d'époux qui les rend coupables et injurieux.

---

<sup>41</sup> A. WEILL, *De la notion d'injure grave en matière de divorce et de séparation de corps*, thèse de droit, Paris, 1906, p.13.

<sup>42</sup> Fr. OLIVIER-MARTIN, *op. cit.* p.5. « Les divorces sont obtenus avec trop de facilité ; le consentement mutuel se trouve rétabli [...] la loi de 1884 l'a repoussé, mais la jurisprudence par ses tendances largitaires l'a rendu d'un usage courant » : H. DERONDE, *Etude critique et comparée de la jurisprudence en matière de divorce sous le Code civil de 1804 et sous la loi du 27 juillet 1884*, thèse de droit, Paris, 1895, p.104. Il faut préciser que ces travaux sont publiés dans des circonstances bien précises : nous sommes en pleine campagne en faveur du divorce par consentement mutuel, et ses adversaires mobilisent l'opinion pour dénoncer les effets scandaleux d'une telle législation.

<sup>43</sup> A. WEILL, *op. cit.*, p.17.

<sup>44</sup> Titre V, chapitre VI : « Des droits et devoirs respectifs des époux ». « Tout l'ancien droit du mariage est rétabli par le Code civil, et notamment les devoirs réciproques entre époux reposant sur la prééminence du mari, et l'obéissance et la fidélité nécessaires de la femme. On aboutit à un résultat remarquable : le mariage du Code civil est en tout point semblable au mariage sacrement et contrat de l'ancien droit, la seule différence résidant dans sa laïcisation : sa nature juridique, ses effets et ses fins demeurant identiques de part et d'autre de la Révolution » : J. MULLIEZ, *Droit et morale conjugale*, *op. cit.*, p.102.

## A- Violation du devoir de fidélité, secours et assistance

L'article 212 oblige d'abord les époux à une fidélité réciproque, et le législateur, considérant ce devoir comme le plus important de ceux créés par le mariage, lui apporte une sanction directe et efficace : il fait de l'adultère une cause péremptoire de divorce<sup>45</sup>. Mais tenant à restreindre autant que possible les moyens de dissolution du mariage, il exige des conditions parfois difficiles à réaliser, si bien qu'il est des cas où l'infidélité est notoire, et où cependant la constatation de l'adultère n'est pas possible<sup>46</sup>. Il en est ainsi notamment avant la loi de 1884, lorsque l'adultère du mari ne pouvait entraîner le divorce que s'il y avait entretien de concubine au domicile conjugal<sup>47</sup>. En effet, pour la doctrine officielle, l'adultère du mari n'ayant pas des conséquences aussi graves que celui de la femme, on ne peut l'admettre comme cause de divorce qu'à cette condition. « L'adultère de la femme, écrit Demolombe, est bien plus coupable, parce que la femme devant être plus retenue par la pudeur même de son sexe, l'adultère suppose en elle plus de dépravation ; ensuite, parce que, dans l'état de nos mœurs, l'adultère de la femme porte à l'honneur du mari la plus grave atteinte ; enfin, parce qu'il peut avoir les plus funestes conséquences, et introduire dans la famille des enfants étrangers »<sup>48</sup>. De même, Treilhard considère que « l'adultère du mari ne donne lieu au divorce

---

<sup>45</sup> L'adultère passe pour être quasi généralisé dans la société française du XIXe siècle : « l'adultère est la plaie de la bourgeoisie, comme la prostitution est celle du peuple », diagnostique Zola dans son article *L'encre et le sang* publié le 11 octobre 1880 dans *Le Figaro*, et réédité par H. MITTERAND, *L'encre et le sang. Littérature et politique*, Bruxelles, 1989, p.220. Sur l'adultère dans la littérature, voir notamment : C. BERNARD, *Penser la famille au XIXe siècle (1789-1870)*, op. cit., pp.100-103 ; A. WALCH, *Histoire de l'adultère : XVIe-XIXe siècle*, Paris, 2009, pp.350 et s. ; M.-H. FAILLIE, *La femme et le Code civil dans la comédie humaine d'Honoré de Balzac*, Paris, 1968, pp.164-185 ; J.-H. DONNARD, *Les réalités économiques et sociales dans la Comédie humaine*, Paris, 1961, p.61, pp.67-68.

<sup>46</sup> L'adultère en lui-même est une cause de divorce indépendamment du mode de preuve par lequel il peut être établi : ainsi il est jugé qu'il n'est pas nécessaire que l'époux coupable soit trouvé en flagrant délit d'adultère, « il suffit pour autoriser le divorce ou la séparation de corps que l'adultère soit établi par des présomptions positives et claires qui ne permettent point de doute. La loi n'exige pas des preuves physiques » : C.A. Bordeaux 27 février 1807, *Journal du Palais*, t.V, p.706 ; C. Cass. 13 novembre 1889, S. 1890-1-388. A la différence des faits juridiques, les faits d'adultère peuvent toujours être prouvés par témoins ou par présomptions : C. Cass. 5 novembre 1884, S. 1887-1-308. « Quoiqu'il en soit, en pratique, la preuve de l'adultère est souvent difficile, et le flagrant délit, un cas relativement exceptionnel ; peu importe que celui qui invoque l'adultère de son conjoint comme cause de divorce se soit lui-même rendu coupable du même délit, ou qu'on puisse lui reprocher des excès, sévices ou injures graves. Nous n'admettons pas la théorie dite de la compensation des torts. Le divorce devra être prononcé à plus forte raison, car au lieu d'une cause, il y en aura deux » : L. GOIRAND, *Traité pratique du divorce*, Paris, 1886, p.4.

<sup>47</sup> Aux termes de l'article 230 du Code civil, « la femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari, lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune ». Demolombe explique que cette condition suppose, « des relations plus ou moins continuées et entretenues, un état de concubinage qui livre l'épouse légitime à la plus insultante rivalité », et ce dans la maison commune, c'est-à-dire, « les lieux qui servent d'habitation aux époux, qui forme leur logement et, comme on dit leur intérieur » : C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.442, n°371.

<sup>48</sup> C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t.2, p.441, n°369, et p.451, n°377. « L'adultère de la femme trouble la filiation ; la présomption « pater is est quem nuptiae demonstrant », sur laquelle repose on peut dire toute l'institution de la famille est ébranlée, car le mariage, abstraction faite de son rôle moral, a pour but d'établir cette présomption légale » : L. VIGNAUD, *Le divorce et ses causes dans la législation de demain*, Paris, 1911, p.166. Bien que l'article 212 énonce en termes généraux que « les époux se doivent mutuellement fidélité... », l'adultère de la femme est traité avec la plus grande sévérité. Le modèle romain, via la jurisprudence d'Ancien Régime qui est reprise dans ses grandes lignes, alimente l'arsenal répressif. L'article 298 du Code civil prescrit donc en cas de divorce pour adultère de la femme, de la condamner « par le même jugement et sur réquisition du ministère public, à la réclusion dans une maison de correction », pour une durée de trois mois au moins de deux ans au plus. Même chose en cas de séparation de corps, la faculté de « pardon » en sus (art.309). En contrepartie, l'adultère du mari ne sera puni « d'une amende » qu'à partir de 1810. Ces dispositions ne disparaîtront qu'avec la loi du 11 juillet 1975 qui dépénalise l'adultère : A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit*

que lorsqu'il est accompagné d'un caractère particulier de mépris par l'établissement de la concubine dans la maison commune [...] il y a dans la présence de la concubine, une injure trop grave pour que la femme puisse la supporter »<sup>49</sup>. Cependant, si la condition de l'article 230 n'est pas remplie, la jurisprudence n'hésite pas, selon les circonstances, à assimiler l'adultère du mari à une injure grave de nature à motiver la séparation. C'est en application de ce principe que la Cour royale de Limoges prononce la séparation de corps, « pour injure grave du mari envers sa femme, faisant résulter l'injure grave de nombreux faits d'adultère passés, il est vrai, hors de la maison commune, mais accompagnés de circonstances tout à fait injurieuses pour la femme »<sup>50</sup>. En l'espèce, il n'y a pas « entretien d'une concubine dans la maison commune », mais dans une ferme appartenant au mari et attenante à son habitation, « et ce au vu et au su de sa femme ». De fait, la Cour considère que « la publicité, et surtout la connaissance acquise par la femme de l'adultère de son mari, sont les injures les plus vives et les plus poignantes pour elle ; que si le mari, sans tenir sa concubine dans la maison commune, la place cependant à portée de sa femme, de manière que celle-ci soit forcée, ou d'être témoin de son inconduite, ou de ne pas l'ignorer, qu'elle soit exposée à rencontrer sans cesse sa rivale et à être bravée par elle, cet outrage est le plus sanglant qu'une femme honnête et digne de respect puisse éprouver ; que par conséquent l'épouse qui se trouve dans ce cas est en droit, aux termes de l'article 231 du Code civil, de demander la séparation de corps »<sup>51</sup>. Le mari s'est ensuite pourvu en cassation contre cet arrêt, pour violation de l'article 230, et fautive application de l'article 231. Mais la Cour de cassation, tout en rappelant que « la loi n'admet la séparation de corps que lorsque le mari a tenu sa concubine dans la maison conjugale », considère « qu'il ne s'ensuit pas que la séparation ne puisse pas être accordée pour d'autres circonstances qui, sans avoir été définies et prévues, peuvent néanmoins présenter un caractère d'une gravité que la conscience et la sagesse des magistrats doivent apprécier ; qu'en appliquant ce principe de morale, la Cour royale de Limoges n'a méconnu ni le texte, ni l'esprit d'aucune loi »<sup>52</sup>. Ainsi, lorsque l'adultère seul ne suffit pas à faire prononcer la séparation, les juges recherchent si les faits prouvés à l'enquête présentent un caractère suffisamment grave de nature à rendre la vie commune impossible. C'est par

---

*des personnes et de la famille*, op. cit., pp.197-198 ; R. SRAMKIEWICZ, *Histoire du droit français de la famille*, Paris, 1995, pp.99-100 ; sur la répression de l'adultère : C. BOUGLÉ-LE ROUX, op. cit., pp.30-41.

<sup>49</sup> H. DERONDE, op. cit., p.18. Cependant, la jurisprudence rendue sur l'article 230 révèle une interprétation nuancée des expressions « maison commune » et « tenir concubine ». Ainsi, par maison commune, « il faut entendre non celle que les époux habitent réellement ensemble mais bien le domicile conjugal, c'est-à-dire celui qu'habite le mari ». Par exemple, il est jugé que « la femme est fondée à demander le divorce pour cause d'adultère du mari dans la maison commune, alors même qu'avant l'introduction de la concubine elle aurait quitté la maison de son mari » : C.A. Poitiers 2 prairial An XII, Journal du Palais, t.IV, pp.5-6 ; dans le même sens, Cour impériale de Douai 24 juillet 1812, Journal du Palais, t.XIII, p.33. Quant à l'expression « tenir sa concubine », La Cour royale de Toulouse juge que, « lorsqu'un mari et sa concubine achètent conjointement une maison, qu'ils la possèdent par indivis, qu'ils y vivent en commun, et que le mari y appelle sa femme, celle-ci est en droit de prétendre que le mari tient sa concubine dans la maison commune, et peut demander la séparation de corps pour cause d'adultère » : Cour royale de Toulouse 12 avril 1825, S. 1825-1-61.

<sup>50</sup> Cour royale de Limoges 21 mai 1835, S. 1835-2-469. Dans le même sens, voir Cour royale de Bordeaux 19 mai 1828, D.P. 1828-2-155.

<sup>51</sup> « La publicité sans doute n'est pas une condition nécessaire des injures, mais il n'en est pas moins vrai qu'elle peut être une des circonstances les plus aggravantes du fait lui-même » : C. DEMOLOMBE, op. cit., p.457.

<sup>52</sup> C. Cass. 14 juin 1836, S. 1836-1-448. Ce pourvoi est combattu dans une consultation de Dalloz, dans laquelle ce dernier fait habilement ressortir les circonstances qui, dans l'espèce, pouvaient donner à l'adultère du mari tous les caractères d'une injure grave envers sa femme. Il explique que « l'adultère persévérant du mari est, pour le moins, un délaissement de l'épouse, et le délaissement est à la fois une peine et une injure cruelle. Que l'adultère simple et accidentel ne suffise pas pour justifier une demande en séparation contre lui on le conçoit ; mais l'adultère avec des accessoires tels qu'il abreuve incessamment la femme d'humiliation, qu'il porte le deuil dans son âme, qu'il attire sur elle la risée ou l'insolence des domestiques, les moqueries ou la pitié des étrangers, celui-là est une cause d'assez de douleurs, pour qu'un terme doive être mis aux maux qu'il occasionne » : *ibidem*, note 1.

conséquent la connexité de ces faits injurieux avec celui d'adultère qui motive le prononcé de la séparation.

La doctrine s'est chargée d'analyser l'argumentaire de cette jurisprudence. Demolombe explique : « Ce que l'article 230 défend c'est de voir dans cet adultère une cause nécessaire de séparation, que les juges devraient toujours admettre, lorsque le mari n'aura pas tenu sa concubine dans la maison commune. Mais il ne s'oppose nullement à ce que les magistrats puissent y voir, suivant les cas, une de ces injures graves dont la loi leur confie la souveraine appréciation »<sup>53</sup>. Pour Carpentier, la différence de traitement entre les époux en matière d'adultère est absolument injustifiable, « à la fois au point de vue du droit strict, puisque l'adultère est un manquement au devoir de fidélité sanctionné par l'article 212 ; et au point de vue de l'équité, puisque la blessure morale qui en résulte est la même pour les deux époux. Aussi, les Tribunaux ont cherché à remédier à cette *inelegantia juris*, en considérant l'adultère du mari comme la plus grave injure qu'il puisse faire à sa femme, et en ouvrant à celle-ci [...] le droit de demander la séparation ». Cette jurisprudence « constitue un indice précieux du revirement produit dans nos mœurs »<sup>54</sup>. Dès lors, par une interprétation large et équitable, la jurisprudence a éludé la dernière partie de l'article 230, en classant l'adultère du mari hors de la maison commune au nombre des injures grave de nature à motiver, et à faire prononcer la rupture du lien conjugal. Les Tribunaux ont ainsi devancé la loi du 27 juillet 1884, qui modifie l'article 230 du Code civil, et fait de l'adultère du mari, en quelque endroit qu'il soit commis, une cause de divorce<sup>55</sup>. Par conséquent, « ce nouvel article, en assimilant la condition du mari à celle de la femme, déclare que l'adultère sera pour les deux époux une cause péremptoire de divorce »<sup>56</sup>. Conforme à l'esprit de justice et d'égalité souhaité par son auteur Alfred Naquet<sup>57</sup>, « cette modification introduite dans l'article 230 ne fait que

---

<sup>53</sup> « Comment ! Le mari entretiendra une femme de mauvaise vie, il fera pour elle les plus folles dépenses ; il poussera le cynisme jusqu'à se montrer avec elle dans les lieux publics ; il l'établira dans le voisinage même de la demeure conjugale, à côté de sa femme ; et l'on dirait qu'il n'y a point d'injure grave ! Mais quelle injure, mon Dieu, serait plus poignante ! Laquelle pourrait blesser plus profondément le légitime orgueil de l'épouse, et déchirer plus cruellement son cœur » : C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.451, n°377.

<sup>54</sup> A. CARPENTIER, *Traité théorique et pratique du divorce*, Paris, 1888, p.71, n°8.

<sup>55</sup> Le nouvel article 230 prévoit : « la femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère du mari ». De ce que l'adultère du mari est érigé en cause spéciale de divorce, s'ensuit-il qu'il ne saurait désormais être invoqué comme injure grave ? Certains auteurs considèrent que « l'époux demandeur qui veut obtenir le divorce ou la séparation de corps, en raison de l'adultère qu'il reproche à son conjoint, peut, s'il le juge à propos, qualifier cet adultère d'injure grave » : VRAYE et GODE, *Le divorce et la séparation de corps*, Paris, 1885, t.1, n°56. « Il résulte de l'opinion couramment admise qu'un même fait est susceptible d'être envisagé comme un adultère ou comme une injure grave selon le point de vue auquel on se place : il y a en quelque sorte concours idéal de causes de divorce, concours de qualification. Un époux peut-il dans sa demande, en articulant des faits d'adultère, se contenter de les qualifier d'injures graves ? On conçoit qu'il y trouve intérêt en évitant à lui-même et à ses enfants un scandale inutile, mais en a-t-il le droit ? Selon la doctrine dominante, l'époux demandeur est seul juge de son choix entre les deux causes de divorce et le tribunal doit respecter la volonté des parties qui se sont mises tacitement d'accord pour atténuer le débat » : J. CARBONNIER, *op. cit.*, p.290, note 1.

<sup>56</sup> En d'autres termes, lorsque la preuve de l'adultère du mari est rapportée, les juges ne peuvent plus exercer aucun pouvoir d'appréciation et doivent admettre la demande en divorce ainsi formée par la femme : L. GOIRAND, *op. cit.*, pp.3-4. Toutefois, les tribunaux conservent un pouvoir d'appréciation sur l'admission de la demande : les juges « auront à tenir compte, dans une sage mesure, des mœurs, de l'éducation, du milieu social des époux et de la publicité de l'outrage » : R. FREMONT, *op. cit.*, pp.17-19, n°25-28.

<sup>57</sup> Lors des débats parlementaires, Alfred Naquet proclame : « Nous avons pensé que lorsque le Code civil fixe les droits réciproques des époux en ces termes : « les époux se devront réciproquement fidélité, secours et assistance », il ne fallait pas proclamer immédiatement après le principe contraire dans le titre du divorce. Il a été dit autrefois que la civilisation d'un pays se reconnaissait aux droits dont y jouit la femme, à l'égalité plus ou moins grande qui existe entre elle et l'homme. Or ce besoin d'égalité devant l'adultère est à ce point une nécessité, une obligation morale que le résultat que nous vous demandons de consacrer est déjà acquis par la jurisprudence » : Sur les débats parlementaires et les critiques portées à l'encontre de cette modification, voir *Journal Officiel* du 16 juin 1882, Chambre des députés, séance du 15 juin 1882, pp.914-917 ; L. VIGNAUD, *op. cit.*, pp.165-166 ; L. GOIRAND, *op. cit.*, pp.3-4.

régulariser un état de choses qui, par une interprétation spécieuse de l'ancien texte, aurait certainement acquis l'importance d'une jurisprudence constante »<sup>58</sup>.

De même, lorsque le manquement au devoir de fidélité proprement dit n'est pas établi, mais que toutes les apparences le laissent supposer, notamment en raison de la légèreté de conduite de l'époux, la jurisprudence est constante pour faire de ce comportement répréhensible une injure grave au sens de l'article 231. En la matière, les auteurs reconnaissent que les époux pourront « demander la séparation de corps pour cause d'injure grave, si l'un d'eux, même non adultère, offense gravement l'autre par des familiarités impudiques ou inconvenantes avec un tiers »<sup>59</sup>. Ainsi, Vignaud considère « qu'il y a une multitude de faits qui, sans avoir la gravité de l'adultère, finissent néanmoins à cause de leur répétition, de leur publicité, par rendre la vie intolérable à l'époux innocent »<sup>60</sup>. Dans l'appréciation de cette « légèreté de conduite », les juges se réservent d'ailleurs une liberté complète, mais la tendance est plutôt à une sévérité relativement plus prononcée à l'égard de l'inconduite de la femme. Ainsi, il est jugé que le fait pour une femme, d'entretenir avec l'ancien associé de son mari demeurant avec eux, des relations de familiarités blessantes pour son conjoint<sup>61</sup>, de rester en relation avec un tiers malgré la défense de son mari, et notamment de le recevoir chez elle en son absence sans motif légitime<sup>62</sup>, d'avoir avec un domestique une attitude suspecte qui la fait passer pour sa maîtresse<sup>63</sup>, constitue une injure grave à l'égard du mari. Il est même jugé que : « la violation des devoirs conjugaux de la femme ne consiste pas uniquement dans des actes d'infidélité : sa légèreté, son manque de réserve, son indépendance de conduite, son mépris des convenances, lorsqu'ils vont jusqu'à mettre toutes les apparences contre elle, doivent être considérés comme une injure grave, de nature à motiver le divorce ou la séparation de corps »<sup>64</sup>. Par ailleurs, certains Tribunaux considèrent les imprudences de conduite dans leur résultat : c'est le cas dans l'arrêt précité, comme dans un jugement du Tribunal de Riom du 22 décembre 1886. « C'est, dit le Tribunal, un véritable outrage à la dignité et à la foi conjugale »<sup>65</sup>. D'autres au contraire n'admettent pas que les seuls faits soient suffisants : l'imprudence dans la conduite peut être le résultat d'une simple légèreté d'esprit. Les juges demandent donc que la femme se rende compte de la portée de ses actes. Ainsi, un jugement du Tribunal de Lodève se fonde, pour accorder le divorce, sur ce que la femme, avertie de l'opinion que le public avait d'elle, a persévéré dans son dérèglement. Il y a là plus

---

<sup>58</sup> R. FREMONT, *op. cit.*, pp.15-16, n°23.

<sup>59</sup> C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.452, n°378-379.

<sup>60</sup> « Certaines législations anciennes l'avaient si bien compris, qu'elles avaient assimilé à l'adultère les légèretés de conduite, les inconséquences, les attitudes louches, les actes de coquetterie qui font présumer une infidélité prochaine ou sont la manifestation d'une infidélité consommée » : L. VIGNAUD, *op. cit.*, p.110. « En vain, l'époux coupable alléguerait pour sa défense que sa conduite n'a pas eu pour but principal d'atteindre le conjoint et lui causer préjudice, qu'il a obéi à un penchant naturel. Il y a injure, parce qu'ici l'élément intentionnel est sous-entendu, parce qu'il y a obligation contractée, et qu'y manquer, c'est professer *ipso facto* le mépris et le dédain de celui à qui on a promis fidélité » : J. HITIER, *Le développement de la jurisprudence en matière de divorce depuis 1884*, Paris, 1895, pp.21-22.

<sup>61</sup> C.A. Caen 30 juin 1891, D.P. 1893-2-368.

<sup>62</sup> Tribunal civil de Bruxelles 11 mars 1882, S. 1882-1-260 ; Tribunal civil de la Seine 24 juillet 1901, Gazette du Palais 1901-2-654.

<sup>63</sup> C.A. Nancy 28 juin 1893, D.P. 1894-2-54.

<sup>64</sup> C.A. Alger 25 avril 1893, S. 1893-2-184 ; dans le même sens, C.A. Poitiers 18 juin 1894, S. 1894-2-35 ; Tribunal civil d'Auxerre 4 mai 1881, S. 1881-2-143 ; C. Cass. 12 mai 1885, S. 1886-1-16. Dans la société pudiponde du XIXe siècle, les usages impliquent que la femme bien élevée ne se fasse pas remarquer : le bon ton exige d'elle une extrême réserve et dans la rue « une mise simple » est de rigueur. « De fait, l'allure compassée des femmes de la bonne société sur les croquis représentant les scènes de la vie quotidienne dans la capitale, leur physionomie presque insignifiante, leur effacement, contrastent avec les dessins du XVIIIe siècle qui peignent une société où la grâce n'était pas timidité et où la distinction féminine s'alliait à l'aisance et à l'assurance » : A. DAUMARD, *Les bourgeois et la bourgeoisie en France depuis 1815*, Paris, 1991, p.360.

<sup>65</sup> Tribunal civil de Riom 22 décembre 1886, D.P. 1887-2-231 ; C.A. Toulouse, 1<sup>er</sup> août 1890, D.P. 1891-2-364.

qu'un fait, il y a une intention de se mal conduire, une indifférence telle à l'égard de l'honneur du mari, qu'elle constitue une injure<sup>66</sup>.

A l'égard du mari, en revanche, les Tribunaux refusent de prononcer le divorce pour de simples actes de légèreté, qui auraient certainement fait admettre pour la femme une solution contraire : ainsi, il est jugé que, « la cohabitation du mari dans une ferme avec une jeune femme, ne constitue pas une injure grave, alors que la preuve de l'adultère n'est pas rapportée, et que le grief de concubinage ne repose que sur une promiscuité de vie qui n'est pas sans exemple dans les campagnes »<sup>67</sup>. Cependant, quelques décisions jugent que le comportement du mari peut constituer une injure pour la femme, comme par exemple « la conduite scandaleuse établie par une enquête qui n'a pu démontrer l'adultère »<sup>68</sup>. La Cour de cassation a même décidé que « le fait par le mari d'avoir tenté d'établir des relations adultérines avec la servante du ménage, sont de nature à faire prononcer le divorce pour injure grave ». Dès lors, « si l'adultère n'est pas consommé, et s'il n'y a qu'une tentative d'adultère, la tentative, qui n'est pas assimilée au délit lui-même, et qui ne peut être relevée comme adultère au point de vue du divorce ou de la séparation de corps, peut être relevée comme injure grave »<sup>69</sup>. Certains auteurs ont critiqué cette jurisprudence : Vignaud fait remarquer que « parmi les espèces sur lesquelles les Tribunaux ont eu le plus souvent à se prononcer, il nous faut citer l'inconduite du mari caractérisée par des absences continuelles du domicile conjugal et des tentatives d'adultère. Il est très certain que bien souvent le juge n'a pas agi avec la circonspection dont nous lui faisons une loi. Il n'a pas assez tenu compte de ce sentiment de jalousie si commun chez les jeunes époux, sentiment qui finit par leur dénaturer les actes les plus inoffensifs et les plus insignifiants, et leur suggérer les choses les plus invraisemblables. Il ne doit prononcer le divorce que dans les cas où l'utilité sociale rendra cette mesure légitime »<sup>70</sup>.

En ce qui concerne à présent les dispositions de l'article 212 relatives au devoir réciproque de secours et d'assistance des époux<sup>71</sup>, la violation de cette obligation légale issue du mariage peut, selon les circonstances, motiver une demande en divorce ou en séparation de corps au titre d'injure grave. Il en est ainsi par exemple, si l'un des époux abandonne l'autre en le laissant sans ressources ; ou même, sans l'abandonner, se refuse à contribuer aux charges de la vie commune. A cet égard, la Cour de Riom juge que constitue une injure grave de nature à motiver le divorce, le fait que le mari valide, et en état de contribuer par son travail aux charges du ménage, se laisse aller à l'oisiveté et à l'inconduite, sans souci d'assurer le logement et la nourriture de sa femme et de ses enfants<sup>72</sup>. Il est jugé, au contraire, que le refus du mari de payer les dettes personnelles de sa femme, ne constitue pas une injure grave de nature à motiver la séparation de corps<sup>73</sup>. En effet, comme le remarque Laurent, « il est de principe qu'il n'y a pas injure quand le fait en question n'est cependant que l'exercice d'un droit »<sup>74</sup>.

Divers auteurs soulignent que « l'absence, c'est-à-dire la disparition sans nouvelles, ne peut constituer une cause de séparation, s'il n'est pas prouvé qu'elle constitue un abandon

---

<sup>66</sup> Tribunal civil de Lodève, 22 février 1893, D.P. 1893-1-26.

<sup>67</sup> C.A. Toulouse 10 février 1898, D.P. 1899-2-257.

<sup>68</sup> Tribunal civil de Lyon 30 juillet 1890, S. 1891-2-56.

<sup>69</sup> C. Cass. 18 décembre 1894, S. 1895-1-311.

<sup>70</sup> L. VIGNAUD, *op. cit.*, p.111.

<sup>71</sup> « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance ».

<sup>72</sup> C.A. Riom 10 juin 1896, S. 1897-1-67.

<sup>73</sup> Tribunal civil de Lyon 19 mars 1870, D.P. 1871-5-258.

<sup>74</sup> F. LAURENT, *op. cit.*, t.3, n°191.

coupable et volontaire de l'un des époux par l'autre »<sup>75</sup>. En pratique, pour que cet abandon constitue une injure de nature à motiver la dissolution du mariage, il doit présenter une gravité suffisante, et se manifester dans des conditions particulièrement injurieuses pour le conjoint. Ainsi, la Cour d'Aix juge que « l'abandon prolongé de la femme par le mari qui l'a constamment laissée, chargée d'un enfant, sans lui envoyer aucun secours, ni lui donner de ses nouvelles, constitue une injure grave de nature à entraîner la séparation de corps »<sup>76</sup>.

Il en est de même si l'un des époux venant à tomber malade, son conjoint néglige de lui faire donner les soins réclamés par son état de santé : le Tribunal de la Seine juge dans ce sens que constitue une injure grave, « le fait par le mari d'avoir manqué au devoir d'assistance que le mariage lui impose envers sa femme souffrant d'une grave maladie »<sup>77</sup>. En effet, les époux ont un devoir légal de subir et de tolérer une situation si pénible qu'elle soit, dérivant notamment de l'état de santé déplorable de l'un des conjoints, et la doctrine est unanime sur ce point. Demolombe considère que, « ni les infirmités physiques ou morales, la démence, la fureur même, ni les maladies les plus contagieuses ou les plus repoussantes, fût-ce même, dit Pothier, un cancer au visage, aucun malheur, enfin, aucune infortune de l'époux ne saurait être pour l'autre époux une cause de séparation »<sup>78</sup>. C'est aussi l'opinion de Vignaud : « Le mariage est une société entière et parfaite, qui suppose entre les deux époux la participation aux biens et aux maux de la vie ». Par conséquent, le législateur doit écarter les maladies comme causes de divorce, parce que « s'il se laissait aller à une telle solution, il ne tarderait pas à élargir le divorce d'une façon illimitée »<sup>79</sup>. Dans le même ordre d'idées, De Marcère considère que « le mariage ne se conclut que par des causes d'ordre moral ; c'est par des motifs de même ordre que le lien peut être rompu, il n'est pas une association formée en vue d'embellir la vie, mais une communauté de peines et de maux »<sup>80</sup>. Dès lors, tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que la démence même furieuse de l'un des époux, ne constitue pas, par elle-même, une cause de séparation<sup>81</sup>. De ce principe unanimement admis, il semble résulter que si l'acte de l'un des époux, que son conjoint lui reproche, lui a été dicté par une volonté étrangère à laquelle il n'a pu résister ; si par exemple, il a agi sous l'emprise de la démence, de la fureur, d'un délire momentané, il est manifeste que sa responsabilité n'est plus en jeu. « C'est un malade qui nécessite des soins et qui mérite d'être plaint, ce n'est pas un coupable contre lequel la loi doit faire montre de rigueur »<sup>82</sup>. De nombreuses décisions reconnaissent ce principe : ainsi, il est jugé par la Cour d'appel de Paris que « la démence ne

---

<sup>75</sup> « La loi du 20 septembre 1792 faisait il est vrai de l'absence prolongée pendant cinq ans une cause de divorce ; mais cette loi n'autorisait-elle pas aussi le divorce pour cause de démence de l'un des époux ? N'allons pas chercher là nos exemples ! » : C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.476, n°401 ; H. MASSOL, *De la séparation de corps et des effets quant aux personnes et quant aux biens*, Paris, 1841, p.50. La loi de 1792 prévoit en effet que « l'absence de l'un des époux, sans nouvelles, au moins pendant cinq ans », est une cause de divorce. Par la suite, cette cause n'est pas reprise dans le Code civil. En revanche, l'absence est une des causes de divorce envisagées lors des travaux préparatoires de la loi Naquet, mais cette proposition est rejetée : *J.O.* du 8 juin 1884, Débats parlementaires, Sénat, séance du 7 juin 1884, p.1043 ; C. BLANC DU COLLET, *op. cit.*, pp.558-570 ; Sirey, *Lois annotées*, loi du 27 juillet 1884, pp.659-660.

<sup>76</sup> Cour royale d'Aix 28 avril 1843, *Journal du Palais*, 1843, p.404.

<sup>77</sup> Tribunal civil de la Seine 15 mai 1901, *Gazette des tribunaux* 1902-1-149.

<sup>78</sup> C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.476, n°401.

<sup>79</sup> L. VIGNAUD, *op. cit.*, p.179-pp.187-188.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p.189.

<sup>81</sup> MERLIN, *op. cit.*, séparation de corps n°10 ; A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, 1844, t.2, n°533 ; H. MASSOL, *op. cit.*, p.103 ; F. LAURENT, *op. cit.*, t.3, n°189. La loi de 1792 prescrit comme motif déterminé de divorce « la démence, la folie ou la fureur de l'un des époux ». Rejetée par le Code civil de 1804, la première proposition Naquet, inspirée de la loi de 1792, prévoit en revanche que la démence, la folie ou la fureur de l'un des époux serait une cause de divorce, mais l'article n'est pas retenu au moment du vote de la loi de 1884 : C. BLANC DU COLLET, *op. cit.*, pp.551-558. Vignaud souligne cependant que l'idée de faire de la folie une cause de divorce gagne du terrain de jour en jour, *op. cit.*, p.192.

<sup>82</sup> A. WEILL, *op. cit.*, p.23.

peut être une cause de séparation, que les époux, aux termes de la loi, se doivent mutuellement secours et assistance, et que le devoir de la femme était de donner ou faire donner à son mari tous les soins que réclamait son état »<sup>83</sup>. De même, suivant un arrêt de cassation du 5 août 1890, « les injures graves doivent, pour motiver une demande en divorce, émaner d'une personne saine d'esprit et moralement responsable de ses actes ». Or, en l'espèce, la Cour « se reportant d'après les enquêtes aux circonstances dans lesquelles les faits cités se sont produits, décide que ces circonstances révèlent une maladie qui décharge la femme de toute responsabilité »<sup>84</sup>. Il est du reste certain pour la doctrine dominante, « que l'élément intentionnel étant constitutif des injures graves, le divorce ou la séparation de corps ne sauraient être prononcés pour des injures provenant de l'altération des facultés mentales chez l'agent »<sup>85</sup>. Ainsi, la Cour de cassation a souvent jugé que des injures ou des violences commises par un aliéné, ou même simplement par un anormal ne peuvent justifier le divorce<sup>86</sup>. Plus près de nous, Jean Carbonnier, dressant le bilan de cette jurisprudence, fait remarquer « qu'il s'est produit ici visiblement une confusion : de l'interdiction du divorce pour cause d'aliénation mentale, on a conclu peu rationnellement que là où il y avait aliénation mentale, il ne pouvait y avoir de divorce pour aucune cause. La solution n'est pas d'ailleurs sans danger, car les frontières entre le normal et le pathologique sont toujours indécises, et les possibilités de divorce risquent ainsi de se trouver exagérément réduites. Les divers actes tombant sous le coup de l'article 231, ont souvent à leur origine une véritable « insociabilité familiale », que l'on tend aujourd'hui de plus en plus à faire entrer dans le domaine des investigations psychiatriques ». Il conclut : « l'institution du divorce perd sa raison d'être si on prétend ne l'appliquer qu'aux individus normaux »<sup>87</sup>. Il n'en reste pas moins que pour la doctrine contemporaine de ces décisions, les Tribunaux ont fait une juste application de l'article 212 du Code civil, en considérant cette obligation d'assistance comme un devoir légal imposé aux époux. En l'occurrence, les juges s'en tiennent à l'idée d'intention dans la notion d'injure : l'absence de liberté chez l'époux et l'inconscience de l'acte qu'il accomplit, sont manifestement exclusives d'intention injurieuse.

En revanche, quelques décisions isolées, fidèles à la conception extensive de l'injure, ne considèrent que le préjudice éprouvé par l'époux demandeur, et accordent le divorce à son profit quand la cohabitation est désormais devenue intolérable. Un jugement du Tribunal de la Seine du 27 novembre 1868, décide en ce sens que « les imputations d'un mari contre sa femme, bien que ne pouvant dériver que des hallucinations d'un époux troublé, peuvent entraîner la séparation de corps, quand elles sont si graves et si persévérantes que la cohabitation imposée à la femme ne lui offrirait plus la moindre sécurité »<sup>88</sup>. Cette jurisprudence est vivement critiquée par Carpentier qui dénonce « une sentence tendant à faire prédominer la difficulté de la vie commune sur les caractères constitutifs des faits incriminés. N'arriverait-on pas ainsi à faire de la folie elle-même une cause de divorce ? »<sup>89</sup>. Quoiqu'il en soit, l'opinion dominante considère que « les maladies mentales et physiques les plus cruelles, peuvent sans doute affecter gravement la condition des conjoints, mais loin de desserrer le lien conjugal, ne sauraient être qu'une raison pour le fortifier d'avantage »<sup>90</sup>. A la liste des

<sup>83</sup> C.A. Paris 29 avril 1881, S. 1882-2-21.

<sup>84</sup> C. Cass. 5 août 1890, S. 1894-1-15.

<sup>85</sup> F. LAURENT, *op. cit.*, t.3, n°189-190 ; MASSOL, *op. cit.*, p.120 ; VRAYE et GODE, *op. cit.*, t.1, n°65 ; A. CARPENTIER, *op. cit.*, n°28 ; E. FUZIER-HERMANN, *op. cit.*, art.231, app. n°1 et s.

<sup>86</sup> C. Cass. 4 mars 1902, S. 1902-1-388 (neurasthénie) ; C.A. Bordeaux, 27 janvier 1897, D.P. 1898-2-199 (impulsion morbide).

<sup>87</sup> J. CARBONNIER, *op. cit.*, pp.309-310.

<sup>88</sup> Tribunal civil de la Seine 27 novembre 1868, Gazette des tribunaux, 6 janvier 1869 ; C.A. Montpellier, 1<sup>er</sup> février 1866, D.P. 1867-5-390.

<sup>89</sup> A. CARPENTIER, *op. cit.*, p.85, n°28.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p.70, n°5.

faits qui portent atteinte à l'accomplissement des obligations réciproques dérivant du mariage, on doit ajouter à présent ceux qui proviennent de la négligence du mari et de la femme dans l'accomplissement du devoir de protection et d'obéissance que la loi leur impose.

#### B- Violation du devoir de protection du mari et d'obéissance de la femme<sup>91</sup>

L'article 213 du Code civil prévoit : « le mari doit protection à sa femme ». L'injure, en pareils cas, résulte presque toujours d'un fait négatif, consistant en ce que le mari omet intentionnellement, ou même néglige simplement de garantir sa femme contre les faits ou les outrages d'un tiers<sup>92</sup>. Frémont est d'avis qu'« il pêche alors par défaut de soin »<sup>93</sup>. De fait, il y a ici une injure grave provenant de son inaction. Ainsi, la Cour de cassation juge que « les mépris et insultes de domestiques envers leur maîtresse peuvent être réputés injures graves, et être imputés au mari qui les a excités ou tolérés », et, par suite, motiver une demande en séparation de corps de la part de la femme. En l'espèce, la Cour précise que, « de tels faits qui seraient insuffisants pour séparer des époux placés dans les dernières classes de la société, prennent parmi les personnes d'un état et d'un rang élevé dans l'ordre social, un caractère de gravité qui peut devenir un moyen de séparation »<sup>94</sup>. Il est même jugé que, « eu égard au devoir de protection du mari envers sa femme, on doit considérer comme une injure grave, le fait par le mari d'avoir laissé outrager et maltraiter sa femme par un tiers en sa présence dans le domicile conjugal, et de s'être même empressé d'acquiescer à son départ »<sup>95</sup>. Dès lors, si aux termes de l'article 213, le mari doit protection à sa femme, tous les auteurs s'accordent pour dire qu'il est de son devoir « de veiller à ce que sa femme ne soit atteinte ni dans sa considération, ni dans ses affections, ni dans aucune de ses susceptibilités légitimes ». C'est surtout dans la maison conjugale que le mari a le devoir de protéger sa femme, et toute injure qui, dans ce lieu, est faite à la femme avec la tolérance du mari, doit être réputée provenir du mari lui-même. « Le mari ne trouverait pas une excuse dans la faiblesse de son caractère ; la femme, en effet, n'est tenue de rester dans l'habitation commune qu'autant qu'elle y trouve le respect auquel elle a droit »<sup>96</sup>. Ainsi, il est jugé que « le fait par le mari qui ayant à se plaindre de l'inconduite de sa femme, trouverait le moyen de l'enfermer dans une maison de force, en surprenant de l'autorité administrative une espèce de lettre de cachet, y eût-il eu des suppliques de la famille, et des acquiescements de l'épouse elle-même, n'en serait pas moins coupable d'attentat à la liberté individuelle de son épouse », et justifie d'ordonner une

---

<sup>91</sup> « Non contents de restaurer l'autorité parentale qui est essentiellement celle du père (art.148), les rédacteurs du Code civil ont également restauré l'autorité maritale. Les velléités d'égalité, formulées dans les premiers projets du Code à propos du régime légal de la communauté, vite écartées, ne sont plus de mise. « Il faut que la femme sache qu'en sortant de la tutelle de sa famille, elle passe sous celle de son mari », pour être quelque peu excessive, la formule napoléonienne n'est pas loin de résumer l'état d'esprit qui a présidé à la confection du chapitre « Des droits et devoirs respectifs des époux ». Ce chapitre, que l'officier d'état civil doit en principe lire aux futurs époux avant de recevoir leurs consentements, recueille tout ce que la tradition avait pu forger au cours de siècles pour placer la femme mariée dans la dépendance de son mari » : A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, op. cit., pp.196-197. En 1835, Balzac écrit dans *Le contrat de mariage* : « Le Code a mis la femme en tutelle, il l'a considérée comme un mineur, comme un enfant » : H. de BALZAC, *Le contrat de mariage, La Comédie humaine*, III, op. cit., p.91.

<sup>92</sup> C.A. Bordeaux 17 février 1857, D.P. 1857-2-98.

<sup>93</sup> R. FREMONT, *op. cit.*, p.76, n°128.

<sup>94</sup> C. Cass. 19 avril 1825, D.P. 1825-1-275.

<sup>95</sup> C.A. Bordeaux 23 juillet 1873, S. 1873-2-290.

<sup>96</sup> R. FREMONT, *op. cit.*, pp.76-77, n°128 ; L. VIGNAUD, *op. cit.*, p.129. Ces principes étaient déjà admis dans l'ancien droit : F. DAREAU, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire*, Paris, 1775, t.2, chap.3, section 10, n°5, p.155.

séparation de corps<sup>97</sup>. « Il ne faut pas oublier que l'usage d'un droit ne se confond pas avec l'abus »<sup>98</sup>, souligne Hitier. Mais ici encore, le pouvoir d'appréciation des juges semble absolu : ainsi, un jugement a pu déclarer que le refus par le mari de congédier ses domestiques malgré les demandes réitérées de la femme, et invoqué par cette dernière à l'appui de sa demande en séparation comme violant le devoir de protection auquel elle a droit, ne saurait être considéré comme constituant une injure grave. Le Tribunal précise en outre, « qu'il est constant que le refus du mari s'explique par les circonstances que ces domestiques étaient depuis très longtemps à son service, et que d'ailleurs aucun fait de désobéissance ou simplement d'inconvenance n'est relevé de leur part à l'égard de la femme »<sup>99</sup>.

En ce qui concerne le devoir d'obéissance de la femme<sup>100</sup>, certains auteurs reconnaissent que le refus d'obéir au mari, s'il n'est accompagné d'aucunes circonstances aggravantes, ne peut être assimilé à une injure grave. De fait, les actes accomplis par la femme, en dépit de la défense du mari, doivent être par eux-mêmes injurieux pour ce dernier, « de telle sorte que ce qui constituerait l'injure en cas de circonstances aggravantes, ce serait bien plutôt la nature de l'acte interdit par le mari que son accomplissement lui-même »<sup>101</sup>. « Il est certain qu'on ne saurait équitablement reprocher à une femme d'obéir à un ordre humiliant de son mari, ce qui constituerait pour lui un abus flagrant d'autorité », souligne Vignaud<sup>102</sup>. Conformément à cette manière de voir, il est décidé que des discussions et des scènes regrettables ayant leur source dans le peu de cas que la femme fait de l'autorisation maritale, ne sont pas de nature à justifier une demande en divorce<sup>103</sup>. Mais l'opinion contraire prévaut en jurisprudence, puisque les Tribunaux font du défaut d'obéissance une cause facultative de divorce : il constitue par lui-même, en dehors de tout fait l'aggravant, une injure grave motivant la séparation, à moins que des circonstances extérieures ne viennent lui enlever son caractère injurieux. Ainsi, il est jugé qu'une femme qui sans l'autorisation de son mari, embrasse la carrière théâtrale ou encore entre comme gouvernante dans une famille, s'expose par ces seuls faits à voir prononcer contre elle la séparation pour injure grave<sup>104</sup>. La mère est bien l'idéal bourgeois de l'époque. On le dit et on le répète : la seule carrière qui convienne à une femme, c'est le mariage<sup>105</sup>. Enfin, dans la mesure où les obligations prescrites par l'article 213 du

---

<sup>97</sup> C.A. Rouen 8 avril 1804, Journal du Palais t.XXIV-2-113.

<sup>98</sup> J. HITIER, *op. cit.*, p.18.

<sup>99</sup> Tribunal civil de la Seine 14 novembre 1893, DP 1894-2-260.

<sup>100</sup> 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 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 quelque 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 : R. SRAMKIEWICZ, *Histoire du droit français de la famille*, *op. cit.*, p.97. « Le besoin d'affirmer l'autorité patriarcale est ressenti avec une énergie insoupçonnée, sans doute pour conjurer la peur que la menace d'égalité aurait fait peser sur la cellule conjugale et par ricochet sur la société. Par conséquent, le partage des sphères masculine et féminine est renforcé, comme le souligne l'historien Edgar Quinet, notant qu'il y a désormais un « divorce d'esprit » entre les sexes. Pratiquement ce partage se traduit par un renforcement du clivage entre les univers masculin et féminin, une séparation physique et morale que note également Alfred de Musset dans *La Confession d'un enfant du siècle*, lorsqu'il souligne que dans tous les salons de Paris, « les hommes passèrent d'un côté et les femmes de l'autre » : A. WALCH, *op. cit.*, p.153.

<sup>101</sup> « La même solution doit être donnée au cas où la femme se serait passé pour accomplir certains actes de l'autorisation maritale. Il y a contre les actes ainsi passés un remède fort simple : l'annulation. Un semblable grief ne soulèverait d'ailleurs que des intérêts pécuniaires, dont nous nous refusons à faire des causes de divorce » : CARPENTIER, *op. cit.*, p.98, n°45 et 46.

<sup>102</sup> L. VIGNAUD, *op. cit.*, p.116.

<sup>103</sup> Tribunal civil de Bruxelles 1<sup>er</sup> août 1860, Répertoire général de droit français, t.XVII, p.615, n°455.

<sup>104</sup> Tribunal civil de la Seine 2 août 1837, S. 1838-1-34 ; C.A. Paris, 4 novembre 1852, D.P. 1853-1-108.

<sup>105</sup> A. WALCH, *op. cit.*, p.166. « Seul le mariage donnait à la femme une position dans la société bourgeoise. La vieille fille était encombrante, inutile et méprisée ». En réalité, dans la petite et moyenne bourgeoisie, il est de tradition que la femme participe activement à la carrière de son mari : « La femme est bien souvent la

Code civil ne se justifient que si les époux habitent sous le même toit, il faut aborder pour terminer le devoir réciproque de cohabitation<sup>106</sup>.

### C- Violation du devoir réciproque de cohabitation

Aux termes de 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 ; le mari est obligé de la recevoir et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état ». Cet article fait de la cohabitation réciproque des époux une obligation légale : sans elle, le but du mariage ne serait pas atteint. Carpentier 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 : assistance, secours, protection, cohabitation, et par conséquent de tous les droits que ce même contrat a créé en faveur de son conjoint. A ce titre, l'abandon constitue donc une injure des plus graves, on pourrait dire plus qu'une injure »<sup>107</sup>.

La loi de 1792 faisait de l'abandon une cause péremptoire de divorce, mais par la suite, ni le Code civil de 1804, ni la loi du 27 juillet 1884 ne l'ont retenue<sup>108</sup>. Il n'en demeure pas moins que dans l'esprit du législateur ce refus de cohabitation peut être de nature à faire prononcer le divorce. Déjà, Portalis, résumant sur ce point les vues de la Commission de l'an VIII, déclare : « en général le divorce ne doit point être prononcé sans cause. Les causes du divorce doivent être des infractions manifestes du contrat ». Logiquement, il est possible de ranger dans cette catégorie d'« infractions », l'abandon de l'un des époux par l'autre, dans le but de cesser toute cohabitation. De même, les auteurs de la loi de 1884 ont souvent répété qu'à titre d'injure grave l'abandon du domicile conjugal peut être une cause de divorce<sup>109</sup>. Mais il est

---

collaboratrice de son mari : la femme du boutiquier est au comptoir, tient la comptabilité, mais elle ne joue pas le rôle d'une simple employée, elle est une véritable associée qui parfois assume seule les responsabilités du commerce » : A. DAUMARD, *La bourgeoisie parisienne de 1815 à 1848*, Paris, 1996, p.357. Si tout au long du XIXe 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 : C. BERNARD, *op. cit.*, p.155 ; sur les grandes étapes du féminisme en France, M. ALBISTUR, D. ARMOGATHE, *L'Histoire du féminisme français du Moyen Age à nos jours*, Paris, 1977, II, p.359-503.

<sup>106</sup> « L'obligation pour la femme d'habiter avec le mari est une conséquence du devoir d'obéissance ; l'obligation pour le mari de recevoir la femme est une conséquence du devoir de protection » : H. DERONDE, *op. cit.*, p.48.

<sup>107</sup> A. CARPENTIER, *op. cit.*, pp.106-107.

<sup>108</sup> « Chacun des époux peut également faire prononcer le divorce sur des motifs déterminés ; savoir...sur l'abandon de la femme par le mari ou du mari par la femme pendant deux ans au moins » : article 4, loi du 20 septembre 1792. Ce délai est réduit à six mois par le décret du 4 floréal An II. Cette cause de divorce est ensuite reprise dans le projet de Code civil de la Commission de l'an VIII, mais il n'en est plus question au cours des travaux préparatoires. Ainsi, Tronchet refuse d'admettre la cause d'abandon, « parce que c'est encore un moyen de rompre le mariage par la volonté d'un seul », et il rejette également la cause d'absence (déclaration du 24 vendémiaire an X-16 octobre 1801). Savoie-Rollin explique que « les causes comme l'absence ou l'abandon se prêtent, par le vague de leur désignation, à toutes les combinaisons de fraude et de la dépravation des mœurs » (déclaration du 27 ventôse an XI-18 mars 1803). Naquet introduit l'abandon comme cause de divorce dans sa première proposition, mais les deux projets suivants restent muets sur la question. Il est vrai que « cette cause de divorce aurait sans doute permis de dissimuler un accord entre les époux, un consentement mutuel » : C. BLANC DU COLLET, *op. cit.*, pp.542-550. « Ce qui a beaucoup discrédité ce motif de dissolution du mariage, admis par la loi de 1792, ce sont les abus auxquels il avait donné lieu : il est vrai de dire que le législateur n'avait rien réglé à ce sujet. Tout d'abord, il n'y avait lieu à aucun examen des circonstances ; le simple fait de l'éloignement des époux opérant la dissolution de l'union conjugale ; un jugement même n'était pas nécessaire, c'était l'officier d'état civil qui prononçait le divorce sur le seul vu d'un état de notoriété certifiant l'abandon et sa durée » : L. VIGNAUD, *op. cit.*, p.153.

<sup>109</sup> *Ibidem*, pp.548-550.

vrai que là encore, la jurisprudence n'a pas hésité à suppléer à la loi. En pratique, pour faire de cet abandon une injure grave, les Tribunaux posent deux conditions. La première réside dans le fait matériel du refus<sup>110</sup>. Les époux, vivant éloignés l'un de l'autre, doivent avoir cessé toutes relations : « la rupture doit être absolue », comme le déclare nettement un jugement du Tribunal civil d'Amiens du 15 décembre 1886<sup>111</sup>. Il faut de plus que cet abandon soit persistant<sup>112</sup> : ainsi, la Cour d'appel de Pau juge que « l'abandon par le mari du domicile conjugal, abandon qui s'est prolongé pendant près de douze ans, et son refus d'en désigner un nouveau à sa femme qui le lui demandait, constituaient une injure grave motivant le divorce »<sup>113</sup>. Le devoir de cohabitation pourrait d'ailleurs être violé même si les époux demeuraient dans la même maison, sous le même toit, car l'esprit de la loi veut non seulement que les époux aient une résidence unique, mais encore que leur existence soit commune. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation décide que manque à ses obligations de mari, l'époux qui cède une partie de son appartement à sa femme, affecte une domestique à son service, lui alloue une pension pour ses dépenses, mais refuse de la recevoir à sa table et s'arrange de manière à éviter tout contact avec elle<sup>114</sup>.

La deuxième condition exigée, c'est le caractère injurieux de ce refus : pour ce faire, il doit être le résultat d'une volonté libre. En cas de force majeure, comme par exemple l'emprisonnement du mari, il perd son caractère injurieux<sup>115</sup>. Sans même aller jusque là, on trouve dans la jurisprudence plusieurs décisions qui assimilent des hypothèses voisines, et tiennent pour involontaire ce refus quand il a été dicté par la nécessité d'échapper à une poursuite criminelle, ou encore pour éviter de purger une condamnation rendue par contumace<sup>116</sup>. Sur ce point, la doctrine est unanime : « là où il n'y a pas abandon volontaire, il n'y a pas abandon à proprement parler, il y a éloignement, rien de plus ; ce qui transforme l'éloignement en abandon, c'est le fait qu'il est spontané. Il n'y a pas abandon quand l'éloignement se présente comme la conséquence d'un événement qui ne laisse pas à l'agent le plein exercice de sa volonté libre »<sup>117</sup>. Ainsi, il est jugé dans ce sens que « le départ d'une femme du domicile conjugal et son refus d'y entrer ne sont pas de nature à faire prononcer le divorce contre elle, quand il est démontré que cette femme n'a cédé qu'aux conseils et à la pression des membres de sa famille »<sup>118</sup>.

Dès lors, ce refus de cohabitation complet et volontaire, est-il par lui-même suffisant pour permettre aux juges de prononcer la rupture du lien conjugal au titre de l'article 231 ? Sur cette question, deux systèmes opposés sont en présence. Le premier se refuse à faire de l'abandon du domicile conjugal une injure grave quand aucune circonstance ne vient en

<sup>110</sup> En ce qui concerne la preuve, c'est à celui qui invoque le refus de cohabitation à le prouver, « en présentant une sommation par exemple, ou par quelque autre moyen, manifestant ainsi à son conjoint la volonté de reprendre la vie commune et que ce dernier s'y est refusé. Il ne lui suffirait pas de prétendre qu'il a tout essayé pour mettre fin à cette séparation, car il serait à craindre en effet que les deux époux se fussent mis d'accord pour obtenir le résultat qu'ils souhaitent » : A. WEILL, *op. cit.*, p.82.

<sup>111</sup> Tribunal civil d'Amiens 15 décembre 1886, S. 1887-1-88. Ce jugement décide en effet « que n'abandonne pas d'une manière complète le domicile conjugal, la femme qui va passer plusieurs fois la soirée chez ses parents, alors que le mari leur avait signifié de ne venir chez lui que sur invitation ».

<sup>112</sup> C.A. Amiens 30 novembre 1887, S. 1888-2-87.

<sup>113</sup> C.A. Pau 25 janvier 1893, S. 1893-1-510. En revanche, si peu de temps après le refus du mari de recevoir sa femme, il lui offre de reprendre la vie commune, ou si la femme qui, ayant abandonné le domicile conjugal pendant plusieurs années, fait à son mari la même proposition, ils sont tous deux mal fondés à demander le divorce pour injure grave : C.A. Besançon 26 juillet 1889, S. 1889-2-256 ; C.A. Alger 13 avril 1891, S. 1891-2-178.

<sup>114</sup> C. Cass. 20 janvier 1830, S. 1830-1-27.

<sup>115</sup> Tribunal civil de Coulommiers 19 février 1886, D.P. 1886-2-156.

<sup>116</sup> C.A. Paris, 11 février 1887, S. 1887-2-88 ; C.A. Nancy, 10 mars 1888, Gazette du Palais, 88-2, suppl.33.

<sup>117</sup> J. HITIER, *op. cit.*, p.9 ; voir aussi L. VIGNAUD, *op. cit.*, p.156 ; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.460, n°388.

<sup>118</sup> Tribunal civil de la Seine 25 mars 1904, S. 1904-1-534.

démontrer l'intention méprisante<sup>119</sup>. A l'appui de cette thèse, les juges font valoir deux arguments : d'une part, « l'abandon ne constitue pas par lui-même, quelle qu'en soit la durée, une cause péremptoire de divorce », et, d'autre part, l'admettre, « conduirait aisément au divorce pour incompatibilité d'humeur ou par consentement mutuel, les époux ayant toute facilité, en simulant un abandon, d'arriver à la rupture du lien conjugal »<sup>120</sup>. Par conséquent, « l'abandon ne peut servir de base à une demande de cette nature que si, par les circonstances dont il est entouré, par les causes qui le déterminent ou par l'intention méprisante qui l'accompagne, il prend le caractère d'injure grave prévue par la loi comme une cause de divorce »<sup>121</sup>. Il en est ainsi par exemple lorsque le refus est précédé de paroles ou d'actes ayant un caractère blessant, comme le fait par le mari de renvoyer les effets personnels de sa femme au domestique de sa mère chez qui elle s'est réfugiée<sup>122</sup>. Ces circonstances seront aussi des sommations de réintégrer le domicile conjugal, adressées par le mari à la femme qui n'y aura pas obéi<sup>123</sup>. Dans le même sens, le Tribunal civil de Langres décide que prend le caractère d'injure grave, « le refus par la femme, malgré les nombreuses tentatives de rapprochement du mari, et une sommation à elle adressée de réintégrer le domicile qu'elle a quitté depuis treize ans, alors que le mari a dans l'intervalle fait deux maladies sérieuses et que la femme en a montré la plus complète indifférence »<sup>124</sup>. A l'inverse, une demande en divorce au titre d'injure grave est rejetée, lorsque des circonstances extérieures apportent la preuve que l'époux qui abandonne le domicile conjugal, ou qui refuse d'y rentrer, n'est poussé par aucune pensée d'outrage envers son conjoint. La Cour de cassation juge dans ce sens que « le refus de cohabitation de la part de la femme ne saurait être considéré comme une injure motivant la séparation de corps, lorsque le domicile du mari est le même que celui de ses père et mère, et qu'il est établi que les contrariétés de toute espèce où elle y était journellement en butte lui rendaient intolérable cette habitation commune »<sup>125</sup>. De fait, le refus de cohabitation est encore considéré comme légitime si la vie commune n'offre à chacun des époux la dignité et la sécurité auxquels ils ont droit<sup>126</sup>.

---

<sup>119</sup> La Cour de cassation déclare en la matière : « L'abandon n'étant plus une cause péremptoire, il ne peut à raison de la seule matérialité de fait, servir de base à une demande en séparation de corps ou en divorce. Il est nécessaire que des circonstances extérieures, à l'égard desquelles les tribunaux ont un plein pouvoir d'appréciation, viennent l'aggraver et lui imprimer le caractère injurieux » : C. Cass. 3 janvier 1893, S. 1893-1-337.

<sup>120</sup> Tribunal civil de la Seine, 7 mai 1885, S. 1887-2-164. Ainsi, sur l'ensemble du corpus étudié, la plupart des jugements et arrêts rendus en matière de divorce ou de séparation de corps, le sont pour cause de refus de cohabitation des époux.

<sup>121</sup> « L'intention du législateur de ne pas faire de l'abandon, isolé de toutes circonstances extérieures, une cause de divorce, s'est clairement manifestée précisément par la suppression de la disposition que contenait la législation antérieure » : *Ibidem*.

<sup>122</sup> C. Cass. 14 mai 1902, D.P. 1902-1-224.

<sup>123</sup> Tribunal civil d'Amiens 30 novembre 1887, S. 1888-2-87. Jusqu'en 1884, les Tribunaux s'accordent pour reconnaître au mari le droit de contraindre sa femme à réintégrer le domicile conjugal, par l'emploi de la force publique. Cependant, un arrêt de la Cour d'appel d'Aix, du 22 mars 1884, consacre le système contraire : la Cour rappelle en effet qu'un texte est nécessaire pour permettre au juge d'accorder au mari le concours de la force publique ; par ailleurs cette mesure, dit-elle, n'existe ni dans l'esprit, ni dans le texte de la loi. La Cour ajoute que « forcer la femme, *manu militari*, à réintégrer le domicile conjugal, ne serait d'aucune utilité puisque à peine réintégrée, rien ne l'empêcherait de désertir de nouveau ce domicile. Une telle mesure légitime à certaines époques et dans certains pays, ne l'est certainement pas aujourd'hui en France, où le respect de la liberté individuelle est une des bases de notre droit public » : C.A. Aix 22 mars 1884, Gazette du Palais 1884-1-773. De nombreux arrêts décident néanmoins que le mari peut saisir les revenus de sa femme pour la contraindre indirectement à venir habiter avec lui : C.A. Aix 29 mars 1831, S. 1833-2-92 ; C.A. Paris 14 mars 1834, S. 1834-2-159 ; C.A. Caen 14 août 1848, D.P. 50-2-185 ; C.A. Paris 27 janvier 1855, D.P. 1855-2-208 ; C.A. Nîmes 10 juin 1862, D.P. 1863-2-195.

<sup>124</sup> Tribunal civil de Langres 13 août 1884, S. 1885-2-22.

<sup>125</sup> C. Cass. 20 novembre 1860, S. 1861-1-965.

<sup>126</sup> Tribunal civil de Château-Gontier 16 juin 1903, Gazette du Palais 1904-1-240.

Cependant, un second système majoritaire en jurisprudence, soutient que l'abandon est par lui-même une cause de divorce ou de séparation, même en l'absence de tout fait de nature à l'aggraver. L'arrêt de la Cour de Paris qui réforme le jugement du Tribunal de la Seine précité, expose très nettement cette doctrine contraire. La Cour décide « que la cohabitation constituant la principale obligation du mariage [...] l'abandon du domicile conjugal par la femme constitue pour le mari une injure grave »<sup>127</sup>. L'abandon est par lui-même une injure, et de fait, une cause de divorce, notamment lorsque c'est la femme qui abandonne le domicile conjugal. Frémont considère en effet que « l'épouse qui déserte le foyer domestique, quitte son mari, ses enfants, l'intérieur dont elle avait naturellement la direction et la responsabilité, commet, sans contredit, la faute la plus irréparable dans laquelle puisse tomber une femme »<sup>128</sup>. Hitier se charge d'expliquer cette position jurisprudentielle : « Il y a, dans ce cas, injure implicite à l'endroit du conjoint abandonné, il y a profession de mépris implicite de la part de l'auteur de l'abandon, et à l'égard du conjoint et à l'égard des devoirs que le mariage impose. Ce à quoi peuvent servir les circonstances extérieures, c'est à faire tomber la présomption d'injure qui résulte des faits, en démontrant que l'éloignement de l'époux a une autre explication, et perd par conséquent son caractère injurieux »<sup>129</sup>. Il en est ainsi par exemple lorsque « l'abandon par la femme du domicile conjugal a lieu du consentement du mari, qui n'a pas manifesté nettement l'intention de le faire cesser »<sup>130</sup>. De nombreuses décisions de jurisprudence sont venues appuyer ce système<sup>131</sup>, alors que les auteurs restent partagés sur la question. Certains font remarquer que cette théorie aboutit à faire de l'abandon une cause péremptoire de divorce comme sous l'empire de la loi de 1792, et « par ce seul fait, nous sommes en droit de lui reprocher d'avoir dépassé la portée et l'esprit de la loi »<sup>132</sup>. D'autres, au contraire, soulignent que « dans la loi de 1792, l'abandon, cause péremptoire, exclut l'intervention des faits extérieurs, qui pour nous feront perdre à l'abandon son caractère injurieux, là est la différence. Dans la loi de 1792, l'abandon ne connaît pas de faits justificatifs, ceux-ci sont possibles à l'heure actuelle »<sup>133</sup>. Carpentier est d'avis que l'abandon constitue certainement une injure grave, mais que, malgré ce caractère, « la loi ne peut en faire une cause péremptoire de divorce. En effet, au contraire de l'adultère ou d'une condamnation qui ne peuvent s'excuser, l'abandon peut être motivé par les causes les plus sérieuses »<sup>134</sup>.

Une autre violation de l'article 214 est le refus du mari de recevoir sa femme au domicile conjugal. La cohabitation étant l'état de droit, la femme étant obligée d'habiter avec le mari, ce dernier doit la recevoir. Pourtant, de nombreuses controverses se sont élevées sur la question de savoir si ce refus est susceptible de motiver une demande en divorce. Certains

<sup>127</sup> En première instance, le Tribunal juge que « le refus persistant de la femme d'habiter avec son mari n'est pas de nature à constituer une injure grave, cette dernière n'ayant manifestée pour lui aucune intention méprisante ». La Cour d'appel de Paris décide au contraire que « le refus par la femme de réintégrer le domicile conjugal qu'elle a abandonné depuis trente-trois ans, est de nature à constituer une injure grave entraînant la prononciation du divorce au profit du mari ». En l'espèce, « cinq années après le mariage, la dame G. a, sans motif, abandonné son mari et sa fille légitime alors âgée de quatre ans » : C.A. Paris 8 juillet 1886, S. 1886-2-164.

<sup>128</sup> R. FREMONT, *op. cit.*, p.50, n°85.

<sup>129</sup> J. HITIER, *op. cit.*, p.10.

<sup>130</sup> C. Cass. 11 décembre 1888, S. 1891-1-466.

<sup>131</sup> Tribunal civil de la Seine, 11 mars 1886, Gazette du Palais, 1886-1-510 ; Tribunal civil de Lyon 11 novembre 1894, Gazette des tribunaux 6 décembre 1894 ; C.A Paris 13 mai 1898, *Le Droit*, 19 juin 1898 ; Tribunal civil de la Seine 17 mai 1898, *La Loi*, 19 juillet 1898 ; C.A. Caen 4 avril 1898, Répertoire général de droit français, t.XVII, p.619, n°536 ; Tribunal civil de la Seine 17 mai 1897, Gazette des tribunaux 11 septembre 1897. Voir également, E. FUZIER-HERMAN, *op. cit.*, art. 231, note 131 et s.

<sup>132</sup> A. WEILL, *op. cit.*, p.104.

<sup>133</sup> J. HITIER, *op. cit.*, p.17.

<sup>134</sup> A. CARPENTIER, *op. cit.*, p.107.

auteurs comme Vignaud soutiennent, « qu'il est permis d'admettre la justification de ce refus, [...] les devoirs nés du mariage ne doivent pas avoir une importance égale ; ils sont susceptibles de plus ou de moins, et c'est au juge à examiner l'importance des faits justificatifs et à établir une comparaison entre le devoir violé et l'excuse »<sup>135</sup>. D'autres auteurs au contraire mettent en avant qu' « ici encore c'est d'une obligation légale dont il s'agit pour le mari ; et le seul fait d'y manquer doit constituer une injure grave à l'égard de la femme ». Dès lors, « une fois la preuve faite par la femme du refus de la recevoir, il paraît impossible de ne pas reconnaître dans l'attitude du mari une injure grave à son égard, et il semble bien que ce soit la manière de voir de la Cour de cassation »<sup>136</sup>. En effet, dans un arrêt du 8 janvier 1872, cette Cour juge que « le refus persistant du mari de recevoir sa femme au domicile conjugal peut constituer une injure grave de nature à entraîner contre lui la séparation de corps »<sup>137</sup>. Déjà, la Cour royale d'Angers, dans une décision en date du 8 avril 1829, juge que « le refus réitéré du mari de recevoir sa femme dans le domicile conjugal, peut être considéré comme une injure grave suffisante pour faire prononcer la séparation de corps, lors même que la femme aurait précédemment, et sans causes légitimes, abandonné pendant plusieurs années le domicile conjugal avec tolérance du mari »<sup>138</sup>. Depuis, cette théorie a été reprise par la jurisprudence : un jugement du Tribunal de Muret décide que « quelques graves que soient les torts d'une femme envers son mari, celui-ci ne peut imposer à sa femme le régime de la séparation de fait ; en conséquence, le refus du mari de recevoir sa femme, fût-il même motivé par des actes d'infidélité notoire, constitue une injure grave donnant ouverture au profit de la femme à une action en séparation de corps ou en divorce »<sup>139</sup>. Dans le même sens, la Cour de Rouen déclare que « le mari ne peut opposer à sa femme un refus persistant et indéfini de la recevoir sans l'actionner en divorce ou en séparation. Décider le contraire serait admettre pour le mariage un état intermédiaire réprouvé par la loi où les époux seraient judiciairement autorisés quoique mariés, à vivre séparément »<sup>140</sup>. Pourtant, une partie de la doctrine critique ce système : Roll pense qu'il « est particulièrement favorable à l'extension du divorce ; si on le poussait jusqu'à ces dernières conséquences, on en arriverait forcément à dire que le devoir de cohabitation étant de l'essence du mariage, rien ne saurait jamais excuser la violation ; on en ferait ainsi une cause péremptoire de divorce ». Mais il ajoute, « la jurisprudence n'est pas allée jusque-là, puisque elle admet pour justifier ce refus, certaines circonstances qui lui enlèvent le caractère injurieux »<sup>141</sup>. En pratique, quelques arrêts et

<sup>135</sup> L. VIGNAUD, *op. cit.*, p.115.

<sup>136</sup> J. HITIER, *op. cit.*, p.14. Pour Demolombe, il ne fait pas de doute « qu'on pourra voir une cause de séparation dans le refus persistant de la part du mari de recevoir sa femme au domicile conjugal, ou de la part de la femme d'y retourner, lors même que dans le premier cas la femme l'aurait volontairement quitté, ou que dans le second cas le mari lui-même aurait d'abord expulsé la femme » : C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.460, n°388.

<sup>137</sup> C. Cass. 8 janvier 1872, S. 1872-1-66. Deux ans plus tard, un autre arrêt confirme cette position en décidant que « la vie commune est une des obligations essentielles du mariage, les époux n'en peuvent être dispensés que par un jugement de séparation. Le mari, en refusant de recevoir sa femme, émet la prétention de rester séparé en fait sans l'être en droit. Ce n'est pas à dire que le mari ne puisse échapper à cette nécessité de recevoir sa femme, il peut introduire une demande en séparation basée sur les procédés de sa femme à son endroit, et empêcher ainsi la reprise de la vie commune, mais c'est la seule voie qui lui soit ouverte : C. Cass. 27 janvier 1874, S. 1874-1-216. La séparation de corps est censée mettre fin à l'obligation de cohabitation. Par déduction, la jurisprudence, suivie en cela par la doctrine, constate la disparition du domicile conjugal. En revanche, ce n'est pas la position de la Chambre criminelle de la Cour de cassation : C. BOUGLÉ-LE ROUX, *op. cit.*, p.40.

<sup>138</sup> Cour royal d'Angers, 8 avril 1829, D.P. 1829-2-115 ; Dans le même sens, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 8 fructidor an XIII, juge que « le refus du mari de recevoir sa femme dans son domicile, de l'y nourrir et de l'y entretenir donne lieu au divorce pour cause déterminée » : C.A. Bruxelles 8 fructidor an XIII, S. An XIII-1-85.

<sup>139</sup> Tribunal civil de Muret 11 juin 1891, S. 1892-2-114 ; dans le même sens : C.A. Colmar 1<sup>er</sup> juillet 1858, D. P.1858-1-212 ; C.A. Metz 5 avril 1865, S. 1865-2-29 ; C.A. Pau 31 mai 1869, S. 1869-2-207.

<sup>140</sup> C.A. Rouen 5 février 1898, S. 1898-2-62.

<sup>141</sup> ROLL, *Evolution du divorce*, p.139, cité par A. WEILL, *op. cit.*, pp.97-98.

jugements réservent au mari la possibilité d'enlever au refus le caractère injurieux, en démontrant qu'il s'explique par des raisons sérieuses. Il y a dans ce sens des décisions antérieures à 1884 : ainsi la Cour d'appel de Paris juge que « le refus du mari de recevoir sa femme au domicile conjugal peut, suivant les circonstances, être considéré comme ne constituant pas à lui seul une injure grave de nature à entraîner la séparation de corps [...] à raison de l'abandon volontaire par la femme du domicile conjugal, comme à raison de faits et d'incidents judiciaires antérieures à l'instance en séparation »<sup>142</sup>. Dans le même sens, la Cour de Paris, confirmant un jugement du Tribunal de la Seine, décide que « le refus de recevoir sa femme au domicile conjugal peut n'être pas considéré comme une injure grave à raison des torts de la femme ». En l'espèce, l'épouse a sans aucun motif légitime, quitté le domicile conjugal, et cet abandon s'est prolongé plus de vingt ans<sup>143</sup>. D'ailleurs, les juges n'hésitent pas à considérer comme légitime le refus du mari lorsqu'il est motivé par « l'inconduite notoire de l'épouse, et une condamnation à l'emprisonnement prononcée contre celle-ci pour adultère »<sup>144</sup>. Il est jugé dans le même sens que « le refus du mari de recevoir sa femme au domicile conjugal ne constitue pas une injure grave, si la femme, déboutée d'une précédente demande en séparation et condamnée à réintégrer le domicile conjugal, s'est refusée à y rentrer durant trente ans, et si, en faisant sommation à son mari de la recevoir après ce laps de temps, elle n'a pas l'intention sérieuse de réintégrer le domicile conjugal, et cherche seulement à se procurer un moyen de séparation »<sup>145</sup>. Dès lors, comme pour les autres faits d'injure grave, « il est rare que le refus du mari de recevoir sa femme soit pur et simple, il se produit toujours au milieu de circonstances qui peuvent soit en aggraver la nature soit en atténuer la portée »<sup>146</sup>.

Dans cette première catégorie de faits, la majorité de la jurisprudence a fait abstraction de l'élément intentionnel : il y a injure grave de la part de l'un des époux envers l'autre quand il y a manquement à l'une des obligations que la loi impose aux conjoints. Le manquement est par lui-même une injure du moment qu'il est reconnu résulter de la volonté libre de son auteur. Un certain nombre de décisions restent néanmoins attachées au système qui fait de l'intention l'élément essentiel de la notion d'injure. Quoiqu'il en soit, il est indéniable que la jurisprudence a fait de la violation de chacune de ces obligations une cause déterminée de divorce. Il existe également une autre série de faits qui, sans violer directement les obligations imposées aux époux par le mariage, sont cependant considérés par les Tribunaux comme des injures graves de nature à motiver sa rupture.

---

<sup>142</sup> C.A. Paris, 10 janvier 1852, D.P. 1852-5-498. Dans le même sens, voir : C. Cass. 7 avril 1862, S. 1863-1-315.

<sup>143</sup> Louis Renault se charge d'expliquer en note de l'arrêt les motifs de cette décision : « Pour un motif d'intérêt pécuniaire, la femme veut ou feint de vouloir reprendre la vie commune qu'elle même avait brisée. Les faits démontrent que l'injure n'existe pas ; que le refus du mari était trop justement motivé, que c'était lui qui était l'offensé. Ce n'est pas lui qui a créé cette situation qu'il veut maintenir, il l'a subie et il a bien le droit de refuser d'être le jouet des caprices de sa femme ». Il continue : « C'est qu'en effet, le plus souvent, ce n'est pas le repentir qui lui fait exprimer le désir de revenir auprès de son mari et de reprendre la vie commune, c'est un misérable intérêt d'argent » : C.A. Paris 31 mars 1873, S. 1874-2-1. Dans *La Duchesse de Langeais*, Balzac fait dire au duc de Grandlieu à Madame de Langeais qui souhaite quitter le domicile conjugal : « Le duc de Langeais se séparera de vous, gardera votre fortune, vous laissera pauvre et sans considération » : H. de BALZAC, *La Duchesse de Langeais*, op. cit., V, p.235.

<sup>144</sup> C.A. Alger 25 avril 1893, S. 1893-2-184 ; C.A. Montpellier 16 janvier 1902, D.P. 1902-2-133.

<sup>145</sup> C.A. Paris 9 avril 1875, S. 1875-2-133.

<sup>146</sup> R. FREMONT, op. cit., p.55, n°93.

## II - FAITS PERSONNELS

Il faut envisager à présent les faits qui se produisent dans les rapports des époux, sans qu'il y ait cette fois violation directe d'une obligation résultant d'un texte de loi (A). Par ailleurs, à côté de cette vie commune, dans l'existence propre de chacun, il peut survenir des événements qui, portant atteinte à l'honneur et à la dignité du conjoint qui en est resté étranger, sont de nature à lui causer un réel préjudice, qu'il s'agisse de faits postérieurs (B) ou antérieurs au mariage (C).

### A- Faits conjugaux ne violant pas directement une des obligations légales du mariage

Dans cette catégorie, il faut envisager des faits qui ne font pas directement échec aux prescriptions de la loi, en ce sens que le conjoint qui en est l'auteur ne se soustrait pas d'une façon évidente à l'un des devoirs matrimoniaux prévus par le législateur. Mais en tant que faits conjugaux, ils surviennent à l'occasion des rapports qu'engendre le mariage, et ils apportent un tel trouble qu'ils sont parfois jugés suffisants pour motiver le divorce ou la séparation de corps. Il en est ainsi de l'accomplissement du devoir conjugal. La loi, en obligeant les époux à partager la même vie dans le même domicile, veut encore, d'une façon implicite, que les époux accomplissent l'acte qui consacre le mariage, et le rend définitif aux yeux de la nature et de la société. Puisque « le mariage est l'union légitime de l'homme et de la femme pour perpétuer leur espèce »<sup>147</sup>, le refus du devoir conjugal doit être considéré comme une cause de rupture<sup>148</sup>. Mais à cette obligation, la loi n'apporte aucune sanction : par conséquent, c'est encore la jurisprudence qui s'est donnée pour mission de réparer l'oubli conscient ou involontaire du législateur.

Pour la majorité des Tribunaux, l'abstention est une injure grave par elle-même : pour ce faire elle doit remplir deux conditions. La première est que ce refus doit émaner de la libre volonté de son auteur. S'il est survenu dans des circonstances qui l'expliquent et l'excusent, il ne peut être considéré comme outrageant. Ces justifications seront le plus souvent la conduite du conjoint, comme la résistance de la femme qui s'oppose à des rapports intimes avec son mari<sup>149</sup>, l'âge, le défaut de conformation physique<sup>150</sup>, ou encore une maladie du conjoint qui

---

<sup>147</sup> Rapport d'Hippolyte Faure sur le projet de loi Naquet : C. BLANC DU COLLET, *op. cit.*, pp.377-378. Ainsi, il est jugé que « l'emploi par le mari dans ses relations avec sa femme de préservatifs contre la grossesse, et ce à l'insu de sa femme, constitue une injure grave de nature à motiver la séparation de corps » : C.A. Caen, 26 décembre 1899, S. 1900-2-143.

<sup>148</sup> « Le devoir conjugal est un des principaux effets naturels du mariage, et il semble véritablement impossible de laisser subsister une union incapable d'aboutir à une de ses fins principales » : L. VIGNAUD, *op. cit.*, p.238. En revanche, l'impuissance naturelle pas plus que l'impuissance accidentelle, n'est comprise dans cette abstention : en faire une cause de séparation ou de divorce, « serait un moyen détourné d'en faire une cause de nullité du mariage », et une jurisprudence constante lui refuse cet effet : C.A. Nîmes, 5 juin 1894, S. 1896-2-142, note 2. Dans notre ancien droit, héritier du droit romain sur ce point, on tenait cette cause de divorce pour parfaitement justifiée. L'impuissance était comprise parmi les causes de répudiation dans la Constitution de Constantin, et pendant des siècles ce régime s'appliqua sans difficultés, au moins dans les pays de droit écrit. Les tribunaux ecclésiastiques admettaient l'impuissance naturelle ou la non-consommation volontaire du mariage comme cause de nullité. En revanche, le droit intermédiaire et le Code civil ont laissé de côté cette cause possible de divorce. Dans sa première proposition de loi, Alfred Naquet inscrit parmi les causes de divorce l'impuissance des époux, « qu'elle soit survenue antérieurement ou postérieurement au mariage », mais cette proposition n'est pas retenue. Sur la notion de « mariage conclu et consommé » (*matrimonium ratum et consummatum*) : A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes...*, *op. cit.*, p.133 et s. ; P. VALDRINI, J.-P. DURAND, O. ÉCHAPPÉ, J. VERNAY, *Droit canonique*, Paris, 1999, pp.351-352 ; A. ESMEIN, *op. cit.* pp.225-226, p.259 et s. ; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, *op. cit.*, p.198.

<sup>149</sup> C.A. Agen 22 décembre 1891, S. 1891-2-208 ; C.A. Alger 26 février 1895, D.P. 1895-2-344.

<sup>150</sup> C.A. Angers 15 janvier 1896, Répertoire général de droit français, t.V, p.512, n°35.

rend impossible tout rapport entre les époux. Ainsi, la Cour de cassation juge que « l'abstention peut bien être considérée comme un refus mais à la condition qu'elle soit volontaire »<sup>151</sup>.

La deuxième condition nécessaire au refus du devoir conjugal pour qu'il soit considéré comme injurieux, c'est sa persistance : le fait qu'il se produise fréquemment, de façon habituelle, démontre qu'il ne tient pas à une cause passagère. « Il est bien entendu d'ailleurs qu'on ne saurait voir une injure grave dans un refus isolé, accidentel, d'accomplir le devoir conjugal », estime Frémont<sup>152</sup>. Pour Carpentier, « ce serait transformer le caprice des époux en loi »<sup>153</sup>. Ainsi, la Cour d'appel de Metz considère, « que le fait par le mari de s'être abstenu volontairement et avec persistance de consommer le mariage, constitue envers la femme une injure grave de nature à faire prononcer la séparation de corps. Il n'est pas nécessaire de rechercher la cause d'une abstention d'autant plus extraordinaire qu'elle s'est manifestée au début d'une union, que l'âge des époux, leur position sociale, l'éducation qu'ils avaient reçue au sein de familles également honorables, permettait de considérer comme bien assortie »<sup>154</sup>. De fait, il est jugé que « c'est seulement le refus habituel de remplir le devoir conjugal qui peut constituer une injure grave de nature à motiver le divorce » ; la femme peut en effet se refuser dans certaines circonstances à remplir ce devoir, sans que ce refus constitue de sa part une injure grave à l'égard du mari<sup>155</sup>.

En revanche, pour une partie de la jurisprudence, l'abstention n'est une cause de divorce que si elle est accompagnée de circonstances qui lui donnent ce caractère injurieux<sup>156</sup>. Il en est ainsi par exemple « du mépris qu'un mari aurait témoigné pour sa femme, en dédaignant constamment d'accomplir l'acte conjugal »<sup>157</sup>. Dans une espèce assez similaire, la Cour d'Aix juge « qu'il y a injure grave de la part du mari qui s'abstient volontairement et constamment de remplir le devoir conjugal, et qui, pour motiver son abstention, répand contre sa femme des imputations mensongères ». En l'occurrence, « le mari n'avait pas craint d'aggraver les souffrances de celle-ci en disant à plusieurs personnes qu'elle était une « femme de coton », qu'elle sentait mauvais « du haut et du bas », qu'il n'avait que du dégoût pour elle et qu'elle était atteinte d'une maladie des plus graves »<sup>158</sup>. De même, « il y a injure grave de nature à entraîner la séparation de corps de la part du mari qui, sous l'emprise d'habitude d'ivrognerie et d'intempérance, n'a jamais témoigné à sa femme d'autre sentiment que celui du dédain et de l'indifférence, et s'est continuellement abstenu de remplir le devoir conjugal »<sup>159</sup>.

La jurisprudence s'est encore divisée sur la question de la preuve. En pratique, la femme produit, à l'appui de sa demande, un certificat du médecin attestant qu'elle a conservé les attributs de la virginité. Ce document prouve bien l'abstention, mais ne fait pas preuve

---

<sup>151</sup> « Qu'il résulte du rapport des médecins que si le mariage n'a pas été consommé, il n'est nullement démontré que ce soit par le fait du sieur H. ; que la nature malade de la dame H. et ses déclarations recueillies par les experts témoigneraient au contraire que l'abstention dont elle se plaint doit surtout lui être imputée » : C. Cass. 19 janvier 1892, S. 1892-1-78 ; voir aussi, C.A. Douai 29 avril 1884, S. 1884-2-92.

<sup>152</sup> R. FREMONT, *op. cit.*, p.60, n°100.

<sup>153</sup> A. CARPENTIER, *op. cit.*, p94, n°41.

<sup>154</sup> C.A. Metz 25 mai 1869, S. 1870-2-77.

<sup>155</sup> Tribunal civil de Genève 3 juillet 1885, S. 1885-4-31.

<sup>156</sup> « On voit des époux qui, sans abandonner en apparence la vie commune, sans désertir le foyer, ni manquer à la foi conjugale, restent absolument étrangers l'un à l'autre en tant que mari et femme. Y aura-t-il dans cet état de choses une injure au sens de l'article 231 ? Oui certainement, si ce refus par l'un des époux d'accomplir le devoir conjugal peut être considéré comme la manifestation, non seulement d'une profonde antipathie, mais encore d'un mépris immérité » : R. FREMONT, *op. cit.*, p.58, n°99.

<sup>157</sup> C.A. Bordeaux 5 mai 1870, S. 1871-2-35.

<sup>158</sup> C.A. Aix 7 avril 1876, S. 1876-2-332.

<sup>159</sup> C.A. Paris 19 mai 1879, S. 1879-2-175.

complète puisqu'il n'indique pas duquel des deux époux elle provient<sup>160</sup>. Cependant, « l'état de virginité constaté chez la femme, n'établit-il pas une présomption contre le mari, et n'est-ce pas à lui de prouver que son abstention s'explique par une cause indépendante de sa volonté ? »<sup>161</sup>. Certains Tribunaux semblent l'admettre : ainsi un arrêt de la Cour de Besançon décide qu'il y a injure, à moins que le mari ne prouve le contraire<sup>162</sup>. Dans un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Caen, les arguments avancés pour justifier cette présomption sont les suivants : « Les principes du Code civil, notamment ceux de l'article 213, sont d'accord avec toutes les lois morales et naturelles pour soumettre la femme au mari, c'est dire qu'il lui appartient de prendre l'initiative et de faire valoir ses droits. Le droit, la morale et la nature établissent donc, en pareil cas, une présomption qu'il lui appartient de détruire par la preuve contraire »<sup>163</sup>. Dans un autre arrêt, on trouve encore consacrée cette théorie de la présomption : « Attendu que l'appelant ne justifie d'aucune impossibilité ou empêchement légitime justifiant son attitude, que son abstention est donc volontaire, et constitue une injure des plus graves à l'égard de sa femme »<sup>164</sup>.

L'opinion opposée est cependant presque unanimement admise, et la Cour de cassation saisie de la question a repoussé la présomption sur le rapport du conseiller Denis : « La non-consommation du mariage n'est pas nécessairement imputable au mari ; il se peut que celui-ci ait rencontré des refus que la persuasion n'a pu vaincre, et qu'il ait cru de sa dignité de ne pas en avoir raison par la violence ». De fait, tout en reconnaissant que le refus de consommer le mariage, « pourra le plus souvent être imputé au mari qu'à la femme, par la raison que le premier a plus de force morale et physique [...] le juge pourra y trouver une présomption contre lui, mais ce ne sera pas une présomption légale »<sup>165</sup>. La charge de la preuve reste donc à la demanderesse : c'est à la femme qui appuie sa demande sur une offense de son mari à établir cette offense<sup>166</sup>. « Cette théorie semble être en parfaite harmonie avec les principes juridiques, et avec les données incontestables de la médecine moderne [...] les uns et les autres se refusent à voir dans la seule constatation faite par la femme de son état de virginité, une présomption d'offense à l'encontre du mari »<sup>167</sup>.

---

<sup>160</sup> « Résulte-t-il de la production de cette pièce l'injure grave à son endroit ? Evidemment non, l'abstention pouvant être la conséquence de la résistance de la femme ou encore être expliquée par l'état de santé du mari » : J. HITIER, *op. cit.*, p.13. En revanche, lorsque le mariage a été consommé, l'argument du refus de l'accomplissement du devoir conjugal est plus difficilement admis par les juges : ainsi, la Cour de Bordeaux décide que les « imputations de la femme contre son mari n'ont été en aucune sorte justifiées et ne sont même pas susceptibles d'une preuve judiciaire ; d'ailleurs, dans l'état des choses, il est plus naturel de croire qu'elle se trompe sur les causes auxquelles, dans la naïveté et l'ingénuité de son ignorance, elle attribue la stérilité qui a affligé jusqu'à ce jour sa couche conjugale » : C.A. Bordeaux 5 mai 1870, S. 1871-2-35.

<sup>161</sup> J. HITIER, *op. cit.*, p.13.

<sup>162</sup> C.A. Besançon 29 juillet 1889, S. 1889-2-156 : « Considérant qu'une telle abstention contraire au but principal du mariage, et attestée par deux certificats médicaux, doit être considérée comme injurieuse pour la femme ; qu'il ne saurait en être autrement que dans le cas où le mari ferait la preuve d'empêchements accidentels qui justifieraient sa conduite, et enlèveraient à une telle abstention toute idée de mépris et d'outrage ».

<sup>163</sup> C. Cass. 20 décembre 1892, S. 1893-1-306.

<sup>164</sup> C.A. Agen 22 décembre 1891, S. 1891-2-208.

<sup>165</sup> « Que l'on ait des raisons d'être choqué du maintien d'une union aussi mauvaise, nous n'y contredisons pas ; en semblables cas autrefois, il y avait la ressource du droit canonique qui, durant des siècles, a réglé exclusivement les questions matrimoniales et faisait des distinctions entre le mariage consenti et le mariage consommé ; il considérait la possibilité d'avoir de la postérité comme une condition essentielle de l'union conjugale » : rapport du conseiller Denis, en note sous l'arrêt de la Cour de cassation, 20 décembre 1892, S. 1893-1-306.

<sup>166</sup> La Cour rejette le pourvoi, et confirme l'arrêt de la Cour d'appel de Caen précité. Dans le même sens : C. Cass. 22 février 1899, S. 1899-1-189. Un arrêt de la Cour de Montpellier a même décidé que « le fait de la part du mari de s'abstenir avec persistance du devoir conjugal, peut en outre constituer un quasi-délit motivant une condamnation à des dommages-intérêts pour la réparation du préjudice matériel et moral qu'a éprouvé la femme » : C.A. Montpellier 29 novembre 1897, S. 1901-2-37.

<sup>167</sup> A. WEILL, *op.cit.*, p.110

D'autres faits se rattachent de façon étroite à l'accomplissement du devoir conjugal. En effet, « si chacun des époux a le droit d'exiger de son conjoint qu'il se conforme à ce devoir, il faut aussi veiller à ce que ce droit ne dégénère pas en abus. Il en serait ainsi au cas où l'un des conjoints, spécialement le mari, substituerait à l'accomplissement normal du devoir conjugal des pratiques honteuses et contre nature »<sup>168</sup>. Vignaud considère qu'en la matière « la puissance maritale est un droit parfaitement limité par la raison et les lois naturelles. Dès qu'il y a abus d'un droit, il n'y a plus de droit »<sup>169</sup>, et la Cour de Nancy taxe ces faits « d'abus d'influence et d'autorité maritale »<sup>170</sup>. De fait, lorsque ces pratiques ne sont pas accompagnées de violences, car elles sont alors considérées soit comme des excès, soit comme des sévices<sup>171</sup>, les Tribunaux voient en elles une injure grave suffisante pour faire prononcer le divorce<sup>172</sup>. Ainsi, la Cour de Nîmes juge que « le mari qui, dès les premiers jours du mariage, substitue à l'accomplissement du devoir conjugal des pratiques illicites, honteuses et contre nature, se rend coupable d'une injure grave envers sa femme ». La Cour ajoute : « Attendu qu'il importe souverainement que les femmes, en se confiant au mari de leur choix et au protecteur que la loi leur assure, sachent qu'elles ne seront pas exposées à rencontrer en eux des professeurs de débauche et d'immoralité »<sup>173</sup>. En revanche, il est jugé dans une affaire analogue, « que le simple abus que le mari ferait de ses droits sur la personne de sa femme, ne saurait être considéré comme suffisant pour faire prononcer la séparation de corps, alors que cet abus ne constituerait aucun acte ou tentative d'acte contre nature, et se réduirait même à des caresses entre époux »<sup>174</sup>. Cette variation jurisprudentielle s'explique sans doute par la volonté d'égaliser les rapports entre époux, afin d'éviter toute disparité de traitement moralement choquante. Le procureur général Dupin, dans une espèce où les juges n'ont pas reconnu le caractère injurieux à des faits de ce genre, déclare à ce propos : « si la pudeur d'une femme mariée n'est pas la pudeur d'une vierge, ce n'est pas une raison pour nier que le mariage conserve une pudeur qui lui est propre, et qui ne mérite pas moins d'être respectée. Il n'y a pas de puissance qui n'ait de bornes : le droit le plus explicite ne doit jamais dégénérer en abus »<sup>175</sup>.

Constitue également un abus du devoir conjugal, la communication faite par l'un des époux à l'autre du mal vénérien. La doctrine dominante, d'accord sur ce point avec la jurisprudence, considère que la transmission de cette maladie n'est pas nécessairement une injure grave ; elle peut seulement être considérée comme telle selon les circonstances<sup>176</sup>.

<sup>168</sup> *Ibidem*, p.61.

<sup>169</sup> L. VIGNAUD, *op. cit.*, p.113.

<sup>170</sup> C.A. Nancy 10 mars 1894, S. 1894-2-112.

<sup>171</sup> Voir dans ce sens l'arrêt de la Cour d'appel de Poitiers qui juge que « constituent des excès et sévices de nature à motiver la séparation de corps, le fait par un mari d'avoir imposé sans ménagement à sa femme des rapprochements qui ont déterminé chez elle une maladie sérieuse, et d'avoir ensuite malgré les recommandations du médecin, continué à faire subir à sa femme des relations qui ont singulièrement aggravé sa maladie » : C.A. Poitiers 3 décembre 1894, S. 1895-2-36.

<sup>172</sup> « Des faits de ce genre constituent au point de vue de la dignité de la femme et de l'épouse, une injure plus grave même que l'adultère du mari » : c'est ainsi que s'exprime le Tribunal d'Anvers le 26 mai 1888, S. 1889-2-67.

<sup>173</sup> C.A. Nîmes 5 juin 1894, S.1896-2-142.

<sup>174</sup> C.A. Rennes 13 décembre 1841, D.P. 1842-1-464.

<sup>175</sup> C. Cass. 21 novembre 1839, D.P. 1840-1-6.

<sup>176</sup> Ce n'est pas l'avis de Carpentier qui prétend qu'en toute hypothèse la communication d'une maladie honteuse chez l'un est une cause facultative de divorce au profit de l'autre : « Dans l'état actuel de la science, un médecin pourra presque toujours déterminer avec précision l'origine et l'époque de la maladie. Et nous ne voyons pas dès lors comment cette maladie serait moins accusatrice que telle circonstance qui ne manifesterait pas directement l'adultère, qui pourrait s'expliquer autrement, et qu'on a l'habitude cependant d'en considérer comme une manifestation. Le mal vénérien peut être considéré, dans certains cas, comme la photographie même de l'adultère. Par conséquent, il sera permis aux juges de voir une présomption d'adultère dans l'existence chez l'un des époux d'une maladie de cette nature et de mettre à sa charge le fardeau de la preuve tendant à établir qu'elle

Ainsi, Merlin considère que « la communication du mal vénérien n'est pas essentiellement une cause de séparation ; mais si cette communication est accompagnée de circonstances qui lui donnent la nature de sévices ou d'injures graves, il en résulte, pour l'époux ainsi outragé, un moyen de séparation de corps »<sup>177</sup>. Demolombe ajoute, « que ce sera, comme toujours, une question de fait [...] la justice appréciera : si c'est un mal antérieur au mariage et qui n'était pas guéri... ; si ce mal étant même postérieur au mariage, l'époux ignorait en être atteint lorsqu'il l'a communiqué à son époux ; si c'est la première fois ou s'il y a récurrence »<sup>178</sup>. La position la plus « sévère » est soutenue par Pothier qui considère, que « le mal vénérien quoiqu'il y ait de forts soupçons que le mari se l'est attiré par ses débauches, ne peut servir de fondement à une demande en séparation ; ce mal n'étant plus aujourd'hui incurable, mais un mal que presque tous les chirurgiens savent guérir »<sup>179</sup>.

La jurisprudence semble d'abord se ranger à cet avis : un arrêt du 15 février 1806 de la Cour de Pau, confirmé par la Cour de cassation, reprend nettement cette position : il est jugé en effet qu'en aucun cas et à quelque titre que ce soit, la communication du mal vénérien ne peut être une cause de divorce, car elle n'est pas inscrite dans la loi<sup>180</sup>. Mais, la jurisprudence, poussée par les réalités de la pratique, ne pouvait demeurer dans une attitude aussi rigoureuse. Par conséquent, les Tribunaux s'alignent progressivement sur l'opinion adoptée par la doctrine dominante, et admettent désormais que la contamination de l'un des conjoints par l'autre peut, suivant les circonstances, constituer une injure grave. Un arrêt de la Cour de Lyon vient consacrer cette nouvelle jurisprudence : « Attendu que considérée en elle-même et isolément de toute circonstance particulière, la communication du mal vénérien ne saurait être appréciée comme une injure grave par les Tribunaux dans le sens de la loi, parce que le plus souvent elle peut être involontaire ; mais attendu que dans l'espèce, toutes les circonstances présentent le caractère de l'injure grave, de l'attentat le plus affligeant pour les mœurs, le plus effrayant pour les familles, puisqu'il s'agit d'un homme qui, sciemment infesté du poison honteux de la débauche, a eu l'infamie de souiller la couche nuptiale »<sup>181</sup>. De cet arrêt se dégage le système que la jurisprudence va adopter pour l'avenir : ce qui dorénavant constitue une cause de divorce, c'est la communication du mal, acte répréhensible assimilé à une injure grave, et non pas le seul fait d'être atteint de cette maladie<sup>182</sup>. Mais une condition est exigée, sans laquelle il n'y a pas injure : c'est la conscience chez le conjoint infecté de l'existence de la maladie. Les Tribunaux ne demandent pas, bien entendu, que le coupable ait eu l'intention de nuire à son conjoint, mais exigent en revanche que ce dernier ait agi en connaissance de son état<sup>183</sup>. En tout cas, cet arrêt de Lyon marque un revirement complet dans la jurisprudence, et les Tribunaux s'accordent dorénavant pour déclarer que la communication du mal vénérien est recevable comme cause de séparation de corps ou de divorce, et sa preuve

---

n'est pas la conséquence d'un rapprochement illicite » : A. CARPENTIER, *op. cit.*, pp.78-79. Voir aussi, L. VIGNAUD, *op. cit.*, p.232 : « La transmission consciente du mal vénérien sera une cause déterminée de divorce. Le juge n'aura pas à examiner s'il existe ou non, en dehors de l'infection elle-même, des circonstances aggravantes. Il n'aura qu'à voir si cette infection existe et s'il y a eu faute du conjoint. Il devra alors prononcer le divorce à moins que des faits ne viennent atténuer la responsabilité de l'époux défendeur, qui a pu, très souvent, n'obéir qu'à un élan de passion ou de tendresse ».

<sup>177</sup> MERLIN, *op. cit.*, §1, n°9.

<sup>178</sup> C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.461, n°389.

<sup>179</sup> *Ibidem*.

<sup>180</sup> C.A. Pau 15 février 1806, S. 1806-2-442 ; C. Cass. 16 février 1808, S. 1808-1-179.

<sup>181</sup> C.A. Lyon 4 avril 1818, S. 1819-2-131.

<sup>182</sup> Ainsi le fait par le mari d'avoir été atteint à plusieurs reprises du mal vénérien, ne saurait par lui-même être considéré comme un grief suffisant pour faire prononcer contre lui la séparation de corps, s'il n'a jamais communiqué ce mal à sa femme : C.A. Nîmes 14 mars 1842, D.P. 1842-1-750.

<sup>183</sup> C.A. Paris 5 février 1876, D.P. 1876-5-405 ; C. Cass. 30 janvier 1892, S. 1892-1-80.

admissible<sup>184</sup>. Dès lors, quand il est établi que l'époux malade a contaminé sciemment son conjoint, cette contamination doit être considérée comme constitutive d'une injure grave, surtout si, à ce fait matériel, viennent s'adjoindre des circonstances aggravantes qui en accentuent le caractère injurieux. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'un mari « à plusieurs reprises, communique à sa femme une affection syphilitique, n'obtient de relations intimes avec elle qu'à l'aide de la violence, et qu'un enfant, né de ces relations, est lui-même atteint de la maladie en question »<sup>185</sup>. Il est également jugé, « qu'un mari qui, même à son insu, communique une maladie vénérienne à sa femme, se rend coupable envers elle d'une injure grave, alors qu'il a connaissance de la maladie, et néglige de prévenir son épouse et de lui faire prendre les mesures nécessaires en pareilles circonstances »<sup>186</sup>. Il va sans dire que si c'est au contraire la femme qui communique le mal à son mari, il y aura toujours dans ce fait, sinon une preuve d'adultère, au moins une injure grave contre le mari, qui pourra dès lors demander la séparation ou le divorce<sup>187</sup>. Finalement, la tendance générale qui s'impose en jurisprudence, est de faire du simple fait de la communication du mal vénérien une cause de divorce, en dehors de toutes circonstances aggravantes. « Attendu, dit un arrêt de la Cour de cassation, que le fait cité par l'épouse relatif à une maladie que lui avait communiquée son mari, a été prouvé, et qu'il présente à lui seul une injure d'une gravité suffisante pour motiver la séparation »<sup>188</sup>. L'existence seule du mal sera une cause de divorce : « le mari quelle qu'ait été son intention, sera coupable d'avoir usé de ses droits d'époux quand ils étaient dangereux pour sa femme : au lieu de la protéger, il a atteint à sa santé, il devait s'abstenir ; et c'est seulement en prouvant qu'il ignorait son état ou qu'il se croyait guéri qu'il pourra se disculper »<sup>189</sup>. La jurisprudence a poussé encore plus loin sa théorie en considérant non plus seulement le préjudice causé par la maladie, mais même l'éventualité de ce préjudice. Ainsi, il est jugé que le fait par le mari atteint d'une maladie vénérienne essentiellement contagieuse, de se faire soigner par sa femme, et de l'exposer ainsi aux dangers les plus sérieux, peut constituer une injure grave<sup>190</sup>. Cette jurisprudence est néanmoins critiquée par une partie de la doctrine : Hitier considère « qu'il paraît difficile d'admettre sans réserve le principe qui semble découler de cet arrêt ; sans doute il n'y a là qu'une décision d'espèce, mais si on généralise la solution, elle conduirait à nier l'existence du devoir d'assistance entre époux en cas de maladie contagieuse, et le malade commettrait une injure grave à l'égard de son conjoint en réclamant ses soins »<sup>191</sup>. Pour Weill, « les Tribunaux ont fait de la contamination volontaire de l'un des époux par l'autre une véritable cause de divorce, qui est venue s'ajouter aux causes inscrites dans le Code [...] il y a là une violation directe des principes fondamentaux du droit »<sup>192</sup>. Dès lors, Frémont redoute que le seul fait d'être atteint du mal suffise pour motiver une séparation : « il faudra que les magistrats s'en tiennent à l'ancienne jurisprudence, qui n'admet le mal vénérien comme cause de divorce que dans le cas où il a été communiqué au conjoint »<sup>193</sup>.

<sup>184</sup> Cour royale de Toulouse 30 janvier 1821, Journal du Palais 1821-2-344 ; Cour royale de Paris 9 mars 1838, Journal du Palais 1838-2-392 ; Cour royale de Bordeaux 6 juin 1839, S. 1839-2-391 ; Cour royale de Nîmes 14 mars 1842, Journal du Palais 1842-1-750.

<sup>185</sup> C.A. Rennes 14 juillet 1866, D.P. 1868-2-163.

<sup>186</sup> C.A. Bordeaux 17 février 1857, D.P. 1857-2-98.

<sup>187</sup> MERLIN, *op. cit.*, §1, n°9 ; C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.461, n°389 ; R. FREMONT, *op. cit.*, pp.61-63. La communication du mal vénérien atteste aussi l'infidélité du mari, mais rappelons qu'avant la loi de 1884, l'adultère du mari n'est une cause de séparation que lorsqu'il est commis dans la maison commune.

<sup>188</sup> C.A. Nîmes 11 février 1891 et C. Cass. 18 janvier 1892, S. 1892-1-80.

<sup>189</sup> C.A. Paris 6 février 1876, D.P. 1876-5-405.

<sup>190</sup> C.A. Nancy 30 janvier 1886, S. 1886-2-181.

<sup>191</sup> J. HITIER, *op. cit.*, p.20.

<sup>192</sup> A. WEILL, *op. cit.*, p.67.

<sup>193</sup> R. FREMONT, *op. cit.*, p.63, n°108.

Enfin, il y a un dernier fait dont le sens injurieux est plus difficile à établir : il s'agit du refus par l'un des époux, généralement le mari, de procéder au mariage religieux<sup>194</sup>. La doctrine et la jurisprudence ont eu à se demander si ce refus pouvait constituer, pour la partie qui en est victime, une cause suffisante de séparation. Les cas sont peu nombreux, mais les Tribunaux, lorsqu'ils lui sont soumis comme cause de divorce ou de séparation de corps, les qualifient d'injures graves. C'est en ce sens que se prononce la Cour d'Angers le 29 janvier 1859<sup>195</sup> : « Considérant qu'à l'audience de la Cour, et en présence de la femme, le mari a hautement déclaré qu'il se refusait formellement, et se refuserait toujours à la célébration du mariage religieux réclamé par sa femme ; considérant que, par de telles prétentions, il porte atteinte à sa dignité de femme et à sa liberté de conscience ». De fait, la Cour juge que le refus du mari de procéder au mariage religieux réclamé par son conjoint, constitue une injure grave de nature à faire prononcer la séparation de corps, « et cela, alors même que cette réclamation ne se produirait qu'après un grand nombre d'années [...] parce que les droits et devoirs du mariage sont imprescriptibles ».

La question, au contraire, donne naissance en doctrine à deux solutions tout à fait opposées. Une première opinion soutient qu'en aucun cas le refus de célébration ne peut constituer une injure grave : « l'injure grave n'existe pas, écrit Thieriet, sans intention d'offenser ; celui qui agit par suite de ses convictions religieuses, ne veut pas faire une offense à son conjoint : il a une autre manière de voir, et voilà tout »<sup>196</sup>. Demante estime que « le conjoint qui, par son opinion philosophique ou religieuse, se refuse de participer à cet acte, ne veut pas pour cela assimiler sa femme à une concubine, puisqu'il pense que le mariage civil est tout le mariage ; comme il n'est pas possible de scruter au fond de sa conscience, nul ne peut démontrer qu'il existe chez lui une volonté d'outrager »<sup>197</sup>. Pour soutenir cette thèse, Laurent s'appuie sur deux arguments : le premier consiste à dire, que les causes de divorce ne pouvant se rencontrer que là où il y a violation d'une obligation dérivant de l'union conjugale, et la loi n'ayant inscrit nulle part l'obligation de procéder au mariage religieux, l'omission de cette formalité ne saurait constituer une cause de dissolution du mariage par le divorce : « Depuis quand les scrupules religieux engendrent-ils une obligation civile ? Après tout si la femme a ses scrupules, le mari a les siens. Que demande la femme au mari libre penseur ? Qu'il fasse acte d'hypocrisie ? Le mari n'a-t-il pas le devoir de se refuser à ce rôle odieux ? ». Le second argument avancé est qu'il ne saurait y avoir d'injure que postérieurement au mariage : « le mariage est donc valable, et comme aucune obligation civile résultant du mariage n'a été violée, il faut décider qu'il n'y a pas cause de divorce »<sup>198</sup>.

---

<sup>194</sup> La première proposition Naquet de 1876 admet comme cause de divorce : « les dissentiments religieux survenus après le mariage et prouvés soit par le changement de religion de l'un des époux, soit par la religion imposée aux enfants lors de leur naissance et dans les années qui suivent, soit par l'aveu des deux parties ». Cette disposition maintenue dans la deuxième proposition (1878), est justifiée par son auteur en ces termes : « les divergences de vue en matière religieuse sont un des sujets les plus graves et les plus permanents des dissentiments entre époux : rien n'occasionne des querelles plus fréquentes et plus violentes et, si l'on admet avec Treilhard que le divorce, pour les enfants, est mille fois préférable au spectacle constant des tiraillements et des violences entre les parents, cette disposition doit être acceptée ». Elle est néanmoins repoussée dans le texte définitif. Sur cette question, voir C. BLANC DU COLLET, *op. cit.*, pp.577-580. Sur la place de la religion dans la société bourgeoise du siècle : A. DAUMARD, *La bourgeoisie parisienne de 1815 à 1848*, *op. cit.*, pp.347-351. Cet auteur souligne que dans tous les milieux de cette société bourgeoise, sauf exceptions individuelles, la religion joue un rôle restreint, la plupart des français pratiquant « le conformisme occasionnel » ; voir aussi, G. LE BRAS, *Introduction à l'histoire de la pratique religieuse*, deux tomes, Paris, 1942-1945.

<sup>195</sup> C.A. Angers 29 janvier 1859, S. 1859-2-77.

<sup>196</sup> THIERIET, « Revue de Législation », 1846, t.III, p.161, cité par H. DERONDE, *op. cit.*, p.51.

<sup>197</sup> A. M. DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, Paris, 1849, t.3, n°324.

<sup>198</sup> « C'est un fait antérieur au mariage, c'est une espèce de dol qui a engagé la femme à consentir au mariage. Si la loi admettait le dol comme vice du consentement, il y aurait lieu en l'espèce à agir en nullité. Mais le dol ne vicie pas le consentement en cette matière » : F. LAURENT, *op. cit.*, p.233, n°196.

Cependant, une seconde opinion admet que le refus de consentir à la célébration du mariage religieux peut être considéré par l'un des conjoints comme une injure grave<sup>199</sup>. Mais ces auteurs exigent néanmoins « une promesse faite, car si la femme pressentie par le futur époux avait consenti d'abord à s'en tenir au mariage purement civil, il n'y aurait plus abus de la part du mari »<sup>200</sup>. Pour Demolombe, « lorsqu'en effet la célébration religieuse a été promise, soit expressément, soit même tacitement, le refus du conjoint envers l'autre est un manque de foi qui peut constituer une injure grave, puisque celui-ci veut le forcer à vivre dans un état qui, à ses yeux, ne serait qu'un concubinage ». Mais il ajoute avec prudence, que « les circonstances de chaque cause doivent être prises en considération, et feront varier la décision »<sup>201</sup>. Dans le même ordre d'idées, Frémont est d'avis que « les juges devront peser avec soin les circonstances dans lesquelles s'est manifesté le refus du mari. Si ce dernier a affirmé d'avance à son conjoint, ou du moins lui a laissé croire, qu'il prendrait part à la consécration religieuse, il y a violation de la parole donnée. En revanche, la question deviendra pour eux plus délicate lorsqu'il paraîtra certain qu'aucun engagement n'avait été pris par le mari antérieurement au mariage civil en ce qui concernait la cérémonie religieuse ». Par conséquent, « il faudra tenir compte des habitudes des époux, du monde dans lequel ils vivent, et de toutes autres circonstances »<sup>202</sup>. La jurisprudence s'est prononcée à plusieurs reprises en faveur de cette thèse, en tenant compte des habitudes des époux, de leurs tendances, du silence gardé sur le mariage religieux, ou encore de la volonté clairement manifestée par les futurs époux avant leur mariage. La Cour de Montpellier décide en ce sens « que le manque de foi, le mépris affecté de la religion de l'un des époux par l'autre, peut à bon droit être considéré comme une injure grave envers lui ». Seulement, les juges, ajoute la note, « auront à apprécier les faits et les circonstances dans leur rapport avec la condition des personnes »<sup>203</sup>. Dans une affaire similaire, la Cour de Bruxelles juge que le mari se rend coupable d'une injure grave envers sa femme lorsque, « connaissant les convictions religieuses de celle-ci, il refuse néanmoins de faire procéder à la bénédiction nuptiale de leur union, après lui avoir promis ou fait croire que cette cérémonie serait accomplie [...] que si pour l'intimé, qui se dit incroyant, la bénédiction nuptiale n'est qu'une vaine et inutile formalité, son assistance à cette cérémonie ne saurait en rien porter atteinte à sa liberté de conscience et à des convictions religieuses dont il est dépourvu »<sup>204</sup>. Quant à l'hypocrisie du mari avancée par Laurent, l'Avocat général Staes souligne dans ses conclusions, que « le mari

---

<sup>199</sup> A. AUBRY, RAU, *Cours de droit civil*, Paris, 1872, t.5, p.176, §491.

<sup>200</sup> J. HITIER, *op. cit.*, p.19.

<sup>201</sup> C. DEMOLOMBE, *op.cit.*, p.463, n°390. En revanche, selon lui, « ce serait aller beaucoup trop loin que d'y voir, comme on l'a proposé, une cause de nullité du mariage [...] sans doute l'erreur sur certaines qualités de la personne peut constituer cette erreur dans la personne elle-même, qui d'après l'article 180, rend le mariage annulable ; mais encore faut-il que l'erreur ait porté sur des qualités qui affectent la personne elle-même, considérée dans son individualité, dans sa personnalité, je dirais presque extérieure ; comme serait par exemple l'état de condamné à une peine infâmante » : *ibidem*, p.462, n°390. Voir en sens contraire, l'opinion de V. MARCADÉ, *Explication du Code Napoléon*, Paris, 1859, art.180, n°5.

<sup>202</sup> R. FREMONT, *op. cit.*, p.78, n°131. Il ajoute que « lorsque cette demande sera formée par l'époux catholique, il n'y aura point dans son action de contradiction avec ses croyances ; car si le divorce est repoussé en principe par les catholiques, c'est en tant qu'il porte atteinte à l'indissolubilité du mariage religieux sans lequel, suivant eux, le mariage civil n'est qu'un concubinat. Or, dans ce cas, cette action n'aura d'autre but que de mettre un terme à ce qu'il considère comme un mariage incomplet ou même moralement inexistant, mais dont l'accomplissement en fait serait un outrage à sa foi ». Carpentier précise cependant : « pour qu'on puisse faire application du principe que nous posons, il faut que la religion à laquelle appartient l'époux qui se prétend lésé, ne considère le mariage comme formé qu'après l'intervention des cérémonies par laquelle elle se réserve de le consacrer. Si elle ne voyait dans l'adjonction de ces cérémonies, qu'une pratique recommandable sans doute, mais incapable de fortifier, en aucune façon, le lien déjà formé par la loi civile, il faudrait au contraire le rejeter » : A. CARPENTIER, *op. cit.*, p.96, n°43.

<sup>203</sup> C.A. Montpellier 4 mai 1847, S. 1847-2-418.

<sup>204</sup> C.A. Bruxelles 17 juillet 1889, S. 1890-4-28.

non religieux, en se prêtant à la bénédiction nuptiale, ne fait point acte d'hypocrisie. L'hypocrite, c'est celui qui dans les préliminaires du mariage laisse croire qu'il acceptera la cérémonie religieuse, et qui, lorsqu'il croit avoir atteint son but par son odieuse dissimulation, jette tout à coup le masque »<sup>205</sup>. En pareille matière, tout est relatif, aucune règle absolue ne saurait donc être posée, tout par conséquent est livré, une fois de plus, à la conscience du juge. Jusqu'à présent, l'injure s'est manifestée dans la vie conjugale. L'acte du conjoint, auquel le caractère injurieux est reconnu vis-à-vis de l'autre, atteint celui-ci directement. Il faut maintenant étudier dans quelle mesure l'injure peut exister dans ce qu'on peut appeler la vie extra conjugale.

## B- Faits postérieurs au mariage

Il faut classer dans cette seconde catégorie les faits survenus dans la vie propre de l'un des époux, indépendamment des rapports du mariage, « qui lui impriment une tache morale, une sorte d'infamie de nature à rejaillir sur son conjoint »<sup>206</sup>. Il en est ainsi des condamnations criminelles, puisque le législateur en a fait une cause péremptoire de divorce<sup>207</sup>. Le motif de cette disposition se comprend facilement : « l'époux qui se rend coupable d'un fait que la loi atteint d'une telle peine, viole non pas seulement tous ses devoirs de religion et de morale, mais aussi ses devoirs envers son conjoint. La solidarité de considération et d'honneur qui les unit, ne peut être méconnue par l'un sans blesser très justement l'autre ; et il est impossible de forcer le conjoint probe à vivre encore dans la société de son conjoint déshonoré »<sup>208</sup>. Cependant, la question semble plus discutée pour les condamnations correctionnelles. La solution, en effet, dépend de l'idée que l'on se fait de l'injure : si on admet que l'intention constitue l'élément essentiel de la notion d'injure, on ne permettra à l'époux de se prévaloir de cette condamnation comme cause de divorce ou de séparation, que dans le cas où elle est prononcée pour des faits qui, par eux-mêmes, présentent un caractère blessant et injurieux. Si, au contraire, le fait du préjudice est seul envisagé dans l'appréciation

---

<sup>205</sup> *Ibidem*.

<sup>206</sup> R. FREMONT, *op. cit.*, p.64.

<sup>207</sup> La loi de septembre 1792 prévoit : « Chacun des époux peut également faire prononcer le divorce [...] sur la condamnation de l'un d'eux à des peines afflictives ou infamantes » (article 4). Par la suite, 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. Quant aux peines afflictives et infamantes, ce sont : la mort, les travaux forcés à perpétuité, la déportation, les travaux forcés à temps, la détention, la réclusion (article 7). 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 ! » : C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.474, n°398. La question est soulevée lors des débats préalables au vote de la loi de 1884. Ainsi, lors de la discussion au Sénat, il est proposé de modifier le texte : « Le but est de faire décider qu'à l'avenir le bannissement et la dégradation civique, qui sont des peines simplement infamantes, ne seront plus une cause de divorce ni de séparation de corps. En effet, la dégradation civique et le bannissement sont prononcés par le Code pénal dans le cas de crimes politiques les moins graves. Il y a donc là quelques chose de fâcheux d'en faire des causes de divorce ou de séparation de corps ». De fait, le nouvel article 232 est ainsi rédigé : « La condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante sera pour l'autre une cause de divorce ». Lors du retour de la loi à la Chambre, Letellier constate alors avec satisfaction : « En introduisant les mots « afflictive et infamante » au lieu du simple mot « infamante », on exclut, sans qu'il soit besoin de préciser autrement, le bannissement et la dégradation civique, peines exclusivement politiques, du nombre des causes de divorce » : *J.O.* du 21 juin 1884, Débats parlementaires, Sénat, séance du 20 juin 1884, p.1138.

<sup>208</sup> C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.472, n°395. « La loi n'a pas voulu que l'infamie, ou plutôt la déconsidération qui s'attache à une personne frappée d'une telle peine, fut partagée par l'époux honnête et innocent » : L. GOIRAND, *op. cit.*, p.18.

de l'injure, il faudra décider que toutes les condamnations, quelle que soit la cause qui les ait motivées, seront considérées comme des injures<sup>209</sup>.

En pratique, l'article 231 doit recevoir son application toutes les fois que les faits pour lesquels la condamnation est prononcée, portent atteinte à la morale publique<sup>210</sup>. Il en est ainsi d'une condamnation prononcée contre une femme pour proxénétisme : par exemple, le Tribunal de Saumur juge que « l'inconduite de la femme, attestée par une condamnation prononcée contre elle pour excitation habituelle de mineurs à la débauche, constitue à l'égard du mari une injure grave de nature à faire prononcer la séparation de corps »<sup>211</sup>. Dans ce cas, le Tribunal fonde sa décision non sur l'existence de la condamnation correctionnelle, mais sur « l'injure qui résulte pour le mari de la publicité de l'inconduite de sa femme ». Il est jugé dans le même sens pour outrage public à la pudeur : « considérant que le fait qui a motivé la condamnation correctionnelle contre X, par lui-même et par sa nature infâme, constitue une injure grave »<sup>212</sup>. Dans ces décisions, ce n'est pas la condamnation qui est prise en considération, c'est le fait lui-même dont le jugement n'est que la preuve juridique.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'une condamnation correctionnelle basée sur des faits qui ne présentent pas un caractère éminemment injurieux pour le conjoint, deux tendances opposées partagent les Tribunaux. Pour une partie de la jurisprudence, « les condamnations correctionnelles ne peuvent être considérées comme une injure grave envers l'autre époux, qu'autant qu'elles ont été encourues pour des faits qui atteignent directement ce conjoint dans sa personne ou dans ses droits d'époux. Hormis ce cas, ce ne serait que par un abus d'interprétation qu'on pourrait les faire entrer dans le cadre de l'injure grave. C'est donc bien plutôt le fait qui a motivé la condamnation, que la condamnation elle-même, qui constitue l'injure »<sup>213</sup>. Cependant, ce principe n'est rappelé que dans quelques décisions isolées, parmi lesquelles il faut citer un jugement du Tribunal de Villefranche. L'un des époux a encouru une condamnation à cinq ans d'emprisonnement pour abus de confiance, et le conjoint s'appuie sur cette peine pour demander le divorce. Le Tribunal refuse de voir dans cette condamnation une injure grave : « Attendu que d'après les définitions des jurisconsultes, l'idée d'injure comporte la volonté de manifester personnellement au conjoint des sentiments d'aversion et de mépris ; qu'il est difficile en l'espèce d'attribuer ce caractère à une condamnation portant sur des faits étrangers à l'autre époux ; mais que si le fait par lui-même était injurieux pour le conjoint, comme par exemple certains attentats aux mœurs, on comprendrait alors qu'il fût déterminant pour faire prononcer le divorce »<sup>214</sup>. Dans le même sens, un jugement du Tribunal de Grenoble déclare que la condamnation correctionnelle pour faux en écriture de commerce, ne constitue pas, en l'absence de tout autre fait, une injure de nature à motiver la séparation<sup>215</sup>. De même encore, un jugement du Tribunal de la Seine affirme qu'il ne suffit pas de relever contre le défendeur une condamnation correctionnelle, pour que le divorce en

---

<sup>209</sup> A. WEILL, *op. cit.*, p128.

<sup>210</sup> La protection des mœurs occupe une place prépondérante dans la défense de la famille, afin de réduire les occasions de dépravation morale. La notion de bonnes mœurs, reprise de l'ancien droit, est envisagée par le Code civil dans le *Titre préliminaire*, par son article 6. Voir sur ce point : E. GERAUD-LLORCA, « L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil », in *Les bonnes mœurs*, Paris, 1994, pp.60-66. Sur le rôle de la jurisprudence pénale dans la sauvegarde des mœurs publiques : C. BOUGLÉ-LE ROUX, *op. cit.*, pp.151-198.

<sup>211</sup> Tribunal civil de Saumur 2 août 1862, D.P. 1862-3-72.

<sup>212</sup> C.A. Caen 23 février 1857, S. 1857-2-568.

<sup>213</sup> Tribunal Civil de la Seine 2 mars 1898, S. 1900-2-79.

<sup>214</sup> Tribunal Civil de Villefranche 2 août 1888, Gazette du Palais 1888-2-322.

<sup>215</sup> « En droit, parce que l'article 232 a indiqué avec précision la seule nature des condamnations qui peut être une cause de séparation ; en fait, parce qu'on ne peut voir dans les faits qui ont amené la condamnation du mari, une de ces injures de l'un des époux envers l'autre, dont parle l'article 231 » : Tribunal Civil de Grenoble, 24 janvier 1865, D.P. 1865-2-220. Il est jugé dans le même sens en cas de condamnation pour vol : Tribunal Civil de Paris 10 avril 1865, Gazette du Palais 1895-1-578.

découle nécessairement : si la cause de la condamnation n'est pas par elle-même outrageante, la condamnation n'est pas injurieuse. Or, en l'espèce, il est certain, dit le jugement, « qu'en commettant les actes pour lesquels il a été frappé (trois ans de prison pour escroquerie), le mari n'a pas eu l'intention de nuire à sa femme ni de l'offenser ; que bien au contraire, il semble avoir été poussé par le désir de rendre la vie des siens plus douce et meilleure, en cherchant à accroître la fortune commune ». Dans ces conditions, la femme ne saurait être admise à relever comme grief de divorce la condamnation de son mari<sup>216</sup>.

Mais la plus grande partie de la jurisprudence se prononce en faveur de la thèse extensive, en ne s'attachant qu'au préjudice causé à l'époux innocent par l'époux coupable. On peut citer, comme résumant le plus nettement cette thèse, un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, du 31 décembre 1888<sup>217</sup>, qui infirme le jugement du Tribunal de Villefranche précité : « Attendu que le mariage entraîne une solidarité d'honneur et de devoirs ; que l'un des époux ne peut encourir une flétrissure, sans qu'elle s'étende au conjoint vis-à-vis duquel elle constitue dès lors la plus grave des injures ». La Cour estime en effet, « qu'on ne saurait admettre que les mauvais traitements du mari ou les propos blessants pour la dignité de la femme soient une cause de séparation, tandis qu'il n'y aurait pas cause de séparation, dans une condamnation déshonorante. Une telle doctrine détruirait la moralité du mariage ; que la loi n'attribue pas au mot injure le sens étroit que lui a donné le Tribunal de Villefranche ». Dès lors, la jurisprudence considère que là où la condamnation « emporte flétrissure », il y a atteinte à l'honneur du conjoint solidaire du coupable, et divorce possible de ce chef. L'arrêt de la Cour d'appel de Toulouse, intervenu sur une demande en séparation de corps, invoque en faveur de sa thèse, les travaux préparatoires de la loi de 1884, et cette référence est aussi indiquée dans un jugement du Tribunal de Castelnaudary. « Il suffit, dit le Tribunal, de lire les débats de la loi de 1884, pour se convaincre que le législateur a voulu autoriser les Tribunaux à voir dans des condamnations correctionnelles quelconques une cause de divorce »<sup>218</sup>. En présence de cette affirmation catégorique, il faut se reporter aux travaux préparatoires. L'article 231, voté dans un premier temps par la Chambre de députés, vise expressément, à côté des excès, sévices et injures graves, certaines condamnations correctionnelles limitativement énoncées, « pour vol, escroquerie, abus de confiance, outrage public à la pudeur, excitation de mineurs à la débauche, et toutes condamnations correctionnelles prononcées par les Cours d'Assises et les Conseils de guerre ». Cet article est néanmoins rejeté par le Sénat, et le texte du Code civil maintenu<sup>219</sup>. Cependant, la jurisprudence, et plus généralement les partisans du système extensif de l'injure, ont vu sur un passage du rapport du député Alfred Letellier, commentant le rejet du Sénat, des arguments favorables à leur thèse : « Nous regrettons cette disposition qui est réclamée depuis bien longtemps par les plus éminents jurisconsultes, et que la raison semblait commander [...] la solution du Sénat ne nous a cependant pas paru sans remèdes. Nous demeurons convaincu que, dans l'immense majorité des cas, les Tribunaux considéreront l'infamie du fait de l'un des époux comme une injure grave envers l'autre et prononceront le divorce »<sup>220</sup>. C'est ainsi que nombre de décisions considèrent comme

---

<sup>216</sup> Tribunal Civil de la Seine 2 mars 1898, S.1900-2-79. Ce jugement a cependant été infirmé par Cour d'appel de Paris le 4 décembre 1899, S. 1900-2-77.

<sup>217</sup> C.A. Toulouse 31 décembre 1888, S. 1888-2-61.

<sup>218</sup> Tribunal Civil de Castelnaudary 13 août 1885, S. 1886-2-524.

<sup>219</sup> Sur ces débats parlementaires voir : *J.O.* du 31 janvier 1880, Annexe n°2177, p.1097 et s. ; *J.O.* du 8 février 1881, Chambre des députés, séance du 7 février 1881, pp.171-178 ; *J.O.* du 9 février 1881, Chambre de députés, séance du 8 février 1881, pp.188-200 ; *J.O.* du 9 mai 1882, Débats parlementaires, séance du 8 mai 1882, p.527 ; *J.O.* du 2 juillet 1882, Annexe n°304, p.343 ; *J.O.* du 6 juin 1884, Sénat, 5 juin 1884, p.1029 ; *J.O.* du 21 juin 1884, Sénat, 20 juin 1884, p.1127.

<sup>220</sup> *J.O.*, janvier 1885, Documents parlementaires, Chambre, Annexe n°2952, p.1287. Il est intéressant de rapprocher cette déclaration, des observations que Letellier présente le 8 mai 1882, à la Chambre des députés, pour obtenir l'insertion expresse des condamnations correctionnelles dans l'article 231. A ce moment-là, il

suffisamment outrageantes des condamnations correctionnelles pour vol<sup>221</sup> : la Cour d'appel de Paris a ainsi décidé que « lorsqu'un mari est condamné pour une série de vols qualifiés chez un patron qui l'emploie comme caissier, alors que la femme exerce un emploi différent dans la même maison, les méfaits du mari constituent une injure grave contre la femme, puisqu'ils peuvent et doivent fatalement porter atteinte à la considération de celle-ci, et lui enlever les avantages qu'elle retire de son travail »<sup>222</sup>. Dans un autre arrêt de la Cour de Paris du 4 décembre 1899, qui statue sur un jugement du Tribunal de la Seine précité du 2 mars 1898, il est jugé que le fait par le mari, « d'avoir, au mépris de ses engagements, répudié toute profession honnête, pour fonder dans les bas-fonds du notariat une agence interlope d'affaires », constitue au regard de la femme une injure grave<sup>223</sup>. De même, le Tribunal de la Seine a été jusqu'à décider, « que le fait par un mari perceuteur d'avoir détourné des titres de rente et des sommes importantes, et de s'exposer ainsi à encourir des condamnations qui devaient apporter le trouble et le déshonneur dans le ménage, que ce fait seul, même en l'absence de toute condamnation prononcée, constituait une injure grave à l'égard de la femme »<sup>224</sup>.

Cette jurisprudence a suscité les critiques d'une partie de la doctrine. Ainsi, Hitier fait remarquer que « ce qui caractérise toutes ces décisions, c'est que l'élément intentionnel est exclu de la notion d'injure ainsi comprise. Le fait est envisagé dans ses conséquences, abstraction faite de l'intention à laquelle a pu obéir l'auteur ». Il conclut : « La doctrine, dans les définitions qu'elle donne de l'injure, fait toujours une place à l'élément intentionnel, « l'injure procède nécessairement du mépris ou de l'intention de manifester ce sentiment »<sup>225</sup>. La jurisprudence a cru pouvoir faire abstraction de cet élément essentiel de l'injure dans des hypothèses où la situation du conjoint lui paraissait digne d'intérêt : elle a par là sacrifier les principes »<sup>226</sup>. Vignaud aurait tendance à considérer « qu'il est plus raisonnable d'attacher la

---

considère la condamnation correctionnelle comme ne pouvant pas rentrer dans l'injure et il s'en explique ainsi : « Les excès, sévices et injures graves ont trait à des faits personnels aux époux, à leurs rapports mutuels. Nous avons considéré qu'à côté de ces rapports personnels entre époux, il pouvait exister des causes de divorce provenant de faits non personnels à l'un ou l'autre époux. Ainsi, une condamnation correctionnelle est le résultat d'un fait qui ne concerne pas les rapports mutuels des époux, ce dernier fait pouvant appeler sur un des conjoints une déconsidération que nous n'avons pas voulu laisser peser sur l'autre ». La pensée du rapporteur était donc très précise : dans la notion d'injure ne peuvent rentrer que les faits survenus à l'occasion des rapports entre époux, ces faits revêtant seuls un caractère intentionnel. Naquet dans cette même séance, n'en était pas moins net : « Si vous n'introduisez pas dans l'article 231 ces causes facultatives, savez-vous ce qui va se produire ? C'est que vous laisserez aux tribunaux le soin d'apprécier s'ils peuvent ou non considérer comme injures graves les condamnations que nous avons visées [...] il y a un intérêt majeur à ne pas étendre outre mesure le droit d'interprétation des tribunaux, à ne pas créer dans une trop forte proportion une espèce de droit prétorien en opposition à notre droit écrit. Il ne faut pas oublier que c'est nous qui faisons la loi, et non pas les tribunaux » : *J.O.* du 9 mai 1882, *Débats parlementaires*, 8 mai 1882, p.527. Ces citations montrent que, quoi qu'en pensent les tribunaux, la lecture des travaux préparatoires n'est pas décisive en faveur de leur thèse, et peut très bien être présentée comme en étant la condamnation : J. HITIER, *op. cit.*, p.26.

<sup>221</sup> Tribunal Civil de Cambrai 16 juin 1887, S. 1888-2-345 ; Tribunal Civil de Coulommiers, 1<sup>er</sup> juillet 1892, S. 1893-2-56 ; Tribunal Civil de Rocroy 2 janvier 1899, *Gazette du Palais*, 1899-1-282.

<sup>222</sup> C.A. Paris 20 novembre 1901, *Le Droit*, 8 janvier 1902.

<sup>223</sup> En l'espèce, « la femme pourvue d'une dot brillante n'a épousé son mari que parce que celui-ci, déjà clerc de notaire, devait acquérir avec le concours de sa nouvelle famille, une charge de notaire » : C.A. Paris 4 décembre 1899, S. 1900-2-77.

<sup>224</sup> Tribunal Civil de la Seine 2 juin 1890, *Gazette du Palais* 1890-2-56. Dans une autre affaire, le Tribunal Perpignan a même considéré que la décision d'un conseil d'enquête, motivant une exclusion de l'armée pour faute contre l'honneur, constitue une injure grave pouvant justifier le divorce Tribunal Civil de Perpignan 4 décembre 1893, S. 1894-2-678.

<sup>225</sup> C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.454, n°383 ; F. LAURENT, *op. cit.*, n°190 ; Répertoire Dalloz, *Séparation*, n°45.

<sup>226</sup> J. HITIER, *op. cit.*, pp.28-30.

sanction du divorce à la peine plutôt qu'au fait en lui-même »<sup>227</sup>. En revanche, certains auteurs pensent, « qu'il vaut mieux laisser les juges du fait maîtres absolus de la question. Le Sénat a bien fait de revenir au texte primitif, car la meilleure loi en pareille hypothèse est celle qui laisse au juge la plus grande latitude, et l'article 231 répond parfaitement à cette condition »<sup>228</sup>. Quoiqu'il en soit, pour la jurisprudence dominante, ce sont plutôt les faits coupables que les condamnations qui portent atteinte à l'honneur, et doivent motiver les jugements.

Les Tribunaux appliquent une solution analogue aux passions dégradantes de nature à causer à l'un des conjoints un préjudice sérieux<sup>229</sup>. Si certaines décisions fidèles au principe de l'injure intentionnelle, estiment que les habitudes de jeu et de dépense ne constituent pas des injures graves<sup>230</sup>, pas plus que l'oisiveté du mari, quelque répréhensible qu'elle puisse être<sup>231</sup>, la plupart des Tribunaux s'accordent pour reconnaître que ces passions dégradantes, quand elles vont jusqu'à détourner de ses devoirs l'époux qui s'y adonne, doivent motiver le divorce. Ainsi, il a été jugé dans ce sens, qu'est injurieuse pour une femme la conduite du mari qui déserte le foyer pour aller satisfaire dans un tripot la passion du jeu<sup>232</sup>. Les Tribunaux apportent la même solution en cas d'ivrognerie<sup>233</sup>. La question de savoir si l'ivresse de l'un des conjoints peut constituer pour l'autre un grief de séparation de corps ou de divorce, s'est posée assez souvent devant les Tribunaux français et belges. Ainsi, quelques décisions isolées déclarent que l'ivrognerie ne saurait à elle seule constituer une injure grave<sup>234</sup>. Deux jugements belges, l'un d'Anvers du 26 mai 1867, l'autre de Liège du 24 juillet 1872, décident : « bien qu'il soit incontestable que le vice d'ivresse auquel s'adonne la femme soit une cause de troubles et de peines pour le mari, et un mauvais exemple pour les enfants, ce vice n'engendre pas l'injure grave et caractérisée qui peut donner lieu à la dissolution d'un contrat, lequel engendre, pour les époux, l'obligation de supporter mutuellement leurs défauts et de ne rien négliger pour y porter remède et en diminuer les conséquences »<sup>235</sup>. Dans une

---

<sup>227</sup> L. VIGNAUD, *op. cit.*, p.140.

<sup>228</sup> R. FREMONT, *op. cit.*, p.68, n°113.

<sup>229</sup> La loi du 20 septembre 1792 prévoit parmi les causes déterminées de divorce, le dérèglement de mœurs notoire (article 4). Cette disposition, reprise dans le premier projet de Code civil, disparaît des deuxième et troisième projets, et ne figure pas dans celui de la Commission de l'An VIII. Par la suite, la première proposition Naquet compte au nombre des causes déterminées de divorce : « le dérèglement de mœurs notoire, l'ivrognerie, l'intempérance habituelle se continuant pendant deux ans ». Naquet ne justifie pas cette disposition ; sa seule référence se trouve dans les sources du droit de la Révolution dont il se réclame. Par ailleurs, aucune des législations étrangères qu'il analyse dans son exposé des motifs, ne vise le dérèglement de mœurs notoire au titre des causes de divorce. Cette disposition n'est pas reprise dans le texte de la deuxième proposition, qui se réclame exclusivement du Code civil. Elle ne revient par la suite jamais en discussion et n'est plus évoquée au Parlement : C. BLANC DU COLLET, *op. cit.*, pp.570-572.

<sup>230</sup> C.A. Paris 9 février 1894, Gazette du Palais 2 mars 1894.

<sup>231</sup> Tribunal Civil de Bruxelles, 13 décembre 1887, et Cour de Chancellerie du New-Jersey, mai 1880, cité par A. WEILL, *op. cit.*, p.140.

<sup>232</sup> C.A. Poitiers 3 novembre 1896, D. P. 1897-2-56.

<sup>233</sup> Dans le courant du XIXe siècle, l'alcoolisme devient en France un véritable fléau social : la loi du 23 janvier 1873 organise la répression de l'ivresse publique, et les premières campagnes antialcooliques par l'image se développent à la fin du XIXe siècle. Sur l'alcoolisme en France au XIXe siècle voir : H. BERNARD, « Alcoolisme et antialcoolisme en France au XIXe siècle », dans *Histoire, économie et société*, 1984, vol.3, n°3-4, pp.609-628 ; C. QUETEL et J.-Y. SIMON, « L'aliénation alcoolique en France », dans *Histoire, économie et société*, 1988, vol.7, n°7-4, pp.507-533.

<sup>234</sup> Pourtant, Vignaud souligne qu'en la matière, les Tribunaux font preuve « d'une indulgence la plus coupable [...] c'est véritablement au sujet des passions dégradantes que la jurisprudence, faute de directive sérieuse, a donné lieu non seulement à l'incohérence, mais encore à l'arbitraire » : L. VIGNAUD, *op. cit.*, pp.120-121.

<sup>235</sup> Tribunal Civil d'Anvers, 26 mai 1867, S. 1897-2-292. De fait, comme le souligne le substitut du Procureur général en note sous le jugement de Liège : « Ma raison et mes instincts se refusent à admettre la possibilité pour une épouse de s'affranchir des liens du mariage pour cause d'ivrognerie de son mari, et, comme ministère public,

espèce assez similaire, la Cour d'appel de Montpellier rejette la demande en divorce du mari, puisque « les faits d'ivrognerie allégués de son épouse ne présentent pas un caractère particulier de gravité ». Une des obligations du mariage, ajoute la Cour, est pour les époux de supporter mutuellement leurs défauts. « Les habitudes d'intempérance dont se plaint le mari n'autorisent pas une semblable mesure ; qu'elles doivent être considérées comme constituant non point l'injure grave de l'article 231, mais seulement une de ces infirmités morales qui, ne portant pas atteinte ni à l'honneur, ni à la considération de l'autre conjoint, sont de celles auxquelles il faut savoir se résigner »<sup>236</sup>.

Quoiqu'il en soit, la majorité des Tribunaux, écartant l'idée d'intention de la notion d'injure, décide que l'ivresse habituelle et scandaleuse doit être considérée comme une injure grave. Evidemment, l'époux qui s'adonne à des habitudes d'ivrognerie, n'a pas l'intention d'outrager son conjoint, mais le préjudice résulte indirectement de la solidarité inévitable qui unit le mari à la femme, et qui fait que la honte de sa dégradation rejaillit nécessairement sur l'autre<sup>237</sup>. Les magistrats tiennent compte, il est vrai, des circonstances qui accompagnent les faits d'ivrognerie, telles que la publicité ou le scandale auxquels ils donnent lieu. De fait, la plupart des décisions exigent, pour pouvoir motiver la séparation de corps ou le divorce, que les habitudes d'ivresse aient causé un scandale public. Ainsi le Tribunal de Meaux juge que « le fait par l'un des époux, et surtout par la femme, de s'enivrer fréquemment et d'une manière scandaleuse, constitue envers l'autre époux une injure grave, de nature à motiver la séparation de corps ». En l'espèce, la femme, « peu de temps après son mariage, s'est adonnée à la boisson, s'enivrait fréquemment, et de temps à autre faisait boire un verre de vin à ses jeunes enfants, sous prétexte de les fortifier [...] dans le pays qu'elle habitait, on se disait de bouche en bouche : « allez chez la femme A..., vous la trouverez encore ivre » [...] le tapage qu'elle faisait dans ses moments d'ivresse, ou les cris des enfants, attiraient du monde dans sa cour, jusqu'à vingt ou vingt-cinq personnes ». Dès lors, le Tribunal considère que « toute personne qui s'enivre presque journellement, et donne au public comme aux siens l'affligeant spectacle de sa dégradation, se déconsidère aux yeux de tous ; que la femme surtout y perd le respect qui lui est particulièrement dû, et qu'une pareille conduite de sa part est souverainement injurieuse pour son mari ; qu'il y a donc lieu de prononcer la séparation de corps »<sup>238</sup>. Dans une espèce similaire, la Cour de Poitiers constatant que l'ivrognerie du conjoint a causé un scandale public, « puisqu'on le ramassait parfois étendu dans le ruisseau », décide que cette « ivrognerie habituelle peut constituer une injure grave de nature à motiver la séparation de corps »<sup>239</sup>. Il est jugé, au contraire, que des faits accidentels et isolés d'ébriété, qui n'ont eu d'autres témoins que des gens de service de la maison, ne sont pas de nature à constituer, de la part de la femme, une injure grave pouvant autoriser le mari à demander le divorce<sup>240</sup>. Par ailleurs, la jurisprudence décide généralement que la gravité des

---

je dois m'élever avec énergie contre une théorie qui fait du mariage un véritable jeu, une simple association de joie et de plaisir, et qui le dépouille par là même de tout ce qu'il a de noble et de grand. En tout cas, si la femme est bonne épouse, elle se gardera bien de céder à ses répugnances et à ses dégoûts. La loi a défini les causes du divorce et elle a pris soin de les restreindre dans l'intérêt de la stabilité de l'union conjugale, de la famille et de la société ; or, comment voudrait-on qu'un simple vice donnât lieu au divorce, lorsque la loi n'a pas voulu qu'une condamnation à l'emprisonnement, quelque longue que soit sa durée, constitue une cause de divorce ? » : Tribunal Civil de Liège 24 juillet 1872, S. 1897-2-292.

<sup>236</sup> C.A. Montpellier 25 mars 1899, D.P. 1899-2-132.

<sup>237</sup> C.A. Orléans 18 décembre 1889, *La Loi* 1890, p.10 ; Tribunal Civil de Lyon 14 novembre 1895, *Gazette des Tribunaux*, 15 janvier 1896 ; Tribunal Civil de la Seine 22 mai 1897, *Gazette du Palais* 1897-1-780 ; Tribunal Civil de la Seine 31 mai 1897, *Gazette des Tribunaux* 23 septembre 1897.

<sup>238</sup> Tribunal Civil de Meaux 13 décembre 1882, S. 1884-2-71. Dans le même sens, voir C. Cass Belge 22 juin 1882, S. 1883-4-3.

<sup>239</sup> C.A. Poitiers 18 juin 1894, S. 1894-2-235.

<sup>240</sup> C.A. Dijon 27 juillet 1887, S. 1888-2-17.

injures doit s'apprécier en fonction du milieu social des époux<sup>241</sup>. Ainsi, l'arrêt de la Cour de Montpellier précité, décide que « pour apprécier le degré de gravité de l'injure qui peut avoir été faite par l'un des époux à l'autre, le juge doit tenir compte, surtout lorsqu'il s'agit de semblables vices, de la condition sociale des parties et de leur éducation »<sup>242</sup>. Il n'empêche que les Tribunaux n'hésitent pas à considérer l'alcoolisme à lui tout seul, notamment celui de la femme, comme une cause suffisante et nécessaire de rupture du lien conjugal, « par la flétrissure qui en rejaillit sur l'époux et par le préjudice certain qu'il occasionne »<sup>243</sup>. La jurisprudence semble plus hésitante encore quand les faits qui lui sont soumis sont antérieurs au mariage.

### C- Faits antérieurs au mariage

L'un des époux, avant le mariage, a subi une condamnation, ou bien, il a mené dans le passé une conduite scandaleuse. Ces faits peuvent-ils être de nature à porter une réelle atteinte à la dignité de son conjoint, et à lui rendre la vie commune impossible ? Certes, si l'on cherche, indépendamment du fait matériel, l'élément intentionnel, on ne le trouve plus quand il s'agit de faits antérieurs au mariage. La seule pensée que le conjoint pourrait être atteint dans son honneur, ne peut pas se présenter à l'esprit de celui qui n'est pas encore marié : l'injure suppose nécessairement un fait postérieur au mariage, si elle-même suppose un élément intentionnel<sup>244</sup>. L'application de ce principe conduit une partie de la doctrine à refuser de voir, et ce d'une façon absolue, une cause de divorce dans les faits antérieurs au mariage. L'argument principal, c'est ce titre d'époux dont se sert l'article 231 : « les faits qui constituent l'injure doivent s'être passés après la célébration du mariage », selon Laurent<sup>245</sup>. Ce principe résulte de la nature même des causes de divorce : « c'est, comme le dit Portalis, la violation des devoirs que le mariage impose qui justifie la dissolution du lien conjugal. Peut-on dire que celui qui n'est pas marié manque à ses engagements ? Cela n'a pas de sens »<sup>246</sup>. Curet fait remarquer que pour qualifier un fait, il faut considérer le moment où il s'est passé :

---

<sup>241</sup> « L'éducation des parties, leurs habitudes, leur position sociale sont aussi au premier rang des circonstances que le juge doit soigneusement peser. Il faut sous ce rapport, apprécier les faits d'une manière toute relative » : C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.438, n°386. « Les circonstances de la cause, surtout celles résultant du milieu social et de l'éducation, seront toujours d'un grand poids dans l'appréciation des faits constitutifs d'excès, sévices ou injures graves ; à l'inverse de ce qui se passe dans une certaine classe de la société d'habitudes indulgentes, la plus petite voie de fait pourra devenir, au contraire, un ineffaçable outrage dans un milieu d'éducation plus relevée où elle laissera, au cœur de l'offensé, une plaie toujours vive » : R. FREMONT, *op. cit.*, p.23, n°36.

<sup>242</sup> C.A. Montpellier 25 mars 1899, S. 1899-2-132. D'après une autre opinion, il faut tenir compte non de la position sociale des époux mais de leur éducation : ainsi Laurent admet qu'en matière d'injures, il faut tenir compte du caractère des personnes et de leur éducation, mais repousse toute distinction basée sur leur position sociale : F. LAURENT, *op. cit.*, n°188 et 194. Voir : Tribunal Civil de la Seine 23 décembre 1885, S. 1887-2-23. La Cour d'appel d'Orléans considère néanmoins que, « si des injures peuvent, en raison de la condition sociale des époux, être considérées comme n'ayant pas la gravité nécessaire pour entraîner la séparation, il en est autrement lorsque ces injures sont proférées dans un état d'ivresse habituelle, qu'elles sont répétées et publiques » ; en pareil cas, « la séparation de corps peut être prononcée ». La Cour infirme un jugement du Tribunal Civil de Tours, ayant débouté la femme de sa demande en séparation de corps « par des motifs tirés de la condition sociale des époux » : C.A. Orléans 21 octobre 1897, S. 1898-2-39.

<sup>243</sup> C.A. Toulouse 10 février 1898, D.P. 1899-2-257 ; Tribunal Civil de Beauvais, 2 février 1900, S. 1900-2-200.

<sup>244</sup> J. HITIER, *op. cit.*, pp.36-37. « Si l'intention n'est pas l'élément essentiel et indispensable des causes de divorce ou de séparation de corps que prévoit l'article 231, il en est du moins un des éléments principaux et peut suffire, à défaut des autres, pour donner à un fait le caractère d'injure grave, au sens de cet article » : R. FREMONT, *op. cit.*, p.80, § 133.

<sup>245</sup> F. LAURENT, *op. cit.*, p.233, n°192.

<sup>246</sup> *Ibidem*. Voir également : AUBRY et RAU, *op. cit.*, t.4, p.156 ; TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, Paris, 1836, t.2, n°673 ; V. MARCADÉ, *op. cit.*, p.386, n°49.

« si l'inconduite de la femme est antérieure au mariage, elle n'est pas une injure entre époux ». La femme, ajoute-t-il, « qui avant le mariage a eu des rapports avec un autre que son mari, mais qui, depuis le mariage, est restée fidèle à ce dernier, n'a pas violé les obligations que lui impose l'article 212 »<sup>247</sup>.

Quelques décisions s'inspirant de ces principes, reconnaissent ainsi que les faits antérieurs au mariage ne peuvent absolument pas constituer une cause de divorce<sup>248</sup>. Dans le sens de cette règle, une décision du Tribunal de l'Empire allemand<sup>249</sup>, en date du 9 mai 1884, est éloquent. Il s'agit d'une demande en divorce basée sur le fait par la femme de s'être mariée enceinte des œuvres d'un tiers : il est jugé en effet que, « les faits constitutifs des injures graves servant de fondement à une instance en divorce, doivent s'être passés après la célébration du mariage. Il n'y a pas injure grave de la part de la femme, qui enceinte d'un tiers, a laissé croire à son mari, pour l'amener au mariage, que sa grossesse était le fruit des relations qu'elle avait entretenues avec lui avant le mariage »<sup>250</sup>. Dans une espèce identique, un Tribunal français cette fois-ci juge, « qu'on ne peut comprendre la violation des devoirs que le mariage impose, à un moment où le mariage n'existe pas ; que la grossesse de la femme antérieure au mariage ne saurait donc constituer une injure grave ; et qu'il en est de même de la dissimulation de cet état de grossesse au mari avant la célébration du mariage ». En effet, « la continuation du mensonge de la femme résultant de son silence, peut constituer, il est vrai, une faute grave à laquelle ses devoirs d'épouse auraient dû faire avouer la vérité à son mari ; mais son aveu n'aurait cependant rien changé à la situation, la défenderesse n'en continuant pas moins à demeurer son épouse ». Dès lors, « le silence de la femme ne peut être considéré, après le mariage, comme une injure grave envers son mari »<sup>251</sup>. Il est jugé dans le même sens que, cacher un état d'impuissance antérieur au mariage<sup>252</sup>, ou un état épileptique<sup>253</sup>, ne constitue pas une injure grave, pas plus que le fait par une femme, d'avoir dissimulé à son mari les relations coupables qu'elle a eues avec un tiers avant son mariage. Ainsi, la Cour d'appel de Dijon déclare : « Attendu que les devoirs du mariage ne commencent qu'avec le mariage, qu'en conséquence il ne peut y avoir violation de ces devoirs antérieurement au fait qui les engendre [...] d'où il suit que les faits antérieurs au mariage ne peuvent servir de base à une demande en divorce, ni à raison de leur nature propre, ni à raison de cette circonstance que l'époux défendeur les aurait dissimulés à son futur conjoint »<sup>254</sup>.

Cependant, une partie de la jurisprudence admet la recevabilité des faits antérieurs. La Cour de Lyon juge en effet que, si, en principe, les fautes des époux antérieures au mariage ne peuvent servir de base à une action en divorce, il en est autrement quand elles sont de nature à entraîner des conséquences inévitables et injurieuses pour l'autre époux au cours du mariage. Il en est ainsi d'une faute commise par la femme avant son mariage, « avec un parent qui l'avait sous sa garde, et par les soins duquel son mariage a été préparé, de telle sorte que cette

---

<sup>247</sup> A. CURET, *Code du divorce et de la séparation de corps*, Paris, 1887, n°58. « Il faut appeler les choses par leur nom », précise Huc, « dans les cas examinés, il y a eu dol : toute la question est de savoir si la loi admet le divorce pour cause de dol. Poser une telle question, c'est la résoudre, « en mariage trompe qui peut », disait Loisel » : T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Paris, 1892-1903, t.2, n°194.

<sup>248</sup> En revanche, une jurisprudence admet de prononcer la nullité du mariage selon le degré de gravité des faits antérieurs : Sur cette question, voir E. FUZIER-HERMAN, *op. cit.*, commentaires et notes sous l'article 180.

<sup>249</sup> Cette jurisprudence mérite d'être mentionnée, dans la mesure où elle concerne les régions allemandes régies par le Code civil. En effet, le Code, utilisé en Rhénanie occupée par la France de 1800 à 1814, continue d'être appliqué une fois cette région rattachée à la Prusse, et ce jusqu'en 1900, date de l'entrée en vigueur du Code civil allemand (BGB).

<sup>250</sup> Tribunal de l'Empire (Allemagne), 9 mai 1884, S. 1886-4-5.

<sup>251</sup> Tribunal Civil de Cambrai 28 mars 1888, D.P. 88-5-165.

<sup>252</sup> Tribunal Civil de Bruxelles 13 décembre 1887, Répertoire général de droit français, t.XVII, p.600, n°137 ; Tribunal Civil de Lyon 25 février 1892, S. 1892-2-76.

<sup>253</sup> Tribunal Civil de la Seine 27 juillet 1888, S. 1889-2-45.

<sup>254</sup> C.A. Dijon 19 février 1890, S. 90-2-111.

faute doit inévitablement se perpétuer par suite des fréquentations résultant d'un voisinage immédiat, et il n'est pas besoin pour cela que la faute ait eu pour conséquence une grossesse de la femme »<sup>255</sup>. Il est jugé encore que constitue une injure grave, le fait de se marier quand on s'est précédemment rendu coupable de délits pouvant entraîner une condamnation, alors même que les poursuites sont postérieures à la célébration du mariage<sup>256</sup> ; dans le même sens, « les actes d'inconduite relevés à la charge d'un époux n'en ont pas moins le caractère d'injure, s'ils se sont produits alors que le mariage était convenu et annoncé, et s'ils se sont continués jusqu'au jour dudit mariage »<sup>257</sup>. A l'appui de ce système, les auteurs considèrent que l'injure grave n'existe pas dans le fait incriminé lui-même, mais dans la dissimulation de ce fait : « il ne peut y avoir d'injure antérieure au mariage qui compte comme cause de divorce, que celle qui consiste dans l'omission préméditée, dans la dissimulation d'un fait qui, connu à cette époque, aurait été de nature à l'empêcher »<sup>258</sup>. Dans ces conditions, Demolombe est d'avis que « l'injure est alors contemporaine du mariage, qu'elle s'est consommée avec la célébration, qu'elle s'est encore prolongée depuis »<sup>259</sup>. Par conséquent, « il ne faut voir dans la révélation de certains faits antérieurs à l'union conjugale, qu'une sorte d'injures en deux actes, dont le premier est antérieur ou au plus tard concomitant à la célébration de cette union, et dont le second ne commence qu'après qu'elle est devenue un fait accompli »<sup>260</sup>. Ainsi, il y a injure lorsque la femme, inscrite comme fille publique sur les registres de la police avant son mariage, n'a pas révélé ce fait à son futur conjoint<sup>261</sup>. De même, commet une injure grave la femme qui, après le mariage, « persiste dans la dissimulation à son mari de l'état de grossesse où elle se trouvait au moment de son mariage »<sup>262</sup>. Dans une autre affaire, le Tribunal supérieur de Colmar s'est prononcé plus particulièrement sur la présence de l'intention injurieuse. Il s'agit, en l'espèce, d'une jeune femme enceinte des œuvres de son père, ayant dissimulé son état à son conjoint « aussi bien avant qu'après la célébration ». Le Tribunal déclare en effet : « Attendu que si l'injure grave suppose chez l'époux qui en est l'auteur une intention formelle, cette intention existe dans l'espèce, car la femme devait avoir et avait nécessairement au moment du mariage la conviction que son inconduite arriverait à se découvrir, et que par suite l'injure grave se produirait ». D'ailleurs, « dès la célébration du mariage, les conséquences de la conduite de la femme (la découverte de la grossesse et la naissance de l'enfant) ont nécessairement causé un préjudice au mari ; l'injure commise par la femme à l'égard des sentiments intimes et de la position sociale du mari, est ainsi postérieure

<sup>255</sup> C.A. Lyon 4 août 1891, D.P. 1892-2-219.

<sup>256</sup> Tribunal Civil de la Seine 14 janvier 1889, S. 1889-1-456.

<sup>257</sup> Tribunal Civil de la Seine 19 mars 1887, S. 1887-2-544.

<sup>258</sup> A. CARPENTIER, *op. cit.*, p.90, n°35. Dans le même ordre d'idées, Hitier reconnaît l'avantage d'un système plus souple qui permettrait d'admettre ces faits antérieurs, quand « la dissimulation semble avoir été dictée non par le désir bien humain de faire l'oubli sur le passé, et de sauver une situation compromise, mais inspirée uniquement par l'espoir de salir le nom de celui qui se prépare à associer sa vie à celle d'un individu coupable. Dans cette hypothèse, relativement rare, se retrouveront tous les éléments constitutifs de l'injure, et, en bonne justice, il serait inique de refuser le divorce à l'époux trompé » : J. HITIER, *op. cit.*, pp.38-40.

<sup>259</sup> « L'injure, sans doute, elle n'est pas dans le commerce que de cette femme, libre alors, a eu avec un autre homme avant son mariage, elle n'est pas non plus dans la condamnation infamante. L'injure est dans la réticence, dans la coupable et odieuse dissimulation au moment même de la célébration du mariage. Elle est donc concomitante à la célébration même de ce mariage ». Cet auteur présente sur la question des condamnations antérieures au mariage un système original : tout en admettant que celles-ci ne peuvent motiver de la part de l'époux innocent une action en séparation pour cause de condamnation, il admet cependant que la séparation puisse être prononcée pour cause d'injures graves : C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p.465, n°392. Pour Marcadé, en revanche, « c'est un cas, non de séparation pour injure, mais de nullité pour erreur », et il accorde à l'époux victime de sa bonne foi, une action en nullité pour cause d'erreur sur la personne fondée sur l'article 180 du Code civil : V. MARCADÉ, *op. cit.*, IV, t.I, p.627.

<sup>260</sup> A. CARPENTIER, *op. cit.*, p.91, n°35.

<sup>261</sup> C.A. Paris 25 mai 1837, D.P. 1838-2-184.

<sup>262</sup> Cour royale de Bordeaux 22 mars 1826, S. 1826-2-344.

au mariage, bien que l'inconduite soit antérieure »<sup>263</sup>. Quoiqu'il en soit, la majorité de la jurisprudence reste fidèle à la conception extensive de l'injure grave, sans se préoccuper du défaut d'intention chez l'époux coupable. Dès lors, les Tribunaux n'hésitent pas à prononcer la séparation de corps ou le divorce, toutes les fois qu'il est établi que les actes commis par l'époux antérieurement au mariage, ont causé postérieurement un préjudice sérieux à son conjoint.

A l'issue de cette étude, le bilan dressé par les auteurs de la fin du siècle est sans appel : « l'œuvre de la jurisprudence en matière de divorce, et spécialement d'injure grave, n'a été qu'un assaut réglé et méthodique donné aux principes qu'avait formulés le législateur. Sous le couvert des données supérieures de l'équité et de l'utilité sociale [...] elle a créé le droit là où la loi avait gardé le silence ; et même sur certains points que réglaient de façon explicite les dispositions précises du Code, elle est allée, dans son œuvre d'extension, jusqu'à méconnaître et violer la pensée législative »<sup>264</sup>. Etudes et statistiques chiffrées sur l'augmentation constante des divorces, viennent conforter ce jugement sévère<sup>265</sup>. Et si les Tribunaux sont responsables du nombre des divorces qu'ils accordent, ils le sont aussi indirectement du nombre des demandes, « en raison d'une sorte d'acclimatation de l'idée de divorce dans la morale des gens »<sup>266</sup>. A l'évidence, la « société conjugale »<sup>267</sup> du XIXe siècle a évolué plus vite que le droit<sup>268</sup>. Par-delà la diversité des régimes, la législation de ce siècle, fondée sur le mariage « contrat essentiellement perpétuel »<sup>269</sup>, et sur la restauration des valeurs familiales, veut sanctionner l'instabilité matrimoniale. Il s'agit d'une entreprise persévérante de remise en

---

<sup>263</sup> Tribunal supérieur de Colmar 9 mars 1898, S. 1899-4-20. Ce tribunal ne s'est pas incliné devant la décision du Tribunal de l'Empire précitée, et son arrêt s'attache au contraire à combattre les arguments invoqués par ce dernier.

<sup>264</sup> A. WEILL, *op. cit.*, p.155. Certes, la responsabilité en incombe au législateur qui, « par une sorte d'abdication, a remis le soin de faire la loi à ceux qui ont pour mission de l'interpréter ». Mais c'est surtout la jurisprudence prise dans son ensemble qui, « en se faisant de l'injure une conception trop large, a abusé de l'absence de définition précise du texte, et, de ce chef, a encouru une responsabilité en multipliant les causes de divorce d'une façon inquiétante » : J. HITIER, *op. cit.*, p.2 et p.41. Dans le même ordre d'idées, voir les thèses de droit soutenues à la fin du siècle : L. VIGNAUD, *op. cit.*, p.155 ; H. DERONDE, *op. cit.*, pp.104-105 ; Fr. OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, pp.10-11. « Depuis plus de soixante ans, la jurisprudence, à force d'inductions et d'analogies habilement combinées, supplée à l'incurie du législateur de 1816, en faisant revivre au profit de la séparation de corps une grande partie des articles concernant le divorce » : R. FREMONT, *op. cit.*, p.13.

<sup>265</sup> On évalue le nombre des divorces prononcés entre 1792 et 1803 à 13000 environ, pour 55000 mariages, soit un peu moins d'un divorce pour quatre mariages : G. THIBAUT-LAURENT, *op. cit.*, p.146. Sur le bilan statistique du divorce révolutionnaire, voir notamment les travaux de G. THIBAUT-LAURENT, *op. cit.*, pp.149-159 ; M. CRUPPI, *Le divorce pendant la Révolution, 1792-1804*, Paris, 1909, p.110 et s. ; Fr. OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, p.255 et s. ; M. GARAUD, S. SRAMKIEWICZ, *La Révolution française et la famille*, *op. cit.*, pp.87-89. Pour la fin du XIXe siècle voir l'ouvrage de F. RONSIN, *Le contrat sentimental*, *op. cit.*, pp.258-260.

<sup>266</sup> En 1895, H. Deronde fait le bilan de la loi de 1884 : il constate que depuis cette loi, « le nombre des demandes de divorce a été de 45822. La progression est donc rapide et constante » : H. DERONDE, *op. cit.*, pp.105-106. En 1986, les travaux de F. Ronsin font état de 3715 séparations de corps prononcées en 1883, dont 865 à Paris ; en 1901, on comptabilise 10500 divorces et 3000 séparations de corps (2739 divorces et 22 séparations de corps à Paris). La géographie du divorce reste donc dominée par le phénomène parisien et urbain, puisque année après année, 50 à 70% de l'ensemble des divorces sont prononcés dans la seule capitale : F. RONSIN, *op. cit.*, pp.258-259. Sur la nuptialité au XIXe siècle : N. BONNEUIL, « Démographie de la nuptialité au XIXe siècle », dans *La Société française au XIXe siècle*, J. DUPAQUIER, D. KESSLER, (s. d.), Paris, 1992, pp.83-119.

<sup>267</sup> Cette expression se retrouve notamment dans l'ouvrage du sociologue Emile Durkheim, *De la division du travail* (1893), Paris, 7<sup>e</sup> édition, 2007.

<sup>268</sup> « Face à la société, le juriste demeure le gardien du système inventé pour les besoins de la bourgeoisie » : A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris, 1975, p.125.

<sup>269</sup> R. SRAMKIEWICZ, *Histoire du droit français de la famille*, *op. cit.*, p.100.

ordre de la société en général, donc nécessairement de l'institution qui la fonde : le mariage, gage de stabilité sociale<sup>270</sup>. Pourtant, sous l'influence du mouvement d'idées en faveur de la liberté dans le mariage, les Tribunaux ont tenté d'apporter des réponses aux attentes des couples, pour adapter le droit à l'évolution des mœurs<sup>271</sup>.

La jurisprudence s'est effectivement construite sur une extension de la notion d'injure, et ce dès 1816, pour appliquer ensuite au divorce rétabli en 1884, la théorie élaborée en matière de séparation de corps. Cette nouvelle façon d'envisager la notion d'injure a engendré, dans de nombreuses hypothèses, des solutions diamétralement opposées à celles que préconisait la majorité de la doctrine, attachée aux intentions de l'auteur de l'acte, dans une conception restrictive de l'injure. La jurisprudence, au contraire, ne considérant que les résultats produits, s'est affirmée progressivement dans le sens de la conception extensive. Ce qui caractérise toutes ces décisions, les rapproche les unes des autres, et fait l'unité du système, c'est que l'élément intentionnel est exclu de la notion d'injure ainsi comprise. Le fait est envisagé dans ses conséquences, abstraction faite de l'intention à laquelle a pu obéir son auteur. Par conséquent, la simple transgression d'un devoir imposé par le mariage, est susceptible d'entraîner la rupture du lien conjugal, sans qu'il soit besoin de circonstances aggravantes. De même, pour qu'un fait puisse servir de fondement à une demande en divorce au titre d'injure grave, il n'est pas nécessaire qu'il consiste dans la violation d'un devoir conjugal, la simple constatation du préjudice qu'il occasionne suffit pour en faire une cause de divorce.

Pendant, cette jurisprudence est plus nuancée qu'il n'y paraît. D'abord, parce que bon nombre de décisions restent fidèles à la définition stricte de l'injure, qui suppose un élément intentionnel. Certes, il y a injure grave de la part de l'un des époux envers l'autre, quand il y a manquement à l'une des obligations que la loi impose aux conjoints, « le manquement est par lui-même une injure ». Mais ce qu'il faut retenir de cette jurisprudence, c'est que l'élément intentionnel n'est pas exclu de la notion d'injure telle qu'on l'applique. Bien au contraire, l'intention injurieuse est comme sous-entendue lorsque l'injure se place dans la vie conjugale, dans les rapports des époux. Par ailleurs, il faut souligner le manque d'unité de cette jurisprudence, et les contradictions relevées entre certaines de ses décisions. Il en est ainsi par exemple des solutions adoptées en matière de condamnations correctionnelles, ou encore à propos des faits antérieurs au mariage. En effet, si la jurisprudence tente de concilier les principes juridiques en vigueur avec les évolutions sociales, les affaires recensées traduisent aussi l'effort des Tribunaux pour conserver à la famille toute son autorité<sup>272</sup>.

Quoiqu'il en soit, c'est donc progressivement que les juges vont développer une conception nouvelle du divorce. Chaque fois que la vie commune sera devenue intolérable à l'un des époux, suite au préjudice occasionné par le fait de l'autre époux, la dissolution du mariage pourra être prononcée au titre d'injure grave. Que ce soit intentionnellement ou non que le conjoint ait été atteint, peu importe. L'injure peut être directe, l'atteinte à l'honneur du conjoint étant alors le but poursuivi à titre principal ; elle peut être indirecte, et se produire sans que l'auteur de l'acte ait même pu prévoir que sa conduite pouvait porter préjudice à ce dernier. Par conséquent, si le fait matériel du préjudice existe, et s'il est suffisant pour faire

---

<sup>270</sup> « Le mariage ainsi conçu [...] constitue un élément essentiel de la police sociale : cette conception-là du mariage impose d'une manière ou d'une autre le contrôle du juge dans la vie intime du couple d'où l'effort persévérant de la bourgeoisie au XIXe siècle pour marier les ouvriers » : J. MULLIEZ, *Droit et morale conjugale*, op. cit., p.105.

<sup>271</sup> A. Walch souligne que « la « société conjugale » fonctionne comme la politique : les familles reproduisent peu ou prou le régime en place et les individus sont influencés par la mentalité générale. On constate en effet le retour au principe d'autorité paternelle sous le premier Empire et la Restauration, le développement des valeurs bourgeoises sous Louis-Philippe, et enfin un assouplissement des mœurs coïncidant avec le passage de l'Empire autoritaire à l'Empire libéral en 1860 » : A. WALCH, *op. cit.*, p.161.

<sup>272</sup> Il en est de même en matière pénale. Sur la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans ce domaine, voir : C. BOUGLÉ-LE ROUX, *op. cit.*, pp.17-72.

obstacle à la continuation de la vie commune, le divorce sera prononcé. Le Code civil considérait le divorce comme la sanction des fautes conjugales. Pour les Tribunaux, au contraire, ces fautes trahissent en général un état permanent de désunion auquel il importe de mettre fin, de sorte que les causes légales prévues par le Code servent à colorer une décision judiciaire imposée par les circonstances. Le « divorce faillite » tend à remplacer le « divorce sanction »<sup>273</sup>. De fait, les développements jurisprudentiels du siècle dernier confirment cette tendance : « c'est moins la faute que le fait de l'époux, que la jurisprudence semble considérer dans l'adultère, les excès, les sévices, les injures graves, les condamnations afflictives. Mais surtout ces faits déterminés n'ont pas de valeur indépendante ; ils ne valent qu'en tant qu'ils traduisent une situation de fait générale et durable : la vie commune devenue intolérable »<sup>274</sup>. C'est elle qui est devenue la cause profonde et unique, la cause véritable du divorce, et la loi 11 juillet 1975<sup>275</sup>, rétablissant le divorce par consentement mutuel, ne fait que consacrer cette pratique jurisprudentielle.

**Bénédicte Decourt Hollender**  
**Université de Nice Côte d'Azur**

---

<sup>273</sup> M. GARAUD, R. SZRAMKIEWICZ, *La Révolution française et la famille*, op. cit., p.187. Sur cette conception du divorce-faillite, voir : J. CARBONNIER, *La notion de cause de divorce*, op. cit., pp.288-289.

<sup>274</sup> J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 313.

<sup>275</sup> Cette loi met ainsi un terme aux fausses allégations et faux témoignages que devaient produire les époux d'accord pour se quitter. Le législateur a compris que, loin d'être un facteur de désordre, comme le déploraient ses détracteurs, cette mesure entrerait dans la logique et contribuait au fonctionnement, sinon à la moralisation des nouveaux comportements familiaux : C. BERNARD, *Penser la famille au XIXe siècle*, op. cit., p.83.