

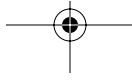
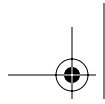
LA LUXURE

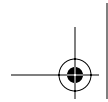
L'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de la passion

Daniel BORRILLO*

I. L'ORTHODOXIE MATRIMONIALE.....	7
II. LE DEVOIR CONJUGAL.....	10
III. DEVOIR CONJUGAL ET FINALITÉ REPRODUCTIVE DU MARIAGE.....	13
IV. RÔLE DU DIVORCE POUR FAUTE DANS LE SYSTÈME FRANÇAIS.....	15
V. LE SEXE DES FOUS.....	17

* L'auteur est maître de conférence à l'Université de Paris X Nanterre et chercheur associé au Centre d'Études et de Recherches de Science Administrative (CERSA), sous la double tutelle de l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et du Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS).





« *Que s'ils sont trop faibles pour garder la continence, qu'ils se marient, car il vaut mieux se marier que de brûler.* »

C'est par cette formule lapidaire que l'apôtre Paul règle le problème du mariage dans son épître aux Corinthiens¹. Cette phrase résume parfaitement la théologie matrimoniale du christianisme primitif. En effet, malgré l'apologie de la *vita matrimonialis* que l'Église catholique fera plus tard, l'idéal sexuel de la chrétienté demeure l'abstinence. Les deux figures majeures du christianisme s'y soumettent de bon cœur : le Christ n'a pas connu de femme et sa mère Marie, tout en étant mariée, conservera précieusement sa virginité jusqu'à la mort.

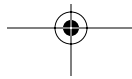
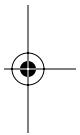
Mathieu n'hésite pas à utiliser la métaphore de la castration pour faire référence aux vertus de la continence : « Car il y a des eunuques qui sont nés tels dès le ventre de leur mère ; il y en a que les hommes ont faits eunuques, et il y en a qui se sont rendus eunuques eux-mêmes, pour gagner le royaume des cieux. Qui peut comprendre ceci le comprenne », conclut l'évangéliste².

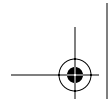
Tout au long du Moyen Âge, cet idéal prend la forme d'une société exemplaire : le monachisme. Toutefois, conscient de la faiblesse humaine, un certain pragmatisme théologique reprend la « sagesse » paulienne en considérant le mariage avant tout comme un remède contre la luxure. D'après Jean-Louis Flandrin, cette « économie matrimoniale » résulte d'un compromis de l'Église tendant à éclipser l'influence du gnosticisme, courant radical qui, à partir d'une interprétation intransigeante des Évangiles, prônait jusqu'au XII^e siècle la généralisation de la virginité.

La nouvelle morale sexuelle de la chasteté mettait clairement en évidence la nature pécheresse du mariage. Comme le marchand qui peut à tout moment tomber dans l'usure, la personne mariée peut faire de l'acte sexuel un lieu de luxure. C'est pourquoi, sans jamais renoncer à l'idéal de

¹ *La Bible*, traduction de Louis-Isaac Lemaître de Sacy, Paris, Robert Lafont, 1990, 1Co 7,9. Paul conseille le célibat : « Car je voudrais que tous les hommes fussent en l'état où je suis moi-même [...]. Quant aux personnes qui ne sont point mariées, ou qui sont veuves, je leur déclare qu'il leur est bon de demeurer en cet état, comme j'y demeure moi-même » : 1Co 7,7-8.

² *La Bible, ibid.* Mt 19,12.





LES SEPT PÉCHÉS CAPITAUX

la virginité, l'Église mettra en place un véritable contrôle de la vie sexuelle des conjoints. Jean-Louis Flandrin a analysé le calendrier auquel devaient se soumettre les personnes mariées pour accomplir l'acte sexuel. Au Moyen Âge, une fois écartés les jours d'impureté de la femme (règles, grossesse, post-partum), les trois carêmes (Noël, Pâques, Pentecôte) et les jours d'abstinence, jeûne et prière, un ménage pieux ne pouvait s'accoupler que quatre-vingt-onze jours par an.

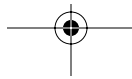
Il a fallu une abondante élaboration théorique pour donner au mariage ses cartes de noblesse. La réponse de Thomas d'Aquin à la thèse de Saint Jérôme, qui considère qu'« aucun acte sexuel ne peut donc être sans péché »³, est fort significative de la place que l'Église cherchait à octroyer au mariage : « [...] "Ce que la nourriture est pour le salut de l'homme, l'acte charnel l'est pour le salut de l'espèce." Ainsi, de même que l'alimentation peut être sans péché, lorsqu'elle a lieu avec la mesure et l'ordre requis, selon ce qui convient à la santé du corps, de même l'acte sexuel peut être sans aucun péché lorsqu'il a lieu avec la mesure et l'ordre requis, selon ce qui est approprié à la finalité de la génération humaine »⁴.

Certains théologiens commencèrent à voir dans le mariage bien plus qu'un remède et, à partir d'une nouvelle lecture de la parabole du semeur – selon laquelle la graine, d'après la qualité de la terre qui la reçoit, rend cent, soixante ou trente pour cent⁵ – l'Église établit une hiérarchie de la chasteté en stipulant que les vierges constituent la meilleure « terre » pour accueillir la semence de la parole divine (cent pour cent) puis les continents telles que les veuves (soixante pour cent) et enfin les personnes mariées (trente pour cent). Dès le VI^e siècle, Saint Ambroise avait déjà théorisé sur cette hiérarchie : « il y a trois formes de chasteté, le mariage, le

³ Thomas d'Aquin, *Summa Theologica*, trad. par Aimon-Marie Roguet, *Thomas d'Aquin : Somme théologique*, t. 3, Paris, Éditions du cerf, 1984, Secunda-Secundae, Question 153, article 2.2 (objections) [ci-après *Somme théologique*].

⁴ *Ibid.* Question 153, article 2.3 (objections)

⁵ Voir *La Bible*, *supra* note 1 Mc 4,8 : « Une autre enfin tomba en une bonne terre, et elle porta son fruit, qui poussa et crût jusqu'à la maturité ; quelques grains rapportant trente pour un, d'autres soixante et d'autres cent ». Voir aussi *La Bible*, *ibid.* Mc 4,20 : « Enfin ceux qui sont marqués par ce qui est semé dans la bonne terre sont ceux qui écoutent la parole, qui la reçoivent, et qui portent le fruit, l'un trente pour un, l'autre soixante, et l'autre cent ».





LA LUXURE

veuvage et la virginité »⁶, enseignait-il, faisant figure de précurseur dans la matière.

Cependant le mariage ne constitue pas, à lui tout seul, une garantie contre la concupiscence. Même en son sein, il y a une place pour la luxure et, par conséquent, la vie conjugale doit être soigneusement contrôlée.

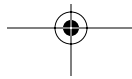
Pour que la sexualité matrimoniale cesse d'être considérée comme un péché, il fut nécessaire d'abord la fabrication d'un véritable arsenal argumentatif, puis la mise en place d'un dispositif répressif à la mesure de l'enjeu : purger le mariage de la passion. Pour ce faire, une nouvelle lecture du *Cantique des Cantiques* fut imposée. En effet, ce livre de l'Ancien Testament, véritable hymne à la flamme conjugale, s'opposait à l'enseignement de la chasteté chrétienne. Dès lors que le courant de l'amour courtois se retourna vers ce texte au XII^e siècle, saint Bernard rappela qu'uniquement une lecture allégorique, celle qui voyait dans ce livre l'amour du Christ pour son église, était conforme à l'enseignement théologique.

Tout au long du Moyen Age, le mariage est demeuré une question éminemment canonique. À la différence de la tradition catholique, qui n'a jamais renoncé à la primauté de la virginité, la Réforme du XVI^e siècle dénonça la valorisation du célibat et de l'abstinence. Dans son livre *De la vie conjugale*, Luther célébra la grandeur morale des liens conjugaux et encouragea le mariage des pasteurs.

En France, jusqu'à la Révolution, les noces étaient de la compétence exclusive de l'Église et si en 1787 Louis XVI instaura, avec l'Édit de Nantes, une forme embryonnaire de mariage civil, ce fut exclusivement pour permettre aux protestants d'accéder à une reconnaissance légale de leurs unions. Il a d'ailleurs fallu attendre la Constitution de 1791 pour que le mariage soit considéré comme un droit de nature civile. Le Concordat de 1801, tout en laissant la possibilité de s'unir religieusement, ne revint pas sur ce principe. Aujourd'hui toujours, à la différence d'autres États dans lesquels le mariage religieux produit des effets juridiques, en France, seul le mariage civil est reconnu par l'État et son antériorité à toute cérémonie religieuse doit être respectée sous peine de sanction pénale⁷. Nous sommes,

⁶ Saint Ambroise, *Sur les veuves*, chapitre IV, livre XXIII.

⁷ L'article 433-21 du Code pénal stipule : « Tout ministre d'un culte qui procédera, de manière habituelle, aux cérémonies religieuses de mariage sans que ne lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil sera puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende ».





LES SEPT PÉCHÉS CAPITAUX

cependant, face à un paradoxe : si dans le texte de la loi civile le processus de laïcisation de l'institution matrimoniale semble achevé, les juges et la doctrine des juristes ne font en réalité que prolonger la tradition catholique. En effet, le mariage continue à être considéré de nos jours comme un remède contre les débordements sexuels, mais il devient surtout l'espace symbolique de la sexualité socialement reconnue. En droit civil, la théorie de l'existence et celle de la nullité de l'acte sont les préalables du *ius connubi*. Elles déterminent non seulement la dimension spirituelle de l'institution (consentement), mais aussi sa géographie physique (âge nubile, différence de sexes, prohibition de l'inceste...). Dans sa facture juridique, le mariage permet encore de circonscrire l'espace le plus légitime de la sexualité. Ainsi, afin d'éviter des excès luxurieux, l'acte sexuel doit s'accomplir au sein de cette union hétérosexuelle et monogamique. Les rapports doivent avoir une certaine qualité et une régularité, ils s'exécuteront principalement par la pénétration pénis-vagin et la finalité reproductrice de l'acte doit demeurer son horizon. De surcroît, il faut que l'amour soit à l'origine de la sexualité conjugale⁸ : « Pour vivre en mariage et en honorer les devoirs, fidélité, assistance, communauté de vie, il faut, en fait, beaucoup d'amour que le droit présume [...] »⁹.

S'il est vrai que l'institution matrimoniale perd de son monopole conjugal et qu'il n'a plus comme fonction la légitimation de la filiation¹⁰, il n'en demeure pas moins le sommet de la hiérarchie juridique des sexualités¹¹. Par la figure du devoir conjugal, le droit entend ainsi organiser la vie sexuelle des individus en fonction d'un certain nombre de règles impératives. Certes l'adultère est sorti de la loi pénale et n'est plus une cause péremptoire de divorce, mais la faute au sein de celui-ci garde toute son efficacité au moment de pénaliser le conjoint coupable¹². Ainsi, a priori

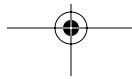
⁸ La rémunération pour un service sexuel de la femme ou de la concubine est considérée comme nulle et contraire à l'ordre public.

⁹ Catherine Labrusse-Riou, « Couple et lien affectif » dans Clotilde Brunetti-Pons, dir., *La notion juridique de couple*, Paris, Economica, 1998, 83 à la p. 83.

¹⁰ Depuis la réforme de 1972, les filiations légitime et naturelle bénéficient du même statut en droit français.

¹¹ Daniel Borrillo, « Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne » (2001) 46 R.D. McGill 877.

¹² La dernière réforme, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005, maintient la catégorie du divorce pour faute tout en réduisant la liste de motifs.





LA LUXURE

par les conditions d'accès aux noces établies par la loi et a posteriori par les sanctions infligées par les juges, le droit organise une véritable gouvernance sexuelle au sein de laquelle la hantise de la luxure joue un rôle capital¹³.

I. L'ORTHODOXIE MATRIMONIALE

En tant que figure d'hérésie, la luxure informe sur les caractéristiques de la bonne sexualité, c'est-à-dire celle qui peut accéder au territoire du mariage. En France, l'érotique consacrée par le *matrimonium* doit être de nature hétérosexuelle, contraignante, régulière et monogamique¹⁴.

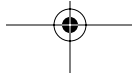
La première des conditions de la légitimation symbolique de l'acte sexuel est que celui-ci ait lieu entre personnes de sexe différent. L'hétérosexualité est ainsi présentée comme de la nature même de l'institution. Si quelques États ont accepté de légiférer afin d'octroyer certains bénéfices aux unions homosexuelles, cette reconnaissance a eu lieu à condition de mettre entre parenthèse la question du mariage¹⁵. En dehors des cercles intégristes, l'assimilation des couples homosexuels aux unions concubinaires ne semble plus déranger grand monde. Dans un arrêt récent, la Cour européenne des Droits de l'Homme, par une décision votée à la majorité de six voix contre une, oblige l'Autriche à changer l'interprétation de sa Cour suprême et condamne cet État à payer un dédommagement à un homme qui n'a pas pu bénéficier du transfert du bail à la suite de la mort de son compagnon¹⁶.

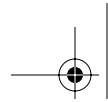
¹³ Daniel Borrillo, « La surveillance juridique de pratiques sexuelles légitimes. L'institution de la norme conjugale » dans Didier Fassin et Dominique Memmi, dir., *Le gouvernement des corps*, Paris, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2004, 185.

¹⁴ Pour une étude approfondie sur le familialisme français, voir Rémi Lenoir, *Généalogie de la morale familiale*, Paris, Seuil, 2003.

¹⁵ La reconnaissance du mariage homosexuel, avec presque tous les effets relatifs à la filiation, a toutefois gagné du terrain au fil du temps. Ainsi, en Europe, les Pays-Bas, la Belgique et l'Espagne l'ont reconnu. Pour ce qui est du Canada, bien que plusieurs provinces l'avaient auparavant admis par voie prétorienne, en juillet 2005, le parlement fédéral a adopté une loi autorisant explicitement le mariage pour les couples du même sexe, *Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, c. 33.

¹⁶ *Karner c. Autriche* (24 juillet 2003), Cour Eur. D.H., en ligne : Portail de la Cour européenne des Droits de l'Homme <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=703691&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=1132746FF1FE2A468ACCB CD1763D4D8149>>.





LES SEPT PÉCHÉS CAPITAUX

Ce n'est pas tant la tolérance des unions homosexuelles qui pose problème mais son assimilation aux couples hétérosexuels. Si des lois relatives au partenariat enregistré existent en Europe depuis 1989¹⁷, ce n'est que lorsque les États commencent à s'engager dans un débat sur l'élargissement du droit au mariage pour les couples de même sexe que les autorités religieuses et politiques commencent à livrer une bataille acharnée contre ces unions¹⁸. Avant même que la loi élargissant le mariage aux personnes de même sexe ne soit votée en Espagne, « le cardinal colombien Alfonso Lopez Trujillo, président du Conseil pontifical pour la famille, avait invité “tous les chrétiens à s'opposer à cette loi injuste”, recourant à “l'objection de conscience”, fût-ce au risque “de payer le prix le plus élevé, incluant aussi la perte de l'emploi” »¹⁹.

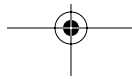
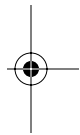
En France, pendant le débat parlementaire relatif au Pacte Civil de Solidarité (PACS), le gouvernement de Lionel Jospin s'est efforcé à « dématrimonialiser » la proposition de loi afin de rassurer l'opposition sur l'absence de concurrence et surtout d'équivalence entre le mariage et le PACS²⁰. La

¹⁷ Le premier pays européen à avoir reconnu le partenariat enregistré homosexuel est le Danemark en 1989. Ont suivi la Norvège en 1993, la Suède en 1994, l'Islande en 1996, les Pays-Bas en 1997, la Catalogne en 1998, la Belgique en 1998, la France en 1999...

¹⁸ Voir Congrégation pour la doctrine de la foi, « Considérations à propos des projets de reconnaissance juridique des unions entre personnes homosexuelles », (31 juillet 2003), en ligne : Vatican : the Holy See <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20030731_homosexual-unions_fr.html>. Le même jour, la Maison Blanche a édicté une ligne de conduite fort comparable : « Le porte-parole de la Maison Blanche, Scott McClellan, a expliqué que le président américain George W. Bush “ne transigera” pas sur la question du mariage homosexuel car le Président “croit que le mariage est une institution sacrée entre un homme et une femme”. [La veille.] Bush avait déclaré “très important pour notre société de respecter chaque individu, de les accueillir de bon cœur, d'être un pays ouvert... mais cela ne signifie pas que quelqu'un comme moi doive faire des compromis sur un sujet comme le mariage”. Bush a depuis ordonné aux experts juridiques de la Maison Blanche d'étudier les moyens légaux pour limiter le mariage dans la loi américaine aux unions hétérosexuelles » : Philippe Grangereau, « Le mariage homo hérisse le pape », *Libération* (1 août 2003).

¹⁹ « Désobéissance civile prônée par le Vatican. Espagne : rébellion de maires contre le mariage homosexuel » (26 avril 2005), en ligne : Latinreporters.com <<http://www.latinreporters.com/espagnesoc26042005.html>>.

²⁰ Le député socialiste Patrick Bloche soulignait à cet effet, tentant d'accentuer les différences entre le mariage et le PACS afin de faire taire l'opposition sur les possibilités de menace de l'institution du mariage par le PACS : « En passant du Contrat d'Union





LA LUXURE

mairie comme lieu de célébration a été remplacée par le Tribunal d'Instance, l'indivision devient le régime matrimonial légal et la loi a été placée dans le Code civil dans un titre à part, loin du mariage notamment²¹.

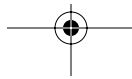
Ni la doctrine, ni la jurisprudence ne donneront une réponse argumentée pour s'opposer au mariage entre personnes de même sexe. Elles renvoient à la tradition ou tout simplement à l'évidence. Avant l'entrée en vigueur du PACS en 1999, la Cour de cassation avait statué à deux reprises que le concubinage, calque du mariage, ne pouvait être que l'union entre personnes de sexe différent²² et la doctrine des juristes n'hésitait pas à faire appel au droit canonique pour justifier la condition d'hétérosexualité²³.

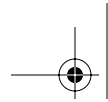
Or, pour la conception séculaire du mariage moderne, c'est le consentement (accord des volontés) et non pas la consommation (*copula carnalis*) qui fait la substance de l'institution. Le débat actuel en France met en évidence la fragilité de cette conception du mariage ainsi que son ancrage encore solide dans une idéologie résiduelle de type canonique. Si dans la tradition française, le sujet de droit est présenté comme une entité abstraite (dépourvu de race, de religion, de classe sociale...), il semble légitime de se demander pourquoi en droit civil la volonté est présentée comme une catégorie sexuée, au point d'empêcher une personne de choisir librement son conjoint ?

La réponse ne provient pas de la science juridique mais d'une *doxa* traditionaliste qui continue à voir dans l'homosexualité une forme d'affection

Sociale au Pacte Civil de Solidarité, sans doute avons-nous levé quelques ambiguïtés : la volonté de simplifier la lisibilité du Pacte et sa "dématrimonialisation" ayant été nos préoccupations principales » : Intervention de Patrick Bloche, *Le Pacte civil de Solidarité*, Première lecture (9 octobre 1998), en ligne : PACS <<http://www.patrickbloche.org/national/pacs/premlect/premlect-p4.html>>.

- ²¹ Pour une histoire politique du PACS, voir Daniel Borrillo et Pierre Lascoumes, *Amours Egales ? Le Pacs, les homosexuels et la gauche*, Paris, La Découverte, 2002.
- ²² Voir Cass. soc., 11 juillet 1989, Bull. Civ. 1989.V.311, n° 514 et Cass. civ. 3^e, 17 décembre 1997, Bull. Civ. 1997.III.151, n° 225.
- ²³ Bernard Beignier écrit ainsi : « Le canon 1906 du code canonique de 1983 le dit bien mieux que le Code civil : le mariage est une communauté permanente entre l'homme et la femme ordonnée à la procréation des enfants par quelque coopération sexuelle. Le mariage est une communauté qui a vocation à engendrer, ce ne peut être le désir d'une union homosexuelle ». : Bernard Beignier, « Une nouvelle proposition de la loi relative au Contrat d'Union Sociale », *Droit de la Famille, Chroniques Jurisclasseur*, avril 1997 à la p. 4.



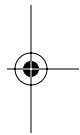


LES SEPT PÉCHÉS CAPITAUX

moins légitime que l'hétérosexualité²⁴, à tel point que, récemment, même la juriste chargée en 1999 par l'ancien gouvernement socialiste de réformer le droit de la famille s'est dite choquée par l'idée du mariage entre individus de même sexe²⁵. Le juge du divorce n'est pas moins pétri de préjugés au point où la simple constatation de l'homosexualité de l'un des époux demeure, en France, une cause récurrente de divorce pour faute. En effet, comme le note la Cour d'appel de Paris, « l'homosexualité d'un conjoint est très difficilement supportable et constitue une violation grave et renouvelée des obligations du mariage et rend intolérable le maintien de la vie commune »²⁶.

II. LE DEVOIR CONJUGAL

C'est sur la base de cette obligation que les juges ont progressivement construit la normalité sexuelle fondée sur l'interprétation spécifique du Code civil. La formule de l'article 215, « les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie », implique une double dimension : vivre ensemble²⁷ – communauté de toit – et entretenir des rapports sexuels – communauté de lit. Cette dernière, en tant que devoir de cohabitation charnelle, n'est pas expressément mentionnée dans le Code civil. Ce n'est que d'une manière indirecte que la loi y fait référence²⁸. En revanche, la jurispru-



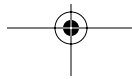
²⁴ Pour une analyse approfondie des arguments de la doctrine, voir Daniel Borrillo, « Fantômes des juristes vs *Ratio juris* : la *doxa* des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe » dans Daniel Borrillo et Éric Fassin, *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, 2^e éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2001 [Borrillo, « Fantômes des juristes »].

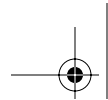
²⁵ Dans un entretien pour le magazine *L'Express*, Françoise Dekeuwer-Défossez, à propos du mariage entre personnes de même sexe, souligne : « Cela me choque, certains juristes font un problème de morale, pour moi c'est une question de survie de notre société » : Marie Cousin, « Françoise Dekeuwer-Défossez : « Notre système de filiation est fondé sur l'existence d'un père et d'une mère » » *L'Express* (12 avril 2004) 109.

²⁶ Paris, 12 mai 1998, 24^e ch A, n^o jurisData 1998-023420.

²⁷ Même si depuis 1975 les époux peuvent avoir des résidences séparées.

²⁸ La règle de forme de l'article 312 du Code civil (« l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari ») suppose le maintien de relations sexuelles dans le cadre du mariage. Pour pouvoir désavouer la paternité, l'homme doit démontrer qu'il ne peut pas être le père en raison, notamment, d'absence de relations sexuelles, d'abstinence ou d'impuissance.





LA LUXURE

dence et la doctrine ont construit une véritable orthodoxie sexuelle au sein de l'institution.

Dans le modèle officiel, la sexualité matrimoniale prend donc la forme d'un devoir (le *debitum conjugale*) à double dimension. Négativement, devoir de s'abstenir d'entretenir des rapports sexuels avec des tiers (fidélité) et positivement, devoir d'entretenir des rapports sexuels avec le conjoint (devoir conjugal proprement dit). L'article 215 se complète avec l'article 212 du Code civil : « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance ». Si l'adultère a perdu de sa gravité, surtout depuis sa dépénalisation en 1975 et la fin de sa qualité de cause péremptoire de divorce²⁹, le juge peut néanmoins considérer qu'il constitue une faute imputée à l'un des conjoints et susceptible d'entraîner le divorce lorsque l'acte adultérin n'est pas accompagné de connivence ou de réciprocité³⁰.

Le devoir conjugal est pour les époux une obligation d'ordre public. Ainsi, une convention établie par les conjoints dans laquelle est stipulée l'absence de partage de leur intimité sexuelle serait considérée nulle. Le refus de partager le lit conjugal peut être considéré comme un fait injurieux justifiant le divorce contre un homme qui ne fait pas face à ses devoirs de mari³¹. Cette intimité doit également se traduire par des rapports sexuels réguliers et modérés. En effet, dans une décision du 28 mai 1956, la Cour d'appel de Lyon énonçait que « le devoir conjugal impose l'établissement de relations sexuelles [...]. En outre, il impose aux conjoints une continuité des relations »³². Le devoir d'entretenir des relations sexuelles avec son conjoint peut être qualifié d'obligation à exécution successive susceptible d'être contrôlée par les magistrats si l'un d'eux s'en plaint en justice. La Cour de cassation a ainsi estimé que constitue une injure, cause de divorce, « la décision de l'épouse d'imposer à son mari une limitation dans leurs rapports intimes »³³.

²⁹ Une partie de la doctrine des juristes regrette cette situation. Sous la plume de Catherine Labrusse-Riou, on peut lire : « Le divorce pour cause d'adultère reste toujours d'actualité même si la cause a cessé d'être péremptoire, ce que l'on peut, à certains égards, déplorer puisque c'était ainsi que le droit rendait hommage à la fidélité » : Catherine Labrusse-Riou, *supra* note 9, à la p. 85.

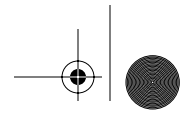
³⁰ Voir Trib. gr. inst. Créteil, 3 février 1977, *Gaz. Pal.* 1977. 1^{er} sem. Jur.201 (note J.G.M.) et Trib. gr. inst. Carcassonne, 19 mars 1982, *D.* 1982.Jur.426.

³¹ Cass. Civ. 2^e, 8 octobre 1964, *Bull. Civ.* 1964. II.439, n° 599.

³² Lyon, 28 mai 1956, *D.* 1956.Jur.646 [Lyon, 28 mai 1956].

³³ Cass. Civ. 2^e, 10 février 1972, *D.* 1972.Jur.379.





LES SEPT PÉCHÉS CAPITAUX

Si l'absence de rapport est condamnée par le droit³⁴, son inflation l'est tout autant. Concernant la fréquence de l'acte sexuel, le Tribunal d'instance de Saintes établit que « la moyenne relevée en général dans les couples français est d'un rapport par semaine »³⁵. Le refus d'entretenir des rapports sexuels avec son conjoint constitue également une faute³⁶. D'une part, dans une décision du 25 juin 1970, le Tribunal de grande instance de Dieppe a condamné un mari qui soumettait son épouse à plusieurs actes sexuels quotidiens (trois coïts par nuit) « au point de la rendre malade »³⁷. D'autre part, la Cour de cassation prononça un divorce aux torts d'un conjoint qui était dans « l'incapacité à faire face aux devoirs de mari »³⁸. Un divorce aux torts partagés a été prononcé par une cour d'appel dans une affaire où « la femme a refusé fréquemment d'avoir des rapports intimes et que le mari, exprimant son aspiration à un minimum de vie personnelle au détriment d'une vie conjugale normale, a délaissé son épouse en s'abstenant fréquemment »³⁹.

Les juges deviennent ainsi les garants d'un équilibre sexuel situé au juste milieu entre l'excès et la carence et dans lequel les deux conjoints, en tant que créanciers du devoir conjugal, doivent remplir leurs obligations. Non seulement la fréquence est examinée par les juges, mais aussi la manière dont l'obligation s'exécute. En effet, celle-ci n'est pleinement valable que si les rapports sexuels sont complets. C'est pourquoi les juges ont considéré que le mari ne remplissait pas ses devoirs du fait d'avoir entretenu des rapports « si imparfaits qu'ils ne procuraient à sa femme ni espérance de maternité, ni plaisir »⁴⁰. Dans un même ordre d'idées, les pratiques

³⁴ Dans un arrêt du 26 juin 1928 la Cour d'appel de Colmar considère « répréhensible de ne pas avoir fait acte de mari plus fréquemment » : Colmar, 26 juin 1928, Gaz. Pal. 1928. 2^e sem. Jur.685.

³⁵ Trib. inst. Saintes, 6 janvier 1992, tel que cité dans Jean-Paul Branlard, *Le sexe et l'état des personnes*, Paris, LGDJ, 1993, à la p. 342.

³⁶ La faute permet en droit français de prononcer un divorce aux torts de l'une des parties. Notion profondément imprégnée des connotations théologiques, la faute a été maintenue dans les réformes au droit de la famille effectuées aussi bien à gauche qu'à droite.

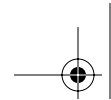
³⁷ Trib. gr. inst. Dieppe, 25 juin 1970, Gaz. Pal. 1970. 2^e sem. Jur.243.

³⁸ Cass. Civ. 2^e, 8 octobre 1964, Bull. civ. 1964.II.439, n°599, tel que cité dans Branlard, *supra* note 35 à la p. 319.

³⁹ Nancy, 11 mars 1996, 3^e ch., n° jurisData 1996-044058.

⁴⁰ Lyon, 28 mai 1956, *supra* note 32.





LA LUXURE

sodomasochistes ou les actes exhibitionnistes entre époux ne peuvent pas être invoqués par eux comme libérateurs de l'obligation conjugale⁴¹.

L'obligation d'entretien de rapports sexuels doit de surcroît être exécutée d'une manière classique, c'est-à-dire par la voie penis-vagin. Si la qualification criminelle de viol fut refusée par la justice jusqu'aux années 1980 lorsque celui-ci avait lieu dans le mariage, en revanche la sodomie, en mariage, était condamnée en tant qu'elle constituait pour les juges un attentat aux mœurs⁴². Cette situation montre bien que ce n'était donc pas l'échange de volontés libres qui déterminait la légitimité du lien, mais la réalisation de l'acte sexuel par le « vase idoine » (le vagin), comme le désignait jadis la terminologie théologique. Le même acte sexuel non consenti pouvait produire des conséquences juridiques radicalement opposées : se perpétrant par-devant, il se trouvait dépourvu d'effets pénaux ; par-derrrière ce même acte devenait un délit.

S'il est vrai qu'aujourd'hui la sodomie dans le cadre du mariage échappe au regard prétorien, en revanche la monogamie demeure une obligation civile. Ainsi, l'article 212 du Code Civil dispose que « [I]es époux se doivent mutuellement (...) fidélité (...) [et] assistance ». Cette fidélité est comprise par la jurisprudence non seulement comme une exclusivité charnelle, mais aussi émotionnelle. Par exemple, un échange intime de correspondance, des sorties fréquentes ou l'entretien de relations équivoques peuvent tomber dans la catégorie de l'infidélité⁴³. Même une relation spirituelle entre une femme et son évêque, relation dépourvue de toute connotation ambiguë, mais considérée par le juge comme trop intense et trop régulière, fut retenue comme cause d'un divorce pour adultère⁴⁴.

III. DEVOIR CONJUGAL ET FINALITÉ REPRODUCTIVE DU MARIAGE

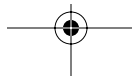
La reproduction n'a jamais été ni condition ni effet du mariage ; pourtant, elle semble paradoxalement constituer une préoccupation pour le juge (dans le passé) et surtout pour la doctrine familialiste d'aujourd'hui.

⁴¹ Paris, 6 janvier 1988, n° JurisData 1988-020195 ; Cass. civ. 2^e, 28 novembre 1973, J.C.P. 1974.IV.6404.141

⁴² Cass. crim., 21 novembre 1839.

⁴³ Voir Cass. civ. 2^e, 31 oct. 1962, Bull. Civ. 1962.II.n° 683 ; Cass. Civ. 2^e, 7 mars 1962, Bull. Civ. 1962.II.n° 271 et Cass. Civ. 2^e, 7 janv. 1970, Bull. Civ. 1970.II.2, n° 2.

⁴⁴ Voir Paris, 13 février 1986, Gaz. Pal. 1986. 1^{er} sem.Jur.216





LES SEPT PÉCHÉS CAPITAUX

Ainsi, a été considéré comme injurieux le fait d'une femme d'avoir effectué une interruption volontaire de grossesse contre la volonté de son mari⁴⁵. De même a été estimé fautif le refus de paternité et la demande insistante d'interruption de grossesse d'un mari à sa femme enceinte⁴⁶. Ces exemples sont tombés en désuétude car, jusqu'à la revendication du droit à la reconnaissance conjugale des couples homosexuels, la dissociation entre reproduction et mariage semblait acquise. Le paradoxe de ce nouvel attachement à la reproduction comme élément du mariage trouve en fait son explication dans l'engagement politique des professeurs de droit contre les unions de même sexe⁴⁷.

Tout au long du débat sur le PACS, les juristes n'ont cessé de rappeler que la différence « objective » entre le couple homosexuel et le couple hétérosexuel était la vocation procréatrice de ce dernier. D'après cette opinion, l'aboutissement « normal » de la vie du couple serait l'accueil des enfants. Comme le note François Gaudu : « N'y a-t-il pas un abus de minorité [de la part des homosexuels] ? Dans la volonté d'obtenir un statut, non pour un cadre de la reproduction, mais pour un comportement sexuel, il peut sembler qu'il y a une véritable indiscretion »⁴⁸.

Dans un entretien récent, Françoise Dekeuwer-Défossez souligne : « On pourrait imaginer un contrat dans lequel on accorderait les mêmes droits aux homos qu'aux hétéros. On pourrait même l'appeler mariage. Mais ce n'en serait pas un, puisqu'un couple de personnes de même sexe ne peut procréer »⁴⁹. Interrogé sur l'intérêt de la société à ouvrir le mariage aux homosexuels, Jean Hausser répond qu'il n'en existe aucun. D'après le professeur de droit de la famille, « [l]a loi donne des avantages aux couples mariés parce que c'est dans ce cadre que les enfants sont conçus. Mais, s'ils sont conçus ailleurs, le mariage devient un contrat ordinaire qui ne justifie plus aucun avantage »⁵⁰.

⁴⁵ Cass. civ. 2^e, 27 mars 1974, Bull. Civ. 1974.II.94, n° 111.

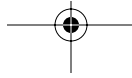
⁴⁶ Paris, 5 mai 1987, 24^e ch. A, n° jurisData 1987-023023.

⁴⁷ Pour une analyse des discours de la doctrine, voir Borrillo, « Fantômes des juristes », *supra* note 24.

⁴⁸ François Gaudu, « À propos du contrat d'union civile: critique d'un profane », D. 1998.Chron.19, p. 225.

⁴⁹ Cousin, *supra* note 25.

⁵⁰ Marianne Gomez, « L'homosexualité interroge le mariage » *La Croix* (21 mai 2004) 3.





LA LUXURE

Ce lien entre mariage et filiation, contraire aux règles du droit positif, est devenu pour la doctrine l'arme rhétorique permettant de justifier le refus du droit au mariage pour les couples homosexuels⁵¹. De même, dans un arrêt du 19 avril 2005, la Cour d'appel de Bordeaux après avoir cité un des discours préliminaires sur le Projet de Code civil de 1804, arrive à la conclusion qu'en « droit interne français le mariage est une institution visant à l'union de deux personnes de sexe différent, leur permettant de fonder une famille appelée légitime. La notion sexuée de mari et de femme est l'écho de la notion sexuée de père et mère »⁵².

IV. RÔLE DU DIVORCE POUR FAUTE DANS LE SYSTÈME FRANÇAIS

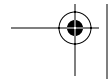
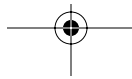
C'est toujours dans le cadre d'un contentieux que le contrôle judiciaire s'effectue, et c'est justement là que les égarements sexuels pourront être reprochés au conjoint fautif. Selon qu'il repose sur le constat d'un échec du mariage, qu'il soit l'effet de la volonté commune des conjoints ou qu'il ait comme but de réprimer les fautes conjugales commises par l'un des époux, le divorce est considéré comme une faillite, une convention ou une sanction⁵³. C'est sur cette dernière figure que nous porterons notre attention. Malgré les nombreuses tentatives de la faire disparaître, la faute

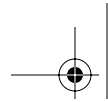


⁵¹ Daniel Borrillo demeure à ce jour, en France, le seul professeur de droit favorable au droit au mariage et à la filiation pour les couples de même sexe.

⁵² Bordeaux, 19 avril 2005, D.2005.Jur.1687, n° 25.

⁵³ La réforme du divorce, votée le 12 mai 2004 est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005. « Il s'agit d'une réforme "en douceur" du divorce, il n'y a donc pas un bouleversement complet des procédures. Le divorce sur requête conjointe se simplifie [...]. Le divorce sur demande acceptée devient divorce pour acceptation du principe de rupture du mariage [...]. Le divorce pour faute [...] change finalement assez peu. Les nouveautés principales sont l'autonomie de la faute par rapport aux conséquences financières du divorce. L'époux fautif pourra solliciter une prestation compensatoire et les donations faites à son avantage ne seront plus révoquées. Les violences conjugales seront réprimées plus durement, notamment par la possibilité d'octroi du domicile conjugal par préférence à la victime. Le divorce pour rupture de la vie commune devient le divorce pour altération définitive du lien conjugal : c'est cette forme de divorce qui subira le plus de changement » : « La réforme du divorce » (janvier 2005), en ligne : Cyber-avocat .com : la référence en droit de la famille <http://www.cyber-avocat.com/rubriques/famille/reforme_du_divorce.php?PHPSESSID=08e5de62eacf4a8fb342b9698840822f>.





LES SEPT PÉCHÉS CAPITAUX

demeure la principale cause des divorces prononcés en France⁵⁴. Les fautes reprochées doivent constituer une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendre intolérable le maintien de la vie commune⁵⁵.

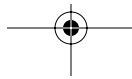
Les avatars de cette notion de faute font partie de l'histoire du droit civil français. En effet, si les juristes de la Révolution avaient pu imposer, par la loi du 20 septembre 1792, leur conception laïque du divorce, celle-ci fut abolie par la restauration de la monarchie en 1816. Il a d'ailleurs fallu attendre les débuts de la III^e République pour que la question du divorce se posât à nouveau. Afin d'assurer le vote de la loi, un compromis a dû être engagé avec l'aile conservatrice du parlement. En 1884, seul le divorce comme sanction judiciaire des fautes d'un époux a pu devenir une règle du droit positif.

Une réforme majeure a eu lieu en 1975 avec l'introduction d'autres formes de divorce, plus consensuelles, à côté du divorce pour faute. Depuis lors, le juge décide du caractère excessif de la faute qui rend impossible le maintien de la vie commune : les situations les plus habituellement sanctionnées sont les brutalités à l'égard du conjoint ou des enfants, les injures, les conduites déshonorantes, la délinquance et l'ivresse. Mais l'adultère demeure la cause la plus importante de divorce pour faute. C'est donc dans l'espace de la sexualité que cette vieille notion permet encore de punir d'une manière quasi systématique le conjoint coupable. En effet, depuis une décision de la chambre civile de la Cour de cassation du 23 avril 1980, l'adultère constitue une violation grave au devoir de fidélité, y compris lorsqu'il est commis par des partenaires séparés de fait ou dès lors qu'il a lieu pendant la procédure de divorce⁵⁶. Et si le juge supporte l'adultère du conjoint, ce n'est qu'à condition qu'il soit commis par celui ou celle qui a été abandonné, et après une longue période de solitude. Comme si une sorte

⁵⁴ Au niveau national, 4 mariages sur 10 finissent en un divorce. Un sur deux en région parisienne. Presque la moitié de divorces prononcés le sont pour la faute de l'un des conjoints. Institut National d'Études Démographiques, en ligne : [INED] Divorce <http://www.ined.fr/fr/pop_chiffres/france/mariages_nuptialite/divorces/>.

⁵⁵ Dans la nouvelle loi sur le divorce, il est apparu inutile de maintenir l'hypothèse spécifique de violation renouvelée de ces obligations, celle-ci étant incluse dans la notion de violation grave.

⁵⁶ Cass. Civ. 2^e, 23 avril 1980, Gaz. Pal. 1981. 1^{er} sem. Jur. 89 (note J. Massip).





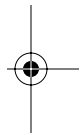
LA LUXURE

de charité prétorienne venait donc tolérer un péché conçu comme presque inévitable⁵⁷.

V. LE SEXE DES FOUS

Avant de conclure notre réflexion et afin de mieux éclairer notre propos, nous proposons au lecteur de sortir du domaine matrimonial pour nous aventurer dans un terrain fort différent mais tout aussi exemplaire : la sexualité des handicapés mentaux.

La manière dont le droit traite de la vie sexuelle des « fous » constitue un modèle paradigmatique de la fonction du mariage comme légitimateur de la sexualité. En effet, en dehors du mariage, « le sexe des imbéciles »⁵⁸ n'existe pas. Cette sexualité est assimilée au viol si le rapport sexuel a lieu avec une personne saine d'esprit et à un dommage susceptible de réparation judiciaire lorsque celle-ci se déroule entre handicapés mentaux. Le droit traite ceux-ci comme des incapables. Un régime de protection est mis en place afin de les représenter et/ou les assister. En ce qui concerne les relations sexuelles, les handicapés mentaux sont présumés ne jamais consentir. Depuis 1961, la jurisprudence est particulièrement stricte en la matière, car même sans violence, un rapport sexuel entre une jeune fille de 16 ans « arriérée mentale » et un jeune homme « valide » peut être assimilé à un viol. Et même si le rapport psychiatrique a montré que « sa débilité mentale n'excluait pas toute conscience de ses actes et toute liberté de consentement »⁵⁹, la jeune femme est considérée incapable de consentir et l'acte du jeune homme devient donc criminel. De surcroît, le Code pénal introduit une circonstance aggravante liée à la vulnérabilité de la victime⁶⁰. La Cour européenne des Droits de l'Homme de Strasbourg, dans une décision du 26 mars 1985, confirme cette appréciation dans ces termes : « Étant donné

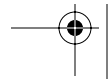
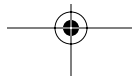


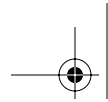
⁵⁷ Cass. Civ. 2^e, 22 mars 1995, Bull. Civ. 1995.II.56. n° 98, Audijuris 1995, n° 53, p. 12, obs. P. Courbe.

⁵⁸ Marcela Iacub, « Le sexe des imbéciles » dans Nicole Diederich, dir., *Stériliser le handicap mental ?* Toulouse, Erès, 1998.

⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 novembre 1961, Gaz. Pal. 1962 1^{er} sem. Jur. 195.

⁶⁰ Art. 222-24 du Code pénal : « Le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle : [...] Lorsqu'il est commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur [...] ».





LES SEPT PÉCHÉS CAPITAUX

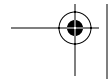
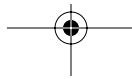
qu'en matière sexuelle, le consentement est un élément généralement décisif pour déterminer si un certain comportement relève ou non du domaine pénal, l'impossibilité pour les personnes des catégories précitées (handicapés mentaux) de former ou d'exprimer leur volonté exige de la part des autorités des mesures de protection qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour les sujets en pleine possession de leurs capacités physiques et mentales »⁶¹. S'agissant des relations sexuelles entre handicapés mentaux, la jurisprudence, sans aller jusqu'à qualifier cela de viol, observe néanmoins que les circonstances de l'affaire permettent l'allocation de dommages et intérêts. Ainsi, dans un arrêt du 24 janvier 1996, la Cour de cassation, considère que la « perte de sa virginité constitue pour Sandrine une atteinte à son intégrité physique »⁶² susceptible de constituer un préjudice. Il s'agissait dans le cas d'espèce d'une fille (majeure sexuellement mais sous tutelle à cause de son handicap mental) qui avait été déflorée par un autre handicapé mental dans un établissement sanitaire. La Cour a estimé que les représentants légaux de la fille pouvaient agir contre l'établissement en responsabilité. Ce qui semble ici surprenant, c'est le fait qu'il ne s'agissait nullement de sanctionner l'absence de consentement, car nous étions face à deux handicapés mentaux qui se sont engagés dans un rapport sexuel dépourvu de violence ou de surprise.

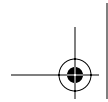
Pour ce qui concerne le mariage, l'attitude de la jurisprudence est tout autre. En effet, depuis longtemps la Cour de cassation admet la validité du mariage des malades et handicapés mentaux. Il suffit que leur volonté soit exprimée pendant un intervalle de lucidité pour que la théorie des nullités du mariage ne s'applique pas. Et si l'article 505 du Code civil exige l'autorisation du conseil de famille, il nécessite préalablement le consentement du majeur. Le mariage a une capacité légitimatrice de la sexualité des fous. En dehors de lui, celle-ci est considérée comme bestiale, involontaire et dangereuse, ou tout simplement comme inexistante⁶³. Dès lors qu'elle

⁶¹ *X et Y c. Pays-Bas* (26 mars 1985), Cour Eur. D.H., en ligne : Portail de la Cour européenne des Droits de l'Homme <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=Pays-%20%7C%20Bas&sessionid=8283720&skin=hudoc-fr>>.

⁶² Cass civ. 2^e, 24 janvier 1996, Bull. Civ. 1996.II.11, n° 16.

⁶³ « J'avais observé une opposition entre d'une part, un ensemble de représentations qui considèrent les handicapés mentaux comme asexués, pas concernés par la sexualité (ce qui n'empêche pas qu'il faille les surveiller pour éviter que cela ne se produise) et

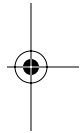




LA LUXURE

s'exprime à l'intérieure des bornes matrimoniales, elle devient une liberté méritant la plus haute protection du droit.

Ces quelques exemples⁶⁴ rendent manifeste la difficulté du droit à s'affranchir d'une certaine idéologie du mariage qui le cantonne à un espace de légitimation de la sexualité et qui le considère encore comme remède contre la concupiscence.



surtout porteurs d'une demande affective et, d'autre part, un autre ensemble qui considère que cette sexualité est débridée, s'exprime par des formes non génitales, est dénuée d'affectivité et est incontrôlable par les équipes éducatives » : Alain Giami, « La sexualité des personnes handicapées mentales dans le contexte de l'épidémie VIH-Sida » (1998) 270-271 *Les cahiers de l'Actif* 85.

⁶⁴ L'exemple de représentations sexuelles est tout aussi parlant. Ainsi, échappent de la catégorie de pornographiques certaines images qui « visent à élever l'amour dans le mariage [...] séquences où la sexualité se trouve en quelque sorte ennoblie, épurée du vice, l'acte amoureux étant montré comme l'accomplissement d'une réciprocité affective et la réussite d'un amour partagé » : Trib. corr. Bruxelles, 29 juin 1970, R.D.P.C., 1970-1971, p. 258, tel que cité par François Ost et Michel van de Kerchove, *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique : essai d'analyse critique*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1981, à la page 76, note 17.

