

DISCOURS pour le DEUXIÈME TOUR de la CONFÉRENCE DU STAGE DES
AVOCATS AU CONSEIL D'ÉTAT ET À LA COUR DE CASSATION
ANNÉE 2024-2025

Lundi 5 mai 2025 – 10h – bibliothèque de l'Ordre

CEDH, 23 janvier 2025, *H. W. c. France*, req. n° 13805/21

La décision de justice qui retient que le refus de se soumettre au devoir conjugal constitue une faute de nature à justifier le divorce aux torts de l'époux récalcitrant méconnaît-elle le droit à la vie privée tel qu'il est garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ?

Rôle : défendeur (négative). Désapprobation de la solution rendue par la CEDH en l'espèce (rejet).

En 1671, débarque à la Cour de Versailles une étonnante créature, tout droit venue de l'Est.

La princesse Palatine devient la seconde épouse de Philippe d'Orléans, frère du roi Louis XIV, tout juste veuf d'Henriette d'Angleterre.

La Palatine est décrite par Saint-Simon comme forte, rude, sauvage, petite, mais grande en toutes ses manières, allemande au dernier point et avec la figure et le rustre d'un Suisse.

Et c'est cette femme virile que l'on accouple à l'homme le plus maniéré de son temps, elle qui au milieu des splendeurs de Versailles regrette sa choucroute, ses saucisses et la grosse bonhomie de son pays.

Autant dire que cela commençait mal...

Tandis que son mari préférait honorer son devoir avec ses galants, elle racontait dans ses lettres l'intimité du couple :

« Peu après la naissance de ma fille, Monsieur a fait lit à part. Quand il y dormait, je devais me tenir sur le bord, si bien que je suis tombée souvent du lit en dormant, car Monsieur ne pouvait souffrir qu'on le touchât ».

Monsieur le Président,

Madame, Messieurs les secrétaires,

Mesdames, Messieurs,

Devoir conjugal oblige, Monsieur et Madame réussiront tout de même à concevoir trois enfants.

Le couple qui se présente devant vous, quatre.

Nous ne sommes plus à la cour du Roi Soleil, mais toujours à Versailles.

Et cette fois, c'est Madame qui se désintéresse charnellement de son mari.

Jusqu'à présent, c'est affreusement banal.

Dans les couples, parfois c'est Madame qui n'en peut plus, et parfois Monsieur qui ne peut plus...

Mais ici notre Priape insiste.

Lui n'a pas sous sa coupe mignons et favoris pour assouvir ses désirs...

...Que faire alors face au refus obstiné de Madame ?

Il y a bien, tout au plus, la rue Saint-Denis...

Mais quel dommage : consommer de la prostitution, c'est interdit !

Interdiction que vous venez de reconnaître comme tout à fait proportionnée aux exigences de l'article 8 de la Convention.

Travailleuses, travailleurs du sexe, votre liberté sexuelle a ses limites !

Celle des époux aussi !

Car voilà notre mari pris en étau, enchaîné par son devoir de fidélité :

Pour lui, le coït sera conjugal ou ne sera pas.

Aller voir ailleurs serait une faute civile. Aller au Bois, une faute pénale.

...Face à ce choix cornélien, difficile de lui reprocher d'avoir cherché à s'en défaire.

Sans compter qu'il n'est pas même à l'origine du divorce, initialement demandé... par Madame.

Pour la cour d'appel, son vœu de chasteté inopiné aurait rendu. intolérable le maintien de la vie commune.

Mais dire cela ne revient-il pas pour le juge à forcer chaque conjoint à contenter l'autre charnellement ?

Rassurez-vous, c'est loin d'être le cas.

C'est pourquoi, comme la demanderesse face aux sollicitations de son mari, c'est par la négative que vous répondrez à la question suivante :

La décision de justice qui retient que le refus de se soumettre au devoir conjugal constitue une faute/ de nature à justifier le divorce aux torts de l'époux récalcitrant/ méconnaît-elle le droit à la vie privée tel qu'il est garanti par l'article 8/ de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ?

Non. Car le devoir conjugal n'a ni la portée ni les implications qu'on voudrait lui prêter.

Non, car plus de 400 000 Français se disent « oui » chaque année, en pleine conscience des contraintes qu'implique l'état matrimonial.

Non, car ce devoir n'est pas détachable du mariage et du droit de divorcer, qui permet au juge de casser un mariage où règnerait la frustration sexuelle.

Sans que personne ne soit forcé à quoi que ce soit.

Alors quand l'enthousiasme d'un des époux **tombe en panne**, les conséquences n'en sont que civiles, et ne portent pas atteinte au droit à la vie privée.

C'est **la panne d'essence**, en premier lieu.

Ces conséquences sont appréciées avec mesure par les magistrats français, juges de droit commun de la Convention, sous l'**empire** de laquelle le **sens** actuel du devoir conjugal pourra être préservé.

C'est **l'empire des sens**, en second lieu.

I. (La panne d'essence)

Trois fois par mois pour Solon.

Chaque jour pour les oisifs, deux fois par semaine pour les ouvriers selon le Talmud.

Et trois nuits par semaine pour Indochine...

...La fréquence du coït conjugal est loin de faire consensus.

Si notre code civil s'est lentement dépouillé de ses atours patriarcaux, il y reste des relents de la vieille *copula carnalis* des canonistes médiévaux.

Celle-ci reposait sur les droits réels des époux sur leurs corps respectifs, fondés sur le commandement de Saint-Paul :

« Soumettez-vous à votre mari ».

Si l'égalité entre époux est aujourd'hui assurée, communauté de vie rime encore avec communauté de lit.

Et si mariage rime avec libertinage, il faut tout de même admettre que lorsqu'on se marie, on renie en partie l'injonction de mai 68, « jouissez sans entraves ».

Soumettez-vous d'abord.

Et **jouissez sans entraves** ensuite.

A. (« Soumettez-vous »)

Qu'il semble poussiéreux, le devoir conjugal, qu'il semble empreint de soumission.

La cible est facile, et la construction prétorienne...

Mais non moins inévitable, si l'on se donne la peine de déchiffrer les lignes du code :

- Devoir de fidélité
- Obligation mutuelle à une communauté de vie

Dans cette prose, on lit certes l'amour, l'intimité, la volupté, l'étreinte. Mais au quai de l'Horloge on y lit aussi la copulation, la jouissance, la chair et le stupre.

« Qui dit foyer dit flamme », écrivait Hervé Bazin.

Flamme de l'amour, du plaisir.

Et parfois flamme destructrice.

...

Devant les cendres du mariage, le juge ne peut que constater.

Quand toutes les parades nuptiales ont échoué, il peut prononcer un divorce pour faute aux torts du conjoint refusant d'accomplir son devoir conjugal.

Cette cause de divorce porte-t-elle vraiment atteinte à la liberté sexuelle telle qu'elle découle de l'article 8 ?

Punir le viol conjugal est une évidence qui relève selon votre jurisprudence d'une « *notion civilisée du mariage* ». Fallait-il le rappeler ?

Mais ce n'est en rien antagonique par rapport au devoir conjugal.

Relisons Carbonnier : « *le divorce est la seule sanction pratique des devoirs d'ordre personnel entre époux* ».

Ce devoir n'a donc rien de prescriptif.

L'exécution forcée ou l'astreinte ne sont plus des solutions pour obliger un conjoint récalcitrant à passer à la casserole.

Pas plus que l'usage de la force privée : cela serait un viol.

En préparant le code civil, Cambacérès affirmait que « sans le divorce, le mariage serait souvent un supplice cruel ».

Réjouissons-nous donc qu'il existe un remède pour sortir de la prison nuptiale : il s'appelle le divorce pour faute.

Le devoir conjugal, qui n'emporte aucune obligation positive, permet seulement, parfois, de le déclencher.

B. (« Jouissez sans entraves »)

On l'a dit, la liberté sexuelle emporte le droit de préserver son intégrité physique face aux atteintes sexuelles.

Emporte-t-elle pour autant le droit de jouir sans entraves ?

Vous avez plusieurs fois proclamé le « *droit d'entretenir des relations sexuelles* » qui « *découle [de celui de] disposer de son corps* ». Cela inclut des pratiques extrêmes, choquantes, dégradantes.

Avis aux amateurs...

Cela n'empêche pas que l'article 8 protège aussi le libre choix, toujours révocable, de donner par le mariage un cadre à sa liberté sexuelle.

Or les restrictions à sa propre liberté corporelle sont légion, sans que l'on s'en émeuve,

Du simple contrat de travail aux obligations religieuses, que vous défendez si ardemment.

Face à un prêtre marié et père de cinq enfants qui perdit son poste de professeur de religion de ce fait, vous n'avez rien eu à redire.

L'engagement pris en entrant dans une communauté religieuse prime donc la liberté sexuelle. Pourquoi n'en irait-il pas de même du mariage ?

Que dire enfin des libertés de ces mères porteuses, auxquelles vous légitimez le recours en faisant produire des effets de droit à l'adoption qui s'ensuit, au nom... je vous le donne en mille... de l'article 8 !

En ce que tout engagement est une autolimitation de sa liberté, il est une manifestation de celle-ci.

Nul ne conteste par exemple que le devoir de fidélité soit consubstantiel à l'état matrimonial.

C'est le cas dans tous les États membres.

Et c'est pourtant une atteinte à la liberté sexuelle.

Débarrassez-vous du devoir conjugal et vous devrez faire la même chose du devoir de fidélité.

Et c'est alors l'état matrimonial tout entier qui violerait l'article 8.

Cela serait bien dommage, quand on sait que l'article 12 de la Convention protège nul autre... que le droit au mariage...

Seconde option : faites fi du devoir conjugal sans toucher au devoir de fidélité.

Vous forceriez alors l'époux frustré à faire lui aussi vœu de chasteté, au mépris du « *droit d'entretenir des relations sexuelles* » que vous lui accordez...

Seconde contradiction.

II. *(L'empire des sens)*

L'empire des sens, en second lieu.

Selon le mythe de la Toison d'Or, les Argonautes remplaçaient peu à peu chaque pièce de leur vaisseau, de sorte qu'ils eurent pour finir un vaisseau entièrement nouveau sans avoir à en changer ni le nom ni la forme.

Ne faites pas du mariage un tel objet, dont il ne resterait plus rien de l'origine et sans autre identité que son nom.

Et tournez-vous vers les juges français.

Ceux-ci ont en effet développé, avec philosophie, une jurisprudence pragmatique.

La philosophie dans le prétoire, d'abord.

Et dans votre prétoire aussi, on sait faire preuve de philosophie, en ménageant aux États des marges d'appréciation entre les mots de la Convention et leurs pratiques.

Les mots et la chose, ensuite.

A. (La philosophie dans le prétoire)

Reprocher au mariage d'intervenir dans la « vie privée », c'est méconnaître toute sa philosophie.

Pour Planiol et Ripert il « *a précisément pour objet d'enchaîner la liberté des conjoints* ».

Jusqu'à leur liberté sexuelle ?

Ne rougissez pas d'entendre que la Convention fait elle-même ce lien entre mariage et reproduction.

Article 12 : « À partir de l'âge nubile [soit l'âge de la majorité sexuelle], l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

Le code civil le fait aussi, mais pas pour rien : en posant une présomption de paternité pour le mari, le code civil garantit l'intérêt supérieur de l'enfant et son droit à une filiation.

Que deviendrait cette présomption sans devoir conjugal, ou pire, sans fidélité ? Conscients de cette utilité, les juges n'en veillent pas moins à proportionner l'atteinte que ce devoir pourrait porter à la liberté des époux.

Un tour d'horizon de leurs décisions l'illustre, comme nous le propose dans sa thèse *Le sexe et l'état des personnes* le bien nommé... Jean-Paul Branlard.

Face l'inactivité sexuelle des époux, la qualification de faute n'est pas systématiquement dégainée...

Comme la Palatine et Monsieur, les époux peuvent très bien se mettre d'accord pour ne plus avoir de rapports, voire pour ouvrir leur couple.

C'est consenti, il n'y a donc là aucune faute.

Quand d'aventure un juge est saisi, il vérifie soigneusement l'existence d'un préjudice, comme son imputabilité à la volonté vexatoire de l'époux récalcitrant.

Il exclut donc la faute en cas d'abstinence liée à l'âge ou à la maladie...

À l'impossible, nul n'est tenu.

Et si une faute est caractérisée, ses conséquences sont toujours mineures.

Plus aucune prestation ne dépend de la cause de divorce,

Sauf de possibles dommages et intérêts en cas de faute, toujours fixés en équité, souvent nuls ou réduits à une obole.

Notre espèce en est la plus parfaite illustration.

Le juge veille donc toujours à prendre en compte les circonstances, tel les vrilles des cucurbitacées qui poussent en s'adaptant aux supports environnants.

Sa seule boussole est la même que la vôtre : la proportionnalité.

B. (Les mots et la chose)

Vous reconnaissez qu'en matière de mariage les autorités nationales sont les mieux placées pour évaluer les besoins de la société.

Avec vos mots, on parle de « marge d'appréciation élargie ».

Comme celle que vous accordez aux États membres concernant la prostitution.

Même latitude lorsqu'ils élaborent une législation relative au divorce.

Je vous cite encore : la décision de perpétuer ou non une tradition relève en principe de la marge d'appréciation des États.

Alors pourquoi ne pas rattacher le mariage à l'identité de chaque État membre ?

On peut certes louvoyer : si l'un ne veut pas divorcer, il existe aussi le divorce pour altération définitive du lien conjugal.

Mais cette alternative est rare.

Car il faut aussi prouver la séparation matérielle des époux au niveau du domicile.

S'ils vivent encore ensemble, ne reste que le divorce pour faute.

Il est alors la seule assurance du droit des époux de mettre fin au lien matrimonial, droit que vous leur accordez.

(Conclusion)

Prononçant l'oraison funèbre d'Henriette d'Angleterre, première épouse de Monsieur frère du roi,

Bossuet eut ce mot, resté dans les annales : « Madame se meurt, Madame est morte ».

Face à vous aujourd'hui, c'est le mariage, plus vieille coutume de l'humanité, qui court ce risque.

À vous de le préserver, au nom des traditions nationales, mais surtout de la Convention même, qui le protège et dont vous êtes les ultimes gardiens.

Ôtez-lui l'indissociable devoir conjugal, et le mariage tout entier se gangrènerait, en commençant par son esprit-même, le devoir de fidélité.

Monsieur le Président,

Madame, Messieurs les secrétaires,

Mesdames, Messieurs,

Malgré son vœu de chasteté, Bossuet était secrètement marié.

Selon votre jurisprudence, il aurait bien pu y perdre son travail.

Or le devoir conjugal est bien loin d'avoir de telles conséquences...

...Il n'est qu'un devoir altéré, sans autre sanction que l'extinction de celui-ci.

Et dont la sanction n'en est donc plus vraiment une.

Cette faute n'est qu'une construction juridique au service d'une fin bien plus concrète : **le droit de divorcer**, et de retrouver sa liberté.

L'article 8 de la Convention s'en trouve donc respecté. **Vous rejetterez.**