

LES OBLIGATIONS MATRIMONIALES PERSONNELLES A L'EPREUVE DE LA COVID-19

Kouamé Akissi Justine A. Epouse Samy

Assistante en droit privé

Université Alassane Ouattara de Bouaké-Côte d'Ivoire

RESUME

Les obligations matrimoniales mises à la charge des époux dans leurs relations personnelles ou obligations matrimoniales personnelles sont affectées tant dans leur consistance que dans leur contrôle par la pandémie de la covid-19. Opposées aux obligations matrimoniales personnelles physiques qui favorisent les contacts physiques entre époux, les mesures barrières entraînent la suspension du devoir de cohabitation et du devoir conjugal, en présence d'une infection d'un conjoint à la covid-19. Cette suspension échappe également au contrôle préalable du juge. La suspension ne mettant pas fin au mariage, laisse subsister les obligations matrimoniales personnelles morales : le respect mutuel, la fidélité, l'assistance entre époux. L'office du juge est nécessaire à posteriori pour toutes les questions relatives à la contestation de la suspension, à sa portée et aux sanctions afférentes aux contraintes et abus dans les relations entre époux.

Mots-clés :

-Obligations matrimoniales
-Mesures barrière,
-Covid-19.

ABSTRACT

Spousal obligations that are born by spouses in their personal relationships or marital obligations are affected both in their consistency and in their control by the Covid-19 pandemic. As opposed to physical personal marital obligations that promote physical contact between spouses, the barrier measures result in the suspension of the duty to cohabit and the duty to conjugate, in the presence of a spouse's infection with covid-19. This suspension also escapes the judge's prior review. The suspension does not end the marriage, leaves the moral personal matrimonial obligations to survive mutual respect, fidelity, assistance between spouses. The office of the judge is necessary posteriori for all questions relating to the challenge of the suspension, its scope and the sanctions related to the constraints and abuses in the relations between spouses.

Keywords:

-Matrimonial obligations,
-Marriage measures,
-Covid-19.

PLAN**INTRODUCTION****I. DES OBLIGATIONS MATRIMONIALES PERSONNELLES AFFECTÉES DANS LEUR CONSISTANCE****A. LA SUSPENSION DES OBLIGATIONS MATRIMONIALES PERSONNELLES PHYSIQUES**

1. La détermination des obligations matrimoniales personnelles suspendues
- 2- La légitimité de la suspension des obligations matrimoniales personnelles physiques

B. LE MAINTIEN DES OBLIGATIONS MATRIMONIALES PERSONNELLES MORALES

1. Le maintien de l'obligation de fidélité
2. Le maintien de l'obligation de respect mutuel

II. DES OBLIGATIONS MATRIMONIALES PERSONNELLES AFFECTÉES DANS LEUR CONTRÔLE**A. L'ABSENCE D'UN CONTRÔLE JUDICIAIRE À PRIORI**

1. L'absence d'un recours au juge
- 2- L'absence d'une décision judiciaire de suspension

B. LE MAINTIEN D'UN CONTRÔLE JUDICIAIRE À POSTÉRIORI

1. La sanction des contraintes entre époux
2. La sanction des abus entre époux

CONCLUSION**INTRODUCTION**

« Le mariage crée la famille légitime¹ ». Cette disposition exprime la conception² du législateur ivoirien : seule la famille issue d'un mariage légal³ est reconnue et ses rapports encadrés. La famille étant la base de la société⁴, le mariage est par conséquent la base de la société ivoirienne. L'importance sociale de l'institution du mariage pour le législateur se traduit par le fait que les conjoints ne sont pas libres d'organiser selon leur bon vouloir leurs rapports conjugaux. Les effets du mariage échappent par conséquent aux époux⁵.

1 Article 44 de la loi n°2019-570 du 26 juin 2019 relative au mariage, JORCI, numéro spécial, 12 juillet 2019, n° 10, p.253

2 Sur la question la position du législateur ivoirien n'a pas varié depuis la loi de 1964 relative au mariage. Ce qui n'est pas le cas de son homologue français qui reconnaît et encadre depuis 1999 certaines formes de couples telles que le concubinage et le pacte civil de solidarité. C'est une légitimité qui est accordée à ces formes d'unions. Voir en ce sens : les articles 515-1 et suivants et 515-8 et suivants du code civil français, Paris, Lexis Nexis, édition 2020.

3 Aux termes de l'article 14 de la loi sur le mariage précité « seul le mariage célébré par un officier de l'état civil a des effets légaux ».

4 Selon l'article 31, alinéa 1 de la Constitution Ivoirienne de 2016, la famille constitue la cellule de base de la société. L'Etat assure sa protection.

5 Certes l'article 58 nouveau de la loi sur le mariage, donne désormais la possibilité aux époux de conclure un contrat de mariage pour organiser les effets patrimoniaux de leur mariage, mais l'article 60 nouveau de la même loi apporte une limite à cette liberté des époux. Cette disposition prévoit que les conventions matrimoniales ne peuvent pas déroger aux obligations et droits qui résultent pour les époux du régime matrimonial. C'est l'affirmation du caractère d'ordre public du mariage dont les effets sont organisés et contrôlés par la loi.

Le mariage crée deux types de rapports légaux entre les époux : les uns personnels et les autres patrimoniaux. Alors que les effets patrimoniaux concernent la gestion des biens des époux, les effets personnels concernent les rapports personnels des époux.

Entre ces deux effets du mariage, les rapports personnels demeurent la priorité pour le législateur. Cela se perçoit d'abord par le fait que ce sont les effets personnels qui retiennent son attention avant les effets patrimoniaux dans la loi sur le mariage. Ensuite la possibilité accordée par l'article 58, alinéa 2 de la loi relative au mariage aux époux de passer des conventions sur leurs biens n'est pas applicable aux effets personnels, que le législateur entend régler exclusivement afin d'assurer la stabilité et la protection de la cellule conjugale. L'article 4 nouveau, alinéa 3 de ladite loi fait désormais de la capacité physique à consommer le mariage⁶ une condition de validité du mariage. Le législateur consacre en cela la position du droit canonique qui fait de la consommation physique « *copula carnalis* » une condition de perfection et un effet du mariage⁷. C'est dire toute l'importance que revêt les effets personnels du mariage qui ont toujours fait l'objet d'une solide protection par le législateur. Cette protection légale des effets personnels du mariage semble céder à l'épreuve de la pandémie de la covid-19. Une recherche portant sur les obligations matrimoniales personnelles à l'épreuve de la pandémie de la covid-19 se justifie donc pour mesurer l'impact de la pandémie sur les effets personnels du mariage.

Le mariage a un caractère d'ordre public⁸. Ses effets ne sont pas laissés à la discrétion des époux mais sont imposés et organisés par le législateur. Ainsi selon l'article 45 de la loi relative au mariage⁹, le mariage crée des effets dans les rapports personnels des époux. Les époux s'obligent à la communauté de vie et se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance. Ces effets s'expriment dans les rapports conjugaux par des droits et des obligations matrimoniales à caractère personnel.

Par opposition aux obligations matrimoniales ayant un caractère patrimonial qui mettent à la charge des époux une contribution pécuniaire, les obligations matrimoniales personnelles leur imposent une présence, une contribution physique, charnelle, sentimentale, personnelle, le respect mutuel. Ce sont des conséquences nécessaires de l'obligation à la communauté de vie des époux, garantissant la stabilité et l'unité de la famille.

Cette stabilité de la famille assurée par l'Etat pourrait être bouleversée dans le contexte sanitaire actuel généré par la pandémie de la covid-19¹⁰. La gravité de la situation sanitaire a

6 et de la procréation. La nullité du mariage peut être invoquée par le conjoint qui ignorait l'incapacité physique de consommer ou de procréer de l'autre à condition que le conjoint ait eu connaissance de son état avant le mariage.

7 J.-M. BRUGUIERE « Le devoir conjugal, philosophie du code et morale du juge », Recueil Dalloz 2000, chronique, p.10.

8 L'article 60 nouveau de la loi relative au mariage (Loi n°2019-570 du 26 juin 2019 relative au mariage, JORCI, numéro spécial, 12 juillet 2019, n° 10, p.256) dispose que les conventions matrimoniales ne peuvent pas déroger aux obligations et droits qui résultent pour les époux du régime matrimonial. C'est l'affirmation du caractère d'ordre public du mariage dont les effets sont organisés et contrôlés par la loi.

9 Loi ivoirienne de 2019 relative au mariage précitée.

10 La pandémie de la Covid-19 est une maladie infectieuse émergente, apparue à Wuhan le 16 novembre 2019, dans la province de Hubei (en Chine centrale), avant de se propager dans le monde. L'Organisation mondiale de la santé (OMS) alerte dans un premier temps la République populaire de Chine et ses autres États membres, puis prononce l'état d'urgence de santé publique de portée internationale le 30 janvier 2020. Le 11 mars 2020, l'épidémie de Covid-19 est déclarée pandémie par l'OMS, qui demande des mesures de protection essentielles pour prévenir la saturation des services de soins intensifs et renforcer l'hygiène préventive.

poussé le président de la République à décréter l'état d'urgence sanitaire le 23 mars 2020¹¹. Il est prorogé actuellement jusqu'au 30 juin 2021¹². La pandémie de la covid-19 touche tous les secteurs de la société. C'est ce qui explique la multiplicité des mesures prises pour contrer la maladie et pour faire face à ses conséquences économiques, sociales et humanitaires¹³. En dehors des mesures décrétées par l'article 2 dudit décret notamment l'instauration d'un couvre-feu, la détection précoce et la prise en charge rapide et l'isolement en toute confidentialité des malades, d'autres dispositions ont été prises dans ce cadre, par les autorités administratives. Elles concernent pour l'essentiel : le confinement de la ville d'Abidjan¹⁴, l'obligation de porter un masque de protection dans les lieux publics¹⁵ notamment dans un véhicule ou à bord d'un bateau ou d'une embarcation flottante, pour le conducteur ou le pilote et les passagers jusqu'à destination finale¹⁶.

A ces dispositions règlementaires, il faut ajouter celles du Conseil National de Sécurité notamment la mise en quarantaine obligatoire des cas suspects et des contacts des malades dans les centres réquisitionnés par l'Etat, le confinement et l'auto confinement des personnes en présence d'une suspicion légitime d'infection, le respect d'une distance d'au moins un mètre entre les personnes dans les lieux publics, l'interdiction des gestes d'affection¹⁷ entre les personnes. Le démarrage de la vaccination depuis le 1^{er} mars 2021¹⁸ dans notre pays et dans plusieurs pays du monde, n'a pas mis fin aux mesures barrières dont la finalité est de protéger l'humanité des populations et briser la chaîne de contamination. Les rapports humains de proximité exposent par conséquent au risque de contamination. Pour l'essentiel, ces mesures ont pour effet d'imposer à chaque personne d'instaurer et maintenir une barrière physique dans ses relations avec les autres afin de se protéger et protéger la santé des autres.

Ces mesures sont par conséquent opposées aux effets personnels du mariage dont le but est de favoriser l'unité de la cellule conjugale en brisant toutes barrières physiques entre les époux. Doit-on alors conclure à la suspension de ces obligations matrimoniales personnelles tant que les mesures barrières s'appliquent ? La situation peut paraître aisée en l'absence de litiges dans la cellule conjugale. En présence de litiges, la situation devient plus délicate lorsque l'un des époux brandit les mesures barrières pour justifier ses manquements aux obligations matrimoniales.

11 Décret n° 2020-351 du 23 mars 2020 instituant l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire national. L'article 1 de ce décret dispose : « dans le cadre de la lutte contre la pandémie de la covid-19, l'état d'urgence est déclaré sur l'ensemble du territoire national, du 23 mars 2020 à minuit au 15 avril 2020. Cette mesure peut être renouvelée en cas de besoin. » Elle a été renouvelée plusieurs fois.

12 Communiqué du Conseil National de Sécurité du vendredi 26 mars 2021.

13 Voir en ce sens, feu A. G. COULIBALY, « pandémie du coronavirus (covid-19), présentation du plan de soutien économique, social et humanitaire », Abidjan, le 31 mars 2020.

14 Article 1^{er} de l'Arrêté du Ministre de la sécurité et de la protection civile, n° 0128/MSPC/CAB du 26 mars 2020 portant interdiction de circulation des personnes et des véhicules. L'isolement de la ville d'Abidjan a été levé à partir du 15 juillet 2020 par le Conseil National de Sécurité dans son communiqué du 13 juillet 2020.

15 En réalité, le port du masque dans les lieux publics autres que les transports publics ne découle pas d'un texte réglementaire mais est une recommandation du Conseil National de Sécurité.

16 Article 5 de l'arrêté du ministre des transports, n° 0015/MT du 14 avril 2020 portant réglementation de la circulation des personnes à bord des véhicules ou des bateaux et embarcations flottantes, en période de lutte contre la covid-19.

17 Voir en ce sens, les communiqués du Conseil National de Sécurité le 16 mars 2020, le 09 avril 2020, le 11 juin 2020.

18 Communiqué du Conseil National de Sécurité du vendredi 26 mars 2021.

Une analyse des difficultés et des litiges qui pourraient se poser dans le contexte sanitaire actuel dans l'exécution des obligations matrimoniales personnelles s'impose, pour apporter des solutions juridiques à une situation qui loin d'être passagère s'installe dans la durée. Elle permettra de juguler certains conflits conjugaux et d'assurer une stabilité à la cellule familiale pour éviter l'effondrement de la société. Un autre intérêt à une telle recherche est de mesurer l'efficacité et la solidité de la protection légale de l'institution du mariage au regard de cette pandémie et d'autres pandémies de même nature qui pourraient survenir.

Au regard des mesures barrières visant à favoriser la distance entre les personnes, des interrogations surgissent : quelle est l'incidence de la covid-19 sur les obligations matrimoniales personnelles ? Les mesures prises dans le contexte de la covid-19 sont-elles d'application entre époux et conduisent-elles à une suspension des obligations matrimoniales personnelles ? Un conjoint peut-il imposer les mesures barrières à l'autre quand l'autre brandirait les obligations matrimoniales personnelles ? Comment concilier les deux impératifs dans le couple marié pour éviter l'explosion de la cellule familiale, base de la société en ces temps de crise sanitaire ?

La survenance de la covid-19 bouleverse les habitudes des populations et celles des couples mariés. Les mesures barrières sont des mesures d'éloignement tandis que les obligations matrimoniales personnelles sont des dispositions de rapprochement physique entre conjoints. Les deux types de dispositions légales sont par nature opposées et incompatibles.

A l'analyse, cependant, on constate que le but des mesures barrières est d'empêcher les individus de se rassembler et les encourager à s'auto confiner chez eux en limitant leurs déplacements à la satisfaction des besoins vitaux et urgents. Le domicile, lieu d'auto confinement par excellence apparaît alors comme un moyen de protection des populations contre la covid-19 et est alors exclusif en principe des mesures barrières. Les époux obligés de partager un domicile commun du fait de la loi sur le mariage ne sont pas alors astreints aux mesures barrières dans leurs rapports personnels qui continuent d'être régis par les dispositions légales relatives au mariage. Ces dispositions d'ordre public déterminent limitativement le contenu des obligations matrimoniales personnelles et en protègent la consistance en organisant les hypothèses de leur suspension sous le contrôle préalable du juge.

C'est cette solution qui est remise en cause en présence d'une infection à la covid-19 dans la famille conjugale. En effet, cette situation a pour conséquence de paralyser l'exécution des obligations matrimoniales personnelles à cause des mesures d'isolement et de mise en quarantaine de l'époux malade, fondées sur l'état d'urgence sanitaire. Dans cette hypothèse, l'urgence de la situation sanitaire dans le couple exonère les époux de la saisine du juge pour prononcer la suspension des obligations matrimoniales personnelles. Les mesures sanitaires prises par les autorités ivoiriennes imposent une suspension des obligations matrimoniales personnelles qui échappe par conséquent au contrôle du juge. Ainsi la covid-19 affecte les obligations matrimoniales personnelles à ses deux niveaux de protection légale : d'une part dans leur consistance (I) et dans leur contrôle (II) d'autre part.

I. DES OBLIGATIONS MATRIMONIALES PERSONNELLES AFFECTEES DANS LEUR CONSISTANCE

Les effets du mariage sont imposés et organisés par le législateur. Ainsi selon l'article 45 de la loi relative au mariage¹⁹, le mariage crée des obligations dans les rapports personnels des époux. Les époux s'obligent ainsi à la communauté de vie et se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance. Ces effets personnels du mariage ont pour but d'entretenir, développer et assurer les relations affectives entre les époux pour maintenir la stabilité de la cellule familiale.

Dans le contexte sanitaire actuel provoqué par la présence de la covid-19, des mesures barrières et d'isolement des personnes contaminées ont été prises par les autorités politiques et sanitaires. Le but de ces mesures est d'instaurer une barrière physique entre les personnes afin de protéger leur santé et briser la chaîne de contamination. L'application de ces mesures barrière et d'isolement aux époux en présence d'une contamination à la covid-19, a pour conséquence d'affecter la consistance des obligations matrimoniales personnelles en entraînant d'une part la suspension des obligations matrimoniales personnelles ayant un caractère physique dans les rapports entre époux (A), tandis que sont maintenues les obligations matrimoniales à caractère moral (B).

A. LA SUSPENSION DES OBLIGATIONS MATRIMONIALES PERSONNELLES PHYSIQUES ENTRE ÉPOUX

Il faut entendre par suspension des obligations matrimoniales personnelles physiques, le fait que l'exécution de ces obligations matrimoniales soit interrompue temporairement, c'est-à-dire pendant une période limitée, à cause de l'existence d'obstacles. Quelles sont les obligations matrimoniales personnelles dont il s'agit ? (1) qu'est ce qui légitime cette suspension ? (2)

1. La détermination des obligations matrimoniales personnelles suspendues

Les obligations matrimoniales personnelles concernées sont celles ayant un caractère physique c'est-à-dire celles qui ont pour objet de créer et maintenir les contacts physiques et affectifs entre les époux. Selon l'article 45 de la loi sur le mariage, la communauté de vie s'impose aux époux. Elle implique une communauté de toit qui signifie que les conjoints doivent vivre ensemble. En absence de contamination d'un époux, ils ne sont pas astreints aux mesures barrières dans leurs rapports personnels sauf lorsqu'ils se retrouvent dans un lieu public ou dans un transport public²⁰. Toutefois l'article 5 de l'Arrêté du Ministre des transports du 14 avril 2020 semble imposer le port du masque aussi au conducteur et passagers d'un véhicule à usage personnel qui circule sur les voies publiques. Cette mesure se fonde certainement sur le fait que les agents de la force publique, chargés de vérifier le respect de ces mesures sont dans l'impossibilité d'établir l'existence ou non de liens conjugaux entre un homme et une femme ayant pris place dans un véhicule même à usage personnel. Elle permet de simplifier leurs tâches en les exonérant d'une telle vérification.

19 Loi ivoirienne de 2019 relative au mariage précitée.

20 Arrêté du ministre des transports, n° 0015/MT du 14 avril 2020 portant réglementation de la circulation des personnes à bord des véhicules ou des bateaux et embarcations flottantes, en période de lutte contre la covid-19.

Le manquement non justifié à l'obligation de cohabitation par les époux constitue une cause autonome de divorce ou de séparation de corps appelée abandon de domicile conjugal²¹. La cause invoquée pour justifier le manquement à l'obligation de cohabitation doit rentrer dans les exceptions légales²² ou relever du comportement fautif du conjoint²³.

Pour la doctrine et la jurisprudence, la communauté de vie ne se réduit pas à la cohabitation. Elle est aussi « une communauté de lit²⁴ ». Cela signifie que les époux sont tenus au devoir conjugal. La loi sur le mariage ne l'exprime que de manière indirecte par l'obligation de fidélité qu'elle impose aux époux pendant le mariage. Cette obligation a été clairement exprimée par la jurisprudence qui sanctionne le refus pour un époux d'avoir des relations sexuelles avec son conjoint sans motif légitime, comme une injure grave, cause de divorce²⁵, lorsque le refus par sa persistance rend intolérable le maintien du lien conjugal. Cette position de la jurisprudence ivoirienne est confirmée par le législateur qui fait désormais de l'incapacité physique de consommer le mariage ou de l'impossibilité de procréer d'un conjoint, connue par ce dernier avant le mariage et ignorée de l'autre, une cause d'invalidité du mariage²⁶. Toutefois, pour la jurisprudence, le devoir conjugal n'implique pas nécessairement la communauté de chambre et de lit, la loi ne l'ayant pas imposé aux époux²⁷. Les conjoints conservent donc leur liberté de faire chambre ou lit à part sans que cela soit la preuve du manquement au devoir conjugal.

En dehors de cette intimité physique, la loi organise le soutien physique et moral entre époux à travers le devoir d'assistance qui revêt à la fois un aspect moral et physique. Dans son aspect physique, l'assistance est une obligation « strictement personnelle comportant notamment l'obligation de donner des soins au conjoint malade ou infirme²⁸ », le défaut étant sanctionné par le divorce ou la séparation de corps²⁹.

21 Article 1^{er} de la loi n°98-748 du 23/12/98, modifiant et complétant la loi n°64- 376 du 7/10/1964, modifiée par la loi du 02 aout 1983 relative au divorce et à la séparation de corps. Pour une application de cette cause de divorce : Cour d'Appel d'Abidjan, 24avril 1974, RID 1971, n°2, p. 47 ; Cour Suprême chambre judiciaire, arrêt n° 339 du 13 juin 2013, actualités Juridiques/CIDD, n°83/2015, p. 57 ; Cour Suprême Chambre Judiciaire, arrêt n° 254 du 10 avril 2014, inédit ; Tribunal de Première Instance de Bouaké, jugement n°27 du 07 mars 2013, inédit.

22 Article 46 de la loi de 2019 relative au mariage précitée.

23 Le comportement fautif d'un conjoint peut être retenu par le juge comme une cause justifiant l'abandon du domicile familial par l'autre : Cour d'Appel d'Abidjan, 24 avril 1970, R.I.D., 1971, n° 2, p.47 : refus de la femme de rejoindre le domicile conjugal justifié par l'adultère de son époux ; Cour d'Appel d'Abidjan, 19 juillet 1968, R.I.D., 1969, n°4, p.46 : abandon justifié du domicile conjugal par la femme à la suite de sévices et coups commis par son mari.

24 J.-M. BRUGUIERE « Le devoir conjugal, philosophie du code et morale du juge », Recueil Dalloz 2000, chronique, p.10.

25 Tribunal de Première Instance d'Abidjan, Jugement inédit du 18 avril 1986 ; Tribunal de Première Instance d'Abidjan, jugement du 07 février 1986, inédit : constitue une injure grave le fait pour le mari de refuser l'acte sexuel à sa femme sans motif légitime alors que le devoir conjugal l'impose. Pour des solutions analogues en droit français : Cour d'Appel de Nancy, 11 mars 1996, Juris- Data, n°044058 ; Cour d'Appel de Colmar, 28 juin 1985, Juris- Data, n° 041041 ; Cour d'Appel de Montpellier, 14 décembre 1983, Juris-Data, n°601548.

26 Pour le législateur ivoirien, la consommation physique du mariage et la procréation sont une finalité du mariage.

27 Cassation, 2^{ème} civile, 19 janvier 1994, Juris-Data, n° 000032 ; Cour d'Appel de Nancy, 08 juin 1998, juris-Data, n°044075 ; Cour d'Appel Aix-en-Provence, 22 mai 1990, Juris- Data, n° 051370.

28 N. NEFUSSY-VENTA, « Plaidoyer pour la reconnaissance réelle d'un devoir unique d'entraide conjugale », LPA 24 décembre 2009, p.3

29 Cour d'Appel de Douai, 03 septembre 2015 : le mari a manqué à son devoir de respect et d'assistance en laissant son épouse isolée dans sa chambre alors qu'elle souffrait d'une dépression.

Toutes ces obligations matrimoniales personnelles ayant un caractère physique sont suspendues. Qu'est ce qui légitime cette suspension ?

2. La légitimité de la suspension des obligations matrimoniales personnelles physiques

L'infection d'un époux à la covid-19 et les mesures sanitaires prises suspendent l'exécution des obligations matrimoniales personnelles à caractère physique. Deux causes de suspension légitimes peuvent être envisagées.

La première cause est l'isolement ou la mise en quarantaine des personnes infectées par la covid-19 ou des contacts des personnes infectées. La covid-19 se propage essentiellement par contact avec une personne infectée, lorsqu'elle tousse ou éternue, ou par l'intermédiaire des gouttelettes de salive ou de sécrétions nasales³⁰. L'Organisation Mondiale de la Santé a invité les Etats à prendre un certain nombre de mesures pour la prise en charge sanitaire rapide et en toute sécurité des malades et la protection de la santé des personnes non infectées. Les mesures prises par l'Etat de Côte d'Ivoire s'expliquent donc par ses obligations en matière de droit à la santé³¹. En effet, reconnu comme un élément fondamental des droits de l'homme, le droit à la santé impose un certain nombre d'obligations aux Etats : l'obligation de respecter, de protéger le droit à la santé des citoyens et de le mettre en œuvre³². Son importance capitale se traduit aussi par la consécration expresse de certains de ses aspects par la constitution ivoirienne³³, et par la ratification de certains instruments juridiques qui la consacrent³⁴ qui ont valeur constitutionnelle puisqu'ils figurent au préambule de la constitution de 2016. La valeur constitutionnelle du droit à la santé justifie qu'il soit une cause de suspension légitime des obligations matrimoniales personnelles à caractère physique lorsque l'infection d'un conjoint à la covid-19 est établie.

Les obligations qui s'imposent à l'Etat lui commandent non seulement une prise en charge du conjoint infecté mais également la protection de la santé du conjoint non infecté en lui évitant une contamination par des contacts physiques avec l'autre. C'est ce qui explique les mesures d'isolement ou de mise en quarantaine qui sont imposées. Les autres mesures telles que le respect d'une distance d'au moins un mètre, l'interdiction des gestes d'affection, le port d'un masque de protection par les époux, s'imposent aux conjoints lorsqu'une visite est autorisée pendant l'isolement. Ces mêmes mesures s'imposent lorsqu'un conjoint a été en contact avec une personne infectée. En attendant le résultat de son test à la covid-19, le conjoint concerné doit s'auto confiner en présence ou en l'absence de symptômes et observer toutes les mesures barrières afin d'éviter la contagion de son conjoint³⁵.

30 BLOOMFIELD INTELLIGENCE, « L'impact du covid-19 sur la zone UEMOA », Credit Risk Management Beyond Numbers, 2020, p.2

31 La santé est appréhendée comme « le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible » : J. Dhommeaux, « Classification des droits de l'homme ; Droits économiques, sociaux et culturels ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques », in J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénaud, S. Rials, F. Sudre, Dictionnaire des Droits de l'Homme, Paris, PUF, 2012, p.741

32 Idem.

33 Constitution Ivoirienne du 08 novembre 2016 : article 5, alinéa 2, article 9, alinéa 2

34 La Côte d'Ivoire a ratifié la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP) le 06 janvier 1992 et le Pacte International aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) le 26 mars 1992 qui énoncent le droit à la santé respectivement dans les articles 12 et 16.

35 Ce sont les recommandations du Conseil National de Sécurité et des autorités sanitaires. Voir les mesures réglementaires précitées.

En outre l'Etat s'engage à assurer la protection de la famille qu'il reconnaît comme la cellule de base de la société³⁶. Garantir le droit à la santé des personnes qui la compose est la première exigence de cette protection car le droit à la santé est reconnu comme un droit absolu³⁷ qui conditionne l'existence et la jouissance du droit à la vie et des autres droits de l'homme.

La loi relative au mariage reconnaît la légitimité d'une telle suspension des obligations matrimoniales personnelles en cas de risque sanitaire. L'article 46 de la loi sur le mariage envisage la suspension de la communauté de toit des époux, lorsque la cohabitation présente un danger d'ordre physique ou moral pour l'un des époux. Il peut être autorisé alors par le juge à résider séparément pour une durée déterminée. La contamination à la covid-19 peut être analysée comme un danger physique pour l'époux non infecté et autoriser ainsi la suspension de l'obligation de cohabitation. La jurisprudence considère également que le devoir conjugal peut être légitimement suspendu pour cause médicale³⁸.

La deuxième cause de suspension peut être la fermeture des frontières terrestres, maritimes, aériennes³⁹, lorsque l'un des conjoints se retrouve en dehors du pays, car elle provoque la séparation de fait des époux. Il faut y ajouter le confinement de certaines villes ou régions du pays selon l'évolution du taux de contamination⁴⁰. Ces mesures radicales sont de moins en moins adoptées par les Etats. C'est le cas de la fermeture des frontières terrestres, maritimes, aériennes et la suspension des trafics aériens qui ne se justifient plus en raison de l'exigence d'un test négatif à la covid-19 aux voyageurs. Toutefois, des conflits conjugaux engendrés par ces mesures qui étaient en vigueur durant de longs mois pourraient être soumis au juge. Un époux en déplacement hors du pays ou dans une ville confinée se retrouve dans un état d'éloignement, de séparation de fait qui entraîne l'inexécution de l'obligation de cohabitation et d'autres obligations.

L'éloignement temporaire d'un époux du domicile conjugal n'est pas inconnu de la loi sur le mariage qui organise aux articles 69 et 70 la représentation de l'époux éloigné afin de permettre la gestion des biens et la préservation des intérêts pécuniaires de la famille. En outre, selon l'article 71 de la même loi, chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage et l'éducation des enfants. Mais qu'en est-il de l'incidence de l'éloignement d'un conjoint sur les obligations matrimoniales personnelles ? Est-il une cause légitime de suspension de ces obligations matrimoniales ? En réalité, en temps normal, certaines dispositions peuvent permettre de régler la question⁴¹.

36 Article 31 de la constitution de 2016.

37 E. DAVID, « Le droit à la santé comme droit de la personne humaine », Revue Québécoise de Droit International, 1985, p. 64 à 115.

38 Tribunal de Première Instance d'Abidjan, jugement inédit du 18 avril 1986 : « attendu que la femme avait un comportement incompatible avec les devoirs et obligations découlant du mariage, que notamment elle refusait sans motif légitime de faire des enfants, que ce refus n'ayant aucun fondement médical constitue une injure grave... ».

39 Décret n° 2020-351 du 23 mars 2020 instituant l'état d'urgence sur l'ensemble du territoire national. Les frontières aériennes de la Côte d'Ivoire ont été ouvertes le 15 juillet 2020 par le conseil National de Sécurité. D'autres pays ne l'ont fait que tardivement.

40 Il en a été ainsi pour la région d'Abidjan : Article 1^{er} de l'Arrêté du Ministre de la sécurité et de la protection civile, n° 0128/MSPC/CAB du 26 mars 2020 portant interdiction de circulation des personnes et des véhicules. L'isolement de la ville d'Abidjan a été levé à partir du 15 juillet 2020 par le Conseil National de Sécurité dans son communiqué du 13 juillet 2020. Rien n'empêche les autorités ivoiriennes de reconduire une telle mesure comme c'est actuellement le cas dans plusieurs pays de l'Europe notamment la France où le confinement peut se faire par ville ou région.

41 C'est le cas de l'article 57 de la loi sur le mariage qui limite la liberté professionnelle accordée aux époux par l'intérêt de la famille. L'exercice d'une activité professionnelle procurant des ressources matérielles, l'intérêt

En revanche dans une situation anormale, comme celle que nous traversons avec la covid-19, les solutions deviennent incertaines puisque la loi sur le mariage est silencieuse. En effet, l'éloignement du conjoint est involontaire et est le fait d'un événement étranger, événement qui ne lui est pas imputable. On pourrait recourir à la notion de force majeure, notion très utilisée dans le droit des contrats pour analyser cette situation. La force majeure est définie comme l'événement qui rend impossible la réalisation de la prestation promise. Cet événement peut être un fait de la nature ou un fait de l'homme c'est-à-dire du créancier ou d'un tiers. Quel que soit l'événement invoqué comme force majeure, il doit revêtir les caractères d'extériorité, d'imprévisibilité et d'irrésistibilité⁴². La covid-19 qui a entraîné la fermeture des frontières ou le confinement d'un conjoint dans une ville peut —elle être qualifiée de force majeure⁴³ justifiant l'éloignement du conjoint et par conséquent le défaut de cohabitation ?

D'abord, on peut dire que la covid-19 est extérieure au conjoint, car elle lui est totalement étrangère. Ensuite, le caractère imprévisible de la covid-19 tient au fait que sa propagation dans tous les pays du monde était « normalement » ou « raisonnablement » imprévisible⁴⁴, des mesures ayant été prises par la Chine⁴⁵, d'autres pays et les compagnies aériennes pour contenir la maladie⁴⁶. Enfin, la covid-19 a-t-elle empêché de manière absolue le conjoint d'exécuter son obligation de cohabitation ? Manifestement oui car du fait de la fermeture des frontières terrestres, aériennes⁴⁷, maritimes et du confinement obligatoire dans plusieurs pays⁴⁸ ou villes, tous les déplacements de personnes étaient interdits et régulés. On sait que l'effet de la force majeure est d'exonérer le débiteur de l'exécution de ses obligations contractuelles, de ne pas lui imputer de faute et d'écarter tout droit à réparation du créancier. Le recours à la notion de force majeure pourrait ainsi apporter une solution à un litige entre époux qui pourrait surgir de l'éloignement causé par la covid-19.

Certes, la nature contractuelle⁴⁹ des effets du mariage semble être écartée par la loi⁵⁰, mais on observe de plus en plus l'intrusion des conventions dans le domaine du mariage par le fait de la loi relative au mariage elle-même⁵¹. Si cela ne remet pas en cause le fait que l'essentiel des effets du mariage échappe encore à la libre volonté des parties, elle

dont il s'agit dans cette disposition est manifestement un intérêt autre que matériel. En clair, rien n'empêche un conjoint d'établir devant le juge que la profession ou l'activité de son conjoint qui est éloigné nuit aux intérêts moraux ou affectifs de la famille.

42 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, Droit civil, Les obligations, Paris, Précis Dalloz, 12^{ème} édition 2019, p.810 et s.

43 En faveur d'une telle qualification, voir la jurisprudence française : CA Douai du 23 avril 2020, n° 20/00632 : « l'annulation du vol du 20 mars 2020 résulte d'un cas de force majeure consécutive à la situation sanitaire liée au COVID 19 ».

44 La cour de cassation rappelle régulièrement que l'événement doit être normalement » ou « raisonnablement » imprévisible : civil, 1^{ère}, 7 mars 1966, Bulletin civil 1, n°166 ; civil, 3^{ème}, 29 juin 1988, Bulletin civil, III, n°119.

45 Confinement des populations selon les zones de contamination notamment.

46 Plusieurs compagnies aériennes avaient déjà suspendu les vols en direction de la Chine et des pays à risque.

47 La fermeture des frontières aériennes a été levée à partir du 15 juillet 2020 en Côte d'Ivoire.

48 La France, l'Italie, le Canada, la Chine, le Ghana etc.

49 Il ya une controverse sur la question entre les tenants de la thèse contractuelle et les tenants de la thèse institutionnelle : J. ROCHE-DAHAN, « Les devoirs nés du mariage, obligations réciproques ou obligations mutuelles », RTDCiv. 2000,735.

50 Article 60 de la loi relative au mariage précitée.

51 L'admission du principe de liberté des conventions matrimoniales dans le mariage s'est fait d'abord dans le divorce par la consécration du divorce par consentement mutuel en 1998 et par la reconnaissance de la possibilité pour les futurs époux ivoiriens de conclure des conventions quant à leurs biens (article 58, alinéa 2 de la loi relative au mariage de 2019 précitée).

prouve que le législateur n'est pas réfractaire au recours à la technique contractuelle pour organiser et régler certaines difficultés conjugales. Le juge pourrait alors recourir à la force majeure pour régler cette situation d'éloignement entre époux et refuser ainsi de prononcer le divorce ou la séparation de corps fondés sur cette cause.

L'éloignement d'un conjoint à cause de la fermeture des frontières ou du confinement de la ville où il séjourne, entraîne la suspension légitime des obligations matrimoniales personnelles physiques. C'est également le cas de l'infection d'un conjoint à la covid-19 ou de suspicions légitimes en raison de contacts avec une personne infectée. L'opposition entre les mesures barrières alors applicables et les obligations matrimoniales personnelles physiques entraîne la suspension de ces dernières. Dès lors le maintien des obligations matrimoniales personnelles à caractère moral se justifie.

B. LE MAINTIEN DES OBLIGATIONS MATRIMONIALES PERSONNELLES MORALES ENTRE ÉPOUX

Si la présence d'un risque sanitaire entre conjoints ou l'éloignement d'un conjoint pour cause de fermeture des frontières ou de confinement d'une ville justifient le défaut de cohabitation et l'inexécution du devoir conjugal, ce n'est pas le cas des obligations matrimoniales personnelles ayant un caractère moral. Contrairement aux premières, ces dernières favorisent le respect, la dignité, la considération et le soutien moral entre époux. C'est ce qui explique leur maintien même en cas d'éloignement ou d'isolement d'un époux infecté par la covid-19. Elles concernent l'obligation de fidélité (1) et l'obligation de respect mutuel (2).

1. Le maintien de l'obligation de fidélité

Il y a maintien de l'obligation de fidélité. Le doyen Cornu définit la fidélité comme « le devoir pour chaque époux de ne pas commettre l'adultère et de ne pas entretenir avec un tiers des relations offensantes pour son époux⁵² ». Le devoir de fidélité s'impose aux époux en dépit de l'éloignement ou de l'isolement d'un époux infecté. Pour la jurisprudence, le devoir de fidélité ne cesse pas avec la cohabitation⁵³.

Cette position est conforme à celle du législateur qui laisse subsister le devoir de fidélité en cas de prononcé de la séparation de corps⁵⁴ qui met pourtant fin au devoir de cohabitation. Or la séparation de corps est prononcée pour les mêmes causes que le divorce pour faute⁵⁵. Si donc le devoir de fidélité est maintenu en cas de séparation de corps, motivée par des faits fautifs d'un conjoint⁵⁶, à fortiori l'est-il en présence d'un défaut de cohabitation non fautif. Le conjoint offensé par l'adultère ou d'autres actes d'infidélité de l'autre peut demander le divorce ou la séparation de corps.

Toutefois, rien n'empêche le juge de rejeter la demande en divorce ou séparation de corps fondée sur l'adultère car celle-ci n'est plus une cause péremptoire, mais facultative

52 G. CORNU, Vocabulaire Juridique, Paris, PUF, 12^{ème} édition, 2018.

53 Cour Suprême, chambre Judiciaire, arrêt n° 111 du 09 février 2012, CIDD/ Actualités Juridiques, n° 76, 2013, p. 40 ; pour la jurisprudence française voir les références citées par V. BALESTRIERO, « Le devoir de fidélité pendant la procédure de divorce », LPA 08 novembre 1995, p. 17.

54 Article 28 nouveau de la loi de 1998 sur le divorce et la séparation de corps.

55 Article 1^{er} nouveau de la loi de 1998 sur le divorce et la séparation de corps.

56 V. BALESTRIERO, « Le devoir de fidélité pendant la procédure de divorce », LPA 08 novembre 1995, p. 17.

du divorce, qui est désormais soumise à l'appréciation du juge⁵⁷. Il en était autrement avant la loi de 1964 relative au divorce. Le juge saisit alors d'une demande en divorce fondée sur l'adultère prouvé ne pouvait que prononcer le divorce, toute faculté d'appréciation lui étant ôtée⁵⁸.

Dans le régime actuel, l'adultère est une cause ordinaire de divorce au même titre que les autres causes. Il n'a plus un caractère grave, rendant forcément intolérable le maintien du lien conjugal⁵⁹. Il arrive même que le juge excuse l'adultère d'un conjoint en cas d'éloignement de l'autre. Une Cour d'Appel française a ainsi rejeté la demande en divorce pour faute d'une femme invoquant la relation adultère de son mari, aux motifs que la femme poursuivant des études dans une autre ville, la distance géographique et affective des époux enlevait tout caractère de gravité à l'adultère de son mari⁶⁰. Le juge ivoirien retiendra certainement une solution identique contre l'épouse éloignée du domicile conjugal eut égard au fait que la population ivoirienne considère l'adultère d'un homme comme un fait banal au contraire de celui de la femme. Cette opinion est due à l'influence persistante de nos traditions qui consacrent presque toutes, la polygamie de l'homme⁶¹.

Cette influence de nos traditions s'est aussi étendue au législateur ivoirien qui jusqu'à la réforme de 2019 portant sur le code pénal opérait une distinction entre les éléments constitutifs de l'adultère de l'homme et de celui de la femme. C'est ce qui ressort de l'ancien article 391 du code pénal qui considérait qu'il y avait adultère du mari que lorsqu'il avait des relations sexuelles avec une femme autre que son épouse, dans la maison conjugale, ou hors de la maison conjugale, de manière habituelle. Pour la femme, de telles conditions n'étaient pas exigées ; il suffit que les relations sexuelles avec une autre personne que son mari soient établies pour qu'elle soit convaincue d'adultère.

Certes la réforme du code pénal⁶² consacre l'égalité entre le mari et la femme en ce qui concerne l'adultère mais le maintien de la peine d'emprisonnement demeure inopportun pour un acte qui fragilise déjà les relations conjugales que la loi veut protéger. La condamnation pénale du conjoint adultérin aura pour conséquence de détruire ce qui restait de la cellule familiale. On objectera que la sanction pénale a pour objet de réprimer le trouble causé à la société. En réalité, dans le contexte ivoirien, l'adultère surtout d'un homme marié affecte-t-il la société ivoirienne ? Il faut en douter comme déjà démontré. D'ailleurs, l'aspect purement privé de l'acte d'adultère et de ses conséquences est reconnu par le législateur qui subordonne les poursuites pénales ou leur arrêt, respectivement au dépôt d'une plainte et au retrait de la plainte par le conjoint offensé. L'inopportunité des sanctions pénales est

57 Le caractère péremptoire de l'adultère, cause de divorce était le fait de la loi française sur le divorce, antérieure à la législation ivoirienne de 1964. Voir en ce sens : Y. MAYAUD, « L'adultère, cause de divorce, depuis la loi du 11 juillet 1975 », RTDCiv. 1980, n° 28, p.513. ; D. CHAUVET, « La fidélité dans le mariage un devoir en voie de disparition! », AJF 2016, p.148.

58 Pour une application de cette cause péremptoire par le juge ivoirien, voir : Cour d'Appel d'Abidjan, 24 avril 1970, R.I.D., 1971, n° 2, p.47 : divorce prononcé aux torts exclusifs de l'époux pour adultère.

59 Voir en ce sens : M. K. COULIBALY, « Regards sur l'adultère en droit ivoirien à propos des arrêts inédits n° 65 du 11 février 2010 de la cour suprême d'Abidjan rendu par sa chambre judiciaire statuant en formation civile et n° 15 du 22 janvier 1999 de la cour d'appel de Bouaké en sa chambre correctionnelle », R.I.D., n° 49, 2016, p.131, spécialement, p.149.

60 Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, 11 décembre 2014, n° 14/02756, Droit Fam. 2015, comm. 47, obs. A.-C. Réglier.

61 J. OBLE, Le Droit des successions en Côte d'Ivoire : tradition et modernisme, Abidjan, NEA, 1984, p.22.

62 Loi n° 2019-574 du 26 juin 2019 portant code pénal qui abroge la loi n° 81-640 du 31 juillet 1981 instituant le code pénal et la loi n° 98-757 du 23 décembre 1998 portant répression de certaines formes de violences à l'égard des femmes ; voir article 456 nouveau du nouveau code pénal en ce qui concerne l'adultère.

implicitement admise par le juge ivoirien qui peine à prononcer une peine d'emprisonnement ferme selon la doctrine⁶³. A notre avis, pour une plus grande efficacité, il serait souhaitable de dépénaliser l'adultère⁶⁴ et d'en faire une cause péremptoire de divorce et de séparation de corps pour permettre au conjoint offensé de choisir entre le maintien de l'union conjugale ou son interruption.

La fidélité due à son conjoint dans le contexte de la covid-19 n'est qu'une manifestation de l'obligation de respect entre époux.

2. Le maintien de l'obligation de respect mutuel

La nouvelle loi ivoirienne sur le mariage fait du respect mutuel, la première obligation qui découle de la communauté conjugale. Le respect dû à son conjoint implique de s'abstenir de tout acte, attitude, paroles qui sont de nature à porter atteinte à l'honneur, à la dignité, à la considération, à l'intégrité physique et morale de son conjoint⁶⁵. En réalité, cette obligation matrimoniale résume les effets personnels du mariage et a pour conséquences nécessaires le devoir de fidélité et le devoir d'assistance.

C'est la raison pour laquelle l'obligation d'assistance subsiste partiellement car l'impossibilité de donner des soins au conjoint malade n'excuse pas le désintérêt total pour son état. Le conjoint malade doit être soutenu moralement et matériellement par l'autre autant que cela est rendu possible par les exigences sanitaires. Le manquement à cette obligation, qualifié par la jurisprudence de violation du devoir d'assistance pourrait être analysé aussi comme un manquement au devoir de respect mutuel⁶⁶.

Si l'appréciation de l'existence ou non d'un manquement au devoir de respect mutuel, nécessite un recours au juge, il n'en est pas ainsi pour la suspension des obligations matrimoniales personnelles qui échappe au contrôle du juge.

II. DES OBLIGATIONS MATRIMONIALES PERSONNELLES AFFECTEES DANS LEUR CONTRÔLE

Le caractère d'ordre public du mariage exige que la suspension des obligations matrimoniales soit le fait d'une décision du juge saisi par un conjoint. Le juge analyse la légitimité de la cause invoquée par le conjoint demandeur avant de prononcer la suspension sollicitée. C'est ce schéma qui est affecté par la covid-19 en ce sens que la suspension des obligations matrimoniales personnelles échappe au contrôle préalable du juge (A). Rien n'empêche pour autant, les époux de saisir le juge pour un contrôle à posteriori (B).

A.L'ABSENCE D'UN CONTRÔLE JUDICIAIRE À PRIORI

Les effets du mariage échappent aux époux. C'est ce qui explique la nécessité pour chacun des époux d'exercer un recours judiciaire afin d'obtenir une décision prononçant la

63 M. K. COULIBALY, « Regards sur l'adultère en droit ivoirien à propos des arrêts inédits n° 65 du 11 février 2010 de la cour suprême d'Abidjan rendu par sa chambre judiciaire statuant en formation civile et n° 15 du 22 janvier 1999 de la cour d'appel de Bouaké en sa chambre correctionnelle », R.I.D., n° 49, 2016, p. 131, spécialement, p. 156 et s.

64 C'est le cas en France depuis la Loi du 11 juillet 1975 (abrogation des articles 336 à 339 de l'ancien code pénal)

65 Exemple d'un conjoint qui a une relation amoureuse avec un tiers même en absence de relations sexuelles.

66 « Le mari a manqué à son devoir de respect et d'assistance en laissant son épouse isolée dans sa chambre alors qu'elle souffrait d'une dépression » : Cour d'Appel de Douai, 03 septembre 2015.

suspension des obligations matrimoniales si la prétention est fondée. En présence d'une infection d'un époux à la covid-19, ce contrôle préalable du juge est implicitement écarté. Le recours préalable au juge (1) ainsi qu'une décision judiciaire de suspension (2) sont implicitement écartés.

1. L'absence d'un recours judiciaire préalable

La loi relative au mariage admet des hypothèses de suspension des obligations matrimoniales personnelles à condition que cette suspension soit le fait du juge⁶⁷. Une solution analogue est retenue par la loi sur le divorce et la séparation de corps. En effet le recours au juge est nécessaire pour prononcer la séparation de corps⁶⁸ qui a pour conséquence de suspendre la vie commune et les obligations qui en découlent, en laissant subsister le devoir de fidélité⁶⁹. En pratique la saisine du juge est le fait de l'un des conjoints qui doit à l'appui de sa demande établir la légitimité de la suspension des obligations matrimoniales sollicitée du juge. La saisine nécessaire du juge répond au souci du législateur de maintenir un contrôle préalable sur l'existence d'une cause légitime de suspension alléguée et le bien-fondé de la demande du conjoint. Elle permet ainsi de protéger l'institution de mariage afin de garantir la stabilité de la cellule familiale.

Dans l'hypothèse de la preuve de l'infection d'un conjoint à la covid -19, la suspension des obligations matrimoniales personnelles n'est pas laissée à la discrétion des conjoints qui auraient alors le choix entre solliciter du juge une suspension de ces obligations ou décider de leur maintien en s'abstenant de tout recours au juge. Le recours préalable au juge est implicitement écarté par les mesures de l'état d'urgence qui permettent la protection de la santé des époux et de la population. S'agissant d'une maladie qui constitue à l'heure actuelle une menace réelle pour la population en raison de l'absence d'un vaccin efficace⁷⁰ protégeant contre toute contamination, ce serait irresponsable de la part de l'Etat d'abandonner la santé des populations entre les mains de quelques personnes insouciantes. L'absence d'un recours judiciaire préalable est par conséquent bien fondé.

Cependant, on pourrait envisager la saisine du juge par un conjoint qui sollicite une ordonnance lui accordant la résidence séparée⁷¹ pour suspicions pour infection de son conjoint à la covid-19, dès lors que ce dernier, refuse de s'auto confiner et d'observer les gestes barrières et de se rendre dans un centre covid-19 pour se soumettre au test de dépistage. L'article 46 de la loi sur le mariage permet au juge d'autoriser par ordonnance un époux à résider séparément, pour une durée déterminée, dans le cas où la cohabitation présente un danger d'ordre physique ou moral pour cet époux. Dans cette hypothèse, le conjoint demandeur peut-il invoquer le fait que la cohabitation présente un danger physique ou moral pour lui, pour solliciter une résidence séparée?

67 Article 46 de la loi relative au mariage.

68 Selon l'article 1^{er} nouveau de la loi relative au divorce et à la séparation de corps « les juges peuvent prononcer le divorce ou la séparation de corps dans les cas suivants(...) ».

69 Article 28 nouveau de la loi relative au divorce et à la séparation de corps.

70 Plusieurs vaccins sont disponibles mais ne permettent pas de protéger contre l'infection à la covid-19 car malgré le vaccin, il faut continuer d'observer les mesures barrières : voir en ce sens, Organisation Mondiale de la Santé, « informations sur la pandémie de covid-19 en cours » : https://www.who.int/fr/health-topics/coronavirus/coronavirus#tab=tab_3 consulté le lundi 29 mars 2021 à 22h00. En Côte d'Ivoire la vaccination contre la covid-19 est effective depuis mars 2021 mais les autorités sanitaires recommandent en plus le respect des gestes barrières.

71 Article 46 de la loi relative au mariage.

Il faut en douter car un simple soupçon n'est pas suffisant pour établir la contamination du conjoint à la covid-19. En principe tout danger est pris en compte par le juge à condition qu'il rende la cohabitation périlleuse⁷² pour le conjoint. Ce danger peut être une circonstance ou la présence d'un tiers⁷³ au domicile conjugal. Rien n'empêche le juge d'analyser la maladie d'un époux comme un danger physique ou moral pour le demandeur selon le caractère contagieux, grave ou mortel de la maladie dont est atteint le conjoint. Dans notre hypothèse, à défaut des résultats positifs d'un test à la covid-19, la preuve de la présence d'un danger lors de la cohabitation, exposant la vie, la santé, la sécurité physique ou morale du conjoint demandeur n'est pas rapportée.

Néanmoins, certaines circonstances rendent la suspicion légitime et sont à prendre en compte par le juge. C'est d'abord le cas d'un époux qui a été en contact avec une personne testée positive à la covid-19 même s'il ne manifeste aucun symptômes⁷⁴. Ensuite certains symptômes sont considérés comme des signes alarmants imposant une consultation médicale urgente : une fièvre de plus de 38°, des difficultés respiratoires ou des douleurs ou sensations d'oppression dans la poitrine⁷⁵. Dans ces conditions, le juge pourrait solliciter l'expertise d'un centre de dépistage de la covid-19 ou ordonner à l'époux de se soumettre à un tel test afin d'écartier tout soupçon. En attendant le résultat du test, le juge doit imposer au conjoint concerné l'auto confinement et l'application des mesures barrières recommandées par les autorités sanitaires dans une telle situation.

Un résultat positif permettra au juge de prendre une ordonnance autorisant la résidence séparée des époux. Une telle décision emporte la suspension des obligations matrimoniales personnelles physiques entre époux pour un temps déterminé. Mais une telle décision du juge est-elle nécessaire en présence d'un résultat positif au test de la covid-19 ? Nous en doutons car la situation est déjà réglée par les mesures exceptionnelles prises pour faire face à la pandémie et ces mesures priment sur toute décision du juge dont l'office n'est pas nécessaire pour suspendre le devoir de cohabitation et ses conséquences entre époux.

2. L'absence d'une décision judiciaire de suspension des obligations matrimoniales personnelles

L'état d'urgence décrété par le Président de la République entraîne la suspension de plein droit des obligations matrimoniales personnelles sans un contrôle préalable du juge

72 Req. 8 janvier 1877, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome I, Dalloz, 2015 : le juge a autorisé l'épouse et son enfant à résider chez ses parents parce que le mari avait introduit ses enfants naturels au domicile conjugal et les avait laissé prendre une grande autorité sur sa femme et leur enfant.

73 Idem.

74 Certaines personnes infectées ne manifestent aucun symptôme ou les manifestent des jours plus tard. En moyenne, il faut 5 à 6 jours pour qu'une personne infectée par le virus manifeste des symptômes. Cela peut toutefois aller jusqu'à 14 jours. voir en ce sens : Organisation Mondiale de la Santé, « informations sur la pandémie de covid-19 en cours » : https://www.who.int/fr/health-topics/coronavirus/coronavirus#tab=tab_3 consulté le lundi 29 mars 2021 à 22h00.

75 Les symptômes les plus courants sont: fièvre; toux sèche; fatigue. Les symptômes les moins courants : courbatures et douleurs; maux de gorge; diarrhée; conjonctivite; maux de tête; perte du goût ou de l'odorat; éruption cutanée ou décoloration des doigts ou des orteils. Les symptômes graves: difficultés respiratoires ou essoufflement ; douleurs ou sensation d'oppression dans la poitrine ; perte de la parole ou difficultés à se déplacer. Les symptômes graves sont présentés comme alarmants. Ils doivent emmener le patient à faire urgemment un test de covid-19 : voir en ce sens : Organisation Mondiale de la Santé, « informations sur la pandémie de covid-19 en cours » : https://www.who.int/fr/health-topics/coronavirus/coronavirus#tab=tab_3 consulté le lundi 29 mars 2021 à 22h00.

dès que la preuve de la contamination à la covid-19 est établit ou en cas de contacts avec une personne testée positive à la covid-19. La suspension échappe donc à tout recours et décision préalable du juge. L'hypothèse de la résidence séparée et celle de la suspension des obligations matrimoniales physiques à cause de la contamination d'un conjoint à la covid-19 sont distinctes au niveau de leur régime juridique. Il en est de même des autres cas de suspensions prononcés par le juge. La décision de suspension sollicitée par un conjoint et rendue par le juge est imposée au conjoint défendeur. C'est la situation opposée qui se rencontre dans l'hypothèse de la suspension des obligations personnelles du fait de la covid-19. En réalité, la décision de suspension leur est imposée tous les deux par les autorités sanitaires conformément aux mesures d'isolement et de mise en quarantaine des personnes contaminées. Soit les deux conjoints sont mis en quarantaine en cas de contamination des deux, soit celui qui est contaminé seul est mis en isolement sans possibilité de contacts avec son conjoint non infecté.

Dans les hypothèses de suspensions prononcées par le juge, on peut envisager la fin de la suspension des obligations matrimoniales personnelles par entente mutuelle des époux qui pourraient en pratique reprendre la vie commune sans une décision préalable du juge. Il en est ainsi lorsque l'un des conjoints a été autorisé par le juge à vivre séparément ou a été dispensé par le juge du devoir conjugal. La loi elle-même envisage une telle possibilité dans l'hypothèse de la séparation de corps en prévoyant que « la réconciliation des époux met fin à la séparation de corps⁷⁶ ». Si la réconciliation des époux séparés de corps met fin à la suspension judiciaire des obligations matrimoniales personnelles à fortiori il en sera ainsi dans les autres cas de suspensions judiciaires.

En revanche, lorsque la suspension des obligations matrimoniales est le fait de la contamination à la covid-19, leur reprise échappe à l'entente mutuelle des conjoints et intervient suite au constat d'une guérison par les autorités sanitaires. En dehors de ce cas, les époux qui violent les mesures d'isolement ou de mise en quarantaine s'exposent à des poursuites pénales pour mise en danger de la vie d'autrui⁷⁷. Ils conservent néanmoins la faculté de saisir le juge pour un contrôle à postériori.

B. LE MAINTIEN D'UN CONTRÔLE JUDICIAIRE À POSTÉRIORI

L'état d'urgence ne met pas fin aux compétences du juge en matière matrimoniale. En dehors de ses compétences normales, il peut être saisi pour régler les litiges qui pourraient se poser entre époux pendant et après la période de suspension des obligations matrimoniales personnelles du fait de la covid-19. Il demeure compétent pour se prononcer après sur la légitimité de la suspension et sa portée ainsi que le bien-fondé des requêtes en divorce et en séparation de corps fondée sur cette cause. Son rôle sera alors de vérifier que les époux ont continué d'exécuter les obligations matrimoniales personnelles qui subsistent malgré la contamination à la covid-19 et ont respecté la liberté de chacun en présence d'un litige sur la légitimité de la suspension. Ainsi cette période peut être favorable à deux sortes de fautes des époux : les contraintes d'un conjoint sur l'autre (1) et les abus entre époux (2). L'intervention du juge est nécessaire pour sanctionner ces manquements.

⁷⁶ Article 31 de la loi relative au divorce et à la séparation de corps. Certes l'article 33 de la même loi impose aux époux qui étaient séparés de corps et qui se sont réconciliés de faire une déclaration conjointe de réconciliation au président du tribunal ou de la section du tribunal du domicile ou de la résidence de l'un d'eux. Mais cette formalité a pour but l'opposabilité de la réconciliation aux tiers et non sa validité.

⁷⁷ Article 393 du code pénal.

1. La sanction des contraintes entre époux

La suspension des obligations matrimoniales personnelles peut être contestée par l'un des conjoints qui peut porter atteinte à la liberté de l'autre en exerçant des contraintes sur lui. Cela peut se manifester notamment par le viol conjugal, récemment reconnu et réprimé par le nouveau code pénal ivoirien⁷⁸. Cette reconnaissance légale est l'expression de la liberté sexuelle reconnue à chaque conjoint et du rejet de l'opinion traditionnelle selon laquelle « la contrainte sexuelle exercée par le mari ne pouvait jamais être constitutive d'un viol, la conjonction obtenue, étant une des fins légitimes du mariage »⁷⁹. Autrement dit le devoir conjugal imposé par le mariage était un fait justificatif pour le conjoint auteur d'une contrainte sexuelle sur l'autre. Cette opinion classique qui était soutenue par la jurisprudence⁸⁰ a prospéré en Côte d'Ivoire et même en France pendant de longues années à cause du silence du législateur. On assiste à un début de solution à ce problème en France par l'adoption de la loi du 23 décembre 1980⁸¹ qui sera complétée par les lois de 2006⁸² et du 9 juillet 2010⁸³.

Ces lois vont inspirer le contenu des nouvelles dispositions du code pénal ivoirien en matière de viol. L'article 403 nouveau dispose dans ses alinéas 1 et 3: « constitue un viol, tout acte de pénétration vaginale, anale, buccale ou de quelque nature qu'il soit à but sexuel imposé à autrui sans son consentement, en usant d'une partie du corps humain ou d'un objet, par violence, menace, contrainte ou surprise (.....) Le viol est constitué dans les circonstances prévues aux alinéas précédents, quelle que soit la nature des relations existant entre l'auteur et la victime. Toutefois, s'ils sont mariés, la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel vaut jusqu'à preuve du contraire ». Cette nouvelle définition élargit la notion du viol qui n'est plus exclusivement « le coït vaginal imposé par l'homme à la femme »⁸⁴. Il est désormais caractérisé par tout acte de pénétration dans le sexe féminin, ou dans l'anus ou dans la bouche, à but sexuel, en usant d'une partie du corps humain, le sexe par exemple ou d'un objet, un bâton par exemple, imposé à autrui sans son consentement. Sont pris en compte la copulation, la fellation, la sodomie. La pénétration dans le sexe ou par le sexe doit avoir un but sexuel. Si ce caractère est indiscutable dans ces deux hypothèses, il le devient, lorsque la pénétration se fait dans l'anus avec un objet car rien n'indique qu'il soit à but sexuel.

78 Loi n° 2019-574 du 26 juin 2019 portant code pénal qui abroge la loi n° 81-640 du 31 juillet 1981 instituant le code pénal et la loi n° 98-757 du 23 décembre 1998 portant répression de certaines formes de violences à l'égard des femmes

79 J.-M. BRUGUIERE, article précité, p.4 ; T. BESSE, « Les agressions sexuelles dans la sphère conjugale, casse-tête de Cupidon à l'adresse du juge répressif », Dalloz, Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé, 2018, n° 1, p. 21 à 30.

80 Crim., 19 mars 1910, Bull. crim. 1910, n°153.

81 Cette loi a eu le mérite d'apporter une définition précise du viol : « Tout acte de pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte ou surprise est un viol » (article 222.23 du code pénal). Avec cette définition légale du viol, la chambre criminelle de la Cour de Cassation finit par admettre le viol conjugal en précisant que la présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité conjugale ne vaut que jusqu'à preuve du contraire : crim. 11juin 1992, D. 1993, som., p.13, obs. G. AZIBERT, Bull. Crim. n° 232.

82 Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs

83 Loi n° 2010-769 du 09 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants.

84 T. BESSE, article précité.

Pour la jurisprudence⁸⁵, toute pénétration anale ne constitue pas nécessairement un viol. Il peut s'agir d'actes de torture ou de traitements inhumains ou dégradants, de violences ou effectivement de viol. La qualification dépendra du « contexte sexuel » et de l'intention de l'agent⁸⁶. Pourtant, en présence d'une pénétration buccale d'un objet représentant le sexe masculin, la qualification de viol est écartée en dépit du contexte sexuel⁸⁷.

En outre, l'acte de pénétration peut être commis sur une femme mais aussi sur un homme. Cet élargissement de la notion permet à un mari de porter également plainte contre sa femme pour viol. Naturellement, en dehors des actes de sodomie, pratiqués avec un objet, une femme ne peut commettre des actes de pénétration sexuelle sur un homme. Cette inaptitude naturelle de la femme peut conduire à laisser impunis des actes à but sexuel pratiqués par une femme sur un homme ou son mari, par exemple, une fellation ou des relations sexuelles, au motif que ce n'était pas la victime, l'homme qui avait été pénétré mais l'auteur, la femme qui l'avait été. Cette distinction était faite en France avant la réforme de 2018⁸⁸. La définition donnée par le législateur ivoirien a le mérite de ne pas exclure cette hypothèse par l'emploi des expressions : acte « à but sexuel imposé à autrui ». Une femme qui pratique une fellation à un homme ou à son mari, ou a des relations sexuelles avec un homme ou son mari sans son consentement, lui impose des actes sexuels qui peuvent être qualifiés de viol.

La preuve du défaut de consentement doit être rapportée. Ce défaut de consentement peut résulter de la violence physique ou morale ou de tout autre moyen de contrainte exercé sur la victime ou de la surprise de la victime. Lorsque la pénétration à but sexuel a été imposée par un conjoint à l'autre, l'existence du devoir conjugal présume de l'existence du consentement⁸⁹. La présomption étant simple, il appartient au conjoint qui invoque un viol de son partenaire d'en établir l'existence. En la matière, les difficultés sont nombreuses⁹⁰, le cadre conjugal étant un facteur de dissipation de la preuve à cause du caractère continu de l'intimité physique et sexuelle qu'il favorise entre les conjoints. Lorsque le consentement ou le non consentement à l'acte n'a pas été clairement exprimé, le conjoint a pu croire raisonnablement, à cause du lien affectif existant, qu'il y avait consentement. Dans tous les cas, la jurisprudence française fait une analyse concrète des faits, du fonctionnement et des habitudes sexuelles du couple⁹¹.

85 La jurisprudence ivoirienne est encore embryonnaire. Elle pourra certainement s'inspirer de la jurisprudence française qui a connu une longue progression sur la question de l'interprétation des textes relatifs au viol.

86 Cass.crim., 27avr. 1994, n°94-80547: Bull.crim., n°157; Dr.pén.1994, comm. 180, obs.Véron : Ainsi, le fait pour une mère de procéder à diverses intrusions d'objets dans l'anus de sa fille, dans un contexte sexuel où le compagnon de la mère procédait également à des actes de sodomie sur l'enfant, permet de retenir la qualification de viol ; Cass.crim., 6déc. 1995, n°95-84881: Bull.crim., n°372; Dr.pén.1996, comm. 101, obs.Véron : le viol a été retenu alors que la victime était analement pénétrée par un bâton recouvert d'un préservatif.

87 Voir dans ce sens, C. AMBROISE-CASTEROT, Droit pénal spécial et droit pénal des affaires, Gualino Lextenso 7^{ème} édition, 2019, p.62 : « La Cour de cassation semble ici, pour ce genre de faits, refuser de prendre en compte le contexte sexuel qui prime lors de la qualification d'actes de sodomie à l'aide d'objets ».

88 En France, dans cette hypothèse, la qualification de viol était écartée car le code pénal se limitait à tout acte de pénétration sexuelle « commis sur la personne d'autrui ». Cette situation a été corrigée par la loi du 03 Août 2018 qui précise que l'acte de pénétration peut l'être aussi sur « la personne de l'auteur ». Pour des analyses avant cette évolution voir : Y. MAYAUD, « Le viol : deux lois interprétatives pour une définition ! », A.J. Pénal, 2017, p. 257 ; A. DARSONVILLE, « Reforme l'incrimination de viol ? », Recueil Dalloz, 2017, p. 640.

89 En France, cette présomption a été supprimée par la loi du 09 juillet 2010. Voir notamment : Y. MAYAUD, article précité ; A. DARSONVILLE, article précité.

90 T. BESSE, article précité, p.26.

91 Idem.

Dans le contexte ivoirien, en dehors des difficultés de preuve auxquelles peut se heurter la victime⁹², le conjoint victime peut faire face à la réprobation familiale⁹³ en cas de plainte ou de condamnation pénale du conjoint auteur. Un autre obstacle à une répression efficace du viol conjugal pourrait être le phénomène de la correctionnalisation de ce crime en attentat à la pudeur⁹⁴ par les juridictions ivoiriennes. Ce phénomène était déjà dénoncé au sujet des viols non conjugaux⁹⁵. En dehors de la voie pénale, le conjoint victime du viol dispose de la voie de divorce ou de séparation de corps⁹⁶.

La contrainte entre époux peut se manifester aussi par des violences ou voies de fait⁹⁷, par « toute atteinte sexuelle sans pénétration »⁹⁸, des coups et blessures⁹⁹ commis sur un conjoint par l'autre, notamment pour l'obliger à des relations sexuelles ou à réintégrer le domicile conjugal. Désormais le nouveau code pénal fait de l'existence des relations conjugales entre l'auteur et la victime des coups et blessures, une circonstance aggravante de la sanction. La voie du divorce et de la séparation de corps reste aussi ouverte au profit du conjoint victime, et cela pour excès, sévices et injure grave¹⁰⁰. La liberté de chaque conjoint est donc protégée et doit être respectée que la suspension des obligations matrimoniales personnelles soit fondée ou non, contestée ou non par un conjoint. Pour autant, cette liberté dans l'exécution des obligations matrimoniales personnelles ne doit pas être abusive.

2. La sanction des abus entre époux

La liberté reconnue à un conjoint ne saurait l'amener à une abstention persistante dans l'accomplissement de ses devoirs, après la constatation de sa guérison de la covid-19, sous peine de divorce et de séparation de corps¹⁰¹. L'exercice abusif de leur liberté par les conjoints peut se traduire également par des excès. Il indique l'outrance, la démesure, ce qui ne peut être toléré dans les relations conjugales¹⁰². Le respect mutuel impose à chaque conjoint le respect de l'autre pour ses convictions, ses opinions, le respect de sa dignité, de son intégrité morale, son intégrité physique. Les excès peuvent résulter de paroles, d'écrits, de gestes, d'attitudes négatives¹⁰³, des traitements dégradants, inhumains qui humilient le conjoint et portent atteinte à sa dignité¹⁰⁴ pendant la période de suspension ou après cette période.

92 Ces difficultés de preuve existaient déjà au sujet des viols non conjugaux, à fortiori pour les viols conjugaux, voir en ce sens, Opération des Nations Unies en Côte d'Ivoire (ONUCI), « Rapport sur les viols et leur répression en Côte d'Ivoire », Juillet 2016, p. 17.

93 En raison de leur spécificité, les viols perpétrés par des membres de la famille des victimes sont rarement portés à la connaissance des autorités judiciaires ou font rarement l'objet d'une poursuite judiciaire. Cette situation s'explique par des facteurs sociologiques : voir en ce sens le rapport ONUCI précité. Ces facteurs ne sont pas propres au contexte ivoirien. Voir concernant la France une analyse sociologique de la question de viol conjugal : S. CROMER, « Perspective sociologique des viols commis par des majeurs sur des majeurs », A. J. Pénal 2017, p. 260.

94 Article 405 du code pénal.

95 Voir en ce sens le rapport ONUCI précité, p.18 ; pour une situation analogue au niveau des juridictions répressives françaises : S. CROMER, « Perspective sociologique des viols commis par des majeurs sur des majeurs », A. J. Pénal 2017, p. 260.

96 Le viol pouvant être qualifié de sévices ou d'injures graves pour inobservation du devoir de respect mutuel.

97 Article 382 du code pénal.

98 C'est la définition de l'attentat à la pudeur aux termes de l'article 405, alinéa 1 du code pénal ivoirien.

99 Article 381 et 386 du code pénal.

100 Cour d'Appel d'Abidjan, 19 juillet 1968, R.I.D. 1969, n°4, p.46 ; Cour Suprême d'Abidjan, arrêt n° 2 du 23 février 1973, R.I.D. 1972-1973, n° 3-4, p.73.

101 Voir supra.

102 G. CORNU, Vocabulaire Juridique, paris, PUF, 12^{ème} édition, 2018.

103 Silence gardé par un conjoint pendant des semaines ou des mois.

104 Article 399 et s. du code pénal.

CONCLUSION

La pandémie de la covid-19 affecte les obligations matrimoniales personnelles dans les deux niveaux de protection mis en place par le législateur : leur consistance et leur contrôle. L'état d'urgence sanitaire décrété a entraîné l'adoption de mesures barrières. Leur application aux relations conjugales a pour conséquence la suspension des obligations matrimoniales personnelles favorisant les contacts physiques entre époux, sans un contrôle préalable du juge. Les obligations matrimoniales personnelles morales demeurent alors le socle des relations conjugales.

Pour l'heure, en l'absence de vaccins efficaces contre la covid-19, les gestes barrières et d'isolement demeurent les seuls moyens de prévention et de protection de la santé des populations et des personnes mariées. Or les relations conjugales se nourrissent de contacts physiques, de chaleur humaine et affective qui en sont la substance. Dans ces conditions, ne sommes-nous pas en train de nous acheminer progressivement vers des relations humaines et conjugales vidées de leur substance ?