

Le juge et le divorce en droit burkinabé¹

Dr Souleymane TOE

*Maître-Assistant en droit privé à l'UFR/Sciences Juridiques et Politiques
Université Ouaga 2, Burkina Faso*

1. Sans la force de la loi, le magistrat n'est rien...mais sans la voix du magistrat, elle n'est qu'une reine muette qui ne peut se faire entendre toujours elle-même².

2. Cette affirmation illustre bien que le juge est institué à la fois pour trancher le litige, apaiser le conflit, appliquer la règle de droit³. « *Le cœur de sa mission... consiste à apporter une réponse aux conflits dont il est saisi, soit par l'application de la règle de droit, soit par le recours à la médiation* »⁴. L'article 29 du Code de procédure civile déclare à ce propos que « *le juge est tenu de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux, nonobstant la dénomination que les parties en auraient proposée. Il ne peut d'office relever les moyens de pur droit, sans avoir invité les parties à présenter leurs observations* ».

3. Ainsi, devant un litige de divorce, le droit reste le miroir du juge qu'il doit scruter pour désamorcer la crise conjugale en lui trouvant une solution juridique. Mais dans ce domaine, plus qu'ailleurs, la tâche du juge n'est pas aisée. Le divorce suppose la dislocation du lien matrimonial fondé sur le mariage. Or le mariage est une institution fondamentale de la société. Il fonde notamment la famille qui constitue la cellule de base de la société⁵. Le législateur burkinabè, en balayant du revers de la main les coutumes⁶, a fait une option claire en faveur de « la famille restreinte ou famille souche ou encore famille de type conjugal parce que favorable à l'épanouissement de ses membres et au développement de la solidarité familiale sur le plan juridique »⁷. Ainsi, par exemple a-t-il adopté un certain nombre de principes modernes qui transparait dans tous les aspects de l'institution du mariage, que ce soit pour sa formation, ses effets, son relâchement ou sa dissolution⁸.

4. Mais dans un domaine aussi sensible que le droit de la famille qui est véritablement « le domaine par excellence des mœurs traditionnelles de la coutume et de la religion »⁹, on

¹ Le présent article a déjà fait l'objet d'une publication dans la Revue Burkinabé de droit, n°46, du 1er semestre 2013. Dans le but de conformer le titre au contenu, il est repris ici sous l'intitulé « juge et divorce en droit burkinabé ».

² R. COLSON, La fonction de juger, Etude historique et positive, Presses universitaires de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2006.

³ MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, Les offices du juge, in "Jean Foyer, auteur et législateur", Ecrits en hommage à Jean Foyer, PUF 2005.

⁴ J.-C. MAGENDIE, "Archaïsme judiciaire, Propositions pour une redéfinition de l'office du juge", JCP, 12 novembre 2012, p. 2072.

⁵ Voy., article 23 de la Constitution burkinabè du 2 juin 1991.

⁶ Voy., article 1066 du CPF.

⁷ Rapport de présentation du projet de code civil, dactylographié, p. 3, cité par F.M. SAWADOGO in « Le nouveau Code burkinabè de la famille : principes essentiels et perspectives d'application », *Revue juridique et politique, indépendance et coopération*, 44ème année, n°1, Janvier-Mars 1990, p. 378.

⁸ En ce sens, voy, F.M. SAWADOGO, « Le nouveau Code burkinabè de la famille : principes essentiels et perspectives d'application », op.cit., p. 379 et s.

⁹ R. DECOTTIGNIES, « Prières à Thémis pour l'Afrique », *Rev. Sén. Dr.*, 1967, pp5 et suivantes, spéc. p. 13.

ne pouvait que légitimement s'attendre à une certaine résistance de la tradition face aux options modernistes du législateur¹⁰. Déjà d'ailleurs, un auteur mettait en garde le législateur africain contre « *le péché majeur qui consiste à légiférer par plaisir et même par vice, en se moquant des réalités, et en méprisant souverainement les mœurs des hommes et aussi leurs croyances* »¹¹. Un autre auteur, spécialement pour le cas du code burkinabé de la famille, prophétisait son application ineffective sur certains aspects en évoquant des facteurs d'ordre techniques et non techniques¹². Ainsi, comme l'affirme si bien cette opinion doctrinale¹³, « *bien que le versement de la dot ait été érigé en délit, c'est la chose la plus partagée encore au Burkina. Alors on constate que jusqu'à ceux qui sont chargés de l'application du code, versent la dot pour avoir leur femme* ». Par ailleurs, on peut en effet observer aujourd'hui, que si le mariage est essentiellement civil, c'est-à-dire célébré devant l'officier de l'état civil, il existe encore dans les villages, chez les traditionnalistes et les musulmans des mariages qui ne se font pas à l'état civil et pouvant entraîner des divorces ou séparation sans recours au juge. D'où, un droit de la famille évoluant en quelque sorte en marge de la légalité mais bénéficiant tout de même d'une forte légitimité populaire.

Certes, l'on peut remarquer que malgré l'absence de statistiques, le nombre de mariage civil depuis l'adoption du Code des personnes et de la famille a sensiblement augmenté, surtout dans les villes. Toutefois, le corolaire de cette augmentation est le drame du divorce qui, de son côté, connaît une recrudescence sensible au point que le phénomène du concubinage tend à prendre une certaine ampleur¹⁴.

5. En fait, le divorce se définit juridiquement comme la dissolution du mariage¹⁵ prononcé à la demande des époux ou de l'un d'eux par le juge¹⁶. Il s'agit là d'une consécration législative d'un phénomène qui a suscité de longs débats¹⁷. La notion de divorce suppose toujours un mariage valable. En effet, c'est parce qu'il a eu mariage que l'on peut envisager sa rupture à travers le divorce¹⁸.

¹⁰ S. GUINCHARD, « Réflexions critiques sur les grandes orientations du code sénégalais de la famille », *Pénant*, n°760, avril-mai-juin 1978, p. 175.

¹¹ R. DECOTTIGNIES, *Ibid*, spéc. p. 18. Dans le même sens, le Doyen Carbonnier écrit : « la famille ne se transforme pas simplement à coup de lois. Il est fréquent qu'une réforme législative ne soit suivie qu'à distance, ou même pas du tout, par les mœurs ; que le droit ancien se survive plus ou moins longtemps à l'état de sentiments et de pratiques, l'abrogation sociologique ne coïncidant pas avec l'abrogation juridique », J. CARBONNIER, « Flexible droit : texte pour une sociologie du droit sans rigueur », *LGDJ*, 3^{ème} éd., 1976, p. 134.

¹² F.M SAWADOGO, « Le nouveau Code burkinabè de la famille : principes essentiels et perspectives d'application », *op.cit.*, p. 393 et s.

¹³ J. N. DABIRE, « La place des coutumes dans le code des personnes et de la famille du Burkina Faso », in Actes du colloque, Quel droit de la famille pour le Niger ? Niamey, 21-23 novembre 2005, *FSEJ-IDDH*, p. 135 et s. spéc. pp. 151-152, cité par O. SAHABI « La problématique de la double célébration des mariages au Niger » in *Revue sénégalaise de droit*, n°36, Janvier-Juin 2011, p. 53.

¹⁴ Cela, parce que l'on préfère ne pas se trouver dans les méandres procéduraux lorsque passées les années fastes du mariage l'on devra se résoudre à envisager fatalement sa rupture par recours au juge. En effet, le concubinage est de plus en plus préféré car, en raison de la grande liberté qui le caractérise, il n'exige, en principe aucune procédure particulièrement contraignante pour sa rupture.

¹⁵ Selon l'article 237 du CPF, le mariage est entendu comme la célébration d'une union entre un homme et une femme.

¹⁶ Voy. Article 354 du CPF.

¹⁷ Ainsi, J. CARBONNIER écrivait : « le divorce divise un couple ; la question du divorce divise une nation », in J. CARBONNIER, « La question du divorce, Mémoire à consulter », *D.* 1975. Chr. 115., Voy également, F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, 7 éd. Dalloz, 2005, n° 477, p. 408.

¹⁸ Il faut toutefois réserver le cas des divorces sans recours à la justice parce qu'il n'y a pas eu de mariage civil quoique dans certaines régions comme chez les peulhs du nord du Burkina, lorsque le juge est sollicité devant

6. Mais ce divorce, entendu comme la rupture du lien matrimonial du vivant des époux, a été difficilement admis. Sur le plan religieux, on a prôné l'indissolubilité du mariage en raison de son caractère sacré. Le mariage est un sacrement et ne peut être dissout que par la mort¹⁹. On ne se marie pas pour divorcer ensuite, le mariage, « c'est pour le meilleur et pour le pire » dit-on ! On s'est aussi fondé sur des considérations d'ordre nataliste pour expliquer l'interdiction du divorce qui serait un frein à la procréation²⁰, le couple conjugal évitant l'enfant qui serait une gêne en cas de rupture. Par ailleurs, « la famille étant la cellule de base de la société »²¹, admettre sa dislocation reviendrait à porter atteinte au fondement même de la société elle-même²².

7. Ces opinions, somme toute légitimes, n'ont pas été en mesure d'empêcher la reconnaissance du divorce qui a toutefois connu une évolution en dent de scie, entre interdiction et admission. La révolution française de 1789 l'a admis de façon très libérale dans une loi du 20 septembre 1792 et le Code civil de 1804, tout en consacrant le phénomène²³, en a réduit la teneur²⁴. Mais en 1816, il sera de nouveau interdit²⁵ pour être rétabli par une loi du 27 juillet 1884²⁶. Entre 1904 et 1975, plusieurs textes français ont apporté des aménagements supplémentaires. Mais aucun d'entre ces textes ne remettra encore en cause le principe du divorce qui apparaît même comme un droit aujourd'hui²⁷.

une telle absence, son pouvoir créateur le conduit bien souvent à prendre une ordonnance libératoire du mari vis-à-vis de la femme demanderesse parce que selon la coutume peulh, la désunion du couple n'est admise que si le mari libère la femme. Le mariage coutumier n'étant plus reconnu au Burkina, toute demande de divorce en l'absence du mariage reconnu devrait se heurter à une fin de non-recevoir. L'astuce du juge burkinabè devant une telle éventualité est d'ordonner au mari de libérer sa femme, ce qui n'est pas prononcer le divorce !

¹⁹ Voy. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil*, op. cit., n°479, p. 409.

²⁰ J. HAUSSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil, la famille : La dissolution de la famille*, Paris, LGDJ 1991, p. 139. Une opinion contraire, défendue par Montesquieu estime que le maintien dans les liens du mariage d'époux en discorde nuit à la fécondité, in *Lettres persanes*, cité par TERRE, D. FENOUILLET, op. cit., n°480.

²¹ Voy. Article 8 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; article 23 de la Constitution burkinabé du 2 juin 1991 telle que modifiée par la Loi n°002/97/ADP du 27 janvier 1997 et 231 du CPF.

²² Voy. J.N. DABIRE, *Droit de la famille*, collection Précis de droit burkinabé, novembre 2008, n°737 qui cite Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Droit civil, la famille*, Paris, Cujas, 1989, p. 139 ; J. HAUSSER et D. HUET-WEILLER, op. cit. p. 69.

²³ Dans son Discours préliminaire sur le projet de code civil, Portalis a écrit : « En admettant le divorce, le législateur n'entend point contrarier le dogme religieux de l'indissolubilité, ni décider un point de conscience...N'oublions point qu'il ne s'agit pas de savoir si le divorce est bon en soi, mais s'il est concevable que les lois fassent intervenir le pouvoir coactif dans une chose qui est naturellement si libre, et à laquelle le cœur doit avoir tant de part...Nous avons cru qu'il ne fallait pas prohiber le divorce parmi nous, parce que nos lois seraient trop formellement en contradiction avec différents cultes qui l'autorisent, et qu'elles ne pourraient espérer, pour les hommes qui professent ces cultes, de faire du mariage un lien plus fort que la religion même », J.-E.-M. PORTALIS, « Ecrits et discours juridiques et politiques », *Presses universitaires d'Aix-Marseille*, 1988, p. 38, 40, 41.

²⁴ Ses causes, réduites, se relie normalement à l'idée de faute, bien que le divorce par consentement mutuel ait été maintenu, non sans être canalisé et le divorce pour incompatibilité d'humeur aboli.

²⁵ Voy. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil*, op. cit., n°482.

²⁶ Cette dernière loi prétendait ne rétablir qu'un divorce modéré. Elle écartait, parmi les causes de divorce admises en 1804, le consentement mutuel des époux. Elle ne l'admettait que comme une sanction d'une faute déjà prévues par le code de 1804 : adultère, condamnation à une peine afflictive et infamante, excès, sévices ou injures graves envers l'autre époux.

²⁷ Voy. J.N. DABIRE, *Droit de la famille*, op. cit., n°747, p. 270.

8. Le Burkina Faso appliquera le Code civil de 1804 jusqu'à l'adoption de son Code des personnes et de la famille le 16 novembre 1989²⁸ qui n'entrera cependant en vigueur qu'à partir du 4 août 1990²⁹.

Le Code des personnes et de la famille burkinabè n'envisage le divorce qu'à titre exceptionnel, la continuité du mariage demeurant le principe. Le divorce est considéré comme une solution à la crise conjugale à laquelle on ne doit y parvenir que pour des causes bien arrêtées par le législateur. Deux modalités de divorce sont donc consacrées : le divorce par consentement mutuel et le divorce contentieux. Le divorce par consentement mutuel est un « divorce à l'amiable ». Les époux, étant d'accord sur leur désaccord, décident de commun accord de mettre fin au lien matrimonial par le divorce. C'est le cas de divorce le plus simple. Autant, les époux avaient consenti à leur mariage par un accord, autant ils peuvent y mettre fin de la même façon. Il y a une sorte de « complicité » des époux pour leur divorce. Deux voies permettent d'accéder à ce type de divorce. Il peut résulter, en premier lieu, d'une demande conjointe des époux³⁰ qui, dès le départ, optent pour le divorce par consentement mutuel. Dans, le deuxième cas de figure, l'accord est postérieurement constaté devant le juge au contentieux³¹. C'est dire que les époux qui avaient entamé un divorce au contentieux en viennent à décider de le poursuivre désormais à l'amiable. Contrairement au divorce à l'amiable qui suit une procédure gracieuse, le divorce contentieux emprunte la formule accusatoire sur deux fondements. En effet, soit le juge constate l'échec du mariage et prononce un divorce-remède, soit un époux a commis une faute et le juge est tenu de prononcer un divorce-sanction.

9. Il convient toutefois de bien distinguer le divorce de certaines notions proches tels le décès et la séparation de fait. En effet, à la différence du divorce, le décès de l'un des époux constitue une cause naturelle de dissolution du lien conjugal³² à tel enseigne que, lorsqu'un époux en instance de divorce vient à décéder, un jugement de divorce ne peut être prononcé³³. Quant à la séparation de fait, sur un plan de sociologie juridique, elle est longtemps apparue comme un « succédané non juridique » du divorce³⁴ rapprochant ainsi le nombre des époux séparés de fait du nombre des époux divorcés. Sur le terrain du droit, la distinction est nette, car la séparation de fait ne résulte pas d'une décision de justice. Mais, les relations entre le divorce et la séparation de fait n'en existe pas moins. Ainsi, par exemple, un époux peut demander le divorce « lorsque le lien conjugal est définitivement altéré » par « la cessation de la communauté de vie entre les époux » qui vivent séparés depuis trois ans lors de l'assignation en divorce ».

²⁸ Voy., Zatu AN VII-0013-FP.PRES du 16 novembre 1989 portant institution et application d'un code des personnes et de la famille.

²⁹ Le délai séparant l'adoption de l'application a été sciemment voulu pour permettre la diffusion préalable du texte nécessaire à sa correcte application. En ce sens, voy., F.M. SAWAOGO, « Le nouveau Code burkinabè de la famille : principes essentiels et perspectives d'application », *Revue juridique et politique, Indépendance et coopération*, Ediena, Paris, 1989, p. 373.

³⁰ Voy. CPF., article 335, al. 1.

³¹ Ibid.

³² Cette cause de dissolution entraîne principalement des conséquences d'ordre patrimonial : liquidation du régime matrimonial, dévolution de la succession, Voy., F. TERRE et Y. LEQUETTE, « Les successions, Les libéralités », Précis Dalloz, 3ème éd. 1997, n°35.

³³ En effet, seul un époux a qualité pour agir en divorce dans les cas prévus par la loi. Ainsi, son décès au cours du procès entraîne ipso facto dissolution du mariage, donc extinction de l'action.

³⁴ J. CARBONNIER, La statistique du divorce, in le Lien matrimonial, cité par F. TERRE et D. FENOUILLET, Précis, Droit civil, op. cit., n°492.

10. Par ailleurs, dissolvant le mariage, la décision de divorce se distingue de décisions judiciaires ayant un effet soit plus profond, soit moins profond. C'est le cas notamment des décisions prononçant la nullité du mariage ou la séparation de corps. Le divorce dissout le mariage, mais seulement pour l'avenir ; il en laisse subsister les effets dans le passé, sans que la régularité de ceux-ci soit affectée. C'est la différence fondamentale avec l'annulation d'un mariage, un mariage nul étant, en principe, anéanti rétroactivement. Cette différence est cependant atténuée par le jeu, en matière de nullité, de la théorie du mariage putatif³⁵.

Pareillement, la différence entre le divorce et la séparation de corps est essentielle, spécialement dans la mesure où seul le divorce permet le remariage. Relâchant le mariage, mais ne le dissolvant pas, la séparation de corps laisse subsister entre les époux le devoir de fidélité et le devoir de secours. N'ayant « jamais été un phénomène de masse »³⁶, beaucoup moins fréquente que le divorce, la séparation de corps, distincte du divorce par ses effets, s'en rapproche étroitement par ses cas et ses conditions.

11. Mais pas plus qu'il ne se dissout de lui-même à l'expiration d'un délai plus ou moins long, le mariage ne se dissout pas par l'effet d'une déclaration, unilatérale ou conjointe, devant une autorité administrative³⁷. Même en cas de divorce par consentement mutuel, c'est le juge qui prononce le divorce. Il est toujours judiciaire. La protection de la famille conjugale a conduit le législateur à consacrer le caractère exclusivement judiciaire du divorce, supprimant du même coup la répudiation³⁸ comme mode de dissolution du mariage³⁹. Le mariage est célébré devant l'officier de l'état civil, mais il se dissout devant le juge. Le juge a donc la lourde et délicate tâche du prononcé de la fin du lien matrimonial. Pour cela, il devra jouer un rôle accru dès le départ, allant de la tentative de conciliation au constat de l'échec du couple. Une fois le divorce prononcé, c'est encore au juge qu'il reviendra de régler ses conséquences. C'est dire, finalement, que le recours au juge est indispensable non seulement pour prononcer le divorce mais aussi pour régler ses conséquences d'ordre personnel et patrimonial.

³⁵ Les conséquences de l'annulation rétroactive du mariage sont extrêmement graves pour les époux ; elles le sont surtout pour les enfants issus de leur union. Aussi le droit canonique avait-il admis à la rigueur des principes un tempérament d'humanité. Il décidait que le mariage nul conserve le bénéfice des effets antérieurement produits lorsqu'il a été contracté de bonne foi, c'est-à-dire lorsque les époux ou l'un d'eux, ignorant la cause de nullité, ont cru, lors de la célébration, à sa validité : ils croyaient « putaverunt » à la validité du mariage ; de là le nom de mariage putatif. Ce mariage n'est pas nul ; il ne peut plus produire d'effets désormais ; mais les effets antérieurement produits subsistent. En d'autres termes, en cas de mariage putatif, la rétroactivité de la nullité ne joue pas ; la nullité n'est plus qu'une dissolution du mariage, comme en cas de décès de l'un des époux ou comme en cas de divorce.

³⁶ J. CARBONNIER, « La statistique du divorce », in *Le lien matrimonial*, Annuaire du CERDIC, 1970, p. 19.

³⁷ Rappr. J. THIERRY, « Le maire, juge du divorce : c'est Montesquieu qu'on assassine », D. 1998, chron. 166.

³⁸ Fréquente chez les musulmans, la répudiation est la possibilité reconnue au seul mari de décider de la dissolution du mariage par la « remise » de la femme à ses parents. Sur la question, législateur sénégalais, tout en supprimant cette forme de divorce a admis parmi les causes de divorce l'incompatibilité d'humeur. Or, à l'épreuve de la pratique, l'incompatibilité d'humeur se révèle être une véritable « répudiation déguisée ». En ce sens, voy., I. Y. NDIAYE, « le Mariage à l'épreuve du droit traditionnel », *Revue sénégalaise de droit*, Janvier-Juin 2011, n°36, p. 36.

³⁹ Il faut dire que, par un parallélisme total des formes, le droit révolutionnaire français admettait que la dissolution du mariage puisse se faire par déclaration devant un officier d'état civil comme s'était faite sa conclusion. Sur la question, voy., A. BENABENT, *Droit civil, la famille*, 4ème éd. Litec. 1991. n°234.

12. La doctrine s'était essayée, d'une part à présenter les principes essentiels et les perspectives d'application du Code burkinabè des personnes et de la famille⁴⁰ et d'autre part, à faire le bilan de l'application du Code des personnes et de la famille en explicitant les cas de divorce⁴¹. Après plus de vingt ans d'application, il n'est pas sans intérêt d'essayer, à la suite de la doctrine burkinabè, au travers des décisions de justice, de mettre en exergue quelques aspects jurisprudentiels du divorce, l'objectif étant de faire apparaître les évolutions souhaitables en matière d'application du Code burkinabè des personnes et de la famille, notamment en ce qui concerne l'institution du divorce. Bien entendu, le recours au droit comparé, notamment à la jurisprudence africaine et française sera de mise en raison de leur extrême variété et de ce que les problèmes familiaux se posent en des termes assez similaires dans tous les pays.

13. Concrètement, il sera question de savoir comment la juge burkinabè appréhende-t-il le phénomène du divorce ? Quelles sont ses méthodes de traitement et quelle est sa place dans la résolution des crises qui secouent le couple au Burkina Faso ? Ces interrogations conduisent à d'une part, qu'il est indispensable de recourir au juge pour le prononcé du divorce (I) et, d'autre part, que c'est sur lui que pèse la lourde tâche de l'organisation des conséquences personnelles et matérielles du divorce (II).

I. Le recours indispensable au juge pour le prononcé du divorce

14. Selon l'article 237, alinéa 2, du CPF, « le mariage ne peut être dissout que par la mort de l'un des époux ou par le divorce légalement prononcé ». C'est la consécration législative du caractère judiciaire du divorce qui ne peut intervenir que par le recours au juge, que la procédure suivie devant lui soit gracieuse ou contentieuse. Mais, dans l'une ou l'autre procédure, le comportement du juge différera fondamentalement. En effet, si dans le divorce contentieux, il aura une intervention des plus actives (A), dans le divorce par consentement mutuel, il aura tendance à n'avoir qu'une intervention des plus souples voire attentiste (B).

A. Le rôle du juge dans le divorce contentieux

15. Lorsque la vie conjugale devient insupportable⁴² pour l'un époux, celui-ci peut prendre l'initiative de la rupture du lien conjugal en demandant au tribunal de grande instance⁴³ de prononcer le divorce. Il devra nécessairement suivre une procédure judiciaire établie à cet effet. L'époux demandeur en divorce doit présenter en personne, au tribunal de grande instance⁴⁴ une requête qui peut être verbale ou écrite. La requête indique l'objet de la demande, mais n'indique pas obligatoirement les griefs que le demandeur entend faire valoir à l'encontre de son conjoint. A ce stade de la procédure, le juge n'est pas chargé d'apprécier le bien-fondé de la demande; l'objet essentiel de la requête étant d'obtenir du juge la fixation

⁴⁰ M. SAWADOGO in « Le nouveau Code burkinabè de la famille : principes essentiels et perspectives d'application », op. cit.

⁴¹ En ce sens, voy., J.Y. TOE, « Les cas de divorce dans le nouveau code burkinabè des personnes et de la famille », *Revue Penant*, Vol. 105, 1995, p. 35.

⁴² En effet, selon, l'article 367, alinéa 1 et 2, « le divorce peut être demandé par un époux lorsque la vie commune est devenue intolérable par suite d'adultère, d'excès, de sévices ou injures graves » ou « lorsque la vie familiales et la sécurité des enfants sont gravement compromises par l'inconduite notoire ou l'abandon moral et matériel du foyer ».

⁴³ Voy. article 21, alinéa 2 du CPF.

⁴⁴ Voy. Article 21 alinéa 2 du CPF.

d'une date pour procéder à la tentative de conciliation⁴⁵. Mais, après avoir réceptionné la requête et entendu le demandeur, avant que les choses n'aillent en profondeur, le juge peut tenter de le ramener à la raison en essayant d'obtenir de lui qu'il renonce à son projet de divorce. Devant la persistance du demandeur en divorce et si la situation l'exige, le juge peut autoriser provisoirement l'époux demandeur à résider séparément et prescrire les mesures qui s'imposent relativement aux enfants mineurs⁴⁶. C'est alors qu'une tentative de conciliation sera organisée par le juge à une date qu'il fixe (1). En cas d'échec, l'on doit se résoudre à passer au jugement de divorce avec un large pouvoir d'appréciation laissé au juge dans l'examen des griefs (2).

1. Une tentative de conciliation obligatoire

16. La requête une fois réceptionnée et la tentative de dissuasion échouée en raison de la persistance du demandeur de continuer la procédure, une tentative de conciliation est organisée entre les époux par le juge. C'est une procédure obligatoire organisée par les articles 373 et suivants du CPF. Il s'agit pour le juge, par un suprême effort, d'essayer de les faire renoncer à leur projet de divorce. Le juge entend alors les époux l'un après l'autre puis ensemble en sa présence, hors la présence de leurs avocats. Lors de chaque séance, chaque époux doit pouvoir s'exprimer librement, ce qui peut permettre au juge de trouver une solution à leurs difficultés conjugales. La pratique montre que le juge, pour atteindre des résultats positifs, fait souvent recours aux témoins de mariage ou autres conseillers conjugaux⁴⁷, qui sont mis à contribution dans la recherche de solutions utiles à la crise conjugale⁴⁸.

17. Cette tentative de conciliation peut se terminer de trois manières.

En premier lieu, elle peut aboutir à une conciliation des époux. Le juge rend alors une ordonnance de conciliation qui met fin à la procédure⁴⁹. Si, ultérieurement, l'un des époux souhaite à nouveau demander le divorce, il doit reprendre la procédure à son début par une requête initiale. Mais toute demande fondée sur les faits antérieurement invoqués, est irrecevable. En deuxième lieu, il peut apparaître que, au fil des discussions, les époux soient favorables à une conciliation à l'issue d'un certain délai de réflexion. Le juge peut alors suspendre la tentative de conciliation pour la reprendre après avoir aménagé aux époux un temps de réflexion qui ne saurait excéder trois mois renouvelables sans dépasser six mois⁵⁰. En troisième et dernier lieu, et c'est l'hypothèse de loin la plus fréquente, la tentative de conciliation échoue. Dans ce cas et selon les termes de l'article 379 du CPF, « le juge rend sur-le-champ une ordonnance de non-conciliation et autorise l'époux demandeur à poursuivre sa demande en divorce ». La phase préparatoire de conciliation a donc échoué et il conviendra que l'on s'apprête à passer à la phase de jugement qui videra le fond même du litige.

18. Mais l'instance qui s'annonce risque de durer un certain temps car rares sont les procédures de divorce contentieux qui durent moins d'un an. Il est alors nécessaire de régler la vie matérielle de la famille pendant la durée de cette instance. Il est évident, en effet, comme le souligne un auteur que, « si le mariage n'est pas dissous tant que le divorce n'a pas

⁴⁵ Mais bien souvent, la requête est faite dans le but de rompre le lien matrimonial alors elle s'accompagne de demande de mesures de sauvegarde comme la résidence séparée, la pension alimentaire et la garde des enfants.

⁴⁶ Article 373 alinéa 2 du CPF.

⁴⁷ La profession de conseil conjugal est toutefois très peu usitée dans notre pays.

⁴⁸ Julien N. DABIRE, *Droit de la famille*, op. cit., n°839.

⁴⁹ Voy. Article 377 du CPF.

⁵⁰ Voy. Article 375 du CPF.

été prononcé, l'existence d'un procès rend quasiment impossible un déroulement normal de la vie familiale »⁵¹. Aussi est-t-il nécessaire au juge de prendre, à l'issue de la tentative de conciliation, des mesures provisoires, dont l'objet est précisément d'organiser la vie de la famille d'une manière provisoire qui se prolonge parfois pendant plusieurs années.

Ces mesures provisoires portent d'abord sur la résidence des époux. Le juge les autorise à résider séparément et il décide d'attribuer à l'un des époux la jouissance de la résidence et du mobilier dont le ménage jouissait en commun jusqu'alors. Il ne devra pas se contenter dans ses ordonnances de non-conciliation, comme cela se constate chez le juge burkinabè de déclarer qu'il « autorise les époux à résider séparément » sans autres précisions⁵². Il faut reconnaître qu'à ce niveau déjà, des précisions sont nécessaires de la part du juge, selon que le logement est en location ou appartient en commun aux époux. Si le logement est en location, les deux époux continuent d'être solidairement tenus envers le bailleur, à qui la procédure en cours n'est pas opposable⁵³. Si le logement appartient en commun aux deux époux, celui qui l'occupe seul est en principe débiteur d'une indemnité de jouissance⁵⁴. Il est donc opportun que le juge indique s'il entend attribuer la jouissance à titre onéreux ou à titre gratuit, cas dans lequel cette jouissance apparaît comme une exécution en nature du devoir de secours entre époux qui subsiste jusqu'au prononcé du divorce définitif. Si le juge se permet de garder le silence sur ces aspects, il n'est pas exclu qu'ultérieurement des difficultés surgissent lors de la liquidation et il faudra alors interpréter rétroactivement l'ordonnance de non-conciliation pour rechercher si la jouissance était conçue comme onéreuse ou gratuite, notamment en tenant compte du montant de la pension alimentaire. Dans la pratique en tout cas, les décisions étudiées montrent que dans cette phase, le juge ne se préoccupe guère de ces questions importantes et se contente de constater l'échec de la tentative de conciliation.

Ensuite, en cas d'existence d'enfants mineurs, le juge prend une décision concernant leur garde. Il attribue la garde à l'un des parents et régleme, si besoin est, le droit de visite de l'autre parent⁵⁵. Il fixe également la contribution que l'époux qui n'a pas la garde des enfants devra verser à l'autre pour leur entretien et leur éducation. Le juge peut aussi fixer, si l'un des époux se trouve dépourvu de revenus personnels, la pension alimentaire qu'il pourra percevoir de l'autre. Toutefois, cette pension alimentaire destinée à l'époux indigent n'est pas à confondre avec celle versée pour l'entretien des enfants. Mais, ces deux pensions, quoique distinctes, se trouvent souvent versées au même époux, à savoir la mère qui a la charge des enfants et qui n'a pas de ressources professionnelles.

Enfin, le juge devrait prendre toutes les mesures d'ordre matériel qui s'imposent notamment ordonner l'établissement d'un inventaire des biens communs, l'apposition de scellés, la remise d'objets personnels ou encore la restriction des pouvoirs des époux par

⁵¹ A. BENABENT, *Droit civil, la famille*, op. cit., n°265.

⁵² En ce sens, TGI de Ouagadougou, jugement n° 589 du 11/06/2008, inédit ; TGI de Ouagadougou, jugement n°458 du 16/05/2007, inédit ; TGI de Ouagadougou, jugement n°633 du 25/06/2008, inédit.

⁵³ En effet, tant que les formalités du divorce n'ont pas été accomplies, les tiers sont fondés à considérer que les époux sont encore mariés et exiger l'application des règles du régime matrimonial.

⁵⁴ Voy. article 379, 4° du CPF, Voy., également, A. BENABENT, *Droit civil, la famille*, op. cit., n°357.

⁵⁵ Le juge se prononce sur cette garde en tenant compte uniquement de l'intérêt de l'enfant et pourra, pour déterminer cet intérêt, commettre toute personne qualifiée à l'effet de recueillir des renseignements sur la situation morale et matérielle de la famille.

rapport à la gestion de certains biens communs comme, par exemple, interdire des opérations sur un compte joint⁵⁶.

Ces mesures provisoires sont destinées à durer aussi longtemps que dure l'instance en divorce elle-même. Mais, comme elles sont essentiellement motivées par des besoins conjoncturels, elles peuvent à tout moment varier. Il se peut que, durant le déroulement de l'instance, certaines circonstances viennent à se modifier. En ce cas, les époux ou l'un d'eux pourront à tout moment revenir devant le juge pour demander la modification de l'attribution de la garde des enfants, la modification du montant de la pension alimentaire, etc. Cette demande doit cependant reposer sur un fait nouveau pour ne pas apparaître comme une voie de recours déguisée contre la première décision.

Si l'instance se poursuit normalement et aboutit à une décision prononçant le divorce, les mesures provisoires prendront fin au jour où le divorce deviendra définitif, c'est-à-dire non pas au jour de la décision prononçant le divorce, mais au jour où cette décision est passée en force de chose jugée⁵⁷. Si l'instance n'est pas poursuivie, c'est-à-dire si l'époux demandeur n'utilise pas de l'autorisation qui lui a été donnée d'assigner son conjoint dans un délai de six mois, les mesures provisoires tomberont à l'expiration de ce délai⁵⁸. Si, enfin, l'instance aboutit à une décision rejetant la demande en divorce, les mesures provisoires prendront normalement fin en même temps que cette instance, c'est-à-dire lorsque cette décision deviendra définitive. Cependant, il est évident que la décision rejetant la demande en divorce ne résoudra pas les problèmes matériels et moraux qui avaient exigé que ces mesures provisoires soient prises. Aussi, le juge devrait-il prendre des mesures matérielles destinées à régler la vie de la famille. Il peut notamment statuer sur la contribution aux charges du mariage, la résidence de la famille et la garde des enfants mineurs. Il procède ainsi, si besoin en est, à une certaine organisation de la séparation de fait qui s'instaure souvent entre les époux dans une telle circonstance.

19. Il faut dire pour terminer sur ce point que l'opportunité et l'utilité de la tentative de conciliation donnent lieu à des appréciations divergentes. L'observation de la pratique démontre en effet que son efficacité est faible. Le nombre d'époux qui sortent réconciliés de cette tentative est extrêmement réduit. De plus, on peut s'interroger avec cet auteur⁵⁹ qui se demande « si les réconciliations obtenues de cette manière sont véritablement durables et si les rares époux renonçant, à la suite de la tentative de conciliation, à la procédure ne sont pas de ceux qui, six mois, un an ou deux ans au plus tard, présenteront à nouveau une demande de divorce » ?

20. Quoi qu'il en soit, l'on peut observer que les conditions matérielles dans lesquelles se déroule la tentative de conciliation ne sont pas toujours propices à son succès. En effet, les magistrats sont souvent très chargés par d'autres tâches dans la même juridiction et ne peuvent pas consacrer à la tentative de conciliation le temps qu'il faudrait pour résoudre avec les deux époux leurs difficultés. D'où la tendance de la part des juges de faire de la tentative de conciliation une simple formalité à observer sans trop d'investigations. A leur décharge, l'on peut évoquer cette promiscuité dont ils sont parfois victimes, se retrouvant à deux ou trois dans un bureau exigüé partageant souvent le même ordinateur, toute chose qui ne rend

⁵⁶ Compte ouvert au nom de deux personnes mariées ou non mariées. Les cotitulaires sont responsables solidairement du fonctionnement du compte. Si rien n'a été prévu, en cas d'émission de chèques sans provision, chacun des deux cotitulaires du compte est frappé d'une interdiction d'émettre des chèques.

⁵⁷ Au Burkina Faso, ce délai de recours est uniforme. Il est d'un mois, dérogeant ainsi au droit commun.

⁵⁸ Voy. Article 380 du CPF.

⁵⁹ A. BENABENT, *Droit civil, la famille*, op. cit., n°263.

pas facile la discussion sereine avec des justiciables en difficulté conjugale pour des résultats probants.

21. Malgré cette faible efficacité, l'institution est maintenue et le juge doit obligatoirement tenter de réconcilier les époux en crise conjugale. Ce n'est qu'en cas d'échec dûment constaté, qu'il pourra les autoriser à poursuivre l'examen de leur litige au fond où il disposera d'un large pouvoir d'appréciation des faits.

2. Un large pouvoir d'appréciation des fautes

22. Dans le divorce contentieux, le juge apparaît comme le « chef d'orchestre » de la procédure. La tentative de conciliation ayant échoué, chaque époux va se présenter au juge accompagné éventuellement de son conseil pour établir la faute de son conjoint et essayer d'emporter la conviction du juge en sa faveur. Il peut s'agir notamment de voir officiellement reconnaître par l'Etat la culpabilité de l'un et ou l'autre dans l'échec du couple ; le prononcé du divorce est alors recherché pour « punir » l'époux coupable et « consoler » l'époux innocent. Par ailleurs, il peut s'agir de bénéficier des éventuels effets de la faute qui déchoit, le cas échéant, le coupable de certains droits et confère quelques avantages à l'innocent. Mais il convient de préciser que n'importe quelle faute ne constitue pas une atteinte au mariage. En situant la faute dans la perspective des devoirs du mariage, on observe que les obligations qui en découlent, particulièrement les obligations de respect et d'assistance, ont un contenu extrêmement étendu qu'il est permis de faire disposer le juge d'un large pouvoir d'appréciation. Ainsi, le juge peut retenir comme faute, non seulement les faits qui constituent une violation d'une obligation expressément prévue par le Code des personnes et de la famille à la charge des époux, mais encore tout fait qui constitue une attitude qui, d'une manière générale, doit être réprouvée entre époux.

23. Il serait fastidieux de donner une liste exhaustive des comportements susceptibles de constituer de telles violations. Cependant, à titre d'exemples, l'on peut tenter de répertorier les types de fautes le plus souvent rencontrées dans la pratique jurisprudentielle burkinabè, étant précisé qu'en la matière, il est reconnu aux juges du fond un large pouvoir d'appréciation, ouvrant ainsi la voie à une grande variété jurisprudentielle⁶⁰. A ce titre, les manquements au devoir de fidélité expressément attachés au mariage par le CPF constituent, en premier lieu, les violations les plus usitées. Ces manquements résultent non seulement de l'adultère proprement dit et consommé, mais également de l'ensemble des relations équivoques avec un tiers, qui peuvent être considérées comme injurieuses pour le conjoint, même si l'adultère n'est pas véritablement prouvé. Ainsi, une femme, qui ne conteste pas être tombée enceinte d'une personne autre que son mari, reconnaît ainsi les faits d'infidélité allégués par son époux⁶¹ ; un homme qui vit avec une femme autre que son épouse légitime dont il prétend être une simple amie cache mal l'unique volonté de vivre avec une maîtresse et, à l'évidence, entretient des relations adultérines⁶² ; une femme qui reconnaît avoir envoyé un message à une tierce personne au-delà de ce que la convenance peut autoriser à une femme mariée, surtout le fait d'avoir enregistré dans son téléphone portable le nom de « monsieur Ilboudo » sous « madame Ilboudo » au motif de le distinguer d'un autre Ilboudo rend son comportement davantage sujet à interprétation et l'attitude de Mme Ganou, même si elle ne fournit pas la

⁶⁰ Cela n'exclut pas que leurs conceptions personnelles puissent influencer sur le contenu de leurs jugements.

⁶¹ TGI de Ouagadougou, jugement n°116/07 du 31 janvier 2007, affaire Lamizana Issa c/ Lamizana née Fofana Absata, inédit.

⁶² TGI de Ouagadougou, jugement n°077 du 23 janvier 2008, Affaire Traoré née Cissé Safiatou c/ Traoré Hamidou, inédit.

preuve formelle d'une infidélité, est pleine d'équivocité et doit, de ce fait, être regardée comme constitutive d'une injure grave à l'égard de son mari.

24. En second lieu, le manquement de l'un des époux et tout spécialement du mari à l'obligation de contribuer aux charges du mariage est une violation des obligations assez fréquemment relevée également. Une telle défaillance se rencontre parfois lorsque les époux vivent en commun et que l'un d'eux, spécialement le mari de mauvaise volonté, ne peut ou ne veut pas fournir les subsides nécessaires à la famille. Elle se rencontre plus souvent en présence d'une situation où les époux sont séparés et où l'un d'eux néglige de subvenir aux besoins de l'autre et, éventuellement, des enfants⁶³. Le manquement au devoir de cohabitation, c'est-à-dire l'abandon définitif ou même provisoire du domicile commun par l'un des époux sans le consentement de l'autre, est naturellement constitutif d'une faute⁶⁴. A cet égard, il convient de préciser que le domicile commun étant choisi par un accord entre les époux, la faute consiste de la part de l'un quelconque des époux à se refuser systématiquement à donner son accord pour le choix d'un domicile commun, soit, plus fréquemment, ce domicile commun ayant été choisi et déterminé, à l'abandonner ou à n'y paraître qu'épisodiquement. Bien évidemment, le refus de laisser l'autre accéder à ce domicile commun constitue aussi une violation du devoir de cohabitation. Surtout, le refus de relations charnelles qu'implique le devoir de cohabitation intime constitue une faute, du moins s'il est injustifié.

25. Enfin, ce sont les manquements au devoir de respect qui fournissent depuis longtemps les plus gros bataillons de fautes conjugales : violences physiques, scènes et propos injurieux, maraboutage⁶⁵, attitudes de mépris, d'indifférence ou d'ignorance⁶⁶, le défaut de soins et d'attentions à l'égard des enfants⁶⁷, les injures commises par l'un des époux à l'égard de la famille de l'autre⁶⁸, y compris les enfants antérieurs.

26. En tout, la jurisprudence impose aux époux un devoir de loyauté⁶⁹. Cela entraîne notamment que la dissimulation par l'un des époux à l'autre des faits antérieurs au mariage constitue une faute, bien que cette dissimulation soit en réalité antérieure au mariage et qu'elle puisse difficilement apparaître comme constituant un manquement à des obligations qui n'étaient pas encore nées. La jurisprudence considère, en réalité, que le maintien de cette dissimulation postérieurement au mariage constitue une déloyauté. Plus particulièrement, la

⁶³ En ce sens, le TGI de Ouagadougou déclare qu'enfreint ses devoirs l'époux qui abandonne moralement et matériellement son foyer contraignant son épouse à vendre la bouillie pour subvenir aux besoins des enfants, TGI de Ouagadougou, jugement n°959 du 12 décembre 2007, affaire Ouédraogo Ablassé c/ Ouédraogo née Soalla Asséta, inédit. Voy. aussi TGI de Ouagadougou, jugement n°135 du 06 février 2007, affaire Vitoulé née Oubda Mireille W.L.P. c/ Vitoulé Rodrigue Eulèche, inédit.

⁶⁴ En ce sens, voy., TGI de Ouagadougou, jugement n°344 du 20 juin 2007, Yaméogo née Apiou Marie-Jeanne c/ Yaméogo Ousmane, inédit.

⁶⁵ Pour un époux ayant découvert que son épouse a introduit un produit étranger dans sa bouteille de piment dont il est seul consommateur et a placé sous le lit conjugal une calebasse recouverte d'un pagne avec une feuille sur laquelle son nom était inscrit au titre des sacrifices que son épouse devait faire.

⁶⁶ Pour une épouse ayant, lors d'une émission télévisée, parlé de ses enfants comme s'ils n'avaient pas de père : Civ. 2ème, 9 février 1986, Gaz. Pal. 1986. Pan. 246.

⁶⁷ L'attitude adoptée à l'égard de leur éducation peut par exemple être prise en compte.

⁶⁸ A cet égard, la jurisprudence observe un juste milieu. Si elle considère qu'il est injurieux pour l'un des époux de voir ses parents maltraités ou boudés par l'autre, elle considère, en revanche, qu'il est excessif pour l'un des époux de vouloir imposer ses parents au domicile conjugal. En ce sens, voy., notamment civ., 2ème, 22 mai 1963 : Bull.civ. II, n°368, p. 273 ; Civ., 2ème, 15 mars 1961 : Bull. civ., II, n°218, p. 157.

⁶⁹ Y. Guyon, L'obligation de sincérité entre époux : RDT civ. 1964, 473.

dissimulation d'affections physiques graves⁷⁰, d'habitudes liées à la drogue, d'affections mentales⁷¹, d'une attitude politique ou religieuse⁷² ou encore de certaines sanctions ou peines antérieurement encourues, est souvent retenue comme faute à l'égard du conjoint⁷³. A fortiori la dissimulation pendant le mariage d'événements importants (grossesse de l'épouse, vie professionnelle et financière, activité religieuse), est-elle fautive. Même non dissimulés, certains comportements peuvent revêtir en eux-mêmes un caractère déloyal constituant une faute conjugale comme par exemple la conception d'un enfant sans l'accord du conjoint. Des excès de tout genre peuvent aussi devenir faute conjugale : jeu, jalousie, religion, etc.

27. Mais, le juge rejette la demande de divorce lorsqu'elle se fonde, par exemple, sur le désaccord de la famille du demandeur sur le choix de l'épouse et l'autorisation préalable de l'employeur⁷⁴ ou encore si l'autre époux établit que le divorce aurait pour lui, compte tenu de son âge et de la durée du mariage, des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté⁷⁵ ou en cas de réconciliation⁷⁶. Il s'agit plutôt ici des cas de fins de non-recevoir que le juge a méconnu dans les espèces citées en les traitants comme des cas de divorce pour faute.

28. Il convient de noter toutefois que les violations des obligations résultant du mariage, dont on constate l'extrême variété, n'emportent pas automatiquement le prononcé du divorce. En effet, pour que la cause de divorce prévue par la loi soit constituée, la violation doit non seulement exister, mais aussi présenter une double condition. Elle doit être grave ou renouvelée et rendre intolérable le maintien de la vie commune. La première condition entend ne pas attacher la sanction particulièrement grave qu'est le divorce à une violation légère et occasionnelle des obligations du mariage. La vie commune présente des difficultés et si le moindre manquement aux obligations du mariage emportait divorce, aucun mariage ne subsisterait bien longtemps. La violation doit donc être suffisamment consistante pour être admise au prononcé du divorce. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit à la fois grave et renouvelé ; il suffit qu'il soit l'un ou l'autre. Un manquement grave suffira, même s'il est unique ; des manquements renouvelés suffiront même s'ils sont légers. Ainsi, un époux qui abandonne le domicile conjugal et qui ne peut subvenir aux besoins de sa famille enfreint gravement aux obligations du mariage⁷⁷. De même, un époux qui reconnaît avoir dit à son épouse « qu'elle est une femme de malheur et que si elle refuse de rentrer chez elle, c'est

⁷⁰ Civ. 2ème, 5 juillet 1956 : D. 1956, 609.

⁷¹ Rennes, 22 février 1978 : D. 1979, Inf. rap. 210, obs. Breton.

⁷² Trib. Civ. Seine, 19 mai 1888 : Gaz. Pal. 1888, 1, 817 pour l'état de prête.

⁷³ Liège, 4 déc. 1923 : D. 1924, 2, 149.

⁷⁴ TGI de Ouagadougou, jugement n°458 du 16 mai 2007, Faitour Khaled Mohamed c/ Bekhtaoui Yamina, inédit.

⁷⁵ TGI de Ouagadougou, jugement n° 672 du 23 juillet 2008, Sawadogo Issa c/ Sawadodo née Apiou Louise Martine Lydie, inédit. Dans cette affaire, l'épouse, redoutant les conséquences du divorce du fait qu'elle est d'un âge avancé (45 ans) et a vécu 15 ans de mariage avec son époux, estime que le divorce aura des conséquences très dommageables sur sa vie.

⁷⁶ En ce sens, voy., TGI de Ouagadougou, jugement n° 503/2007 du 23 janvier 2007 dans lequel le tribunal déclare : « attendu qu'en l'espèce, les époux ont démontré qu'en dépit des sévices retenus contre l'épouse, la vie commune était encore possible ; que pour preuve, quelque temps après ces faits, ils ont mis au monde leur deuxième enfant et deux ans environ après, ils ont fêté leur anniversaire de mariage ; que ces différents éléments devant s'analyser comme une réconciliation, il en résulte qu'en l'absence d'une réitération des torts ou de la preuve de nouveaux torts, la demande de Ouédraogo Nestor, basée sur des faits que le comportement ultérieur du couple permet de considérer comme pardonnés, n'est pas fondé et doit être rejetée ».

⁷⁷ TGI de Ouagadougou, jugement n°135 du 06 février 2007, op. cit.

parce qu'il n'y a rien à manger en famille » se rend coupable de propos sérieusement outrageants constitutifs d'injures graves⁷⁸.

29. Cette première condition ne suffit pas ; il faut en plus que les violations graves ou renouvelées rendent intolérable le maintien de la vie commune. C'est là en effet que s'apprécie la gravité de la faute. La gravité d'une décision telle que le divorce ne se justifierait pas s'il n'était pas constaté que les fautes invoquées rendent impossible le maintien de la vie commune. Dans l'exemple du jugement n°543/2008 du 28 mai 2008, le TGI de Ouagadougou déclare que les injures graves de l'époux ont contribué à détériorer la vie commune et à rendre intolérable son maintien. Mais une telle déclaration, même associée à la faute grave établie du conjoint, ne démontre pas clairement le caractère intolérable du maintien de la vie commune.

Toutefois, en se référant à l'exposé des motifs de l'espèce, il ressort avec évidence que la vie conjugale du couple est traversée des scènes graves qui rendent intolérable son maintien. A ce propos, la femme explique que « son mari a été victime en 2003 d'une hémiparésie et qu'il allait de consultation en consultation pour trouver la cause de son mal. Que c'est alors qu'elle a remarqué un changement de comportement de son mari à son égard ; qu'il lui a dit un jour qu'elle est la cause de son mal parce qu'elle est une femme de malheur ; que depuis lors sa vie est devenue un enfer ; que son mari refuse qu'elle le touche ; qu'il ne cesse de l'agresser verbalement ; qu'il l'empêche de suivre la télévision ; qu'il ferme la porte en la laissant dehors avec l'enfant ; que depuis près de trois ans, ils n'entretiennent plus de relations intimes... ». Quant au mari, tout en déclarant ne pas s'opposer au divorce, expose que : « ... s'il a été amené à dire à sa femme qu'elle est une femme de malheur, c'est parce qu'elle lui a dit qu'il est un homme maudit et que c'est fini pour lui... ; que pour les relations intimes, il ne s'explique pas qu'une femme avec laquelle il est marié puisse lui exiger le port du préservatif ; que son épouse le traite de « fou », « d'homme anormal » ; que c'est sous l'effet de la colère qu'il a été amené à dire à son épouse que si elle s'abstient de rentrer chez elle, c'est parce que les siens n'ont rien à manger... ».

Aussi, le juge n'avait d'autres choix que de constater le maintien impossible du lien conjugal et l'on peut l'approuver d'avoir ainsi prononcé le divorce.

Selon l'article 383 du CPF, les faits invoqués en tant que cause de divorce ou comme défense à une demande peuvent être établis par tout mode de preuve, y compris l'aveu. Ainsi sont admis comme mode de preuve les témoignages⁷⁹, les lettres, écrites ou reçues, auxquels il faut aujourd'hui assimiler les courriels et SMS. Mais, il convient de préciser qu'en matière civile, contrairement à ce qui se passe en matière pénale, le juge n'a aucun pouvoir d'initiative quant à la recherche des témoins. Il appartient à chacun des époux de produire les témoignages qu'il juge utiles à sa cause. C'est ainsi qu'un tribunal⁸⁰ a débouté une épouse en sa demande de divorce parce qu'elle n'aurait pas produit le témoignage qu'elle alléguait. Le tribunal déclarait à cet effet que : « attendu qu'en l'espèce, Mme Moné avance des faits qui, s'ils sont prouvés sont de nature à entraîner le divorce ; attendu cependant qu'elle n'arrive pas à administrer la preuve de leur réalité ; Qu'une convocation qui lui a été remise pour leur

⁷⁸ TGI de Ouagadougou, jugement n°543/2008 du 28 mai 2008, affaire Borro née Tapsoba T. Angéline c/ Borro Marcel.

⁷⁹ Il faut exclure cependant le témoignage des enfants et descendants des époux même majeurs. En effet, bien qu'ils soient souvent les mieux placés en pratique pour connaître les faits, il serait manifestement inopportun de leur permettre de prendre parti officiel dans la querelle de leurs parents en venant témoigner au profit de l'un ou de l'autre. En ce sens, voy. A. BENABENT, *Droit civil, La famille*, op. cit., n°272.

⁸⁰ TGI de Ouagadougou, jugement n°744/2008 du 17 septembre 2008, affaire Kaboré Isabelle c/ Moné Théophile.

ancienne domestique aux fins de vérifier si son départ du domicile conjugal l'a été suite à sa répudiation de la part du mari comme cela est prétendu, n'a pu être notifiée, Mme Moné ayant soutenu que les parents de la bonne disent ne pas savoir où elle se trouve aujourd'hui ; attendu que faute d'avoir pu administrer la preuve de la réalité des faits par elle avancés, sa demande doit être rejetée comme n'étant pas justifiée ».

30. Dans tous les cas, comme le précise l'article 384, un époux ne peut verser aux débats les lettres échangées entre son conjoint et un tiers qu'il aurait obtenues par violence ou fraude. En application de cette règle, le TGI de Ouagadougou déclare dans une espèce que : « s'agissant de l'infidélité, la prétendue grossesse dont il aurait entendu parler étant à la fenêtre ne peut être, même avérée, prise en compte en ce que l'obtention de la preuve procède d'une fraude »⁸¹.

31. Tous ces éléments montrent que le juge a une part active dans le déroulement de l'instance en divorce. Il lui appartient d'apprécier le bien-fondé des allégations des uns et des autres et de décider souverainement du prononcé ou non du divorce. Il occupe donc une place déterminante dans le divorce contentieux contrairement au divorce par consentement mutuel où son intervention est quelque peu souple.

B. Le rôle du juge dans le divorce par consentement mutuel

32. Le divorce par consentement mutuel puise sa source dans l'accord des époux pour mettre fin au mariage qu'ils avaient conclu. Dans cette perspective, il appartient aux époux de régler globalement les conditions de leur divorce. Leur volonté commune étant le seul fondement de ce divorce, l'ensemble des conditions dans lesquelles ils prévoient ce divorce forme un tout. Ainsi, c'est à eux qu'il incombe d'en organiser toutes les conséquences. S'ils ne sont pas d'accord sur tel ou tel point, le divorce sur demande conjointe n'est pas possible. Le juge, qui aura un certain pouvoir de contrôle, ne pourra jamais ni modifier ni compléter l'accord intervenu, parce que celui-ci forme un tout indivisible et si l'on y ajoute un élément, en modifie ou en retire un autre, l'équilibre de l'ensemble risque d'être rompu. Le rôle du juge se limite donc à opérer un contrôle sur la sincérité de la volonté des époux. Il faut s'assurer que l'un n'a pas contraint l'autre à consentir⁸² et également, dans une certaine mesure, de l'équilibre des conséquences prévues. Le juge ne peut jamais prendre d'initiative : tout ce qu'il pourra faire, si les conditions prévues ne lui paraissent pas viables, est de refuser d'homologuer en l'état la convention. Ce simple contrôle judiciaire (1) permet finalement d'aboutir à une procédure particulièrement accélérée (2).

1. Un simple contrôle judiciaire de la volonté des époux au divorce

33. Lorsque le juge est saisi, il vérifie d'abord la recevabilité de la demande conjointe et du projet de convention. Il s'assure, d'une part, que les époux ont respecté les conditions requises par l'article 358 du CPF, à savoir plus de deux ans de mariage et qu'aucun d'eux ne se trouve placé sous l'un des régimes de protection des incapables⁸³, et, d'autre part, que la

⁸¹ TGI de Ouagadougou, jugement n°490/2007 du 30 mai 2007, affaire Ilboudo Siméon Pacôme c/ Ilboudo née Ilboudo K. Béatrice, inédit.

⁸² C'est dans cette optique que certains auteurs soulignaient les dangers de cette forme de divorce, en faisant valoir notamment que la possibilité d'un divorce par consentement mutuel pouvait inciter celui des deux époux désirant sortir du mariage à exercer toutes sortes de pressions sur l'autre pour obtenir son consentement. En ce sens, Voy., le plaidoyer passionné d'HENRI MAZEAUD, « Le divorce par consentement forcé », *D.* 1963.1.141, en réponse à la proposition de G. CHESNE, « Le divorce par consentement mutuel », *D.* 1963.1.95.

⁸³ Voy., article 359 du CPF.

demande conjointe remplit toutes les conditions posées à l'article 361 du CPF. Ensuite, le contrôle judiciaire va porter sur l'existence et la valeur du consentement des époux. Le juge se doit de vérifier que la convention des époux émane d'une volonté sérieuse et libre. Ainsi entendu, le contrôle du juge ne doit pas s'étendre aux motifs du divorce ; les époux n'ont pas à les dévoiler ni dans leur requête conjointe ni au cours des entretiens qu'ils auront avec le juge⁸⁴. Celui-ci devra plutôt chercher à se convaincre de la seule détermination des époux de se délier de leur lien conjugal.

Pour ce faire, l'article 362 du CPF l'autorise à recevoir successivement puis ensemble les époux, assistés éventuellement de leurs conseils. Au cours des entretiens, le juge fait les observations qu'il estime convenables et s'assure que leur consentement remplit toutes les conditions exigées par la loi. Il pose aux époux toutes questions utiles en ce qui concerne le sort de leurs biens et celui réservé aux enfants. Cet entretien très capital pour les époux leur donne l'occasion soit de renoncer à leur décision, soit de confirmer devant le juge l'expression de leur entière volonté de divorcer.

34. Lorsque le juge a acquis la conviction de la libre volonté des époux et s'il ne relève dans leurs accords aucune disposition contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, il rend sur-le-champ un jugement prononçant le divorce et homologuant la convention sur les conséquences du divorce⁸⁵. Si, par contre, le juge constate que certaines solutions adoptées par les époux ne sont pas conformes à la légalité, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux, il en avertit les parties et les engage à modifier leur accord. A cet effet, il les renvoie à une audience ultérieure qui ne peut être fixée au-delà d'un mois⁸⁶. En tout, lorsqu'il n'y a pas d'accord sur les modifications requises, ou si le consentement de l'une des parties n'a pas été exprimé dans les conditions exigées par la loi, le juge rejette purement et simplement la demande. Dans ce cas, les époux resteront mariés et, s'ils souhaitent toujours divorcer, ils devront recommencer une nouvelle procédure de divorce.

35. On le voit bien le divorce par consentement mutuel présente l'avantage de laisser à la volonté des époux le soin de régler l'ensemble des conditions de leur séparation. Le rôle du juge n'est donc pas de trancher un quelconque différend ni même de contribuer à l'organisation du divorce. Sans que l'on puisse parler d'un rôle passif, il s'agit en réalité d'une mission de contrôle et d'une intervention liée⁸⁷. Ce pouvoir laissé au juge, protecteur de l'équité entre époux et gardien de l'intérêt des enfants, prouve en quelque sorte que le mariage n'est pas l'affaire des seuls époux. La société y veille, à travers le juge pour la sauvegarde des intérêts en présence et c'est à ce dernier que revient le pouvoir de prononcer le divorce sous la forme d'un jugement. Deux effets sont attachés à cette décision. D'abord, c'est un jugement de divorce qui emporte la dissolution du lien matrimonial. Ensuite, c'est un jugement qui rend exécutoire la convention régissant les effets du divorce relativement aux biens et aux enfants issus du mariage. Quant à la prise d'effet, le jugement produit ses effets entre les époux au jour du jugement. A l'égard des tiers, le jugement produit ses effets à compter de sa mention

⁸⁴ En ce sens, un auteur écrit : « le divorce par consentement mutuel étant un divorce fondé sur des causes indéterminées ou plus exactement des causes inavouées ou secrètes, les époux peuvent considérer que la rupture est en fait consommée entre eux et que toutes les interventions notamment des témoins ou amis n'ont pas permis d'aplanir les dissensions » (J. N. DABIRE, *Droit de la famille*, op. cit., n°768).

⁸⁵ Voy. article 363, al. 1 du CPF.

⁸⁶ Voy. article 363 al. 2 du CPF.

⁸⁷ A. BENABENT, *Droit civil, Droit de la famille*, Montchrestien, Paris 2010, n°453.

aux différents registres d'état civil⁸⁸. Toutefois, si un des époux est commerçant, les accords entre époux concernant les biens ne seront opposables aux créanciers que trois mois après la mention du jugement au registre de commerce et du crédit mobilier.

36. Par ailleurs, la question s'est posée de savoir si la décision de divorce par consentement mutuel peut faire l'objet d'une voie de recours. En l'absence de dispositions expresses, l'on peut faire observer que la nature de la procédure « gracieuse » de ce type de divorce emporte une différence radicale selon que le juge accueille ou rejette la demande. Si une décision de rejet ou d'ajournement fait grief aux époux en repoussant leur demande ou en subordonnant son accueil à des conditions qui ne leur conviennent pas, elle peut être frappée des voies de recours de droit commun et la logique commande que ce recours soit formé ensemble par les deux époux. Pour la décision d'homologation de la convention, la situation est différente car on imagine mal les parties contester cette décision conforme à leur demande. Mais, il semble qu'un recours puisse être ouvert à chacun des époux si des aspects importants, comme par exemple la sauvegarde de l'intérêt des enfants⁸⁹, n'ont pas été vérifiés⁹⁰. Toujours est-il que d'autres voies de recours plus exceptionnelles pourront être utilisées plus tard comme le recours en interprétation si la convention se révèle, à l'épreuve de sa mise en œuvre, porteuse d'ambiguïté⁹¹, voire même du recours en révision s'il se découvre une fraude de la part d'un des époux.

37. Quant aux tiers auxquels la convention porterait préjudice en ses dispositions matérielles, par exemple en plaçant les biens saisissables dans le lot de l'époux non débiteur, ils ne disposent pas de l'action paulienne⁹², mais pourront former tierce opposition contre la convention homologuée. Elle aura pour seul effet d'obtenir que la convention leur soit déclarée inopposable sans toutefois remettre en cause ni le prononcé du divorce, ni la validité de cette convention entre les époux et les autres tiers.

38. L'analyse des décisions des tribunaux burkinabè en matière de divorce par consentement mutuel ne donne pas d'exemples d'exercice de voie de recours. Les jugements sont marqués par une certaine simplicité, le juge se contentant de vérifier l'existence des conditions légales et prononçant le divorce des époux demandeurs. Le divorce par consentement mutuel se caractérise donc par des formalités d'une grande simplicité et une procédure particulièrement accélérée.

2. Une procédure légale particulièrement accélérée

39. En plus de sa simplicité, la procédure légale du divorce par consentement mutuel est particulièrement rapide⁹³. En effet, dans le cas où l'action est recevable⁹⁴, l'instance connaît

⁸⁸ Les mentions sont faites en large de l'acte de naissance de chacun des époux et de l'acte de mariage. Cette mention doit intervenir dans un délai de 3 mois qui suit le prononcé du jugement selon les termes de l'article 365 du CPF.

⁸⁹ Cela se justifie parce que les décisions concernant les enfants sont toujours provisoires et donc susceptibles de révision.

⁹⁰ Voy. Civ. 2ème, 4 mars 1981, Bull. Civ. II, n°45.

⁹¹ Civ. 2ème, 13 mars 1985, Bull. civ., II, n°66.

⁹² Civ. 2ème, 25 novembre 1999, Bull. civ. II, n° 177.

⁹³ Voy. J.Y. TOE, « Les cas de divorce dans le nouveau Code burkinabè des personnes et de la famille », Revue Penant, Vol. 105, 1995, p. 45.

⁹⁴ Il faut rappeler que l'instance débute par une demande conjointe qui se heurte à une fin de non-recevoir ou à une incapacité d'agir. La fin de non-recevoir joue toutes les fois que le recours au divorce par consentement mutuel intervient au cours des deux premières années de mariage. De même, aucune demande n'est recevable si

un dénouement rapide. Aucune tentative de conciliation n'est prévue dans la procédure et le juge « rend sur-le-champ un jugement prononçant le divorce et homologuant la convention sur les conséquences du divorce s'il estime que la volonté des époux s'est manifestée librement et s'il ne relève dans leurs accords aucune disposition contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs »⁹⁵. Ce n'est que dans le cas contraire, et spécialement lorsque « la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux » que le juge « les renvoie à une audience ultérieure qui ne peut être fixée au-delà d'un mois » aux fins de modification de la convention⁹⁶. Faute pour les époux de s'entendre sur les modifications requises, la demande est purement et simplement rejetée⁹⁷.

40. Comme on peut le constater, l'instance de divorce par consentement mutuel ne comporte pas de nombreuses étapes et se dénoue en principe dans un délai inférieur à un mois si les époux font diligence pour produire, en même temps que la demande conjointe, les pièces et documents qui doivent l'accompagner. Aux premiers moments de l'application du code des personnes et de la famille, certains tribunaux burkinabè avaient semblé contourner cette procédure légale en requérant des demandeurs qu'ils réitérent leur demande⁹⁸ après un délai de réflexion⁹⁹. Vivement critiquée par la doctrine¹⁰⁰, cette pratique n'a plus cours devant les tribunaux burkinabè qui se contentent de la procédure légale en raison notamment de son caractère d'ordre public, même s'il n'est pas exclu que certains juges tentent une procédure informelle de conciliation entre les époux. C'est le cas notamment de ce juge¹⁰¹ qui affirme avoir l'habitude d'organiser des « sorties » dans des restaurants accompagné des époux pour discuter de tout et de rien et abordant en filigrane leur difficulté. Les résultats sont, semble-t-il satisfaisants puisque à travers ces « sorties récréatives » certains couples renoncent à poursuivre la procédure. C'est dire que si cette pratique devait se généraliser avec les mêmes résultats satisfaisants, le postulat selon lequel les chances de conciliation dans le divorce par consentement mutuel seraient quasiment nulles¹⁰² serait battu en brèche. Ainsi, dans le divorce par consentement mutuel, la discorde des époux a nécessairement pour cause la faillite du ménage qui, elle-même, a pour cause la faute de l'un ou l'autre des époux ou l'inaptitude qu'ils ont à se supporter, ou l'intervention d'un tiers (amant, maîtresse, belle-mère, ou les trois ensemble), ce qui rend insupportable le maintien de la vie commune. Cette cause qui n'a pas à être révélée par les époux n'exclut pas cependant toute réconciliation.

41. L'on peut estimer, en tout état de cause, que, si dans le divorce contentieux, il est admis que le juge apprécie les causes avancées et décide souverainement, dans le divorce par consentement mutuel il devrait aussi être en mesure, non pas de refuser le divorce, mais d'attirer l'attention des époux sur le caractère non irrémédiablement compromis de leur lien

les époux demandeurs ne peuvent pas justifier de leur qualité d'époux. Selon un auteur « la capacité d'agir prend un relief particulier du fait de la nature contractuelle du divorce par consentement mutuel. En ce sens, l'époux placé sous un régime de protection ne peut donner un consentement libre et conscient au divorce et, par suite, ne peut valablement se joindre à une quelconque demande formulée en vue d'obtenir le divorce par consentement mutuel ». Voy. J.Y. TOE, op. cit, p. 49.

⁹⁵ Voy. article 363, al. 1er du CPF.

⁹⁶ Voy. article 363, al. 2 du CPF.

⁹⁷ Voy. supra, n°27.

⁹⁸ Il s'agissait d'un emprunt au droit français en son article 231 du Code civil qui a été abrogé par la loi L. n°2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

⁹⁹ Tribunal de première instance de Ouagadougou, jugement n°396 du 16 janvier 1991.

¹⁰⁰ J.Y TOE, op.cit, p. 50. Voy., également, B. KABORE, « Le divorce par consentement mutuel au Burkina Faso », *Mémoire de Maîtrise*, Université de Ouagadougou, FDSP, 1993, p. 31.

¹⁰¹ La confidence nous a été rapportée lors des entretiens avec des magistrats effectués dans le cadre des recherches sur le thème.

¹⁰² Voy. J.N. DABIRE, op. cit., n°768.

conjugal. D'ailleurs, le législateur lui-même n'exclut pas une telle possibilité puisqu'il permet au juge saisi de la demande conjointe de divorce de faire « les observations qu'il estime convenables »¹⁰³. Mais, comme on peut le constater, le législateur ne va pas jusqu'au bout de sa logique dans la mesure où aucun temps n'est accordé aux époux pour que les observations éventuelles du juge aient un effet certain. En faisant notamment coïncider l'audition des époux et la prise de décision, le législateur ne laisse aucun temps de réflexion aux époux pour évaluer les dires et observations du juge. Il ne serait donc pas inutile, dans le cadre d'une éventuelle réforme du Code des personnes et de la famille, de prévoir un temps de réflexion aux époux pour que l'alinéa 2 de l'article 362 soit suivi d'effet. En ce sens, l'on pourrait se contenter de reproduire au niveau de l'article 362, un alinéa 2 bis reproduisant les mêmes dispositions de l'alinéa 2 de l'article 375 du Code des personnes et de la famille¹⁰⁴.

42. Quoi qu'il en soit, cette forme de divorce devrait être réservée aux ménages jeunes, sans biens et sans enfants. L'on pense en effet que lorsqu'il n'y a ni biens à partager ni enfants dont le sort doit être réglé, les points de friction entre les époux sur l'organisation des conséquences du divorce devraient être rares et faciles à régler. Dès lors, il serait aisé de bâtir une organisation souple qui recueille leur accord avec un contrôle souple du juge. Par contre, s'il y a des enfants et des biens, les intérêts en présence peuvent avoir une certaine importance. Dans ces conditions, une organisation complexe qui préserve suffisamment les intérêts en présence devrait être envisagée. En France, sous l'empire de la loi de 1972, le divorce par consentement mutuel était entouré de forme et de conditions multiples sévères destinés à en empêcher les abus¹⁰⁵. En effet, outre le consentement des époux, réitéré trois fois, de trimestre en trimestre, il fallait l'avis conforme des parents de l'un et de l'autre ; il fallait qu'avant le jugement un accord fut intervenu entre les conjoints en vue de régler l'éducation des enfants et d'assurer leur sort ; enfin, il fallait que chacun des époux fit aux enfants l'abandon immédiat et complet de la moitié de sa fortune. Par ailleurs, le divorce créait à l'encontre de ceux qui y avaient recours diverses inaptitudes qui les faisaient d'autant plus hésiter : les époux divorcés ne pouvaient plus se remarier entre eux ; l'époux contre lequel le divorce aura été prononcé pour cause d'adultère ne pouvait épouser son complice ; d'une manière générale, l'époux coupable perdait les avantages que lui assurait son contrat de mariage. Ces précautions étaient prises pour éviter les divorces irréfléchis, mais aussi pour rendre l'institution peu accessible¹⁰⁶.

Sans aller jusqu'à préconiser l'adoption de ces règles sévères, il est possible toutefois d'inviter à une nécessaire relecture du dispositif procédural concernant l'institution du divorce par consentement mutuel, le tout étant de trouver un système qui préserve au mieux les intérêts en présence.

43. On le sait, le divorce produit la dissolution du mariage. Mais cette dissolution va nécessiter une organisation beaucoup plus précise que lorsqu'elle est la conséquence d'un veuvage. La survie, en effet, des deux époux, et la manière dont le divorce a pu être prononcé, vont imposer un certain nombre de mesures tant pour apurer la vie passée des époux que pour

¹⁰³ Voy. article 362, al. 2 du CPF.

¹⁰⁴ L'alinéa 2 de l'article 375 du CPF postule que si le juge estime que le rapprochement n'est pas exclu entre les époux, « il peut, si la demande en divorce est maintenue, ajourner la suite de l'instance à une date qui n'excédera pas trois mois, sauf à ordonner les mesures provisoires nécessaires. Ce délai est renouvelable sans toutefois que la durée de l'ajournement puisse dépasser six mois ».

¹⁰⁵ F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille, Les incapacités*, op. cit., n°481, p. 413.

¹⁰⁶ Voy., H. FLUCHIRON, « Un juge pour le divorce ? », in *le discours et le code*, Litec 2004, p. 183 s.

aménager leur vie futur. Il revient toujours au juge, outre le prononcé du divorce, de régler ses conséquences.

II. Le nécessaire réglage des conséquences du divorce par le juge

44. Le divorce consacre la rupture du lien conjugal. Cette rupture affecte la personne même des époux, leur état, leurs biens et leurs enfants. Dans le jugement qui prononce le divorce, le juge se doit de prendre les mesures nécessaires pour apurer la vie passée des époux et aménager leur vie future¹⁰⁷. Dans le divorce par consentement mutuel, il se contentera d'homologuer le projet de convention s'il apparaît qu'il préserve suffisamment les intérêts des époux et des enfants. Dans le divorce contentieux, il lui revient de régler lui-même les conséquences du divorce qu'il prononce. Quelle que soit donc la forme du divorce, le dernier mot revient au juge pour organiser ses conséquences d'ordre personnel (A) et patrimonial (B).

A. L'organisation des conséquences d'ordre personnel

45. En consacrant la dissolution du mariage, le divorce va rendre les époux à l'état de célibataires et va conduire à ce que chacun reprenne une vie personnelle. Le passage de l'état de marié à l'état de divorcé est souvent une période si difficile que le juge se doit de prendre des mesures pour régler le sort des désormais ex-époux (1). De même, la séparation affecte plus encore s'il y a des enfants issus du mariage dont le sort doit davantage préoccuper le juge (2).

1. Le sort des ex-époux¹⁰⁸

46. Cette partie appelle très peu de développements. On retient en tout qu'en prononçant le divorce, le juge entend faire produire, sur le plan personnel, deux effets principaux sur les époux. Il s'agit, en premier lieu, de la dissolution du lien matrimonial qui fait acquérir aux époux le statut de divorcé. Le jugement de divorce se présente donc comme un jugement constitutif de droit et entraîne la disparition des droits et devoirs réciproques des époux. Ainsi disparaît l'obligation de cohabitation dont les époux étaient déjà dispensés par l'ordonnance de non-conciliation. Chaque époux retrouve la liberté de fixer son domicile là où bon lui semble. Les époux ne sont plus tenus du devoir d'assistance l'un envers l'autre ni du devoir de fidélité. Il s'agit en second lieu, de faire recouvrer à chacun des époux la liberté matrimoniale qui s'exprimera dans un droit au remariage. Chaque époux est libre de contracter un nouveau mariage avec une autre personne sous réserve du respect du délai de viduité imposé à la femme¹⁰⁹. Les anciens époux peuvent décider même de s'unir à nouveau par le mariage¹¹⁰.

47. Mais, il convient de noter également que cette dissolution du lien personnel entraîne la perte de l'usage du nom du mari pour la femme¹¹¹ qui reprend son nom de jeune fille. Mais ce principe n'est pas absolu. La loi prévoit, en effet, deux cas de figures dans lesquels la femme pourra conserver l'usage du nom du mari¹¹². Il en est ainsi si l'époux donne son accord ou si le juge en décide ainsi lorsque la femme « justifie d'un intérêt particulier pour elle ou pour les enfants ». Mais cette autorisation est temporaire dans la mesure où elle peut être révoquée,

¹⁰⁷ A. BENABENT, *Droit civil, la famille*, op. cit. n°317.

¹⁰⁸ Il s'agit en fait d'une conséquence logique du divorce, un effet de droit en quelque sorte.

¹⁰⁹ Voy., article 246 du CPF.

¹¹⁰ Voy., cependant les empêchements au mariage, J.N.DABIRE, op.cit., n°906.

¹¹¹ Voy., article 43, al. 1 du CPF.

¹¹² Voy., article 43, al. 2 du CPF

notamment si la femme en fait un usage abusif¹¹³ ou en cas de remariage de la femme, du moins lorsque l'autorisation émanait du mari. Il n'est pas sûr en revanche que le remariage fasse disparaître l'autorisation judiciaire s'il est établi que la femme ou les enfants ont un intérêt particulier à l'usage du nom de l'ex-mari.

48. Toujours est-il que le juge est dans son rôle pour prononcer le divorce s'il constate, au vu des éléments qui lui sont versés par les parties que le maintien de la vie commune est rendu impossible soit pour l'un soit pour les deux époux par l'inconduite notoire de l'un ou l'autre ou des deux à la fois. Le prononcé du divorce consacre donc l'échec du mariage et ouvre de nouvelles perspectives pour les époux pour un autre destin. Mais, il est clair que si du mariage sont issus des enfants, le prononcé du divorce va avoir des conséquences énormes sur eux, surtout s'ils sont encore mineurs. Le juge devra donc veiller à bien ménager leur sort.

2. Le sort des enfants

49. Le divorce ayant toujours des conséquences fâcheuses pour les enfants¹¹⁴, le juge se doit d'être particulièrement attentionné par cet état et ordonner des mesures qui préservent au mieux leurs intérêts tant au plan sentimental que matériel. Pour ce faire, le juge va prendre des mesures relativement à la garde des enfants et relativement à leur entretien et éducation.

50. Concernant l'entretien et l'éducation des enfants, il convient de préciser que l'obligation des parents à ce propos est maintenue et qu'ils doivent, à un même titre, l'assurer vis-à-vis des enfants. Le parent à qui la garde est confiée y pourvoit quotidiennement et en nature. Mais celui qui n'a pas la garde doit y participer par le versement d'une pension alimentaire qui est déterminée par le juge en raison des besoins des enfants et des facultés contributives de chacun des parents. A titre illustratif et dans l'exemple du jugement du 28 mai 2008, s'agissant de l'entretien de l'enfant, la mère demandait la somme de 12.500 F CFA par mois au père, mais le juge répondra qu'« au regard du bulletin de salaire de B.M qui a été produit, un tel montant apparaît excessif et qu'il y a lieu de le ramener à la somme de 10.000 F CFA par mois ». Dans une autre espèce, il sera dit que « attendu qu'au sens de l'article 406 du CPF, l'époux à qui la garde n'a pas été confiée contribue à proportion de ses facultés à l'entretien et à l'éducation des enfants et que cette contribution prend la forme d'une pension alimentaire versée à la personne qui en a la garde ; attendu que la garde de l'enfant a été confiée à la mère; qu'en application de l'article suscité, il échet de condamner le père à verser une pension alimentaire d'un montant de cinquante mille francs (50.000) par mois à son profit ».

51. Une telle contribution doit se maintenir en principe jusqu'à la majorité de l'enfant. Mais, du fait que certains enfants peuvent se trouver dans l'incapacité de subvenir à leurs propres besoins, notamment lorsqu'ils poursuivent des études, le parent qui assume la charge principale peut demander à l'autre une contribution¹¹⁵.

52. Lorsque le divorce est par consentement mutuel, c'est la convention des époux qui règle la question du sort des enfants. Le juge est simplement chargé d'y opérer un contrôle

¹¹³ Voy. Paris, 9 mars 1979, D. 1979, p 471, note J. MASSIP.

¹¹⁴ En effet, le premier intérêt des enfants est de vivre avec leurs deux parents ensemble dans le cadre d'une vie de famille heureuse et conviviale ; la dislocation de la famille par le divorce les prive donc d'un cadre dans lequel ils avaient les meilleures chances d'une bonne éducation.

¹¹⁵ GEBLER, « L'obligation d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants majeurs qui poursuivent leurs études », D. 1976, chron. P. 131.

pour s'assurer que l'intérêt des enfants est suffisamment pris en compte, ce qui, du reste, est le cas le plus souvent, les parents ayant pris le temps nécessaire de mûrir leur accord sur leur désaccord au profit de leur enfant. C'est notamment le cas de cette décision où le tribunal déclare que « l'examen du projet de convention ainsi que les entretiens en chambre du conseil avec les parties et leurs conseils font apparaître que ledit projet est conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs et qu'il préserve à suffisance l'intérêt des époux ainsi que celui des enfants »¹¹⁶.

53. S'agissant de la garde, c'est l'article 402 du CPF qui en fixe le critère d'attribution en disposant que « la garde des enfants issus du mariage est confiée à l'un ou l'autre des époux, en tenant compte uniquement de l'intérêt des enfants ». Mais curieusement, le législateur ne définit nulle part la notion « d'intérêt de l'enfant ». C'est donc au juge de se forger cet intérêt et de décider souverainement en s'aidant toutefois de certains instruments dont notamment les présomptions pour certains enfants en bas-âge, les résultats d'une enquête sociale ou les sentiments personnels de l'enfant.

54. Le plus souvent, le juge se laisse convaincre par les éléments de faits en cause entre les époux dont l'examen lui permet d'attribuer la garde à tel ou tel parent au regard de l'intérêt de leur enfant. Ainsi, dans une espèce, le tribunal déclare que : « attendu que le père a catégoriquement refusé de payer la scolarité d'un de ses enfants au motif qu'il lui manque du respect, qu'il a arraché toutes les ampoules de la maison, empêchant les enfants de travailler la nuit ; qu'il a démontré qu'il se souciait peu du bien-être des enfants »¹¹⁷. De ce constat, le tribunal en a déduit que « l'intérêt des enfants commande qu'ils soient confiés à leur mère ». Dans une autre espèce¹¹⁸ où les époux se disputaient la garde de l'enfant, le tribunal va trancher en ces termes : « attendu que les problèmes de mobilité de B.M. dictés par son état de santé font que, même s'il a la volonté, il ne pourra pas offrir à l'enfant la disponibilité qu'il peut attendre de ses père et mère ; qu'aucun élément d'indignité n'ayant été prouvé à la charge de la mère, elle se trouve désignée dans ces circonstances pour avoir la garde de l'enfant ».

55. Mais, s'il est vrai que le juge attribue la garde à l'un quelconque des parents en tenant compte de l'intérêt de l'enfant, il aménage toujours à l'égard du parent non gardien, un droit de visite et d'hébergement. Ainsi, si dans certains cas, le juge accordera à l'autre parent un droit de visite et d'hébergement le plus large possible¹¹⁹, dans d'autres, il réglera strictement le droit de visite et d'hébergement du parent non-gardien. C'est ainsi que dans le jugement du 28 mai 2008, le juge aménagera au père « un droit de visite le plus large et un droit d'hébergement qui s'exercera le dernier week-end de chaque mois ainsi que pendant la première moitié des différents congés et vacances scolaires »¹²⁰.

56. Toujours est-il, qu'en pratique, la garde des enfants est attribuée dans la plupart des cas, à la mère qui aura, en même temps, la charge d'assumer leur éducation et leur entretien.

¹¹⁶ TGI de Ouagadougou, jugement n°426/08 du 30 avril 2008, Ouédraogo Ali c/ Ouédraogo née Lebouc Laurence Odette Françoise, inédit.

¹¹⁷ TGI de Ouagadougou, jugement n°959 du 12 décembre 2007, Ouédraogo Ablassé c/ Ouédraogo née Soalla Asséta, inédit.

¹¹⁸ TGI de Ouagadougou, jugement n°543/2008 du 28 mai 2008, Borro née Tapsoba T. Angéline c/ Borro Marcel, inédit.

¹¹⁹ TGI, Ouagadougou, jugement n°336 du 02 avril 2008, Simporé N. Faustin c/ Simporé née Ouédraogo Safiéta, inédit.

¹²⁰ Voy. également TGI, Ouagadougou, jugement n°49 civ/09 du 04 février 2009, Traoré née Sanou Doda c/ Traoré Vamara, inédit.

C'est notamment le cas, dans la quasi-totalité des cas, en ce qui concerne les enfants en bas-âge. Aussi, c'est presque toujours, la mère qui recevra la pension alimentaire due pour l'enfant. Par ailleurs, c'est également elle qui recevra le plus souvent, mais cette fois non plus en sa qualité de mère, mais en sa qualité d'épouse divorcée, certaines contributions financières qu'il convient maintenant d'examiner en étudiant l'organisation par le juge des conséquences d'ordre patrimonial du divorce.

B. L'organisation des conséquences d'ordre patrimonial

57. Le mariage a d'importantes conséquences d'ordre patrimonial que sa rupture va davantage contribuer à complexifier. En effet, lorsque survient le divorce, les remous créés par cette turbulence dans l'ordre patrimonial de la vie des anciens époux provoquent inévitablement certaines conséquences. Ce n'est pas seulement le régime matrimonial et la communauté d'intérêts créés par le mariage en droit ou en fait qu'il faut liquider ; c'est également le sort des différents transferts de biens qu'il faut trancher. Les questions de pension alimentaire et d'indemnités à verser pour l'avenir sont également à résoudre, le devoir de secours ayant disparu, une situation injuste a pu surgir auquel il faut remédier. C'est enfin, le sort de tous ces avantages sociaux liés à l'état de mariage qu'il convient de régler. C'est dire finalement que la tâche du juge est immense, puisqu'il lui faut non seulement tenir compte du passé des époux en réglant le sort des biens leur appartenant mais aussi aménager leur avenir en fixant des compensations ou versements à effectuer entre eux¹²¹. C'est ainsi que, plus particulièrement dans le divorce contentieux, le juge sera amené à organiser une certaine survivance du devoir de secours (1) tandis qu'il peut ordonner à un époux de réparer le tort causé à l'autre (2).

1. L'organisation de la survivance du devoir de secours

58. Selon l'article 392 du CPF, le divorce met fin au devoir de secours qui existait entre époux. Mais, ce devoir peut être prolongé grâce à une pension alimentaire qui peut être allouée pour une durée maximum de trois ans¹²². De même, il est possible, en droit français que le juge octroie à un époux une prestation dite compensatoire pour atténuer l'effet de la disparité créée par la rupture du lien conjugal.

59. La pension alimentaire se définit comme la somme d'argent versée périodiquement pour faire vivre une personne dans le besoin en exécution d'une obligation alimentaire. Elle apparaît, en réalité comme une dette attirée par le minimum vital¹²³, révisable en fonction des ressources de l'époux débiteur et des besoins de l'époux créancier et disparaissant en cas de remariage ou de meilleure fortune de celui-ci. Pour l'allouer, le juge s'appuie sur l'état de nécessité de l'époux demandeur et l'état des sources de l'autre époux pour déterminer le

¹²¹ Il va sans dire que dans son jugement de divorce, le juge ne peut régler immédiatement toutes ces questions ; c'est pourquoi il se contentera d'ordonner la liquidation de la communauté et de nommer des organes qui se chargeront de procéder à cette liquidation. Plus généralement, un notaire est nommé pour mener les opérations liquidatives sous la surveillance d'un juge-commissaire.

¹²² Voy., article 683 du CPF.

¹²³ J. CARBONNIER, « commentaire sur la loi du 2 avril 1941 », D.C. 1941, L. 61, n°70, p. 208-209, spéc. p. 208.

montant de la pension qui ne peut, dans tous les cas, excéder le quart des revenus du débiteur d'aliments¹²⁴. Si dans le principe, la pension alimentaire ne peut être due qu'à l'époux innocent, l'article 400, alinéa 2, du CPF déroge à cette règle toutes les fois qu'il apparaît manifestement contraire à l'équité de refuser à l'époux fautif une telle pension. Mais, aucune pension n'est à allouer si le juge prononce un divorce aux torts partagés, les deux époux ayant contribué à la détérioration du lien familial. Par contre, dans l'hypothèse d'un divorce sans référence aux torts, aucune faute ne pouvant être retenue contre l'un des époux, chacun d'eux peut prétendre à une pension alimentaire. Dans une espèce connue par le tribunal de grande instance de Ouagadougou, une épouse qui demandait une pension alimentaire de 50.000 francs a été débouté par le tribunal aux motifs que « l'époux verse déjà une pension alimentaire au profit des enfants et que chacun des époux a refait sa vie »¹²⁵. Il faut approuver le tribunal par cette décision en raison du fait que la Dame a sollicité le divorce, entre autres, « afin de pouvoir vivre légalement dans son nouveau foyer », ce qui signifie qu'elle est séparée de fait de son époux et vit en concubinage avec un autre homme. Elle souhaite donc se libérer par le divorce de son lien matrimonial afin de se remarier, probablement avec ce dernier. Le divorce, étant sur le point d'être prononcé, le juge doit être approuvé dans sa décision de débouter cette dame de sa demande de pension alimentaire, en ce sens que le divorce en permettant aux époux de recouvrer leur liberté matrimoniale, met automatiquement fin à toute obligation de secours et d'assistance entre eux.

60. Dans le prolongement de la pension alimentaire¹²⁶ est apparue en droit français la prestation compensatoire qui, selon l'article 270, alinéa 2, du Code civil est la prestation versée à « l'un des époux pour compenser, autant qu'il est possible, la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives ». Cette prestation légale ne vise pas à l'exécution du devoir de secours qui a pris fin par le divorce, mais à assurer « un rééquilibrage entre deux situations patrimoniales dont la disparité avait été jusqu'alors masquée par la communauté de vie »¹²⁷. Pour « prévenir tout contentieux à retardement »¹²⁸, la loi a prévu que la prestation compensatoire ait un caractère forfaitaire. En effet, s'il n'est pas exclu qu'elle puisse être éventuellement réclamée après que le jugement de divorce ait acquis force de chose jugée, il n'en demeure pas moins qu'elle soit fixée « en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible »¹²⁹. Dans le même ordre d'idées, le caractère forfaitaire de la prestation empêche la possibilité d'une révision. Elle ne peut être révisée même en cas de changement imprévu dans les ressources ou les besoins des parties, sauf si l'absence de révision devait avoir pour l'un des conjoints des conséquences d'une exceptionnelle gravité¹³⁰.

61. Dans le cadre de la fixation de cette prestation, le juge peut s'aider de certains éléments comme l'âge et l'état de santé des époux, le temps déjà consacré ou qu'il faudra

¹²⁴ Voy., article 399 du CPF.

¹²⁵ TGI de Ouagadougou, jugement n°958 du 12 décembre 2007, Sanon Jean Léonard c/ Sanon née Millogo Dédougou, inédit.

¹²⁶ Si la pension alimentaire diffère par sa définition de la prestation compensatoire, elle lui ressemble, en revanche, en ce sens que la pension alimentaire présente, comme la prestation compensatoire, un caractère indemnitaire et, à la mort de l'époux débiteur, la charge de la pension passe à ses héritiers.

¹²⁷ J. CARBONNIER, « La question du divorce, mémoire à consulter », op. cit. Voy., également, cet auteur qui considère que « la prestation compensatoire doit assurer à l'époux bénéficiaire, après le divorce, un train de vie analogue à celui qui était le sien pendant le mariage » (D. GUITON, « Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant du divorce », *Recueil Dalloz Sirey* 1980, Chron. p. 238, n°5).

¹²⁸ J. CARBONNIER, Ibid.

¹²⁹ Voy., article 271 du Code civil français.

¹³⁰ Y. BOYER, « La révision de la prestation compensatoire », *Dalloz*. 1980, chron., p. 263 et s.

consacrer à l'éducation des enfants, leur qualification professionnelle, leur disponibilité pour de nouveaux emplois, leur patrimoine tant en capital qu'en revenu après la liquidation du régime matrimonial. Dans tous les cas, « le juge ne peut attribuer une prestation compensatoire à l'épouse sans procéder à une évaluation au moins sommaire du patrimoine du mari »¹³¹. Pareillement, dans un même registre, la Cour de cassation française décide que : « dans l'appréciation d'une éventuelle disparité dans les conditions de vie respectives des époux, les sommes versées au titre de la contribution d'un époux à l'entretien et à l'éducation des enfants du couple constituent des charges venant en déduction des ressources de l'époux débiteur »¹³². De même, « pour apprécier les ressources du conjoint ayant la garde des enfants, le juge ne peut prendre en considération les sommes versées par l'autre conjoint au titre de la contribution à l'entretien des enfants »¹³³.

62. Tout de même, l'on note qu'en France, le contentieux relatif à la prestation compensatoire est considérable. En effet, selon le méga code civil¹³⁴, « de très nombreux arrêts émanant de la Cour de cassation rejettent les pourvois formés contre des décisions des juges de fond ayant statué sur la disparité des conditions de vie des époux, créée par la rupture du mariage, qu'il s'agisse d'allouer ou de refuser une prestation compensatoire ». En revanche, au Burkina Faso et concernant l'allocation de la pension alimentaire à l'époux démuné, le contentieux est rare, les juges se préoccupant seulement du sort des enfants en condamnant celui des époux à qui la garde n'a pas été accordée à verser à l'autre une pension alimentaire pour l'entretien et l'éducation des enfants. Il n'est pas inutile pour le législateur burkinabè, au regard de cette ineffectivité de la pension alimentaire à l'époux démuné en cas de divorce, de se laisser inspirer par le dispositif légal de la prestation compensatoire du droit français, qui a bien des égards, paraît dynamique et mieux regardant de la situation de l'époux indigent.

63. Les vicissitudes causées par les turbulences consécutives aux circonstances qui ont entraîné le prononcé du divorce font que, bien souvent les époux et particulièrement les hommes, renoncent par orgueil à toute survivance du devoir de secours. Mais, curieusement, c'est sur le terrain des dommages-intérêts que le contentieux semble se développer davantage devant les juridictions.

2. L'octroi de dommages-intérêts aux divorcés

64. En cas de prononcé du divorce pour faute¹³⁵, il est possible d'obtenir l'octroi de dommages-intérêts en application de l'article 397, alinéa 3, du Code des personnes et de la famille. Il n'est toutefois pas douteux qu'un époux puisse agir sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile¹³⁶.

¹³¹ Civ. 1ère, 17 janvier 2006, Bull. civ. I, n°13.

¹³² Civ., 2ème, 10 mai 2001, Bull. civ. II, n°93.

¹³³ Civ., 1ère, 25 mai 2004, Bull. civ. I, n°148 ; D. 2004. IR 1709.

¹³⁴ Méga Code civil, Dalloz, 9 éd. 2012, p. 499

¹³⁵ La question du droit à des dommages-intérêts ne se pose pas en cas de divorce par consentement mutuel, ce divorce n'étant pas prononcé contre un époux, A. BENABENT, *Juriscl. Civ.*, art. 265-285-1, 2ème Fasc., 8-1976, n°190.

¹³⁶ D. Guiton, *Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant d'un fait antérieur au divorce*, Recueil Dalloz Sirey, 1980., Chron. p. 247.

65. En fait, selon le texte du code des personnes et de la famille, quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, le juge peut « allouer au conjoint innocent des dommages-intérêts en réparation du préjudice matériel ou moral que lui cause la dissolution du mariage ». Constitue un préjudice matériel résultant du divorce « la perte par la femme d'une situation matérielle enviable et d'une existence luxueuse »¹³⁷, « la perte par le mari de la situation qu'il occupait en tant qu'employé dans une entreprise dirigée par sa femme »¹³⁸, l'obligation, pour la femme, de compter sur elle-même « pour assurer, outre son travail professionnel, la lourde charge de l'entretien et l'éducation de ses trois enfants »¹³⁹. Quant au préjudice moral, il peut notamment découler de « la déconsidération sociale inhérente à la situation de divorcé, de la souffrance provoquée par la solitude morale dans laquelle se trouve l'époux innocent »¹⁴⁰.

56. Sur le fondement de l'article 397, alinéa 3, le juge n'accordera des dommages-intérêts que si deux situations cumulatives sont remplies. En premier lieu, il ne fera droit à la demande de dommages-intérêts que dans la mesure où l'époux demandeur est innocent. En second lieu, il n'accordera des dommages-intérêts que si l'autre conjoint est fautif, c'est-à-dire s'il s'est rendu coupable, pendant le mariage de faits constitutifs de violations graves et renouvelées des devoirs et obligations du mariage ayant rendu intolérable le maintien de la vie commune. A titre illustratif, une femme a obtenu du tribunal de grande instance de Ouagadougou qu'il condamne son ex-époux à lui verser des dommages-intérêts d'un montant d'un million de francs. Elle expliquait à cet effet qu'« à l'issue du divorce, elle perdra sa qualité de femme mariée qui lui assurait un certain respect dans son milieu musulman d'où le divorce est mal vu (raison pour laquelle malgré les sévices à elle infligés par son époux, elle s'opposait au divorce ; qu'elle se retrouvera avec cinq enfants mineurs en charge sans le soutien moral ni la présence de leur père ». Elle estime alors « que le divorce lui causera d'énormes préjudices tant matériel que moral »¹⁴¹. Dans une autre espèce assez proche, une demanderesse expose qu'elle « a épousé son mari avec qui elle espérait vivre ; que cependant, ce dernier était déjà marié à trois autres femmes à son insu et l'a abandonné avec ses enfants sans aucun soutien financier et qu'à l'issue du divorce, elle se retrouvera avec deux enfants mineurs en charge sans le soutien moral et la présence de leur père »¹⁴². Elle a estimé que le divorce lui causera d'énormes préjudices tant matériel que moral et réclame la somme de dix millions à titre de dommages-intérêts, ce à quoi, le tribunal tout en déclarant sa réclamation fondée, ramènera le montant à une juste proportion de deux millions de francs.

57. S'il est vrai que l'article 397, alinéa 3, est le siège de l'octroi des dommages-intérêts en cas de divorce, il n'est pas exclu que, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, un époux puisse obtenir réparation de son préjudice. A titre d'exemples de préjudices ayant donné lieu à réparation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, l'on peut citer : « l'offense subie par la femme du fait du scandale public de l'adultère du mari », « le préjudice subi par la femme du fait du refus du mari de lui ouvrir le domicile conjugal », « le fait pour l'époux coupable d'avoir transmis à son conjoint une maladie »¹⁴³.

¹³⁷ A. BENABENT, *Jurisl. Civ.*, art. 265-285-1, 2ème Fasc., 8-1976, n°196, p. 23.

¹³⁸ D. Guiton, les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant du divorce, *op. cit.*, n°13, p. 239.

¹³⁹ A. BRETON et J.-Cl. GROSLIERE, *Rép. Civ. Dalloz*, t. 3, v° Divorce, 1977, n° 1527, p. 105.

¹⁴⁰ A. BENABENT, *op. cit.* n°197, p. 23.

¹⁴¹ TGI de Ouagadougou, jugement n°959 du 12 décembre 2007, *op. cit.*

¹⁴² TGI de Ouagadougou, jugement n°495 du 14 mai 2008, Taounza née Dabo Fatimata c/ Taounza Djilali, inédit.

¹⁴³ A. BENABENT, *op. cit.* n°218, p. 25.

Il est permis, à partir de ces exemples, de faire trois constatations sur l'application jurisprudentielles de l'article 1382 du Code civil.

D'abord, le préjudice indemnisé consiste souvent en un préjudice moral par suite d'une atteinte au droit à la dignité de l'un des époux, parfois en un préjudice corporel en cas de maladie ou de blessures causées à l'un des conjoints et, rarement, en un préjudice matériel entendu au sens d'une perte éprouvée ou d'un gain manqué par l'un des époux.

Ensuite, le fait générateur du préjudice peut être totalement indépendant du divorce- ainsi en est-il, éventuellement, lorsque l'un des époux transmet une maladie à l'autre- ou en rapport avec le divorce, soit que-tel l'adultère-il en constitue la cause, soit qu'il se relie étroitement au divorce, par exemple en cas d'utilisation « au cours de la procédure de moyens déloyaux »¹⁴⁴.

Enfin, des dommages-intérêts sont attribués à tout époux qui établit l'existence d'un préjudice, d'un fait antérieur du divorce et d'une relation de causalité entre celui-ci et celui-là. En d'autres termes, l'exercice de l'action en responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil n'est « nullement réservé à l'époux qui obtient le divorce »¹⁴⁵. Certes, en pratique, cette action est intentée par l'époux innocent contre l'époux coupable. Mais, en droit, rien ne s'oppose à ce que l'époux coupable réclame des dommages-intérêts en réparation du préjudice qui lui a été causé par « une faute mineure et isolée du conjoint innocent »¹⁴⁶. De même, le prononcé du divorce aux torts réciproques des époux ne fait pas obstacle à l'attribution à la femme de dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant du comportement outrageant du mari¹⁴⁷.

58. Finalement, l'on peut retenir que l'article 397, alinéa 3, du CPF permet de réparer un préjudice matériel et ou moral résultant du divorce, cependant que l'article 1382 du Code civil autorise l'indemnisation d'un préjudice matériel, mais, le plus souvent, résultant d'un fait antérieur au divorce. Les dommages-intérêts, prévus à l'article 397, alinéa 3 du CPF, sont accordés à l'époux innocent par l'époux aux torts exclusifs duquel le divorce a été prononcé à la suite soit d'une demande principale, soit d'une demande reconventionnelle en divorce pour faute. Les dommages-intérêts, octroyés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil le sont à tout époux justifiant d'un préjudice causé par un fait antérieur au divorce¹⁴⁸.

Conclusion

59. En matière de divorce, il est aisé de constater que le juge joue un rôle de premier plan pour le prononcé du divorce. En effet, lorsqu'il s'agit d'un divorce contentieux, il aura un rôle des plus actifs pour tenter une conciliation entre les époux et pour apprécier souverainement les causes avancées par les époux en cas de non-conciliation. Lorsqu'il s'agit d'un divorce par consentement mutuel, le juge, sans aller jusqu'à avoir un rôle passif, se contentera d'opérer un simple contrôle de la sincérité de la volonté des parties et s'assurer que leur convention n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes et que de surcroît les intérêts des époux et des enfants sont suffisamment préservés.

¹⁴⁴ A. BRETON et J.-Cl. GROSLIERE, op. cit., n° 1547, p. 107.

¹⁴⁵ A. BRETON et J.-Cl. GROSLIERE, Ibid, n° 1549, p. 107 ; A. BENABENT, op. cit. n°215, p. 24-25.

¹⁴⁶ A. BENABENT t, op. cit. n°216, p. 25.

¹⁴⁷ A. BENABENT, op. cit. n°215, p. 24-25, spec. p. 25.

¹⁴⁸ A. WEILL et F. TERRE, *Droit civil, Les personnes*, 4ème éd., Dalloz, 1978, n°437, p. 392 à 395, spéc. 395.

60. Par ailleurs, il est ressorti de l'examen des décisions obtenues¹⁴⁹ que le juge ne se contente pas de prononcer le divorce, il en règle également les conséquences. Ainsi, au prononcé du divorce, le juge prendra les mesures nécessaires pour liquider le passé des époux tout en essayant d'organiser leur avenir. A cet effet, il ordonnera la liquidation de la communauté et aménagera le sort des enfants dont les intérêts doivent être préservés. De plus, il n'est pas exclu que le juge octroie des dommages-intérêts à l'époux innocent en réparation du préjudice résultant du divorce sur le fondement de l'article 397, alinéa 3, du CPF ou encore en réparation d'un préjudice antérieur au divorce à l'un quelconque des époux sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

61. En tout état de cause, le phénomène du divorce, bien que nul n'en conteste aujourd'hui la légitimité, reste encore un sujet de controverse non pas dans le principe même de la dissolution du mariage, mais davantage dans les modalités précises de sa mise en œuvre. En effet, la question semble se poser de savoir jusqu'à quel degré le juge devrait-il être autorisé à s'ingérer dans le « centre névralgique » de la vie privée d'un couple pour ordonner le maintien ou non de la vie commune.

62. Le législateur burkinabè, dans l'objectif de « dédramatiser » le divorce dans l'intérêt des époux et des enfants¹⁵⁰, a admis le divorce par consentement mutuel, en aménageant au juge une intervention souple se limitant au contrôle de la sincérité de la volonté des époux et en l'homologation de leur projet de convention. C'est dire que dans cette forme de divorce, c'est la volonté des époux qui prévaut dans la dislocation de leur lien conjugal. L'intervention du juge se limite seulement à vérifier que l'ordre public et les bonnes mœurs sont respectés et que l'intérêt des parents et des enfants est suffisamment pris en compte par le projet de convention. Mais, dans un domaine aussi sensible que le divorce, en raison de ses implications socioéconomiques¹⁵¹, l'on pense que l'intervention du juge devrait être autrement aménagée dans le divorce par consentement mutuel en fonction de la taille de la famille. En effet, pour les ménages jeunes sans enfants, l'intervention du juge devrait rester marginale et consister seulement en l'homologation du projet de convention après contrôle de sa conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Par contre, si le couple a des enfants, l'enjeu devient important et le juge devrait être autorisé à opérer au préalable, une sorte de conciliation ou du moins une médiation pour tenter d'aplanir les tensions entre les époux et essayer d'obtenir qu'ils renoncent à leur projet de divorce pour l'intérêt des enfants. Ce n'est qu'en cas d'échec qu'il pourra examiner le projet de convention et prononcer éventuellement le divorce.

63. En matière de divorce contentieux, la tâche du juge est plus complexe. En effet, pour sortir du mariage, il ne devrait pas suffire aux époux d'avoir la simple volonté de se séparer pour convenances personnelles. Ils devraient pouvoir établir devant le juge l'existence de manquements graves de nature à ébranler immédiatement le lien conjugal.

64. La tâche du juge est facilitée en présence de certaines causes patentes et avérées telles que l'adultère, l'abandon du foyer, les sévices ou les injures graves pour lesquelles il se contentera de prononcer le divorce aux torts exclusifs de l'époux coupable ou aux torts partagés si les deux sont fautifs. Mais il est des situations où le juge burkinabè peut se trouver face à un vide juridique. C'est notamment l'hypothèse dans laquelle le juge aura constaté entre les époux « une mésentente avérée et une situation de fait dégradée sans pour autant caractériser l'existence d'une cause de divorce au sens de la loi ». Dans ce cas, le divorce ne

¹⁴⁹ La plupart sont des décisions inédites du TGI de Ouagadougou.

¹⁵⁰ A. WEILL et F. TERRE, *Droit civil, Les personnes*, 5ème éd., Dalloz, 1983, n°448.

¹⁵¹ J. CARBONNIER écrivait que : « ...la question du divorce peut diviser une nation », op. cit.

pourra pas être prononcé même s'il y a altération définitive du lien conjugal sauf au législateur, dans le cadre d'une réforme du droit de la famille, de prévoir ce type de divorce à l'instar du droit français. Mais, en essayant de libéraliser davantage le divorce, ne va-t-on pas fragiliser davantage le mariage ?¹⁵²

65. La ligne de démarcation semble difficile à tracer dans la mesure où il ne faudrait pas aussi que le mariage se transforme, pour les couples en crise, à une prison à ciel ouvert. C'est là aussi toute la délicatesse de la tâche des tribunaux car le législateur les invite, sans peut-être le savoir, à concilier des intérêts contradictoires¹⁵³. Mais, en la matière, essayant de dépassionner le débat et posant un regard clinique et froid sur les faits de l'espèce tout en ayant à l'esprit l'intérêt supérieur des époux et des enfants, le juge devrait pouvoir, à défaut de concilier les parties, au moins désamorcer la crise conjugale en lui trouvant un traitement adéquat. Le législateur de son côté devrait pouvoir clarifier sa vision par l'adoption de règles de procédures simples et précises pour une intervention efficace du juge dans un domaine aussi sensible que la question du divorce où les susceptibilités peuvent rapidement prendre le dessus et biaiser la recherche de solutions consensuelles. Quant aux époux, ils devraient pouvoir comprendre que la faillite de leur mariage n'est pas l'échec de la vie tout court et que chacun a la possibilité après de le divorce de se réaliser socialement et économiquement. Ainsi, quand vient ce jour fatal de la séparation, les époux devraient se rappeler que c'est par amour qu'ils ont décidé de se mettre en semble, et qu'au constat de l'échec du mariage, il ne sert à rien de se déchirer, mais s'élevant au dessus des clivages, au nom de cet amour du prochain, ils devraient pouvoir se quitter en paix afin de permettre à chacun d'entre eux d'envisager sereinement un autre destin.

66. Quoi qu'il en soit, le phénomène du divorce devrait être pris au sérieux par les pouvoirs publics pour lui trouver des remèdes efficaces afin que la famille, cellule de base de la société soit pleinement protégée et promue pour le développement harmonieux de toute la nation. A cet effet, il conviendra peut-être de travailler en amont du mariage à sensibiliser les jeunes et les moins jeunes sur la nécessité de mûrir suffisamment et utilement leur projet de mariage avant de s'engager. Dans un domaine, aussi délicat que le mariage, la précipitation et le mimétisme sont véritablement à proscrire¹⁵⁴. Dans le même sens, des centres d'écoute pour jeunes couples, dotés de personnels compétents, devraient être créés dans tout le pays pour, d'une part, conseiller et orienter les couples en difficultés à maintenir le cap, d'autre part, soutenir psychologiquement les couples divorcés qui, bien souvent sont désespérés face aux nouvelles options à prendre pour leur vie. Le juge devra se rendre disponible pour les couples en crise conjugale. Il devra notamment comprendre que pour le traitement du litige conjugal, toutes les options sont ouvertes pour trouver un remède qui tienne la route et qu'en la matière, moins que dans d'autres domaines, la recherche d'une justice rapide n'est pas de mise. Le législateur devra peut-être se résoudre, compte tenu de l'ampleur du phénomène du divorce et des questions liées à la famille en générale à envisager une réforme du code des personnes et de la famille en tenant compte des sensibilités sociales contemporaines tout en ne négligeant pas le poids des mœurs traditionnelles qui demeurent encore vivaces dans le domaine des relations familiales.

¹⁵² Déjà et à titre de statistique informelle, on note que le contentieux du divorce constitue l'essentiel de l'activité des juges du TGI de Ouagadougou où environ 300 jugements de divorce sont rendus chaque année.

¹⁵³ Voy., supra n°5.

¹⁵⁴ On pense en effet, que « les cœurs ne peuvent s'accoupler durablement tout en s'ignorant véritablement ».