

Université Assane Seck de Ziguinchor



UFR des Sciences Economiques et Sociales

Département Droit des Affaires

**Mémoire de Master**

**Spécialité** : Droit de l'Entreprise

**Sujet** : Le divorce en droit international privé Sénégalais

**Présenté par** :

**Madame BEATRICE KABOU**

**Sous la direction du** :

**Pr. Abdoul Aziz DIOUF**

Agrégé des facultés de Droit,

Professeur

A l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar

**Année Académique 2015 - 2016**

**DEDICACE :**

Je dédie ce travail :

A Ma maman Odette NZALE et à ma grande mère Emilie MPAMY,

A mon père François KABOU et à ma tante Alda KABOU que la terre leur soient légère et que le bon Dieu l'accueil dans sa demeure céleste,

A la famille KABOU, MANDIKA, NDIUKANE, NDIME et MPAMY

A Mes frères et sœurs,

A mon cher époux Rémi NDIUKANE et à ma belle-famille,

A tous les étudiants de ma promotion,

## **REMERCIEMENT**

Je remercie tout d'abord, le Tout Puissant qui m'a tout donné.

Je tiens, à remercier vivement mon directeur de mémoire, monsieur Adoul Aziz DIOUF, Professeur Agrégé au département de Droit à l'Université Cheick Anta DIOP de Dakar. Merci pour ses conseils expérimentés, ses qualités humaines et sa disponibilité. Qu'il trouve ici l'expression de ma profonde gratitude.

Je remercie vivement monsieur Jean Louis CORREA, enseignant-chercheur au département de Droit à l'Université Assane SECK de Ziguinchor, pour sa disponibilité et le bon exemple qu'il ne cesse de nous démontrer merci encore.

Je remercie très sincèrement monsieur KANE, enseignant-chercheur au département de Droit à l'Université Assane SECK de Ziguinchor, pour l'intérêt qu'il a porté à notre regard et pour sa compréhension merci de tout cœur.

Je remercie très sincèrement madame BA, enseignant-chercheur au département de Droit à l'Université Assane SECK de Ziguinchor, pour tout ce qu'elle a fait pour nous depuis son arrivé merci.

Je remercie très sincèrement monsieur SARR, enseignant-chercheur au département de Droit à l'Université Assane SECK de Ziguinchor, pour ce qu'il a fait pour nous merci encore.

Je remercie très sincèrement madame SARR, enseignant-chercheur au département de Droit à l'Université Assane SECK de Ziguinchor, pour tout qu'elle a fait pour nous merci.

Je remercie très sincèrement monsieur BASSENE, enseignant-chercheur au département de Droit à l'Université Assane SECK de Ziguinchor, pour tout ce qu'il a fait depuis son arrivé.

Je remercie vivement monsieur DIALLO, enseignant-chercheur et chef de département de Droit à l'Université Assane SECK de Ziguinchor pour ce qu'il a fait depuis son arrivé.

Je remercie monsieur BASSENE de la Cour Suprême pour son accueil chaleureux.

Je remercie monsieur Djibril DIALLO de la maison des citoyens de ziguinchor.

Je remercie tous les doctorants du département de Droit.

Je remercie sincèrement monsieur DANFA pour sa disponibilité et son soutien considérable et tout le corps professoral du CEM Boucot Sud.

Je remercie ma belle-famille qui malgré ma préoccupation elle ne cesse de me soutenir.

Une toute dernière pensée à mes camarades de promotion avec qui j'ai partagé tous les jours la salle.

Je remercie sincèrement en tout dernier lieu mon mari Rémi NDIUKANE pour sa compréhension malgré le manque de temps, il a su être un bon conseil et un bon mari.

## **SOMMAIRE**

INTRODUCTION.....	1
TITRE I : LA MISE EN ŒUVRE DES CRITERES DE RATTACHEMENT EN MATIERE DE DIVORCE EN DIP SENEGALAIS.....	7
CHPITRE I : LA DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE EN MATIERE DE DIVORCE EN DIP SENEGALAI.....	7
CHAPITRE II : LA CONCEPTION DU CODE DE LA FAMILLE SENEGALAIS EN MATIERE DE DIVORCE.....	23
TITRE II : L'ETENDUE DE LA COMPETENCE DES JURIDICTIONS SENEGALAIS.....	37
CHAPITRE I : LA COMPETENCE DES TRIBUNAUX SENEGALAIS EN MATIERE DE DIVORCE EN DIP SENEGALAIS.....	37
CHAPITRE II : LA RECONNAISSANCE DES DECISIONS ETRANGERE RELATIVES AU DIVORCE.....	49
CONCLUTION.....	59

## **LISTE DES ABREVIATIONS ET SIGLES**

AL	: Alinéa ;
ART	: Article ;
C/	: Contre ;
CASS	: Cassation ;
CPC	: Code de Procédure Civil
CIV	: Civil ;
CF	: Code de la famille ;
CV	: Code Civil ;
CH	: Chambre Civil
CRIT	: Critique
DIP	: Droit international privé
RCDIP	: Revue Critique de Droit International Privé
ED:	Edition ;
IBID.	: Au même endroit ;
OP.CIT.	: Cité plus haut ;
OUVR	: Ouvrage
P	: Page
PP	: Pages
REV	: Revue
NCPC	: Nouveau Code de Procédure Civil
TGI	: Tribunal de Grand Instance

## Introduction

Après les indépendances, à l'image de la quasi-totalité des Etats Africains, le Sénégal a senti le besoin de création d'une législation qui lui est propre en matière de statut personnel. En vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1973, le Code de la famille de 1972 est venu remettre en cause tout le droit antérieur de la famille, au point que l'on décèle dans les faits, çà et là, des manifestations de résistance à son application. Et pourtant, contrairement à son habitude, le législateur sénégalais avait pris toutes les précautions nécessaires pour associer à l'œuvre de codification les représentants de toutes les couches de la nation. Ce souci de ménager les susceptibilités et de tenir compte de l'état des coutumes au Sénégal, trouve sa manifestation concrète dans la longue et subtile procédure qui, commencée en 1961, n'a trouvé son point d'aboutissement qu'en 1972 avec l'adoption définitive par l'Assemblée Nationale de la loi n° 72-61 du 12 juin 1972 portant Code de la famille. Depuis cette date, ce code n'a cessé d'attirer l'attention de la doctrine<sup>1</sup>. Les travaux en vue de cette élaboration du Code de la famille sénégalais furent entrepris dès 1966 avec des directives très claires.<sup>2</sup> Le Code de la famille a fait un choix d'une politique sociale tenant compte des réalités sociologiques, religieuses et culturelles de notre pays. La méthode du législateur Sénégalais réside dans la dualité des formes de célébration du mariage<sup>3</sup>. Ce dernier est considéré comme une institution<sup>4</sup> dans certains pays, et un contrat<sup>5</sup> pour d'autres. Le mariage ne peut cependant être dissout que par le divorce prononcé par le juge compétent en cette matière.

---

<sup>1</sup> A.L BOYE, Les Mariages Mixtes en Droit International Privé Sénégalais, Thèse, reçu par le CAMES, en Mai 1995, enregistré sous le N°00286, Paga52.

<sup>2</sup> J.L CORREA, Divorce et compétence juridictionnelle en droit sénégalais de la famille, Publié à la Revue Droit sénégalais de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, n° 12. « Le Comité des options pour le Code de la famille mis sur pied au sein de la Commission de la codification du droit des personnes et du droit des obligations reçut du gouvernement sénégalais les directives de travail suivantes : Elaborer un seul code pour une seule nation ; dans l'impossibilité d'imposer une règle uniforme à tous les sénégalais, aménager de rares exceptions malgré leurs diversités ; En cas d'identité de toutes les coutumes, le Code de la famille devra s'en inspirer, tout en adaptant leurs dispositions communes aux conditions de la vie moderne ; En cas d'opposition entre le statut traditionnel et le statut moderne, dégager une solution de compromis, voire une règle originale, en distinguant ce qui est proprement religieux de ce qui est réputé comme tel par erreur, déformation ou extension abusive ; A l'égard du droit musulman, seul sera observé ce qui est impérativement prescrit par le Coran. » V. Y. NDIAYE, *Le divorce et la séparation de corps*, Dakar, NEA, 1979, 271 p, p. 12.

<sup>3</sup> « Les futurs époux ont le choix, de ce mariage devant l'officier de l'état civil ou de constater par lui ou son délégué, dans les conditions prévues par la loi. Le mariage ne peut être constaté que lorsque les futurs époux observent une coutume matrimoniale en usage au Sénégal. » Article 114 al. 1 du Code de la famille.

<sup>4</sup> Certains pays considèrent le mariage comme une institution c'est le cas du Sénégal, et il ne peut avoir mariage qu'entre un homme et une femme.

<sup>5</sup> En France c'est tout à fait le contraire car le mariage n'est pas conçu comme une institution mais plutôt comme un contrat.

La différence dans la conception du mariage entre le droit Français et Sénégalais explique sans doute les divergences qui peuvent exister lors de la résolution des litiges concernant le statut personnel. D'où les conflits des lois qui peuvent apparaître lorsque les époux sont de même nationalité et saisissent d'une demande en divorce un tribunal étranger ou lorsqu'ils ne sont pas de même nationalité et relèvent de fait de lois différentes.

Par ailleurs, le monde est morcelé en plusieurs Etats souverains et indépendants. Lorsque les individus s'abstiennent d'en franchir les frontières, les relations juridiques se déroulent exclusivement à l'intérieur de chacun d'entre eux ; elles sont toutes des relations internes soumises à la législation nationale. Mais les Etats sont rarement en repli sur eux même. Les personnes voyagent, se déplacent, les relations se nouent d'un pays à l'autre. Dès lors apparaissent les problèmes de droits internationaux privés. Chaque Etat avec lequel la relation présente des rapports peut voir ses lois s'appliquer le cas échéant.

Dans certains Etats, le droit international privé se résume à régler le problème du choix de la loi applicable ou de la juridiction normalement compétente ; c'est le cas notamment des pays anglo-saxons.

Aujourd'hui, il serait répondu que chaque ordre juridique a ses propres solutions de conflit de lois. Dès lors, il n'est possible en droit international privé de raisonner que du point de vue d'un ordre juridique déterminé et la manière la plus simple de tenir ce point de vue est de se représenter comme un organe, un interprète autorisé de cet ordre ; le juge est le prototype de l'interprète autorisé.

Historiquement, il a existé tout un courant doctrinal qui a traité le conflit des lois comme un conflit de souveraineté<sup>6</sup>. Autrement dit, ce conflit a été perçu comme une rivalité entre Etats ayant adopté des lois dans le sens de leurs uniques intérêts et cherchent impérativement leur application. De ce point de vue, les conflits de lois sont des problèmes qui doivent être résolus dans le cadre du droit international public<sup>7</sup>. Donc il appartient à chaque Etat de trouver la solution aux conflits des lois ayant trait à leur souveraineté. La relation internationale est celle qui s'établit

---

<sup>6</sup> La question de droit international a fait couler jusqu'à présent beaucoup d'encre, car les doctrinaux sont désaccord sur certains aspects de ce domaine. Certains considèrent le droit international comme une pure guerre de la souveraineté entre les puissances étatiques alors que d'autre le considère comme un conflit qui dépasse les frontières des puissances étatiques et qui doit être résolu par ce droit international privé.

<sup>7</sup> Selon le Lexique des Termes juridique, 17<sup>ème</sup> édition, le DIP est l'ensemble des règles juridiques régissant les relations entre les Etats et les autres sujets de la société internationale.



entre deux sujets de nationalités différentes, ou celle qui résulte d'un acte ou d'un fait survenu entre deux compatriotes mais sur un territoire étranger, ou encore entre les mêmes personnes dans leur pays à propos d'un bien situé ailleurs.

Contrairement à d'autres pays africains ayant fait le même syncrétisme juridique que le Sénégal, la répudiation n'est pas une cause de divorce<sup>8</sup> dans notre pays et même si le mariage coutumier est consacré, le divorce coutumier, lui, ne l'est pas<sup>9</sup>. Mais, si on s'en tient aux dispositions de l'article 166 CF, on peut être tenté de penser le contraire car si la femme quitte le domicile conjugal sur la base de la répudiation, ce départ risque d'être considéré comme un abandon de domicile qui figure parmi les causes de divorce. D'où notre sujet intitulé « le divorce en droit international privé Sénégalais ».

Le concept de divorce n'a pas fait l'objet de définition dans le Code de la famille sénégalais. Toutefois, il peut être défini comme une rupture du lien conjugal provoquant la dissolution du mariage<sup>10</sup>.

L'analyse du divorce en droit international privé Sénégalais, objet de notre recherche, peut être à l'origine d'innombrables problèmes de droit. Il peut entraîner des situations différentes d'un ordre juridique à un autre. Le caractère judiciaire du divorce<sup>11</sup> en droit sénégalais, fait que seul le juge a autorité pour prononcer le divorce défini comme la rupture du lien matrimonial du vivant des époux à la demande de l'un d'entre eux pour une cause prévue par la loi.<sup>12</sup>

Quant au droit international privé il peut être sommairement défini comme l'ensemble des règles juridiques ayant pour objet de régler les relations internationales entre personnes privées. De ce point de vue il est différent du droit international public dont l'objet est de régir les personnes publiques ayant une activité internationale comme : l'Etat, les organisations internationales...etc. Toutefois, ces rapports internationaux, qui ne diffèrent souvent pas de ceux qui se nouent au plan interne nécessitent un traitement particulier du fait de l'existence d'élément d'extranéité. Dans une

---

<sup>8</sup> M. C. NAJM, *Rejet des répudiations musulmanes*, Cour de cassation (1<sup>ère</sup> ch. civ.) 03 janv. 2006, Dame T. B. c. M.A.M, Rev. crit. DIP, 2006, p. 627.

<sup>9</sup> J.L CORREA sur le «Divorce et compétence juridictionnelle en droit sénégalais de la famille » (O. SAHABI, *Problématique de la double célébration des mariages au Niger*, Revue sénégalaise de droit, n° 36, janvier-juin 2011, pp. 43-95, p. 44).

<sup>10</sup> Lexique des Termes Juridiques, 17<sup>e</sup> siècle, Dalloz 2011, Page 263. La rupture doit obligatoirement prononcée par un jugement du juge des affaires familiales pour l'une des causes prévues par la loi.

<sup>11</sup> Article 157 du Code de la famille.

<sup>12</sup> Lexique des Termes juridiques, Dalloz, 19<sup>ème</sup>, 2012, p. 317.

conception étroite<sup>13</sup>, le droit international privé n'englobe que les conflits de lois et de juridictions. Dès lors, en cas de relations privées internationales, des doutes peuvent surgir quant à l'ordre juridique applicable. En matière de contentieux d'intérêt privé, le juge n'est pas tenu, en cas de silence des parties, de trancher le conflit de lois. Le silence des parties valait accord procédural, lui interdisant de soulever le conflit de lois. Aujourd'hui, il a retrouvé un rôle plus actif, sans que les contours de son office soient clairement définis. Ainsi, à supposer que le silence convergent des parties équivaille encore accord procédural<sup>14</sup> ; toutefois, lorsque le conflit de lois a néanmoins été soulevé, la juridiction saisie devra au préalable trancher<sup>15</sup> cette question.

Les pays qui ont adopté la conception restrictive du droit international privé privilégient leur législation nationale au détriment de celle des étrangers. C'est parce qu'il appartient à chaque Etat de déterminer ses règles.

Le droit international privé permet de déterminer quelle loi va être appliquée au cours d'un litige présentant un ou plusieurs éléments d'extranéité. Quatre types de circonstances peuvent ainsi marquer l'élément d'extranéité dans un conflit. Mais ce nombre est tributaire de la représentation contemporaine de l'Etat, devenue forme canonique de l'ordre juridique. Les relations familiales paraissent offrir au régime de la personnalité des lois dans son domaine privilégié, mais c'est aussi celui où ce régime se heurte aux plus graves difficultés et rencontre ainsi ses limites. Il est aisé d'admettre que les affaires de famille doivent être régies par la loi personnelle des intéressés et il y aurait là une véritable règle de conflit de lois; mais cette éventualité ne dissout pas les réelles difficultés qui résultent du caractère individuel de la personnalité des lois<sup>16</sup>.

Dans le cadre de ce travail, l'accent sera mis sur les difficultés qui peuvent surgir au moment d'un divorce présentant des éléments d'extranéité et le cas échéant l'ordre juridique compétent ainsi que les textes applicables.

Ainsi la question majeure soulevée par notre réflexion est la suivante : Quels sont les critères utilisés pour déterminer l'ordre juridique compétent en matière de divorce en droit international privé sénégalais ?

---

<sup>13</sup> La conception restrictive est également dite étroite.

<sup>14</sup> Abd'El-KADER BOYE, droit international privé 1979, PP 52, 53

<sup>15</sup> H. MUIR WATT, LOI ÉTRANGÈRE, Dalloz 2009, page 11,

<sup>16</sup> B. ANCEL, op.cit. Page 65

Par cette interrogation, l'objectif de notre travail s'analyse par une recherche sans limite de toutes les techniques de recherche des solutions qui peuvent permettre au juge face à une demande de divorce présentant les éléments d'extranéité de pouvoir aisément résoudre le litige. Ce qui permettra de comprendre si les solutions proposées par le législateur sont suffisantes ou s'il faudrait proposer des améliorations. Cette recherche ne peut se cantonner aux seuls aspects théoriques, elle s'intéressera surtout à ceux relevant de la pratique car, ce sujet regorge d'amples spécificités d'ordre pratique.

La question du divorce en droit sénégalais ne peut pas être étudiée sans qu'on puisse revoir l'organisation du statut personnel qui laisse apparaître quelques déséquilibres dans les rapports entre époux. En effet, le droit des rapports extrapatrimoniaux donne un pouvoir important au mari dans ses relations avec son épouse. La spécificité et l'originalité des règles qui gouvernent la procédure de divorce en droit internationale privé Sénégalais sont entre autres des éléments qui font l'intérêt de cette étude.

Dans une vision classique, le mariage est un acte par lequel un homme et une femme qui se sont mutuellement choisis, s'engagent à vivre ensemble à l'exclusion de tout autre et en principe jusqu'à la mort<sup>17</sup>.

« Malgré la présomption de science infuse qu'il a été obligé de poser - nul n'est censé ignorer la loi - le droit est conscient d'avoir en lui un certain ésotérisme et sait que son idiome technique peut appeler souvent une traduction en français courant<sup>18</sup> ». L'époque médiévale où domine l'idée sinon constamment la réalité d'un système de règlement des conflits de lois commun à l'ensemble des juridictions permettait de cerner parfois ce domaine du droit. Malgré cela, la procédure n'absorbe pas tous les aspects du procès et la *lex fori*<sup>19</sup> ne prend pas toute la place sans laisser aucun espace aux autres lois, ou statuts ou coutumes<sup>20</sup>. Éventualité fâcheuse, qui n'aurait fait connaître qu'après coup aux particuliers la règle de droit qu'ils auraient dû suivre.

---

<sup>17</sup> B.ANCEL / Y. LEQUETTE Grands arrêts de la jurisprudence Française de droit international privé, 5<sup>ème</sup> édition, p. 578.

<sup>18</sup>J. Carbonnier, Droit Civil, la famille, n°12, p. 36.

<sup>19</sup> La loi nationale du tribunal saisi. Un tribunal statue *lege fori* s'il applique à un litige, pour résoudre un conflit de loi de l'Etat à la souveraineté duquel il est soumis.

<sup>20</sup> B. ANCEL, Droit International Prive l'institution exorbitante, édition 2009-2010, Page 108.

Les lois qui règlent dans les différents États, la formation, les effets de la dissolution de l'union conjugale, présentent entre elles, et sur des points essentiels, des divergences qui les mettent souvent en opposition. Les conflits qu'elles soulèvent font partie des plus fréquents et des plus importants de ceux que le droit international privé se propose de résoudre.

Dans la doctrine, les défenseurs de la théorie des droits acquis prétendent supprimer radicalement tout conflit de lois. Selon eux, il n'y a pas à rechercher quel est le droit objectif applicable, il suffit de constater, puis de consacrer, l'existence d'un droit subjectif né à l'étranger. Tous les auteurs qui ont illustré la théorie ont mis l'accent sur la nécessité de respecter les droits acquis comme des faits. Cette théorie est simple et séduisante, mais fautive<sup>21</sup>. Sa première limite est qu'elle n'explique pas comment le juge saisi peut donner naissance à une situation en suivant une loi étrangère. Elle suppose toujours que le droit existe déjà, et qu'il y'a seulement d'en tirer les effets; or le juge peut aussi être requis pour créer une situation nouvelle ; par exemple, prononcer un jugement prononçant divorce. La théorie des droits acquis ne laisse aucune place à la loi étrangère. Toutefois, cette remarque ne tend qu'à limiter le domaine de la théorie, le conflit de lois prenant le relais pour le problème de la création des droits; d'ailleurs c'est la position de Pillet et de Niboyet. Une réfutation plus générale et décisive a été formulée par Savigny : c'est que « pour reconnaître si des droits sont bien acquis, il faut d'abord savoir d'après quel droit local nous devons juger de leur acquisition ». Si un mariage a été célébré à l'étranger, leur qualité d'époux devra certes être respectée, mais seulement si le mariage est valable. L'erreur de la théorie des droits acquis est d'assimiler les droits à des faits, c'est-à-dire de les considérer comme doués d'une existence réelle et autonome. Or un droit subjectif n'existe pas dans l'absolu. Il n'est rien d'autre qu'une application de la règle de droit objectif à une situation de fait individuel<sup>22</sup>. Les contestations dans la doctrine se sont prolongées sur le terrain du droit positif ; chaque pays étant souverain dans l'élaboration des lois applicables sur son territoire.

Au Sénégal, la préférence accordée par le législateur à l'application de la loi nationale se fait encore sentir même dans les conflits présentant des éléments d'extranéité. Il est alors important d'étudier, dans la pratique, les méthodes utilisées pour l'application de la loi du for par le juge en matière de divorce en DIP.

---

<sup>21</sup> Domat, droit international privé, Pierre Mayer, 6ème édition, Montchrestien, 1998, E.J.A. Page 74.

<sup>22</sup> Domat, droit international privé, Pierre Mayer, ibid.

Ce qui nous amène à analyser d'une part les mécanismes de la mise en œuvre des critères de rattachement en matière de divorce (Titre I) et d'autre part l'étendue de la compétence des juridictions Sénégalaises en droit international privé Sénégalais (Titre II)

## *Titre 1 : La mise en œuvre des critères de rattachement en matière de divorce en DIP sénégalais*

L'ordre juridique d'un Etat détermine la hiérarchie des normes. D'une part, et sauf exceptions prévues par la loi et notamment dans les cas qui seront examinés ci-après, La détermination de la loi applicable en matière de divorce en droit international privé en sénégalais (chapitre 1). D'autre part mettre l'accent sur la conception du code de la famille Sénégalais en matière de divorce (Chapitre 2).

### Chapitre 1 : La détermination de la loi applicable en matière de divorce en DIP sénégalais

La détermination de la loi applicable en matière de divorce a fait l'objet de codification par législateur sénégalais. Cela a permis de dégager le critère dit principal (section 1) et des critères secondaires (section 2)

#### Section 1 : Le critère principal de rattachement

La règle de conflit est une règle de rattachement d'un rapport de droit à un ordre juridique au moyen de ses catégories et de ses critères de rattachements<sup>23</sup>. Toutefois, il faut reconnaître que si les éléments de localisation sont partout presque les mêmes, les catégories de rattachement consacrées peuvent varier d'un pays à un autre. Car elles subissent très souvent les options et les considérations nationales (paragraphe 1). Ainsi, suite à tous ces éléments mis en place par les différents ordres juridiques, ceci aura pour conséquence des attributions de compétences distinctes comme par exemple la compétence de la loi nationale commune des époux en cas de divorce (paragraphe 2).

#### Paragraphe 1 : La nationalité

Il est nécessaire d'étudier d'abord la notion de nationalité (A) avant de voir la préférence accordée à la commune nationalité des époux (B).

---

<sup>23</sup> Les catégories de rattachement sont formées d'éléments de localisation par rapport à un ordre juridique.

## A : La notion de nationalité

La nationalité est un lien juridique et politique qui rattache une personne, physique ou morale, à un Etat<sup>24</sup>. La notion de nationalité désigne à la fois une notion de droit et de fait. Un individu peut appartenir en fait à une nationalité et relevée en droit d'une autre<sup>25</sup>. La nationalité de fait est l'apparence à une communauté, dont la notion relève de la sociologie, mais dont le juriste doit rappeler les traits essentiels pour définir et organiser en connaissance de cause la nationalité de droit. Dans l'état actuel des idées on peut définir la nationalité de droit comme l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un état. Cette appartenance soumet la nationalité à la compétence dite personnelle, opposable aux autres Etats, de l'état dont il relève<sup>26</sup>. La nationalité du droit correspond à un phénomène nettement distingué. La formation des états implique, comme on le montre en droit international public, l'existence de gouvernements qui exercent leur autorité dans un territoire donné, sur une population déterminée. La détermination de cette population est l'objet du droit de la nationalité. Elle emporte des effets juridiques dans l'ordre international et dans l'ordre interne. En droit international public seuls les nationaux bénéficient de plein droit de la protection diplomatique à l'étranger, et de l'ensemble des règles admises par les Etats dans leurs relations mutuelles au profit de leurs nationaux<sup>27</sup>. L'essentiel de la nationalité paraît aujourd'hui consister en ce que le fait prolongé de la vie en dehors du pays, provoqué par les facteurs même au-delà des frontières. Le droit positif de chaque Etat détermine ses propres nationaux en mettant place les conditions de son acquisition et de sa perte. Le droit international privé intéresse à la fois l'ordre interne et l'ordre international, il existe une théorie générale de la nationalité qui déborde parfois le cadre positif d'un Etat.

La conception codification du droit, par les Etats permet non seulement de renforcer l'unité nationale dans laquelle devaient s'intégrer ces puissances publiques mais de déterminer de manière précise ces sujets de droit. Ceci permet une unité entre les citoyens rattachés à la même nation. L'identité nationale pouvait ainsi s'affirmer dans les relations avec l'étranger. L'individu, au lieu

---

<sup>24</sup> Lexique Juridique des termes, 17<sup>e</sup> édition, page 482

<sup>25</sup> Comme ce fut le cas, d'un polonais au XIX<sup>ème</sup> siècle qui avait en droit la nationalité russe, allemande ou autrichienne.

<sup>26</sup> Revue spéciale de DIP, CJD, page 60.

<sup>27</sup> Les nationaux sont protégés même au-delà des frontières de leur pays d'origine grâce à la diplomatie et des relations mutuelles, par exemple sous forme de traité.

d'être un simple accessoire du sol, devenait ainsi un élément de l'Etat<sup>28</sup>. Les premières codifications par le législateur ont inclut également une définition des conditions d'acquisition et de perte de la nationalité. Cette question de nationalité était de grande importance, étant donné que c'était à travers la nationalité qu'était déterminée l'appartenance à la nation et le groupe de personnes admises à jouir des droits garantis par l'Etat<sup>29</sup>. Or l'acquisition de la nationalité était fondée principalement sur des faits relevant de rapports de famille, à savoir le mariage et la filiation. Ces rapports devaient donc nécessairement être déterminés par le droit de l'Etat dont la nationalité était en cause. Le statut personnel n'avait pas d'autre fonction que celle de rattacher la personne à sa nation. La teneur ou les objectifs propres au droit national n'étaient pas concernés par cette attribution. Car le droit, tout en affirmant l'unité nationale, devait préserver le rôle dominant de la volonté individuelle, réservant l'exercice des droits subjectifs à la libre volonté de leurs titulaires.

Cependant, cela n'impact pas une demande en divorce dans un pays étranger, mais la seule question à soulever est de savoir si le pays permet le divorce ? Si la réponse est positive le juge saisi peut cependant vérifier si les époux ont une loi nationale commune<sup>30</sup>.

## B : La nationalité commune des parties

La nationalité des individus intéresse au premier chef le droit international public. Chaque Etat possède à l'égard de ces nationaux une compétence personnelle opposable aux autres Etats, qui se manifeste en particulier par l'exercice de la protection diplomatique. Pourtant, le droit international privé n'édicte guère des règles préétablies pour tous les Etats. La nationalité des parties est l'un des éléments les plus importants pour le législateur sénégalais en matière de divorce. Il y a les dispositions ayant pour objet d'établir les règles de rattachement, celles qui soumettent les conditions de fond du mariage à la loi nationale<sup>31</sup> commune des époux en présence, trouvent leur fondement dans l'idée qu'il s'agit en ce domaine d'apprécier l'aptitude respective à se marier des futurs conjoints. Les lois sur l'état et capacité suivent les personnes même en dehors du pays dont ils sont ressortissants<sup>32</sup>. Mais, lorsque les époux n'ont pas la même nationalité, ni la même

---

<sup>28</sup> L'Etat exerce sa puissance même à l'étranger sur ses nationaux, de ce fait les ressortissants ne sont plus seulement en dehors du pays car il y'a des consulats.

<sup>29</sup> Code de la nationalité du Sénégal

<sup>30</sup> Le mariage est peut-être la chose la mieux partager entre les peuples mais si cela ne l'était pas pour ce qui concerne pas le divorce.

<sup>31</sup> La loi nationale ou *lex nationalis* permet une certaine stabilité dans des relations internationales

<sup>32</sup> *Revue spécialisée de droit international*, journal du droit international CJD, page 37



résidence après leur mariage, il faudra pour le juge saisi de rechercher la loi qui présente les liens les plus étroits avec le régime matrimonial.<sup>33</sup>

Plusieurs arguments sont présentés en faveur de la loi commune des parties au moment de l'introduction de la demande. En effet, l'élaboration des catégories de rattachement repose sans aucun doute sur les institutions de droit privé internes. Ces institutions du droit privé regroupent chacune une série de questions ayant des liens plus ou moins étroits avec le sujet de droit. Ainsi, La nationalité des époux lors de l'introduction de la demande en divorce a une importance capitale dans la mesure où les époux ont la possibilité d'en changer à tout moment de leur vie.

En effet, certains pays retiennent la nationalité comme facteur de rattachement ; c'est le cas de la plupart des pays occidentaux, du moyen orient, de l'extrême orient, ainsi que certains pays africains comme le Sénégal par exemple. Par contre d'autres choisissent le domicile comme critère rattachement du statut personnel : c'est le cas des pays anglo-saxons, scandinaves, et de la majeure partie des pays de l'Amérique latine.

Chacun de ces deux facteurs de rattachement du statut personnel a ses vertus. Cependant, la nationalité a l'avantage de la certitude et de la stabilité dans le domaine du critère de rattachement. Dans l'arrêt Caraslamis de la cour de cassation française rendu par chambre civile le 22 juin 1955 qui portait sur la célébration religieuse d'un mariage est une parfaite illustration des conflits de nationalités. En l'espèce un grec orthodoxe épouse civilement une française en France alors que la loi grecque exige une célébration religieuse. Un tel mariage est-il valable ? Là encore la réponse dépend de la qualification donnée par chaque Etat selon son critère de rattachement.

Si le juge considère l'exigence de la célébration religieuse comme une condition de fond soumise à la loi nationale, la loi grecque est applicable et le mariage est donc nul. Si au contraire il analyse la célébration religieuse du mariage comme une condition de forme *sine qua non* soumise à la loi du lieu de célébration. Dans cette hypothèse, la loi française est applicable et le mariage est donc valable. Or le droit grec considère l'exigence de la célébration religieuse comme une

---

<sup>33</sup> F. MONEGER, Ibid.

condition de fond du mariage. Il en résulte ainsi un conflit de qualification entre les deux ordres juridiques.

Cependant, en ce qui concerne la capacité des personnes, le principe affirmé de la compétence de la loi nationale de l'intéressé ne peut être mis en doute. Mais aurait-il mérite d'être nuancé. En effet, la loi nationale est, en cette matière, susceptible d'être écartée soit dans le cas d'incapacité spéciale<sup>34</sup> relevant normalement de la loi applicable, soit en matière d'administration des biens de l'incapable dans ce cas-là, la loi réelle<sup>35</sup> est appelée à s'appliquer ; soit enfin, à propos de certaines modalités de protection prévues par la loi étrangère ignorées par la loi du for ; quand le juge substitue à la loi personnelle compétente à sa propre législation au titre de l'urgence ou de l'ordre public.

Ainsi, lorsqu'une personne a deux nationalités dont celle du for, c'est cette dernière qui l'emporte, la personne étant alors soumise au droit du juge saisi pour son statut personnel. Cette solution a été affirmée par la cour de cassation dans l'arrêt Kasapyan du 17 juin 1968 (Rev. Crit. DIP 1969, P.59, Batiffol, GA n. 46<sup>36</sup>)

Elle a également le mérite d'éliminer en cette matière les controverses et les incertitudes qui règnent en cette matière dans la doctrine et la jurisprudence françaises. Les problèmes généraux relatifs à la mise en œuvre de la règle de conflit font l'objet de dispositions particulières qui prescrivent toutes, reproduisant des solutions aujourd'hui bien établies en droit international privé. Pour cette raison elles ne sauraient être sérieusement contestées. Il en est ainsi tout d'abord de la détermination de la loi nationale soumise par l'article 849 CF sénégalais<sup>37</sup> aux règles classiques suivantes : prééminence de la nationalité sénégalaise sur les autres nationalités, préférence

---

<sup>34</sup> Les incapacités spéciales sont édictées dans un but de protection, moins de l'intérêt particulier de l'incapable que de l'intérêt général (tiers, famille, héritiers, société) à l'occasion de l'accomplissement de certains actes bien définis.

<sup>35</sup> C'est le *lex re sitae*, la loi du lieu de situation d'un bien.

<sup>36</sup> F. MONEGER, *Objectif Droit*, édition Litec, 2001, Page 87

<sup>37</sup> Article 849 du code de la famille

accordée à la nationalité effective<sup>38</sup> ou active<sup>39</sup> en cas de conflits entre deux nationalités étrangères, enfin il pourrait être application à l'apatride de la loi de son domicile ou de sa résidence.

Cependant, il faut signaler que ce texte n'a pas pris parti sur certaines difficultés que révèle la mise en œuvre du système de l'application distributive notamment à propos des empêchements bilatéraux du mariage édictés par la loi nationale de l'un des futurs époux.<sup>40</sup> Ainsi, il aurait été souhaitable que le législateur précise son point de vue sur les problèmes délicats de qualification qui n'ont pas manqué de soulever dans la pratique la distinction des conditions de fond du mariage surtout pour les mariages confessionnels imposés par certaines législations à leurs nationaux. Ce sont là des lacunes qui, sans faire nécessairement l'objet de solutions fermes et précises, auraient pu être aisément comblées par les directives générales susceptibles d'orienter le juge dans l'interprétation des textes<sup>41</sup>.

## Paragraphe 2 : La compétence de la loi nationale commune des époux

La personne est domiciliée au lieu de son principal établissement et, pour son activité professionnelle, au lieu où elle exerce celle-ci.<sup>42</sup> Ainsi, pour donner compétence à la loi des époux il faut avant tout que ces dernières aient la même nationalité et cela soit avéré (A) pour ensuite envisager la loi applicable surtout en cas de changement de domicile (B)

### A : L'existence d'une nationalité commune des époux

La recherche de la loi applicable a aussi évolué avec le temps car on recherchait une loi unique qui régira le lien matrimonial. Le recours à la loi du mari, encore utilisé par certains droits n'est plus envisageable au nom du principe d'égalité des époux. En droit français, la loi applicable est la loi nationale commune des époux<sup>43</sup>. Par exemple les effets du mariage de deux époux italiens sont réglés, pour le juge français, par la loi italienne de leur nationalité commune. Dans le cadre de

---

<sup>38</sup> La nationalité effective peut être considérer comme celle qui est mise en suspension pendant que la seconde est activée.

<sup>39</sup> La nationalité dite active lorsque le citoyen active dans le sens figuré une deux nationalités qu'il possède. C'est-à-dire quand il est dans l'un des pays dont il a la nationalité c'est cette dernière qu'il va user en mettant le second en veille.

<sup>40</sup> *Revue Sénégalaise de droit (RSD)*, n°13 ; 1573 page 14

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Art 12 code de la famille

<sup>43</sup> L'article 3, aliéna 3 de code civil français

l'analyse du changement de domicile et selon les dispositions de l'article 76 Code civil du Québec, qui considère qu'on doit retenir celle qui a le caractère principal (sans pour autant apporter une précision). Mais la doctrine estime qu'on doit retenir le lieu que l'on « fréquente ordinairement<sup>44</sup> ». Toutefois, le changement de domicile coïncide avec celui des critères de rattachement concernant la loi du domicile.

Ainsi, selon le droit Béninois la modification de la nationalité commune ou lorsque l'un des conjoints acquiert la nationalité de l'autre, ou encore en cas de déplacement du domicile commun par rapport au premier domicile commun, la faculté de modification du régime conventionnel et les conditions de fond d'une telle modification du régime matrimonial sont régies par la loi désignée par le nouvel élément matériel de rattachement<sup>45</sup>. Cependant, le cas de changement de domicile ne devrait pas avoir pour finalité de rendre une loi, incompétente qui en principe devait être la loi applicable. Donc l'intention des époux est à déterminer car si le changement n'a pas pour but de rendre la loi du premier domicile incompétente. Certains éléments de rattachement ne posent pratiquement pas de problème. La difficulté réside autour de la loi du statut personnel avec ses critères de rattachement, car pour ce qui concerne un contrat par exemple la loi choisie par les parties sera appliquée en cas de litige. Il est admis parce que la procédure est soumise à la loi des parties et à la *lex fori*.<sup>46</sup> Ainsi, les biens relèvent de la loi du lieu où ils se trouvent : c'est la *lex rei sitae* (la loi de situation du bien). Mais la capacité des parties relève de la loi personnelle. Ceci dit la question de la compétence des critères secondaires fera l'objet d'étude.

## B : La loi applicable en cas de changement de nationalité

Le mariage ne peut être contracté qu'entre un homme et une femme en respectant l'âge minimum prévu par le code de la famille. La soumission de la forme du mariage à la *lex loci celebrationis* (c'est-à-dire la loi du lieu de célébration) fait appelle de notre part de nouvelles observations critiques. Selon l'article 843 du code de la famille qui précise « ...tant pour les nationaux que pour les étrangers, la loi du lieu où le mariage est intervenu est compétent pour déterminer la forme du mariage. » La détermination de la loi compétente avait été posée devant

---

<sup>44</sup> C'est - à- dire le lieu qu'on occupe le plus souvent

<sup>45</sup> Art 985 in fine *code de la famille* du Benin

<sup>46</sup> Selon le *Lexique juridique*, ibid. c'est la loi du tribunal saisi. Un tribunal statue *lege fori* s'il applique à un litige, pour résoudre un conflit de lois la loi de l'Etat à la souveraineté duquel il est soumis.

les tribunaux sénégalais et résolu depuis fort longtemps. La nationalité des époux doit être déterminée au moment de l'introduction de la demande en divorce. De ce fait la nationalité fera l'office de localisation de droit qui a plus de rattachement avec le sujet. La loi lors de présentation de la demande en divorce joue un rôle capital même si ce critère n'a pas fait l'unanimité juridique. Ainsi chaque époux a le droit d'agir en justice pour demander un divorce même s'il n'a pas la nationalité sénégalais. De ce fait, deux époux même étrangers peuvent saisir la juridiction sénégalaise mais en respectant les conditions et la procédure adaptées et usuelles au Sénégal. Cependant, l'existence de nationalité des époux lors de la présentation de la demande en divorce donnera d'office compétence aux tribunaux sénégalais.

Le système mis en place par la convention va s'éloigner très sensiblement de certaines jurisprudences. Car plusieurs rattachements ont pris en compte de façon hiérarchisée : la résidence habituelle des époux après le mariage, la nationalité commune des époux, la loi qui présente les liens les plus étroites avec la situation en cause. La primauté accordée à la loi nationale du for a fait l'objet de critique par la doctrine dans l'hypothèse où cette loi nationale n'est pas la nationalité effective de l'individu et qu'elle conduit à appliquer une loi avec laquelle la personne en cause ne se sent plus proche. En matière de reconnaissance d'un droit acquis à l'étranger, le principe remporte une adhésion quasi générale lorsqu'il s'agit de la création d'un droit par exemple action en divorce, action en recherche de paternité naturelle et tant d'autre exemples.

En effet, si tous les Etats appliquaient le même principe de primauté de la nationalité du for chaque fois qu'un binational aura obtenu un droit d'une juridiction de l'un de ses Etats nationaux, ce droit ne sera pas reconnu dans l'autre puisque, par hypothèse, le juge étranger n'aura pas appliqué la « bonne » loi nationale. La primauté de la nationalité du for limite ainsi le champ d'application des conventions bilatérales en matière de statut personnel. Mais il a fallu attendre longtemps pour que la communauté internationale réalise que l'attachement à la nation n'était plus tolérable pour les réfugiés, victimes de persécutions ou de troubles similaires dans leur patrie. C'est suite à cela que le statut des réfugiés a été mis en place par la Convention de Genève du 28 juillet 1951 constituait un signe tangible d'une forte volonté des Etats d'assurer la protection et l'autonomie de l'individu indépendamment de son origine nationale. Cette convention a apporté en son article 12 une première brèche dans le principe de la nationalité, en consacrant le rattachement à la loi du pays du domicile ou, subsidiairement, de la résidence du réfugié. La même

solution a été retenue par la suite à l'article 12 de la Convention de New York relative au statut des apatrides du 24 septembre 1954. Ces deux instruments furent aussi les derniers à consacrer encore en droit international l'expression de « statut personnel ». Le pays du domicile était en effet considéré comme celui qui se substitue au pays de la nationalité. L'idée du statut personnel en tant qu'élément d'appartenance à un Etat pouvait ainsi être conservée. Ainsi, la méthode d'attribution de compétence selon la loi du Benin semble être dans la même sphère que celui du Sénégal. L'article 983 précise « Les effets personnels et patrimoniaux du mariage, hormis ceux liés au régime matrimonial légal ou conventionnel, sont régis par la loi nationale commune des époux. En cas de nationalités distinctes, lesdits effets sont régis par la loi de l'Etat du domicile commun, à défaut, par la loi du dernier domicile commun, pourvu que l'un des époux ait conservé ce domicile. Si les époux n'ont jamais eu de domicile commun, lesdits effets sont régis par la loi du for ». Ainsi, la jurisprudence Rivière par l'arrêt du 17 avril 1953, rendu dans l'affaire Rivière c/ Roumiantzeff dans lequel la cour de cassation a fait application de la loi du domicile des époux qui se trouvait être identique à la loi personnelle du mari et du for. En cas de changement de nationalité ou de déplacement du domicile commun, la loi désignée par le nouvel élément matériel du rattachement s'applique immédiatement ». Le régime matrimonial légal est régi par la loi nationale commune des époux au moment de la célébration du mariage. En cas de nationalités distinctes, ledit régime est régi par la loi du premier domicile commun des époux. A défaut de choix des époux effectué dans les limites prévues à l'alinéa 4 du présent article, le régime matrimonial conventionnel est régi par l'une des lois visées aux deux alinéas qui précèdent ; si la loi désignée en vertu de l'un des deux alinéas qui précèdent prévoit que les époux peuvent choisir le droit applicable à leur contrat de mariage, le droit choisi est applicable. Les époux peuvent choisir la loi nationale de l'un des époux pour régir leur contrat de mariage. Cependant, le code de la famille du Sénégal met l'accent sur le domicile commun des époux « ...par la loi du pays où ils ont leur domicile...<sup>47</sup>»

## Section 2 : Les critères secondaire de rattachement

Pour certains pays comme la France par exemple et dans la plupart des Etats occidentaux, c'est la jurisprudence et la doctrine qui sont à l'origine de la systématisation de ces différentes catégories de rattachement. Mais au Sénégal, c'est tout à fait le contraire car la plupart des règles de rattachement ont fait l'objet d'une codification partielle dans le code de la famille et par la même

---

<sup>47</sup> Cf. Code de la famille.

occasion une attribution des compétences basant sur la loi du domicile (paragraphe1) ou bien sur la compétence de la loi du juge du for saisi (paragraphe2).

## Paragraphe 1 : La compétence de la loi du domicile des époux

Le domicile, au sens des dispositions du présent code, est au lieu de la résidence commune habituelle des époux<sup>48</sup>. La compétence principale en matière de divorce est le domicile (A) mais en cas de changement de domicile la compétence du nouveau domicile se vérifiera selon le moment de l'introduction de la demande, mais aussi de la résidence en produira les effets comme pour le domicile (B)

### A : L'existence d'un domicile commun des époux

Plusieurs arguments sont ainsi présentés en faveur de la loi du domicile. D'abord, le domicile est considéré comme le lieu où vit la personne, où elle est installée. C'est le lieu de rattachement plus simple pour la personne elle-même et pour les tiers qui peuvent être en relation avec elle. Ce rattachement, et c'est là le contre-pied du rattachement à la nationalité, qui favorise l'intégration des étrangers dans la société d'accueil<sup>49</sup>. Les pays d'immigration préfèrent le critère du domicile cela permet d'éviter la multiplicité des statuts étrangers qui parfois peuvent ne pas adapter au système au pays d'accueil. Il y a certains des systèmes juridiques ne donnent pas tous du domicile la même définition, d'autres accordent plus d'importance au domicile d'origines et pour le domicile élu. Le principe du *domicile* est normalement présenté comme opposé à celui fondé sur la nationalité. Lorsque l'on observe les pays de la *commonlaw* traditionnellement cités comme les partisans du rattachement au domicile, on constate que cette opposition n'est pas appropriée, du moins dans une perspective historique<sup>50</sup>. Le souci de préserver les liens avec les émigrés est partagé dans ces pays autant que dans les pays partisans de la nationalité. Ce système est retrouvé le plus souvent dans la conception anglaise du domicile. Toute personne dispose d'un « domicile of origin

---

<sup>48</sup>Article 976 du code de Benin.

<sup>49</sup> F. MENAGER, Op.cit. Page 84

<sup>50</sup> Bien que le domicile soit parfois considéré comme un simple fait dont la détermination ne soulève pas de difficultés particulières sur le terrain de la loi applicable, il reste dans la conception majoritaire une notion juridique, dont la diversité de définitions nationales est susceptible de créer un conflit de lois. En effet, selon que l'on s'attache au domicile d'origine du droit anglais ou à la notion de domicile principal établissement des systèmes romano-germaniques, la localisation de l'individu varie sensiblement.

», qui corresponde au domicile de l'un de ses père et mère au moment de sa naissance. Ce rattachement fait place à celui fondé sur le « domicile of choice<sup>51</sup>».

Le principe en droit sénégalais est que de la loi du défendeur selon le code de la famille du Sénégal en son article 167 qui précise « l'époux demandeur en divorce doit, en personne, présenter au juge de la paix du domicile de l'épouse... ». Donc, l'accent est mis ici sur le domicile de l'épouse. Dans cette même logique en cas de changement de domicile logiquement la compétence est attribuée à la loi du nouveau domicile<sup>52</sup>. Le domicile tant qu'il sert comme le nom, à individualiser l'individu, révèle du statut personnel.<sup>53</sup> L'existence d'un domicile commun aux époux permet de donner compétence à la loi de ce domicile à l'absence d'une nationalité commune.

Ainsi, pour ce qui est du divorce par consentement mutuel des époux, la question semble être réglée car dans la plus part des cas le couple vive ensemble et décide de divorcer. Selon, les dispositions de code de la famille en son article 159 qui précise « pour faire reconnaître leur divorce, les époux doivent se rendre ensemble et en personne devant le juge de paix de leur domicile,... ». Ceci permet de croire que les époux ont le même domicile.

La procédure de divorce en droit Sénégalais impose au demandeur, d'introduire sa demande en divorce en personne et devant le juge de paix du domicile de l'épouse une requête soit écrite ou verbale.<sup>54</sup> Le mariage dans les sociétés négro-africaines étant d'abord et avant tout un contrat entre deux familles, les rites coutumiers en vue de sa création se déroulent dans un cadre ordonné dans lequel les espaces et les fonctions sont bien déterminées.

Les coutumes africaines accordent une importance singulière au domicile de la femme dans la célébration du mariage. En parlant de domicile de la femme, il s'agit plus du domicile de ses parents, du domicile familial puisque dans les coutumes africaines, la femme, avant le mariage, est sous l'autorité de son père, qui exerce la puissance paternelle.<sup>55</sup> En effet, la femme célibataire n'a d'autre domicile que celui de ses parents. Le plus souvent si elle n'a pas d'activité professionnelle, sa vie quotidienne se résumait à la maison et aux travaux domestiques<sup>56</sup>. En cas de difficultés

---

<sup>51</sup> A.BUCHER, *La Famille en Droit International Privé*, PP 35-36

<sup>52</sup> F. MENAGER, *Op.cit.* Page 106 (principe énoncé dans l'article 5 du protocole N°7 de la CEDH)

<sup>53</sup> Art 3 code civil français

<sup>54</sup> Art 167 code de la famille du Sénégal

<sup>55</sup> Article *divorce et compétence juridictionnelle en droit Sénégalais de la famille*, *op. Cit.* P.6

<sup>56</sup> *Ibid.* P.6



rencontrées par la femme en son domicile conjugal,<sup>57</sup> la coutume autorise<sup>58</sup> que celle-ci retourne au domicile de ses parents.

Mais la position du législateur sénégalais peut susciter de nombreuses questions comme par exemple : qu'est-ce qui a pu amener le législateur à faire l'option de cette règle de compétence ? Mais aussi qu'est-ce qui pourrait expliquer cette option ? En effet, la lecture de l'article 167 du Code de la famille laisse constater que le législateur attribue expressément compétence, en matière de divorce, au tribunal du domicile de l'épouse.<sup>59</sup> Cette règle de compétence est fortement surprenante et son fondement mérite une explication. Voilà autant de questions qui peuvent susciter des débats.

En effet, qu'est-ce qui a pu motiver le législateur à faire l'option de cette règle de compétence mais aussi qu'est-ce qui pourrait expliquer cette option ? Une certaine dysharmonie au sein de la société sénégalaise et de plus d'être difficile à intégrer dans les relations privées internationales. La compétence du tribunal du domicile de la femme en cas de divorce trouverait ici donc une première explication coutumière. En effet, la règle posée par le législateur semble être une projection de l'organisation sociétale mais aussi de la place donnée à la femme dans communauté négro-africaine<sup>60</sup>.

## B : La loi compétence en cas de changement de domicile des époux en matière de divorce

Le domicile<sup>61</sup> habituel a été préféré en matière de divorce du domicile nouveau. Par le biais du domicile légal, risque de donner compétence aux autorités d'un pays n'ayant aucun lien réel avec la personne est imminent. Le couple peut avoir un domicile où une demande a été introduite et suite au déplacement il change de domicile, dans cette figure la loi compétente sera celle du

---

<sup>57</sup> Les difficultés peuvent porter sur des questions extrapatrimoniales telles que la non-exécution des obligations découlant du mariage, tout comme il peut s'agir de difficultés d'ordre purement patrimonial, V. J.L CORREA, note de page.9

<sup>58</sup> Au Sénégal, c'est le cas notamment de la coutume wolof islamisée.

<sup>59</sup> Op.cit. P.9

<sup>60</sup> Sur cette question, on doit remarquer avec F. K. CAMARA que l'importation de la culture juridique musulmane et du droit civil français d'inspiration judéo-chrétienne a accentué la marginalisation de la femme dans la société sénégalaise notamment. F. K. CAMARA, *De l'utilisation de la religion comme alibi...*, op. cit. p. 20.

<sup>61</sup> Selon le *LAROUSSE*, le domicile est le lieu où habite quelqu'un : par exemple le domicile conjugal des époux. Alors que le Lexique le considère comme le lieu dans lequel une personne est censée demeurer en permanence.

premier domicile. Les rédacteurs de la Convention de la Haye de 1980 et de 1996 ont été d'autant plus conscients de la nécessité de donner une compétence de principe aux autorités du pays du domicile habituel. Selon cette Convention de la Haye la « résidence » peut être définie actuellement comme le fait pour une personne d'habiter dans un lieu de façon habituelle (voir en ce sens : Deleury et Goubau, n. 285, p. 235). La compétence principale est le domicile mais en l'absence de ce dernier la résidence va produire les effets. Cependant, pour ce qui des effets du divorce, ou les effets de la résidence le code de la famille du Sénégal a seulement affirmé sans une précision claire par rapport aux effets pouvant être produits par la résidence à l'absence d'un domicile en cas de divorce<sup>62</sup>.

En droit québécois, la résidence<sup>63</sup> était traditionnellement définie abstraitement, que juridiquement comme « le lieu où l'on demeure ». Matériellement, la « résidence » est aussi l'immeuble (en principe) où l'on habite. Ainsi, est apparue la notion de « résidence familiale » c'est-à-dire d'habitation d'un couple marié. Contrairement à la notion de domicile, celle de résidence est en principe une stricte question de fait qui ne fait pas appel à l'intention. Une personne réside à l'endroit où elle vit de fait. Il importe peu qu'elle se soit établie en ce lieu pour une période temporaire, définitive ou indéfinie. Toutefois, certains arrêts, rendus avant l'adoption du nouveau Code Civil du Québec avaient déjà précisé cette définition, notamment en droit municipal, en y ajoutant une condition de permanence. L'idée était qu'on ne voulait pas soumettre à des lois locales des personnes occasionnellement présentes. Mais aux lois précisant la résidence habituelle ou permanente, comme une condition exigée pour y être appliqué. La jurisprudence a donc complété la loi en fonction de son but. Le droit civil ne donne plus en principe de conséquences juridiques qu'à la résidence habituelle assimilable au « domicile » et non à une résidence brève, occasionnelle. En effet, le domicile, impliquant une stabilité, se distingue de la simple habitation, qui elle, désigne un lieu de séjour bref ou occasionnel.

En ce sens, la résidence habituelle se rapproche beaucoup de la résidence ordinaire. On doit sans doute considérer que l'évaluation de la résidence principale dépend objectivement quantitativement de la durée du séjour. À défaut de résidence, la personne est réputée domiciliée

---

<sup>62</sup> Si le domicile ne peut être déterminé, la résidence en produira les effets. A défaut de la résidence l'habitat en tiendra lieu.

<sup>63</sup> *Lexique Juridique* ibid. lieu où se trouve en fait une personne. Et d'ailleurs on l'oppose au domicile qui est le lieu où elle est située en droit.

au lieu où elle se trouve. Finalement, comme cette règle l'illustre aussi, le droit québécois fait une distinction entre la résidence et la simple présence (lieu où l'on se trouve). Dans cette suite logique le changement de domicile peut impacter sur les critères de rattachement. C'est ainsi lorsque le changement de domicile a pour but de rendre la loi du premier domicile incompétente, le juge doit prendre des précautions pour déterminer la bonne ou la mauvaise des époux. Le législateur français quant à lui détermine d'abord, comme tribunal compétent le tribunal du domicile des époux. A défaut de domicile commun du fait de la séparation des parents, le tribunal compétent est celui de la résidence des enfants mineurs du couple.<sup>64</sup> En l'absence d'enfants ou si les enfants sont majeurs, ou que les enfants vivent séparés entre les deux parents, le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur.<sup>65</sup> Du point de vue de leurs conséquences, ces règles alternatives sont beaucoup plus neutres et objectives. Cependant en dehors de la compétence de la loi du domicile des époux, la loi du juge saisi est aussi compétente.

## Paragraphe 2 : La compétence de la loi du juge du for saisi

La méthode de solution des conflits mis en place consiste à partir de la règle de droit de chaque Etat de déterminer sa compétence en tant que souverain. Au lieu de délimiter le domaine de la souveraineté des lois, il faut essayer de localiser l'élément essentiel du rapport de droit en vue d'identifier la loi applicable ce qui fait du conflit des lois un simple conflit de solutions possibles et non un conflit de souveraineté comme le soutient Monsieur P. T. FALL. Cependant, il est judicieux de rappeler que quel que soit la définition donnée à ces conflits, les Etats encadrent leur domaine de souveraineté par la mise en place des lois de polices<sup>66</sup> (A). Cependant, toute fraude entraînera l'éviction de la loi étrangère normalement compétente pour cause de fraude (B)

---

<sup>64</sup> V. article 1070 du Code de procédure civile français. V. F. TERRE ; D. FENOUILLET, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., 1111 p. p. 160.

<sup>65</sup> Ces règles alternatives ne jouent cependant que lorsqu'il s'agit d'un divorce contentieux. Dans les cas de divorces amiables, les époux peuvent choisir d'accord parties quel tribunal, celui du mari ou celui de la femme est compétent pour statuer sur la demande conjointe de divorce.

<sup>66</sup> Règles écrites, générales, permanentes qui ne peuvent être écartées quelque soient les allégations.

## A : Les lois de police du juge du for saisi

Dans le cadre du droit international privé, les lois de police<sup>67</sup> révèlent l'existence de politiques législatives d'une telle importance qu'elles ne souffrent d'aucune remise en cause sur le territoire de leur auteur<sup>68</sup>. L'expression loi d'application immédiate veut rendre compte de ce que certaines lois fixent elles-mêmes leur champ d'application, leur l'espace, sans la médiation d'une règle de conflit. C'est ainsi que les lois de police posent en premier lieu le problème de leur identification, d'autant que la grande majorité des cas le législateur qui les édictées ne s'est pas prononcé sur leur nature. Toutefois, l'auteur du nom de Ph. FRANCESKAKIS a proposé de considérer comme lois de police « les lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde politique, sociale ou économique<sup>69</sup> » Nécessaire à leur efficacité substantielle, ce champ d'application propre serait donc dans la dépendance directe de leur teneur. C'est pour dire que chaque loi de police s'appliquerait à toutes les situations internationales qu'il est nécessaire qu'elle régleme pour que soient atteints les objectifs auxquels elle est ordonnée.<sup>70</sup> Il n y a pas un nombre défini de catégories. La catégorie du statut personnel, la catégorie du statut réel, les successions, la catégorie de statut des obligations sont tous pris en compte par le législateur sénégalais. Ces différentes catégories du droit international privé sont déduites dans des concepts internes de chaque Etat. Le principe est en effet que les catégories du droit interne valent pour l'application des règles de conflits. Pour classer, encore faut-il connaître l'institution étrangère qu'il s'agit de qualifier et de rattacher ensuite à une catégorie du juge du for. Toutefois, la qualification comporte deux phases : une phase d'analyse de la loi étrangère, puis une autre phase de classement selon la loi du for. Des formules d'auteurs sont très évocatrices. Selon Raap, « l'Etat étranger caractérise ces droits, l'Etat du for les classes ». Selon Melchior, « la qualification consiste à placer l'étoffe juridique étrangère dans les tiroirs du système national ». La qualification selon la loi du for est limitée à la désignation de la loi applicable (Batiffol et Lagarde, p.i.n.298). Ce principe conduira deux conséquences. D'abord la qualification de la loi étrangère (Lex causae) reprenne leurs empires lorsque cette loi a été désignée par la règle du for. Par exemple un accident de

---

<sup>67</sup> J. DERRUPPE, *Mémentos DIP*, Dalloz 14 édition, P.81 « En effet, les lois de police doivent être appliquées par le juge dès que la réalisation du but qu'elles poursuivent le postule, même si la règle de conflit ne les désigne pas : ce sont donc les d'application nécessaire »

<sup>68</sup> D. Gutmann, *droit international privé*, 4ème édition, 2004, page60

<sup>69</sup> J. DERRUPPE, *Op.cit.* P.80

<sup>70</sup> B. Ancel, Y. Lequette, *les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé* 5édition, P.491

circulation a eu lieu en Allemagne. La règle de conflit désigne la loi allemande, la loi du lieu du délit. Une fois que la loi allemande est désignée, elle est appliquée avec ses propres qualifications. Certains traités peuvent donner des qualifications uniformes qu'il convient de respecter et qui écartent par là même qualification, la qualification *Lege fori*.

En effet, comment identifier, parmi toutes les normes matérielles de droit interne, celles qui avaient la qualité de lois de police. Une telle recherche ne pose pas de problème lorsque c'est la loi elle-même qui qualifie certaines règles de droit interne de lois de police. Ainsi, par exemple, l'article 841 du code de la famille du Sénégal qualifie expressément certaines dispositions dudit code de lois de police. Mais la liste de l'article 841 alinéa 2 n'est pas exhaustive. La question de l'identification des lois de police reste posée en droit sénégalais. Il appartient dès lors au juge de repérer en dehors de celles indiquées par le législateur quelles sont les dispositions de droit interne qui ont la qualité de loi de police. Ce qui fait que le juge sénégalais est confronté aux mêmes problèmes de détermination de lois de police que ses homologues de pays étrangers notamment occidentaux où il est rare que le législateur qualifie expressément des dispositions de lois de police. En suite après la mise des règles de conflits, lorsqu'une loi a été rendue incompétente volontairement par les parties elle est écartée pour cause de fraude.

## B : L'éviction de la loi étrangère compétente pour cause de fraude

L'article 851 al. 1<sup>er</sup> du Code de la famille en précise que : « la loi sénégalaise se substitue à la loi étrangère désignée comme compétente (...), lorsque les parties ont, par une utilisation volontaire des règles de conflit, intentionnellement rendu la loi sénégalaise incompétente ». Les parties organisent parfois la fraude à la loi comme source d'éviction de la loi étrangère ou du for normalement compétente. Cette disposition<sup>71</sup> du Code de la famille à travers sa formulation, pose trois conditions pour la réalisation d'une fraude à la loi : matérielle, psychologique et légale en s'inspirant de la jurisprudence française<sup>72</sup>. La fraude à la loi trouve sa réalisation lorsque le comportement d'une personne aboutit à la transformation d'une catégorie ou d'un facteur de rattachement. Le de changement de nationalité d'une personne peut être dans but d'échapper à une loi nationale plus stricte en matière de statut personnel. Ainsi, dans ce cas de figure, lorsque la

---

<sup>71</sup> L'article 851 al. 1<sup>er</sup> du Code de la famille

<sup>72</sup>A.A DIOUF, droit international privé (Cas. civ. affaire Princesse Beaufremont, 18 mars 1878, S. 1878. 1. 193), Page 39

modification des rattachements est effective, le jeu normal des règles de conflit devrait mener à une solution conforme aux attentes de ladite personne. C'est pour cela dans la mise en œuvre de la règle de conflit le juge examine l'intention des parties. La personne à l'origine du changement de la catégorie ou du facteur de rattachement n'est habitée que par une ambition : celle d'écarter la loi soit du for ou loi étrangère normalement compétente. Il est évident que la fraude a été plus ou moins présente, avec le phénomène de la jurisprudence Rivière<sup>73</sup> qui était venu faciliter cette manœuvre frauduleux par ce que la loi nationale est substituée à celle du domicile<sup>74</sup>. L'acquisition d'une nouvelle nationalité, le changement de domicile, la modification du lieu de formation d'un acte juridique, le déplacement d'un meuble... ne sont pas systématiquement une cause frauduleuse. Mais cela peut l'être que lorsque leurs auteurs ne recherchaient qu'à contourner les lois étatiques devant naturellement recevoir application par la mise en œuvre de la règle de conflit.

La fraude à la loi est constituée pour le sujet de choisir pour lui la loi qui va régir son statut personnel. Parce que la personne initiatrice de la fraude vise à se soustraire à une loi étatique qui ne consolide pas à ses intérêts propres ou envisagés. A faire une synthèse, la réalisation de la fraude à la loi, l'on peut aisément rapprocher cette source d'éviction de la loi étrangère compétente à la notion d'abus de droit<sup>75</sup>. Toutefois, pour une tendance marginale de la doctrine, la fraude à la loi n'est qu'une des déclinaisons de l'exception d'ordre public en ce que la manipulation de la loi compétente par les parties est intenable au vu des valeurs fondamentales du for saisi. La constatation de la fraude à la loi normalement compétente est assortie de sanctions par le juge saisi<sup>76</sup>. A cette fin, il est fait une distinction entre les instruments utilisés par l'auteur de la fraude (changement de nationalité, de domicile, déplacement d'un meuble...) et les résultats procurés par la fraude (absence de participation aux charge du ménage, réduction de l'actif successoral de la femme, avantages fiscaux...). S'agissant des moyens frauduleux employés, l'inopposabilité semble être la sanction la plus utilisée par le juge du for. La naturalisation, le nouveau domicile, la nouvelle situation juridique d'un meuble... seront sans effets pour le juge du for. En matière immobilier la loi du lieu de situation de l'immeuble est seule compétente. La nature de la sanction en l'espèce se mesure en fonction de l'intensité de la fraude. Dans une telle perspective, le juge du for, aux fins

---

<sup>73</sup> Cette jurisprudence Rivière a été rendu, le 17 juin 1953, dans cet affaire la cour de cassation a décidé que si les deux époux ont une nationalité différente mais même domicile cette loi du domicile reçoit application.

<sup>74</sup> *Revue spécialisées de DIP*, op.cit. P.348

<sup>75</sup> J. Derruppé, *Droit international privé*, ouvr. préc. Page108.

<sup>76</sup> A.A DIOUF *Droit International privé* Ibid. Page 43

de neutraliser les effets de la fraude, peut tout bonnement convoquer la nullité comme le modèle de sanction le plus efficace.

## Chapitre 2 : La conception du code de la famille Sénégalais en matière de divorce

A l'assise du statut personnel, il y a l'individu en tant que personne physique. Celle-ci est vue non purement en tant qu'individu mais également dans ses rapports de famille. Une telle conception a des impacts dans le domaine du statut personnel. A ce titre, l'on peut remarquer qu'au Sénégal, le domaine du statut personnel est plus ample que celui du droit français par exemple. En effet, en droit sénégalais, entre dans le domaine du statut personnel outre les questions relatives à l'état, à la capacité, au nom et à la nationalité de l'individu, mais aussi toutes les autres relatives aux rapports de famille que sont le mariage, la séparation de corps, les régimes matrimoniaux, et les successions et le divorce. Ainsi, ce dernier comme pratiquement le domaine du statut personnel a fait l'objet de consécration (section1) mais aussi la mise en place des effets de divorce en DIP sénégalais (section2)

### Section 1 : La consécration des solutions du droit interne en DIP

Il faut rappeler que le législateur Sénégalais a adapté plutôt la méthode de codification, qui diffère d'autres Etats comme par exemple celle mise en place par France. Cette codification des causes de divorce mérite une appréciation profonde (paragraphe1) même si malgré cette méthode de codification le juge maître de séance a un rôle considérable à jouer (paragraphe2).

#### Paragraphe 1 : La méthode du législateur Sénégalais en matière de divorce en DIP

Le mariage est avant tout un engagement pris par chacun des époux. Le législateur sénégalais n'a fait qu'une codification d'une ancienne jurisprudence française en matière de divorce (A). Cette codification peut être susceptible d'engendrer des conséquences (B)

#### A : La codification d'une jurisprudence française

L'arrêt Rivière rendu en 1953 soumettait le divorce à la loi du domicile commun des époux. Le législateur sénégalais a pris le soin de consacrer les causes de divorce en son article 166 du CF<sup>77</sup> mais aussi cette jurisprudence française. Le Code de la famille contient quatre dispositions sur la

---

<sup>77</sup>« Le divorce peut être prononcé : pour absence déclaré de l'un des époux ; pour adultère de l'un des époux ; pour condamnation de l'un des époux à une peine infamante; pour défaut d'entretien de la femme par le mari ; pour refus de l'un des époux d'exécuter les engagements pris en vue de la conclusion du mariage ; pour abandon de la famille ou du domicile conjugal ; pour mauvais traitement, excès, sévices, ou injure grave... »



loi applicable aux effets extrapatrimoniaux du mariage art. 843 al. 3, aux effets patrimoniaux art. 846, au divorce et à la séparation de corps art. 843 al. 4 et à la filiation art. 844. L'existence de ces quatre dispositions ne doit pas cacher le fait que le législateur a entendu consacrer la règle de conflit de l'arrêt Rivière. Ainsi, la lecture de ces quatre articles fait naître des doutes sur la coïncidence entre la règle de l'arrêt Rivière et les règles contenues dans ces articles. Bien mieux, il n'y a pas une différence nette entre ces dispositions.<sup>78</sup> En effet, la règle des articles 843 al. 3 et 846 est élaborée comme suit: "Les effets soit (patrimoniaux ou extra patrimoniaux) sont régis par la loi nationale des époux, et en cas de nationalités différente, par la loi du pays où ils ont leur domicile commun, ou à défaut leur résidence commune, ou à défaut par la loi du for". Pour ce qui est du divorce et de la séparation de corps, l'article 843 al. 4 énonce : "Le divorce ou la séparation de corps sont régis par la loi nationale des époux lorsqu'elle leur est commune et, en cas de nationalité différente, par la loi du pays où ils ont leur domicile lors de la présentation de la demande; à défaut de preuve de l'existence d'un domicile commun, par la loi de la juridiction saisie. Cette loi est compétente pour les différentes modalités, la détermination des causes et des effets du divorce ou de la séparation de corps".

L'appréciation de la signification et de la portée exactes des articles 843 al. 3 (1) et 843 al. 4 sera faite en référence à la jurisprudence Rivière. La question se pose alors de savoir si le législateur a voulu consacrer cette jurisprudence. La réponse est positive pour ce qui est de l'article 843 al. 4 relatif au divorce et à la séparation de corps bien que l'adjectif commun soit oublié dans le premier membre de la phrase. Mais elle est plus incertaine pour l'article 843 al.3 parce qu'on est en face de trois règles subsidiaires : loi du domicile commun, à défaut loi de la résidence commune, à défaut loi du for. A défaut de l'appui de documents renfermant les discussions qui ont, ou plus exactement auraient pu s'élever à propos de l'adoption de ces textes, on est réduit à faire des appréciations<sup>79</sup>. En effet il serait parfaitement imaginable que le législateur ait entendu réserver deux sorts différents au divorce et aux effets tant patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux du mariage. Il faut se souvenir que la loi du domicile commun n'a été consacrée par l'arrêt Rivière que pour le divorce et que dans l'arrêt Tarwid, la Cour de cassation française a précisé que la notion de domicile commun devait s'entendre de "l'établissement effectif de deux époux dans le même pays". Dans l'optique d'une telle interprétation, la notion de domicile commun ne saurait avoir pareille signification dans les articles

---

<sup>78</sup> Les articles 843 al. 3 et 846 du CF du Sénégal

<sup>79</sup> On peut penser que les rédacteurs du code de la famille sont délibérément codifiés cette arrêt français.

843 al. 3 et 846, et surtout en raison de la référence à la loi de la résidence commune en tant que troisième règle subsidiaire.

On est alors conduit à céder sens au domicile commun, le domicile de droit. Mais, a-t-on de bonnes raisons de faire cette discrimination pour les deux ordres de questions (divorce et effets du mariage) ? Rien ne le laisse penser. Même si la jurisprudence Rivière est intervenue en matière de divorce, il demeure qu'elle a étendue peu à peu à certains effets du mariage, et principalement aux effets exclusivement personnels de ce dernier. Au demeurant, on n'aperçoit pas pourquoi on consacrerait la notion de domicile de droit dans un cas effets du mariage et non dans celui du divorce<sup>80</sup>. Ce qui fonde, dans l'arrêt Rivière, la compétence de la loi domiciliaire c'est l'idée que le pays du domicile commun constitue un milieu social d'attache conséquent du couple mixte. Cette loi vient en quelque sorte corriger les inconvénients d'un rattachement trop rigide du statut personnel à la loi nationale en même temps qu'elle assure un compromis entre les deux lois nationales en présence. Sans doute l'existence de mariages polygamiques au Sénégal, et plus généralement dans notre environnement africain, pourrait-elle justifier l'utilisation de la notion de domicile de droit pour arriver à une réglementation à peu près cohérente des rapports entre épouses et mari. Mais cette préoccupation se retrouve également pour le divorce. Finalement, on peut raisonnablement penser que la divergence de rédaction des articles 843 al. 3 et 843 al. 4 est le fruit d'une erreur d'interprétation des rédacteurs de la jurisprudence Rivière<sup>81</sup>. De fait la jurisprudence sénégalaise a restitué à l'article 843 al. 4 et indirectement à l'article 843 al. Cela dit, il reste que l'adoption au Sénégal de la jurisprudence Rivière a des conséquences.

## B : Les conséquences de la codification

Il ne s'agit pas de revenir sur les différentes objections adressées en France à la loi domiciliaire commune. Le problème est plutôt de savoir si l'on avait de bonnes raisons d'adopter au Sénégal une telle règle de conflit. Sur ce plan force est de constater que ces raisons n'existent

---

<sup>80</sup>A. k. BOYE, Thèse Les Mariages Mixtes en Droit International Privé Sénégalais, présentée et soutenue publiquement le 1979, page 134

<sup>81</sup> Si ce n'est pas une erreur de la part du législateur faut – il penser que c'est une inattention coupable. Car nullement le législateur ne pourra confirmer le contraire.

pas ou existent si peu.<sup>82</sup> Bien avant la confection du Code de la famille un auteur faisait remarquer que "Le défaut de fixité du domicile, même lorsqu'il s'agit du domicile conjugal, ne permet guère de localiser le lien matrimonial autour de cet élément. Au surplus cette loi n'est pas appropriée aux conceptions africaines de la famille en général, du mariage en particulier"

Selon BOUREL, quant à lui, émet un certain nombre de réserves sur la réception de la jurisprudence Rivière en raison d'un certain nombre de facteurs difficultés de soumettre deux époux étrangers de nationalités différentes à la loi sénégalaise de leur domicile commun par suite de l'absence d'un droit unifié de la famille et surtout d'une trop grande disparité entre les systèmes juridiques en conflit. L'impossibilité de concilier l'application de la loi domiciliaire commune avec l'exigence de mariages polygamiques dont la structure conduit à une séparation des différents domiciles conjugaux". Dans cette situation comment le juge parviendra à résoudre ce problème. L'objectivité pousse à reconnaître que certains des arguments invoqués par ces auteurs manquent de pertinence. Il en est ainsi tout d'abord pour le défaut de fixité du domicile. Si l'on vise par là le cas des nomades, il faut avouer que le nomadisme est un phénomène peu courant au Sénégal et n'affecte que les populations frontalières. Sous cet aspect, presque tous les pays connaissent le phénomène. En effet, les difficultés signalées sont plus généralement liées à la défectuosité de l'organisation des services de l'état civil et par contre coup au repérage du domicile au sens du droit interne, c'est-à-dire à la notion juridique. Or il s'agit ici d'évaluer le degré suffisant d'insertion du couple mixte dans le milieu social sénégalais, que cette insertion se traduise par les concepts "d'établissement effectif", de "domicile commun" ou de "résidence commune". Et peu importe que les époux vivent séparément ou non dans le même pays. L'exigence d'une stabilité du domicile commun permet de résoudre les cas de séjours épisodiques dans un même pays. Jusqu'à ce jour la

---

<sup>82</sup> Il est topique que certaines décisions bien que visant l'article 843 al. 4, emploient la formule "domicile commun" v. Justice de Paix de Dakar 27 décembre 1973, Reppert. CREDILA 1976 p. 49 ; Justice de Paix de Dakar 14 mars 1974, Reppert. CREDILA 1976 p. 50 ; Justice de Paix de Dakar 27 février 1975, Reppert. CREDILA 1976 p. 51. D'autres décisions s'en tiennent à la lettre de l'article 843 al. 4 mais relèvent le domicile commun des époux. V. Tribunal de l'Instance de Dakar 3 février 1976, Reppert CREDILA 1977 p. 32 ; Justice de Paix de Dakar 2 mai 1974 Reppert. CREDILA 1976 p. 52 (absence de domicile commun). Dans ces décisions les-juges visent souvent l'article 149, alinéa 1, du Code de la famille définissant les obligations entre époux; c'est par conséquent un rejet implicite de la notion de domicile de droit puisqu'il s'agit d'effets purement personnels du mariage. V. FRANCESKAKIS "Le divorce d'époux de nationalité différente après l'arrêt Rivière" Rev. crit. 1954 p. 325 ; du même auteur, note sous Paris 26 janvier 1965 Rev. crit. 1965 p. 359; LEPAULLE "A propos de l'arrêt Rivière" Trav. Comit.-fr.dr. int. Prive 1954-1955 p. 115 ; P. LAGARDE "Destinées de l'arrêt Rivière" Clunet 1971 p. 241.

jurisprudence sénégalaise ne semble pas avoir éprouvé des difficultés à déterminer si les couples mixtes avaient ou non au Sénégal un domicile commun. C'est un argument qu'a fait disparaître l'entrée en vigueur du Code de la famille. La difficulté à connaître la loi domiciliaire applicable ne pourra désormais se faire jour que lorsque le couple mixte réside en fait dans un pays à système non unifié du droit de la famille. Il faut reconnaître que c'est le cas dans la plupart des pays africains. Mais la difficulté pourra être surmontée en interrogeant le système de conflits internes du pays en cause.

De même, l'application de la loi domiciliaire commune se révèle inadaptée au mariage polygamique qui est pour l'instant la forme dominante du mariage en Afrique et particulièrement au Sénégal en raison de l'influence de l'islam. Certes est-il excessif de dire qu'il y a "impossibilité de concilier l'application de la loi domiciliaire avec l'exigence de mariages polygamiques". Mais il faut se rendre compte que cette application ne conduira à des résultats satisfaisants qu'au prix d'une adaptation de la loi matérielle applicable. En effet, l'exemple de deux ou trois coépouses résidant dans des pays différents n'est pas du tout une hypothèse d'école. Les faits le démontrent même si la jurisprudence n'a pas encore été confrontée à ce cas. Il suffit d'imaginer qu'une coépouse réside dans un pays où seul le mariage monogamique est connu pour entrevoir les incohérences auxquelles peut aboutir l'application des différentes lois en cause. Par exemple en matière de régimes matrimoniaux la loi du premier pays qui admet généralement le mariage monogamique peut opter comme régime légal la communauté des biens alors que celle du deuxième (qui admet le mariage polygamique) opte pour le régime de séparation des biens. On ne saurait faire application aveuglément de ces lois sans tenir compte du rapport polygamique. Or le mariage polygamique ne s'accommode guère du régime de la communauté des biens. La loi serait plus apte à venir à bout de ces difficultés. Toutes ces raisons font qu'il faut repenser les modalités de fonctionnement de la règle de conflit<sup>83</sup> et cela donnera une marge de manœuvre au juge sénégalais dans la procédure de divorce.

---

<sup>83</sup> Si c'est vrai que les seuls régimes admis par le Code de la famille en cas de mariage polygamique sont le régime de la séparation des biens et le régime dotal (article 369, alinéa 3.

## Paragraphe 2 : La place du juge en matière de divorce

Le divorce par consentement mutuel, le divorce contentieux sont tous soumis à l'autorité souveraine de juge compétent. Ainsi, le juge avant de prononcer le divorce, il entame d'abord une phase conciliation (A) et à la suite de cette tentative soit le juge aboutira à un résultat (B) : soit les parties se réconcilient là il dresse un procès-verbal de conciliation au cas contraire le divorce sera prononcé.

### A : Le rôle du juge dans la procédure de conciliation

L'image du juge comme tiers neutre et impartial est la garantie d'une bonne justice. Tout conflit d'intérêts doit aboutir à une demande de dessaisissement du juge. Son rôle consiste moins à concilier qu'à appliquer à une situation particulière une règle générale préétablie par la loi. Le juge n'est pas libre, car il est serviteur de la loi, en appliquant fidèlement la règle qui est générale et impersonnelle. Lorsque la demanderesse en divorce invoque un motif précis par exemple : défaut d'entretien, mauvais traitement, excès, sévices ou injure prévus par l'article 166 CF, elle doit rapporter la preuve de l'existence de ces causes. Le juge ne peut pas prononcer le divorce sans leur substituer l'une des causes de divorce prévues par cette disposition.<sup>84</sup> La demande en divorce est une procédure qui nécessite l'intervention du juge dans la procédure. La demande est introduite devant le tribunal du domicile de l'épouse.

Le juge de paix, après avoir entendu le demandeur, lui adresse les observations qu'il estime convenables. Si le demandeur persiste dans sa décision, il ordonne que les époux comparaissent tous deux devant lui au jour et à l'heure qu'il indique et fait en même temps convoquer le défendeur. Le juge de paix indique au demandeur qu'il doit obligatoirement déposer au greffe une copie de l'acte de mariage ainsi que, le cas échéant, les actes de naissance et de décès de tous les enfants issus du mariage. Il peut enfin autoriser provisoirement, en cas d'urgence, l'époux demandeur à avoir une résidence séparée et prendre toutes mesures provisoires qui s'imposent relativement aux enfants. Si le défendeur réside dans un autre ressort judiciaire, le juge de paix donne commission

---

<sup>84</sup> Article 166 du code de la famille qui consacre les causes de divorce sans l'une de ces dernières il ne peut avoir de divorce en droit Sénégalais

rogatoire au magistrat compétent pour qu'il soit donné avis à l'autre époux de la demande présentée et que ses observations soient recueillies en pareil cas; dès réception du procès-verbal d'exécution de la commission rogatoire, le juge de paix convoque l'époux demande<sup>85</sup>. Après ces formalités il y a la procédure de conciliation initié par le juge de paix saisi pour trancher cette question de divorce. Le juge convoque les parties qui comparaissent en personne hors la présence de leurs conseils éventuels. Ainsi le juge de paix leurs faits les observations qu'il estime important à l'opération de conciliation. Dans la procédure de concilier le juge peut donner des délais de six (6) mois pour envisager un éventuel rapprochement entre les parties, mais ce délais ne peut néanmoins dépasser un (1) an.

A la lecture de l'article 49 du code de la famille de l'Algérie le divorce ne peut être établi que par jugement précédé de plusieurs tentatives de conciliation des parties effectuées, par le juge, au cours d'une période qui ne saurait excéder un délai de trois mois à compter de l'introduction de l'instance. La procédure de conciliation pour la loi algérienne est un processus important car le juge est obligé de faire plusieurs phases de conciliations et c'est suite à l'échec de ces tentatives qu'il prononcera le divorce. Toutefois, à la fin de la procédure de conciliation le juge dresse un procès-verbal qui doit être signé par lui-même, le greffier et les parties en conflit<sup>86</sup>. Il existe en droit marocain deux catégories de divorce : le divorce sous contrôle judiciaire et judiciaire. Le divorce sous contrôle judiciaire est une dissolution du mariage, par déclaration de l'un d'eux ou des deux, sous le contrôle et avec l'autorisation de la justice. Alors que celui judiciaire est une dissolution du mariage décidée par l'autorité judiciaire sous forme de jugement. Une différence est faite selon qu'il est initié par l'époux ou l'épouse. En cas de difficultés et afin d'aider les époux à établir leur projet de liquidation, le juge peut, lors de l'audience de conciliation, désigner un notaire chargé de dresser un inventaire estimatif de leurs biens et d'élaborer un projet de liquidation et de partage.

Et d'ailleurs, il faut croire que cette procédure de conciliation est codifiée par tous les Etats. Ainsi, le Code de la famille de Djibouti n'est pas en reste quand il stipule en son article 40 « Le

---

<sup>85</sup> Art 168 Code de la Famille donne compétence au juge de paix de pouvoir procéder à tous ces actes qui lui permet de tenter la conciliation avant tout prononcé de divorce sauf des cas exceptionnels.

<sup>86</sup> Art 49 alinéa 2 code de la famille Algérie « le juge doit établir un procès-verbal dument signé par lui, le greffier et les parties, dans lequel sont consignés les actes et résultats des tentatives de conciliation. Les jugements de divorce sont transcrits obligatoirement à l'état civil à la diligence du ministère public.

divorce ne peut être prononcé qu'après une tentative de conciliation faite par le Tribunal et demeurée infructueuse. En cas de non-conciliation, le juge conciliateur doit ordonner, même d'office, toutes les mesures urgentes concernant la résidence des époux etc. »

## B : L'issue de la tentative de conciliation

La demande en divorce entrepris par les époux peut soit échouer, grâce à une conciliation entre les parties et la vie de couple reprend son souffle, soit la non conciliation qui aura comme effets la dislocation définitif du lien matrimonial par le prononcé de divorce. Toutefois, le juge peut ne pas passer par la conciliation et statuer immédiatement. Alors que dans certains ordres juridiques la phase de conciliation semble être longue par exemple en l'Algérie « le divorce ne peut être établi que par jugement précédé par plusieurs tentatives de conciliation... » Lors de la phase tentative de conciliation si l'épouse a été reprise par l'époux cela ne nécessite pas un nouvel acte de mariage. Mais, une fois le jugement de divorce prononcé la reprise de l'épouse oblige l'époux un nouvel mariage. Cependant, « ...tout homme ayant divorcé son épouse par trois fois successivement ne peut la reprendre qu'après qu'elle soit marié avec quelqu'un d'autre, qu'elle en soit divorcée ou qu'il meurt après avoir cohabité » article 50 code de la famille de l'Algérie.

En cas de non conciliation, les conseils des parties étant éventuellement entendus, le juge statue, sur sa compétence et peut soit retenir l'affaire immédiatement et se prononcer sur l'action en divorce, soit la renvoyer à une audience ultérieure dont il indique la date. Lorsque le défendeur n'a pas assisté au prononcé de l'ordonnance de non conciliation, le juge doit le faire convoquer pour la première audience utile compte tenu des délais de distance.

Dans tous les cas où le jugement sur le fond ne peut être immédiatement prononcé le juge statue, après audition des conseils des parties présentes ,si celles-ci le demandent, sur la résidence des époux durant l'instance, sur la remise des effets personnels et s'il y a lieu sur la garde provisoire des enfants, sur le droit de visite des parents, les demandes d'aliments et de provision durant l'instance et de façon générale ordonne, même d'office, toutes les mesures provisoires conservatoires ou urgentes qui lui paraissent nécessaires, pour la sauvegarde des intérêts des enfants ou de chacun des époux<sup>87</sup>. Si les conjoints parviennent à se mettre d'accord, ils concluront

---

<sup>87</sup> L'article 170 code de la famille lorsque le juge statue sur sa compétence en vertu de l'aliéna 1de l'article 170, les décisions rendues en appel sur cette compétence sont susceptibles d'un pourvoi en cassation.

durant la procédure une convention portant sur la liquidation de leur régime matrimonial. À défaut, elle interviendra après le divorce. La procédure suit son cours, il faut savoir que le juge dispose de certains pouvoirs pour faciliter et accélérer les choses : statuer sur l'attribution préférentielle d'un bien à l'un des époux. La procédure de divorce, une pension alimentaire distincte de celle prévue pour les enfants peut être allouée au conjoint le moins favorisé, pour lui permettre de maintenir son niveau de vie, dans le cadre des mesures provisoires au titre du devoir de secours que les époux se doivent pendant le mariage. Son versement cesse au jour du divorce.

## Section 2 : Les effets de divorce en DIP sénégalais

Le mariage crée la famille, la séparation de corps suspend le lien matrimonial alors que le divorce dissout la famille. Qu'il s'agisse d'un divorce par consentement mutuel ou encore le divorce contentieux rompt le lien matrimonial (paragraphe1). C'est ainsi, suite à cette rupture que le sort des enfants de même que celui des biens après le prononcé du divorce est pris en compte par le juge compétent (paragraphe2)

### Paragraphe 1 : La rupture du lien matrimonial

Les effets du divorce par consentement mutuel ont d'une part une procédure propre (A) et d'autre par une procédure suivi par le divorce contentieux (B). Cependant, comme pour le divorce contentieux que pour le divorce par consentement mutuel la finalité est pratiquement la même. Certes la prise d'effet et même la procédure peuvent être distinctes.

#### A : Les effets du divorce réciproque des époux

La séparation de corps met fin à l'obligation de cohabitation qui leur ait imposé en vue du respect des liens matrimoniaux. La séparation de corps peut être faite par consentement mutuelle ou bien de manières contentieuses.<sup>88</sup> Cette séparation de corps peut porter uniquement sur le relâchement du lien matrimonial article 182 du code de la famille du Sénégal.

Quel que soit la voie empruntée par les époux, le divorce dissout le mariage, met fin aux devoirs réciproques des époux et au régime matrimonial, conformément au titre relatif à la parenté

---

<sup>88</sup> Article 184 en cas de séparation de corps contentieuse, le juge fait application des dispositions des articles 177, 179 et 180. L'obligation est régie par le chapitre II du livre IV du présent Code.



et à l'alliance<sup>89</sup>. Le divorce par consentement mutuel n'a effet que lors que le juge compétent en prononce une décision. Les époux établissent de manière consensuelle la procédure à suivre le partage de leurs biens, procèdent à la désignation de la garde des enfants s'ils en ont. Mais, le divorce par consentement mutuel des époux ne détermine pas automatiquement sa prononcée car seul le juge compétent a le pouvoir de prononcer le divorce. Donc le juge compétent va vérifier selon la loi si toute la procédure a été respectée avant de prononcer le divorce. Le jugement de divorce prononcé par consentement mutuel dissout le lien matrimonial et rend exécutoires les conventions établies par époux sur ce qui concerne leurs biens et les enfants issus du mariage article 164 alinéa 1. Comme pour les biens et les enfants issus de mariage les effets du divorce s'appliquent aussi aux époux et aux tiers.<sup>90</sup>

Dans un divorce par consentement mutuel, la liquidation du régime matrimonial intervient avant le dépôt de la requête initiale puisque celle-ci est accompagnée d'un état liquidatif de leur régime. Toutefois, pour plus de rapidité la demande en divorce coïncider si avec la liquidation des intérêts patrimoniaux du couple, pour éviter que les opérations de liquidation ne s'éternisent et se transforment en « divorce bis », source de nouveaux conflits. Cependant, là encore, notamment en cas de divorce par consentement mutuel, il est possible de prévoir le contraire. En pratique s'ils détiennent un patrimoine immobilier commun ou indivis les époux peuvent effectuer eux-mêmes ces opérations : ils dressent la liste des biens qu'ils se sont partagés dans la convention soumise à l'homologation du juge et précisent la valeur de chaque objet ou actif de patrimoine. Le juge va procéder à la vérification de la proposition fait par les époux, s'il trouve que le partage est équitable et que la loi a été respecté le juge homologue la demande. Le principe général partagé pratiquement par tous les Etats, est que le divorce ne peut être prononcé que seulement devant le juge. Cet arrêt de la cour de cassation rendu le 15 juin en est une parfaite illustration.<sup>91</sup>

---

<sup>89</sup>Article 261 du code de la famille du Bénin pour qui la rupture des liens matrimoniaux rompt aussi tous les autres liens qui existés avant le divorce.

<sup>90</sup> Ces effets se produisent à l'égard des époux du jour où le jugement a été rendu et, à l'égard des tiers, à compter de sa mention sur les registres de l'état civil article 164 alinéa 2.

<sup>91</sup>« Il ne peut y avoir en France de divorce sans décision judiciaire » (Cass. 1re civ. 15 juin 1982, Zaghera, D. 1983, IR 151, obs. B. Audit, Rev. crit. DIP 1983. 300, note J.-M. Bischoff ; CA Versailles, 23 mars 1995, Rev. crit. DIP 1996. 699, note H. Gaudemet-Tallon). À défaut d'acte juridictionnel, il ne se produit qu'une séparation de fait. Par conséquent, n'ont aucun effet sur le mariage les conventions de divorce purement privées ou les répudiations intervenues en France.

## B : Les effets du divorce contentieux

Le divorce contentieux peut être précédé par la séparation de corps. La demande en divorce ne concerne pas un mariage en « bon santé » mais plutôt une union ennuyeuse dont le couple ne peut plus se tolérer. Dans les cas où la séparation de corps a précédé la demande en divorce, il peut avoir un changement de la loi applicable dans certaines situations. Lors que le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux entraîne pour lui la perte de tous les avantages que l'autre époux lui avait faits soit, à l'occasion du mariage, soit depuis sa célébration. A l'inverse, l'époux qui a obtenu le divorce conserve tous les avantages qui lui avaient été consentis par son conjoint. En cas de divorce prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, le juge de paix ordonne en l'encontre de ce dernier des obligations découlant du jugement de divorce Article 262 CFB. Dans cet ordre d'idée, l'Art. 300 Code de la famille du Togo précise également : L'époux qui aura obtenu le divorce, conservera les avantages qui lui ont été fait par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu. Toutefois, pour ce qui concerne le cas de la femme divorcée, elle pourra se remarier aussitôt mais seulement après la transcription du jugement ou de l'arrêt ayant prononcé le divorce. Cependant la femme doit respecter la période fixé par l'art. 296 du code de la famille du Togo. Compétente pour régir les causes du divorce ou de la séparation de corps, la loi personnelle l'est également pour en déterminer les effets quant à la personne des époux, qu'il s'agisse de la dissolution du lien matrimonial, du nom de la femme divorcée ou séparée de corps ou également de la garde des enfants. Cependant, concernant la garde des enfants une tendance se manifeste dans la jurisprudence à substituer la loi française à la loi étrangère normalement compétente sur la base de l'idée de loi de police et de sureté ou plus souvent de celle d'ordre public, notamment lorsque la loi étrangère ne laisse aucune directive au juge pour confier la garde en fonction de l'intérêt de l'enfant. Dans cette voie, le critère de l'intérêt de l'enfant qui est au centre des débats, a conduit d'ailleurs les auteurs de la convention de la Haye de 1961 sur la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, à mettre en place cette convention.

Par ailleurs, on remarque que les hommes ne réclament pas le plus souvent, la contribution de leur femme salariée ou en tout cas pourvue de ressources suffisantes aux charges du mari pour l'entretien des enfants communs après le prononcé du divorce. Ils ne réclament pas non plus de

dommages et intérêts, sauf à de rares exceptions, en cas de divorce aux torts exclusifs de la femme. Par exemple en cas d'abandon de domicile conjugal par cette dernière<sup>92</sup>.

## Paragraphe 2 : Le sort des enfants et des biens après le prononcé du divorce

La phase la plus déterminant en divorce est celle concernant les enfants issu du mariage en plein dissolution (A) en oublier le sort réservé aux biens des futurs ex époux (B)

### A : Le sort des enfants issus du mariage

Les règles de conflits édictées, par l'article 844 du code de la famille en matière d'adoption ne suscitent pas non plus de discussions particulières. On notera simplement que le code a consacré ici un système hybride consistant d'une part dans l'explication distributive des lois de l'adoptant et de l'adopté à la condition de la filiation, la loi de l'adoptant régissant ces effets d'une part et d'autre part, dans le rattachement de la loi des effets du mariage de l'adoption consenti par deux époux tant en ce qui concerne à l'établissement de la filiation que ces conséquences. La solution est heureuse dans la mesure où elle tend à rapprocher la filiation adoptive de la filiation légitime.

Auparavant, la loi des effets du mariage avait vocation à régir l'exercice de l'autorité parentale sur les enfants. Et d'ailleurs la doctrine, très majoritairement, met en cause le rattachement de la garde des enfants à la loi du divorce. L'application de la loi prononçant le divorce des parents ne paraît plus aujourd'hui devoir s'imposer pour régir le sort des enfants en cas de divorce. Toutefois, c'est l'enfant qui est au centre de la mesure et il peut sembler que sa propre loi nationale a plus de vocation à s'appliquer que la loi selon laquelle le divorce des parents a été réglé à un moment donné. Lorsqu'une décision sur la garde aura été prise par les juges à l'occasion d'une requête en divorce ou en séparation de corps, elle ne pourra être modifiée que si un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur s'est révélé postérieurement à la décision

---

<sup>92</sup> R. MBAYE, Thèse portant sur *Les Crises entre Époux en Droit Sénégalais*, soutenue publiquement le 23 Février 1988, P.8

statuant sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou confiant l'enfant à un tiers (article 429 code de la famille du Benin).

Après le jugement prononçant ou constatant le divorce ou la séparation de corps par le juge, qui statue en suite sur la garde de chacun des enfants qui, pour son plus grand avantage, sera confié à l'un ou l'autre des parents ou, s'il est nécessaire, à une tierce personne. Le gardien de l'enfant exerce les différents droits attachés à la puissance paternelle sur la personne et sur les biens de l'enfant. Toutefois, le tribunal fixe les conditions dans lesquelles le parent privé de la garde pourra exercer un droit de visite. Cependant, quelle que soit la personne à laquelle les enfants sont confiés, les père et mère contribuent à l'entretien et à l'éducation de l'enfant dans la mesure de leurs ressources<sup>93</sup>.

Le juge du tribunal peut charger une personne qualifiée ou un service d'assistance sociale ou d'éducation d'apporter aide et conseil à la personne ou au service à qui l'enfant a été confié ainsi qu'à la famille de l'enfant. Il peut aussi assortir la mesure de remise de l'enfant, des obligations particulières. Il peut aussi décider qu'il lui sera rendu compte périodiquement de la situation de l'enfant.

En matière d'adoption la question s'est posée à savoir quelle est la loi applicable? Dans cette hypothèse la doctrine a proposé généralement de donner compétence à la loi des effets du mariage, c'est à dire soit à la loi commune des adoptants, soit en cas de nationalité différente, à la loi de leur domicile commun, par extension à la jurisprudence Rivière. Cependant si l'application de cette loi paraît entièrement justifiée lorsque la loi nationale commune des deux adoptants coïncide avec celle de leur domicile commun. En l'absence de jurisprudence, la doctrine est partagée entre la loi de l'adopté en faveur de laquelle est généralement invoqué l'intérêt de l'enfant adoptif, et la loi de l'adoptant plus fréquemment admise. La cours de cassation dans un arrêt du 7 Novembre 1984 s'est prononcée ouvertement en faveur de cette dernière loi, dans le cas d'une adoption par une seule personne. Dans l'hypothèse où l'adoption est l'œuvre de deux époux, l'intégration presque totale de l'adopté dans la famille de l'adoptant, l'analogie de la famille adoptive et de la famille légitime, le souci d'assurer l'unité du statut applicable à tous les enfants adoptifs et légitimes d'une même famille, paraissent conduire à la l'application de la loi des effets

---

<sup>93</sup>Article 278 CF Sénégal

de la filiation légitime c'est-à-dire à la loi commune des parents adoptifs et à défaut à la loi du domicile commune.<sup>94</sup>

En France, lorsque les parents optent pour la résidence alternée, la possibilité leur est offerte de se répartir la charge fiscale de leurs enfants<sup>95</sup>. Cela n'est en rien obligatoire, la convention ou le jugement peut désigner celui des parents qui comptera les enfants à charge. S'ils se partagent la charge des enfants, tous les avantages fiscaux liés aux enfants sont divisés par deux. Par ailleurs, si l'un des parents verse une pension à l'autre, elle n'est pas déductible pour celui qui la verse, ni imposable pour celui qui la reçoit. Lorsque les enfants résident avec leur père ou avec leur mère, ils sont considérés comme étant à la charge fiscale de celui avec lequel ils vivent et seul ce dernier les compte à charge sur sa déclaration personnelle et bénéficie de la majoration de quotient familial correspondante et des avantages qui en résultent. Le président du tribunal après consultation de la famille du mineur peut allouer à l'époux qui a obtenu le divorce des dommages et intérêts pour le préjudice matériel et moral que lui cause la dissolution du mariage, compte tenu, notamment, de la perte de l'obligation et d'entretien. Cependant le sort des enfants n'est pas la seule préoccupation du juge fasse un divorce, il intervient aussi sur la question des biens des futurs ex-époux.

## B : Le sort des biens après le prononcé du divorce

En dehors des effets intéressant le régime des biens des époux ou leur vocation successorale, obéisse à la loi du régime matrimonial ou à la loi successorale. La jurisprudence a eu principalement à statuer sur la pension alimentaire et les réparations pécuniaires.<sup>96</sup>Le champ d'expression de l'impossibilité morale ne peut être prédéfini. L'écrit même présumé paradigmatique dans le droit de la preuve achoppe devant l'« ordre public moral ». Et d'ailleurs, la réception du concubinage en France comme source d'impossibilité morale semble valider nos propos<sup>97</sup>. L'impossibilité morale est une remise en cause du caractère sécuritaire de l'écrit. Elle est la preuve par excellence. Une fois la séparation actée, arrive le moment de déterminer la part que chacun a prise à la constitution du patrimoine commun. La loi prévoit aussi de compenser l'écart des niveaux de vie engendré par le divorce. La liquidation du régime matrimonial des époux est l'ultime étape

---

<sup>94</sup> *Revue spéciale de droit internationale privé*, journal du droit international, CJD, page 373.

<sup>95</sup> [www.dossierfamille.com](http://www.dossierfamille.com), le 25 Mai, 2016 à 10h29

<sup>96</sup> *Revue spéciale de droit internationale privé*, journal du droit international, CJD, page 373.

<sup>97</sup> A. A. DIOUF, *Impossibilité morale et preuve des actes juridiques* page174

des divorces non consensuels dans la procédure par consentement mutuel, les couples joignent à leur requête de divorce la convention qui règle les conséquences de leur séparation.

Elle concerne tous les régimes, y compris celui de la séparation de biens, dès lors qu'ils avaient acheté des biens en indivision pendant la durée de leur union. L'opération d'évaluation des biens consiste pour le couple d'estimer en valeur leurs avoirs et les dettes communes de chacun des époux. Lorsque la communauté a profité d'un bien propre à l'un des époux, elle doit l'indemniser en lui versant une "récompense". Ce sera le cas, par exemple, si l'un des conjoints a utilisé des sommes provenant d'un héritage pour financer des travaux dans le logement commun. À l'inverse, si l'un des époux a utilisé des biens communs dans son intérêt personnel, c'est lui qui devra indemniser la communauté<sup>98</sup>. Une fois ces opérations effectuées, on procédera à la répartition effective des biens et des dettes communes. Si les époux s'étaient accordés des avantages matrimoniaux qui n'ont pas encore produit leurs effets (comme une clause de partage inégal des biens communs) ou une donation au dernier vivant, ils sont révoqués de plein droit par le divorce.

---

<sup>98</sup>[www.dossierfamille.com](http://www.dossierfamille.com), le 25 Mai, 2016 10h35

## *Titre II : L'étendue de la compétence des juridictions sénégalaises*

Les règles posées par le Règlement permettent de déterminer la juridiction compétente en matière de divorce, de séparation de corps et de validité annulation du mariage. Sont compétentes les juridictions de l'Etat dont les deux époux possèdent la même nationalité ou bien de l'Etat dans lequel ils résident habituellement<sup>99</sup>. Il se pose ainsi dans beaucoup de procès la question de la détermination des juridictions compétents en droit international privé et certainement préalables au conflit de loi, car avant de déterminer la loi applicable le juge doit se prononcer sur sa propre compétence. Autrement dit, comme les lois de tous les pays concernés un litige détermine leurs compétence, il est permis de penser également que leurs tribunaux Sénégalais ne sont en reste. Cependant, la compétence du tribunal ne saurait être la seule préoccupation du juge (chapitre 1) dans la mesure où le monde est devenu un village planétaire avec des mouvements en permanent. Toutefois, la reconnaissance des décisions étrangères relatives au divorce peut être demandée par une juridiction étrangère (chapitre 2) même s'il y a une véritable procédure à suivre dans l'Etat où l'exéquatur a été demandé. Mais en matière de divorce les jugements étrangers rendus par un tribunal étranger relatif à l'état de la personne et à la capacité n'ont pas besoin d'un exéquatur au Sénégal. La recevabilité des décisions en cette matière est immédiate.

---

<sup>99</sup>Gisti, *le Droit International des Personnes et de la Famille*, page17

## Chapitre 1 : La compétence des tribunaux sénégalais en matière de divorce DIP en sénégalais

Les règles de conflit de lois, comme les règles de conflit de juridictions, sont des dispositions dont le destinataire est l'autorité institutionnelle chargée de contrôler le respect du droit et non le citoyen. La désignation qu'opère la règle du for selon la méthode traditionnelle des conflits de lois concerne normalement des règles matérielles, à l'exclusion des règles de droit international privé. Les tribunaux n'ont de compétence que celle qui leur a été donnée par la loi de chaque l'Etat au nom duquel ils rendent la justice. C'est ainsi que les tribunaux d'instance Sénégalais ont une compétence en matière personnelle de divorce (section1) mais aussi une compétence internationale des tribunaux pour connaître le divorce en DIP (section2). L'applicabilité du droit international privé obéit aux limites d'une territorialité au sens formel, Celui-ci n'est destinataire au final que de règles matérielles. Il s'ensuit que la force obligatoire des règles de droit international privé se confine aux limites du territoire de l'Etat qui en est l'auteur, tandis que l'applicabilité des règles matérielles peut obéir à des facteurs susceptibles de localisation sur un territoire étranger : d'où la possibilité technique de l'application d'un droit étranger, mais limitée conceptuellement aux règles matérielles du droit de divorcer, là où la loi ne l'admet pas.

### Section 1 : La compétence des tribunaux Sénégalais en matière personnelle

Quand une juridiction étatique est saisie d'une situation présentant quelques éléments étrangers, elle doit d'abord décider si elle est internationalement compétente. Les règles relatives à la compétence internationale de chaque juge sont définies par la loi de son pays. C'est ainsi que les tribunaux d'instance ont une compétence exclusive (paragraphe 1) mais aussi un caractère impératif en matière de divorce (paragraphe 2).



## Paragraphe 1 : La compétence *rationae materiae*<sup>100</sup> des tribunaux d'instance en matière de divorce

Les tribunaux d'instance Sénégalais ont une compétence exclusive en matière de divorce (A) mais cette compétence est limitée car l'une des parties au procès a la possibilité de faire appel ou même pourvoi en cassation (B)

### A : La compétence exclusive des tribunaux d'instance en matière de divorce

L'ancien tribunal départemental est devenu depuis 2015 tribunal d'instance ; certes la nomination a changé mais les compétences restent les mêmes. Cette nouvelle organisation judiciaire repose sur des innovations importantes permettant au secteur judiciaire de mieux asseoir le corps judiciaire<sup>101</sup>. Le tribunal régional devient ainsi le tribunal de grande instance et le tribunal départemental le tribunal d'instance. Cette innovation concernant les juridictions, a pour finalité de mettre en place une justice efficace et rapide pour les justiciables. « Les tribunaux d'instance connaissent, en premier ressort et quelle que soit la valeur du litige de toutes les actions relatives au statut personnel ». Ainsi, l'Art. 9 du Décret n° 2015-1145 du 03 août 2015 fixant la composition et la compétence des cours d'appel, des tribunaux de grande instance et des tribunaux d'instance permet de mieux comprendre l'organisation et le fonctionnement de la justice Sénégalaise. Pour une meilleure distribution de la justice, la compétence matérielle du tribunal d'instance a été étendue afin d'offrir aux citoyens une justice rapide, efficace, plus accessible et à moindre coût. A titre de comparaison, en France l'article 1070 du Code de procédure civile reste seul applicable pour déterminer la compétence territoriale interne en matière de divorce. Cette disposition prévoit trois catégories de compétence classifiées. L'article 16 pouvait à bon droit servir faite par la jurisprudence au règlement des conflits internationaux bien que le terme loi dût s'entendre dans l'esprit du législateur de loi au sens du droit écrit interne<sup>102</sup>.

---

<sup>100</sup> C'est aptitude d'une juridiction à connaître des infractions en fonction de leur nature.

<sup>101</sup> Le changement de dénomination des juridictions de base ; la nouvelle définition des ressorts des différentes cours d'appel ; la création des chambres criminelles en remplacement des cours d'assises ; la nouvelle répartition des compétences entre les juridictions ; la prise en compte du corps des administrateurs des greffes.

<sup>102</sup> Le Code civil, lois et règlements on voit que cette précision semble nécessaire parce que l'on a nié en doctrine l'utilisation qui était de la règle de l'article 16 dans les conflits internationaux. Et précisément dans domaine les tribunaux se trouvés embarrassés pour asseoir des solutions

En matière de compétence territoriale, il existe en principe le premier critère : c'est celui de la « compétence du Tribunal du domicile du défendeur ». Cette règle de principe s'applique chaque fois qu'aucune règle spéciale dérogatoire n'est applicable. Cette règle s'explique dans la mesure où le défendeur qui ne demande rien est a priori présumé être dans son droit et qu'il convient en conséquence de limiter le dérangement occasionné par la demande en Justice en lui évitant de se déplacer pour se défendre. Toutefois, le législateur sénégalais a accordé une place importante au domicile de l'époux. C'est un privilège donné à la femme par le rédacteur du code de la famille sénégalais.

En ce qui concerne la matière réelle immobilière, la juridiction du lieu où est située l'immeuble est seule compétente<sup>103</sup>. Rappeler que l'action réelle immobilière est celle qui porte principalement sur un droit réel et qui tend soit à la reconnaissance, à l'établissement, au rétablissement, à la contestation ou à l'extinction d'un droit réel. Si une partie décide d'agir en justice pour d'un litige portant sur l'exécution d'un contrat, il est également possible de choisir le tribunal du lieu de la livraison ou de l'exécution de la prestation. Il en est de même en cas de mise en cause de la responsabilité civile du défendeur : outre le tribunal du lieu de son domicile, il peut alternativement choisir celui du lieu où s'est produit le dommage ou celui du lieu où le dommage a été subi. Lorsqu'il existe plusieurs défendeurs, le demandeur peut saisir au choix la juridiction du lieu où l'un d'entre eux a son domicile. La compétence des tribunaux français peut être fondée sur la nationalité française du demandeur, même s'il n'est pas domicilié en France<sup>104</sup>.

Le tribunal d'instance a une compétence exclusive en matière de divorce concernant une demande en divorce de deux nationaux mais aussi entre étrangers. Toutefois, cette peut être limitée à chaque fois que les parties ou l'une d'entre elles n'est pas satisfaite de la décision rendue par le juge du tribunal d'instance.

## B : Les limites à la compétence exclusive des tribunaux d'instance

La compétence donnée aux tribunaux d'instance en matière de divorce ne souffre d'aucune contestation au Sénégal. Car celle-ci est d'ordre juridique. Même si d'un côté les discussions sont

---

<sup>103</sup> Art.44 CPC Français

<sup>104</sup>Article 14 du Code civil français.

au rendez-vous que pour le choix fait par le législateur au tribunal du domicile de l'épouse et non le contraire.

Les cas litigieux peuvent concerner le divorce entre deux époux. Les juridictions de même degré et de même nature sont compétentes, mais il va falloir choisir celle qui localement peut connaître du procès. Cette localisation ne concerne que les juridictions du premier degré puisqu'en appel, la compétente est tout simplement celle dans le ressort de laquelle se trouve le tribunal d'instance qui a rendu la décision attaquée. Ces règles ont été aménagées dans un double souci, celui du plaideur et du défendeur que l'on veut préserver en leur épargnant le déplacement<sup>105</sup>. Le tribunal d'instance peut voir sa compétence limitée à chaque fois que l'un des époux n'est pas satisfait de la décision rendue. La loi a donné à chaque partie la possibilité de saisir une juridiction de degré supérieur, lorsqu'elle croit que la décision rendue lui fait grief et que le juge n'a pas fait une application correcte de la règle de droit. Ainsi, la partie non satisfaite même après la décision rendue par la juridiction d'appel peut se pourvoir en cassation dans l'espoir d'obtenir gain de cause.

La plupart des désaccords proviennent soit de la garde des enfants qui parfois ne dépend pas des époux. Le privilège de confier les enfants à l'un ou à l'autre des époux en litige est donné seulement au juge, qui n'accordera la garde que dans le seul intérêt des enfants<sup>106</sup>. Cet aspect de la garde des enfants constitue une question sensible en matière de divorce. Il peut y avoir une décision prononcée aux torts exclusifs d'une des parties, elle a le droit de faire tous les recours que lui donne la loi jusqu'à la cour Suprême. La compétence de la loi étrangère peut être évoquée en cause d'appel, mais non en moyen nouveau devant la cour de cassation. Il a été jugé dans la jurisprudence française que les parties peuvent invoquer la compétence de la loi étrangère en cause d'appel, car il s'agit d'un moyen nouveau et non d'une demande nouvelle<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> [www.cours-de-droit.net](http://www.cours-de-droit.net), le 25 Mai, 2016, 11h17

<sup>106</sup> Le divorce est un discord du lien matrimonial, qui ne profite guère aux enfants car ils sont toujours victimes dans un divorce, c'est pour cela le juge prend toujours le soin de bien analyser la situation de chacune des parties avant de confier la garde des enfants. Il peut arriver que cette garde soit donnée à une tierce personne.

<sup>107</sup> P. Mayer, Droit International Privé, édition Montchrestien 158-160, rue Saint Jacques-Paris, Page384.

## Paragraphe 2 : La compétence *rationae loci* des tribunaux sénégalais en matière de divorce en DIP

La compétence territoriale est déterminée par le domicile de l'épouse en matière de divorce(A) toutefois, cette compétence est méritoirement limitée (B).

### A : La compétence du tribunal du domicile de l'épouse en matière de divorce

Le législateur sénégalais a consacré de manière générale les coutumes en donnant compétence au tribunal du domicile de la femme. Aux termes de l'article 167 du Code de la famille, « l'époux demandeur en divorce doit, en personne, présenter au juge de paix (actuel tribunal d'instance) du domicile de l'épouse une requête écrite ou verbale, indiquant les causes du divorce invoquées. » Le premier reproche que l'on pourrait faire à propos de cette disposition, avec l'utilisation de cette obligation par le législateur « l'époux demandeur en divorce doit,... » Il s'agit ici d'une nécessité pour l'époux de « présenter au juge...du domicile de l'épouse une requête écrite ou verbale... » Il ressort de cette disposition que l'époux n'a pas le choix ni la possibilité de saisir un autre tribunal que celui de son épouse. Il ne peut faire différemment car il n'y a pas d'autres alternatives pour lui.

Le domicile de la femme marié est la juridiction compétente pour régler la question de divorce même dans plusieurs coutumes Africaines<sup>108</sup>. Par exemple dans la coutume « mancagne » le lieu où le mariage a été célébré, en cas de litige entre époux est le même lieu où les deux familles se retrouveront pour trouver une solution à leur différend. Donc le domicile familial de la femme joue le rôle de siège d'un tribunal arbitral, les parents des deux familles des époux étant les principaux arbitres.<sup>109</sup> Et d'ailleurs, ce sont les mêmes personnes qui étaient présentes lors de la célébration qui feront office de médiateurs pour tenter une conciliation entre les parties. Ainsi, le code de la famille a réservé une place capitale au tribunal du domicile de la femme<sup>110</sup>. Lorsque la demande est orale, elle est aussitôt constatée par les soins du greffier et signée du demandeur.

---

<sup>108</sup> Les coutumes africaines donnent compétence au lieu où le mariage a été célébré car en cas de problèmes les deux familles qui auparavant étaient réunies pour célébrer cette union vont encore se réunir pour chercher une solution à ce problème.

<sup>109</sup>J.L CORREA op. Cit. P. 9

<sup>110</sup> L'article 167 qui dispose que le demandeur en divorce doit, en personne, présenter au juge de paix du domicile de l'épouse une requête écrite ou verbale.

Mention est faite, s'il y a lieu, qu'il ne le sait ou ne le peut. Donc, il est ici clairement posé la compétence du tribunal du domicile de l'épouse comme étant celui qui doit connaître d'une action en divorce. Il s'agit d'une règle de compétence *rationae loci* et non d'une question de compétence *rationae materiae*<sup>111</sup>. Pour la juridiction compétente c'est celle du lieu de résidence de la famille selon le droit Français. Cependant, lorsque les époux ont d'ores et déjà des résidences distinctes au moment de la présentation de la requête, le Tribunal compétent est celui du lieu où réside l'époux avec lequel habitent les enfants mineurs que cet époux soit demandeur ou défendeur.

Au Sénégal le territoire est pris en compte par l'expression « compétence territoriale » est le territoire national, borné par des frontières. Pour s'en convaincre, rappelons que le législateur consacre des règles de compétence générale basées sur d'autres critères.<sup>112</sup> La l'instabilité du domicile est une conséquence de l'impossible cantonnement de l'homme dans un espace d'origine, un des postulats de départ du droit international privé. Dès lors, écarter la compétence des juridictions étrangères lorsque le domicile de la femme se trouve à l'étranger serait sous-estimé le véritable sens de la compétence *rationae loci*. On entend par compétence *rationae loci* celle qui est attribuée à une juridiction en fonction de la position dans l'espace d'une personne ou d'un fait.<sup>113</sup> Appliquée à l'article 167, cette conception engendre une double conséquence nationale et internationale. Du point de vue national, on peut dire que chaque fois que le domicile de la femme est établi hors de la résidence commune du ménage au sens de l'article 153 du code de la famille, il s'en suit attribution à un tribunal de la compétence en matière divorce. La femme peut demander au juge national saisi de se déclarer incompétent parce qu'elle ne partage pas le même domicile que son époux<sup>114</sup>.

Et pourtant, le Code de la Famille prévoit que les charges pèsent à titre principal sur le mari, quelle que soit sa confession, ou celle de son épouse. Ce choix du législateur a fait l'objet de critique par certains auteurs qui le considèrent « d'hypocrisie ». Il n'est pas inutile de rappeler que la femme mariée a été reléguée au second plan dans le foyer quand précisément le législateur précise que l'homme est le chef de famille. Il est cependant important de se demander si ce privilège

---

<sup>111</sup>J.L CORREA Op. Cit. Page 13

<sup>112</sup> V. les articles 853 et 854 du Code de la famille.

<sup>113</sup> P. MAYER ; V. HEUZE, *Droit international privé*, op.cit. Page 200.

<sup>114</sup> Ibid.

accordé au domicile de la famille peut lui permettre de changer de domicile dans le but d'un quelconque avantage.

## B : Les limites à la prééminence du tribunal du domicile de l'épouse

La loi sénégalaise en matière de divorce donne compétence au tribunal du domicile de l'épouse. Elle ne laisse aucunement une marge de manœuvre à l'époux demandeur. Il est important de se demander si cette prééminence du tribunal de l'épouse lui donnait une liberté totale de la manipuler à sa guise. Car dans la pratique, il peut arriver qu'une épouse du fait des liens parentaux décide de déménager dans le but d'obliger son époux à saisir le tribunal de son nouveau domicile. Ou encore lorsque l'affaire est en cours de traitement l'épouse change de domicile s'en attendre le prononcé du jugement. L'époux qui a déjà introduit la demande ne pourra plus en introduire une autre devant la juridiction du même degré du nouveau domicile de son épouse.

En ce qui concerne le domaine contractuel, les parties ont plus de liberté car le demandeur a le choix entre le domicile du défendeur, le lieu de livraison effective de la chose ou encore le lieu d'exécution de la prestation de service. Les parties peuvent déterminer à l'avance quelle loi s'appliquera à leur contrat en cas de litige. Dans cette matière la liberté est donnée aux parties même si par contre elle est encadrée dans la mesure où le choix ne doit pas être fait de manière frauduleuse. Pour ce qui est des faits délictuels c'est le Tribunal du lieu où demeure le défendeur, le demandeur peut aussi saisir la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi<sup>115</sup>. Sur ce point c'est tout à fait le contraire en matière de divorce quine donne compétence qu'au seul tribunal du domicile de l'époux.

La conception du législateur sénégalais dans son article 167 CF, mérite quelques remarques dans la mesure où il dit « époux demandeur en divorce doit, ... » que signifie cela ? La demande en divorce proviendra seulement de l'époux qu'en-est-il de l'épouse lorsqu'elle est demanderesse. Dans le cas où l'épouse demande le divorce quel tribunal saisir ? Celui de son propre domicile ou de son époux. Car si on s'en tient à la disposition précitée, il n'est mentionné nulle part le domicile de l'époux. Il est ainsi nécessaire que le législateur apporte une précision concernant cette disposition.

---

<sup>115</sup>C'est le lieu du fait dommageable est par exemple là où la faute a été commise, où l'accident s'est produit. Il semble en revanche qu'en ce qui concerne le lieu où le dommage a été subi, la jurisprudence adopte une conception étroite, dès lors que ce ne pourrait pas être par exemple le lieu du domicile de la victime. Dans ces conditions, les hypothèses où il est permis de distinguer le lieu du fait dommageable et celui du dommage sont très peu nombreuses.

En France les époux doivent obligatoirement se faire représenter par un avocat. Si le défendeur n'a ni domicile ni résidence connus, le demandeur peut saisir la juridiction du lieu où il demeure. La compétence des tribunaux sénégalais ne se limite pas seulement aux litiges internes mais ils ont aussi une compétence internationale.

## Section 2 : La compétence internationale des tribunaux sénégalais pour connaître du divorce en DIP

L'expression conflit de juridiction présente une analogie avec celle de conflit de lois. De ce fait, il est très fréquent qu'une situation internationale soulève en même temps le problème de la compétence législative c'est-à-dire conflit de lois et de juridiction. Face à ces deux situations, le juge va d'abord se prononcer sur sa propre compétence et s'il estime être habilité à connaître du litige, il verra ensuite quelle loi devra être appliquée<sup>116</sup>. Mais il y a des différences entre ces deux types de conflit. Toutefois, la compétence des tribunaux Sénégalais est déterminée par la loi (paragraphe 1). Néanmoins, cette compétence peut avoir des restrictions lorsque la décision devra être exécutée à l'étranger (paragraphe 2).

### Paragraphe 1 : La compétence des tribunaux sénégalais en matière personnelle

Les tribunaux sénégalais sont compétents même dans les cas où le défendeur a une double nationalité (A) ; ils sont aussi compétents pour connaître des litiges entre étrangers domiciliés au Sénégal (B).

#### A : La compétence des tribunaux Sénégalais en cas de double nationalité

Le sénégalais est soumis à la loi nationale, même s'il est considéré par un autre Etat comme ayant une autre nationalité<sup>117</sup>. Les tribunaux sénégalais sont compétents pour connaître de toute action dans laquelle le demandeur ou le défendeur a la nationalité sénégalaise au jour de l'introduction de l'instance, article 853 alinéa 1 CF. Une fois déterminée la juridiction compétente pour examiner le litige, il reste à choisir la loi qui a plus de liens juridiques avec le litige. Dès lors que la juridiction étrangère était compétente pour connaître de la procédure de divorce au regard

---

<sup>116</sup> [www.cours-de-droit.net/cours-de-contentieux-international-prive](http://www.cours-de-droit.net/cours-de-contentieux-international-prive), le 24 Aout 2016 à 11h46

<sup>117</sup> Article 849 du Code de la famille

du domicile des deux époux, en application de l'article 3a du règlement CE du 27 novembre 2003 de Bruxelles II bis, et qu'il était relevé que la saisine initiale de la juridiction étrangère ne révèle aucune fraude, la cour d'appel a pu en déduire que la compétence de cette juridiction était établie, de sorte que l'absence de renonciation au bénéfice de l'article 15 du code civil était sans effet<sup>118</sup>.

En France, la loi applicable au divorce est déterminée par l'article 309 du Code civil<sup>119</sup>. Cet article s'applique également en cas de divorce présentant des éléments d'extranéité. Le juge français saisi d'une demande en divorce doit appliquer la loi française lorsque les époux, soit sont tous deux français au jour de l'introduction de l'instance, soit sont tous deux domiciliés en France au jour de l'introduction de l'instance, soit lorsque aucune loi étrangère potentiellement applicable ne se reconnaît compétente. Ainsi, pour déterminer si la loi française est applicable, il faut vérifier que les conditions sont réunies au jour de l'introduction de la demande en divorce.

La nationalité et le domicile des époux sont les critères de rattachement de l'article 309 du Code civil. En outre, cet article concerne non seulement les français, quel que soit leur domicile, mais aussi les étrangers vivant en France. Lorsque l'un des époux possède une double nationalité, le juge Français ne tient compte que de la nationalité française. Ce principe est semblable à celui appliqué au Sénégal. L'application de l'article premier du code de la nationalité permet de déterminer la compétence des tribunaux sénégalais lorsque le défendeur se prévaut d'une autre nationalité. En cas de double nationalité, l'invocation des articles 849 et 853 CF permet de donner la compétence aux tribunaux sénégalais du défendeur dont il est établi qu'il possède aussi la nationalité sénégalaise.

---

<sup>118</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Revue critique de droit international privé* 2011P.102, litispendance et privilège de juridiction dans une procédure de divorce entre des époux binationaux cour de cassation 1<sup>re</sup> Ch. Civ, 1<sup>er</sup> décembre 2010

<sup>119</sup> *Revue internationale de droit Africain*, CA Dakar, n°234 du 8 décembre 1972, Sankalé c/ Lafaye. « Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française, Lorsque l'un et l'autre des époux sont de nationalité française ; Lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français, Lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétente alors que les tribunaux sont compétents pour connaître de la procédure de divorce ou de séparation de corps. »



## B : La compétence des tribunaux sénégalais dans les litiges entre étrangers domiciliés au Sénégal

La nationalité n'est pas le seul critère permettant de donner compétence aux tribunaux sénégalais dans un litige coloré d'élément d'extranéité. Car les tribunaux sénégalais sont également compétents dans les litiges entre étrangers lorsque le défendeur est domicilié au Sénégal<sup>120</sup>. La compétence des tribunaux sénégalais doit être déterminée par les règles de conflit des textes en vigueur. Et s'il se trouve que l'élément de rattachement donne compétence à un tribunal se trouvant au Sénégal, celui-ci devra alors statuer sur le conflit. Le juge va toujours recourir au droit national pour fonder sa compétence. Nul n'ignore pourtant les diverses théories amenant le juge à considérer, dans le droit étranger, des règles de droit international privé plutôt que des règles matérielles. La technique du renvoi est la plus connue des règles de conflit. On peut y ajouter la théorie de l'effet des lois de police étrangères, ou encore celle du choix d'un for de référence.

En France aussi les époux de nationalité étrangère qui y sont domiciliés, ont la possibilité de demander le divorce devant les tribunaux français. Le juge français est compétent et a pour obligation d'appliquer d'office sa règle de conflit de lois car il sera en présence d'un élément d'extranéité : la nationalité étrangère des époux. Et d'ailleurs, il suffit qu'un des chefs de compétence énoncé à l'article 3 du Règlement Bruxelles II bis soit réalisé en France pour que la compétence des juridictions françaises soit établie. Si le tribunal français accepte la demande, il instruit le dossier et décidera, en fonction de la situation, de la loi applicable au divorce. Si la juridiction saisie n'est pas la juridiction compétente pour trancher le litige, le défendeur ou le juge peut soulever l'incompétence de la juridiction civile. Les conditions de l'introduction de l'action du divorce sont celles du droit commun français pour le conjoint usant du privilège de la juridiction française.

Le problème de jouissance des droits consiste à déterminer les prérogatives dont peuvent bénéficier les étrangers dans un pays étranger. Ce qui est permis au Sénégal ne l'est pas forcément dans tous les Etats. Par exemple au Maroc certaines règles refusent aux étrangers la jouissance de certains droits reconnus aux nationaux ; ces refus établissent une différenciation fondée sur la

---

<sup>120</sup> Article 853 Code de la Famille du Sénégal.

seule qualité d'étranger<sup>121</sup>. De plus, quand un étranger veut exercer un droit au Maroc, il faut déterminer selon quelle loi il l'exerce mais également s'il est admis à la jouissance de ce droit. La condition des étrangers englobe par ailleurs leur situation au regard du droit public comme la liberté d'entrer, de circuler...etc.

## Paragraphe 2 : Les limites de la compétence des juridictions sénégalaises

Les limites à la compétence des juridictions sénégalaises peuvent provenir soit du fait de la renonciation expresse des tribunaux sénégalais (A) soit lorsque le jugement rendu doit être exécuté à l'étranger (B).

### A : La renonciation au privilège de juridiction

Le privilège de juridiction ne consacre qu'une compétence facultative de la juridiction française, cour de cassation 1<sup>ère</sup> ch. Civ, 22 mai 2007<sup>122</sup>. La renonciation au privilège de juridiction se manifeste à chaque fois, qu'un citoyen de manière expresse renonce au privilège que lui accorde son pays. Le privilège de juridiction ne joue pas pour une saisie pratiquée à l'étranger<sup>123</sup>. Le principe n'est que mise en œuvre de l'allégeance de la personne sur le double plan du conflit de lois et du conflit de juridictions. Si la personne n'est pas de condition libre, elle doit alors répondre de ses actes devant le juge. Si la personne jouit du droit qui relève de la justice elle a le privilège de saisir la juridiction compétente de son choix.

« Justifie légalement son refus de la reconnaissance de la décision étrangère par le juge de l'exequatur qui, tenu de vérifier les conditions de régularité internationale d'un jugement étranger de divorce et avant, d'une part, précisé que sa nationalité française permettait à la défenderesse d'invoquer le privilège de juridiction de l'article 15 du Code civil et relevé, d'autre part, que le juge étranger, par une décision préalable rejetant la contestation de la femme, s'était dit compétent en raison de la résidence du mari en déduit, sans dénaturation ni inversion de la charge de la preuve, l'absence de renonciation certaine au privilège issu du texte susvisé ».

---

<sup>121</sup> Les règles de la condition des étrangers au Maroc leur confèrent donc non seulement un statut précaire quant au séjour mais encore inférieur à celui des marocains quant à son contenu.

<sup>122</sup> Affaire Banque de développement local c/ société Fercométal, obs. I. Gallmeister, P2548, chron. B. Audit, H. Gaudemet-Tallon RC de DIP, 2007p.610

<sup>123</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 14 Avril. 2010, n° 09-11.909, D. 2010. 1087, obs. V. Avena-Robardet, Revue critique de DIP, 2010, p.433

Dans un arrêt rendu par de la cour de cassation 1<sup>re</sup> Ch. civ. 20 juin 2012<sup>124</sup> « deux époux de nationalité algérienne se sont mariés en Algérie et domiciliés en France, après des années passées le mari reparti dans leur pays d'origine (Algérie) et intenté une action en divorce qui sera prononcée, la dame introduit une requête pour la contribution de son époux aux charges du mariage et suite à tous ces agissements. Toutefois, l'épouse a saisi le juge français sur la base du privilège de juridiction qui lui a été refusé car le divorce est valable parce que revêtu de l'autorité de la chose jugée. IL ne peut être renoncé au privilège de juridiction que de manière expresse et spéciale.

L'Etat peut également renoncer à son immunité sur certains de ses biens en les mentionnant. Les prérogatives liées à sa souveraineté, ses créances correspondant à des contributions fiscales ou parafiscales ayant pour origine le pouvoir régalien de l'Etat et pour vocation le financement d'autres prérogatives régaliennes et, d'autre part, l'absence de mention expresse et spécifique de ces créances dans la clause de renonciation figurant aux contrats d'émission d'obligations et de service financier auquel ces derniers étaient soumis, la cour d'appel en a exactement déduit, sans dénaturer la loi étrangère n'avait pas renoncé à son immunité d'exécution sur ces créances<sup>125</sup>.

## B : L'exécution du jugement à l'étranger

L'exequatur : il s'agit d'une action portée devant le juge pour faire reconnaître un jugement étranger en vue de son exécution. Elle est soumise à des conditions particulières et fait l'objet de conventions internationales et bilatérales spécifiques, chaque pays ayant ses propres règles en matière d'exequatur. Les règles d'exécution des décisions de justice en France sont présentées dans le dernier chapitre de cette note pratique<sup>126</sup>.

Dans le cas d'un divorce à l'étranger, la décision produira ses effets en France sous certaines réserves. Toutefois, des règles particulières existent pour les jugements prononcés par des

---

<sup>124</sup>H. Gaudemet-Tallon, *Revue critique de droit international privé*, jugement et abus de procédure, P.900

<sup>125</sup> **J.P. Rémy** *Revue critique de droit international privé*, sur les Conditions de recevabilité de l'exception de litispendance internationale au regard de la convention franco-gabonaise du 23 juillet 1963  
Cour de cassation, 2013 p.

<sup>125</sup>Gisti, *Droit international des personnes et de la famille*, p.6

juridictions de l'Union Européenne. Ces décisions produisent de plein droit l'intégralité de leurs effets en France sans procédure d'exequatur. Récemment, la Cour de cassation a déclaré inopposable la décision marocaine prononçant le divorce des époux, au motif que l'époux qui avait saisi le Juge marocain avait frauduleusement déclaré que le domicile conjugal était situé au Maroc (Cass. Civ.1, 15 déc 2012, pourvoi n° 11-26964).

La Convention franco-algérienne du 27 août 1964 stipulent qu' « en matière civile et commerciale, les décisions contentieuses et gracieuses rendues par les juridictions siégeant en France ou en Algérie ont de plein droit l'autorité de la chose jugée sur le territoire de l'autre Etat si, notamment, la décision émane d'une autorité compétente selon les règles concernant les conflits de compétence admises dans l'Etat où la décision doit être exécutée et ne contient rien de contraire à l'ordre public de l'Etat où elle est invoquée ».

## Chapitre 2 : La reconnaissance des décisions étrangères relatives au divorce

Les décisions étrangères relatives au divorce ont une application directe. Mais elles doivent au préalable respecter les conditions prévues dans l'ordre juridique de l'Etat d'accueil (section 1) avant sa mise en exécution (Section 2)

### Section 1 : Les conditions de l'application des décisions dans l'ordre juridique sénégalais

L'applicabilité d'une décision étrangère mérite d'abord un retour sur la notion d'ordre public (paragraphe 1) et ceci permet la vérification de la loi étrangère par le juge du for (Paragraphe 2).

#### Paragraphe 1 : La notion d'ordre public<sup>127</sup> sénégalais

Le contenu d'ordre public se diffère d'un Etat à un autre (A). C'est pour cela la loi étrangère compétente peut faire l'objet d'éviction pour cause d'ordre public (B).

##### A : Le contenu de l'ordre public international privé sénégalais

L'ordre public d'un Etat est constitué des valeurs fondamentales et des bonnes mœurs intangibles d'une société. Le juge est le garant de l'ordre public en procédant au diagnostic de toutes les décisions provenant d'un ordre étranger. Il écarte la loi étrangère devant recevoir application, quand il estime que son contenu va à l'encontre des valeurs fondamentales ou intangibles de son ordre juridique. Les situations validées dans certains systèmes juridiques au contact avec d'autres ordres juridiques peuvent faire l'objet d'une éviction sur le fondement de l'ordre public. Il arrive dans la pratique que l'ordre public s'oppose à l'application d'une décision étrangère comme par exemple un divorce prononçant le mariage entre des homosexuels. Cette union est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs sénégalaises puisque qualifiée d'union contre nature et en aucune façon ne peut recevoir application. De même, en France, l'ordre public s'oppose à l'application des lois étrangères qui autorisent le divorce ou la séparation de corps pour

---

<sup>127</sup> Lexique Juridique, op.cit., l'ordre public est une notion particulariste d'un Etat ayant pour effet de rejeter toute règle ou décision étrangère qui entrainerait la naissance d'une nouvelle situation contraire aux principes fondamentaux du droit national.

des causes inconnues du droit français ou une répudiation unilatérale, la jurisprudence refuse tout effet<sup>128</sup>. Car la répudiation unilatérale est une atteinte au principe d'égalité entre époux.

La doctrine dominante ne se trompe guère sur la question de la qualification. Elle considère que pour classer des situations juridiques étrangères le juge raisonne à partir de ses propres concepts. La clé de répartition est presque universellement donnée par la *lex fori*. Le principe fondamental de la règle générale, la loi définit elle-même les termes qu'elle utilise. En somme toute cette qualification dépendra alors de la loi sénégalaise et puisque le droit français inspire le droit sénégalais, le juge sénégalais reprend la qualification *lege fori* qui d'ailleurs est presque universellement admise. Le choix de la qualification est inséparable de la règle de conflit. Le code de la famille parle d'ordre public et de fraude à la loi Sénégalaise, alors qu'il eut été préférable de spécifier, pour éviter tout amalgame avec l'ordre public en droit interne.

## B : L'éviction de la loi étrangère compétente pour cause d'ordre public

La loi étrangère ne doit pas heurter des principes de justice universelle considérés dans l'opinion publique comme doués de valeur internationale absolue<sup>129</sup>. « La loi sénégalaise se substitue à la loi étrangère désignée comme compétente lorsque l'ordre public sénégalais est en jeu lorsque les parties ont, par une utilisation volontaire des règles de conflit, intentionnellement rendu la loi sénégalaise incompétente<sup>130</sup> ». C'est la loi du for qui s'appliquera, au lieu de la loi étrangère normalement applicable selon la règle de conflit<sup>131</sup>. L'ordre public peut être soulevé d'office par le juge lorsque la loi est contraire à la conception de l'ordre public sénégalais. L'évolution jurisprudentielle a progressivement inversé la réponse à la question de savoir si le juge peut ou doit prendre l'initiative de proposer l'application de la loi étrangère compétente lorsqu'aucune des parties en cause n'a demandé cette application. Certes, le juge peut appliquer d'office une loi étrangère compétente. En 1960, la cour de cassation française a admis pour les juges du fond de faire application d'office d'une loi étrangère dont les parties n'avaient pas fait l'état devant eux en ajoutant qu'ils leur étaient loisible de procéder eux-mêmes à la recherche des dispositions du droit étranger compétent (Civ.1, 2 mars 1960, Cie Algérienne de crédit et de banque, Rev. Crit., 1960.

---

<sup>128</sup> Cassation 1<sup>er</sup> civ. 4 mai 1994 ; 19 décembre 1995.

<sup>129</sup> Formule de la cour de cassation dans l'arrêt Lautour du 25 mai 1948, F. MONEGER, page 53

<sup>130</sup> Article 851 al.1. Code de la famille du Sénégal.

<sup>131</sup> GISTI, Droit international des personnes et de la famille, op.cit. page 8

97)<sup>132</sup>. Mais ils ne peuvent le faire qu'après avoir invité les parties à s'expliquer contradictoirement sur l'application et l'interprétation de la loi étrangère. Dans certains cas, le juge doit procéder à l'application d'office de la loi étrangère. Cette solution a été affirmée dans l'affaire concernant un divorce d'époux espagnols<sup>133</sup>.

La cour avait déclaré que les règles de conflit françaises ne sont pas d'ordre public en tant qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère. Cette solution a fait l'objet de nombreuses critiques, dans la mesure où elle permet aux parties de choisir la loi compétente dans les matières où leur volonté n'a pas ce pouvoir et le juge de décider à son goût selon qu'il applique ou non d'office la loi étrangère. Cette solution a été tempérée par la motivation différente des arrêts ultérieurs comme par exemple : Civ. 11 juillet 1961, ép. Betoncini, revue critique, 1962<sup>134</sup>. De manière progressive cette solution a été abandonnée, d'abord incidemment par les lois compétentes en vertu d'un traité (Civ. 1<sup>re</sup>, 9 mars 1983, prec. Le juge doit trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit également rechercher au besoin d'office, quelle suite doit être donnée à l'action en application de la loi étrangère compétente. L'obligation pour le juge d'appliquer d'office la règle de conflit qui donne compétence à la loi étrangère se trouve donc cantonnée dans deux domaines : les droits régis par une convention internationale et les droits dont les parties n'ont pas la libre disposition (l'état et la capacité des personnes). Elle ne l'exclut que pour les droits dont les parties ont la libre disposition<sup>135</sup>. Les plaideurs d'établir la teneur de la loi étrangère dont ils se prévalent et pouvoir est reconnu aux juges de faire état de leurs connaissances personnelles d'une loi étrangère ou de vérifier le sens et la portée de celle-ci. La justification découle de l'obligation faite au juge d'appliquer les règles de conflit du for dans la première étape de sa démarche.

L'office du juge du for devant la loi étrangère, en France, est marquée par une certaine évolution jurisprudentielle. Aux premiers mouvements de la jurisprudence ayant trait à l'application d'office de la loi étrangère, la Cour de cassation française à travers l'arrêt *Bisbal* du 12 mai 1959<sup>136</sup> informe que : « *les règles de conflit françaises ne sont pas d'ordre public en tant*

---

<sup>132</sup>J. DERRUPPE, Memento, droit international privé 14<sup>e</sup> édition, Dalloz, P.100

<sup>133</sup> Arrêt *Bisbal*, Civ, 12 mai 1959, Rev, Crit, 1960

<sup>134</sup> Dans cet arrêt les juges ont ignoré la nationalité des parties : nationalité italienne.

<sup>135</sup> Dans cet arrêt (*Mituel du Mans*, Cass. 1<sup>re</sup>Civ. 26 mai 1999, Bull. Civ. 1, numéro 172). Dans une nouvelle affaire la cour de cassation avait accentué l'obligation pour le juge d'appliquer d'office la règle de conflit et la loi étrangère compétente.

<sup>136</sup> Cour de cassation, ch. civ. 12 mai 1959, RCDIP, 1960, P.62, note BATIFFOL.

*qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère* ». En termes autres, le juge du for n'est point tenu de mettre en œuvre le droit étranger non invoqué par les parties même si la règle de conflit l'y invite. L'arrêt *Bisbal*, assez attaqué<sup>137</sup>, fut ultérieurement atténué par la jurisprudence *Compagnie algérienne de crédit et de banque* du 2 mars 1960<sup>138</sup> où la Haute cour reconnaît aux juges du fond la possibilité de convoquer d'office la loi étrangère même en l'absence d'une invitation par les parties dans un conflit international. Toutefois, dans une perspective d'ôter les termes posés par l'arrêt *Bisbal*, deux décisions des 11 et 18 octobre 1988, *Rebouh*<sup>139</sup> et *Schule*<sup>140</sup>, seront rendues par le juge qui applique d'office la loi étrangère<sup>141</sup>. La Cour de cassation imposa aux juges du fond, même dans le silence des parties, de rechercher d'office la loi étrangère. Toutefois, ces décisions évoquées vont être assouplies ultérieurement par l'arrêt *Coveco* du 4 décembre 1990<sup>142</sup> à partir duquel il a été décidé que l'office du juge dans l'application de la loi étrangère n'est pas obligatoire lorsque les parties n'ont pas invoqué d'autres lois que celles spécialement tirées du droit français, dans une matière qui n'est pas soumise à une convention internationale où le demandeur avait la libre disposition de ses droits.

## Paragraphe 2 : La vérification de la loi étrangère par le juge du for

La vérification du respect de la procédure de divorce par le juge du for (A) permet en même temps le contrôle de la validité de la décision étrangère (B).

### A : La vérification du respect de la procédure de divorce par le juge du lieu d'exécution

La vérification des décisions étrangères est du ressort du juge compétent du lieu où l'exécution est demandée. Le juge sénégalais a l'obligation de vérifier la concordance dans la méthode employée par la juridiction étrangère. Il procède donc d'office à cet examen et doit en constater de cette décision. Il ordonne s'il y a lieu, les mesures nécessaires pour que la décision

---

<sup>137</sup> La solution retenue par l'arrêt BISBAL semblait méconnaître l'article 12 al. 1<sup>er</sup> du Nouveau Code de Procédure Civile français qui invitait le juge à trancher le litige en tenant compte des règles juridiques qui l'encadrent. L'application de la loi étrangère lui étant indiquée par la règle de conflit du for, le juge se doit ainsi de la mettre en œuvre même en l'absence d'invitation des parties.

<sup>138</sup> Cour de cassation, ch. civ. 2 mars 1960, RCDIP, 1960, P. 97.

<sup>139</sup> Arrêt Rebouh relatif à la recherche de paternité naturelle

<sup>140</sup> Arrêt Schule, sur le droit successoral

<sup>141</sup> RCDIP 1989. 368 ; GA (Grands Arrêts du DIP) n° 71 et 72 note Patrick Courbe.

<sup>142</sup> RCDIP 1991. 558, note Niboyet-Hoegy.



reçoive exécution. Le divorce ne peut pas être prononcé dans un pays où la loi ne le permet pas, s'il n'est pas autorisé par la loi nationale des époux. En l'espèce deux Italiens ou deux Espagnols ne pourraient divorcer dans aucun pays pour après demander l'exécution de cette décision concernant les biens se trouvant dans leur pays d'origine.

Comme pour les autres Etats, le Bénin procède à des vérifications d'une décision étrangère par une procédure opératoire avant de l'incorporer dans son ordre juridique. Cette disposition en est une illustration parfaite : « En matière d'état et de capacité des personnes, la reconnaissance ou la force exécutoire peut être refusée, si la juridiction étrangère a tranché une question d'état ou de capacité d'un Béninois et a abouti à un résultat différent de celui qui aurait été obtenu par application à cette question des règles de conflit des lois béninoises. Ce motif de refus ne peut être soulevé d'office et doit être expressément invoqué par la partie béninoise<sup>143</sup> »

## **B : La validation de la décision de divorce provenant de l'étranger**

Les décisions concernant le divorce reçoivent application directe indépendamment de l'exéquat. Le divorce ne peut être prononcé qu'en conformité avec la loi du pays où le procès a été tenu. Cette loi décide si le mariage peut être dissous par le divorce et pour quels motifs. Le juge ne peut prononcer le divorce lorsque les lois de son pays envisagent la dissolution du mariage comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Il ne peut dans un pays où le divorce est admis refuser de le prononcer sous le prétexte que, dans le pays d'où les époux sont originaires, le divorce n'existe pas. La loi qui proclame l'indissolubilité du mariage est bien l'une de celles qui règlent l'état de la personne, et qui, par conséquent, dépendent de la nationalité. Et Dans le pays où ce mode de dissolution est admis, le législateur a pensé qu'il serait contraire à l'ordre public de maintenir un mariage dont la dissolution est réclamée par un motif légal. En cela il s'est inspiré avant tout de considérations qui se rattachent à l'intérêt de la famille.

Les procédés de vérification servent à la détermination du droit applicable par le juge du for. En matière de reconnaissance des décisions étrangères aussi, l'exclusion du contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine signifie une référence de fait au système étranger de conflit de lois. La prise en considération de lois de police étrangères constitue l'une des problématiques les plus controversées du droit international privé. La condition, qui se réfère à la prise en considération

---

<sup>143</sup> Art 971 du Code de la famille du Bénin.

par le juge, d'une disposition étrangère de droit international privé. Celui-ci ne peut donner effet à des dispositions impératives que « si et dans la mesure où, selon le droit étranger, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat par exemple ». Autrement dit, le juge doit vérifier l'application de la loi de police étrangère. Si elle reçoit application, elle est donc stricte.

Le droit international privé français est confronté à deux grands conflits de civilisation. La première est le conflit avec le droit de la famille islamique ; le second est celui avec la procédure civile anglaise. En témoignent les arrêts rendus par la cour de cassation en matière d'effet des jugements étrangers au cours des dernières années, qui font jouer l'exception d'ordre public international essentiellement dans deux hypothèses : les répudiations musulmanes et les jugements par défaut anglais<sup>144</sup>. Les jugements de divorce étranger rendus par défaut peuvent être reconnus<sup>145</sup>. La vérification de toutes les décisions provenant d'un autre Etat est une condition préalable à toute application de celle-ci.

## Section 2 : L'exécution des décisions étrangères en matière de divorce

Les décisions étrangères en matière de divorce reçoivent une application directe (paragraphe 1) mais il peut arriver que dans le divorce l'exécution sur certains biens soit nécessaire (Paragraphe 2).

### Paragraphe 1 : L'application directe des jugements en matière de divorce au Sénégal

Les décisions étrangères prononçant le divorce ou la séparation de corps ont une application directe (A) toutefois certaines sont susceptibles d'exequatur (B).

#### A : Les décisions étrangères prononçant le divorce ou la séparation de corps

Les décisions en matière civile, commerciale et administrative prononcées à l'étranger ont de plein droit l'autorité de la chose jugée si et seulement si elles remplissent les conditions exigées

---

<sup>144</sup> Revue Critique de Droit International Privé, édition 2009 Page 685, la reconnaissance en France des jugements par défaut anglais, affaire GAMBAZZI c/ STOLZENBERG.

<sup>145</sup> Cour de cassation 1<sup>er</sup> Ch. civ. - 23 janvier 2008. *M<sup>me</sup> Y. LANGLET, ép. CUNINGHAM c. M. P. CUNINGHAM*, B. ANCEL. Revue critique de droit international privé 2008 p. 636

par la loi sénégalaise<sup>146</sup>. Pour ce qui concerne les jugements étrangers en matière de divorce n'ont besoin d'exequatur pour avoir effet au Sénégal. Le législateur a donné un champ d'application des décisions provenant de l'étranger pourtant cette disposition reste critiquable. Comment faut-il recevoir toutes les décisions sans se soucier d'un point capital, l'ordre public et les bonnes mœurs. Toute décision provenant d'une juridiction étrangère peut ne pas être en conformité avec le contenu de l'ordre public sénégalais. Une décision de divorce peut porter sur une union non reconnue par la législation de l'Etat d'accueil. En espèce le divorce des couples homosexuels ou lesbiennes ne peut pas recevoir effet au Sénégal. La décision ne doit contenir rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs du Sénégal ; et en plus, elle ne doit non plus être contraire à une décision judiciaire sénégalaise antérieure possédant à son égard l'autorité de la chose jugée. Le silence de la loi sur certains aspects laisse croire que tous les jugements sont concernés. Même si par ailleurs il pose des conditions que doivent revêtir ces jugements. Certes, la plupart des décisions étrangères reçues au Sénégal n'ont pas posé de difficultés concernant le domaine de l'ordre public. Mais cela peut arriver vu le contexte actuel du fait de la consécration d'autres formes de mariages non reconnus et contraires à l'ordre public sénégalais. La méditation de l'article 789 CPC laisse croire que toutes les décisions rendues à l'étranger passées en force de chose jugée, émanant d'une juridiction compétente et ne contenant rien de contraire aux lois et à l'ordre public sénégalais doivent recevoir force exécutoire.

## B : Les décisions susceptibles d'exequatur

L'exequatur est la décision par laquelle un tribunal étranger donne aux jugements et actes publics étrangers force exécutoire. Il

Les décisions concernées par l'exequatur sont celles qui sont prononcées au nom d'une souveraineté étrangère. Peu importe le lieu où elles l'ont été, du moment que cette condition est remplie. Il faut en outre que la décision présente un caractère juridictionnel. Cette exigence est d'appréhension délicate pour deux raisons. Tout d'abord, il arrive que le jugement rendu à l'étranger ne soit pas une « décision » au sens du terme mais simplement une formalité de

---

<sup>146</sup> La décision doit émaner d'une juridiction compétente selon les règles concernant les conflits de compétence admises au Sénégal elle est fait application de la loi applicable au litige en vertu des règles de solution des conflits de loi admises au Sénégal mais aussi elle doit être, d'après la loi de l'Etat où elle a été rendue, passée en force de chose jugée et susceptible d'exécution et Les parties doivent être régulièrement citées, représentées ou déclarées défaillantes ...etc.

procédure destinée à rendre efficace un acte privé ou même une déclaration faite par une partie<sup>147</sup>. Les décisions susceptibles d'exequatur sont les jugements rendus par un tribunal étranger, les sentences arbitrales étrangères, les décisions administratives ayant les

Les effets d'un jugement en droit étranger ne peuvent donner lieu à aucun acte d'exécution en France sans avoir été déclaré exécutoire par un tribunal français à la suite d'une instance d'exequatur. L'exequatur d'un jugement étranger d'adoption par la compagne homosexuelle de la mère biologique a été refusé en France ; c'était avant la mise en place d'une loi autorisant le mariage de deux personnes de même sexe<sup>148</sup>. Ce refus d'exequatur fondé sur la contrariété à l'ordre public international Français de la décision étrangère suppose que celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des Principes essentiels du droit Français<sup>149</sup>. Dans un arrêt rendu en Amérique donc l'exequatur a été réfugié en France car le juge Français affirme que la répartition des biens après divorce n'est pas conforme au contrat de mariage<sup>150</sup>.

## Paragraphe 2 : Les difficultés de la mise en œuvre des méthodes du droit sénégalais en matière de divorce

La codification du code de la famille ne permet pas au juge sénégalais de prendre certaines initiatives (A), ceci peut causer des difficultés d'adaptation des décisions au contexte actuel (B).

### A : L'encadrement d'initiative du juge sénégalais en matière de divorce en DIP sénégalais

Le juge doit s'appropriier le droit et être le correcteur de tout ce qui est considéré, dans la pratique, comme une anomalie. Mais malheureusement tout est dicté par le législateur. L'évolution du droit international privé est perpétuelle dans les Etats où il n'a pas été codifié comme en France. La source essentielle du droit international privé français se trouve encore aujourd'hui dans la jurisprudence de la cour de cassation et des juridictions soumises à son contrôle. L'unité de cette

---

<sup>147</sup> D. GUTMAN, Droit International Privé, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz 2004, Page289

<sup>148</sup> Cour de cassation 1<sup>re</sup> Ch. Civ. Du 8 juillet 2010

<sup>149</sup> P. HAMMJE, Revue critique de droit international Privé, 2011, P.747

<sup>150</sup> B. ANCEL, Revue Critique de droit international Privé 2009, Tribunal de grande instance de Paris, 26 novembre 2008, P.310

discipline se reflète en procédure par la compétence des tribunaux judiciaires sur l'ensemble des matières qu'elle englobe ; seules, certaines questions comme la nationalité et la condition des étrangers relèvent de la juridiction administrative. En effet les litiges de droit international privé apparaissent le plus souvent comme des litiges de droit privé affectés d'un simple élément d'extranéité (nationalité d'une des parties, localisation du bien ou du contrat litigieux) qui ne semble pas modifier substantiellement le problème civil contractuel, successoral... posé, et qui effectivement ne le modifiera souvent d'aucune manière. Il est dès lors naturel que les parties saisissent les tribunaux internes, d'accès facile, accoutumés aux problèmes de droit privé, et dont la décision sera exécutoire de plein droit, donc sans retard<sup>151</sup>.

Cependant, les tribunaux doivent alors élaborer une jurisprudence et le législateur interne est appelé à intervenir en considération des intérêts généraux dont il a la garde. Un pays d'immigration a intérêt à adopter certaines règles pour mieux encadrer ses citoyens. C'est même la teneur de sa législation privée interne qui a des répercussions, selon une théorie célèbre, sur la solution du conflit des lois. Ainsi, le droit international privé sénégalais est un droit codifié par le législateur, de tel que l'intervention du juge est très encadrée. Les juges doivent, pour attribuer à une loi un caractère d'ordre public, se placer au point de vue de leur propre législateur, sans se préoccuper des conceptions qui ont prévalu dans d'autres pays.

L'intervention du juge dans la procédure est une condition sine qua none pour parler de divorce. Il est le seul à pouvoir prononcer une dissolution d'une union matrimoniale. Dans certains Etats le droit international droit privé provient essentiellement de la jurisprudence. Cette ouverture du domaine de ce droit permet un esprit créatif pour le juge, il aura plus d'opportunité pour donner sa contribution et non pas être « un consommateur » de la législation. Face à tous ces difficultés il important de remarquer une insuffisance de la loi notamment dans les questions qui touchent le divorce.

## **B : La difficulté d'adaptation des décisions au contexte actuel**

Les prescriptions du législateur sénégalais sont peu satisfaisantes dans la mesure où d'une part elles sont lacunaires et d'autre part contraires à la sécurité juridique. Il y a lacune du droit lorsque manque dans un ordonnancement juridique une norme dont le juge puisse faire

---

<sup>151</sup> H. BATIFOL et P. LAGARDE, Droit International Privé, 7<sup>e</sup> édition, Tome1, Page 20

usage pour résoudre un cas déterminé. La règle de compétence choisie par le législateur sénégalais en matière de divorce pose problème. L'intensité de ces difficultés dicté que l'on s'intéresse de plus près à la question du tribunal compétent en matière de divorce en droit sénégalais non pas pour rechercher quel tribunal,<sup>152</sup> celui du mari ou de la femme, est compétent pour connaître d'une action en divorce. Cette question, sans doute, est clairement tranchée par le législateur sénégalais. La règle de compétence juridictionnelle sénégalaise en matière de divorce pose des difficultés. C'est également le cas au regard du droit international privé sénégalais. Les juridictions pratiquent ce qu'on peut appeler le forçage de la procédure de divorce. Faut-il le rappeler, la règle de privilège que le législateur reconnaît à la femme sénégalaise mérite un toilettage. Car le déficit de cohérence de l'article 167<sup>153</sup> du CF n'est pas seulement à jauger du point de vue de la Constitution et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, elle doit aussi l'être du point de vue des obligations nées du mariage. Et d'ailleurs ce n'est pas la seule disposition qui mériterait d'être revue. Il s'agit de certaines dispositions comme : articles 153<sup>154</sup>, 167, 841, 849 et 853CF. Pour ce qui est des articles 841, 849 et 853 du code précité méritent des précisions<sup>155</sup>. L'article 849 alinéa 1 et 2, dispose que « le Sénégalais est soumis à sa loi nationale, même s'il est considéré par un autre Etat comme ayant une autre nationalité<sup>156</sup> ». Quant à l'article 853, il détermine la compétence internationale des juridictions sénégalaises.

En forçant la procédure, à travers la non prise en compte du domicile véritable de la femme, cette règle est vidée de tout effet utile. La position du législateur sénégalais est quelque peu équivoque. Mais ce qui défie la raison est de donner le pouvoir au mari de fixer la résidence du ménage, de déclarer que la femme est tenue d'y habiter et le mari tenu de l'y recevoir et ensuite de donner compétence au tribunal du domicile de l'épouse en cas de divorce, c'est paradoxal. Autant

---

<sup>152</sup>J.L CORREA, op.cit. Au Sénégal, la question de la répartition des compétences *rationae loci* et *rationae materiae* entre le tribunal de grand instance et le tribunal d'instance concernant les questions relatives à l'état des personnes. Il est vrai que le tribunal d'instance est celui du droit commun en matière d'état civil, .Toutefois, une compétence résiduelle en matière d'état civil est réservé au tribunal de grand instance concernant des actions en réclamation ou en contestation d'état ou des actions en établissement ou en contestation de filiation.» *Regards Revue sénégalaise de droit*, n°36, janv. Juin 2011, pp. 141-149.

<sup>153</sup> « L'époux demandeur en divorce doit, en personne, présenter au juge de paix du domicile de l'épouse une requête écrite ou verbale, indiquant les causes du divorce invoquées » Article 169 CF alinéa 1.

<sup>154</sup> « Le choix de la résidence du ménage appartient au mari ; la femme est tenue d'y habiter avec lui... »

<sup>155</sup> Article 841 al. 2.

<sup>156</sup> L'alinéa 3 de cet article dispose «Lorsque la personne ne possède pas la nationalité sénégalaise, seule est prise en considération la nationalité qu'elle possède en fait, compte tenu de sa résidence, du siège de ses affaires, de ses attaches familiales. L'apatride est régi par la loi du domicile et, à défaut de domicile, par celle de la résidence et, à défaut de résidence, par la loi sénégalaise. »

de situations de nature à rendre difficile l'application de la règle posée par le législateur sénégalais. Le code de la famille sénégalais mérite une ratification pour lui permettre de se mettre dans le train que les législations avancées dans ce domaine.

Héritiers de la tradition juridique française, les règles sénégalaises de compétence peuvent aisément être comprises, dans bien des cas, en utilisant l'explication donnée à la règle française d'emprunt. Pour toutes ces différentes raisons, la règle de compétence juridictionnelle sénégalaise en matière de divorce pose des difficultés. C'est également le cas au regard du droit international privé sénégalais. Mais en matière de divorce, le législateur sénégalais n'a pas suivi son homologue français du moins pour ce qui est de l'évolution jurisprudentielle notée dans l'ancienne métropole en DIP.

## CONCLUSION

Au terme de cette analyse scientifique, il est possible d'affirmer que le divorce en droit international privé sénégalais est bien complexe. En effet, la spécificité de la réglementation régissant le divorce en droit International privé sénégalais<sup>157</sup> reste et demeure un problème majeur. Car la codification constatée dans ce domaine ne facilite pas une évolution constante de la jurisprudence que nécessite le DIP. Et cela d'autant plus que la mondialisation avec ses corollaires tel que la mobilité croissante des personnes et des biens ainsi que des flux de capitaux, la croissance du volume des échanges sont autant de choses qui nécessitent une adaptation constante du DIP aux réalités actuelles. Celles-ci n'étant pas figées dans aucune matière y compris celle du divorce, prévoir le règlement des différends qu'engendre particulièrement le divorce contentieux à travers des dispositions textuelles paraît être trop prétentieux de la part du législateur sénégalais. Il urge alors de revoir la réglementation qui encadre les problèmes qui peuvent naître de la dissolution du lien matrimonial.

L'analyse que nous avons menée dans le cadre de ce travail a permis de constater que le divorce en DIP fait appel à une multitude de règles. Celles-ci sont diverses dans leur nature et dans leur concept car leurs auteurs sont différents. Toutefois, pour prendre en charge la question du divorce, il faut se demander comment peut-on considérer qu'une législation nationale ait pour objectif de donner compétence à une juridiction étrangère surtout dans une matière aussi sensible « l'état et la capacité des personnes »<sup>158</sup> ? Fort heureusement la compétence d'un ordre juridique étranger n'est qu'incidente, et non un principe. Les conséquences du critère de compétence fondée sur le domicile sont néanmoins à révéifier dans la mesure où le contexte a changé car les deux époux même de nationalité sénégalaise peuvent avoir deux domiciles séparés. Le législateur sénégalais n'a pas pu éviter d'adopter des solutions dont le contenu ne saurait être entièrement approuvé. Le nouveau droit sénégalais de la famille est loin de posséder le degré de sûreté qu'avait acquis le droit français au moment de sa codification. Mais le législateur sénégalais

---

<sup>157</sup> Mais il faut rappeler que la notion de mariage mixte recouvre deux réalités dans les pays de pluralisme juridique. Il s'agit du mariage de personnes de nationalités différentes mais également du mariage de personnes aux coutumes différentes. V. Cour suprême, 29 novembre 1969, arrêt *Roca*, Penant, 1970, p. 371, note P. GULPHE ; Cour suprême, 24 novembre 1974, arrêt *LOCHET*, Revue sénégalaise de droit, 1974, n° 16, p. 47, note BILBAO. Cités par A. K. BOYE, *Les mariages mixtes...*, p. 25.

<sup>158</sup> A. K. BOYE, *Le statut personnel dans le droit international privé des pays africains au Sud du Sahara*, Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, Tome 238, 1993-1.



s'est montré plus ambitieux puisqu'il s'est attaché à déterminer dans le détail chacune des solutions de conflit. Et si l'on saurait gré aux codificateurs de donner ainsi aux plaideurs et aux juges une plus grande certitude, on regrettera que le cadre rigide proposé à l'interprète n'autorise guère l'adaptation et l'évolution d'un droit pourtant loin d'avoir atteint sa maturité<sup>159</sup>. Même si par ailleurs il est important de montrer que dans le domaine du divorce il n'a fait que codifier une ancienne jurisprudence française. Il est surtout reproché au législateur sénégalais de manquer d'inspiration et de résoudre les problèmes un par un sans conception d'ensemble de la matière. La loi sénégalaise cherche par tout moyen à s'appliquer dans les conflits ayant des éléments d'extranéité.

La spécificité du droit international privé africain se manifeste à travers des dispositions qui prennent en compte à la fois le besoin de modernité, de développement socio-économique et la volonté de conserver les coutumes lorsqu'elles ne sont pas contraires aux droits par exemple. Ce qui laisse apparaître, dans nos pays, un syncrétisme juridique notamment en matière de statut personnel. Il est important de relever en premier lieu comme caractéristique de ce rapport avec nos traditions, la conception que le législateur a retenue du statut personnel en tant que catégorie de rattachement. Celle-ci englobe, en effet, conformément à l'article 841, al. 3 non seulement des matières qui, tel l'état et la capacité des personnes, constituent le domaine par excellence du statut personnel, mais aussi celles qui, comme les régimes matrimoniaux et les successions, sont exclus du droit international privé français<sup>160</sup>. En d'autres termes, alors que le droit français limite l'empire de la loi personnel aux seules matières extrapatrimoniales, c'est-à-dire à celles qui visent la personne directement, abstraction faite de leurs biens et de leurs actes par contre le code sénégalais de la famille entend d'une manière très large la notion de statut personnel, puisqu'il y range également le droit patrimonial de la famille.

L'ordre juridique compétent qui lie compétence judiciaire et compétence législative de la cité de celui qui s'oblige et s'expose ainsi à l'application de la contrainte. L'organisation convenable de l'exercice des droits dans les rapports internationaux, est de régler le problème des lois concurrentes; il y a discernement du conflit de lois. Mais face à ce problème, les réactions sont variées et se déploient en un éventail qui va de la négation du conflit à sa résolution.

---

<sup>159</sup> Revue sénégalaise, n° 13, 1973 page 9.

<sup>160</sup> Revue sénégalaise du droit, n° 13, 1973, page 16.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **A. Textes juridiques**

- Code de la Famille du Sénégal ;
- Code de Procédure Civil du Sénégal ;
- Code de la nationalité du Sénégal ;
- Code de la Famille du Bénin ;
- Code Civil Français ;
- Code de procédure Civil Français ;
- Code Civil Algérien ;
- Code Civil du Québec ;

### **B. Ouvrages généraux**

- ANCEL Bertrand, Droit International Prive l'institution exorbitante, édition 2009-2010 ;
- BATIFOL Henri et LAGARDE Paul, Droit International Privé, 7<sup>ème</sup> édition, Tome1 LGDJ 1981, librairie Général de droit et de la jurisprudence ;
- BOYE Abd'EI-Kader, droit international privé 1979 ;
- Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, Tome 238, 1993-1 ;
- CARBONNIER Jean, Droit Civil, la famille, n°12 ;
- DERRUPPE Jean, Mémentos Droit International Privé, Dalloz 14 édition<sup>161</sup> ;
- DOMAT, Droit international privé, Pierre Mayer, 6ème édition, Montchrestien, 1998, E.J.A.;
- GUTMAN Daniel, Droit International Privé, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz 2004, 345 pages ;
- GAUDEMET-TALLON H. *Revue critique de droit international privé*, jugement et abus de procédure, Cour de cassation, 2013 ;
- MONAGER Françoise, Objectif droit, Droit international privé, édition litec, 2001, siège social 14, rue javel 75015 paris, librairie de la cour de cassation 27, place Dauphine, 75001 Paris ;

---

<sup>161</sup> « En effet, les lois de police doivent être appliquées par le juge dès que la réalisation du but qu'elles poursuivent le postule, même si la règle de conflit ne les désigne pas : ce sont donc les d'application nécessaire »

- MUIR WATT H., *LOI ÉTRANGÈRE*, Dalloz 2009 ;
- MAYER Pierre, *Droit International Privé*, édition Montchrestien 158-160, rue Saint Jacques-Paris ;
- TERRE V. F. ; FENOUILLET D., *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Paris, Dalloz, 6<sup>ème</sup> édition ;

### **C. Ouvrages spécialisés et thèses**

- BOYE A.L, *Les Mariages Mixtes en Droit International Privé Sénégalais*, Thèse, reçu par le CAMES, en Mai 1995, présentée et soutenue Publiquement le 1979, enregistré sous le N°00286 ;
- FRANCESKAKIS V. "Le divorce d'époux de nationalité différente après l'arrêt Rivière" *Rev. crit.* 1954 ;
- GAUDEMET-TALLON H. *Revue critique de droit international privé* 2011 ;
- GISTI, *le Droit International des Personnes et de la Famille* ;
- HAMMJE P. *Revue critique de droit international Privé*, 2011 ;
- MBAYE R. Thèse portant sur *Les Crises entre Époux en Droit Sénégalais*, soutenue publiquement le 23 Février 1988 ;
- NDIAYE V. Y., *Le divorce et la séparation de corps*, Dakar, NEA, 1979 ;
- REMERY J.P., *Revue critique de droit international privé*, sur les Conditions de recevabilité de l'exception de litispendance internationale au regard de la convention franco-gabonaise du 23 juillet 1963 ;
- Revue Critique de Droit International Privé*, édition 2009, GAMBAZZI c/ STOLZENBERG ;
- Revue spécialisées de droit international*, journal du droit international CJDI, *Revue Penant*, n°738, 1972 ;
- BOYE A. K., *Le Statut Personnel dans le Droit International Privé des Pays Africains au Sud du Sahara*,
- Revue sénégalaise du droit*, (RSD) n° 13, 1973 ;
- Revue spéciale de droit internationale privé*, journal du droit international, CJDI ;

## D. Articles

-CORREA Jean Louis, Divorce et compétence juridictionnelle en droit sénégalais de la famille, Publié à la Revue Droit sénégalais de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2013, n° 12, 28 pages.

## E. Notes de la jurisprudence

- ANCEL Bertrand / LEQUETTE Y., Grands arrêts de la jurisprudence Française de droit international Privé, 5<sup>ème</sup> édition, 814 pages ;
- Arrêt *Roca*, Penant, 1970, note P. GULPHE ;
- BUCHER André, *La Famille en Droit International Privé* ;
- Affaire Banque de développement local c/ société Fercométal, obs. I. Gallmeister, P2548, chron. B. Audit, H. Gaudemet-Tallon RC de DIP, 2007 ;
- Arrêt *LOCHET*, Revue sénégalaise de droit, 1974, note BILBAO ;
- Arrêt Rivière 17 juin 1953 ;
- Arrêt Mituel du Mans, Cassation 1<sup>re</sup>Civ. 26 mai 1999, Bull. Civil 1, numéro 172
- Arrêt Bisbal, Civ, 12 mai 1959, Rev, Crit, 1960 ;
- Cassation civil affaire Princesse Beaufremont, 18 mars 1878 ;
- Cour suprême, 24 novembre 1974,
- Cour de cassation (1<sup>ère</sup> ch. civ.) 03 janv. 2006, Dame T. B. c. M.A.M*, Revue critique Droit International Privé, 2006 ;
- Cour suprême, 29 novembre 1969,
- Cassation 1<sup>er</sup> Ch. civ. - 23 janvier 2008. *M<sup>me</sup> Y. LANGLET, ép. CUNINGHAM c. M. P. CUNINGHAM* ;
- Cassation 1<sup>re</sup> Chambre Civile, 1<sup>er</sup> décembre 2010 ;
- Cassation 1<sup>er</sup> civ. 4 mai 1994 ; 19 décembre 1995 ;
- Cassation 1<sup>re</sup> Ch. Civ. Du 8 juillet 2010
- Cassation dans l'arrêt Lautour du 25 mai 1948 ;
- Cour de cassation, ch. civ. 2 mars 1960, RCDIP, 1960 ;

- Cassation 1<sup>re</sup> civil 15 juin 1982, Zaghera, Dalloz 1983, IR 151, obs. B. Audit, Revue critique DIP 1983 ;
- Cassation Civ.1, 15 décembre 2012, pourvoi n° 11-26964 ;
- Cassation, ch. civ. 12 mai 1959, RCDIP, 1960, P.62, note BATIFFOL ;
- Civil 1<sup>re</sup>, 14 Avril. 2010, n° 09-11.909, *D.* 2010. 1087, obs. V. Avena-Robardet, Revue critique de DIP, 2010 ;
- ANCEL Bertrand., Revue Critique de droit international Privé 2009, Tribunal de grande instance de Paris, 26 novembre 2008 ;
- BISCHOFF J.-M., CA Versailles, 23 mars 1995, Rev. crit. DIP 1996. 699, note H. Gaudemet-Tallon ;
- Justice de Paix de Dakar 14 mars 1974, Reppert. CREDILA 1976 ;
- Justice de Paix de Dakar 27 décembre 1973, Reppert. CREDILA 1976 ;
- Revue internationale de droit Africain, CA Dakar, n°234 du 8 décembre 1972, Sankalé c/ Lafaye ;
- Tribunal de le Instance de Dakar 3 février 1976, Reppert CREDILA 1977 ;

## **F. Dictionnaires**

- Lexique des Termes Juridiques, 17<sup>e</sup> siècle, Dalloz 2011 ;
- Lexique des Termes juridiques, Dalloz, 19<sup>ème</sup>. 2012, 870 Pages ;
- Larousse Français, édition 2008, 455 Pages ;
- Lexique des termes juridiques 17<sup>ème</sup> édition, Dalloz 2010, 769 Pages ;

## **G. Sites internet**

- [www.dossierfamille.com](http://www.dossierfamille.com) ;
- [www.gov.sn](http://www.gov.sn) ;
- [www.cours-de-droit.net](http://www.cours-de-droit.net) ;
- [www.cours-de-droit.net/cours-de-contentieux-international-prive](http://www.cours-de-droit.net/cours-de-contentieux-international-prive) ;

## TABLE DES MATIERES

EDICACE.....	i
REMERCIEMENT.....	ii
SOMMAIRE.....	iii
LISTE DES ABREVIATIONS ET SIGLES.....	iv
INTRODUCTION.....	1
TITRE I: La mise en œuvre des critères de rattachement en matière de divorce en DIP sénégalais.....	8
CHAPITRE I: La détermination de la loi applicable en matière de divorce en DIP sénégalais.....	8
SECTION I : Le critère principal de rattachement.....	8
Paragraphe 1 : La nationalité.....	8
A : La notion de nationalité .....	9
B : La nationalité commune des parties.....	10
Paragraphe 2 : La compétence de la loi nationale commune des époux.....	13
A : L'existence d'une nationalité commune des époux .....	13
B : La loi applicable en cas de changement de nationalité.....	14
SECTION II : Les critères secondaire de rattachement.....	16
Paragraphe 1 : La compétence de la loi du domicile des époux.....	17
A : L'existence d'un domicile commun des époux.....	17
B : La loi compétence en cas de changement de domicile des époux en matière de divorce.....	19
Paragraphe 2 : La compétence de la loi du juge du for saisi.....	21
A : Les lois de police du juge du for saisi.....	22

B : L'éviction de la loi étrangère compétente pour cause de fraude.....	23
CHAPITRE II : La conception du code de la famille Sénégalais en matière de divorce.....	26
SECTION I : La consécration des solutions du droit interne en DIP.....	26
Paragraphe 1 : La méthode du législateur Sénégalais en matière de divorce en DIP.....	26
A : La codification d'une jurisprudence française.....	26
B : Les conséquences de la codification.....	28
Paragraphe 2 : La place du juge en matière de divorce.....	31
A : Le rôle du juge dans la procédure de conciliation.....	31
B : L'issue de la tentative de conciliation.....	33
SECTION II : Les effets de divorce en DIP sénégalais.....	34
Paragraphe 1 : La rupture du lien matrimonial.....	34
A : Les effets du divorce réciproque des époux.....	34
B : Les effets du divorce contentieux.....	36
Paragraphe 2 : Le sort des enfants et des biens après le prononcé du divorce.....	37
A : Le sort des enfants issus du mariage.....	37
B : Le sort des biens après le prononcé du divorce.....	39
TITRE II : L'étendue de la compétence des juridictions sénégalaises.....	41
CHAPITRE I : La compétence des tribunaux sénégalais en matière de divorce DIP en sénégalais.....	42
SECTION I : La compétence des tribunaux Sénégalais en matière personnelle.....	42
Paragraphe 1 : La compétence <i>rationae materiae</i> des tribunaux d'instance en matière de divorce.....	43

A : La compétence exclusive des tribunaux d’instance en matière de divorce.....	43
B : Les limites à la compétence exclusive des tribunaux d’instance.....	44
Paragraphe 2 : La compétence <i>rationae loci</i> des tribunaux sénégalais en matière de divorce en DIP.....	46
A : La compétence du tribunal du domicile de l’épouse en matière de divorce.....	46
B : Les limites à la prééminence du tribunal du domicile de l’épouse.....	48
SECTION II : La compétence internationale des tribunaux sénégalais pour connaitre du divorce en DIP .....	49
Paragraphe 1 : La compétence des tribunaux sénégalais en matière personnelle .....	49
A : La compétence des tribunaux Sénégalais en cas de double nationalité.....	49
B : La compétence des tribunaux sénégalais dans les litiges entre étrangers domiciliés au Sénégal.....	51
Paragraphe 2 : Les limites de la compétence des juridictions sénégalaises.....	52
A : La renonciation au privilège de juridiction.....	52
B : L’exécution du jugement à l’étranger.....	53
CHAPITRE II : La reconnaissance des décisions étrangères relatives au divorce.....	55
SECTION I: Les conditions de l’application des décisions dans l’ordre juridique sénégalais.....	55
Paragraphe 1 : La notion d’ordre public sénégalais.....	55
A : Le contenu de l’ordre public international privé sénégalais.....	55
B : L’éviction de la loi étrangère compétente pour cause d’ordre public.....	56
Paragraphe 2 : La vérification de la loi étrangère par le juge du for.....	58
A : La vérification du respect de la procédure de divorce par le juge du lieu d’exécution.....	58



B : La validation de la décision de divorce provenant de l'étranger.....	59
SECTION II : L'exécution des décisions étrangères en matière de divorce.....	60
Paragraphe 1 : L'application directe des jugements en matière de divorce au Sénégal.....	60
A : Les décisions étrangères prononçant le divorce ou la séparation de corps.....	60
B : Les décisions susceptibles d'exequatur.....	61
Paragraphe 2 : Les difficultés de la mise en œuvre des méthodes du droit sénégalais en matière de divorce .....	62
A : L'encadrement d'initiative du juge sénégalais en matière de divorce en DIP sénégalais.....	62
B : La difficulté d'adaptation des décisions au contexte actuel.....	63
CONCLUSION.....	66
BIBLIOGRAPHIE.....	68