UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DAKAR

FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

MASTER II RECHERCHE DROIT PRIVE ET SCIENCES CRIMINELLES

MEMOIRE DE MASTER II

OPTION : DROIT DES AFFAIRES

SUJET : LA LOI APPLICABLE AU MARIAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE SENEGALAIS

Présenté par
Fatou Bodian

Sous la direction de:
M. Abdou Aziz Diouf, Agrégé des Facultés de droit, Maître de Conférences à l'Université Cheikh Anta Diop

Année académique : 2017 /2018

DEDICACE

A mon père Djiby Bodian

REMERCIEMENTS

La présente étude est l'aboutissement de plusieurs mois de recherche auxquelles plusieurs personnes ont été associées. Mes remerciements vont à l'endroit du professeur Abdou Aziz Diouf qui n'a ménagé aucun effort pour m'accompagner dans le cadre de cette étude ainsi qu'à ma famille qui m'a aussi été d'un grand soutien.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Al : alinéa

Art : article

Cass civ : cassation civile

CF : code de la famille

Dip : droit international privé

Infra : en bas

M : monsieur

Op cit : précédemment cité

RCADI : Recueil des cours de l'académie de droit international de la Haye

RCDIP : revue critique de droit international privé

RSD : Revue sénégalaise de droit

Supra : en haut

Sommaire

Chapitre 1 : La loi applicable à la formation du mariage en droit international privé sénégalais

Section 1 : La loi applicable aux conditions de validité du mariage et à leur sanction en droit international privé sénégalais

Section 2 : Les entraves à la loi de formation du mariage en droit international privé sénégalais

Chapitre 2 : La loi applicable aux effets du mariage en droit international privé sénégalais

Section 1 -La détermination de la loi applicable aux effets du mariage en droit international privé sénégalais

Section 2 : Les limites à l'application de la loi des effets du mariage en droit International privé sénégalais

INTRODUCTION

En raison des énormes flux migratoires, aucun peuple ne vit ni ne peut vivre totalement replié sur lui-même. Les déplacements spatiaux motivés par la curiosité, la recherche de profit, les crises politiques etc vont créer des changements considérables dans la situation des individus. Dès lors, apparaissent des problèmes auxquels le droit international privé se chargera de trouver des solutions. Il peut s'agir d'un problème relatif aux biens de l'individu qui entrent dans la catégorie statut réel, en rapport avec les contrats, les quasi-contrats, les délits, les quasi-délits qui font partie de la catégorie des actes et faits juridiques ; ou bien s'agir de questions relatives au statut personnel qui recouvre, en droit sénégalais, 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, le divorce et la séparation de corps, les régimes matrimoniaux ainsi que les successions. C'est d'ailleurs de cette dernière catégorie de rattachement que nous puiserons notre thème de réflexion qui s'intitule « la loi applicable au mariage en droit international privé sénégalais ».

Par loi applicable, nous entendons le conflit de lois. Ce dernier est la partie du droit international privé qui permet de déterminer quelle loi va être appliquée au litige présentant un élément d'extranéité. Cette loi pouvant être la loi de la nationalité de l'individu, celle de son domicile, celle du lieu de situation des biens, celle du lieu de survenance du dommage ou encore celle du lieu de conclusion d'un acte. Le conflit de lois apparait lorsque les législations de deux ou de plusieurs Etats ont vocation à régir une question de droit privé donnée. Il peut être résolu par le recours à diverses méthodes : la méthode unilatérale, la méthode bilatérale[1]. La première consiste pour un Etat à ignorer le caractère international en traçant le périmètre de compétence de sa propre loi sur toutes les questions ayant le même objet. La seconde quant à elle se résume en la possibilité d'opérer un choix entre les règles substantielles de l'un des ordres juridiques impliqués ou d'adopter des règles substantielles spécialement réservées à la question comportant un élément d'extranéité.

[1] Soulignons que ce ne sont pas les seules méthodes de résolution des conflits mais la plus en vue est la méthode bilatérale.

C'est la méthode bilatérale encore appelée méthode conflictuelle qui est celle utilisée en droit international privé sénégalais. Précisons que le conflit de lois est différent du conflit de juridictions qui lui, s'attache à l'élaboration et aux effets des jugements.

S'agissant du mariage, le code de la famille n'en donne pas une définition exacte. Il se contente juste de préciser que le lien matrimonial crée la famille par l'union solennelle de l'homme et de la femme dans le mariage[2]. Et, pour mettre en exergue son importance, la constitution sénégalaise le considère comme la base naturelle et morale de la communauté humaine et à ce titre le place sous la protection de l'Etat[3]. En considération de l'absence de définition exacte du mariage en droit sénégalais, on peut alors s'en tenir à celle selon laquelle le mariage est l'union légitime de l'homme et de la femme résultant d'une déclaration reçue en forme solennelle par l'officier de l'état civil qui a reçu auparavant le consentement des futurs époux en vue de la création d'une famille et d'une aide mutuelle dans la traversée de l'existence[4]. De cette définition, il ressort deux observations. La première réside dans le fait que cette conception semble ne limiter la possibilité de contracter mariage que pour deux personnes de sexes différents alors qu'une telle conception est dépassée dans certains pays tels que la France où l'on admet le mariage entre personnes de même sexe[5]. La deuxième observation est que la définition ainsi donnée au mariage semble mettre à l'écart le mariage coutumier ou encore le mariage non constaté qui reste valable en droit sénégalais malgré la présence de l'officier de l'état civil. Mais, vu que notre étude s'inscrit dans le contexte sénégalais il importera de mettre en avant nos propres conceptions en la matière ceci dit nous retiendrons la définition sus évoquée à laquelle nous ajouterons la possibilité de célébration coutumière ou civile.

En outre, il existe différentes sortes de mariage. Nous avons le mariage mixte qui est l'union entre deux personnes de nationalités différentes, de religions différentes voire d'ethnies différentes. Il y'a aussi le mariage forcé qui est ainsi défini car étant scellé contre le gré d'un ou des époux. Le mariage peut aussi être putatif[6]. En sus, certains pays admettent le mariage posthume. C'est l'hypothèse où le Président de la

[2] Art 100 CF

[3] Art 17 constitution du 22 janvier 2001

[4] Lexique des termes juridiques, Dalloz, 21eme Edition, 2014

[5] Loi du 17 mai 2013 sur le mariage pour tous en France

[6] Il fera l'objet de plus amples débats plus loin

République pour des motifs graves[7] autorise la célébration du mariage en cas de décès d'un époux dès lors qu'une réunion suffisante de faits établit sans équivoque son consentement[8]. Les effets de ce mariage remontent à la date du jour précédant le décès mais n'emportent aucun droit successoral au profit du survivant et aucun régime matrimonial[9].

De plus, il importe de différencier le mariage des autres formes d'unions que sont le concubinage et le pacte civil de solidarité(PACS). Le concubinage est une union de fait entre deux personnes de sexes différents ou de même sexe vivant en couple. Quant au PACS, c'est un contrat conclu par deux personnes indépendamment de leur sexe pour organiser leur vie commune[10]. Ces différentes sortes d'union n'ont pas fait l'objet de reconnaissance par le législateur sénégalais.

Enfin, pour ce qui est du droit international privé sénégalais, il peut se définir comme l'ensemble des règles juridiques que le législateur sénégalais a mis en place dans le but de régler les relations internationales entre personnes privées. Dans une conception étroite, le droit international privé n'englobe que les conflits de lois et de juridictions[11]. Dans une conception large, le droit international privé englobe, outre les conflits de lois et de juridictions, les questions liées à la nationalité et à la condition des séjours des étrangers. Au Sénégal le droit international privé renferme autant la loi applicable que l'effet des jugements étrangers ainsi que la compétence des tribunaux sénégalais et la condition des étrangers. Le droit international privé est alors un droit spécial du fait qu'il ne traite que des questions spécifiques directement liées au caractère international de la question posée. C'est aussi un droit applicable aux personnes privées ce qui le différencie du droit international public dont l'objet est de régir les personnes publiques ayant une activité internationale. Il est aussi diffèrent du droit public international qui est applicable à l'aspect international des

[7] Naissance annoncée ou réalisée d'un enfant par exemple

[8] Par exemple l'essayage d'une robe ou d'un costume, la réservation d'un traiteur…

[9] Mariage en vigueur en droit français et allemand

[10] Il s'agit d'un partenariat enregistré qui porte le nom d'union civile au Québec, partenariat au Luxembourg, partenariat enregistré en Suisse

[11] Cas des pays anglo-saxons

rapports entre un Etat et les personnes privées[12]. Enfin, le droit international privé régit les personnes impliquées dans des relations internationales : Il s'agit des litiges présentant un élément d'extranéité.

Eu égard à toutes ces définitions, nous comprenons par « *loi applicable au mariage en droit international privé sénégalais* », les solutions de conflits en vigueur en droit sénégalais en matière de mariage affecté d'un élément d'extranéité. Cela recouvre alors le mariage entre deux étrangers vivant au Sénégal, le mariage entre un sénégalais et un étranger célébré au Sénégal, le mariage entre un sénégalais et un étranger célébré à l'étranger , le mariage de deux sénégalais célébrés à l'étranger…. En fin de compte, il s'agira de rechercher la loi applicable à chaque fois que le Sénégal est impliqué dans une relation matrimoniale présentant un élément étranger. C'est dans cette optique que nous axerons notre argumentaire autour de la question qui suit :

Quelle loi appliquer au mariage affecté d'un élément d'extranéité en droit sénégalais ?

La maitrise de ce sujet semble intéressante dans la mesure où le problème du consentement dans le cadre du mariage est d'actualité. En effet, dans la sphère internationale, les Etats luttent constamment contre les mariages faits sans volonté de s'unir. Ils sont célébrés dans le seul but d'obtenir la nationalité. Il s'agit des mariages simulés, des mariages blancs, mais aussi des mariages gris qui tendent à obtenir la nationalité par des procédés frauduleux. Dès que la simulation est découverte, s'ensuivra des répercussions sur l'obtention de la nationalité et l'on pourrait même aller jusqu'à l'annulation de ladite union.

En sus, chaque pays ayant sa propre conception du mariage des difficultés sont souvent susceptibles de se poser dans les deux ordres juridiques en présence, chacun essayant de préserver sa politique législative en imposant son propre point de vue sur telle ou telle question. C'est le cas du mariage polygamique qui est interdit en France mais en vigueur au Sénégal et du mariage homosexuel autorisé en France qui ne peut en aucun cas être toléré au Sénégal en raison de l'ancrage de ce pays à certaines valeurs morales et religieuses.

[12]Exemple : problème de la compétence d'un Etat pour taxer une opération faite à l'étranger par un de ses nationaux.

Ce sujet a aussi eu à soulever de multiples controverses doctrinales. La plus rigoureuse a été celle relative à la forme à observer pour les mariages mixtes d'autant qu'au Sénégal, il est admis non seulement le mariage coutumier mais aussi le mariage civil. Il a été question de savoir si le mariage coutumier était accessible à tous, étrangers y compris[13]. Pour Kouassigan, il n'est pas possible pour un étranger d'opter pour la célébration coutumière seule la célébration civile leur est permise, ce que M. Boye réfute en octroyant aux étrangers cette possibilité à la condition qu'un époux soit attaché à une coutume locale. M. Mollion est en phase avec ce dernier mais se démarque par le fait qu'il subordonne la célébration coutumière à l'appartenance de la future épouse à une coutume applicable au Sénégal. M. El Hadji Samba Ndiaye quant à lui, estime que le législateur sénégalais a réglé la question en consacrant l'équivalence des formes qui subordonne l'accès des étrangers à la célébration coutumière à l'observance d'une coutume[14].

De surcroit, se pose souvent la question de la qualification du mariage sans intervention de l'autorité étatique. Les tribunaux ont admis la validité du mariage sans cérémonie dit mariage de common law, du mariage résultant d'une cérémonie privée et du mariage célébré par une autorité religieuse. Au Sénégal, l'ancrage aux valeurs traditionnelles et religieuses se fait ressentir jusque dans le mode de célébration des mariages qui se font le plus souvent soit à l'Eglise soit à la mosquée et d'aucuns ne satisfont même pas à la formalité de l'enregistrement de leur union auprès de l'officier de l'état civil. La question reste de savoir si cette liberté de choix de la forme de célébration religieuse les suit partout où ils puissent être. Tout dépend de la qualification qu'en donne le pays de célébration de l'union[15]. D'aucuns qualifient lege causae[16], d'autres lege fori[17].

En outre, il faut souligner que lorsque le juge qualifie selon ses propres concepts, le mariage peut être valable dans le pays de célébration mais nul dans le pays d'origine

---

[13] Cette controverse sera plus détaillée dans le paragraphe consacré à la forme à observer dans les mariages mixtes

[14] Pour l'ensemble de ces thèses voir Ndiaye (EHS), *L'Harmonisation du droit international privé dans les pays africains en Afrique francophone du sud du Sahara,* Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Université de Rouen et Université Cheikh Anta Diop, Décembre *2014*

[15] Voir développements sur le conflit de qualification, infra p25

[16] Selon les conceptions du droit étranger en cause

[17] Selon les conceptions du juge saisi

des époux qui, quant à lui, impose le mariage confessionnel ce qui est souvent à l'origine des « mariages boiteux ».

Par ailleurs, pour trouver une réponse à notre interrogation il nous faudra souvent faire référence au droit français. En effet, la jurisprudence française a été abondante sur la question et la plupart de nos dispositions y ont été inspirées. De plus, l'ouvrage de M. Boye sur « *les mariages mixtes en droit international privé sénégalais* » nous servira de principale référence textuelle, auquel nous combinerons le code de la famille du Sénégal.

En droit sénégalais, il existe une panoplie de règles applicables au mariage affecté d'un élément d'extranéité. En effet, presque tous les rattachements s'y retrouvent. C'est tantôt la loi nationale des époux, tantôt la loi domiciliaire commune, tantôt celle de la résidence, tantôt celle du for. Ce qui nous permettra de les scinder en deux catégories que nous évoquerons en deux chapitres: d'abord la loi applicable à la formation du mariage (Chap 1) ensuite la loi applicable à ses effets en droit international privé sénégalais (Chap 2).

Chapitre 1 : La loi applicable à la formation du mariage en droit international privé sénégalais

Dans ce chapitre, nous traiterons du droit applicable aux règles de formation du mariage. Par-là, nous entendons la règle de conflit apte à déterminer les conditions de fond et de forme dans le cadre d'un mariage affecté d'un élément d'extranéité. Mais, il ne nous semble pas intéressant d'évoquer les conditions de validité sans pour autant y associer leur sanction en cas d'inobservation, raison pour laquelle l'occasion nous sera aussi donnée de déterminer le droit compètent pour déterminer ces dites sanctions. Cependant, force est de constater qu'il n'est pas toujours aisé de rechercher la loi de la formation car des obstacles peuvent souvent survenir. Mais encore, une fois trouvée, le risque est parfois imminent de ne pas voir la loi désignée par la règle de conflit s'appliquer au litige. Ce qui nous permettra d'évoquer d'abord la loi applicable aux conditions de validité du mariage et à leur sanction (Section1) pour ensuite nous appesantir sur les entraves à la loi de formation du mariage en droit international privé sénégalais (Section2).

S1 : La loi applicable aux conditions de validité du mariage et à leur sanction en droit international privé sénégalais

Pour qu'un mariage soit valable, il faut nécessairement la réunion de plusieurs conditions faute de quoi des sanctions peuvent s'ensuivre. Ainsi, en droit international privé sénégalais, le législateur a non seulement institué un certain nombre de règles allant dans le sens de résoudre les conflits de lois pouvant surgir lors de la formation du mariage affecté d'un élément d'extranéité (Ss1) mais il en a aussi édicté à titre de sanction en cas d'inobservation des conditions de validité(Ss2).

Ss 1- La loi applicable aux conditions de formation du mariage en droit international privé sénégalais

Le code de la famille sénégalais a prévu deux sortes de conditions pour la validité du mariage. Il s'agit des conditions de fond et celles de forme. La détermination de la loi applicable aux conditions de formation du mariage revêt un grand intérêt dans le cadre d'un mariage à caractère international. Cet intérêt réside dans le fait qu'en droit international privé sénégalais, les conditions de formation du mariage ne sont pas soumises à une loi unique et ce, depuis l'unification des règles du droit

international privé par l'entrée en vigueur du code de la famille ; ce qui constitue d'ailleurs une atteinte au personnalisme négro-africain[18]. Il conviendra de déterminer la loi applicable aux conditions de fond (Par 1) pour ensuite déterminer celle applicable au formalisme lié au mariage (Par 2).

Par1: La loi applicable aux conditions de fond du mariage en droit international privé sénégalais

Il s'agit ici de déterminer l'aptitude des futurs époux à contracter mariage. Cela renferme plusieurs domaines tels que la capacité matrimoniale, le sexe, le consentement des futurs époux, celui de leurs parents, le délai de viduité …Pour ces questions, le législateur sénégalais prévoit une application distributive de la loi nationale de chaque futur époux lorsqu'ils sont de nationalités différentes (A) mais il est des cas où cette possibilité leur est retirée (B).

A-Une application distributive de la loi nationale des époux

La loi applicable aux conditions de fond du mariage est la loi nationale. Ce principe découle de l'article 843 du CF. Bien entendu, la loi nationale est la loi du pays où l'individu a sa nationalité[19]. La soumission des conditions de fond du mariage à la loi nationale est effective si les époux sont de même nationalité. Dans cette hypothèse, il n'y a aucune difficulté puisque les époux vont respecter les règles de fond édictées par leur Etat d'origine en matière de formation du mariage. C'est l'hypothèse de deux sénégalais domiciliés en France qui prévoient de se marier. Les règles relatives à l'âge matrimonial, au consentement … seront puisées du droit sénégalais qui constitue leur loi nationale. Cependant, la vraie impasse se situe dans le cadre d'un mariage mixte. Il s'agit ici de savoir quelle loi sera applicable aux futurs époux de nationalités différentes dont l'un est sénégalais. A cette question, certains auteurs ont eu à proposer un rattachement unique au stade de la formation du

[18] Voir en ce sens, Boye (A .E.K), « Le statut personnel dans le droit international privé des pays africains au sud du Sahara, Conceptions et solutions des conflits de lois, le poids de la tradition négro-africaine personnaliste », RCADI ,1993 ; Ndiaye (E. H. S), *thèse op cit*

[19] Loussouarn (Y), Bourel (P), De Vareilles-Sommieres (P), Droit international privé, Precis Dalloz, 9e édition,2007, pp 821 et s

lien matrimonial pour garder l'unité du couple[20]. Ces derniers se sont heurtés à la difficulté du choix d'une loi unique. Une partie de la doctrine a eu à proposer la loi de la femme pendant que d'autres auteurs ont estimés que la loi du mari était plus apte à régir le lien matrimonial. En tout état de cause, en droit international privé sénégalais contemporain, l'article 843 du code de la famille règle la question en disposant que les conditions de fond du mariage sont appréciées selon la loi nationale de chaque époux. A travers cette disposition, le législateur sénégalais a consacré le principe de l'application distributive de la loi nationale de chaque époux. C'est un principe qui a toujours cours en droit international privé français d'où le législateur sénégalais s'est inspiré. Il consiste pour chaque époux de respecter les conditions de fond que son pays lui exige pour contracter mariage faute de quoi, le mariage ne sera pas valable. L'application distributive des lois nationales des futurs époux a le mérite de permettre aux nationaux de pouvoir bénéficier de leur loi peu importe l'espace géographique dans lequel ils se situent. Elle est en adéquation avec le personnalisme négro-africain en tant qu'elle permet aux étrangers de pouvoir recourir à leurs propres concepts pour contracter mariage.

En revanche, elle recèle beaucoup d'inconvénients. En effet, permettre l'application distributive des lois en présence pourrait conduire à des situations d'invalidité du mariage à chaque fois que l'une des conditions de fond de l'autre n'est pas remplie. Un autre écueil est envisageable lorsque le ou les futurs époux sont binationaux. Dans cette situation, le problème de la loi nationale à appliquer à l'individu resurgit. Le législateur sénégalais semble avoir réglé la question en prévoyant à l'article 849 al 1 qu'à chaque fois que la nationalité sénégalaise est impliquée, il est fait application de celle-ci.

Reste maintenant à s'interroger sur les apatrides et les réfugiés qui souhaitent se marier au Sénégal. Faut-il les affilier à leur loi d'origine ou à leur loi domiciliaire ?

L'art 849 al 3 les renvoie soit à la loi domiciliaire soit à la loi de résidence soit à la loi sénégalaise puisqu'ils sont dans l'impossibilité de recevoir application de leur loi nationale. On en déduit que pour se marier au Sénégal avec un citoyen sénégalais ils devront se soumettre aux règles de fond sénégalaises. Lorsque le refugié ou

[20] Voir Boye (A E. K), *Les mariages mixtes en droit international privé*, CREDILA NEA & NEA 1981, pp 86 et s

l'apatride désire épouser une personne d'une nationalité autre que celle sénégalaise le problème de l'application distributive resurgit. Il serait judicieux d'appliquer à l'apatride sa loi de résidence ou de domicile et appliquer à son futur conjoint ou conjointe sa propre loi ou bien permettre à ces personnes aux nationalités inconnues de choisir la loi de leur futur époux afin que le mariage puisse avoir plus de chance d'être validé et par la même occasion, assurer aux futurs époux une stabilité pour leur couple.

Cependant, force est de constater que le principe de l'application de la loi nationale n'est pas toujours mis en œuvre. Il est des cas où il est impossible ou même inadapté d'en faire usage.

B- Les exceptions à l'application de la loi nationale

En matière de détermination de la loi applicable aux règles de fond du mariage, des obstacles peuvent surgir. Il s'agit des empêchements au mariage qui écartent l'application distributive de la loi nationale des époux. Ils sont fondés sur des considérations de moralité ou d'utilité sociale. Ils s'opposent à la célébration d'une union moralement et socialement reprouvée. Selon la doctrine allemande ces empêchements peuvent soit être unilatéraux soit bilatéraux.

Les empêchements unilatéraux sont des empêchements qui visent l'aptitude individuelle de l'époux. Il peut s'agir de la condition d'âge, de capacité ou de consentement au mariage. Puisqu'ils ne sont relatifs qu'à l'un des époux c'est la loi nationale qui est appliquée de manière distributive.

S'agissant des empêchements bilatéraux, ils ne prennent pas en considération une qualité personnelle à l'un ou l'autre époux mais un lien préexistant entre eux. Ce sont des empêchements visant tous les époux. Il est alors fait une application cumulative des lois nationales des époux. Ainsi, le mariage n'est valable que si l'une des lois nationales ne l'annule. Il peut s'agir des prohibitions relatives à la consanguinité. C'est le cas d'un mariage entre un oncle et sa nièce de nationalités différentes, d'un mariage incestueux entre frère et sœur. Les lois nationales de chaque époux sont consultées en tant qu'elles n'interdisent pas d'épouser l'autre. L'application de cette règle peut trouver sa justification dans le souci d'éviter une solution qui n'assure pas une certaine égalité entre les lois des futurs époux. Cette règle entre en contradiction

avec le principe de la neutralité de la règle de conflit dès lors qu'elle revient à privilégier la règle la plus sévère.

En outre, l'application cumulative des lois des futurs époux est susceptible de poser des problèmes dans le cadre des unions polygamiques. Au Sénégal, l'époux peut opter pour le régime polygamique au moment de la formation du mariage. Mais s'il décide de « convoler en deuxième noce » avec une française, il se heurtera a une impasse. Le mariage pourra-t-il être célébré alors que le droit français n'admet pas la polygamie ?

Si l'on fait application des lois nationales de manière cumulative, le mariage ne sera pas valable et admettre une telle solution revient à privilégier le régime monogamique et par la même déconsidérer le mariage polygamique en l'assimilant à la bigamie[21]. En sus, ce serait aussi atténuer la force de la polygamie qui vaut tout autant que la monogamie car créant les mêmes liens que celle-ci. Il serait alors préférable d'appliquer la loi des effets du mariage au cours duquel l'homme veut contracter une seconde union plutôt qu'à la loi nationale du mari[22].

Par ailleurs, en raison de certaines particularités du mariage au Sénégal, la règle de l'application distributive ne semble pas apte à résoudre certaines situations conflictuelles. En effet, la règle posera problème lorsque les lois nationales des époux ne sont pas similaires ou que l'une des lois pose des conditions inconnues de l'autre. C'est le cas de la dot qui selon l'article 132 CF, est la somme d'argent ou la quantité de biens à remettre en partie ou en totalité par le futur époux à la future épouse. La dot est une condition de validité du mariage qui trouve sa particularité dans le fait qu'elle n'est considérée comme telle que lorsque les époux l'ont décidé. La difficulté majeure résulte du fait que l'une des lois en présence considère la dot comme une condition de validité du mariage ou qu'elle ignore tout simplement cette institution. L'application distributive des lois nationales de chaque

---

[21]Le droit français a résolu la question en considérant la polygamie comme un empêchement bilatéral ce qui fait que dans un litige opposant un étranger dont le droit reconnait la polygamie et un de ses ressortissants, c'est la loi la plus sévère qui s'applique c'est-à-dire le régime monogamique. Voir à ce propos Cour de cassation (1e Ch. civ.). - 24 septembre 2002, *M. A., Mme C. c. Procureur général de la cour d'appel de Versailles*, D. 2003, p. 1935, obs. J. Lemouland, note Bourdelois (B)

[22]Mayer(P), Heuzé (V), Droit International Privé, 8e Edition, LGDJ-Monchrestien, 2004, pp 400 et s

époux sera difficile à mettre en œuvre, c'est pourquoi on a proposé le rattachement de la dot à la loi d'autonomie pour le versement d'une dot avec toutes ses modalités ; et la question de savoir si la dot est une condition de validité ou non du mariage à la fois à la loi d'autonomie et à la loi personnelle de chaque époux[23]. .

Apres avoir mis en exergue la compétence de la loi nationale en matière de détermination des règles de fond du mariage affecté d'un élément d'extranéité ainsi que les situations dans lesquelles son application n'est pas opportune ou tout simplement refusée, voyons à présent le droit applicable à la forme du mariage en droit international privé sénégalais.

Par 2 : La loi applicable aux conditions de forme du mariage en droit international privé sénégalais

En matière de formalisme à observer dans le cadre du mariage à caractère international, le droit sénégalais donne compétence à la loi du lieu de célébration (A)

---

[23]Voir à ce propos Boye (AEK), ouvrage op cit, p113

[24]Le droit français rattache les fiançailles à la responsabilité civile et de fait c'est « *la lex loci delicti* » qui s'applique en la matière.

[25]Boye (AEK), ouvrage op cit, p107 et s; Dans son raisonnement, Il souligne que la loi personnelle ne sera pas totalement exclue, elle sera consultée pour connaitre les conséquences à attacher à la rupture des fiançailles sur le mariage d'un fiancé avec un tiers

mais la forme à observer dans ces types de mariage n'a pas manqué de soulever des débats(B).

A-La compétence de la loi du lieu de célébration du mariage

Faisant partie du statut personnel, le mariage devrait normalement être soumis, dans toutes ses composantes à la loi nationale. En effet, du fait de la conception négro-africaine du statut personnel l'individu ne devrait pas se voir confisquer ses propres concepts en raison d'un déplacement spatial et l'étranger devrait lui aussi pouvoir jouir de sa loi nationale peu importe l'endroit où il se trouve[26]. Mais, ayant consacré une dichotomie entre conditions de fond et de forme du mariage, le législateur sénégalais a retranché de la loi nationale les conditions de forme du mariage à caractère international pour les rattacher à la loi du lieu de célébration[27]. Il s'agit de la transposition de la règle « *locus regit actum* » [28] qui prévaut en droit des contrats. Cette règle vise autant les mariages célébrés au Sénégal que ceux célébrés à l'étranger mais impliquant un ou deux époux sénégalais. Elle exclue cependant les mariages célébrés à l'extérieur entre étrangers. La soumission des conditions de forme à la loi du lieu de célébration suscite quelques interrogations relatives à la forme à observer, à la preuve du mariage, à l'autorité habilitée pour célébrer le mariage, à la langue de célébration du mariage…

S'agissant de la forme à observer, le droit sénégalais prévoit deux formes de mariage. Le mariage coutumier et le mariage célébré en la forme civile[29]. Le problème étant de savoir si tous les époux ayant un rattachement avec le Sénégal peuvent se prévaloir de l'une quelconque de ces formes. Cette question sera réglée dans les développements prochains.[30]

Pour ce qui est de l'autorité compétente pour célébrer le mariage, il s'agit de l'officier public de l'Etat dans lequel le mariage est célébré. Au Sénégal, c'est

---

[26]Voir cour BOYE cours à l'académie de la Haye op cit

[27] Art 843 CF: Tant pour les nationaux que pour les étrangers, la loi du lieu où le mariage est intervenu est compétente pour déterminer la forme du mariage

[28]Qui signifie le lieu régit l'acte

[29]Guinchard (S), « le mariage coutumier en droit sénégalais », Revue internationale de droit comparé, 1978, pp 811-832

[30]Voir infra page 14 et s

l'officier d'état civil qui peut soit célébrer soit constater le mariage en cas de mariage coutumier. Il devra célébrer le mariage selon les règles usitées dans son Etat. Il se chargera ensuite d'inscrire le mariage au registre de l'état civil[31]. Si le mariage est célébré au Sénégal, la langue qu'il devra utiliser est le français tout en précisant qu'un aménagement est prévu pour les illettrés[32]. De même, les formules prononcées ainsi que le rôle et le nombre des témoins, les formalités de publicité devront être puisés de la loi du lieu de célébration. Il faut préciser que les autorités locales ont une compétence internationale.

Il est des cas où la loi du lieu de célébration ne s'applique pas au formalisme du mariage. Il s'agit des mariages en la forme diplomatique ou consulaire dans lesquels la loi nationale reçoit application. Dans ce cas, l'autorité chargée de célébrer le mariage est l'agent diplomatique ou le consul de l'Etat dont les futurs époux sont ressortissants[33]. Il peut s'agir par exemple de deux sénégalais qui souhaitent se marier au consulat du Sénégal en Belgique ou de deux belges qui souhaitent se marier au sein de leur ambassade au Sénégal. Dans chacun des exemples, les époux recevront application de leur loi nationale et ils seront mariés selon les règles en vigueur dans leur Etat. Il en ressort que dans un mariage à caractère international les époux ont le choix entre la soumission de leur rapport à la forme locale ou à la forme diplomatique ou consulaire pourvu qu'ils soient de même nationalité[34].

Par ailleurs, le choix de la loi du lieu de célébration comme rattachement aux conditions de forme du mariage n'a pas été sans incidence en droit sénégalais car il s'est posé le problème de la forme à observer par les futurs époux.

B-Le problème de la forme à observer dans les mariages mixtes

Le rattachement ainsi trouvé ne résout pas tout le problème relatif à la forme du mariage. En effet, la question est qu'une fois la loi du lieu de célébration s'avère être celle sénégalaise, sous quelle forme se fera la célébration ? Il s'agit du problème de la forme à observer dans les mariages mixtes célébrés au Sénégal. En guise de

[31] Art 60 CF

[32] Art 114 al 2 CF

[33] Art 44 CF

[34] Mayer (P), Heuzé (V) op cit , p 404

réponse à cette inquiétude, il convient de se placer tout d'abord sur la période précédant la codification du code de la famille pour ensuite aborder les solutions du code de la famille concernant la forme à observer dans les mariages mixtes célébrés au Sénégal.

Avant l'entrée en vigueur du code de la famille, le Sénégal ancienne colonie française a décidé de maintenir la dualité du droit applicable dans les questions touchant aux rapports familiaux même si les coutumes se sont vues limitées[35], ainsi que la dualité des formes du mariage. En effet, il a été institué une loi de 1961 sur l'état civil qui a reconduit le principe de la dualité des formes du mariage qui était en vigueur à l'époque coloniale. Il s'agit de la célébration par une autorité coutumière et la célébration par l'officier d'état civil. Ainsi, la question de savoir si les futurs époux de nationalités différentes voulant célébrer leur mariage au Sénégal pouvaient choisir l'une quelconque de ces formes s'était posée. La doctrine ainsi que la jurisprudence en ont donné des interprétations différentes. Le juge sénégalais a eu à se prononcer par le truchement de deux décisions. Il s'agit des arrêts Roca[36]et Lochet. Dans la première décision, il s'agissait d'un pourvoi formé par le ministère public contre un jugement[37] ordonnant la transcription sur les registres de l'état civil d'un mariage célébré selon la forme coutumière entre un époux sénégalais de coutume ouoloff islamisée et une femme française. Ce qui était reproché, c'était la validité d'un tel jugement qui devrait être célébré en la forme civile du fait de son caractère mixte. La cour suprême a estimé que la forme prévue par la loi de la femme devrait être suivie dans le cadre d'un mariage à caractère international et a, de ce fait, cassé la décision ordonnant la transcription du mariage[38]. Dans la seconde affaire, le juge a opéré un revirement.Il s'agissait comme dans l'affaire Roca d'un pourvoi du ministère public en vue de faire annuler l'ordonnance de transcription à l'état civil d'un mariage entre une sénégalaise de coutume toucouleur islamisée et un français[39]. La cour suprême, toutes sections réunies rendit une décision en date du 25

[35]Voir arrêté du 28 Février 1961 limitant les coutumes à soixante

[36]Cour suprême Sénégal, 29 novembre 1969

[37]Justice de paix de Dakar, 28 Octobre 1965

[38] Pour le juge, la règle locus regit actum était applicable en l'espèce du fait de l'applicabilité des dispositions du code civil et qu'en vertu de l'article 16 de l'ordonnance de 1960 la loi de la femme est compétente. Voir en ce sens Boye, ouvrage op cit, p 24

[39]Justice de paix de Dakar, 10 mars 1966

novembre 1974 en considérant qu'il n'existe aucune prééminence de l'une des formes du mariage sur l'autre dans le cas d'un mariage de statuts différents pour rejeter le pourvoi formé par le ministère public. Cette décision contrairement à l'arrêt Roca consacre la possibilité pour les couples mixtes de se marier coutumièrement. Il faut souligner que ces deux arrêts n'ont pas manqué de soulever des réactions divergentes dans la doctrine[40].

Par ailleurs, avec l'entrée en vigueur du code de la famille, la référence à la loi de 1961 ainsi que de l'ordonnance de 1960 est écartée et la dualité des formes est maintenue. En effet, dans un souci d'adaptation aux réalités sénégalaises, le législateur sénégalais a reconduit la dualité de formes de célébration du mariage[41]. Il s'agit du mariage civil qui est célébré par l'officier de l'état civil et du mariage coutumier qui est célébré par une autorité coutumière et qui peut être constaté par l'officier de l'état civil ou non constaté. S'il est non constaté il reste valable mais ne sera pas opposable à l'Etat, aux collectivités publiques, aux établissements publics et privés[42] mais pourra toujours faire l'objet d'enregistrement par l'officier de l'état civil après sa conclusion. C'est d'ailleurs pour cela que M .Boye parle de « troisième forme de célébration du mariage »[43]. Cela dit, tout sénégalais a le droit de se marier selon la forme de son choix mais il convient de se demander si cette faculté est admise lorsque nous sommes en présence d'un mariage international devant être célébré au Sénégal. Les futurs époux peuvent-ils opérer un choix entre l'une quelconque de ces formes ? L'article 114 du CF dispose en son alinéa 1 « (…) *selon le choix des futurs époux, le mariage ne peut être constaté que lorsque les futurs époux observent une coutume matrimoniale en usage au Sénégal »*. Cette disposition, du fait de son ambiguïté, n'a pas manqué d'attirer l'attention de la doctrine. Un auteur a pu affirmer à propos de la forme à observer dans les mariages mixtes célébrés au Sénégal que le code de la famille a consacré une liberté de choix de la forme civile mais que le recours à la forme coutumière était assorti de conditions[44]. Ces dernières sont : l'obligation pour les époux d'observer une coutume matrimoniale et l'exigence

[40]Voir Ndiaye (E H S) thése op cit, pp. 266 et s

[41]Article 114 al 1 CF

[42]Art 146 CF

[43]Voir Boye (AEK), ouvrage op cit pp. 56 et s

[44]Voir these AEK BOYE, pp 61 et s

que celle-ci soit en usage au Sénégal. La première condition a été source de controverse doctrinale à propos de la compréhension de l'expression « observer une coutume ». Ainsi, selon M. Guinchard, cette expression doit être comprise dans le sens où les époux doivent se conformer, au moment de la célébration du mariage, aux règles de la coutume choisie. Et, il estime que la forme à observer dans le cadre d'un mariage à caractère international célébré au Sénégal dépend du choix des futurs époux[45]. Pour M. Boye, la définition de l'expression précitée est toute autre. Il considère qu'elle signifie d'abord adhérer à une coutume, être régie par elle, se conformer à ses règles avec tout ce que cela comporte de croyance comme de foi[46], que donc cette formule ne pourrait être interprétée que dans le sens du vécu, contrairement à l'opinion de M. Guinchard. Reste maintenant à se demander si c'est tous les époux qui doivent observer une coutume matrimoniale ou le fait que l'un des époux remplisse cette condition suffise. M. Kouassigan donne une réponse à cette question. Selon lui, cette condition est valable pour les deux époux[47]et que même les étrangers naturalisés sénégalais et convertis à l'islam ne peuvent se marier coutumièrement au Sénégal. M. Boye quant à lui, estime qu'il n'est pas nécessaire que les deux époux observent une coutume matrimoniale en usage au Sénégal[48] et qu'il serait artificiel de distinguer l'Islam des coutumes islamisées car le déroulement des cérémonies est pratiquement pareil dans toutes les ethnies au Sénégal. C'est le plus souvent basé sur les recommandations islamiques même si chaque ethnie a ses rites subséquents à la conclusion du mariage[49]. Nous pensons aussi que le seul fait qu'un des époux observe une coutume matrimoniale en usage au Sénégal devrait suffire étant donné que le mariage est une union, un commun vouloir de vie commune et que si les époux ont choisi de se marier au Sénégal c'est parce qu'ils ressentent un certain attachement vis- à vis des règles qui y sont en vigueur et qu'il ne faudrait en aucun leur priver.

---

[45]Voir GUINCHARD(S), « le mariage coutumier en droit sénégalais », Revue internationale de droit comparé, 1978, p 824

[46]Voir Boye (AEK) ouvrage op cit , p 66

[47]Voir Kouassigan (G) « Des conflits interpersonnels et internationaux de lois et de leur incidence sur la forme du mariage en Afrique francophone : réflexions à partir de l'expérience sénégalaise » *RCDIP*, 1978, p 669

[48]Voir Boye (AEK) ouvrage op cit, p 72

[49]Boye (AEK), op cit, p71

En définitive, il n'est nul doute que le problème de la forme à observer dans les mariages mixtes célébrés au Sénégal, ayant existé pendant la colonisation, s'est poursuivie durant la période transitoire et subsiste à l'heure actuelle avec l'avènement du code de la famille malgré les divergences que cette question a pu susciter en doctrine comme en jurisprudence[50].

Apres avoir constaté la dichotomie qui existe entre les règles de fond qui sont soumises à la loi nationale et celles de forme qui se rattachent à la loi du lieu de célébration, il est intéressant de nous appesantir sur la question de la loi applicable aux sanctions des règles de formation.

Ss2 : La loi applicable aux sanctions des règles de formation du mariage

La sanction de l'inobservation des règles de formation du mariage est avant tout le refus de célébrer. En effet, l'officier de l'état civil ayant constaté l'inobservation des conditions de validité du mariage doit se refuser de célébrer une telle union sous peine d'engager sa responsabilité. De plus, il y'a une autre sanction qui n'est non pas prononcée par l'officier de l'état civil mais par le juge: c'est la nullité.

On parle de nullité dans le cas où le mariage a été célébré alors qu'un fait matériel ou juridique aurait dû normalement s'opposer à sa célébration. La nullité aura alors pour conséquence de remettre les personnes concernées dans l'état antérieur au prononcé du mariage. Ainsi, le mariage sera considéré comme n'ayant jamais existé. Il importe alors de nous pencher sur la question de la loi qui lui sera appliquée dans le cas où les époux n'ont pas la même nationalité (Par 1). Cependant, conscient de la bonne foi de certains époux, le législateur sénégalais prévoit une atténuation à l'effet rétroactif

[50] Voir Cour d'appel de Paris. - 21 décembre 2001, Dame T. c Ministère public, Revue critique de droit international privé 2002 p. 681, note Ancel (B). Dans cet arrêt le juge a estimé qu'à défaut de célébration du mariage par un officier de l'état civil comme l'impose à peine de nullité le droit de la République Populaire du Congo, le mariage coutumier qui y a été contracté s'apparente à un concubinage et il y a lieu d'ordonner en conséquence la rectification du certificat de naissance.

de la nullité. Il s'agit de la théorie du mariage putatif dont il sera aussi nécessaire de rechercher un rattachement en cas de mariage mixte (Par 2)**.**

Par 1 : La loi compétente en matière de nullité

Avant de développer sur la loi compétente pour déterminer la sanction de l'inobservation des conditions de formation qu'est la nullité qui n'est rien d'autre que la loi de la condition violée (B), penchons- nous d'abord sur ce que renferme exactement la notion(A).

A- Le domaine de la nullité

Pour étudier la loi applicable à la nullité, il nous semble nécessaire d'effectuer un bref rappel de cette notion. L'intérêt de ce rappel réside dans le fait que c'est la loi applicable à la nullité qui régira son domaine. Il convient tout d'abord de préciser que la nullité est différente du divorce en ce sens que ce dernier vise à dissoudre le mariage mais ne produit des effets que pour l'avenir. Ainsi, la nullité s'entend de la sanction de l'inobservation d'une condition de validité du mariage[51]. L'étude du domaine de la nullité touche les personnes admises pour l'intenter[52], les différentes sortes de nullité, les causes d'extinction de la nullité…

Pour ce qui est des différentes sortes de nullité, dans l'hypothèse où la loi sénégalaise est compétente, celle- ci admet deux types de nullité. Il peut s'agir d'une nullité relative qui est celle qui tend à protéger les époux. En effet, le législateur sénégalais prévoit la nullité relative dans différentes situations. En cas de vice du consentement de l'un des conjoints si son accord a été obtenu par la violence ou donné à la suite d'une erreur, pour défaut d'autorisation familiale, pour non-paiement de la dot exigible lors de la conclusion du mariage si les époux avaient convenu d'en faire une condition de leur union, pour impuissance du mari, pour maladie grave ou incurable rendant la cohabitation préjudiciable lorsque le conjoint l'a sciemment dissimulé au moment du mariage. Pour les personnes admises à l'intenter, il s'agit de l'époux dont le consentement a été vicié, en cas de défaut d'autorisation familiale à celui dont le

[51] Précisons qu'il existe une autre sanction de l'inobservation d'une condition de formation qui est l'opposition. Ce qui la différencie de la nullité c'est que c'est une sanction en amont.

[52] Voir Cour de cassation 1e Ch.Civ, 13 octobre 1998, *M. A.M. M. c. Ministère public,* Revue critique de droit international privé 1999, p. 281, note Ancel (B)

consentement était requis ou à l'époux qui avait besoin de ce consentement. Cette action appartient à la femme en cas de non- paiement de la dot ou d'impuissance du mari et au conjoint en cas de maladie incurable de l'autre époux.[53]

La nullité peut aussi être absolue. Dans ce cas, elle obéit à des considérations d'ordre public, d'intérêt général. Il peut s'agir de l'absence de consentement de l'un des époux, lorsque les conjoints ne sont pas de sexes différents : c'est l'hypothèse du mariage homosexuel voulant être célébré au Sénégal et qui heurte l'ordre public sénégalais. Il peut aussi s'agir du mariage de mineurs, de l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance empêchant leur union, la bigamie, ou lorsque l'époux a dépassé le nombre d'épouses autorisé par son régime matrimonial.[54]. Pour ce qui est des personnes admises à l'intenter, il peut s'agir des époux eux-mêmes, de toute personne qui y a intérêt ou du ministère public du vivant des époux[55].

Toutes ces précisions étant faites, il importe à présent d'étudier la loi de la condition violée qui est celle apte à résoudre le conflit de lois en matière de nullité du mariage.

B-La compétence de la loi de la condition violée

En droit international privé sénégalais, la loi applicable aux sanctions de l'inobservation des conditions du mariage est celle de la condition violée. Ce principe découle pour ce qui est de la violation des règles de fond de l'article 843 al 1 qui dispose: « *les conditions de fond du mariage sont appréciées selon la loi nationale relativement à l'annulation du mariage et à ses effets ».* A la lecture de cet article, nous pouvons comprendre que la loi applicable aux conditions de fond est la même que pour la sanction de sa violation. Il s'agit alors de la loi nationale puisqu'elle s'applique aux conditions de fond du mariage. Ainsi, la nullité pour vices du consentement, de même que celle pour absence de consentement ainsi que celle pour l'âge matrimonial sera prononcée selon la loi nationale des époux et en cas de nationalités différentes la logique serait d'en faire une application distributive.

Quid maintenant de la loi applicable aux sanctions de l'inobservation des conditions de forme ? Le code de la famille ne précise dans aucune disposition la loi applicable

[53] Art 139 CF

[54] Art 141 CF

[55] Art 142CF

aux conditions de forme. Un auteur milite pour la thèse de l'oubli[56], mais selon l'interprétation qu'il en donne, il appartient à la loi qui régit les conditions de formation du mariage d'en déterminer et d'en organiser les sanctions. De fait, en raison de la dichotomie entre la loi applicable aux règles de fond et à celles de forme, la loi du lieu de célébration sera apte tout comme en droit français[57], à régir les sanctions du non-respect des règles de forme. Cette compétence de la loi de la condition violée se justifie par le fait qu'il serait inconcevable de dissocier la loi applicable à la condition de celle compétente pour déterminer sa sanction : elles sont intimement liées.

En définitive, en matière de nullité, est susceptible de s'appliquer aussi bien la loi nationale que la loi du lieu de célébration, tout dépend de la condition violée. En tout état de cause, la nullité produisant des effets, il serait aussi opportun de s'interroger sur la loi qui les régit.

Par 2 : La loi applicable aux effets de la nullité

Pour tempérer les inconvénients de la rétroactivité de la nullité, le caractère putatif du mariage est admis (A) mais la loi applicable aux conséquences d'une telle union semble susciter diverses interprétations au niveau de la doctrine (B).

A-Le mariage putatif

Le mariage putatif est un mariage nul mais que l'on traite comme s'il était valable parce que la cause de nullité est ignorée par l'un ou les deux époux. En effet, l'annulation d'un mariage est susceptible de créer plusieurs incidences envers les époux de bonne foi, les enfants issus de cette union, les biens des époux …. Pour que l'on puisse invoquer le bénéfice du mariage putatif, il faut que l'un ou les deux époux soient de bonne foi. Ceci a été énoncé à l'article 145 alinéa 1 du code de la famille aux termes duquel *: « le jugement prononçant la nullité doit en toutes hypothèses statuer sur la bonne foi de l'un et l'autre des époux ; celle-ci est présumée ».* On en déduit alors que la bonne foi est l'ignorance par l'un ou les deux époux du vice qui empêchait le mariage, ignorance qui peut tenir soit à une erreur de fait comme la bigamie, soit à une erreur de droit c'est-à-dire l'ignorance d'une

[56]Boye (AEK) ouvrage, op cit, p 121

[57]Voir Loussouarn (Y), Bourel (P), De Vareilles-Sommieres (P), ouvrage op cit p 416

disposition légale interdisant le mariage. La bonne foi est toujours présumée : il appartient à celui qui la conteste de prouver qu'elle n'existait pas *ou par l'un d'eux, qui était dans l'ignorance d'un vice l'entachant de nullité...* Lorsque les deux époux sont de bonne foi, tous les effets matrimoniaux déjà produits par le mariage annulé sont acquis. Si l'un d'eux est décédé avant le jugement de nullité, le conjoint survivant peut venir à la succession. La communauté d'intérêts est liquidée conformément aux règles du régime matrimonial. L'époux de bonne foi peut demander le bénéfice du mariage putatif : il peut ainsi conserver les donations faites en vue du mariage. Enfin, il peut opter, soit pour la liquidation de la communauté d'intérêts en conformité avec les conventions matrimoniales, soit pour la liquidation d'une société de fait[58].

Au vu de toutes ces énonciations, nous retiendrons que le mariage putatif constitue un tempérament aux effets de la nullité puisqu'il assure un maintien du mariage. Pour l'avenir, le mariage disparaît, les « époux » ne peuvent en invoquer aucun droit : ainsi, le survivant n'a pas de droits successoraux. Pour le passé, le mariage est maintenu, mais dans des mesures différentes selon les cas. Les effets du mariage sont entièrement maintenus si les deux époux sont de bonne foi ; mais si l'un d'eux est de mauvaise foi, il ne peut se prévaloir du mariage putatif. La mauvaise foi est donc une cause de déchéance. Il ne conserve pas le droit de succéder à son conjoint, car à partir du moment où l'union est annulée, la qualité d'époux disparaît, et avec elle tous les droits qui y sont attachés. L'époux de mauvaise foi perdra tous ses avantages matrimoniaux et libéralités obtenues dans le mariage. Il peut perdre son titre de séjour, voir la nationalité acquise par mariage. La rétroactivité à l'égard des enfants a des effets rigoureux, lesquels se sont toutefois largement atténués. À leur égard, le mariage putatif produit ses effets alors même que les deux parents étaient de mauvaise foi au moment de leur union. Ils conservent à l'égard de leur auteur et des tiers, la qualité qui leur avait été conférée par le mariage sans que l'époux de mauvaise foi puisse s'en prévaloir à leur encontre. A l'égard des tiers, le mariage produit les mêmes effets civils qu'un mariage valable, mais seul l'époux de bonne foi peut s'en prévaloir.[59]

---

58 Voir Qu'est-ce qu'un mariage putatif, consultable sur www.legavox.fr , consulté le 09/09/2019 à 22h 36

[59] Article 145 CF al 2, 3, 4

Ces précisions étant faites, il convient de se poser la question de la loi applicable au mariage putatif. Il y a eu un débat doctrinal opposant trois courants en France. Il s'agit des partisans de la loi de la condition violée, ceux de la loi nationale de l'époux de bonne foi et ceux de la loi des effets du mariage .La jurisprudence française a eu à se prononcer en faveur de la loi de la condition violée à travers l'arrêt Moreau du 6 mars 1956[60]. La cour a estimé que la loi d'où résulte la nullité du mariage en régit les conséquences comme les tempéraments qu'elle y apporte. Ce qui veut alors dire que l'on doit consulter la loi d'où résulte la nullité pour voir si elle prévoit ou non le bénéfice du mariage putatif et à quelles conditions. M .La Pradelle émet une opinion contraire. Selon lui, la loi des effets est plus apte à déterminer le caractère putatif du mariage, il soutient que l'arrêt Moreau étant un arrêt d'espèce, la cour suprême n'aurait pas démenti sa thèse plus tard. Il est en adéquation avec l'application de la loi de la condition violée en matière de nullité mais pas pour la détermination de la putativité d'un mariage[61].

Par ailleurs, le droit sénégalais semble avoir opté pour la solution de l'arrêt Moreau à travers l'article 843 du CF qui donne compétence à la loi de la condition violée.

Apres avoir cerné la notion de mariage putatif, il nous reste à rechercher la loi applicable à ses conséquences en droit international privé sénégalais.

B-La loi applicable aux conséquences du mariage putatif

Les conséquences du mariage putatif sont les impacts que la nullité pourrait avoir sur les enfants issus de l'union dissoute, le sort du conjoint, le sort des biens entre autres. La question est alors de savoir est-ce que l'on devrait considérer que la même loi compétente pour la détermination du mariage putatif est aussi apte à régir ses conséquences ? En droit sénégalais, il n'y a aucune précision sur le domaine d'application de l'article 843 quant à son extensibilité aux conséquences du mariage

[60]En l'espèce, un officier Moreau dissimulant une précédente union non dissoute avec une française se remarie avec une syrienne .Cette dernière après le décès de l'époux demande à l'autorité militaire française une pension en sa qualité de veuve d'un officier. L'autorité refuse pour motif de bigamie et l'épouse invoque le bénéfice du mariage putatif. La cour a décidé que le bénéfice du mariage putatif dépendait de la loi qui annule le mariage c'est-à-dire de la loi de la condition violée.

[61]Voir Fadlallah (I), La famille légitime en droit international privé, (Le domaine de la loi applicable aux effets du mariage), Dalloz 1977, p 52 ; De La Pradelle (G), Les conflits de lois en matière de nullité, Paris Dalloz, 1967

putatif. Mais selon M Boye, rien n'indique que cette disposition puisse être appliquée aux effets du mariage putatif mais rien ne l'interdit non plus. Il pose comme argument que la putativité écartant la rétroactivité tout en maintenant la fiction d'un mariage valide jusqu'à son annulation, l'application de la loi de la condition violée ne semble pas adéquate. Il propose alors comme rattachement le plus convenable, la loi des effets du mariage du fait qu'avec le bénéfice de la putativité, le mariage est considéré comme valide jusqu'à son annulation. En France, le débat s'est posé dans les mêmes termes. Pour M. Fadlallah, la loi de la condition violée n'est pas apte à régir les effets du mariage putatif puisque si on l'applique, elle s'étendra aux effets d'un tel mariage et ceci pourrait être à l'origine d'une solution choquante. A ce propos, il donne l'exemple du mariage entre une française et un espagnol domiciliés en France faisant l'objet d'annulation pour violation de la loi espagnole. Pour lui, la loi des effets du mariage doit s'appliquer aux effets du mariage putatif [62] étant donné que la jurisprudence française semble adhérer à une telle analyse[63].

En définitive, la doctrine et la jurisprudence considèrent que la loi applicable aux effets du mariage putatif est celle que l'on appliquerait à un mariage valablement conclu. Il s'agit tout simplement de la loi des effets du mariage.

L'on a pu voir que les conditions de fond et de forme étaient soumises à des lois différentes en droit international privé sénégalais. La loi nationale étant apte à régir les conditions de fond du mariage affecté d'un élément d'extranéité peut parfois faire face à des empêchements prohibant son application. La « *lex celebrationis* » compétente pour les questions de forme du mariage ne trouve aucune difficulté à s'appliquer sauf pour la forme à observer dans les mariages mixtes célébrés au Sénégal en raison de la dualité des formes qui y prévaut. Enfin, la sanction du mariage étant la nullité, c'est incontestablement la loi de la condition violée qui la régit. Mais le véritable obstacle se situait au niveau de la loi applicable à son tempérament qu'est le mariage putatif. Cette dernière étant la même que la nullité pour sa détermination mais, pour ses effets, la jurisprudence et la doctrine ont eu à

[62] Voir Ibrahim Fadlallah ouvrage op cit

[63] Cour de cassation française, Hassain, 20 novembre 1958 ; Cour de cassation, Kaspar 15 janvier 1980

opter pour la loi des effets du mariage. Cependant, force est de constater que les différentes lois précédemment énumérées relatives à la formation du mariage en droit international privé rencontrent souvent des difficultés ou ne trouvent tout simplement pas application dans certaines circonstances.

S2 : Les entraves à la loi de formation du mariage en droit international privé sénégalais

Il existe des situations dans lesquelles la loi de la formation du mariage se heurte à des difficultés dans son choix ou sa mise en œuvre: il s'agit des hypothèses de conflits (Par1). Mais, il peut arriver que la loi de la formation du mariage soit purement et simplement écartée (Par 2).

Par 1- Les hypothèses de conflits

Il est souvent difficile de mener à bien la tache de recherche de la loi applicable à la formation du mariage lorsqu'on se heurte à un conflit de qualifications (A) mais cette difficulté est aussi susceptible de se rencontrer au stade du choix des rattachements (B).

A – Le conflit de qualifications dans la détermination de la loi applicable à la formation du mariage

Toute opération de recherche d'une loi commence par la qualification. Cette étape est importante car elle commande la solution du conflit de lois. En effet, le droit international privé pose des catégories de rattachement, et le juge qui doit déterminer la loi applicable à une institution déterminée est nécessairement conduit à classer l'institution en question dans une de ces catégories. La qualification est ainsi au service d'une certaine politique législative. En sus, du fait de l'existence de fortes différences entre les ordres juridiques, la qualification en elle-même reflète les valeurs du for. Cette opération de qualification se retrouve tantôt dans la perception du mariage[64] en tant que telle mais encore et surtout dans la recherche de la loi applicable aux règles de formation du mariage. Dans ce cas, le juge devra rechercher si le rapport de droit à lui soumis relève par exemple de la forme ou du fond. Ainsi,

[64] Une loi étrangère peut donner la qualification de mariage à une union très différente de notre conception. Voir Batiffol (H), Lagarde (P), Droit international privé, sixième Edition, Tome II, 1976, LGDJ, p 42

la qualification étant inhérente à tout raisonnement juridique, elle ne pose aucun problème en droit international privé si les différents systèmes juridiques en cause donnent des qualifications similaires. Cependant, il peut arriver que les différentes lois en conflit donnent de l'institution ou du rapport de droit faisant l'objet du litige des qualifications différentes. On sera en présence d'un conflit de qualifications qui suscitera la question de savoir selon quelle loi qualifier la matière litigieuse. Cette situation a eu à se poser en droit français dans l'affaire du mariage du grec orthodoxe. Il s'agissait dans cette affaire d'un grec orthodoxe qui avait épousé civilement une française en France alors que la loi grecque exigeait une célébration religieuse. La question de la validité du mariage s'était posée. La réponse a alors eu à dépendre de la qualification donnée. 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 nul. Si au contraire, il l'analyse en une condition de forme qui relève de la loi du lieu de célébration qui est la loi française, le mariage est valable. Or, le droit grec érige l'exigence de la célébration religieuse en une condition de fond du mariage alors que le droit français la ramène au rang d'une simple condition de forme. Il en résulte un véritable conflit de qualifications[65]. Le juge français a eu à qualifier selon ses propres concepts et a conclu à la validité du mariage en énonçant que « *la question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle de fond doit être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français selon lesquelles le caractère religieux ou laïque du mariage est une question de forme*».

Par ailleurs, le conflit de qualifications a aussi eu à se poser en des termes similaires en droit sénégalais à propos du mariage de deux grecs. Mais, le juge sénégalais a qualifié selon les concepts du droit étranger ce qui était du reste critiquable. Dans cette décision, le juge a considéré que la validité d'un tel mariage doit être observée au regard de l'ordre juridique grec, loi nationale des époux qui par le truchement de l'article 1387 de son Code civil, élève la forme religieuse du mariage au rang de condition de fond[66].

---

[65] *Cass civ* France, 22 juin 1955, CARASLANIS, consultable sur www.lexinter.net

[66] Justice de paix de Ziguinchor 11 juin 1974 VATVARSOULIS c/ CONDARGYRIS, répertoire de jurisprudence CREDILA-UCAD, 1982 volume droit, p. 1

Ainsi nous avons vu que dans la recherche de la loi applicable à la formation du mariage, des difficultés sont susceptibles d'être rencontrées lorsqu'il y'a un conflit de qualifications mais, ces écueils sont aussi susceptibles de se manifester une fois la règle de conflit trouvée: il s'agit des conflits de rattachements.

B-L 'hypothèse des conflits de rattachements

La diversité de systèmes conflictuels fait que chaque Etat a ses propres rattachements ce qui est source de conflits de rattachements. Il existe deux conflits de rattachements. Le conflit positif qui a lieu lorsque plusieurs systèmes juridiques affirment chacun la compétence de son propre droit. Ce type de conflit ne pose pas de problème particulier dès lors que le caractère national des règles de conflit exige la référence exclusive à la règle de rattachement du for sans tenir compte de la règle de conflit étrangère. Le conflit négatif quant à lui, existe lorsque, dans un cas donné, chacune des règles de conflit attribue compétence non à sa propre loi interne mais à une loi étrangère. Autrement dit, aucun système juridique ne retient sa compétence pour régir le rapport de droit en cause. Il s'agit du problème du renvoi. C'est l'affaire FORGO en France qui a été à l'origine de la doctrine du renvoi. Il s'agissait dans cette affaire d'un bavarois qui était décédé en France en y laissant une succession mobilière alors qu'il n'y avait qu'un domicile de fait. La règle de conflit française donnait compétence à la loi bavaroise; or, celle-ci renvoyait à la loi française en vertu de sa règle de conflit qui retenait le domicile de fait comme rattachement. La cour de cassation admis un tel renvoi[67]. Dans l'arrêt Zagha[68] le renvoi a été admis au second degré dans la mesure où il validait l'union des deux époux. Au Sénégal, seul le renvoi au 1er degré est admis et à ce titre, l'article 852 du code de la famille dispose que «*si la loi étrangère applicable renvoi à la loi sénégalaise, il est fait application de celle-ci*». La question reste maintenant de savoir en quoi le renvoi peut-il mettre en difficulté l'application de la loi de la formation du mariage. Le renvoi au premier degré ne constitue selon nous nullement une difficulté. Cependant, le renvoi au second degré nous semble le plus poser problème. Ainsi, étant une déclinaison de compétence, le juge sénégalais peut être amené à donner compétence a une autre loi qui elle-même renvoie à un autre pays ayant un ordre juridique diffèrent et dans ce

[67] Cass civ 24 juin 1878,22 février 1882

[68] 1ere chambre civile cour de cassation française, 15 juin 1982

cas, n'ayant pas les mêmes rattachements proposés par le droit international privé sénégalais en matière de formation du mariage, appliquera alors ses propres rattachements au litige. C'est l'exemple du renvoi au second degré opéré en faveur d'un Etat qui utilise le domicile comme rattachement. De fait, si le renvoi est opéré en sa faveur, la loi de la formation qui était au début la loi nationale pour les conditions de fond et celle du lieu de célébration pour celles de forme sera remplacée par la loi domiciliaire.

En définitive, dans les conflits de qualification, le choix de la règle de conflit applicable à la formation du mariage est mis en difficulté tandis que dans les conflits de rattachements, le rattachement initial est substitué à un autre. Cependant, il peut arriver que la règle de conflit soit complètement écartée.

Par 2: L'éviction de la loi compétente en matière de formation du mariage

La règle de conflit sénégalaise admettant la compétence de la loi nationale pour les règles de fond et celle du lieu de célébration pour les conditions de forme peut refuser de les appliquer au profit de sa propre loi. Il s'agit de l'hypothèse où la matière litigieuse heurte l'ordre public sénégalais (A) mais aussi de la situation où les futurs époux sont coupables de fraude à la loi (B).

A-La question de l'ordre public en matière de validité du mariage

L'article 851 du code de la famille prévoit la substitution de la loi sénégalaise à la loi étrangère lorsque cette dernière heurte l'ordre public sénégalais. Il importe ainsi de s'interroger sur la notion d'ordre public en droit international. En droit interne, la notion d'ordre public renvoie à des normes substantielles qui, en raison des objectifs poursuivis par elle, ne peuvent pas être écartées par la volonté des parties. Or, en matière d'ordre public international, il s'agit de s'opposer à l'application d'une loi étrangère susceptible de s'appliquer en vertu d'une règle de conflit du for. C'est un ordre public d'éviction. Et en ce sens, c'est un facteur de perturbation du mécanisme conflictuel. Il constitue ainsi une entorse au principe de la neutralité de la règle de conflit qui exclue la prise en compte du contenu de la loi étrangère en vue de la règle applicable. Ainsi, dans certaines circonstances, la loi normalement compétente en matière de formation du mariage en droit international privé sénégalais ne reçoit pas

application du fait de son éviction par l'ordre public. Dans ce cas, c'est la loi sénégalaise qui reçoit application. Il en est ainsi de l'hypothèse d'un couple homosexuel français désirant se marier au Sénégal. Dans les normes, c'est leur loi nationale qui devrait s'appliquer aux conditions de fond de cette union. Et le mariage ne recevrait aucune opposition du fait que la loi française admet le mariage entre personnes de sexes différents. Mais, puisque cette union heurte les valeurs fondamentales du Sénégal du fait que le mariage y est conçu comme l'union entre l'homme et la femme, elle ne pourra pas y être scellée. De fait, la loi désignée par la règle de conflit sénégalaise est évincée. Soulignons que le droit international privé sénégalais n'admet pas le principe de l'effet atténué de l'ordre public. Cette situation peut aussi se poser dans le cas d'unions polygamiques lorsqu'elles heurtent l'ordre public du for. La règle de conflit devant par exemple designer la loi sénégalaise comme compétente en tant que loi nationale des futurs époux appliquera sa propre loi au litige et de ce fait, l'union polygamique ne sera pas reconnue[69]. Il en sera ainsi pour chaque condition de formation contraire aux valeurs jugées fondamentales du for.

Par ailleurs, l'ordre public n'est pas la seule source d'éviction de la loi normalement compétente en matière de formation du mariage, celle-ci est aussi écartée si les époux commettent une fraude à la loi.

B-La fraude à la loi

La fraude à la loi peut se présenter comme un motif d'éviction de la loi de la formation du mariage en droit international privé sénégalais. La fraude à la loi s'entend comme la réalisation de manœuvres en vue d'échapper à l'application d'une loi considérée comme gênante. Pour lutter contre ce phénomène, le droit international privé a développé un mécanisme juridique : l'exception de fraude à la loi. En effet, la fraude à la loi consiste, en droit international privé, en des manœuvres destinées à obtenir l'application d'une loi autre que celle en principe compétente pour régir la situation internationale. L'art 851 du code de la famille

[69] Le droit français admet le principe de l'effet atténué de l'ordre public. En effet, l'ordre public a un effet atténué lorsque sont en cause, dans l'Etat du for, les conséquences de droit acquis à l'étranger. Ceci a pour justification le fait que lorsqu'il s'agit de reconnaitre des droits acquis à l'étranger, l'effet de la situation qui y a déjà produit ses effets est moins perturbateur pour l'ordre juridique.

dispose : « *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* ». A la lecture de cette disposition, nous comprendrons que pour que la fraude soit constituée, il faut d'abord l'utilisation volontaire d'une règle de conflit qui est l'élément matériel, ensuite l'intention d'échapper à une disposition impérative de la loi qui est l'élément intentionnel[70]. La fraude à la loi peut se présenter dans les conditions de forme comme de fond. Il peut s'agir du cas d'un sénégalais qui, ne pouvant valablement se marier au Sénégal en raison d'empêchements par exemple, décide de changer de nationalité en vue de bénéficier d'une loi qui lui est plus favorable, loi qui ne prohibera pas la célébration de son mariage. Dans cette situation, la loi normalement compétente est celle de sa nouvelle nationalité pour les conditions de fond et pour celles de forme la loi du lieu de célébration. Mais, une fois la fraude découverte, la loi sénégalaise qu'il voulait contourner s'appliquera à ladite union.

Comme exemple patent de la fraude à la loi, l'on peut citer l'affaire de la princesse de Beauffremont[71]. Il s'agissait dans cette affaire d'une princesse qui voulait divorcer pour se remarier avec un autre prince. Le divorce, élément du statut personnel était soumis à la loi nationale qui s'avérait être la loi française qui dans le même temps prohibait le divorce. La princesse se fait alors naturaliser en Allemagne où elle obtient le divorce selon la loi allemande avant de s'y remarier. Le divorce et le remariage ont été sans effet en France du fait qu'ils ont été obtenus en fraude à la loi française.

En définitive, nous avons vu que la loi de la formation n'était pas unique. L'on est susceptible de voir s'appliquer en la matière la loi nationale qui est tantôt compétente lorsque les deux époux sont de même nationalité tantôt en cas de différence de nationalité où son application se fait de manière distributive sauf dans de rares cas. Ensuite, avec la loi de célébration, les époux peuvent, si la loi sénégalaise est compétente, choisir entre la forme coutumière ou la forme civile pourvu que l'un ou les époux observent une coutume matrimoniale en usage au Sénégal. De plus, la nullité, sanction de l'inobservation des conditions de formation a aussi suscité un débat en doctrine et en jurisprudence. La loi de la condition violée en tant qu'elle

[70]Voir Loussouarn (Y), Bourel (P) ouvrage op cit, pp 285 et s

[71]Cass civ 18 mars 1878

régit la nullité s'étend aussi à la détermination de la putativité d'un mariage. Mais le problème s'est surtout situé au niveau de la règle de conflit à adopter pour les conséquences d'un mariage putatif. La doctrine comme la jurisprudence s'est accordée à considérer la loi des effets comme la plus adéquate en la matière.

Cependant, malgré la diversité des lois applicables à la formation du mariage en droit international privé sénégalais, les obstacles à leur application sont récurrents .Ces derniers se sont situés au niveau du conflit de qualification mais aussi dans le conflit de rattachement qu'est le renvoi en tant qu'elle désigne une loi différente de celle du for. Nous avons aussi pu constater que la règle de conflit en matière de formation du mariage peut être évincée lorsque l'ordre public sénégalais est heurté ou lorsque l'un des époux tente de frauder à la loi sénégalaise. Dans ces cas, c'est la loi sénégalaise qui reçoit application.

Par ailleurs, une fois les règles de formation respectées, le mariage est valable. On se situe maintenant sous l'empire des effets du mariage. La question de la loi applicable aux effets du mariage en droit international privé sénégalais revêt une importance aussi capitale que celle de la formation. Ce qui nous servira de prétexte pour l'étudier dans un second chapitre**.**

Chapitre 2 : La loi applicable aux effets du mariage en droit international privé sénégalais

Le législateur sénégalais a accordé une grande importance aux effets du mariage. Dans les dispositions finales du code de la famille, il a prévu un certain nombre de dispositions allant dans le sens de résoudre les conflits de lois relatifs aux effets du mariage affecté d'un élément d'extranéité. Dans cette optique, il s'est départi du modelé français en s'inspirant de ses propres conceptions des rapports issus du mariage pour la détermination de la loi qui leur est applicable. Cependant, nous conviendrons que la loi des effets du mariage en droit sénégalais n'est pas toujours aisée à mettre en œuvre en raison de différentes situations dues aux changements ou encore à certains aspects de nos réalités qui n'ont pas été pris en compte par le législateur. A cela, s'ajoutent les cas où son application est purement et simplement écartée. Nous déterminerons alors dans une première section la loi applicable aux effets du mariage en droit international privé sénégalais pour ensuite mettre à nu les exceptions freinant son application dans une seconde section.

S1 -La détermination de la loi applicable aux effets du mariage en dip sénégalais

Déterminer la loi applicable aux effets du mariage en droit international privé sénégalais revient à trouver les rattachements consacrés par le droit sénégalais en ce sens (Par 1) mais aussi de tracer leur domaine d'application (Par 2).

Par 1 : Les rattachements aux effets du mariage en dip sénégalais

Comme rattachements aux effets du mariage en droit international privé sénégalais, nous avons la loi nationale qui reçoit application à titre principal(A). Mais, il est aussi prévu trois règles subsidiaires lorsque le litige concerne un couple mixte (B).

A-La compétence principale de la loi nationale

Les articles 846 et 843 al 3 CF donnent compétence à titre principal à la loi nationale des époux pour ce qui est des effets patrimoniaux et extra patrimoniaux du mariage. En effet, du point de vue de la loi applicable, le droit international privé sénégalais ne fait pas de distinction entre ces deux effets. Cela trouve sa justification dans la conception sénégalaise du statut personnel dans lequel figure le mariage. Cette

conception que nous avons des rapports familiaux n'admet aucune différenciation entre effets patrimoniaux et extra patrimoniaux du mariage comme c'est le cas en France[72]. Ainsi, la compétence de la loi nationale en matière d'effets du mariage s'inscrit dans cette lancée. La nationalité des époux nous semble le mieux refléter le personnalisme négro-africain qui se veut être une émanation de l'hospitalité, du respect de l'autre dans ses différences sous réserve de réciprocité. Ainsi, permettre à deux sénégalais domiciliés à l'étranger de bénéficier de leur loi nationale est complètement en phase avec cette philosophie africaine.

Par ailleurs, le choix de la loi nationale comme rattachement a comme avantage son adaptation à ses nationaux, la loi nationale étant le résultat d'une histoire et de mœurs qui sont différentes d'un pays à l'autre. L'autre argument en faveur de la loi nationale est sa permanence alors que la loi du domicile change lors des déménagements.

Cependant, l'inconvénient qu'on peut reprocher à la loi nationale c'est qu'elle constitue un frein à l'intégration des immigrés. En effet, l'individu ne pourra pas se familiariser avec son pays d'accueil car peu importe l'endroit où il puisse être, sa loi nationale le suit toujours même s'il ne souhaite pas en jouir pour une raison ou une autre.

Il faut souligner que l'application de la loi nationale est soumise à condition. En effet, il faut que les époux soient de même nationalité. On ne peut pas imaginer faire une application distributive de la loi nationale comme lors de la formation pour la simple raison qu'au stade où l'on évoque les effets, le mariage est déjà scellé. Il n'est donc plus question d'invidualisme mais plutôt de communauté.

Par ailleurs, au stade des effets, la loi nationale étant inadaptée aux couples mixtes car constituant d'une certaine manière, une offensive à son unité, des rattachements subsidiaires sont prévus à titre de palliatif.

[72]En droit français la notion de statut personnel renvoie exclusivement à des droits extrapatrimoniaux. En effet, les relations patrimoniales entre membres de la famille n'entrent pas dans la définition du statut personnel français d'où la différence de rattachement entre ces deux effets du mariage.

B-Les rattachements subsidiaires

En prévoyant des rattachements subsidiaires en matière de loi applicable aux effets du mariage, le code de la famille semble avoir adopté la solution de l'arrêt Rivière[73]. Il est ressorti de cet arrêt trois règles subsidiaires reprises par l'article 843 du CF. Ainsi, si les époux sont de nationalités différentes, c'est la loi domiciliaire commune qui est applicable, à défaut la loi de résidence commune ou à défaut la loi du for. Il convient alors de déterminer une à une ces lois.

D'abord, le domicile a acquis une place de choix dans le droit international privé sénégalais. Il supplée le plus souvent la nationalité pour le cas des apatrides, des refugiés[74] auquel on ajoute son application en matière d'effets du mariage peu importe que l'on soit face aux effets patrimoniaux ou extrapatrimoniaux d'un mariage mixte.

Mais, que recouvre exactement la notion de domicile commun ? Le domicile se définit comme le lieu où une personne est censée demeurer en permanence. Il est situé au lieu où la personne a choisi d'avoir son principal établissement. On oppose ce domicile dit volontaire au domicile légal qui est celui assigné d'office par la loi[75]. En droit sénégalais, il renvoie au lieu où une personne a son principal établissement[76]. Ainsi, lorsque la règle de conflit donne compétence à la loi domiciliaire commune, c'est par rapport au domicile que l'on devra prendre en compte non plus pour l'un mais pour les époux qui sont unis par les liens du mariage. Il s'agit alors du lieu où les époux vivent ensemble. C'est dans cette optique que la cour de cassation française a estimé que lorsque les époux sont séparés de fait tout en continuant à vivre dans le même pays, le domicile commun à prendre en compte est l'établissement effectif dans le même pays[77] qui constitue ainsi l'élément matériel, auquel on ajoute un élément intentionnel qui est l'intention d'y demeurer pour un temps indéfini. Mais, soulignons qu'un séjour épisodique de l'un des époux dans un autre pays ne supprimerait pas la communauté de domicile.

---

[73] Cass civ 17 Avril 1953

[74] Voir supra p7

[75] Voir Lexique des Termes Juridiques, op cit

[76] Art 12 al 1 CF

[77] Cass civ 15 mai 1961, Tarwid, RCDIP,1961, p 547, note Batiffol (H); civ 22 février 1961, Corcos, RCDIP 1961, p 382 note Batiffol (H); JDI 1961, p 734, note Goldman (B)

Mais qu'en sera-t-il lorsque les époux de nationalités différentes n'ont pas de domicile commun ? La cour de cassation française a eu l'occasion de faire appel à la loi du for en raison de sa vocation subsidiaire dans une affaire de divorce d'un époux polonais domicilié en Angleterre et de sa femme française domiciliée en France. La loi française a été appliquée en tant qu'elle constituait la loi du juge saisi.[78] Ce recours à la loi du for a été critiqué par la doctrine car, il n'est pas opportun d'appliquer une loi qui n'a plus de lien avec les deux époux et ce choix peut favoriser la fraude consistant pour un époux, à changer de domicile pour changer de loi applicable. Ce qui mène à penser qu'il serait plus adéquat de recourir au dernier domicile commun des époux [79] ou à la dernière loi qui leur était commune ou encore à la loi du mari qui parait d'ailleurs plus conforme aux réalités sénégalaises[80].

De plus, l'effectivité de l'établissement inclue sa stabilité faute de quoi il suffirait à un époux de venir plaider par exemple au Sénégal pour pouvoir invoquer la loi du for. Il suffit que les époux soient domiciliés dans le même pays même si leur établissement y est séparé.

Le choix de la loi du domicile commun dans le cadre d'un mariage à caractère international se justifie par le fait que l'intéressé connait plus facilement la loi de son domicile que sa loi nationale. Les tiers intéressés par le statut de l'individu sont insusceptible d'être induits en erreur par leur ignorance du contenu de la loi nationale. En sus, avec le fort taux d'immigration, l'application de la loi domiciliaire pourrait permettre une assimilation plus rapide voire une meilleure insertion des mariés dans leur pays d'accueil. De surcroit, cela assurera une certaine stabilité du couple puisque les époux seront plus facilement localisables en cas de litige, d'autant que la loi domiciliaire coïncide le plus souvent avec la loi du for, ce qui constitue une certaine aisance pour les parties qui plaideront dans le pays où ils vivent.

Comme autre règle subsidiaire prévue par le droit international privé en matière d'effets du mariage, nous avons la résidence. Elle se conçoit comme le lieu où se trouve en fait une personne. Pour qu'elle soit applicable aux couples mixtes, il faut

[78]Voir Arrêt Tarwid op cit

[79]Voir Moneger (F) *Droit international privé*, 8e éd, LexisNexis, 2018

[80]Voir Boye (AEK) cours op cit pp 394-398

qu'ils justifient d'une résidence commune. Cela renvoie souvent à la résidence habituelle des époux. Elle est souvent assimilée au domicile mais, elle se démarque de celui- ci par son instabilité. En effet, la résidence des époux étant manipulable, elle ne parait pas adaptée au système personnaliste.

En sus, certains auteurs remettent en cause le caractère subsidiaire de la résidence commune. En effet, M. El Hadji Samba Ndiaye estime que la résidence commune devrait être vue dans le sens d'une modalité d'appréciation de la loi domiciliaire commune et de ce fait le domicile seul pourrait constituer la règle subsidiaire en cas de nationalités différentes.[81]

Enfin, le droit international privé sénégalais prévoit aussi que pour les effets du mariage, à défaut de domicile commun et de résidence commune, la loi du for reçoit application. Le mot « for » trouve son origine dans le mot latin « *forum* » lequel signifie au sens figuré: place ou tribunal. En d'autres termes, il s'agit de la loi qui coïncide avec celle du pays dans lequel le tribunal siège. Toutefois, le vocabulaire ne doit pas être trompeur : l'expression, qui est traduite par « loi du for » ou loi du juge saisi équivaut au Sénégal à la loi sénégalaise c'est-à-dire au droit sénégalais[82] .

Nous avons vu qu'en droit international privé sénégalais la loi applicable aux effets du mariage est la loi nationale si les époux sont de même nationalité et la loi domiciliaire commune en cas de nationalités différentes ou à défaut la loi de résidence commune ou celle du juge saisi, il nous reste maintenant à étudier le domaine d'application de ces rattachements sus-évoqués.

Par 2 : Le domaine de la loi des effets du mariage en droit international privé sénégalais

Le domaine de la loi des effets du mariage en droit sénégalais couvre autant les effets patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux du mariage (A) ce qui lui vaut une certaine démarcation vis-à-vis du droit français dont il s'inspire le plus souvent pour édicter des normes. La loi des effets du mariage ne s'en limite pas là. Elle s'étend aussi à certaines situations juridiques en lien direct avec le mariage (B).

[81] Ndiaye (E.H.S), Thèse op cit, p 330

[82] Voir à ce propos Peggy Carlier, L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois, Thèse de doctorat, Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2008.

A-Les effets patrimoniaux et extrapatrimoniaux du mariage

La loi des effets du mariage en droit international privé possède un domaine assez large. En effet, elle s'applique autant aux effets patrimoniaux qu'extrapatrimoniaux du mariage.

Par effets extrapatrimoniaux, le droit sénégalais entend tout d'abord les droits et devoirs réciproques des époux. Il s'agit de la cohabitation qui renvoie à la communauté de vie. Cette dernière étant réciproque aux époux, l'article 149 du CF prévoit qu'en cas de polygamie, chaque époux peut prétendre à l'égalité de traitement. Comme autre devoir réciproque des époux, nous avons le devoir de fidélité qui est mutuel sous peine de culpabilité pour délit d'adultère. Et, nous avons ensuite le devoir de secours et d'assistance qui est une obligation d'ordre morale. Les époux doivent se soutenir moralement dans les difficultés de l'existence.

De surcroit, il existe des droits et devoirs particuliers au mari qui exerce les prérogatives de chef de famille dans l'intérêt du ménage et des enfants. Il a aussi le pouvoir de choisir la résidence du ménage sauf cas exceptionnel.

Pour tous ces effets extrapatrimoniaux, le problème susceptible de se poser en droit international privé sénégalais réside dans la différence de conceptions. En effet, à titre d'illustration, il peut arriver que le devoir de cohabitation, de fidélité en droit sénégalais diffère de celui prévu par le droit étranger. C'est l'hypothèse d'une française et un belge qui se marient et qui vivent au Sénégal. Selon la règle de conflit sénégalaise c'est la loi domiciliaire qui reçoit application en raison de la mixité de leur couple. Cette loi n'est autre que celle en vigueur au Sénégal et peut ne pas coïncider avec celle occidentale du fait de notre attachement à nos coutumes. Les époux devront dans ce cas se conformer aux dispositions sénégalaises en la matière.

Par ailleurs, comme on a eu à le souligner, le domaine de la loi des effets couvre aussi les effets patrimoniaux du mariage. Il s'agit des relations pécuniaires des époux entre eux et celles qu'ils nouent avec les tiers. Cette relation ne peut se matérialiser qu'à travers le régime matrimonial. Au Sénégal, le législateur a prévu trois régimes matrimoniaux que sont : le régime de séparation des biens qui est le régime de droit commun, le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts et le régime dotal. Le régime matrimonial détermine les conséquences du mariage sur la

composition du patrimoine de chacun des époux et organise les pouvoirs de ceux-ci sur leurs biens ainsi que le sort des dettes des époux entre eux et envers les tiers. Ainsi, le droit sénégalais contrairement à son homologue français qui laisse aux époux le soin de fixer le siège de leurs rapports pécuniaires dans le pays de leur choix, rattache les régimes matrimoniaux à la loi des effets du mariage. Cette loi a en principe compétence pour régir tout ce qui se rapporte aux régimes matrimoniaux dans le cadre d'un mariage à caractère international au Sénégal. Faisons remarquer que pour certaines composantes du régime matrimonial, la loi des effets semble inadéquate. Nous aurons à l'étudier plus loin[83].

Par ailleurs, nous noterons que le domaine de la loi des effets ne se limite pas seulement aux effets personnels et pécuniaires du mariage, il intègre aussi d'autres domaines.

B- L'extension du domaine de la loi des effets du mariage

Le domaine de la loi des effets du mariage s'étend au divorce, à la séparation de corps, à la filiation et à sa légitimation. En effet, l'art 843 CF dispose que 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 c'est à dire tout ce qui est en rapport avec la garde des enfants, la conservation du nom de son mari par la femme divorcée, la conversion de la séparation de corps en divorce etc. Pour ce qui est de l'obligation alimentaire, elle est soumise à la loi nationale en tant que loi de police et de sureté[84]. La règle de conflit applicable en matière d'effets du mariage a été édictée pour la première fois par la jurisprudence française dans une affaire de divorce[85]. Mais, à l'heure actuelle, le droit français l'a abandonné[86].

[83]Voir Section 2, par 2

[84]Art 841 al 2 CF

[85]Voir jurisprudence Rivière op cit

[86]En effet, depuis la loi du 11 Juillet 1975 le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française lorsque les époux sont de nationalité française ou ont leur domicile en France et

S'agissant de la filiation légitime et de la légitimation de la filiation, l'article 844 al 1 CF les rattache aussi à la loi qui gouverne les effets du mariage. La légitimation peut se faire par mariage subséquent ou *post nuptias*[87].

Le choix opéré par le législateur en faveur de ce rattachement se comprend aisément parce que l'enfant légitime ou légitimé se rattache à la famille qui, selon le législateur sénégalais est créée par le lien matrimonial. Cela veut donc dire que la loi nationale aura compétence pour résoudre les questions de filiation légitime ou de légitimation si les deux parents ont la même nationalité. Et dans l'hypothèse de différence de nationalités de ses parents, c'est leur loi domiciliaire, à défaut leur loi de résidence, à défaut la loi du for. Cela dit, la question de la filiation naturelle est exclue du champ de la loi des effets car elle est régie par la loi nationale de la mère et, en cas de reconnaissance, par celle du père. En cas de nationalités différentes de l'enfant et de ses parents prétendus, la loi applicable est celle de l'enfant.

La loi des effets du mariage étant à titre principal la loi nationale, des rattachements subsidiaires ont été prévus. Mais, que ce soit la loi nationale ou la loi domiciliaire, elles s'appliquent indifféremment aux effets patrimoniaux et extrapatrimoniaux. Consacrée pour la première fois en matière de divorce par la jurisprudence française, le droit sénégalais a consacré cette règle pour résoudre les conflits en matière d'effets mais il n'a pas pour autant exclu le divorce et la séparation de corps de cette règle de conflit. Cependant, il importe de souligner que cette règle de résolution de conflits en matière d'effets du mariage est souvent porteuse de limites au stade de son application.

S 2 : Les limites à l'application de la loi des effets du mariage en droit international privé sénégalais

Certaines situations mènent à des difficultés de mise en œuvre de la loi des effets du mariage pendant que d'autres vont plus loin en empêchant le jeu normal de la régle de conflit ou en recourant à des rattachements autres que ceux prévus par elle en matière d'effets. Nous verrons d'abord les difficultés de mise en œuvre de la loi des effets (Par1) pour ensuite développer sur les cas où cette loi est écartée (Par 2).

---

lorsqu'aucune loi ne se reconnait compétente alors que les tribunaux français sont compétents pour connaitre du divorce et de la séparation de corps.

[87] Art 194 CF

Par 1 : les difficultés de mise en œuvre de la loi des effets du mariage

La jurisprudence Riviere consacrée en matière d'effets du mariage en droit international privé sénégalais semble inadaptée au contexte sénégalais qui admet la polygamie, domaine dans lequel des difficultés de mise en œuvre peuvent survenir(B). De plus, l'on peut se heurter à une impasse lorsqu'on fait face à un conflit mobile(A).

A-La survenance d'un conflit mobile

Le conflit mobile est le conflit de lois dans le temps provoqué par le déplacement dans l'espace du facteur de rattachement. Il s'agit de la situation dans laquelle un litige est soumis à deux systèmes juridiques différents du fait du changement de l'élément de rattachement. Ce changement de situation du facteur de rattachement a pour conséquence de rendre applicable une nouvelle loi par rapport à celle qui résultait de l'ancienne situation. Ainsi, la nationalité et le domicile subissent souvent des évolutions au cours de la vie conjugale. L'un ou les époux peuvent changer de nationalité ou de domicile ce qui conduira à se poser la question du rattachement applicable suite à de tels changements. Cette préoccupation se retrouve ainsi dans les effets du mariage à caractère international. Nous avons vu que la loi applicable aux effets du mariage est la loi nationale si les époux ont la même nationalité et celle domiciliaire en cas de mariage mixte. Le problème reste alors celui de la loi à appliquer lorsqu'un conflit mobile se greffe à la règle de conflit en matière d'effets du mariage en droit international privé sénégalais. En d'autres termes, est ce que les effets du mariage seront désormais soumis à la loi nouvelle des époux si ceux-ci ont la même nationalité, ou à la loi domiciliaire nouvelle en cas de mariage mixte; ou bien est ce que la règle de conflit sera indifférente au conflit mobile ?

En matière de régimes matrimoniaux, aucune disposition ne règle la question en droit international privé sénégalais ce qui fait penser à « une absence de solution au conflit mobile »[88]. Cependant, tant la doctrine que la jurisprudence ont eu à se prononcer sur la question. En doctrine, certains ont estimé que la loi nouvelle devrait s'appliquer au rapport litigieux. Par contre pour d'autres[89], en cas de changement de domicile, seul

[88]Pour reprendre les propos de Ndiaye (EHS) dans sa thèse précitée

[89]Voir Boye ouvrage, op cit p 142

le premier domicile commun au moment du mariage devrait être pris en compte. Ce dernier raisonnement semble en phase avec le personnalisme négro-africain en raison de la permanence du rattachement mais son principal inconvénient est de relier les époux à une loi dont ils ne sont ou ne souhaitent plus être rattachés pour une raison ou une autre. La jurisprudence sénégalaise quant à elle a eu à se prononcer à travers deux décisions. Dans la première[90], il était question de la détermination de la loi applicable au régime matrimonial d'un couple libanais d'origine qui a été naturalisé français. La question qui s'était posée était celle de savoir si leur régime matrimonial était soumis à la loi de la nouvelle nationalité (française) ou à leur loi nationale au moment de la célébration du mariage (libanaise) ou encore à la loi de leur résidence commune (sénégalaise). Le juge a exclu d'office la résidence commune qui, si sa compétence était retenue, soumettrait les époux au régime de la séparation des biens qui est le régime de droit commun au Sénégal. Le juge a donc fait application de la loi nationale des époux. Mais de quelle loi s'agit-il vu que les époux sont binationaux ? Il a privilégié la loi française au motif que la jurisprudence coloniale considérait que l'acquisition de la nationalité française emportait renonciation du statut personnel coutumier ce qui n'a pas manqué de soulever des critiques.

Dans la seconde décision[91], le juge a rendu un jugement différent. En effet, le conflit mobile était relatif au domicile. Il s'agissait d'un couple sénégalo-angolais marié en Afrique du Sud qui était leur premier domicile, et qui s'est par la suite installé au Sénégal. Il y'a donc eu une succession de domiciles communs des époux. A la question de savoir quel domicile était apte à régir le conflit, le juge a considéré que ce n'était pas la loi sénégalaise, loi du dernier domicile des époux mais la loi du premier domicile commun des époux. Ce qui donne ainsi compétence à la loi sud-africaine de régir le régime matrimonial desdits époux[92].

Contrairement au droit sénégalais qui n'a pas donné une solution au conflit mobile en matière d'effets du mariage, la jurisprudence française dans l'arrêt Chemouni[93] a eu à appliquer la loi française du domicile aux rapports alimentaires entre deux

[90]Tribunal 1ere instance de Dakar, 14 septembre 1984

[91]Tribunal régional de Dakar, 26 décembre 2006

[92]Pour une meilleure compréhension de ces décisions, voir Ndiaye (EHS) op cit, p 334-339

[93]Cass civ 2 mars 1960

époux tunisiens au moment du mariage mais par la suite naturalisés français. Elle a donc tenu compte de la nouvelle nationalité depuis la date du changement.

Le conflit mobile n'est pas le seul obstacle à la loi des effets du mariage. Une autre limite à l'application de la loi des effets se retrouve dans les mariages polygamiques.

B-Les mariages polygamiques

La plupart des développements sur les mariages polygamiques tournent autour de la validité du mariage contracté entre un conjoint dont le pays reconnait la polygamie et sa conjointe dont l'état ignore cette institution. Mais, la question du domicile commun dans ce type d'union est tout aussi intéressante. En effet, le domicile commun peut se révéler impraticable lorsque l'époux est polygame. Ainsi, le domicile commun tel que conçu est difficilement déterminable lorsque les épouses d'un polygame résident dans des pays différents. Dans cette situation, l'époux sera partagé entre différents domiciles en fonction du nombre d'épouses. Si les épouses ont la même nationalité que leur époux, il n'y'a aucune difficulté. Il suffira juste de leur appliquer la loi nationale commune. Mais, l'impasse se situe dans l'hypothèse où l'époux n'a pas la même nationalité que ses épouses encore moins un domicile commun. Comment pourra-t-on déterminer le domicile commun dans pareil cas ? Cette question suscite beaucoup d'intérêts surtout lorsqu'il s'agit d'effets personnels du mariage ou encore pour la question du régime matrimonial applicable. Vu que la règle de conflit admet la compétence de la loi domiciliaire en cas mariage mixte, le problème réside dans la loi à laquelle rattacher les obligations réciproques de l'époux avec chacune de ses épouses ainsi que leurs effets extrapatrimoniaux. La notion de domicile commun est difficilement déterminable du fait des séjours épisodiques que l'époux effectue auprès de chaque épouse en raison des exigences du mariage polygamique. Dans ce cas, l'on a estimé qu'il fallait considérer que l'époux ait son domicile commun chez chaque épouse. Si l'on suit cette logique, un mari polygamique pourra se voir appliquer en matière d'effets patrimoniaux comme extrapatrimoniaux du mariage une pluralité de lois domiciliaires. C'est dire que s'il est sénégalais et qu'il a quatre épouses résidant dans des endroits différents, chacune des lois domiciliaires des épouses déterminera par exemple les questions de fidélité, de cohabitation, de charge du ménage selon ses propres conceptions. Ne serait-ce pas une atteinte à l'égalité de traitement des épouses si une des lois domiciliaires s'avère

plus avantageuse que les autres en matière d'effets du mariage ? En quelque sorte oui vu qu'une loi domiciliaire peut poser des interdictions au couple marié pendant qu'une autre l'autorise. En matière d'obligation alimentaire par exemple, l'époux peut se voir verser une somme plus élevée à une de ses épouses du fait des dispositions plus favorables de sa loi domiciliaire pendant qu'une autre épouse reçoit une somme dérisoire.

L'on a pu remarquer que la loi des effets du mariage n'était pas d'une application aisée lorsque le conflit mobile se greffe au conflit de lois car il n'y pas de solution stable en droit sénégalais. Cette même difficulté s'est aussi retrouvée au sein des unions polygamiques en matière de détermination du domicile commun dans l'hypothèse où l'époux a un domicile différent de celui de ses épouses. Par ailleurs, dans certains cas de figure, l'éviction de la loi des effets du mariage en droit international privé est nécessaire voire évidente.

Par 2: L'exclusion de la loi des effets du mariage en droit international privé

La loi des effets du mariage est écartée en face des lois de police (A) mais l'on a aussi pu déceler qu'elle n'était pas toujours adéquate à tous les effets patrimoniaux. Ceci dit, nous nous chargerons de relever les rattachements qui leur sont convenables(B).

A-Les lois de police

La loi des effets du mariage peut être évincée lorsque le législateur considère que telle ou telle règle revêt le caractère de loi de police en raison de l'importance qu'il accorde à son contenu. Mais la notion de loi de police étant difficile à cerner, un auteur comme Francescakis a utilisé l'expression «*loi d'application immédiate*» pour qualifier pareille loi. La majeure partie de la doctrine a critiqué l'usage d'une telle expression en raison des risques de confusion compte tenu du droit interne transitoire qui l'utilise également. Eu égard à ces critiques, Francescakis a rejoint ceux qui ont adopté la terminologie de loi de police. Le droit sénégalais quant à lui a opté pour l'appellation « loi de police et de sûreté tout en laissant subsister un doute quant à son domaine. En effet, le problème reste de savoir si l'énumération que le législateur a effectué à propos des lois de police est exhaustive ou pas. En d'autres termes, est ce

que les matières citées à l'article 841 du CF constituent les seules lois de police ? Pour éviter toute confusion, M Boye propose de s'en tenir à la définition donnée par Francescakis selon laquelle les lois de polices sont des lois dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays ou les lois dont l'application est nécessaire pour la sauvegarde d'une politique législative impérieuse.

Il faut préciser que lorsque le rapport de droit en question entre dans le domaine d'une loi de police, il est fait application de celle-ci, que le litige soit interne ou international. De fait, lorsque le litige est international, le jeu de la règle de conflit est écarté. Les lois de police interviennent avant tout recours à la règle de conflit c'est à dire avant toute consultation d'une loi étrangère, ce qui les différencie d'ailleurs de l'ordre public qui intervient *a posteriori*. C'est d'ailleurs pour cette raison que les lois de police ont été présentées comme des manifestations de l'unilatéralisme.

Par ailleurs, le législateur sénégalais a érigé certains effets du mariage au rang de loi de police. Il s'agit de l'obligation alimentaire, de la parenté, de l'alliance, de la protection de la personne et des biens des incapables et de toutes mesures provisoires imposées par l'urgence[94]. Dans toutes ces matières, il devrait normalement être appliqué la loi nationale si les époux sont de même nationalité et les rattachements subsidiaires sus-évoqués s'il s'agit de mariage mixte, mais, la règle de conflit ne sera pas déclenchée puisque la loi sénégalaise s'appliquera directement au conflit.

Cependant, il a semblé contradictoire que le juge ait pu considérer ces matières comme loi de police. En effet, pour ce qui est de l'obligation alimentaire, il s'agit des obligations alimentaires entre parents et alliés, de la pension alimentaire allouée après divorce, et l'obligation alimentaire qui résulte de l'indication de paternité[95]. Son caractère de loi de police se comprend aisément du fait qu'un étranger ne pourra pas échapper à cette obligation du seul fait que son pays d'origine l'ignore ou l'allège. Dans ce cas, il ne pourra se départir des dispositions sénégalaises en la matière. Mais s'agissant de la parenté et de l'alliance leur caractère de loi de police reste contestable car il aura pour conséquence de permettre au droit sénégalais d'imposer ses propres conceptions à un étranger ce qui fait que par exemple deux parents à l'étranger peuvent ne plus l'être une fois au Sénégal en cas de différence de

[94] Art 841 al 2 CF

[95] Art 260 et s du CF

conceptions de la parenté entre son pays d'origine et le for qui est le Sénégal ce qui constitue une autre offensive au personnalisme négro-africain dans le domaine du statut personnel[96].

En définitive, les lois de police écartent complétement la loi des effets du mariage au profit de la sénégalaise. Mais, certaines catégories d'effets patrimoniaux ne semblent pas adaptées à la loi des effets ce qui sera un prétexte pour nous de leur attribuer un rattachement convenable.

B- Le rattachement convenable à certains effets patrimoniaux du mariage

Certains effets patrimoniaux du mariage en raison de leur complexité ne peuvent pas être rattachés à la loi des effets du mariage. Il s'agit des règles destinées à faciliter le fonctionnement du régime, des contrats entre époux et des donations

Les règles destinées à faciliter le fonctionnement du régime tournent autour de la capacité civile des époux, des biens réservés de la femme exerçant une activité professionnelle séparée de celle de son mari, de la représentation des époux entre eux dans l'exercice des pouvoirs reconnus par le régime matrimonial, de la possibilité pour les époux de se faire ouvrir un compte bancaire et des mesures d'urgence destinées à faire face aux crises du ménage.

S'agissant des mesures d'urgence destinées à faire face aux crises du ménage, il s'agit des hypothèses où un époux refuse de concourir à un acte pour une raison extérieure à l'intérêt de la famille ou lorsqu'il est hors d'état de manifester sa volonté. La loi des effets y est écartée d'office puisque l'article 841 al 2 cite parmi les lois de police les mesures provisoires imposées par l'urgence. C'est donc la loi sénégalaise qui s'appliquera en ce domaine pour tous les couples vivant au Sénégal peu importe leur nationalité.[97]A titre d'exemple, pour un couple d'étrangers résidant au Sénégal, lorsqu'il y'a un manquement grave de l'un des époux à l'obligation de contribuer aux charges du ménage mettant en péril les intérêts de la famille, le juge

[96]Voir Boye ouvrage op cit p146 et s

[97]Voir Boye (AEK) ouvrage op cit p 167-168

sénégalais pourra prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts et ce en vertu de la loi sénégalaise.[98]

Pour ce qui est de l'autre frange des règles destinées à faciliter le fonctionnement du régime que Mayer nomme le régime patrimonial de base, il tourne autour de l'idée d'indépendance et de solidarité entre les époux. En effet, il assure le crédit public du couple, le partage des charges du ménage ainsi que des pouvoirs des époux dans le mariage. Face au silence du code de la famille sur la question et en considération de leur particularité, il a été jugé nécessaire de les considérer comme loi de police pour éviter que certains ménages établis sur le territoire sénégalais puissent y déroger[99]

De surcroît, on ne peut pas traiter des rapports entre époux sans pour autant évoquer les contrats entre époux ainsi que les donations entre époux. Ce n'est pas un hasard si le législateur sénégalais les a spécialement règlementés. En effet, leur spécificité fait que plusieurs lois sont susceptibles de leur être appliqués d'où notre inquiétude sur le choix d'un rattachement qui leur est adapté dans un mariage à caractère international.

D'abord, comme rattachement convenable aux contrats entre époux en droit sénégalais, la solution de M Fadlallah à laquelle adhère M Boye qui soumet le régime des contrats entre époux au droit commun sauf si la loi des effets édicte une règle spéciale à ce contrat semble plus adéquate. La loi des effets ne sera pas totalement exclue car elle déterminera si le contrat entre époux est permis ou pas.

Ensuite, le rattachement convenable aux donations entre époux est tout aussi ambigu que celui des contrats. Cette ambiguïté tient au fait que le législateur sénégalais a prévu un rattachement pour la donation[100]en distinguant la forme et les effets mais, est-ce à dire que les donations entre époux y sont inclus ? Il ne le semble guère à cause du caractère spécifique de ladite libéralité. En droit sénégalais, l'hésitation se situe entre la loi successorale et la loi des effets de la donation. Pour cela, une distinction s'impose entre la donation de biens présents et celle des biens à venir qui

[98] Art 376 CF

[99] Voir Boye (AEK) op cit p 170

[100] Art 848 al 3 et 4 CF

sont liés au droit successoral. En droit français, la doctrine[101]a soutenu pour les premières la loi des effets du mariage et pour les secondes, la loi successorale.

En définitive, la loi des effets du mariage renferme plusieurs rattachements. La loi nationale, en tant que rattachement principal est écartée lorsque les époux sont de nationalités différentes pour laisser place aux rattachements subsidiaires que sont le domicile commun des époux, leur résidence commune ou bien la loi du juge saisi. Le domaine de la loi des effets couvre non seulement tous les effets du mariage mais aussi le divorce, la séparation de corps ainsi que la filiation et la légitimation. Mais, il a été prouvé que son application pose différentes difficultés liées à certains aspects de nos propres réalités ou à certains changements dans la vie du ménage qui, semble-t-il n'ont pas beaucoup été pris en compte à travers les solutions adoptées ce qui a parfois nécessité le recours à d'autres systèmes juridiques.

[101] Voir Fadlallah, ouvrage op cit cité en note de bas de page par Boye (AEK) dans son ouvrage précité p 173

CONCLUSION

Notre étude sur la loi applicable au mariage en droit international privé sénégalais a eu pour objet de mettre en exergue l'institution du mariage au-delà des frontières. L'occasion nous a été donné de constater que le droit international privé sénégalais s'intéressait de manière assez particulière au mariage à caractère international d'où la consécration de dispositions règlementant la matière. Mais, en réalité, la plupart d'entre elles ne sont que la reproduction du droit international privé français. Il s'agit entre autre des rattachements aux conditions de fond, à la forme et aux sanctions. La dichotomie constatée entre loi applicable aux conditions de fond et loi applicable à la forme du mariage a laissé entendre un certain recul du personnalisme négro-africain qui a toujours constitué notre reflet identitaire. De plus, l'adoption des solutions de la jurisprudence française en matière d'effets du mariage à caractère international ne fait que conforter cet ersatz que nous venons d'évoquer d'autant qu' elle semble parfois inadaptée aux réalités sénégalaises. Par ailleurs, nous avons aussi eu à remarquer qu'à l'heure actuelle il subsiste certains domaines du mariage dans lesquels le droit international privé sénégalais est resté fidèle à sa conception des rapports entre époux.

Cependant, l'étude de ce sujet nous a aussi permis de déceler les écueils auxquels on était confronté dans la recherche et dans la mise en œuvre de la loi applicable tant dans la formation que dans les effets du mariage en droit international privé sénégalais. Ainsi, la survenance d'incidents est assez fréquente ce qui a souvent pour conséquence de ralentir son application ou parfois même d'écarter purement et simplement celle-ci au profit de la loi du for.

Par ailleurs, certains aspects du mariage n'ont pas fait l'objet de règlementation, nous menant le plus souvent au recours au droit français ; ou encore dans le cas où ils ont déjà fait l'objet d'une réglementation, celle-ci est pour la plupart source d'ambigüité voire incomplète ou bien même inadaptée au climat social sénégalais. En tout état de cause, il importe selon nous de compléter et de corriger les dispositions laconiques du droit international privé à propos du mariage à caractère international et, ce sera l'occasion de mieux reconsidérer nos valeurs qui font notre originalité dans la sphère internationale. A s'en tenir à la célèbre formule de Portalis *« La loi est faite pour les*

hommes et non les hommes pour les lois »[102] ne serait-il pas opportun de songer à une révision des dispositions du code de la famille dans ce domaine en y intégrant les aspects qui n'avaient pas, jusque-là, été pris en compte ?

[102] Dans le discours préliminaire sur le projet de code civil

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

❖ OUVRAGES GENERAUX

- Ancel (B). et Lequette (Y), *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Sirey, 5e éd., 2006,832 pages
- Audit (B.) et d'Avout (L), *Droit international privé*, Paris, Economica, 7e éd., 2013, 1152 pages
- Batiffol (H). et Lagarde (P.) Traité de *droit international privé*, Tome 1, Paris, LGDJ, I, 8e éd., 1993, 656 pages
- Clavel (S), *Droit international privé*, Paris, Dalloz, collection Hypercours, 2016 ,748 pages
- Courbe (P), *Droit international privé*, 2e edition,Armand Colin, 2003. 388 pages
- Derrupe (J.), *Droit international privé*, Mémentos, Dalloz, 14e éd., 2001, 182 pages
- Gutman (D), *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 6e éd., 2009, 358 pages
- Loussouarn(Y), Bourel(P), De Vareilles-Sommieres (P), Droit international privé, Precis Dalloz, 9e édition,2007,1025 pages
- Mayer(P), Droit international privé, 6e Edition, Monchrestien, collection Domat, 1998, 703 pages
- Mayer(P), Heuzé (V), Droit International Privé, 8e Edition, LGDJ-Monchrestien, collection Domat, 2004, 784 pages
- Moneger (F), *Droit international privé* 8e éd, LexisNexis, 2018, 298 pages
- VIGNAL (T), *Droit international privé*, Dalloz, Sirey, 2005, 805pages

❖ OUVRAGES SPECIAUX

- Boye (A.E.K), *Les mariages mixtes en droit international privé* , CREDILA NEA & NEA 1981,p
- Bucher(A), *Le couple en droit international privé*, LGDG, 2004, 328 pages
- Fadlallah(I), La famille légitime en droit international privé, (Le domaine de la loi applicable aux effets du mariage), Dalloz 1977,p
- La Pradelle (G), Les conflits de lois en matière de nullité , Paris Dalloz,1967,p

❖ ARTICLES, NOTES DE JURISPRUDENCE , COURS

- Boukaert (F), « les règles de conflit de lois en Afrique noire », *Revue PENANT*, 1967, pp1-11
- Boulanger(F) « essai comparatif sur la notion de statut personnel dans les relations internationales des pays d'Afrique noire », *RCDIP*, 1982, pp 647-668
- Boye (A .E.K), « Le statut personnel dans le droit international privé des pays africains au sud du Sahara, Conceptions et solutions des conflits de lois, le poids de la tradition négro-africaine personnaliste », RCADI ,1993
- Cass civ 15 mai 1961,Tarwid, RCDIP 1961,p 547,note Batiffol (H)
- Cass civ 22 fevrier 1961, Corcos, RCDIP 1961, p 382 note Batiffol (H); JDI 1961, p 734, note Goldman (B)
- Guinchard(S), « le mariage coutumier en droit sénégalais », Revue internationale de droit comparé, 1978, pp 811-832
- Kouassigan (G), « Des conflits interpersonnels et internationaux de lois et de leur incidence sur la forme du mariage en Afrique francophone : réflexions à partir de l'expérience sénégalaise » *RCDIP*, 1978, p 646 et s
- Mollion (J), « La célébration du mariage des étrangers au Sénégal », *RSD* ,1979 PP 55-72
- Rabel (E), « Le problème de la qualification », *RCDIP*, 1933, p. 1

❖ <u>THESES</u>

- Carlier(P), L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois, Thèse de doctorat, Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2008=
- Emane (J), *Les conflits de lois en Afrique noire*, thèse, Université de Dakar, 1964.
- Escudey(G), *Le couple en droit international privé : contribution à l'adaptation méthodologique du droit international privé du couple*, Université de Bordeaux 2016
- Ndiaye (E.H.S), *L'Harmonisation du droit international privé dans les pays africains en Afrique francophone du sud du Sahara*, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en droit, Université de Rouen et Université Cheikh Anta Diop, Décembre *2014*

❖ LEGISLATION

- Code de la famille sénégalais issu de la loi du 12 juin 1972 et entré en vigueur le 1er janvier 1973, consultable sur le site <u>www.equalrightstrust.org</u>
- Loi n°2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe en France, JORF n°0114 du 18 mai 2013 page 8253 texte n° 3

❖ **JURISPRUDENCE**

- *Cass civ* France 22 juin 1955 CARASLANIS, consultable sur www.lexinter.net
- Cass civ 1ere 6 mars 1956 Dame Basbaz, www .lexinter .net
- Cass civ Zagha 15 Juin 1982
- Cass civ française, Hassain, 20 novembre 1958
- Cass civ, Kaspar 15 janvier 1980
- Chemouni
- Justice de paix de Ziguinchor 11 juin 1974 VATVARSOULIS c/ CONDARGYRIS, répertoire de jurisprudence CREDILA-UCAD, 1982 volume droit, p. 1

Table des matières

DEDICACE i
REMERCIEMENTS ii
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS iii
INTRODUCTION 1
Chapitre 1 : La loi applicable à la formation du mariage en droit international privé sénégalais 7
S1 : La loi applicable aux conditions de validité du mariage et à leur sanction en droit international privé sénégalais 7
Ss 1- La loi applicable aux conditions de formation du mariage en droit international privé sénégalais 7
Par1: La loi applicable aux conditions de fond du mariage en droit international privé sénégalais 8
A-Une application distributive de la loi nationale des époux 8
B- Les exceptions à l'application de la loi nationale 10
Par 2 : La loi applicable aux conditions de forme du mariage en droit international privé sénégalais 12
A-La compétence de la loi du lieu de célébration du mariage 13
B-Le problème de la forme à observer dans les mariages mixtes 14
Ss2 : La loi applicable aux sanctions des règles de formation du mariage 18
Par 1 : La loi compétente en matière de nullité 19
A- Le domaine de la nullité 19
B-La compétence de la loi de la condition violée 20
Par 2 : La loi applicable aux effets de la nullité 21
A-Le mariage putatif 21
B-La loi applicable aux conséquences du mariage putatif 23
S2 : Les entraves à la loi de formation du mariage en droit international privé sénégalais . 25
Par 1- Les hypothèses de conflits 25
A – Le conflit de qualifications dans la détermination de la loi applicable à la formation du mariage 25
B-L 'hypothèse des conflits de rattachements 27
Par 2: L'éviction de la loi compétente en matière de formation du mariage 28
A-La question de l'ordre public en matière de validité du mariage 28
B-La fraude à la loi 29
Chapitre 2 : La loi applicable aux effets du mariage en droit international privé sénégalais 32

S1 -La détermination de la loi applicable aux effets du mariage en dip sénégalais 32

Par 1 : Les rattachements aux effets du mariage en dip sénégalais 32
A-La compétence principale de la loi nationale 32
B-Les rattachements subsidiaires 34
Par 2 : Le domaine de la loi des effets du mariage en droit international privé sénégalais ... 36
A-Les effets patrimoniaux et extrapatrimoniaux du mariage 37
B- L'extension du domaine de la loi des effets du mariage 38
S 2 : Les limites à l'application de la loi des effets du mariage en droit international privé sénégalais 39
Par 1 : les difficultés de mise en œuvre de la loi des effets du mariage 40
A-La survenance d'un conflit mobile 40
B-Les mariages polygamiques 42
Par 2: L'exclusion de la loi des effets du mariage en droit international privé 43
A-Les lois de police 43
B- Le rattachement convenable à certains effets patrimoniaux du mariage 45
CONCLUSION 48
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE 50