

COURS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

PAR LE Pr. PAPA TALLA FALL

INTRODUCTION

I- L'OBJET DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

L'expression est aujourd'hui universellement employée. Elle peut sommairement être définie comme l'ensemble des règles juridiques ayant pour objet de régler les relations internationales entre personnes privées. Ainsi, le droit international privé s'oppose t-il au droit international public dont l'objet est de régir les personnes publiques ayant une activité internationale (l'Etat, les organisations internationales...).

Le droit international privé s'explique par le fait qu'aucun Etat ne vivant en autarcie, les personnes privées ont également besoin de nouer des rapports avec des personnes appartenant à d'autres Etats. Ces rapports internationaux, qui ne diffèrent pas de ceux qui se nouent au plan interne, nécessitent un traitement particulier.

Il en est ainsi, par exemple, en matière de mariage internationaux ou de divorces d'étrangers dans leur pays de résidence, de contrats internationaux, etc.

Toutefois, il faut noter une diversité des conceptions de la matière.

- Dans une conception étroite, le droit international privé n'englobe que les conflits de lois et de juridictions. Dès lors, en cas de relations privées internationales, la loi de quel Etat faut-il appliquer, par la juge de quel Etat ?

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

- Dans une conception large, le droit international privé englobe, outre les conflits de la loi et de juridictions, les questions liées à la nationalité et à la condition des séjours des étrangers. Cela veut dire autant que les pays qui ont adopté la conception restrictive du droit international privé ignorent les étrangers. Seulement, ils traitent ces problèmes dans le cadre du droit public. C'est parce qu'il appartient à chaque Etat de déterminer si une personne a ou non sa nationalité ; exemple : il appartient à l'Etat du Sénégal de décider dans quelle mesure une personne physique est de nationalité sénégalaise. Dans cette conception large, les règles concernant la nationalité sont qualifiées de règles matérielles unilatérales.

II- LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Les sources du droit international privé peuvent être classées en sources internes et en sources internationales.

1- DOMINATION DES SOURCES NATIONALES

Il faut dire que les sources nationales sont les plus importantes en matière de droit international privé. Leur importance se justifie notamment par l'absence d'un législateur international pouvant imposer des solutions communes. Ce sont ainsi les sources ordinaires du droit : la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine. Au Sénégal, beaucoup de règles du droit international privé ont fait l'objet d'une codification. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter notamment le code de la famille dans ces articles 840 et suivants.

A côté de la loi, la jurisprudence joue un rôle très important dans la formation des règles de conflit. Ainsi, en France, c'est à la jurisprudence que l'on doit la plupart des règles de droit international privé. Ce qui fait que le droit international privé se particularise dans ce pays par rapport aux autres domaines du droit privé par une domination des sources jurisprudentielles.

2- PLACE RELATIVE DES SOUCES INTERNATIONALES

A côté des sources nationales on peut relever surtout le développement de conventions de droit international privé. Ces traités peuvent être soit bilatéraux, soit multilatéraux les premiers étant plus faciles à conclure en raison du nombre d'Etats impliqués dans le processus de négociation. Ils ont pour objet soit

- L'édition de règles matérielles communes, soit
- L'unification des règles de conflit pour les Etats parties. Mais l'unification des règles de conflit a été réalisée en grande partie par les conventions conclues sous l'égide de la conférence de la Haye. Celle-ci est une organisation internationale permanente qui tient des sessions plénières tous les 4 ans.

Avec les phénomènes d'intégration juridique en Afrique, il y a un développement des droits communautaires qui, s'ils ne règlent pas toujours les conflits de lois et de juridictions, permettent de les réduire. L'intégration juridique est parfois sectorielle (propriété intellectuelle dans le cadre de l'OAPI, droit des assurances etc.) parfois générale (droit des affaires dans le cadre de l'OHADA par exemple).

En ce qui concerne les conventions internationales en générale, l'article 98 de la constitution du Sénégal subordonne leur application par le juge à leur ratification ou approbation régulière et à leur publication sous réserve pour chaque accord ou traite de son application par l'autre partie. Au-delà de leur valeur juridique, les conventions posent le problème de leur interprétation.

III- DOMAINE D'ETUDE : LES CONFLITS DE LOI DANS L'ESPACE

Le conflit de lois est au cœur du droit international privé. En effet, il n'y aurait pas de droit international privé sans conflits de lois mais il s'agit précisément de conflits de lois dans l'espace. Autrement dit, le conflit concerne non des lois qui émanent d'un même législateur et qui se succèdent dans le temps mais bien des lois qui appartiennent à des ordres juridiques différents.

Historiquement, il a existé tout un courant doctrinal qui a traité le conflit des lois comme un conflit de souveraineté. Autrement dit, ce conflit a été perçu comme une rivalité entre Etats ayant adopté des lois dans le sens de leurs uniques intérêts et cherchant impérativement leur application. De ce point de vue, le conflit de lois est un problème qui doit être résolu dans le cadre du droit international public. Donc il appartient à chaque Etat de trouver la solution aux conflits des lois dans ce droit international public. A titre d'exemple de cette doctrine, on peut citer la théorie italienne des statuts (XIII, XIV^{ème} siècle), l'école Hollandaise (XVII^{ème} siècle qui s'inscrit dans la tradition territorialiste), l'école personnaliste de Mancini (milieu du XIX^{ème} siècle en Italie) qui est l'un des farouches partisans de la conception du conflit des lois en tant que conflit de souveraineté.

Dans cette même mouvance, Piellet, français de formation publiciste et partisan du courant universaliste défendait également l'idée selon laquelle, le conflit de loi est un conflit de souveraineté. Dès lors, il doit être résolu par le respect maximum des souverainetés.

Au XX^{ème} siècle, cette conception des conflits des lois a été abandonnée dans la majorité de la doctrine. L'allemand Savigny est considéré comme la personne qui a révolutionné le droit international privé.

1^{ERE} PARTIE : LES METHODES DE RESOLUTION DES CONFLITS DE LOIS DANS L'ESPACE

Face à un conflit de lois dans l'espace, il y a diverses méthodes possibles de résolution :

- En premier lieu on peut ignorer le caractère international du litige en appliquant le droit interne pour toutes les questions ayant le même objet. Cette conception qui écarte une quelconque possibilité d'appliquer un droit étranger est aujourd'hui dépassée dans pratiquement tous les Etats.
- En second lieu, on peut soit opérer un choix entre les règles substantielles de l'un des ordres juridiques impliqués soit adopter des règles substantielles spécialement réservées à la question comportant un élément d'extranéité.

Ces dernières conceptions sont conformes à l'approche internationaliste du conflit de loi dans l'espace. La méthode de la règle de conflit est celle dominante. Toutes les autres méthodes de résolution de conflit de lois dans l'espace lui sont dérogatoires.

CHAPITRE 1^{er} : LA METHODE DOMINANTE DE LA REGLE DE CONFLIT BILATERALE

Cette méthode découle, comme nous l'avons déjà évoquée, des travaux de Savigny et est depuis lors la méthode de principe en matière de solution de conflit de lois dans l'espace. Elle consiste à choisir entre divers rattachements¹ pour en dégager la loi applicable aux rapports de droit intéressant la législation interne de plusieurs Etats. Il s'agit d'étudier les caractères des règles de conflit bilatérales après avoir fait ressortir leur structure.

SECTION 1 : LA STRUCTURE DE LA REGLE DE CONFLIT BILATERALE

La règle de conflit bilatérale est une règle de rattachement d'un rapport de droit à un ordre juridique au moyen de ses catégories et de ses critères de rattachement.

PARAGRAPHE 1^{er} : LES CATEGORIES DE RATTACHEMENT

Les catégories de rattachement sont formées d'éléments de localisation du rapport juridique.

Il faut toutefois reconnaître que si les éléments de localisation sont partout presque les mêmes, les catégories de rattachement consacrées peuvent varier d'un pays à un autre. C'est parce qu'elles subissent très souvent les options et les considérations nationales.

En effet, l'élaboration des catégories de rattachement repose sans aucun doute sur les institutions de droit privé internes. Ces institutions du droit privé regroupent chacune une série de questions ayant des liens plus ou moins étroits. Ainsi, les catégories de rattachement sont construites à partir du sujet de droit (la personne) de l'objet du droit (les biens) et des sources du droit (les faits et actes juridiques).

En France et dans la plupart des Etats occidentaux, c'est la jurisprudence et la doctrine qui sont à l'origine de la systématisation de ces différentes catégories de rattachement.

Au Sénégal, la plupart des règles de rattachement ont fait l'objet d'une codification partielle dans le code de la famille en ces articles 840 et suivants notamment.

Toutefois, on peut remarquer qu'il n'y a pas dans notre pays un caractère systématique des catégories de rattachement. En effet, des questions comme l'Etat et la capacité des personnes, le mariage et le divorce font l'objet de règles de conflit autonomes.

Mais il n'y a pas fondamentalement de différences entre les systèmes conflictuels sénégalais et français (DIP sénégalais et DIP français en matière de rattachement).

¹ Le rattachement peut être distributif, alternatif ou cumulatif. Le rattachement cumulatif est un critère où on assiste à un choix d'une des solutions applicables

C'est parce que ces questions ont un dénominateur commun, en ce sens qu'elles sont pratiquement toutes affectées du même facteur de rattachement au Sénégal. Dès lors, on peut retenir au Sénégal comme en France 3 grandes catégories de rattachement.

A- LE STATUT PERSONNEL

La méthode de solution qu'il propose consiste à partir non de la règle de droit mais plutôt du rapport de droit (de la question de droit).

Au lieu de délimiter le domaine de la souveraineté des lois, il faut essayer de localiser l'élément essentiel du rapport de droit en vue d'identifier la loi applicable ce qui fait du conflit des lois un simple conflit de solutions possibles (ce n'est plus un conflit de souveraineté).

En effet, il est aujourd'hui admis qu'un tel conflit surgit lorsqu'un tribunal est saisi en vue d'apporter une solution adéquate à un litige comportant un élément d'extranéité par exemple un accident de la circulation qui se produit en Gambie dont l'auteur et la victime sont tous des sénégalais. Dans cette hypothèse, deux lois peuvent avoir vocation à s'appliquer :

- La loi gambienne comme loi du lieu de survenance de l'accident et de
- La loi sénégalaise comme loi personnelle des parties et d'immatriculation des véhicules.

A travers cet exemple, on réalise aisément que le conflit des lois n'existe que parce qu'une situation juridique, un rapport de droit intéresse au moins deux ordres juridiques étatiques. Il en résulte que le conflit des lois pose un problème de choix de l'ordre juridique le plus à même d'apporter une solution adéquate au litige. C'est donc finalement un problème de choix de loi applicable.

Le conflit de loi dans l'espace ainsi décrit doit présenter un certain nombre de caractères en premier lieu :

- Le litige doit avoir un caractère international en ce sens que les ordres juridiques en cause soient ceux d'Etats souverains ; en second lieu
- Il doit avoir un caractère de droit privé, ce qui exclue du champ du droit international privé des matières telles que le droit pénal, le droit administratif ou le droit fiscal.

Le conflit de lois n'a de sens que

- lorsqu'il y a une divergence de solutions au regard des ordres juridiques en présence,
- une absence d'impossibilité théorique pour le juge d'appliquer une loi étrangère et
- un critère de détermination de la loi normalement applicable au fond du litige.

L'étude des conflits de lois ainsi décrite soulève deux questions essentielles d'une part :

- celle des méthodes de résolution et d'autre part
- celle de la mise en œuvre de la méthode conflictuelle.

A la base du statut personnel, il y a la personne physique. Celle-ci est envisagée non seulement en tant qu'individu mais également dans ses rapports de famille. Une telle conception a des incidences dans le domaine du statut personnel.

A ce titre, l'on peut constater qu'au Sénégal, le domaine du statut personnel est plus vaste que celui du droit français. En effet, en droit sénégalais, entre dans le domaine du statut personnel outre les questions relatives à l'état, à la capacité, au nom et à la nationalité de l'individu, mais aussi toutes les autres relatives aux rapports de famille que sont le mariage, le divorce, et la séparation de corps, les régimes matrimoniaux, et les successions.

On observe qu'en droit international privé français, les régimes matrimoniaux et les successions sont en dehors du statut personnel ces deux éléments ont été considérés en droit français comme des catégories secondaires ou dérivées. Elles trouvent leurs sources dans le droit patrimonial de la famille. Ce qui fait que le statut personnel ne regroupe en France que les questions relevant des droits extrapatrimoniaux.

B- LE STATUT REEL

Cette catégorie est celle relative au droit des biens. Elle concerne ainsi, les droits réels principaux et les droits réels accessoires.

Si la détermination du contenu des droits réels ne pose pas problème (les prérogatives du propriétaire) il en va autrement s'agissant de leur acquisition. En effet, il existe d'une part des modes d'acquisition propres au droit des biens, et d'autre part des modes d'acquisition qui peuvent être notamment d'origine conventionnelle en générale et contractuelle en particulier. Ce qui présuppose des incidents de frontières entre le droit des biens et celui des obligations.

Par extension, le droit des biens englobe les droits incorporels tels que les droits de propriété artistique, littéraire et industrielle. Il faut toutefois reconnaître que les droits intellectuels ne peuvent être soumis au même régime que les droits qui ont une assise corporelle en raison de leur spécificité. C'est pourquoi ils font généralement l'objet d'une réglementation spécifique de droit international privé matériel ou de règles de conflit spécifiques comparés aux biens en général.

C- LE STATUT DES ACTES ET FAITS JURIDIQUES

A côté des sources légales du droit, il y a les actes et les faits juridiques. En effet, les actes et les faits juridiques sont des sources qui résultent respectivement de manifestations de volonté et d'événement voulus ou non qui produisent des effets de droit.

Ce qui explique que les sources du droit puissent former une catégorie propre (autonome) de localisation de rapports de droit. Il s'agit ainsi des contrats, des quasi-contrats, des délits, des quasi-délits. Même si leur rattachement procède d'un même esprit, il varie selon qu'il s'agit d'un acte ou d'un fait juridique.

PARAGRAPHE 2^{ème} : LES FACTEURS DE RATTACHEMENT : LES SOLUTIONS DE PRINCIPE

En ce qui concerne le statut personnel, les systèmes conflictuels sont partagés entre deux solutions.

En effet, il y a des pays qui retiennent la nationalité comme facteur de rattachement, c'est le cas de la plupart des pays occidentaux, du moyen orient, de l'extrême orient, ainsi que de pays africains comme le Sénégal.

Il y'en a d'autres pays qui choisissent le domicile comme rattachement du statut personnel. C'est le cas des pays anglo-saxons, scandinaves, et de la majeure partie des pays de l'Amérique latine. Chacun de ces deux facteurs de rattachement du statut personnel a ses vertus. Ainsi, si la nationalité a l'avantage de la certitude et de la stabilité par exemple, le domicile présente une commodité et facilite non seulement la concordance des compétences législative et judiciaire, mais aussi l'unité de statuts personnels dans les rapports familiaux. C'est ainsi que dans la pratique, on note des infléchissements. Dès lors, l'option de la nationalité comme facteur de rattachement du statut personnel n'est pas absolue. Elle est admise sous réserve de rattachements subsidiaires propres à certaines questions ou de défaillance de la loi nationale désignée par la règle de conflit.

Quant au statut réel, le rattachement généralement admis est la loi du lieu de localisation de la chose objet du rapport de droit (*lex rei sitae*) son application est plus ou moins aisée selon que le bien est corporel ou incorporel. Pour les actes juridiques de nature contractuelle, il est en général fait application de la loi d'autonomie (autrement dit, la loi choisie par les parties) sous réserve du lieu de formation de l'acte (*locus regit actum*).

Les faits juridiques sont rattachés juridiquement au lieu de la survenance de l'événement ou le lieu de la réalisation du dommage (loi local ou *lex loci delicti*). Pour conclure, on peut retenir que ces solutions de principe comportent souvent des dérogations.

SECTION 2 : LES CARACTERES COMMUNES AUX REGLES DE CONFLIT BILATERAL

La règle de conflit bilatérale peut désigner indifféremment le droit du for ou un droit étranger. En ce sens, elle présente deux caractères principaux. Le premier est que la règle de conflit a un

➤ Caractère indirect :

A la différence de la règle matérielle, la règle de conflit ne fournit pas elle-même une solution au fond du litige. Elle se contente seulement de permettre d'identifier l'ordre étatique dont le droit matériel doit apporter la solution au litige. Ce droit matériel est celui de l'Etat qui a le rattachement le plus intense avec la question de droit. C'est la raison pour laquelle on dit de la règle de conflit qu'elle s'apparente à une règle de compétence qui dans l'ordre interne attribue un pouvoir réglementaire à un organe administratif. Le second caractère principal est que la règle de conflit a un

➤ Caractère neutre :

En ce sens que la désignation de la loi étatique applicable se fait sans égard au contenu du droit désigné à tout le moins au stade d'élaboration de ladite règle autrement dit au stade de la détermination de la loi applicable, aucune considération tenant au contenu du droit matériel, n'est en principe prise en compte. Toutefois, il faut reconnaître que la neutralité de la règle de conflit bilatérale peut s'estomper au moins à l'étape de l'application de la loi étrangère désignée. Aussi, la loi étrangère dont le contenu porte atteinte aux valeurs fondamentales de l'Etat du juge saisi, peut-elle être écartée au nom de l'exception d'ordre public.

L'indifférence de la règle de conflit par rapport au fond du droit a été rudement critiquée par les adversaires de la conception classique de la méthode bilatérale. C'est pourquoi d'ailleurs, des règles de conflit prévoient des correctifs à leur application mécanique.

CHAPITRE 2 : LES DEROGATIONS A LA METHODE DE LA REGLE DE CONFLIT BILATERALE

Au lieu de recourir à la méthode de la règle de conflit bilatérale, il est possible de concevoir des règles matérielles ou substantielles de droit international privé pour régir les rapports juridiques comportant un plusieurs éléments d'extranéité.

Mais ce type de règlement des rapports privés internationaux n'est pas général. Ainsi, les dérogations les plus importantes à la règle de conflit bilatéral sont la méthode de conflit unilatérale et celles des lois de police.

SECTION 1^{ère} : LA REGLE DE CONFLIT UNILATERALE

La règle de conflit unilatérale est une émanation de la doctrine de l'unilatéralisme. Cette dernière repose sur l'idée selon laquelle un Etat ne doit pas donner compétence à la législation d'un autre Etat dans une hypothèse où celui-ci ne veut pas qu'elle s'applique.

Dès lors, chaque Etat doit cantonner sa règle de conflit de la détermination des cas où sa propre loi est applicable en laissant aux autres Etats la liberté de fixer eux-mêmes le champ d'application de leurs propres normes.

Le postulat de base est donc que le juge du for n'est censé appliquer une loi étrangère que lorsque son auteur l'a prévu. Le fait de passer outre un tel principe constitue une atteinte à la souveraineté de l'Etat étranger.

Ainsi, l'application du droit étranger repose non plus sur une désignation par le législateur du for, mais du respect de la souveraineté de l'Etat étranger.

Mais le fondement d'un tel principe est désormais le souci de favoriser la coordination des ordres juridiques. Cependant, il faut remarquer que la mise en œuvre d'une telle position se heurte à des obstacles évidents.

Il y a en premier lieu :

- Le problème de cumul :
Lorsque plusieurs lois étrangères se déclarent compétentes pour régir le litige. Il y a en second lieu,
- Le problème de la lacune :
Lorsque la loi étrangère ne peut pas s'appliquer.

Pour surmonter ces difficultés, certains auteurs partisans de l'unilatéralisme propose d'appliquer la loi du for en cas de lacune et celle qui a le plus de chance d'être effective en cas de cumul. Cependant, ces correctifs en cas de conflit négatif ou positif ont apparu peu satisfaisants en raison des divergences entre unilatéralistes et de difficultés de mise en œuvre de certaines solutions.

Les règles de conflit unilatérales se manifestent de deux manières, mais on n'en trouve aucun exemple en droit sénégalais, qui ne comporte pas de règles de conflit unilatérales.

Quant au droit français, il offre quelques exemples de règles de conflits unilatérales se présentant selon l'une ou l'autre forme.

- L'une des manifestations est celle de la règle de conflit faussement unilatérale :
Dans ce cas, la règle de conflit est certes unilatérale mais sa bilatéralisation est aisée. On peut en trouver un exemple dans l'alinéa 3 de l'article 3 du code civil français. Selon cette disposition, « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français même résidant en pays étranger ». En réalité une telle règle est facilement bilatéralisable et la jurisprudence l'a tôt compris. Ainsi a-t-elle décidé que l'état et la capacité d'une personne sont régis par la loi dont cette personne a la nationalité.
- La seconde manifestation est celle où la règle de conflit est vraiment unilatérale, autrement dit, il est impossible de la bilatéraliser. Un exemple typique est celui qu'offre l'article 309 du code civil français. En effet, si l'alinéa 1^{er} dudit article soumet le divorce ou la séparation de corps d'époux français à la loi française, le second alinéa prévoit l'application de cette même loi française lorsque les époux étrangers ont tous leur domicile sur le territoire français.

A côté des règles de conflits unilatérales, il y a les lois de police qui constituent des manifestations de l'unilatéralisme.

SECTION 2^{ème} : LES LOIS DE POLICE

La méthode de la règle de conflit bilatérale est écartée lorsque le législateur exprime sa volonté de voir la loi qu'il édicte s'appliquer en raison de l'importance qu'il accorde à son contenu. Ainsi, lorsque le rapport de droit en question entre dans le domaine d'une telle loi, il est fait application de celle-ci, que le litige soit interne ou international.

Et dans l'hypothèse d'un litige international, l'application de la loi n'est pas subordonnée au jeu d'une règle de conflit. C'est la raison pour laquelle les lois de police ont été présentées comme des manifestations de l'unilatéralisme.

C'est ainsi qu'un auteur comme Franciscakis 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 confusions compte tenu du droit interne transitoire qui l'utilise également. Eu égard à ces critiques Franciscakis a rejoint ceux qui ont adopté la terminologie de loi de police.

Mais l'article 3 du code civil français qui date de 1804 parle de loi de police et de sûretés. A l'époque on visait par la loi de police les lois impliquant une urgence dans le domaine du droit privé et par loi de sûreté, celles qui ont une nature pénale. Donc de telles lois étaient fondamentalement territoriales mais la notion de loi de police a évolué aujourd'hui.

Ce qui d'ailleurs a rendu curieux le fait que le législateur sénégalais ait pu reprendre sans discernement l'expression de « lois de police et de sûretés » dans l'article 841 du code de la famille. De nos jours, c'est l'expression de « loi de police » tout court qui est employée et elle est synonyme de loi d'application immédiate.

Les lois de police ou d'application immédiate s'opposent à la méthode bilatérale. En effet, au lieu de partir de la situation concrète pour identifier le droit applicable, on part plutôt de la règle matérielle elle-même pour cerner son domaine d'application.

LES QUESTIONS QUE SUCSITENT L'ETUDE DES LOIS DE POLICE

L'étude des lois de police soulève deux types de questions, celle de leur identification et celle du mécanisme des lois de police étrangères.

- Par rapport à leur identification, on peut observer que la détermination de la loi de police fait l'objet de controverses doctrinales. En effet, comment identifier, parmi toutes les normes matérielles de droit interne, celles qui avaient la qualité de lois de police. Une telle recherche ne pose pas de problème lorsque c'est la loi elle-même qui qualifie certaines règles de droit interne de lois de police.

Ainsi, par exemple, l'article 841 du code de la famille du Sénégal qualifie expressément certaines dispositions dudit code de lois de police.

Mais la liste de l'article 841 alinéa 2 n'est pas exhaustive, la question de l'identification des lois de police reste posée en droit sénégalais. Il appartient dès lors au juge de repérer en dehors de celles indiquées par le législateur quelles sont les dispositions de droit interne qui ont la qualité de loi de police. Ce qui fait que le juge sénégalais est confronté aux mêmes problèmes de détermination de lois de police que ses homologues de pays étrangers notamment occidentaux où il est rare que le législateur qualifie expressément des dispositions de lois de police.

Et la doctrine a eu à proposer un certain nombre de critères. Il y a eu des :

- critères formalistes qui voudraient qu'il y ait une détermination par le législateur du champ d'application dans l'espace de la loi au moyen de critères de rattachement exorbitant de droit commun.

Ces critères formalistes présentent des limites pour rendre compte de toutes les lois de police. Il y a eu également des

- critères techniques fondés sur une assimilation des lois de police aux lois d'application territoriales ou aux lois d'ordre public.

Mais ces critères ont montré leurs limites. Par exemple, toutes les lois territoriales ne sont pas des lois de police de même que toutes les lois d'ordre public ne le sont pas.

- Les critères finalistes qui emportent l'adhésion de la majorité de la doctrine qui s'est rallié à la définition proposée par Francescakis selon laquelle les lois de police seraient des lois « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays ».

Quoique séduisante, cette définition des lois de police ne convainc pas certains auteurs en raison de son caractère à la fois vague et étroit.

- Vague dans la mesure où d'une part, dans les Etats modernes, toutes les lois tendent à garantir des intérêts économiques et sociaux. D'autre part en raison de l'interventionnisme à crescendo de l'Etat dans le domaine du droit privé.
- Etroit, parce qu'il est des lois de police qui ont pour objet la protection des individus et non celle d'une organisation globale (exemple : les lois portant protection des consommateurs).

On peut dire pour conclure sur ce point que la notion de loi de police est synonyme de celle de loi d'application immédiate en tant qu'elle s'applique sans considération pour les lois étrangères. Mais ce qui caractérise surtout la loi de police c'est le but même de la règle (son contenu).

Il va sans dire qu'il existe à côté des lois de police d'autres lois dont l'application immédiate est simplement imposée par le législateur.

Quoiqu'il en soit, ces différentes lois s'appliquent nécessairement sans égard aux règles de conflit si ces lois de police appartiennent à l'ordre juridique du for.

- En dehors de l'identification, la loi de police pose le problème de son application lorsqu'elle est d'origine étrangère.

Le principe de l'application d'une loi de police étrangère a longtemps été écarté au nom de l'impossibilité d'appliquer des lois étrangères de droit public. Mais le fait qu'aujourd'hui les lois de police relèvent beaucoup plus du droit privé, a eu raison de cette conception.

Il est désormais admis que le juge du for peut bel et bien appliquer des lois de police étrangères.

Cela dit, l'application d'une loi de police étrangère peut se poser en pratique dans deux hypothèses :

- La première hypothèse est celle dans laquelle la loi de police qui se veut compétente émane de l'Etat dont la loi est désignée comme applicable par le jeu normal de la règle de conflit.

Dès lors, l'application de la loi de police étrangère ne pose pas un problème particulier dans la mesure où elle s'applique en vertu de la règle de conflit du for. En effet, la règle de conflit qui retient le droit étranger vise celui-ci dans son ensemble c'est-à-dire y compris ses lois d'application immédiates.

- La seconde hypothèse est celle dans laquelle la loi de police étrangère désignée par la règle de conflit est en concurrence avec une loi de police émanant de l'ordre juridique d'un Etat tiers.

Cette situation est plus délicate que la précédente. Faut-il ignorer dans ce cas la qualité de loi de police de la loi étrangère et recourir à la méthode conflictuelle ? Ou faut-il appliquer la loi de police étrangère de l'Etat tiers ?

Certains Etats à l'exemple des Pays-Bas semblent admettre la prise en compte de considérations tenant à la loi de police étrangère². En outre, la convention de Rome du 19 juin 1980 applicable aux obligations contractuelles fait de l'application par le juge du for de la loi de police étrangère une simple faculté.

Il faut remarquer cependant que la prise en compte de la loi de police étrangère peut aussi poser problème notamment lorsque les lois étrangères en l'occurrence ont toutes cette qualité.

DEUXIEME PARTIE : LA MISE EN ŒUVRE DE LA METHODE DE LA REGLE DE CONFLIT

La mise en œuvre de la méthode de la règle de conflit bilatérale soulève deux points : d'une part

- celle du choix de la règle de conflit à mettre en œuvre et d'autre part
- celle de l'application du droit étranger et ses limites.

CHAPITRE 1 : LE CHOIX DE LA REGLE DE CONFLIT A METTRE EN ŒUVRE

Le choix de la règle de conflit pose :

- ✓ le problème de la loi qualifiante, mais aussi
- ✓ celui de la mise en œuvre proprement dite de la règle de conflit applicable.

SECTION 1 : LE PROBLEME DE LA QUALIFICATION

L'identification de la règle de conflit et par cela même celle du droit matériel applicable au fond du litige, dépendent du problème de la qualification. Le juge doit en effet définir le rapport de droit pour pouvoir sélectionner la règle de conflit à mettre en œuvre. Se pose dès lors la question de savoir quelle est la loi qualifiante en cas de conflit de lois dans l'espace ?

² Voir Arrêt ALNATI, cour de cassation, Pays-Bas, 13 mai 1966, Revue critique de droit international privé, 1967, p. 522, Note STRUYCKEL

En vérité, le choix de l'ordre juridique devant qualifier le rapport de droit comportant un élément d'extranéité ne se pose que lorsque les systèmes juridiques en présence prévoient une qualification différente. Autrement dit, il faut qu'il ait un problème de qualification.

Il s'agit d'étudier ce problème de qualification ainsi que les solutions de principe avant d'aborder dans les détails la qualification *lege fori* qui est la solution retenue.

PARAGRAPHE 1 : POSITION DU PROBLEME ET PRINCIPE DE SOLUTION

A- LA POSITION DU PROBLEME

Le problème de la qualification se pose lorsque les questions soulevées devant le juge diffèrent par leur nature d'un système juridique à un autre ou lorsque leurs définitions ne sont pas identiques d'un système à un autre. Il peut donc se poser de deux manières :

- En premier lieu : le litige tel que posé au juge peut être formulé par les parties en des termes propres à un droit étranger ; autrement dit, le problème de droit peut se rapporter à des notions inconnues du système juridique du *for*. Un exemple typique peut être tiré de la célèbre affaire Bartolo³.
Au décès de son mari, une femme de nationalité maltaise qui s'est marié dans son pays revendique devant les juridictions françaises une partie des biens du *de cujus* sur le fondement de la « quarte du conjoint pauvre » qui est une institution spécifique du droit maltais.
- En second lieu : les questions de droit posées au juge peuvent correspondre à des notions connues du système juridique du *for* mais elles peuvent être classées dans des catégories de rattachement différentes au regard du droit du *for* et des droits étrangers. Ainsi par exemple, la nature du testament olographe peut être classée dans la catégorie forme des actes juridiques ou dans celle relative à la capacité des personnes selon les systèmes juridiques en cause.

Dans l'hypothèse d'un conflit de qualification, le juge doit-il se référer aux concepts et classifications du *for* ou doit-il tenir compte dans la qualification des concepts et classifications du droit étranger ? Voilà posé le problème de la détermination de la loi qualifiante.

B- LES PRINCIPES DE SOLUTIONS AU PROBLEME DE QUALIFICATION

Face à un tel problème de qualification, trois solutions sont possibles :

- La première est la qualification par la *lex fori* :

Solution proposée par KAHN et BARTIN, elle signifie que le juge doit qualifier en utilisant les concepts et catégories de son propre droit interne. Plusieurs arguments sont en faveur de la *lex fori*.

- D'abord, il y a le caractère national de la règle de conflit qui justifie de rechercher la signification de ses concepts dans le système juridique dont la règle de conflit émane. Argument cependant à relativiser lorsque la règle de conflit est de source internationale.
- Ensuite, la règle de conflit délimite la souveraineté législative nationale ou l'impossibilité d'abandonner aux autres Etats la portée de cette limitation.
- Enfin, la qualification constitue un préalable au choix de la loi applicable.

Il est par conséquent illogique de se référer à une loi étrangère dont-on-est pas sûr qu'elle va s'appliquer du fait que l'identification de la règle de conflit applicable dépend de la qualification.

- La qualification par la *lex causae* :

Selon laquelle la qualification doit être opérée d'après la loi éventuellement compétente. Une telle proposition a été présentée par DESPAGNET et soutenue par la suite par les doctrines allemande et italienne. D'après cette méthode,

³ Cour d'appel d'Alger, 24 décembre 1889, grands arrêts n°1

il faut prendre en compte toutes les qualifications en conflit avec les compétences qu'elles impliquent. Mais un tel système conduit soit à des cumuls, soit à des lacunes.

➤ La qualification à l'aide de concepts autonomes et universels présentés par RABEL :

Selon cette thèse, il faut au droit des conflits de lois des concepts autonomes en raison du fait que la règle de conflit est appelée parfois à s'appliquer à des institutions différentes de celles du droit interne voire inconnus de celui-ci.

Ces concepts doivent être formés à partir du droit comparé. Mais si le recours à des concepts autonomes et universels permet d'éviter le concours de qualifications, il n'en demeure pas moins qu'il est difficile à mettre en œuvre.

PARAGRAPHE 2 : LA SOLUTION RETENUE

A- PRINCIPE DE LA QUALIFICATION LEGE FORI

La doctrine a toujours accepté dans sa majorité le principe d'une qualification selon la *lex fori* proposé par KAHN et BARTIN. Le fondement est que selon les auteurs modernes, la qualification et la sélection de la règle de conflit forment une même opération. Ce qui doit emmener le juge à utiliser les concepts et définitions contenu dans son propre droit au départ de son raisonnement.

BARTIN disait d'ailleurs que qualifier revenait à interpréter les dispositions d'une législation donnée, et au départ de la résolution du litige, la législation en question ne peut être que celle du for.

La jurisprudence française qui a longtemps appliqué cette méthode l'a consacré de façon incontestable en 1955 dans l'affaire CARASLANIS⁴. La cour de cassation énonce à propos de cette affaire 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 ».

B- MISE EN ŒUVRE DE LA QUALIFICATION LEGE FORI

Le principe étant acquis, il s'agit de s'interroger sur la portée de la qualification selon la *lex fori*. Autrement dit, en toute hypothèse, le juge doit-il qualifier selon exclusivement les définitions de son propre droit ? Il faut admettre que c'est illusoire de penser que le juge peut toujours qualifier sans se référer à une loi étrangère.

On peut observer que le litige peut être posé au juge en des termes calqués sur ceux d'un droit étranger. C'est le cas par exemple de la quarte du conjoint pauvre du droit anglo-malais.

Dans ce genre d'hypothèse, même si le juge doit faire valoir la qualification retenue par les catégories de son propre système juridique, il ne peut pas ignorer le droit étranger dans l'opération de qualification. Le juge doit analyser au préalable la règle ou l'institution à qualifier selon la loi étrangère avant de l'insérer dans une catégorie juridique du for quitte à élargir les concepts de la *lex fori*.

C'est ce qui, d'ailleurs, a emmené BATIFFOL à dire que l'opération de qualification comporte deux phases :

- Une phase préparatoire d'analyse selon la loi étrangère et
- Une phase de jugement selon le droit du for.

Il convient également de préciser qu'une fois le droit étranger désigné par la règle de conflit du for, il opère lui-même ses propres qualifications. C'est ce qu'on appelle depuis BARTIN les « qualifications en sous ordre ».⁵

⁴ 1^{ère} chambre civile de la cour de cassation 22 juin 1955, Dalloz 1956, p. 73 ; Revue critique de DIP, 1955, 723, note BATIFFOL

⁵ Voir par exemple jugement justice de paix de Ziguinchor du 11 juin 1974, VATVARSOULIS c/ CONDARGYRIS, répertoire de jurisprudence CREDILA-UCAD, 1982 volume droit, p. 1

SECTION 2 : LA MISE EN OEUVRE DE LA REGLE DE CONFLIT APPLICABLE

PARAGRAPHE 1^{er} : LE PROBLEME DE L'APPLICATION D'OFFICE PAR LE JUGE DE LA REGLE DE CONFLIT.

Lorsque le litige comporte un ou plusieurs éléments d'extranéité, la question se pose de savoir si le juge saisi est obligé ou non d'appliquer d'office la règle de conflit applicable ?

La jurisprudence française a consacré dans un premier temps le caractère non obligatoire des règles de conflit lorsqu'elles désignent une loi étrangère.

C'était à l'occasion de l'arrêt Bisbal concernant le divorce d'espagnols. Des époux espagnols avaient réussi en première instance et en appel à transformer leur séparation de corps en divorce devant les juridictions françaises. La femme se rétracta par la suite en introduisant un pourvoi en cassation tendant à annuler le divorce au motif que la règle de conflit française désignait la loi espagnole en tant que loi nationale commune aux époux or celle-ci ne permettait pas la dissolution du mariage.

La cour de cassation rejetâ le pourvoi au motif que « les règles françaises de conflit de lois, en tant qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application. »⁶.

Cette jurisprudence Bisbal a été abandonnée à travers les Arrêt Repouh et Schule rendus les 11 et 18 octobre 1988. Mais la nouvelle solution qui prescrit l'application d'office de la règle de conflit a été infléchie par un recours partiel à la jurisprudence Bisbal : le juge n'est tenu de rechercher d'office la règle de conflit applicable que lorsque la matière relève d'une convention internationale ou que le demandeur n'a pas la libre disposition de ses droits.

Au Sénégal, le système conflictuel semble adopter la solution de la jurisprudence Bisbal. L'argument de texte peut être tiré de l'alinéa 4 de l'article 850 du code de la famille qui dispose que « en cas de défaillance de la loi étrangère parce qu'elle ne peut être prouvée, ou que les parties y renoncent, la loi sénégalaise reçoit application. ».

Cela dit, les parties peuvent par une volonté tacite, renoncer à l'application de la règle de conflit sauf dans l'hypothèse où celle-ci donne compétence au droit sénégalais.

Toutefois, rien ne s'oppose à ce que le juge sénégalais applique d'office la règle de conflit s'il l'estime nécessaire. Cette solution quoique critiquée se justifie largement par l'impossibilité dans laquelle se trouverait le juge de connaître la teneur de toute loi étrangère susceptible de s'appliquer en vertu de la règle de conflit.

Reste cependant que certains Etats comme le Burkina Faso ont eu à opté en faveur de l'application d'office de la règle de conflit en présence d'un élément d'extranéité.

PARAGRAPHE 2^{ème} : LE CHANGEMENT DE LA REGLE DE CONFLIT ET DE LA CIRCONSTANCE DE RATTACHEMENT

Lorsqu'il y a changement de la règle de conflit on parle de conflit transitoire international. Et en cas de changement de la circonstance de rattachement, il y a ce qu'on appelle un conflit mobile.

A- CONFLIT TRANSITOIRE INTERNATIONAL

Le changement de la règle de conflit peut avoir sa source dans un traité, une loi ou un revirement de jurisprudence. Dans de telles hypothèses, se pose un conflit de lois dans le temps. En effet, le juge doit-il appliquer l'ancienne ou la nouvelle règle de conflit ?

La solution du conflit transitoire international a longtemps fait l'objet de controverses doctrinales. Certains auteurs ont proposé la nécessité d'appliquer de façon immédiate la règle de conflit nouvelle tandis que la majorité de la doctrine opte en faveur de la soumission du conflit aux dispositions transitoires internes du for. Il s'agit ainsi de transposer les principes du conflit de lois dans le temps en matière de conflit de lois dans l'espace.

⁶ Arrêt Bisbal, Civ. 12 mai 1959, Revue critique DIP, 1960, p. 62, note Batiffol ; Dalloz 1960, 610, note Malory ; JCP 1960, 2^{ème} partie, 11733, note Motulsky

Mais l'application des règles internes du droit transitoire en matière de conflit de lois dans l'espace a soulevé une question. En effet, il s'agit des règles générales du droit transitoire telles que définies par la loi et la jurisprudence ou les règles spéciales contenues dans la loi nouvelle lesquelles prévoient les modalités de passage de l'ancienne à la loi nouvelle.

B- LE CONFLIT MOBILE

Il y a conflit mobile lorsqu'un rapport de droit se trouve soumis successivement à des lois différentes par suite d'un changement de la circonstance de rattachement. Il s'agit ainsi d'un conflit de lois entraîné par une évolution de l'élément de rattachement (exemple : lorsque la nationalité ou le domicile de la personne change ou qu'un bien soit déplacé d'un pays à un autre). Le conflit mobile ainsi décrit est inhérent à la mutabilité des facteurs de rattachement⁷.

Lorsque l'élément localisateur prévu par la règle de conflit a complètement changé, faut-il appliquer la loi de l'ancien rattachement ou celle du nouveau rattachement ? La réponse à cette question a donné lieu à des controverses doctrinales.

- Une première thèse voudrait qu'on applique la théorie des droits acquis en tant que principe fondamental des relations internationales. Cette thèse milite en faveur de l'application de la loi ancienne afin d'assurer le respect des droits acquis sous son empire.

Mais, une telle théorie souffre de certaines imperfections, elle fige une situation juridique sous l'empire de la loi qui a présidé à sa naissance alors que celle-ci peut avoir perdu toute pertinence à s'appliquer.

En outre, elle ne garantit que la sécurité juridique des titulaires des droits constitués sous l'empire de la loi applicable en vertu de l'ancien rattachement.

- La thèse dominante est cependant celle de l'application des règles du droit transitoire interne au conflit mobile. En effet, la doctrine dominante voit une analogie entre le conflit mobile et le conflit de lois dans le temps. Il s'agit dès lors d'appliquer au conflit mobile les mêmes principes de solution :
 - ✓ Application de la loi nouvelle aux effets présents et à venir des situations juridiques en cours et
 - ✓ Maintien de la loi ancienne pour les conditions de validité et les effets passés de ces situations juridiques.

Une telle théorie pêche cependant par le fait que d'une part :

- Les lois applicables n'émanent pas du même législateur et d'autre part
- Elles sont simultanément en vigueur contrairement aux lois internes qui se succèdent dans le temps.

- Les critiques formées contre ces deux thèses ont donné naissance à une troisième fondée sur l'interprétation spécifique à chaque règle de conflit. Il convient de rechercher dans l'interprétation de chaque règle de conflit la solution au problème soulevé par le déplacement de la circonstance de rattachement.

Le moment pertinent de rattachement doit dépendre de l'objectif poursuivi par la règle de conflit.

Mais cette dernière théorie présente l'inconvénient d'une incertitude sur la résolution du conflit mobile, ce qui dénote le caractère satisfaisant de la solution adoptée par la majorité de la doctrine (celle de l'application des règles du droit transitoire interne au conflit mobile).

⁷ Mutabilité des facteurs de rattachement : mutabilité de la nationalité, du domicile, de la situation du bien.

C- LE RENVOI

1- POSITION DU PROBLEME

La question du renvoi trouve son fondement dans le conflit de rattachement dû au fait que chaque Etat dispose de son propre système conflictuel. A ce titre, il y a un conflit de systèmes de conflit de lois ayant pour soubassement une diversité de solutions de conflit selon les pays.

Il existe deux types de conflits de rattachement : en premier lieu,

➤ Le conflit positif :

Il a lieu lorsque plusieurs systèmes juridiques affirment chacun la compétence de son propre droit. Ce type de conflit ne pose pas de problème particulier. En effet, il est illogique que le juge du for tienne compte de la solution étrangère pour écarter l'application de sa règle de conflit. En second lieu, il y a

➤ Le conflit négatif de rattachement :

Il existe lorsque le système d'un Etat décline la compétence que lui attribue un autre. Autrement dit, aucun système juridique ne retient sa compétence pour régir le rapport de droit en cause. Par exemple : le statut personnel est régi par la loi nationale de l'individu en vertu du droit sénégalais alors qu'en droit anglais, il est rattaché à la loi du domicile. La question est dès lors de savoir dans une telle hypothèse, s'il faut tenir compte de la solution étrangère de conflit.

Cela dit, ce n'est que dans l'hypothèse d'un conflit négatif que le renvoi peut être envisagé. En outre, le renvoi n'est admissible que parce que l'on retient que la règle de conflit qui désigne un droit étranger le vise dans son ensemble (c'est-à-dire y compris ses règles de conflit) et non pas directement les règles substantielles pouvant régir le litige.

C'est l'affaire FORGO en France qui a été à l'origine de la doctrine du renvoi. Il s'agit 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 a admis un tel renvoi. Le principe du renvoi qui a été admis à partir de cette décision n'a jamais plus été remis en cause.

2- LA JUSTIFICATION DU RENVOI

a) LA THEORIE DU RENVOI LOGIQUEMENT NECESSAIRE :

Trois théories ont été élaborées pour justifier le renvoi :

- Le renvoi délégation
- Le renvoi subsidiaire et
- Le double renvoi.

1° LA THEORIE DU RENVOI DELEGATION

Selon cette conception, on doit partir de l'idée selon laquelle la règle de conflit étrangère est une composante du droit interne désigné par celle du for. En effet, si la règle de conflit du for désigne le droit d'un Etat étranger, elle ne désigne pas les règles substantielles du droit de cet Etat mais elle délègue au système étranger le pouvoir de déterminer la loi finalement applicable en l'espèce.

Cette loi peut être soit :

- celle de l'Etat étranger (absence de renvoi), soit
- celle du for (renvoi au premier degré par désignation de la loi du for), soit
- celle d'un Etat tiers (renvoi au second degré par désignation de la loi de l'Etat tiers).

A cette théorie, les adversaires du renvoi ont opposé l'argument du cercle vicieux. En effet, selon eux, si le principe de l'indivisibilité des règles de conflit et des règles substantielles internes est indiscutable, il doit valoir également pour le droit du for ou le droit d'un Etat tiers. Et dans l'hypothèse par exemple où le droit étranger renvoie au droit du for, celui-ci lui retourne la compétence. C'est pourquoi, selon les détracteurs du renvoi, par la règle de conflit, le législateur du for entend résoudre le problème sans tenir compte du système conflictuel du droit étranger.

2° LA THEORIE DU RENVOI REGLEMENT SUBSIDIAIRE

C'était la conception défendue par LEREBOURS-PRISONNIERE. Cette théorie avance l'idée de désistement du droit étranger qui décline la compétence qui lui est reconnue par le droit du for. Dès lors, le droit du for, qui doit fournir une nouvelle solution, doit proposer une règle de conflit subsidiaire à la place de sa règle de conflit normale qui ne peut pas jouer en l'espèce. Si aucune loi ne se veut compétente à la suite de la mise en œuvre de la règle subsidiaire, il est fait application de la lex fori.

Cette théorie a l'avantage d'éviter le cercle vicieux, mais elle a subi un certain nombre de critiques. Par exemple, il y a le fait que le règlement subsidiaire peut déboucher sur l'élaboration de règles de rattachement à l'infini ou sur une incertitude (identification de la règle de conflit subsidiaire).

3° LA THEORIE DU DOUBLE RENVOI (FOREIGN COURT THEORY)

Elle a été proposée et appliquée en Angleterre. Selon cette théorie, lorsque la règle de conflit prescrit au juge d'appliquer le droit de l'Etat étranger, celui-ci doit statuer comme l'aurait fait le juge étranger dont le droit est déclaré compétent.

Cela implique que le juge du for applique le système conflictuel de l'Etat étranger, y compris les solutions de cet Etat en matière de renvoi. Ainsi, sa décision dépend de ce que le juge étranger aurait, ou non, appliqué le renvoi.

Cette théorie a l'avantage de favoriser l'harmonie des solutions données à une même affaire dans les différents Etats intéressés. Mais elle n'est praticable que si les autres Etats ne l'utilisent pas.

b) THEORIES FONCTIONNELLES DU RENVOI

Ces théories sont dites fonctionnelles parce qu'elles se contentent de justifier le renvoi sur le plan utilitaire en raison de ses avantages pratiques. Elles sont souvent désignées sous le nom de renvoi expédiant du fait que ce mécanisme peut être écarté pour telle ou telle autre raison.

Pour BATTIFOL, dont la théorie domine la pensée juridique contemporaine en la matière, le renvoi est un mode de coordination des règles de conflit des lois des Etats appelées à jouer successivement. Il n'y a pas d'atteinte à la souveraineté du for dans la mesure où la règle de conflit étrangère entre en jeu par la désignation de la règle de conflit du for d'où l'existence d'une coordination.

La thèse du renvoi coordination est la seule à justifier parfaitement le renvoi au deuxième ou énième degré. En effet, le renvoi au deuxième ou énième degré favorise l'harmonie des solutions de conflit de lois des pays successivement désignés, dès lors qu'au terme de la chaîne de désignation, un pays accepte que sa loi soit désignée.

Mais le renvoi au premier degré ne saurait être expliqué par l'idée d'harmonie des solutions. C'est parce qu'un tel renvoi ne réalise l'harmonie des solutions qu'en la condition de n'être pratiqué que par l'un seul des deux pays en cause. En effet, si tous les deux pays pratiquent le renvoi, il y a un chassé-croisé de solutions. Il en résulte que le seul intérêt du renvoi au premier degré est de permettre l'application de la loi du for au fond du litige.

c) LE RENVOI EN DROIT POSITIF

Malgré la rigueur des controverses doctrinales au sujet du renvoi, la plupart des systèmes juridiques l'acceptent.

En ce qui le concerne, le droit international privé sénégalais admet le renvoi mais seulement au 1^{er} degré. C'est plus ou moins ce qui résulte de l'article 852 du code de la famille qui dispose que « si la loi étrangère applicable renvoi à la loi sénégalaise, il est fait application de celle-ci ».

Par contre en France, de nombreux arrêts de la Cour de cassation ont admis le renvoi au 2nd degré.

3- L'APPLICATION DU RENVOI

Dans la conception du renvoi délégation, qui est celle notamment de la juridiction française, le renvoi est une conséquence de l'application de la règle de conflit étrangère. Il est donc logique que l'interprétation de cette règle de conflit doit être faite en tenant compte de la loi étrangère.

Ainsi, les qualifications nécessaires à son application sont celles du droit étranger.

Quant à son domaine proprement dit, il faut reconnaître qu'il est admis que le renvoi doit être exclu si son résultat est incompatible avec l'objectif poursuivi par la règle de conflit. Il en est également ainsi dans les matières régies par la loi d'autonomie comme les contrats internationaux et en matière de forme des actes juridiques.

CHAPITRE 2 : L'APPLICATION DU DROIT ETRANGER ET SES LIMITES

Une fois que le droit étranger est identifié ou devant fournir les règles matérielles devant régir le litige, se pose le problème de son application.

Toutefois, il faut remarquer que celle-ci n'est pas systématique. Il y a des cas dans lesquels le droit étranger désigné ne reçoit pas application.

SECTION 1^{ère} : L'APPLICATION DU DROIT ETRANGER

PARAGRAPHE 1^{er} : LA PREUVE DU DROIT ETRANGER

L'article 850 alinéa 2 du code de la famille apporte une réponse à cette question en considérant le droit étranger comme un élément de fait et non des règles de droit.

Cette solution n'est que la consécration de la jurisprudence française en matière de preuve de la loi étrangère.

Une telle conception amène à se poser deux questions : d'une part,

- Qui doit prouver le droit étranger normalement applicable ? d'autre part
- Par quel moyen prouver pour un tel droit ?

Dans un procès civil, le principe de la neutralité du juge voudrait que les faits soient, en principe, prouvés par les parties. Il en résulte qu'il appartient, en principe, au plaideur qui s'en prévaut de rapporter la preuve du contenu de la loi étrangère devant s'appliquer.

Toutefois, même si le fardeau de la preuve pèse sur le plaideur, le juge peut participer à l'établissement du droit étranger. D'ailleurs, l'article 850 alinéa 2 du code de la famille permet au juge sénégalais « de faire de sa connaissance personnelle de la loi étrangère considérée, comme un fait général accessible à tous ».

Dès lors, on remarquera que la recherche de la teneur de la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for n'est pas laissée à la seule diligence du plaideur qui réclame son application.

Le fait que la loi étrangère soit traitée comme un élément de fait implique le principe de liberté de preuve. Autrement dit, la preuve de la loi étrangère doit être administrée par tout moyen.

Dans la pratique, cette preuve est administrée par la production en générale de « certificat de coutume » qui sont des attestations ou consultations fournies soit par des praticiens du pays dont la loi doit s'appliquer, soit par les services juridiques du consulat de ce pays.

Le juge n'est pas cependant liés par les documents qui lui sont rapportés, surtout lorsqu'il a une connaissance personnelle du droit étranger.

PARAGRAPHE 2^{ème} : L'INTERPRETATION DU DROIT ETRANGER

Le code de la famille prévoit en son article 850 alinéa 3 que « les juges du fond vérifient le sens et la portée des lois étrangères ». Ils apprécient librement la qualité et la fiabilité des interprétations contenues dans les certificats de coutume émanant de praticiens ou d'organes officiels de l'Etat officiel.

Le contrôle effectué par le juge du for porte sur l'état du droit étranger compétent. En effet, outre les textes, le juge peut prendre en considération les sources coutumières et jurisprudentielles. En tout état de cause, il a un pouvoir souverain d'appréciation de la loi étrangère. Ainsi, la Cour Suprême, étant juge du droit ne peut contrôler la matérialité des faits tels qu'établis par les juridictions du fond. Ce pouvoir souverain des juges du fond empêche ainsi tout contrôle de la Cour de cassation.

Un autre obstacle à l'intervention de la Cour suprême en matière d'interprétation du droit étranger peut trouver son fondement dans l'idée qu'elle n'est pas gardienne de l'unification du droit privé étranger.

SECTION 2^{ème} : LES OBSTACLES A L'APPLICATION DU DROIT ETRANGER

PARAGRAPHE 1^{er} : LA DEFAILLANCE DU DROIT ETRANGER

Le droit étranger désigné par la règle de conflit peut ne pas trouver application en raison de sa défaillance. Celle-ci peut résulter de ce que la preuve de la teneur de la loi ne peut être rapportée.

D'après l'article 850 alinéa 4 du code de la famille, elle peut également résulter de la renonciation par les parties à l'application de la loi étrangère normalement compétente.

Ainsi pour pallier cette défaillance de la loi étrangère, il est fait application de la loi sénégalaise en raison de sa vocation générale et subsidiaire.

PARAGRAPHE 2^{ème} : L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

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 privé avant de préciser ses effets.

1- LA NOTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

a) LE CONTENU DE L'ORDRE PUBLIC 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 écartés 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, il 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.

Même si l'ordre public international est distinct de l'ordre public interne, il est parfois difficile de faire le départ entre les deux notions. En effet, ces deux conceptions de l'ordre public tendent toutes à la sauvegarde de valeurs jugées fondamentales de la société.

En cela, les deux notions peuvent coïncider dans certains cas du fait que l'ordre public international pose un seuil de tolérance des institutions étrangères. Mais toujours est-il que les nécessités des rapports internationaux ne plaident pas en faveur de leur confusion. Tout ce qui est ordre public interne n'est pas d'ordre public international.

b) LES CARACTERES DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL

L'ordre public international présente un certain nombre de caractères :

- En premier lieu, l'ordre public international a un caractère national (chaque Etat a son propre ordre public national), il tend à défendre des valeurs essentielles de l'ordre juridique du for. Il est fondé sur l'incompatibilité des solutions de la loi étrangère avec certains principes fondamentaux du for. Il est donc nécessaire de confronter les solutions étrangères avec celles du for pour déceler toute divergence. Mais cette discordance entre les solutions contenues dans la loi étrangère et celle du for doivent être d'une gravité telle qu'elle remet en cause la politique législative définie par le droit du for. La loi étrangère peut également heurter des principes du for jugés fondamentaux et ayant une valeur ou portée universelle.
- En deuxième lieu, l'ordre public international est imprécis du fait qu'il est laissé à la discrétion du juge qui apprécie la valeur des règles substantielles étrangères.
- En troisième lieu, il est variable. Le jugement de valeur fait de la loi étrangère dépend du contenu des lois du for. Il en résulte que toute évolution des lois du for peut entraîner corrélativement une modification des interventions de l'ordre public. Dès lors, une situation inadmissible à sa naissance peut être admissible au moment où le juge statue. C'est pourquoi on dit que l'ordre public a un caractère actuel. C'est au moment où le juge statue qu'on l'apprécie.

2- LES EFFETS DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC

Selon l'article 851 du code de la famille, la loi sénégalaise se substitue à la loi étrangère désignée comme compétente. Ainsi, l'exception d'ordre public a un effet négatif (le rejet de la loi étrangère qui heurte l'ordre public sénégalais) et un effet positif (application de la lex fori).

L'étendue de l'éviction de la loi étrangère devrait en principe être limitée strictement à ce qui est nécessaire. Toutefois, il est parfois difficile de respecter la cohérence du droit du for et du droit étranger si l'éviction de la loi contraire à l'ordre public est seulement partielle.

L'ordre public a un effet atténué lorsque sont en cause, dans l'Etat du for, les conséquences de droit acquis à l'étranger. Toutefois, la contrariété de la loi étrangère avec l'ordre public ne doit pas présenter une certaine gravité eu égard aux principes universels de l'Etat du for.

PARAGRAPHE 3^{ème} : LA FRAUDE A LA LOI

1- LES CONDITIONS D'EXISTENCE DE LA FRAUDE

La fraude à la loi suppose deux conditions cumulatives :

- Un élément matériel et
- un élément intentionnel.

a) L'ELEMENT MATERIEL

L'élément matériel de la fraude consiste en l'utilisation volontaire des règles de conflit pour échapper à l'application d'une loi. Cela dit, la fraude à la loi ne peut se produire que lorsque l'élément de rattachement se trouve plus ou moins sous la dépendance de la volonté des parties ou est susceptible de déplacement. Il en est ainsi de la nationalité, de la situation du meuble etc.

Le changement du point de rattachement doit être effectif ; sinon, il s'agirait d'une simulation à laquelle on peut faire échec en rétablissant la réalité.

La question s'est toutefois posée de savoir si le choix d'une loi applicable à un contrat sans aucun rapport avec la localisation de celui-ci, peut être privé d'effets pour fraude ?

- D'aucun le pense, c'est le cas de Yvon Loussouarn et autres⁸. D'après eux, la liberté de choix des parties se limite aux pays avec lesquels le contrat présente une attache ou à tous le moins « ceux à la loi desquelles les contractants ont une raison valable de se référer ».
- D'autres, comme Batiffol et Lagarde⁹ s'y refuse. En effet, pour eux, on ne peut reprocher aux parties d'avoir choisi un droit qui leur convient même si c'est dans le but d'échapper aux dispositions impératives du droit normalement compétent. La raison est que selon eux, la théorie des lois de police permet suffisamment la garantie des dispositions de ce droit.

Outre cet élément matériel, il faut un élément intentionnel pour que la fraude soit caractérisée.

b) L'ELEMENT INTENTIONNEL

Le changement du rattachement doit avoir pour but le changement de la loi applicable. Et l'auteur de la fraude cherche uniquement à obtenir dans la modification du rattachement un résultat précis sans accepter les autres conséquences essentielles qui en découlent.

A titre d'illustration, on peut citer l'affaire de la princesse de Beauffremont. Il s'agit dans cette affaire d'une princesse qui, voulant divorcer, se fait naturaliser en Allemagne où elle obtient le divorce selon la loi allemande avant de se remarier. Le divorce et le remariage ont été sans effet en France du fait qu'ils ont été obtenus en fraude à la loi française¹⁰.

Il faut reconnaître toutefois, que cet élément intentionnel est le plus difficile à prouver. C'est le cas notamment dans l'hypothèse d'un changement de nationalité qui entraîne de multiples effets juridiques. Certes, la preuve de cet élément subjectif est difficile mais elle n'est pas impossible.

Ainsi, des circonstances objectives peuvent permettre d'établir la fraude. C'est l'exemple de cette femme qui change de nationalité pour immédiatement divorcer et qui n'est pas disposé à s'intégrer dans son pays de naturalisation.

2- LA SANCTION DE LA FRAUDE A LA LOI

Il est clair que la sanction doit consister à rendre inefficace la situation créée grâce à la fraude. Par exemple, le juge décide de ne pas tenir compte du changement de domicile ou de nationalité opéré par la personne dont le statut personnel est en cause. Et dans cette hypothèse, on fait application de la loi à laquelle voulait échapper l'auteur des manœuvres frauduleuses.

DE QUELLE LOI DOIT T-IL S'AGIR POUR QUE LA FRAUDE SOIT SANCTIONNEE ?

Si la plupart des systèmes juridiques admet la sanction de la fraude commise à l'encontre du droit étranger, il en est autrement en ce qui concerne le droit positif sénégalais.

⁸ Voir ouvrage de DIP, N° 266

⁹ Traité de DIP, N° 371

¹⁰ Civ. 18 mars 1878

En effet, l'article 851 du code de la famille ne sanctionne que la fraude à la loi sénégalaise. Ce qui fait qu'il n'est en principe envisagé que le rejet de la loi rendue frauduleusement applicable au détriment de la loi sénégalaise qui aurait dû s'appliquer.

Mais une telle solution est critiquable pour une double raison :

- La première est que la fraude à la loi étrangère peut s'analyser comme une fraude indirecte à la règle de conflit du for,
- La seconde est que toute fraude est répréhensible en soi. C'est sans doute pour ces raisons que la jurisprudence française a abandonné une telle position.

Une autre question que soulève la sanction de la fraude est celle de sa portée lorsqu'est en cause un acte juridique.

DOIT-IL S'AGIR D'UNE ANNULATION OU D'UNE INOPPOSABILITE ?

En effet, l'acte juridique doit-il être annulé par le juge du for ou est-il seulement inopposable à celui-ci ?

Le fait que le juge du for n'est pas le pouvoir d'annuler un acte accompli à l'étranger par une autorité public étrangère atteste la thèse selon laquelle, l'inopposabilité paraît mieux adaptée à l'objectif de l'exception de fraude.

Ainsi, le juge ne peut que déclarer inopposable, par exemple, une naturalisation obtenue à l'étranger. Ce qui lui permet d'éliminer le résultat recherché par la modification de l'élément de rattachement.

INTRODUCTION

- I- L'OBJET DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE
- II- LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE
 - 1- DOMINATION DES SOURCES NATIONALES
 - 2- PLACE RELATIVE DES SOURCES INTERNATIONALES
- III- DOMAINE D'ETUDE : LES CONFLITS DE LOI DANS L'ESPACE

1^{ERE} PARTIE : LES METHODES DE RESOLUTION DES CONFLITS DE LOIS DANS L'ESPACE**CHAPITRE 1^{er} : LA METHODE DOMINANTE DE LA REGLE DE CONFLIT BILATERALE****SECTION 1 : LA STRUCTURE DE LA REGLE DE CONFLIT BILATERALE****PARAGRAPHE 1^{er} : LES CATEGORIES DE RATTACHEMENT**

- A- LE STATUT PERSONNEL
- B- LE STATUT REEL
- C- LE STATUT DES ACTES ET FAITS JURIDIQUES

PARAGRAPHE 2^{eme} : LES FACTEURS DE RATTACHEMENT : LES SOLUTIONS DE PRINCIPE**SECTION 2 : LES CARACTERES COMMUNES AUX REGLES DE CONFLIT BILATERAL****CHAPITRE 2 : LES DEROGATIONS A LA METHODE DE LA REGLE DE CONFLIT BILATERALE****SECTION 1^{ere} : LA REGLE DE CONFLIT UNILATERALE****SECTION 2^{eme} : LES LOIS DE POLICE****LES QUESTIONS QUE SUCCITENT L'ETUDE DES LOIS DE POLICE****DEUXIEME PARTIE : LA MISE EN ŒUVRE DE LA METHODE DE LA REGLE DE CONFLIT****CHAPITRE 1 : LE CHOIX DE LA REGLE DE CONFLIT A METTRE EN ŒUVRE****SECTION 1 : LE PROBLEME DE LA QUALIFICATION****PARAGRAPHE 1 : POSITION DU PROBLEME ET PRINCIPE DE SOLUTION**

- A- LA POSITION DU PROBLEME
- B- LES PRINCIPES DE SOLUTIONS AU PROBLEME DE QUALIFICATION

PARAGRAPHE 2 : LA SOLUTION RETENUE

- A- PRINCIPE DE LA QUALIFICATION LEGE FORI
- B- MISE EN ŒUVRE DE LA QUALIFICATION LEGE FORI

SECTION 2 : LA MISE EN ŒUVRE DE LA REGLE DE CONFLIT APPLICABLE**PARAGRAPHE 1^{er} : LE PROBLEME DE L'APPLICATION D'OFFICE PAR LE JUGE DE LA REGLE DE CONFLIT.****PARAGRAPHE 2^{eme} : LE CHANGEMENT DE LA REGLE DE CONFLIT ET DE LA CIRCONSTANCE DE RATTACHEMENT**

- A- CONFLIT TRANSITOIRE INTERNATIONAL
- B- LE CONFLIT MOBILE
- C- LE RENVOI
 - 1- POSITION DU PROBLEME
 - 2- LA JUSTIFICATION DU RENVOI
 - a) LA THEORIE DU RENVOI LOGIQUEMENT NECESSAIRE :
 - 1° LA THEORIE DU RENVOI DELEGATION
 - 2° LA THEORIE DU RENVOI REGLEMENT SUBSIDIAIRE
 - 3° LA THEORIE DU DOUBLE RENVOI (FOREIGN COURT THEORY)
 - b) THEORIES FONCTIONNELLES DU RENVOI
 - c) LE RENVOI EN DROIT POSITIF
 - 3- L'APPLICATION DU RENVOI

CHAPITRE 2 : L'APPLICATION DU DROIT ETRANGER ET SES LIMITES**SECTION 1^{ere} : L'APPLICATION DU DROIT ETRANGER****PARAGRAPHE 1^{er} : LA PREUVE DU DROIT ETRANGER****PARAGRAPHE 2^{eme} : L'INTERPRETATION DU DROIT ETRANGER****SECTION 2^{eme} : LES OBSTACLES A L'APPLICATION DU DROIT ETRANGER****PARAGRAPHE 1^{er} : LA DEFILLANCE DU DROIT ETRANGER****PARAGRAPHE 2^{eme} : L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL**

- 1- LA NOTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL
 - a) LE CONTENU DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL
 - b) LES CARACTERES DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL
- 2- LES EFFETS DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC

PARAGRAPHE 3^{eme} : LA FRAUDE A LA LOI

- 1- LES CONDITIONS D'EXISTENCE DE LA FRAUDE
 - a) L'ELEMENT MATERIEL
 - DOIT-IL S'AGIR D'UNE ANNULATION OU D'UNE INOPPOSABILITE ?
 - b) L'ELEMENT INTENTIONNEL
- 2- LA SANCTION DE LA FRAUDE A LA LOI
 - DE QUELLE LOI DOIT-IL S'AGIR POUR QUE LA FRAUDE SOIT SANCTIONNEE ?
 - DOIT-IL S'AGIR D'UNE ANNULATION OU D'UNE INOPPOSABILITE ?