



L'OFFICE DU JUGE EN MATIÈRE DE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

Par

NDIAYE Ndeye Amy

Maitre de conférence assimilé à l'UGB

Ndeye-amy.ndiaye@ugb.sn

Résumé :

Au Sénégal, depuis l'entrée en vigueur du Code de la Famille, le législateur a définitivement opté pour la judiciarisation de la rupture du lien matrimonial. La version faite à l'amiable, plus connue sous le nom de divorce par consentement mutuel, est souvent qualifiée de souple, d'équitable, de commode et d'un peu plus conforme à la culture sénégalaise. Par ailleurs, une lecture beaucoup plus fine des textes combinée à une analyse plus poussée de la réalité, démontre que ce type de divorce n'est pas ou ne devrait pas être aussi simpliste que certains le pensent. A l'épreuve de la pratique, il soulève des difficultés qui n'ont pas été complètement abordées ni réglées expressément par le législateur sénégalais encore moins par la doctrine. Le présent article souligne l'importance de l'office du juge en la matière, en dépit de l'apparente passivité de son rôle.

Mots-clés : Office du juge, divorce, consentement, convention, homologation,

Introduction



Le développement et l'actualisation des concepts tels que l'autonomie de la volonté¹ et ses corollaires comme la liberté contractuelle ou même le principe du consensualisme démontrent à souhait, l'importance accordée à la volonté individuelle non seulement dans les divers systèmes juridiques² mais aussi dans les différentes matières de la discipline juridique. Un auteur comparait l'autonomie de la volonté à « la pierre angulaire de tout l'édifice juridique »³. En droit commercial⁴ comme en droit civil⁵, la volonté des parties occupe une bonne place dans leur convention. Elle est au centre des transactions privées. La matière familiale n'est pas en reste. La force de la liberté individuelle l'a progressivement bouleversée pour devenir la pièce centrale de son système et de ses procédures. Le symbole flagrant d'une telle consécration peut être perçu dans le domaine de la rupture matrimoniale où il est admis que les époux peuvent sceller la fin de leur union par accord mutuel. On parle de divorce par consentement mutuel.

Le divorce peut être assimilé à « la rupture du lien conjugal provoquant la dissolution du mariage du vivant des époux »⁶. Il emporte donc séparation définitive des époux. La formule conclue par consentement mutuel n'est pas une découverte du législateur sénégalais. Il serait l'héritage lointain du droit romain du *divortium bona gratia* qui existait à côté du *repudium*.

¹ Trouvant ses assises dans l'individualisme philosophique et le libéralisme économique, le principe d'autonomie de la volonté prendrait ses racines au XVII et XVIII^e siècles. Il a été développé par d'éminents philosophes comme Kant, Rousseau, Hobbes, Pufendorf, Locke. Par ailleurs, ledit principe trouvera son éclosion avec la révolution française et a été plus tard juridiquement consacré avec l'adoption du code civil en 1804. Selon Gounot, « C'est cette efficacité propre du vouloir individuel que l'on désigne sous le nom d'autonomie de la volonté », E. GOUNOT, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé- Contribution à l'études critique de l'individualisme juridique*, Paris, Arthur Rousseau, 1912, p. 3.

² A titre d'exemple le contrat étant une source volontaire d'obligation, des auteurs considéraient le contrat comme le symbole du juste. Fouillé disait tout simplement « qui dit contractuel dit juste », J. L. BAUDOUIN et alii, *Les obligations*, 6^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 2005, p. 118.

³ E. GOUNOT, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé-Contribution à l'études critique de l'individualisme juridique*, op.cit., p. 28. Voir également, N. CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, Paris, L.G.D.J, 1988, p. 13.

⁴ Sur la place de l'autonomie de la volonté en droit des contrats internationaux voir I. F. KANDEM, « L'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux », *Les Cahiers de Droit*, vol. 40, n° 3, septembre 1999, pp. 645-663.

⁵ Selon la formule célèbre de Fouillé « qui dit contractuel dit juste ».

⁶ S. GUINCHARD, T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25^e éd., 2017-2018, p. 774.



Plus tard, elle a été consacrée d'abord par la loi française du 20 septembre 1792 et ensuite par le Code Napoléon de 1804 qui supprimait le *repudium*⁷.

Au Sénégal, avant l'avènement du Code de la Famille (CF), beaucoup de mariages étaient soumis au droit coutumier et rompus selon les formalités prévues par celui-ci. Ainsi, la répudiation⁸ était admise et relevait exclusivement de la décision souveraine du mari⁹. Mais, depuis, le code de la famille a été adopté et le droit a évolué. De fait, la jurisprudence a considéré que la répudiation constitue une injure grave¹⁰, qu'elle ne dissout plus les liens du mariage et n'empêche plus la condamnation pour bigamie¹¹. Depuis l'entrée en vigueur du CF, le législateur a définitivement opté pour la judiciarisation de la rupture du lien matrimonial. Le divorce est soit constaté, soit prononcé par le juge. Ce dernier est un professionnel « dont la situation est régie par le statut de la magistrature et qui, à des degrés divers participe au fonctionnement du service public de la justice »¹². En matière de divorce, son intervention est obligatoire. Dans d'autres contextes, les débats restent animés entre le divorce judiciaire et le divorce conventionnel¹³ ou autour de la problématique de l'hétérogénéité et de la pluralité des

⁷ Le *repudium* résultait du refus unilatéral de l'un des conjoints de continuer la vie commune. Il s'étendait aussi à l'acte par lequel le fiancé répudiait sa fiancée et réciproquement.

⁸ La répudiation n'est plus reconnue en droit sénégalais. De jurisprudence constante, elle est aujourd'hui qualifiée comme une injure grave et contraire à l'ordre public. Arrêt n°84 du 15 juillet 2015, Matière : Civile et commerciale, Cour suprême, Dakar, *AbA/MKS*, arrêt n°J:408 et 443/RG/14, disponible sur <https://juricaf.org/arret/SENEGAL-COURSUPREME-20150715-84>, consulté le 15 mars 2024.

⁹ P. T. FALL, N. NDOUR, *Projet de recherche sur la rupture du lien matrimonial : Étude sur le Sénégal*, Dakar, IDHP/UCAD, Institut Danois des droits de l'homme, 2013, p. 8.

¹⁰ TPI Dakar, 19 juillet 1983, *Aff. Epoux Dieng et Fall*, Jugement, n°2445, inédit.

¹¹ « Attendu que pour prononcer la relaxe de la dame *Ac Ab B* du Chef de Bigamie, l'arrêt attaqué énonce qu'elle n'était plus dans les liens d'un précédent mariage, contracté avec le sieur *Ae Af A* du fait d'un divorce coutumier allégué par elle et qui résulterait de sa répudiation, alors que selon les dispositions de l'article 157 du Code de la famille qui sont d'ordre public, le mariage, même formé coutumièrement ne peut être dissout que par le consentement mutuel des époux constaté par le juge de paix ou par une décision judiciaire prononçant la dissolution du mariage à la demande de l'un des époux. QU'en statuant ainsi, les juges d'Appel ont violé les dispositions combinées des textes ci-dessus visés » ; Cour de cassation, Sénégal, arrêt du 16 mars 1993, n°11, cité par D. Ndoye, *Code de la famille du Sénégal annoté les textes et la jurisprudence*, EDJA, 2004, p.102.

¹² S. BRAUDO, *Dictionnaire du droit privé*, Barreau de Paris, 2019, disponible sur www.dictionnaire-juridique.com, consulté le 25 mai 2024.

¹³ En France, à la faveur de la loi du 18 novembre 2016, le débat doctrinal se poursuit sur l'opportunité de la présence ou non du juge dans la procédure de divorce.



règles de divorce¹⁴. Au Niger, plus précisément, la question du droit applicable (coutumier ou écrit) au divorce continue de susciter des interrogations¹⁵. Au Sénégal, ces questions ne semblent point se poser, le divorce reste définitivement judiciaire, qu'il s'agisse d'une procédure contentieuse ou consensuel.

En ce qui concerne le divorce par consentement mutuel, il est logé à la section VI du code de la famille, sur les effets extra matrimoniaux du mariage plus exactement à l'article 157 du chapitre II relatif au Divorce. Il résulte dudit article que : « le divorce peut résulter du consentement mutuel des époux, constaté par le juge de paix ou d'une décision judiciaire prononçant la dissolution du mariage à la demande des époux »¹⁶. Les articles 158 et suivants définissent la procédure alors que l'article 164 en fixe les effets.

Quand bien même, le divorce par consentement mutuel nécessite un accord sur le principe de la dissolution de mariage, un accord sur les effets patrimoniaux et extrapatrimoniaux, il est souvent qualifié de souple, d'équitable¹⁷, de commode et d'un peu plus conforme à la culture sénégalaise. Selon l'opinion commune, « quelques heures d'audience suffisent au juge aux affaires familiales pour constater de l'éventualité d'un couple, dont les deux membres souhaiteraient divorcer au même moment et dans les mêmes conditions »¹⁸. Pourtant, le divorce par consentement mutuel est souvent le fruit de concessions, d'une négociation préalable à l'audience, dont le juge ignore la teneur¹⁹. Dans la doctrine, ce type de divorce est aligné au titre des matières gracieuses où le juge ne semble disposer que de peu de pouvoirs. Il arrive en aval de la procédure, en principe après l'élaboration de la convention de divorce des époux. Il ne fait que constater judiciairement le divorce. Certains semblent même

¹⁴ Au Niger, le juge est toujours à la quête du droit applicable au divorce. Voir à ce propos, M. N. ATTO, « Le juge nigérien en quête du droit applicable au divorce », *Revue Africaine Sciences Politique et Sociales*, N° 29, 2020.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ En remplacement des justices de paix, la loi n° 84-19 du 2 février 1984 fixant l'organisation judiciaire a créé les tribunaux départementaux. Le décret n°84-1194 du 22 février 1984 pris en application de la loi du 2 février 1984 a été abrogé par la loi 2014-26 du 3 novembre 2014 fixant l'organisation judiciaire du Sénégal.

¹⁷ P. T. Fall, N. Ndour, *Projet de recherche sur la rupture du lien matrimonial : Etude sur le Sénégal*, op.cit., p. 10.

¹⁸ N. CHROUBRAC, « Opacité et dangers du divorce par consentement mutuel (1) Les difficultés rencontrées par le juge », *Actualité Juridique Famille*, 2009, p. 387

¹⁹ Ibid.



soutenir que le juge intervient passivement dans le processus²⁰, contrairement au divorce contentieux où il demeure le maître du jeu.

Si en théorie, le divorce par consentement mutuel est ainsi perçu, la pratique semble y apporter quelques nuances. Le juge est soumis à l'obligation de vérification de la qualité du consentement et de la conformité des conventions à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Or, il était reconnu qu'en pratique, lors de « l'audience d'homologation, le juge ne pouvait matériellement, au cours de son bref entretien avec les époux, exercer un examen approfondi et, le cas échéant, déceler un état de dépendance ou une réticence dolosive »²¹. Aussi, il s'est avéré que le divorce par consentement mutuel homologué par le juge donnait lieu, dans plus de la moitié des cas, à un contentieux post-divorce dans les deux ans qui suivaient²². Si l'accord juridiquement formé revêt une validité juridique incontestable, tout en favorisant la célérité des procédures, il n'en reste pas moins fragile humainement et substantiellement, faute parfois d'avoir été suffisamment élaboré en assurant un traitement en profondeur du litige. *In concreto*, ni le temps alloué à la procédure, ni son format encore moins la complexité du litige familial ne semblent être en faveur d'un examen approfondi de la situation du consentement sur le divorce ainsi que de ses effets.

Face à ces multiples constats, le juriste ne peut manquer de s'interroger sur les tenants, aboutissants, implications et supports d'une telle liberté ou passivité dans la procédure de divorce par consentement mutuel. Ce questionnement est d'autant plus important que ce type de divorce soulève des difficultés qui n'ont pas été pleinement envisagées ni réglées expressément par le législateur sénégalais, et encore moins par la doctrine. D'où l'importance de réfléchir sur l'office du juge en la matière pour éclairer les éventuelles imperfections et confusions. Cette contribution scientifique se distingue par son analyse approfondie de l'office

²⁰ Y.NDIAYE, *Le Divorce et la séparation de corps au Sénégal*, NEAS, Dakar, 1979, p.24 ; C. FALL, « Déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel au Sénégal ou le divorce prononcé sans l'intervention du juge », 2014, p. 2, disponible sur <https://www.cheikh-fall.com/IMG/pdf/dejudiciarisation-divorce.pdf>, consulté le 10 août 2024.

²¹G. CORALIE « Le divorce sans juge et l'avocat », *Les Cahiers de la Justice*, vol. 2, no. 2, 2017, pp. 347-358, p. 353

²² Ibid.



du juge dans le cadre du divorce par consentement mutuel, remettant en cause la fonction minimaliste²³ qui lui est souvent attribuée.

Si l'office du juge ne serait qu'un ensemble de devoirs et de pouvoirs attachés à la fonction de juger, tout bien considéré, y réfléchir dans le cadre du divorce par consentement mutuel permettrait de circonscrire le rôle textuel et pratique du juge en la matière. De façon plus large, cela aurait le mérite de déterminer et d'analyser l'intervention singulière du juge dans le droit de la famille particulièrement dans la rupture du lien matrimonial par consentement mutuel; chose mal aisée dans un contexte sénégalais où le juge manœuvre pour trouver l'équilibre entre la culture, la religion sans jamais heurter le droit et la procédure qui les sous-tendent. Plus précisément, s'interroger sur l'office du juge permet d'examiner, sinon d'apprécier, quand est-ce que le juge intervient dans le divorce par consentement mutuel, quelles doivent être les modalités de son intervention et jusqu'où doit-il intervenir.

En termes autres, quelle lecture peut-on faire de l'office du juge dans le divorce par consentement mutuel ?

Aborder la question de l'office du juge dans le divorce par consentement mutuel requiert une prudence particulière, tant il demeure complexe de dissocier l'apparence de cette fonction de sa véritable portée, voire sa nature. En fonction du prisme à travers lequel on lit le régime juridique des pouvoirs du juge dans le divorce par consentement mutuel, on peut tantôt retenir l'illusion du retrait du juge dans le divorce par consentement mutuel (**I**); tantôt constater la réalité de son immixtion (**II**).

I. L'illusion du retrait du juge dans le divorce par consentement mutuel

L'illusion du retrait du juge dans le divorce par consentement mutuel peut être renforcée, d'une part, par une conception évoluée du mariage (A) qui tend à le considérer d'abord comme une affaire entre les époux, et d'autre part, par le caractère consensuel inhérent à ce mode de divorce (B), qui place l'accord des parties au centre du processus.

A. Une illusion de retrait entretenue par une conception évoluée du mariage

L'illusion du retrait du juge peut être comprise sous le prisme de l'évolution des conceptions sur le mariage qui a forcément eu un effet sur la vision que la société a, du droit sur la rupture matrimoniale. L'histoire du divorce en général et du divorce par consentement mutuel en particulier, reste marquée par une évolution en dents de scie influencée d'une part,

²³ Pour Souleymane TOE, « Il est réduit à un « simple contrôle judiciaire de la volonté des époux au divorce ». V. S. TOE, « Le juge et le divorce en droit burkinabé », *Revue électronique Afrilex*, 23 mai 2015, p.14, disponible sur <https://afrilex.u-bordeaux.fr/2015/05/23/le-juge-et-le-divorce-en-droit-burkinabe/>, consulté le 2 juillet 2024.



par une mue vers une conception contractuelle du mariage (1) et d'autre part, par une prise en compte progressive des libertés individuelles dans le mariage (2).

1. La mue vers une conception contractuelle du mariage

Constant dans l'histoire et universel dans l'espace, le mariage est pourtant différemment perçu selon les époques et les cultures. De même, la question du divorce reflète « la vision que la société a du mariage »²⁴ et résulte des réalités culturelles, religieuses et morales²⁵ propres à chaque peuple à une période donnée de son histoire²⁶. C'est ainsi que les contrastes entre les droits européens et les droits africains semblent être plus frappants en droit de la famille que dans n'importe quelle autres disciplines des sciences juridiques, notamment avant la colonisation. Faisant allusion à cette réalité, un auteur africain soutenait « sans exagération, que ces droits de la famille offraient deux conceptions différentes de la vie, l'une individualiste et temporelle, l'autre collectiviste et s'étendant au-delà de la vie actuelle »²⁷. Avec l'évolution et surtout l'influence de la colonisation, de telles conceptions ont été repensées. L'intervention des législateurs coloniaux, français et britanniques de même que la transformation générale de la société voire la désintégration de la grande famille ont influencé une part importante des normes liées au droit de la famille : l'âge du mariage, le consentement des époux, les questions liées au divorce avec l'interdiction de la répudiation ont plus ou moins connu des évolutions dans leur réglementation²⁸.

Le droit positif sénégalais, influencé dans une certaine mesure par le droit français, fruit des idées de la révolution de 1789, n'a pas été sensible à cette vague de progression. Le divorce par consentement mutuel a existé en France avec le triomphe des idées des philosophes de la

²⁴H. BOSSE-PLATIÈRE, « Dossier juridique - La réforme du divorce par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 : présentations, enjeux, débats », *Informations sociales*, vol. 122, no. 2, 2005, pp. 100-106, p.100.

²⁵M. KANE, « la protection des droits de la femme et le maintien de la famille sénégalaise », *Revue Sénégalaise de Droit*, 1974, Vol 8, n°16, pp 33-43, p.35.

²⁶Pour définir le mariage, les juristes romains employaient les formules suivantes : *Consortium omnis vitae* (association pour toute la vie) ; *divini et humani juris communicatio* (union de droit divin et humain. D. DHAINI, *Mariage et libertés : Étude comparative en droit français et libanais*. Thèse de doctorat, Université Paris Saclay, 2016,p.8.

²⁷K.T. OPOKU, « Le mariage africain et ses transformations », *Genève-Afrique/Geneva-Africa*, Vol 11.1, 1972, pp 31-37.

²⁸Ibidem.



Révolution qui ont influencé l'adoption de la constitution française de 1791²⁹ dont l'une de ses dispositions pertinentes énonçait que « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil »³⁰. Carbonnier soulignait à juste titre que « la gloire cachée de la Révolution c'est d'avoir voulu donner valeur constitutionnelle à la définition du mariage »³¹.

Au demeurant, si le mariage est qualifié de simple contrat³², sa dissolution devrait logiquement être possible en cas d'accord des parties sur le principe et les effets de la rupture. C'est ainsi que le divorce notamment par consentement mutuel a été légalisé, pour la première fois, par l'Assemblée législative, le 20 septembre 1792. Ladite assemblée avait sur la base de la liberté individuelle admis le divorce pour incompatibilité d'humeur et se fondant sur la nature contractuelle de l'union conjugale, elle a reconnu deux autres modes de dissolution du mariage à savoir le divorce pour causes déterminées et le divorce par consentement mutuel³³. Ce dernier a été, aussi, consacré par le code civil de 1804 avant d'être aboli lors de la restauration en 1816 pour être réintroduite bien plus tard par la loi de 1975³⁴.

Le divorce par consentement mutuel est ainsi définitivement reconnu et a été repris comme tel par le code sénégalais de la famille³⁵. Dans ce contexte, il n'est pas inutile de rappeler que, bien que le mariage demeure une institution, assortie d'un certain nombre de protections et d'obligations, il semble se dessiner une évolution conceptuelle concourant vers une approche contractuelle du mariage qui n'est plus exclusivement une affaire de deux familles. Un auteur a pu soutenir que « la consécration du divorce par consentement mutuel peut être interprétée

²⁹ La constitution a fait l'objet d'une proclamation révolutionnaire qui consacre le pas vers un mariage purement laïc. Le décret du 20 septembre 1792 opérera in extremis la laïcisation complète de l'état civil.

³⁰ Voir. article 7

³¹ I. THÉRY, C. BIET, *La famille, la Loi, l'État de la Révolution au Code Civil*, Imprimerie nationale, 1989. p. XVII, cite par P. MURAT, « La constitution et le mariage, regard d'un privatiste », *Les nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 2, n°39, p. 19-41, 2013, p.20.

³² Article 7 de la constitution française de 1791

³³ Didier VEILLON, « Le divorce en France du code civil de 1804 à la Loi du 26 mai 2004 », *Revue de droit Slovène*, 2006, vol III, n° 1-2, pp 45-62, disponible sur <https://hal.science/hal-02979023>, consulté le 22 mai 2024.

³⁴ La loi Naquet de 1884 avait carrément ignoré le divorce par consentement mutuel et était ainsi en recul comparé au code civil de 1804 même si elle avait le mérite de supprimer la discrimination homme-femme pour tout ce qui touche à l'adultère.

³⁵ Au Mali, en 2011, le Code des Personnes et de la Famille consacre pour la première fois le divorce par consentement mutuel des époux.



comme un passage du mariage-institution au mariage-contrat »³⁶. En effet, en Afrique en général, et au Sénégal en particulier, le droit des contrats a progressivement influencé le droit contemporain du mariage, érigeant la volonté des parties au sommet des prérequis nécessaires à la conclusion du mariage et « tout ce que la volonté peut faire, la volonté peut le défaire ». Ainsi, bien que le mariage soit avant tout une « union solennelle » par laquelle un homme et une femme s'engagent personnellement à s'unir pour la vie, ce même engagement peut être dissout dès lors qu'un consentement mutuel à rompre ce lien est exprimé.

Tout au plus, les liens entre la formule de divorce par consentement mutuel et le droit des contrats sont très étroits³⁷. La convention de divorce qui est la toile de fond qui règle tous les aspects liés à la rupture et à ses effets est avant tout le fruit d'un accord de volontés. La rupture et l'ensemble de ses effets procède du choix personnel consenti des époux³⁸. De même à l'instar du contrat, la convention de divorce, une foi homologuée, revêt une force obligatoire à l'égard des parties. Le principe de l'effet relatif des contrats reste également valable dans le divorce par consentement mutuel qui ne crée d'obligation qu'à l'égard des époux³⁹. Cette appréhension contractuelle demeure valable actuellement et reste consacrée par la jurisprudence. Il a été reconnu que jusqu'à son homologation judiciaire, la convention des parties est regardée comme un contrat ordinaire, ce qui explique également pourquoi le contrôle du consentement des parties, contrepartie nécessaire à la liberté laissée aux contractants, est opéré avec la même méticulosité que par le juge du contrat⁴⁰. En droit Sénégalais, il s'infère

³⁶ A. BENGALY et alii, *Rupture du lien matrimonial, pluralisme juridique et droits des femmes en Afrique de l'Ouest francophone*, Institut Danois des droits de l'Homme, 2014, p.31

³⁷ A ce titre, il faut aussi comprendre qu'à l'instar du droit des contrats, dans le cadre du divorce par consentement mutuel, le consentement n'oblige que si la volonté de ceux qui l'ont donné est saine, c'est-à-dire exempte de vices, ce qui nous ramène logiquement à la théorie des vices du consentement contenue dans les articles 61 et suivant du code des obligations civiles. Le consentement doit s'exprimer mais aussi exister. Pour apprécier sa qualité, le Code des Obligations Civiles et Commerciales (COCC) donne des hypothèses à la limite négative « Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, s'il a été surpris par dol ou extorqué par violence ». Les articles 61 à 64 du COCC explicitent les différents concepts susvisés.

³⁸ B. BARTHELET et al., *Guide du divorce*, Paris, LexisNexis, 2019-2020, p.10

³⁹ E. FREVAL, *Droit des contrats et divorce par consentement mutuel extrajudiciaire*, Mémoire de master 2, Université de Nantes, 2021, 2022, p.13, disponible sur <https://irdp.univ-nantes.fr/bibliotheque-virtuelle/memoires-de-m2>, consulté le 25 Août 2024.

⁴⁰ Cour de Cassation, France, Arrêt du 9 juin 2021, n°423, disponible sur https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=CASS_LIEUVIDE_2021-06-09_1910550#resume; consulté le 18 juillet 2024 ; Voir A la Une, Droit de la famille, « Homologation d'une convention de divorce : attention au revirement de l'un des époux », 6 juillet 2021, disponible sur <https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la->



des articles 158⁴¹ et 161 du code de la famille que dans le cadre du divorce par consentement mutuel, le législateur cherche à soutenir l'équilibre recherché entre la liberté conventionnelle des parties et leur encadrement judiciaire.

Le divorce par consentement mutuel est également le fruit d'une consécration juridique progressive des libertés individuelles dans le mariage.

2. La consécration juridique progressive des libertés individuelles dans le mariage

Kouassigan définissait avec une clairvoyance très nette que le mariage est le « contrat par lequel le chef d'une famille agissant au nom et pour le compte de cette dernière, engage une jeune fille avec ou sans son consentement et sur lequel il exerce la puissance paternelle dans les liens conjugaux avec un homme, membre d'une autre famille représentée par son chef et moyennant une contrepartie telle qu'elle est définie par la coutume de la jeune fille »⁴².

Cette perception du mariage a évolué au regard de l'évolution du monde en faveur de l'individualisme et les sociétés africaines n'y ont pas échappé. Pour le cas particulier du Sénégal, ancienne colonie française, l'introduction de certaines règles du code civil, à travers l'arrêt du 5 novembre 1830, a favorisé une certaine tendance qui fait qu'aujourd'hui la vie familiale, ne pouvant rester insensible à l'évolution des mœurs, s'est individualisée et, peu ou prou, démocratisée⁴³. Cet état de fait est rendu possible entre autres grâce à l'apport des instruments internationaux des droits de l'homme en général. Il en est ainsi de l'article 16 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH) de 1948 qui énonce qu'« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille..... ». Des dispositions similaires ont été reprises à l'article 23 du Pacte relatif aux Droits Civiques et Politiques⁴⁴, article 16 de

une/article/homologation-dune-convention-de-divorce-attention-au-revirement-de-lun-des-epoux/h/ea52c52f9d80cc02092897a6f5eeefae.html, consulté le 5 avril 2024.

⁴¹ L'article 158 relève l'importance du consentement libre mais aussi la liberté des époux quant à l'article 161, il encadre la liberté des époux avec les pouvoirs d'intervention du juge.

⁴² G.A KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?, Tradition et modernisme dans le droit de la famille en Afrique noire francophone*, Paris, A.Pédone, 1974, p.211.

⁴³ P. T. FALL, « Réflexion critique sur le divorce en droit sénégalais » in *Famille, Genre et Société, Revue Sénégalaise de Droit et Science politique* (ex droit sénégalais), n°13, Université de Toulouse, 2015-2016, pp 149, 150.

⁴⁴« 1. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat. 2. Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile. 3. Nul mariage ne peut être conclu sans le libre et plein consentement des futurs époux.....».



la Convention contre l'Élimination de Toutes les Discriminations à l'Égard des Femmes (CEDEF)...⁴⁵.

Au niveau régional, le principe de libertés individuelles est prôné par la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP) qui, sans pour autant citer expressément la liberté de mariage, soutient pour autant le principe de liberté individuelle en affirmant, sans équivoque, « l'attachement des peuples africains aux libertés contenues dans les instruments juridiques comme les conventions adoptées dans le cadre de l'organisation des Nations Unies ». Toutefois, c'est surtout le protocole spécifique aux droits des femmes et afférent à la Charte plus connue sous le nom de protocole de Maputo qui précise à son article 6 (a) : « Aucun mariage n'est conclu sans le plein et libre consentement des deux... ». L'interdiction du mariage forcé est ainsi acté .

Au Sénégal, l'ensemble des instruments susmentionnés ont été rappelés dans le préambule de la Constitution qui fait partie intégrante du bloc de constitutionnalité⁴⁶. Mieux, pour donner force à l'autorité de la liberté individuelle, ledit préambule énonce que « la Construction nationale repose sur la liberté individuelle et le respect de la personne humaine ». Même dans les hypothèses d'incapacité, le législateur prône la liberté de mariage puisqu'il recueille *ad validitatem* le consentement d'un tiers au mariage et mieux, le consentement du futur époux incapable est requis à titre principal⁴⁷. Appliqué *a contrario*, l'article 18 de la constitution condamne le mariage forcé considéré comme « une violation de la liberté individuelle. Elle est interdite et punie dans les conditions fixées par la loi » .

Par parallélisme des formes, la liberté individuelle qui prévaut dans la formation du mariage se retrouve dans le cadre du divorce par consentement mutuel. L'avènement même de la typologie du divorce par consentement mutuel rime avec le désir de changement dans un

⁴⁵ Les États parties prennent toutes les mesures nécessaires pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme : a) Le même droit de contracter mariage; b) Le même droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement; c) Les mêmes droits et les mêmes responsabilités au cours du mariage et lors de sa dissolution;... ».

⁴⁶ Décision n°12/1993 relative à l'interprétation du traité sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique , in Jurisen, la Constitution de la république du Sénégal et les avis et décision du conseil Constitutionnel, Dakar, ed. jurisen 1994, pp 47-52. V. aussi M. NGAIDE, « Le Conseil d'État du Sénégal et le principe de l'égal accès des citoyens à un emploi public : à propos de l'arrêt du 29 juin 2000, association nationale des handicapés moteurs du Sénégal contre l'Etat du Sénégal (arrêt n°12) », *Revue électronique Africalex*, n° 03, 2003, p. 9.

⁴⁷ N. C. M. NDIAYE, « Liberté individuelle et formation du mariage en droit sénégalais », *Annales africaines*, Vol 2, 2014, pp 44-74, p.56.



monde plus libéral et une société africaine, de plus en plus, promotrice des libertés individuelles. La prise en compte des évolutions sociologiques marquées par une volonté accrue d'augmenter les libertés individuelles constituait à chaque fois un objectif majeur des dernières réformes relatives au divorce . Il est vrai que la tendance dans beaucoup de législations étrangères est la libéralisation du divorce⁴⁸. Au Sénégal, le législateur a mis la volonté individuelle au cœur de la formation et de la rupture du lien matrimonial. Ce qui a poussé un auteur à affirmer que , « le mariage est par essence, le théâtre de la volonté individuelle. Autrement dit, l'union matrimoniale dans sa conception actuelle et naturelle ne peut prospérer que si elle est sous-tendue par la volonté des époux »⁴⁹. De façon plus extensive, il est possible de soutenir dans sa formation comme dans sa dissolution, le mariage reste sous-tendu par la liberté individuelle. Appliquée à la question du divorce par consentement mutuel, l'hypothèse se vérifie.

La manifestation de la liberté dans le cadre du divorce par consentement mutuel apparaît clairement à la lecture de l'article 158 : « Les époux ont toute la liberté pour régler de ces questions sous réserve du respect dû à l'ordre public et aux bonnes mœurs ». Les époux sont libres de rédiger leur convention qui peut prendre la forme d'un acte sous seing privé s'articulant autour des points suivant : la résidence des enfants, la garde des enfants, les visites, le montant de la pension alimentaire et le sort des biens mobilier et immobilier qui dépendrait en partie de l'option matrimoniale.

La liberté sous-tend également la procédure dans la mesure où les parties peuvent soumettre leur requête par écrit ou oralement puisqu'aucune formalité fixe n'est requise à ce niveau. Les époux peuvent faire la déclaration oralement. Au niveau de la procédure, il n'est pas prescrit que la requête conjointe soit à peine d'irrecevabilité contenir des mentions obligatoires telles que l'état civil, l'immatriculation à la Caisse de Sécurité Sociale et aux caisses de retraite. Pourvu que la demande soit accompagnée du livret de famille, de l'acte de mariage, des certificats de naissance et décès des enfants issus du mariage (art 159). La production de la preuve de l'état civil est cependant obligatoire. C'est ce qui ressort d'un arrêt où le juge a affirmé sans ambages : « qu'il résulte des dispositions combinées des articles 29, 98, 146 et 168 du code de la famille que la procédure de divorce, même par consentement mutuel, ne peut se développer que si les époux établissent la preuve de leur état par le seul

⁴⁸Voir à ce propos, P. T. FALL, « Réflexions critiques sur le divorce en droit sénégalais (étude de la jurisprudence) », op.cit.

⁴⁹ N. C. M. Ndiaye, « Liberté individuelle et formation de mariage en droit sénégalais », op.cit., p.48.



moyen de preuve que la loi autorise et qui est, en l'espèce, la production de l'acte de mariage pouvant s'obtenir, s'il n'a pas été dressé, par l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 87 du code précité, le juge d'appel a violé les textes susvisés »⁵⁰.

Le rôle de la procédure est simplement de permettre aux époux d'agir en toute responsabilité, de rompre sans pour autant avoir besoin de soulever des griefs. La simplicité est d'autant plus accrue qu'en droit sénégalais, il n'est nullement mentionné la présence obligatoire d'un avocat jouant le rôle d'arbitre pour harmoniser en toute équité les intérêts divergents des époux. La convention peut revêtir la forme sous seing privée. Elle détermine les effets du divorce.

En sus, à rebours du législateur français⁵¹ ou même celui plus proche à savoir celui malien⁵², le législateur sénégalais n'exige aucun délai pour décider d'introduire une demande de rupture matrimoniale par consentement mutuel. Le divorce par consentement mutuel peut se faire au lendemain même du mariage, aucune disposition du code de la famille n'interdit un tel acte. Il n'existe concrètement et/ou expressément aucun texte sur lequel le juge pourrait se baser pour réfuter une telle demande. Les articles 159 et 160 n'imposent aucun délai pourvu que les époux se présentent.

B. Une illusion de retrait dictée par le caractère consensuel du divorce par consentement mutuel

Le mariage est avant tout une question d'accord de volontés. C'est donc sans surprise que le divorce puisse résulter d'un simple accord de volonté. La volonté commune de divorcer doit non seulement exister et être manifestée lors de la conclusion de la convention de divorce mais aussi lors de la comparution devant le juge. La manifestation de l'accord de volonté dans le divorce par consentement mutuel (1) emporte des conséquences sur l'office du juge (2).

⁵⁰ Cour de cassation, Sénégal, Arrêt du 03 février 1999, n°41, disponible sur <https://juricaf.org/arret/SENEGAL-COURDECASSATION-19990203-41>, consulté le 26 juillet 2020.

⁵¹ Le législateur exige des délais de 6 mois avant le dépôt d'une requête conjointe, puis d'une période de trois mois de réflexion et après un délai de 6 mois pendant lequel la demande devrait être renouvelée à défaut de quoi, elle serait considérée comme caduque. Voir aussi les articles 230 et 231 de la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JO*, 12 juillet 1975, p.7172. Il est important de noter que la loi de 1975 s'efforce de prévoir les conséquences du divorce afin d'assurer la protection de l'époux le plus démuné et celle des enfants. En ce sens, en sus des pensions alimentaires dues à l'époux ayant la garde des enfants, elle instaure la prestation compensatoire destinée à atténuer les disparités financières créées entre les époux par le divorce. La loi prévoit également des moyens de contrôle du versement de ces pensions et prestations.

⁵² Aux termes de l'article 338 de la loi n°2011 – 087 du 30 Décembre 2011 portant code des personnes et de la famille : « Aucune demande en divorce par consentement mutuel ne peut être présentée dans les six premiers mois du mariage ou lorsque l'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection des incapables »



1. La Manifestation de l'accord de volontés dans le divorce par consentement mutuel

Dans son Traité des obligations de 1764, Pothier affirme que « la volonté et le pouvoir de la volonté sont choses précieuses, il faut les célébrer et les protéger ». Dans le cadre de la formation matrimoniale, la volonté constitue une condition essentielle. En droit sénégalais, cela est illustré à travers les articles 108 et 109 du code de la famille qui posent une condition psychologique fondamentale pour la validité du mariage : le consentement. Ce dernier peut être assimilé à une expression de volonté destinée à produire des effets juridiques. L'article 108 du code de la famille dispose que « chacun des futurs époux, même mineur, doit consentir personnellement au mariage. Toutefois lorsque la forme de mariage adoptée ne comporte pas la comparution en personne de l'un ou de l'autre des futurs époux au moment de sa conclusion, ils peuvent se faire représenter par mandataire, pourvu que les formalités des articles 126 et 127 aient été préalablement respectées ». C'est dire le caractère impératif du consentement personnel s'étend même dans le cadre d'un mariage avec un mineur. Ce dernier, nonobstant l'interdiction posée par son incapacité, est appelé à exprimer personnellement son consentement. Mieux, l'article 109 affirme que son consentement personnel doit être complété par le consentement de celui qui exerce sur lui la puissance parentale⁵³. Un double consentement est alors exigé et en cas de contrariété, il revient au juge du tribunal de statuer en tenant compte de l'intérêt de l'enfant.

En tout état de cause, le consentement est exigé à chaque fois qu'il est question de formation matrimoniale y compris pour un mineur. Il en est de même dans une certaine formule de rupture matrimoniale appelée autrement divorce par consentement mutuel. En effet, le consentement est une des conditions de fonds et un élément fondamental du divorce par consentement mutuel qui lui doit d'ailleurs son nom. Le consentement au divorce doit provenir des époux de la même manière qu'ils se sont mariés. Pour faire œuvre utile à l'acte juridique, il doit être libre, éclairé et exempté de vices conformément aux articles 62⁵⁴ et 64⁵⁵ du code des obligations civiles et commerciales. La violence comme l'erreur en constituent des causes de nullité.

⁵³ « Le mineur ne peut contracter mariage sans le consentement de la personne qui exerce la puissance paternelle à son égard. (...). Tout parent peut saisir le juge de paix du lieu de célébration du mariage s'il estime que le refus de consentement est basé sur des motifs non conformes à l'intérêt du mineur... ».

⁵⁴ « il y'a nullité lorsque la volonté de l'un des contractants a été déterminée par une erreur. Ce fait est établi lorsque l'autre contractant a pu connaître le motif déterminant pour lequel le contrat a été conclu. L'erreur de droit est vice du consentement dans les mêmes conditions que l'erreur de fait ».

⁵⁵ « La violence est cause de nullité lorsqu'elle inspire à un contractant une crainte telle que cette personne donne malgré elle son consentement. N'est pas considérée comme violence, la menace d'user légitimement d'un droit ».



Le consentement suppose donc une entente parfaite des époux dénuée de vices tant sur le principe du divorce que sur ses effets. Un accord sur le principe de divorce signifie un accord sur la rupture elle-même. La décision ferme, libre et sérieuse de rompre les liens conjugaux. Quant à l'accord sur les effets du divorce, il porte sur toutes les conséquences du divorce à savoir les questions liées à l'entretien, la garde des enfants, la répartition des biens⁵⁶, la pension alimentaire, les droits de visite ou de garde etc. Tous les éléments de l'accord doivent être matérialisés à travers la convention conformément à l'article 160⁵⁷. En clair, la demande de divorce doit être obligatoirement accompagnée d'un projet de convention réglant les conséquences de divorce, la situation des époux et les biens qu'ils possèdent de même que le sort réservé aux enfants.

En constatant le divorce, le juge mentionne expressément dans son dispositif que « le consentement des époux a été librement donné et que rien dans les accords relatifs à la situation des biens et au sort réservé aux enfants n'apparaît comme étant contraire à l'ordre public et les bonnes mœurs »⁵⁸. Le consentement conjoint voire mutuel est nécessaire selon la jurisprudence. La Cour de cassation française a constamment rappelé que le juge ne peut prononcer l'homologation portant règlement de tout ou partie des conséquences d'un divorce par consentement mutuel qu'en présence de conclusions concordantes des époux sur le contenu de cette convention jusqu'au terme de l'instance de divorce⁵⁹.

La finalité du consensualisme dans le cadre du divorce par consentement mutuel est le maintien de la nature amiable du divorce d'autant plus que telle est l'autre appellation de cette forme de divorce. D'autres parlent également de divorce par accord pour évoquer cette typologie de rupture matrimoniale qui se repose essentiellement sur le « consentement mutuel » à divorcer amiablement.

⁵⁶ A ce niveau un inventaire des biens meubles et immeubles devrait être effectué ainsi que l'attribution qui en sera fait. Voir à ce propos, Y. NDIAYE, *Le Divorce et la séparation de corps au Sénégal*, op.cit., p. 164, note de bas de page 67.

⁵⁷ « La demande en divorce doit être obligatoirement accompagnée d'une déclaration écrite ou orale précisant quelle sera la situation respective des anciens époux quant aux biens qu'ils possèdent et le sort réservé aux enfants nés du mariage (...) Concernant les enfants, la déclaration précise à qui la garde sera confiée et par qui la puissance paternelle sera exercée. Elle mentionne le montant des sommes qui, le cas échéant, seront versées par l'époux non gardien pour subvenir à l'éducation desdits enfant ».

⁵⁸TGI de Dakar, Jugement civil n°1066 du 07 mars 2023, *aff. AAMS/AASS*, inédit; TGI Dakar, jugement n°0370 du 26 janvier 2021, *Aff. FT/AHD*, inédit; TGI Dakar, jugement n°2281 du 17 mai 2022, *aff. AS/MB*, inédit.

⁵⁹Cour de Cassation, France, Arrêt du 9 juin 2021, n°423, disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000043658740?isSuggest=true>, consulté le 29 janvier 2024.



Il résulte de la jurisprudence qu'une convention établie sur la base d'un consentement mutuel est difficilement remise en cause et que même les vices du consentement doivent être très déterminants pour emporter la conviction du juge. C'est ce qui ressort de l'arrêt Nîmes confirmé par la Cour de Cassation. Dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel, l'ex épouse excipait de vice du consentement l'affectant en ce sens qu'elle était vulnérable sur le plan de la santé au moment de l'établissement de la convention de divorce. En réponse, la Cour d'appel soutient que bien que l'ex épouse affirmait qu'« au regard de son état de santé, elle n'était pas en mesure de donner un consentement libre et éclairé lors de la signature de la convention de divorce, elle ne se prévalait cependant pas d'une insanité d'esprit, alors que seul un trouble mental caractérisé à l'époque de l'acte critiqué pouvait être en soi de nature à vicier le consentement, ce qui n'était pas le cas en l'espèce »⁶⁰.

Le consentement dénué de vice implique des conséquences sur l'office du juge.

2. Les conséquences du caractère consensuel du divorce sur l'office du juge

La principale conséquence du caractère consensuel du divorce par consentement mutuel sur l'office du juge est sans doute son attitude de recul. En effet, la position du juge dans le divorce par consentement mutuel est en apparence très passive puisqu'il ne fait que constater le divorce.

Si dans le divorce contentieux, l'office du juge reste marqué par le dynamisme de ce dernier, tel ne serait pas le cas dans la rupture matrimoniale par consentement mutuel. L'explication est simple, dans le premier, les époux ne s'entendent pas sur le principe du divorce et/ou sur ses effets mais en tout état de cause, l'époux demandeur doit citer l'une des causes⁶¹ évoquées par l'article 166 du code de la famille et rapporter les preuves nécessaires à sa demande.

Le juge, saisi d'un divorce contentieux doit analyser les faits et apprécier tous les éléments soumis pour prononcer le divorce et souvent au tort exclusif de l'un des époux. Toutefois, le juge n'est pas toujours lié par le motif soulevé, au regard des faits et des éléments

⁶⁰ Cour de Cassation, France, Arrêt du 1 décembre 2021 disponible sur <https://www.courdecassation.fr/decision/61a71e884f1c1ce287fde626> consulté le 25 Juillet 2024.

⁶¹ Article 166 : « Le divorce peut être prononcé pour -absence déclarée de l'un des époux, - pour adultère de l'un des époux,-pour condamnation de l'un des époux à une peine infamante,-pour condamnation de l'un des époux à une peine infamante,-pour défaut d'entretien de la femme par le mari, -pour refus de l'un des époux l'exécuter les engagement pris en vue de la conclusion du mariage,-pour abandon de la famille ou du domicile conjugal,-pour mauvais traitement, excès , sévices ou injures graves rendant l'existence en commun impossible,-pour stérilité définitive médicalement établies,-pour maladie grave et incurable de l'un des époux découvertes pendant le mariage,-pour incompatibilité d'humeur rendant intolérable le maintien du lien conjugal ».



produits, il peut, au besoin, écarter le motif soulevé et baser sa décision sur une autre cause⁶². Pour illustrer le rôle important du juge dans ce type de divorce, un praticien averti souligne à ce propos « que la demanderesse en divorce qui invoque un motif précis tel que le défaut d'entretien, mauvais traitement, excès, sévices ou injure prévu par l'article 166 doit rapporter la preuve de l'existence de ces causes à défaut le juge ne peut prononcer le divorce sans leur substituer l'une des causes de divorce prévues par l'article 166 CF »⁶³.

En pratique, un époux peut demander le divorce en se basant sur le mauvais traitement et les preuves rapportées peuvent inciter le juge à prononcer le divorce sur la base d'une incompatibilité d'humeur rendant intolérable le maintien du lien conjugal. Un tel office requiert logiquement un dynamisme qui n'est apparemment pas nécessaire dans l'autre formule de divorce. L'article 157 du code de la famille sénégalais reconnaît que les époux qui optent pour le divorce par consentement mutuel n'ont pas à en soulever ou en expliquer la cause. Ils doivent seulement soumettre au juge le projet de convention. Alors en pratique, le juge n'a pas à fouiller les raisons qui ont mené au divorce, il ne doit pas non plus apprécier le degré d'altération du lien conjugal. Il se contente de « constater » et non de « prononcer » le divorce.

Le retrait apparent du juge dans le cadre du divorce consensuel voire son attitude passive serait d'autant plus compréhensible que l'article 161 afférent au pouvoir du juge ne mentionne nullement l'audience de conciliation et l'article suivant évoque automatiquement le «jugement ». Cela s'explique, dans une certaine mesure, par le fait que dans le divorce par consentement mutuel, l'on suppose que les époux ont murement réfléchi sur leur situation et veulent se séparer de façon souple. Il s'agit en l'occurrence d'un simple jugement de constatation de divorce. Par conséquent, l'audience de conciliation semble moins importante.

Évoquant l'office du juge sénégalais dans le cadre de la rupture matrimoniale des mariages coutumiers non constatés, le Professeur Pape Talla Fall va plus loin puisqu'il soutient que le juge est censé intervenir dans la dissolution d'un mariage que lorsque celle-ci n'est pas faite à l'amiable ; mais dès lors que les parties s'accordent sur le principe du divorce et sur ses effets, « le juge ne peut pas intervenir »⁶⁴. Toutefois, en pratique le juge sénégalais tente toujours de concilier les parties et même dans le cas d'un divorce contentieux, il essaie de les

⁶² Époux Ndiaye, jugement 22 février 1978, RJS, *CREDILA*, Volume III, p.115.V.aussi, époux Sarrazin, jugement 4 janvier 1977, RJS, *CREDILA*, 1982, Volume 3, pp 95 et ss.

⁶³ D. Ndoye, « Code de la famille du Sénégal annoté les textes et la jurisprudence », op.cit.p.109.

⁶⁴ P. T. FALL, « La rupture du droit coutumier en droit sénégalais », *Nouvelles annales africaines*, 2011, p.231



convaincre d'abord pour se réconcilier et à l'ultime étape d'opter pour le divorce par consentement mutuel⁶⁵.

Dans tous les cas, la conception que chaque société se fait du remède à apporter aux dissensions conjugales se traduit par des solutions hétérogènes. Au Niger, la loi se contente d'énoncer l'applicabilité de la coutume en matière de divorce sans préciser le contenu de celle-ci⁶⁶ mais son application reste subordonnée à la volonté des parties⁶⁷. Il en est de même en France où la volonté des époux, pilier fondamental dans le cadre du divorce⁶⁸ a incité à la consécration du divorce non judiciaire appelé autrement « divorce sans juge⁶⁹ ». L'exclusion partielle du juge dans le cadre du divorce consensuel a soulevé beaucoup de difficultés notamment celles relatives à sa reconnaissance dans le cadre du droit international privé. Un auteur averti en arrive à relever qu'il s'agit en réalité d'un divorce « sans garantie d'efficacité ». Ayant été effectué loin du juge, il peut poser un problème « des sécurité, prévisibilité et stabilité préconisées par les instruments européens de droit international privé de la famille ». Il s'y ajoute que sur « le terrain des conflits de lois, il risque de n'être efficace qu'en application de la loi française...du for »⁷⁰.

La simplification des procédures en la matière répond vraisemblablement à une autre logique liée au souci de désengorgement des prétoires. Les audiences de divorce foisonnent. Le tribunal croule sous le poids des demandes. L'on n'est pas encore arrivé au stade du législateur français qui a, plus ou moins, consacré aujourd'hui l'éviction du juge dans cette procédure de divorce. Dans le contexte sénégalais, le divorce, quelle qu'en soit la formule, doit être effectué devant le juge même si ce dernier ne fait que le constater.

⁶⁵ Entretien avec A.P, juge de famille, Direction de la protection de l'enfance, mai, 2024.

⁶⁶ M. N. ATTO, « Le juge nigérien en quête du droit applicable au divorce », *op.cit.*, pp 180-181.

⁶⁷ l'article 75 de la loi n° 2018-37 du 1er juin 2018 dispose: « a) lorsque les justiciables régis par la coutume l'ont d'un commun accord demandé » .

⁶⁸ loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 (JO 27 mai, p. 9319).

⁶⁹ Selon les termes de l'article 229.1 : « lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et de ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374 ». Code civil, version en vigueur depuis le 1 octobre 2016, disponible sur legisfrance.gouv.fr , consulté le 16 janvier 2022.

⁷⁰ H. PETRA, « Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé. Les aléas d'un divorce sans for », *Revue critique de droit international privé*, vol. 2, no. 2, 2017, pp. 143-158.



Dans la formule du divorce par consentement mutuel, les époux en désaccord doivent se montrer conscients des enjeux d'une rupture matrimoniale et de ses effets. Sous le contrôle du juge, ils devront gérer minutieusement leur divorce dans le respect des normes et des lois en vigueur. En revanche, la passivité du juge dans le cadre d'une telle rupture est encadrée pour le respect de l'ordre public, des bonnes mœurs et de l'équilibre des conventions. C'est aussi une manière d'éviter les litiges post divorces qui se seraient multipliés en France, en l'absence du juge dans les procédures de divorce par consentement mutuel poussant même un auteur à s'interroger : « le divorce par consentement mutuel: retrait du juge ou déplacement du contentieux ? »⁷¹.

II. La réalité de l'immixtion du juge dans le divorce par consentement mutuel

Le retrait du juge dans le cadre du divorce par consentement mutuel semble dissimuler la réalité d'une immixtion nécessaire de ce dernier. A l'épreuve de la pratique, l'on dénote une incursion nécessairement dynamique du juge dans ce type de divorce. Bien que celui-ci soit censé de se contenter de « constater » la rupture amiable des deux époux, il n'en demeure pas moins sollicité dans le cadre du divorce par consentement mutuel. En effet, il lui incombe de contrôler la qualité du consentement (A) et d'examiner le contenu de l'accord pour en déterminer l'homologation (B).

A. L'immixtion du juge dans le contrôle de la qualité du consentement

L'intervention du juge dans le cadre du divorce par consentement mutuel ne pourrait se réduire à une apposition mécanique de son sceau. C'est à partir de la combinaison des articles du 61 à 64 du code des obligations civiles et commerciales ainsi que des articles 158 et suivants du code de la famille qu'il faut tirer le contenu et l'étendue du pouvoir textuel du juge dans l'appréciation du consentement mutuel (1). A l'épreuve de la pratique, ce pouvoir demeure complexe (2).

1. Le pouvoir textuel du juge dans l'appréciation du consentement mutuel

En ce qui concerne le pouvoir du juge dans l'appréciation du consentement mutuel, les dispositions de l'article 161 du code de la famille sont formellement explicites en ce qu'elles posent l'essentiel des hypothèses probables. Elles imposent au juge chargé de l'homologation de la convention la charge de vérifier la validité sinon la qualité du consentement. Mieux, il l'autorise à faire « les observations qu'il estime convenables et s'assure de ce que leur

⁷¹ J.R. BINET, « Le divorce par consentement mutuel : retrait du juge ou déplacement du contentieux ? », *Le droit processuel de la famille*, Nantes, France, Novembre 2018 disponible sur <https://shs.hal.science/halshs-02541890v1>, consulté le 25 janvier 2024.



consentement présente toutes les qualités exigées par la loi (...) ». Si le juge « estime que le consentement de l'une des parties n'a pas été exprimé dans les conditions voulues par la loi, il rejette la demande ». Il s'infère dudit article que le juge est investi du pouvoir de contrôler la qualité du consentement et peut écarter les requêtes s'il estime que la volonté des parties n'est pas librement manifestée.

A ce propos, il importe de noter que les vices du consentement ne peuvent valablement être déterminés qu'à l'aune des cas concrets. Ce qui ne semble pas évident dans une institution aussi solennelle, privée ou sacrée que le mariage. Il revient au juge de vérifier si le consentement n'a pas été entaché de vices. Ce pouvoir semble être très ouvert puisque non expressément limité. La loi ne donne pas de canaux au juge pour apprécier le consentement. Il n'est pas interdit au juge d'utiliser tous moyens complémentaires pour s'assurer de l'intégrité du consentement. « Tout ce que la loi n'interdit pas, elle le permet ». Par conséquent, le juge doit minutieusement veiller à ce qu'aucune partie n'ait fait pression sur un autre pour lui imposer un choix parfois contraire à ses intérêts, un choix déséquilibré ou remettant en cause ses droits.

Il ressort de la jurisprudence que le juge familial a fait de la concordance de la conclusion des parties, le corollaire du consentement. Dans un arrêt opposant un couple alors que leur instance en divorce était sur le point d'aboutir au jugement d'homologation de leur convention et au prononcé consécutif du divorce, l'épouse estima finalement que le contenu de la convention ne préservait pas suffisamment ses intérêts. La cour d'appel lui donna gain de cause mais son conjoint se pourvoit en cassation contre une telle décision. La Cour de cassation rejette le pourvoi en affirmant dans un attendu de principe rendu au visa de l'article 268 du Code civil que « le juge ne peut prononcer l'homologation d'une convention portant règlement de tout ou partie des conséquences du divorce qu'en présence de conclusions concordantes des époux en ce sens » (§ 12). La Cour se basant sur les allégations de l'épouse qui prétendait que la convention protégeait insuffisamment ses intérêts, confirme que ladite convention ne reflétait plus la commune intention des intéressés⁷² et ne devrait plus être homologuée⁷³. Cet

⁷²Cour de cassation, France, Arrêt du 09 juin 2021, disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000043658740?isSuggest=true>, consulté le 25 avril 2024.

⁷³Il résulte de l'article 268 du code civil que le juge ne peut prononcer l'homologation d'une convention portant règlement de tout ou partie des conséquences du divorce qu'en présence de conclusions concordantes des époux en ce sens.13. L'arrêt retient que, Mme [F] faisant valoir en cause d'appel que l'acte notarié établi le 7 mai 2016 portant liquidation et partage des intérêts patrimoniaux des époux ne préserve pas suffisamment ses intérêts, ledit acte ne reflète plus la commune intention des intéressés.14. Par ces seuls motifs, abstraction faite de ceux, surabondants, critiqués par le moyen, la cour d'appel a légalement justifié sa décision.



arrêt fait écho à celui rendu plutôt par la Cour de Cassation le 12 février 2020 qui faisait dépendre l'homologation d'une convention déposée par un seul époux du dépôt par la seconde de conclusions concordantes⁷⁴. Celles-ci semblent être le corollaire du consentement des parties.

Au surplus, il est important de rappeler que dans les procédures gracieuses, *l'imperium* n'est pas totalement détaché de la *jurisdictio*, le juge de l'homologation doit exercer un contrôle sérieux sur l'accord de volontés des parties. L'analyse doctrinale majoritaire considère que l'office du juge de l'homologation relève de *l'imperium* plus que de la *jurisdictio* et que son intervention, qui ne saurait être concurrente de celle du juge du fond, doit être exempte de contrôle substantiel. Une atteinte conventionnelle à des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition étant néanmoins intolérable, le contrôle de l'ordre public est incontournable.⁷⁵ Ainsi entendu, le pouvoir de contrôle du juge ne s'arrête pas à l'hypothèse d'un consentement vicié, puisqu'il lui est autorisé d'engager les parties à modifier les solutions non « conformes à la légalité, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ».

L'étendue des pouvoirs de contrôle du juge est plus vaste en pratique car il lui est aussi autorisé de supprimer ou d'engager les parties à modifier les clauses « qui lui paraîtraient contraires à l'intérêt des enfants ou de l'un des époux », ce qui implique une appréciation du fond de la convention. Ce qui serait complexe, compte tenu de la nature des liens en cause.

2. Le pouvoir complexe du juge dans l'appréciation du consentement

Le pouvoir complexe du juge se manifeste à travers la précarité de ses moyens de contrôle, les difficultés d'apprécier la valeur du consentement dans le contexte du divorce par consentement mutuel et les fréquentes dissimulations opérées par les époux pour cacher les causes véritables du divorce.

S'agissant de la question des partages dans le divorce par consentement mutuel, un praticien averti a pu dire « que le divorce par consentement mutuel abrite souvent dans les faits, en marge des discours officiels, un vaste marchandage qui évolue au gré des rapports de

⁷⁴Cour de cassation, France, Arrêt du 12 février 2020, n° 129, disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT00004162037>, consulté le 25 avril 2024.

⁷⁵ X. VUITTON, « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure Civile », *Revue trimestrielle de droit Civil*, n°4, 2019 p.771.



force »⁷⁶. En intervenant, le juge doit garantir l'équilibre des intérêts dans un contexte aseptisé, dépourvu de toutes informations personnelles et subjectives⁷⁷. Il bute sur la précarité des moyens de contrôle. Le code de procédure civile semble assez vague sur la documentation minimum qui devrait accompagner les requêtes en homologation. Or l'intervention du juge est corollaire à son aptitude à disposer les moyens de son contrôle, aussi étroit soit-il.

Au regard de l'article 160⁷⁸, le juge ne dispose que de peu d'éléments étrangers à la convention pour fonder son analyse et statue sur les seules allégations et pièces du ou des requérants. L'office de ce juge est donc à la mesure de son ignorance et son contrôle demeure théoriquement formel, même s'agissant de la conformité de la convention à l'ordre public et de l'intégrité du consentement des parties. Pourtant, la convention qu'il est appelé à apprécier n'est ni une décision judiciaire ni une sentence. Elle n'est que l'œuvre des parties et en ce sens mérite une analyse profonde. Une requête conjointe ou par mandataire n'offre pas les mêmes garanties de loyauté qu'un débat contradictoire entre adversaires. « Le juge homologateur est un filet à larges mailles, mais celles-ci doivent être suffisamment solides pour empêcher que des conventions gravement viciées puissent recevoir force exécutoire⁷⁹ ».

Le pouvoir complexe du juge se manifeste également dans l'appréciation de la valeur du consentement⁸⁰. Celui-ci « ne peut apparaître au magistrat qu'à la faveur de l'entretien qu'il a avec chacun des époux. Au cours de celui-ci, au-delà des phrases convenues, il doit tenter de percevoir une réelle volonté de divorcer ou, au contraire, déceler la pression qui contraindrait

⁷⁶ S. DAVID, « Opacité et dangers du divorce par consentement mutuel », *Actualité Juridique Famille*, n°10, 2009 p.383.

⁷⁷ M. LAUER, *Obligations procédurales et droit au divorce*, Thèse de doctorat, Université Sud Toulon-Var, Centre d'étude et de recherche du contentieux, pp 49 et 50.

⁷⁸ L'article 160 du code de la famille, en énonçant les pièces annexes à la demande, cite :-la déclaration orale ou écrite précisant la situation respective des anciens époux, quant aux biens qu'ils possèdent et le sort réservé aux enfants nés du mariage ; il énonce que ladite déclaration fait état des biens meubles et immobiliers et de leur attribution respective aux époux. En ce qui concerne les enfants, « la garde sera confiée et par qui la puissance paternelle sera exercée »; la déclaration précise en plus, le montant des sommes qui seront versées pour subvenir à l'éducation desdits enfants.

⁷⁹ X. VUITTON, « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure Civile », *op cit.*, p.771.

⁸⁰ Emmanuel Kant disait : « ni la volonté particulière du promettant, ni celle de l'acceptant comme tel, ne suffisent pour que le sien du premier devienne celui du dernier, mais il faut une volonté unifiée des deux ». E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, Auguste Durand, Paris, 1853 (Exporté de Wikisource le 03/03/2016), p. 42.



l'un d'eux à accepter une séparation contre son gré, ou, enfin, constater que l'état psychique de l'un ou l'autre ne lui permet pas d'apprécier la situation »⁸¹.

Il est difficile au juge de contrôler de manière précise et rigoureuse si la volonté de chacune des parties a été libre, éclairée et exempte de vice. Le postulat d'une égalité au sein des couples n'est évidemment pas garantie par l'existence d'un consensus apparent. L'égalité juridique des époux ne rime pas forcément avec leur égalité réelle dans un contexte sénégalais. Considéré comme chef de famille et bénéficiant des prérogatives de puissance maritale⁸², l'époux, peut avoir une certaine prééminence sur sa femme dans le foyer. Habitée à des relations de subordination tant du point de vue des rapports d'ordre patrimonial qu'extrapatrimonial, la relation des époux pourrait remettre en question l'équilibre des conventions. Sans l'intervention active du juge pour vérifier la valeur du consentement mutuel, la volonté apparente commune peut être biaisée, le consentement peut révéler seulement la volonté du plus fort. Or, l'existence d'une liberté est fondamentale dans l'appréciation de la volonté qu'elle précède⁸³ car comme « il n'est pas nécessaire de passer par la toute-puissance de la volonté, (...), pour expliquer la liberté. Il faudrait sans doute au contraire pouvoir d'abord être certain de l'existence de la liberté pour apprécier s'il est possible de vouloir »⁸⁴. Ni l'époux, ni l'épouse ne doivent, à ce niveau, subir de pression au risque de tomber dans le divorce par « consentement forcé »⁸⁵. Le consentement mutuel ne se présume pas, sa simple allégation ne devrait pas faire foi devant le juge. Christian Charriere -Bournazel⁸⁶ ne s'était pas trompé lorsqu'il qualifiait « la réforme proposée (en France) pour le divorce par consentement mutuel⁸⁷ » d'absurdité en ce sens qu'elle incarnait tout simplement la loi du plus fort. Pourtant, en droit français, l'effacement de la présence du juge (sauf cas particuliers) fait place à la

⁸¹ N. CHROUBRAC, « Opacité et dangers du divorce par consentement mutuel », Actualité juridique, n°10, p.382, disponible sur <https://shs.hal.science/halshs-02262774>, consulté le 20 avril 2023.

⁸² Article 152 du Code de la famille.

⁸³ N. C. M. Ndiaye, op. cit. p.54.

⁸⁴ F. MAGNAN, *droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, 3ème édition Paris, PUF, 2007, p.64.

⁸⁵ H. MAZEAUD, « Le divorce par consentement forcé », Dalloz, Chron 141, 1963.

⁸⁶C. C. Bournazel, « le divorce sans juge c'est la loi du plus fort », Gaz, Pal, 2007, n°354, p.2.

⁸⁷ Le divorce sans juge peut avoir des inconvénients, le juge, arbitre neutre, permettait de garantir l'équilibre. Or maintenant, les époux sont à la merci des avocats et dans une certaine mesure du notaire.



présence obligatoire de deux avocats pour chacune des parties et d'un enregistrement de la convention auprès du notaire⁸⁸.

Définir l'objet et l'assiette du contrôle restreint ne suffit donc pas à cerner l'office véritable du juge, au contraire, il est important de s'intéresser à l'étendue de sa marge d'initiative, à ses pouvoirs, pour mieux comprendre sa marge de manœuvre. L'avenir du contrôle du juge, malgré la tendance libérale, doit être renforcée en Afrique. L'égalité des époux peut être bien chimérique quand bien même la loi l'instaure, devant l'absence d'un arbitre neutre voire passif, elle peut souffrir d'ineffectivité. L'abus de l'état de dépendance de l'un des époux sur l'autre, lui procurant un avantage manifestement excessif pourrait être un élément important sur lequel le juge devrait se pencher. Ce n'est pas seulement l'état de dépendance économique qui est envisagé mais aussi une dépendance psychologique.

Ni la loi, ni l'équité ne doivent être sacrifiées au nom du consensualisme. Les accords sont le fruit de négociations, lesquelles, procèdent toujours d'un rapport de force d'autant plus visible lorsque l'inégalité de puissance entre les parties est grande. Qui mieux que le juge, peut intervenir pour parfaire un accord juridique ? Pour répondre à cet impératif, le contrôle du juge doit s'exercer *a posteriori*, en tenant compte à la fois de la nature de l'affaire (en présence d'enfants) et de la situation des requérants (inégalité économique entre époux, état de dépendance ou vulnérabilité).

Un autre élément à prendre en compte c'est la dissimulation des causes de divorce. En effet, comme le soulignait un auteur, « si le divorce par consentement mutuel se caractérise essentiellement par la volonté des époux de divorcer , il n'en demeure moins que la rupture du lien matrimonial possède une cause »⁸⁹ . Un autre auteur enchaîne en soutenant que «le divorce sur demande conjointe dissimule toujours un litige entre les époux, à défaut ceux-ci ne divorceraient pas»⁹⁰ . Seulement, il est tout aussi clair que les parties ne sont pas tenues à soulever la cause de leur divorce devant le juge . Ce qui ramène certains à opter pour ce type

⁸⁸ Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374.

Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4.

⁸⁹ I. Y. Ndiaye, « Le mariage à l'épreuve du droit traditionnel », *Revue sénégalaise de droit*, janvier 2011, vol n°36, p.35.

⁹⁰ Doctrine, p.12



de divorce alors que la réalité en était autrement. En effet, la caractérisation de la société sénégalaise, très pudique, peut amener parfois les époux à vouloir se cacher derrière le divorce par consentement mutuel pour cacher la vraie cause de leur rupture. Il est fréquent de voir, devant la présence de preuves ou de soupçons graves d'adultère que les époux optent pour le divorce par consentement mutuel afin de dissimuler leur cause de divorce et ne pas subir aussi les critiques de la famille et de la société. Pour un époux, l'adultère de la femme peut remettre en cause sa dignité. L'option de la formule divorce par consentement mutuel pourrait consister dans le fait de cacher l'adultère⁹¹. Dans tous les cas de figure, si la volonté de dissimulation est établie et que l'élément caché avait un caractère déterminant pour l'autre époux, le dol pourra être invoqué⁹². Le juge, devant des époux qui semblent vouloir passer sous silence la véritable raison du différend conjugal, doit, dans tous les cas de figure apprécier si véritablement la rupture est le fruit d'un consentement lucide et éclairé.

B. L'immixtion du juge à travers l'homologation des conventions

Le terme «homologation» ne renvoie par lui-même à aucune définition précise. Schématiquement, elle pourrait être définie comme l'approbation judiciaire de certains actes qui leur confère la force exécutoire d'une décision de justice⁹³. Il s'infère de l'article 161 du code de la famille que le juge a le pouvoir de refuser l'homologation s'il contient des dispositions contraires à la loi, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Pour être fidèle à sa mission, le juge œuvre pour la préservation de l'ordre public (1) et de l'intérêt des enfants, d'une part et pour la sécurisation des conventions (2), d'autre part.

1. De la préservation de l'ordre public à l'intérêt de l'enfant

Si l'homologation est confiée à un juge, c'est à l'évidence qu'elle ne saurait être conçue comme l'acte mécanique d'un préposé au tampon⁹⁴. En effet, « le divorce n'est pas seulement la conséquence « logique » du consensualisme {...}, il procède au moins autant d'un souci

⁹¹ Entretien avec le juge A.Diouf, CA, Dakar, 7 février 2023.

⁹² Voir à ce niveau, C. Gaffine, « Le Divorce sans juge et l'avocat », *op.cit.* p.351.

⁹³ X. VUITTON, « Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile », *op.cit.*, p.771.

⁹⁴ *Ibid.*



d'ordre et de stabilité »⁹⁵. De toute évidence, dans le cadre d'une rupture matrimoniale à l'amiable, le contenu de l'accord appartient, *a priori* aux parties qui l'exercent sous le contrôle du juge qui est garant de l'ordre public et des bonnes mœurs.

Le périmètre d'appréciation de l'ordre public dans un contexte de divorce par consentement mutuel n'est pas aisé à identifier. Comme le souligne le Professeur Malaurie : « Une étude sur l'ordre public est un sujet téméraire. Nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert »⁹⁶. Dans le cadre des liens matrimoniaux, il est possible de définir l'ordre public comme l'ensemble des règles impératives ayant pour objectif de protéger l'institution matrimoniale et la famille. Ainsi distingue-t-on l'ordre public familial de l'ordre public conjugal. Le premier regroupe les rapports personnels, le mariage, le divorce, la filiation...⁹⁷ alors que le second comprend toutes les obligations du mariage : communauté de vie, fidélité, assistance, respect...⁹⁸. L'on peut ainsi avancer que l'ordre public conjugal est une subdivision de l'ordre public familial. En toute hypothèse, en droit sénégalais, sont considérés comme relevant de l'ordre public, « toutes les dispositions concernant l'intérêt de l'enfant telles que les obligations qui incombent aux parents quant à l'entretien, la garde, l'éducation, la sécurité et la moralité des enfants »⁹⁹.

Par ailleurs, au-delà de ce qui touche à l'enfance, le juge a un rôle crucial à jouer, en tant que seul appréciateur de l'ordre public de protection ou de l'ordre public familial, les textes ne renseignant pas limitativement sur le périmètre d'un tel ordre. Le juge doit chercher à comprendre en pratique la situation matérielle et morale de la famille et les conditions dans lesquelles sont vécus et élevés les enfants. Les aptitudes de chacun des parents à l'éducation, à assurer la garde et à s'occuper de l'enfant sont importantes. La protection du conjoint le plus vulnérable et de l'intérêt de l'enfant sont aujourd'hui la clé de voûte du droit de la famille.

⁹⁵ J. Guillard, « L'intervention du juge dans le conflit conjugal » in M.F.RIGAUX et alii, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformation et déplacement*, Bruxelles, Presse de l'Université Saint Louis, Ed.1983, 2019 p. 199-251, disponible sur <https://books.openedition.org/pusl/7505>, consulté le 24 janvier 2024.

⁹⁶ D. M. MARTY, « Le mou, le doux, le flou sont-ils des garde-fous ? », in J. CLAM et G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Droit et société-Recherches et travaux, 1998, p.209 s. cite par M. LAUER, *Obligations procédurales et droit au divorce*, op.cit., p 258.

⁹⁷ L'ordre public familial en droit sénégalais est essentiellement empreinte de considérations morales, culturelles et religieuses.

⁹⁸ M. LAUER, *Obligations procédurales et droit au divorce*, op.cit., p.259.

⁹⁹ Article 158 du code de la famille.



Ailleurs comme en France, malgré la réforme sur le divorce qui a consacré la tendance à l'effacement du juge dans le processus de divorce, ce dernier est interpellé à chaque fois que sa présence est réclamée par des enfants mineurs. L'intérêt de l'enfant, la protection des mineurs, du conjoint faible et des majeurs protégés relèvent de l'ordre public et des bonnes mœurs. En cela l'office du juge est déterminant car si la désunion s'effectue sans arbitre neutre, le divorce pourra être préjudiciable aux mineurs.

La question du consentement intéresse aussi l'ordre public. Les juges ont toujours énoncé dans leur décision : « Attendu qu'il résulte du dossier et des débats à l'audience, que la volonté des parties s'est manifestée librement et qu'il ne résulte de leurs accords, aucune disposition contraire à la loi et à l'ordre public ; qu'il échet en conséquence de constater le divorce par consentement mutuel des époux et d'homologuer leurs accords »¹⁰⁰. En droit international privé, la Cour de cassation française ¹⁰¹ a, dans un arrêt du 30 septembre 2020 opposant un couple qui contestait l'autorité de la chose jugée attachée au jugement de divorce par consentement mutuel rendu par un tribunal étranger, rejeté le pourvoi, alléguant que, dès lors que les époux « s'étaient accordés sur le principe et les conséquences d'un divorce par consentement mutuel (...) » et que Madame ayant consenti à la « procédure au cours de laquelle, elle avait pu valoir ses droits y compris par son représentant légal, le jugement de divorce étranger ne méconnaissait ni la conception française de l'ordre public international ni les droits garantis par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹⁰². Le raisonnement *a contrario* permet de déduire alors qu'un divorce par consentement mutuel qui ne se baserait pas sur un consentement mutuel remettrait en cause l'ordre public international.

Lorsqu'il confronte les époux en crise dans le cadre d'une rupture par consentement mutuel, le magistrat ne devrait pas être passif ou malaisé, il a l'obligation de vérifier concrètement dans quelle mesure l'ordre public et les bonnes mœurs ont été bien observés. Une clause interdisant le remariage d'un futur ex conjoint ; la visite d'un des parents ou le point de contact entre parent et enfant serait contraire à l'ordre public. Il en est de même de toute clause

¹⁰⁰ Voir Tribunal d'instance hors classe de Dakar n°0123, *Aff. MD/SS* du 10 janvier 2023 ; tribunal d'instance hors classe de Dakar, jugement civil n°2281, affaire AS/MB, 17 mai 2022.

¹⁰¹ Cour de cassation, France, Arrêt du 30 septembre 2020, n° 582, disponible sur https://jurisprudence.lefebvre-dalloz.fr/jp/cour-cassation-deuxieme-chambre-civile-2023-09-21-21-25456_g0b18d6cb-dc2d-49f3-a32d-0b3ff47045b5?r=search&query=divorce+par+consentement+mutuel&highlight=true, consulté le 2 mai 2024

¹⁰² Ibid.



ne prenant pas en compte le contexte d'évolution de l'enfant, la poursuite de sa scolarité, la spécificité de son état physique (handicap).

L'évolution des mœurs et des mentalités incite à une ouverture d'esprit et à une conception plus libérale des liens familiaux. L'ordre public matrimonial est de plus en plus guidé par les principes fondateurs des droits humains et devient progressivement un ordre public de protection contrairement à un ordre public de direction. Le Professeur Bénabent explique que la notion d'ordre public de direction dans la famille est de plus en plus rejetée pour faire place à l'ordre public de protection qui a comme finalité la protection des particuliers, le respect des droits fondamentaux de la personne humaine mais aussi l'intérêt de l'enfant¹⁰³. Le passage de l'ordre public familial à l'ordre public de protection témoigne d'un déclin d'un ordre public strict, rigide, commun à tous¹⁰⁴. Au Sénégal, malgré le conservatisme qui réfute tout changement aux formes d'union, la conception sur les liens et ruptures conjugaux évolue en faveur de la protection des droits de l'homme et de l'intérêt de l'enfant.

Le périmètre d'appréciation de l'intérêt de l'enfant présente également un intérêt dans le cadre du divorce. Le lien familial empreint de moralités met parfois les apparences au-dessus du droit et amène les époux à sacrifier leurs droits et malheureusement ceux de leurs enfants. Or l'intérêt des enfants prime au nom de la justice et des droits fondamentaux. Sont considérées comme relevant de l'ordre public toutes les dispositions concernant l'intérêt de l'enfant : l'entretien, la garde, l'éducation, la sécurité et la moralité des enfants. Le législateur exige le contrôle du juge pour tout ce qui touche à l'enfance sans pour autant définir le contenu dudit contrôle. Selon le vocabulaire juridique, le contrôle n'est rien d'autre que la vérification de la conformité à une norme, d'une décision, d'une situation ou d'un comportement¹⁰⁵.

Dans le cadre du divorce par consentement mutuel, le litige bien que dissimulé, demeure présent et sa dissimulation ne doit pas se faire au détriment de l'intérêt de l'enfant. Fort de ce constat, le législateur impose un contrôle judiciaire pour garantir le respect des intérêts des époux et surtout de leurs enfants. Même en l'absence de procès litigieux, le juge doit veiller à la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant. Ainsi dans le divorce par acceptation conjointe, une formule du divorce par consentement mutuel, la Cour de Cassation a toujours

¹⁰³ Voir à ce propos A. BENABENT, « l'ordre public en droit de la famille », Paris, Dalloz, 1996.

¹⁰⁴ Cour de Cassation, France, Arrêt n°49 du 15 février 2000 disponible sur <https://www.courdecassation.fr/decision/5fca322a9c3644b39432cdc9>, consulté le 20 janvier 2024.

¹⁰⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 14^{ème} édition, PUF, Quadrige, 1996.



imposé au juge d'énoncer que la convention dressée par les époux préserve suffisamment « l'intérêt des enfants¹⁰⁶ ».

L'absence de définition unanime sur la notion : « intérêt de l'enfant » laisse au juge toute la charge de caractérisation de son contenu¹⁰⁷. L'office du juge est déterminant dans son appréciation. Sa caractérisation peut « être envisagé de différentes manières, selon que l'on se réfère à tels modèles culturels, éducatifs... »¹⁰⁸. Dans le code de la famille, l'intérêt de l'enfant n'est pas méconnu puisqu'il survole dans la détermination des questions liées à la puissance paternelle¹⁰⁹, la garde des enfants¹¹⁰, l'adoption¹¹¹

Selon un praticien autorisé de la matière familiale, l'intérêt de l'enfant commanderait de vérifier que la « définition des modalités d'exercice de l'autorité parentale leur permet de conserver des liens suffisamment étroits avec chacun des parents mais également, que, au nom d'un partage équitable de leurs temps entre chaque parents, il ne leur soit pas imposé des allers-retours trop fréquents ou trop long entre les deux domiciles ou une découpe de la semaine qu'aucun adulte ne pourrait supporter »¹¹². En toute hypothèse, dans le divorce par

¹⁰⁶ Cour de Cassation, France, Arrêt n°45 du 4 mars 1981, Bull civ II.

¹⁰⁷ M. DOUCHY-OU DOT, « L'office du juge dans le contentieux familial », Colloque *Lexis Nexis Procédures*, Octobre 2014, Paris, p.8, disponible sur <https://hal.science/hal-04015445>, consulté le 23 octobre 2024.

¹⁰⁸ C. LESBATS, « L'évolution du contrôle du juge en matière gracieuse », *Revue juridique de l'Ouest*, vol 14, n°1, 2001-1. p.9.

¹⁰⁹ Article 277 : « ... Si les époux vivent séparés, sans que cette séparation ait été judiciairement prononcée ou constatée, le Tribunal Départemental peut, dans l'intérêt de l'enfant et sur requête de la mère ou du ministère public, confier à la mère l'exercice de la puissance paternelle. Cette décision cesse d'avoir effet par la réunion des époux, la séparation de corps ou le divorce... » ; « ... L'enfant dont la filiation à la naissance est établie uniquement à l'égard de la mère est soumis à l'autorité de celle-ci, sauf au juge de paix, en cas de reconnaissance postérieure du père, à décider le transfert de la puissance paternelle à ce dernier, si l'intérêt de l'enfant l'exige... ».

¹¹⁰ Article 279 : « ... Toutefois, si l'intérêt de l'enfant l'exige, tout parent intéressé peut demander que les conditions de garde, d'entretien et d'éducation de l'enfant soient fixées par le juge, notamment en cas de remariage de la veuve... »

¹¹¹ Article 6 du code la famille « L'adoption plénière confère à l'enfant le nom de l'adoptant et, en cas d'adoption par deux époux, le nom du mari. Toutefois les enfants du mari adoptés par l'épouse de celui-ci conservent le nom de leur père. L'enfant faisant l'objet d'une adoption limitée porte le nom de l'adoptant qu'il ajoute à son nom de famille; cependant le juge peut, dans l'intérêt de l'enfant, décider qu'il portera seulement le nom de l'adoptant » ; article 232 : « ... Président du Tribunal régional qui apprécie, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, s'il y a lieu d'en ordonner la restitution. La restitution rend caduc le consentement donné à l'adoption ».

¹¹² N. CHOUBRAC, « Opacité et dangers du divorce par consentement mutuel : les difficultés rencontrées par le juge », op.cit.p.387.



consentement mutuel, le juge doit impérativement apprécier l'intérêt de l'enfant alors qu'il ne dispose que de peu d'éléments factuels à son niveau pour l'apprécier.

2. De la sécurisation des conventions par le juge

Dans le domaine de la rupture matrimoniale par consentement mutuel, le juge sécurise les conventions¹¹³. Le jugement, une fois rendu est revêtu de l'autorité de la chose jugée. Il n'est pas en principe susceptible d'appel. Le rôle du juge est donc déterminant puisqu'il garantit la force de l'accord¹¹⁴. La jurisprudence a constamment posé le principe d'intangibilité des conventions régulièrement homologuées, réglant les effets de divorce. Dans un arrêt, la Cour de Cassation de Dakar a reconnu que le divorce par consentement mutuel est en principe non susceptible de recours sauf en cas de dol, a relevé que l'office du juge se borne à constater l'accord des parties en lui conférant force exécutoire. Ainsi, poursuit la Cour, « en infirmant le jugement du tribunal de première instance, la Cour d'Appel a violé l'autorité de la chose jugée s'attachant à la décision du tribunal de première instance¹¹⁵ ». Un arrêt antérieur rendu en 1987 s'inscrivait dans la même logique en ce sens qu'il soutenait : « le prononcé du divorce et l'homologation de la convention définitive ont un caractère indissociable et ne peuvent plus être remis en cause hors des cas limitativement prévu par la Loi¹¹⁶ ».

Il résulte de ces différents arrêts que le principe d'intangibilité de la convention est posé par une jurisprudence constante. L'homologation du juge confère automatiquement à la convention son intangibilité. Par ailleurs, il importe de nuancer le principe. La Cour a reconnu que « si la convention définitive homologuée, ayant la même force exécutoire qu'une décision de justice, ne peut être remise en cause, un époux divorcé demeure recevable à présenter une demande ultérieure tendant au partage complémentaire de biens communs omis dans l'état liquidatif homologué¹¹⁷. Cette position a été réitérée par la Chambre civile qui a fait valoir

¹¹³Il peut pointer les incohérences de la requête ou constater ses silences, et solliciter des explications sur des faits dont elle ne ferait pas état.

¹¹⁴G. Coralie. « Le divorce sans juge et l'avocat », *Les Cahiers de la Justice*, op.cit., pp. 347-358.

¹¹⁵ Cour de cassation, Sénégal, Arrêt du 19 juillet 2000, n° 105, disponible sur <https://juricaf.org/arret/SENEGAL-COURDECASSATION-20000719-1052000>, consulté le 24 juillet 2024.

¹¹⁶France, Cour de cassation, Arrêt du 6 mai 1987, pourvoi n°86-10.107, disponible sur <https://justice.pappers.fr/decision/2e0e84c6f90594ff85981ad321e4f6c17f74f70a>, consulté le 25 juillet 2024.

¹¹⁷ Cour de Cassation, France, Arrêt du 22 février 2005, n° 02-13.745, inédit.



dans une autre décision que, « la force obligatoire de la convention homologuée ne remet pas en cause la possibilité d'admettre une demande ultérieure de partage complémentaire¹¹⁸ ».

Il importe de noter que l'annulation de la convention n'emporte pas celle de la rupture. Elle ne peut affecter le jugement qui ne peut être attaqué que par les voies de recours prévues par la loi comme celle de la requête civile prévue à l'article 287 du CPC. Tout recours en l'espèce demeure sans effet sur la dissolution de l'union et, même si les époux, après annulation de leur accord sur la dissolution du mariage arrivaient à se réconcilier pour reprendre leur vie conjugale¹¹⁹.

Le juge n'a pas à élaborer l'accord sur le divorce, mais il en sécurise au moins le contenu. Autant il intervient dans la matière contractuelle pour atténuer la loi d'autonomie des parties, autant le juge intervient dans l'appréciation des conventions de divorce entre les parties pour apprécier sa conformité à la loi. La convention des époux doit organiser tous les éléments touchant aux effets du divorce et les sauvegarder. Une tâche très amphigourique si elle est laissée à l'appréciation exclusive des époux. L'exemple d'un divorce par consentement mutuel d'un couple marié sous le régime de la communauté des biens et propriétaire de biens immobiliers permettrait de mieux comprendre le caractère compliqué de partage des biens en l'absence d'experts qualifiés.

Le code de la famille n'exige nullement l'intervention d'un avocat ou d'un notaire dans la procédure alors que le contraire accorderait plus de garantie aux parties surtout la plus faible. En droit français, les textes exigent l'intervention obligatoire du notaire lorsque « l'état liquidatif porte sur des biens soumis à la publicité foncière »¹²⁰. Aucun texte du code de la famille sénégalais n'exige obligatoirement l'intervention de celui-ci dans le divorce. Pour que « le lien matrimonial puisse rompre sans heurts, très souvent, la procédure est faite en évitant l'implication des avocats et notaires »¹²¹.

Conclusion

¹¹⁸Cour de cassation, France, Arrêt du 30 septembre 2009, n°07-12.592, disponible sur <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000021105600>, consulté le 24 juillet 2024.

¹¹⁹ N. DIOUF, Droit de la famille, la pratique du tribunal départemental au Sénégal, Dakar, Abis édition, 2011, p.88.

¹²⁰ Article 1109 du code civil.

¹²¹ Entretien avec AP, juge de la famille, directrice de la protection de l'enfance, 23 mai 2024.



Le juge est d'un grand apport dans le règlement des conflits familiaux en général et dans le divorce par consentement mutuel en particulier. En apparence passif, son intervention est en réalité dynamique et présente un certain particularisme. Il est un juge de proximité, un pacificateur, médiateur ou conciliateur. Il dispose toute une gamme de pouvoirs, prenant en compte les éléments économiques, culturels, sociaux et psychologiques de la situation en cause¹²². Son office peut dans une certaine mesure être envisagée sous l'angle de la protection des personnes vulnérables telles que le conjoint désavantagé, la situation des mineurs et/ou des majeurs protégés. Il apparaît alors comme l'interprète privilégié de la loi, chargé de remettre en cause la convention qui préserve insuffisamment les droits et intérêts de tous. La loi lui en fait obligation.

L'importance de l'office adapté du juge est d'autant plus cruciale qu'en droit sénégalais, la présence du Conseil n'est toujours pas obligatoire ; or cela protégerait beaucoup plus les intérêts des parties. Elle garantirait mieux la disponibilité des informations nécessaires avant la conclusion de la convention. Du fait de sa fonction de conseil, l'avocat disposerait plus de temps nécessaire pour vérifier et davantage comprendre afin d'accompagner les époux dans l'élaboration des conventions et leur faire connaître sa teneur et son contenu. Ce devoir de Conseil et d'information est une obligation pour l'avocat ou le notaire lorsqu'il est impliqué dans le processus de divorce par consentement mutuel. La protection alors des époux dans le cadre du divorce par consentement mutuel ne prendrait de sens que si elle permettait aux parties d'avoir un accès clair à toutes les informations et à s'engager en toute connaissance de cause. L'absence de l'avocat ou sa présence facultative dans toute la procédure de divorce par consentement mutuel constitue une lacune en droit sénégalais. Mais cette lacune devrait pouvoir dans une certaine mesure être comblée par l'office du juge. Sa technicité et son audace lui permettraient de compenser les insuffisances ou omissions textuelles.

La particularité du droit de la famille n'autorise pas l'absence d'un arbitre engagé surtout dans l'aboutissement d'un processus de divorce. Le droit de la famille est par excellence un des droits les plus sensibles et qui épouse le mieux les contours coutumiers et religieux. Il oscille entre un modernisme marqué par le développement des concepts de liberté-égalité et un conservatisme lié au désir du respect de la culture et des bonnes mœurs. Pour mieux l'encadrer, l'état fixe ses contours avec les limites d'ordre public sous un fond commun de sécurité et de protection des personnes. Ainsi, loin de se cantonner à la nature consensuelle du divorce et à la

¹²² P. MALAURIE, Hugues Fulchiron, *La famille*, p. 17, cite par Pape Talla Fall, op.cit, p.152.



surface de l'accord qui lui est soumis, le juge est tenu de relever les déséquilibres que le dossier de divorce pourrait faire apparaître sur le bien-fondé de la demande. Sa passivité absolue ou son attitude réductrice n'offrirait pas de garantie nécessaire à l'essence du droit de la famille empreint de considération d'ordre public, de bonne mœurs et de protection de la personne humaine.

Le juge, malgré les consentements apparents des époux et au-delà des questions d'ordre public et de bonnes mœurs, doit faire observer les prescriptions légales, fouiller les conventions, questionner les clauses non claires, discuter des éléments ambigus, faire toutes les observations qu'ils estiment convenables, poser toutes les questions utiles.... Au besoin, « il peut engager les parties à modifier leur accord ». L'exercice correct et sérieux du volume de toute cette charge requiert souvent un temps nécessaire et une documentation plus ou moins importante. Compte tenu de la célérité de la procédure et des silences auxquels le juge se heurte de la part des parties, souvent peu enclines aux bavardages, sous l'œil bienveillant du législateur, il est difficile de soutenir que toute la rigueur ou le temps nécessaire soit mis au service de la justice attendue dans le divorce par consentement mutuel.

Quand l'on prend toute la mesure de l'office du juge, l'on s'aperçoit que sa tâche, dans le cadre du divorce par consentement mutuel est loin d'être si légère d'autant plus que le code de la famille du Sénégal semble muet sur certains points (majeurs protégés, intervention ou non du notaire dans l'évaluation des biens, voies et moyens de vérification du consentement, possibilité de se transporter dans le domicile conjugal, commettre des experts etc.) et la jurisprudence pas encore bien fournie en la matière.

De toute évidence, en droit sénégalais, il revient à la charge du juge saisi dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel d'apprécier souverainement, au cas par cas, le contenu des conventions en fonction de la qualité des requérants et de la nature de la situation de divorce en présence. Il est important quand même de mentionner avec Alain Benabent que « dans tous les domaines où l'ordre public, le contrôle étatique, se maintient, on s'aperçoit que sa justification vivante est, aujourd'hui, la protection »¹²³. Il est important donc de protéger l'époux le plus vulnérable, d'accorder une place importante aux majeurs protégés et de veiller impérativement et au plus haut niveau à l'intérêt de l'enfant.

La fonction de juger ne saurait se limiter à la « légidiction mécanique ». Elle ne saurait non plus se limiter à « un organe inerte de système juridique, à une simple courroie de

¹²³A. BÉNABENT, « L'ordre public en droit de la famille », op.cit., p. 475 et s.



transmission de règles abstraites , préétablies et statiques à des cas particuliers ». Il faut reconnaître au juge « un rôle de véritable acteur du système juridique qui dispose d'un certain pouvoir créateur de droit, doté d'une véritable responsabilité dans le développement du droit positif »¹²⁴. L'intérêt se présente plus dans la procédure de divorce qui (y compris par consentement mutuel) résulte très souvent de heurts et de perturbations dans les rapports interpersonnels entre époux. L'inadéquation criante voire criarde entre les attentes des parties et la résolution définitive du problème devant le prétoire et par le prétorien est un constat ressenti par les praticiens. C'est d'ailleurs l'une des raisons ayant poussé un des magistrats comme Gérard Philippe à écrire sur l'intervention du juge dans le conflit conjugal¹²⁵.

La doctrine sénégalaise s'est révélée particulièrement pauvre dans le domaine de l'office du juge dans la rupture matrimoniale par consentement mutuel. Le divorce n'est pas seulement la conséquence « logique » du consensualisme exacerbé qui prédominait. Il procède au moins autant d'un souci d'ordre et de stabilité. La passivité continue du juge ne remettrait-elle pas en cause cet ordre et cette équité tant recherchés? La souplesse de la procédure de divorce par consentement mutuel doit imposer au juge plus de rigueur et d'exigence ne serait-ce que pour s'assurer de l'égalité des parties et de leur équilibre. C'est une question non pas seulement de responsabilité professionnelle mais de la protection de l'équilibre des parties et de la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant.

¹²⁴ J.L. BERGEL, « Introduction générale sur l'office du juge », Actes de colloques, Université Paul Cézanne d'Aix-Marseille I, Paris, 29 et 30 septembre 2006 disponible sur https://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge1.html, consulté le 30 décembre 2024.

125

G. PHILIPPINE, et al., *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Saint-Louis Bruxelles, Presses universitaires, 1983, pp 199-251, disponible sur <https://doi.org/10.4000/books.pu1.7505>, consulté le 27 mai 2024.