

I. LE MARIAGE ET LA RECONNAISSANCE DES MARIAGES CÉLÉBRÉS À L'ÉTRANGER.....	3
A. RECONNAISSANCE DES MARIAGES CÉLÉBRÉS À L'ÉTRANGER : LES LIMITES DE LA FRAUDE À LA LOI.....	3
§ 1. <i>Le cadre juridique</i>	3
§ 2. <i>Présentation générale des décisions commentées</i>	4
§ 3. <i>Examen critique de la jurisprudence sous l'angle de la fraude à la loi</i>	6
(i) Influence de l'autorité de la chose jugée.....	6
(ii) La fraude à la loi.....	7
1. La portée de la théorie de la fraude à la loi.....	8
2. La fraude à la loi appliquée aux mariages célébrés à l'étranger.....	10
B. EFFETS EN BELGIQUE DES MARIAGES POLYGAMIQUES CÉLÉBRÉS À L'ÉTRANGER.....	14
§ 1. <i>Introduction : généralités sur le statut des mariages polygamiques en Belgique</i>	14
§ 2. <i>Mariage polygamique et pension de survie : le rôle de l'exception d'ordre public</i>	15
C. LES UNIONS ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE.....	19
§ 1. <i>La conclusion en Belgique d'une union entre personnes de même sexe</i>	19
(i) Première phase : application des règles classiques de droit international privé.....	19
(ii) Seconde phase : développement de règles nouvelles de droit international privé.....	21
1. La circulaire du 23 janvier 2004.....	21
2. Le Code de droit international privé.....	23
(ii) L'état actuel du droit international privé belge.....	24
1. Le mariage entre personnes de même sexe : ouverture aux situations internationales.....	25
2. La relation de vie commune : ouverture plus limitée aux situations internationales.....	27
§ 2. <i>Reconnaissance à l'étranger d'une union célébrée en Belgique : aperçu général</i>	29
(i) L'accueil du mariage entre personnes de même sexe célébré en Belgique dans les pays qui ont ouvert le mariage aux personnes de même sexe.....	30
(ii) L'accueil du mariage entre personnes de même sexe célébré en Belgique dans les autres pays.....	30
§ 3. <i>Reconnaissance en Belgique des mariages célébrés à l'étranger et des partenariats enregistrés à l'étranger</i>	33
(i) Reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe.....	34
1. Le principe de la reconnaissance.....	34
2. Les effets de la reconnaissance.....	35
(ii) Reconnaissance des relations de vie commune.....	36
1. Le principe de la reconnaissance.....	36
2. Les effets de la reconnaissance.....	36
II. LA DISSOLUTION DU MARIAGE.....	38
A. L'APPLICATION DU RÈGLEMENT BRUXELLES II BIS PAR LES JURIDICTIONS BELGES ET ÉTRANGÈRES.....	38
§ 1. <i>La notion de résidence habituelle</i>	38
§ 2. <i>L'application universelle du Règlement</i>	40
§ 3. <i>Coordination entre les règles de compétence internationale et interne</i>	40
§ 4. <i>Le for de nécessité</i>	41
§ 5. <i>Le jeu de l'exception de litispendance</i>	43
(i) Champ d'application – sort des mesures provisoires.....	43
(ii) Appréciation de l'antériorité de la saisine.....	44
(iii) Nécessité d'une introduction régulière des deux instances pendantes.....	45
(iv) La 'fausse' litispendance.....	46
B. LE DROIT COMMUN DE LA RECONNAISSANCE DES DIVORCES.....	47
D. LA RECONNAISSANCE EN BELGIQUE DES RÉPUDIATIONS.....	52
III. LA FILIATION.....	58
A. FILIATION BIOLOGIQUE.....	58

*Chargé de cours, ULg, avocat.

*Assistante, ULg, avocate.

* Assistante, ULG, avocate.

§ 1. <i>La compétence internationale des juridictions belges</i>	58
(i) Avant le 1er octobre 2004 : le régime en vigueur avant le Code.....	58
(ii) L'article 61 du Code de droit international privé.....	59
(iii) L'application des règles générales de compétence du Code.....	59
(iv) La compétence en matière de reconnaissance.....	60
§ 2. <i>Le droit applicable</i>	61
(i) Bref rappel du régime en vigueur avant le 1er octobre 2004.....	61
(ii) Actualité des règles en vigueur avant le 1er octobre 2004.....	62
(iii) Les règles de rattachement du Code.....	64
1. Le principe : application de la loi nationale de l'auteur.....	64
2. La règle particulière pour les conflits de filiation.....	65
3. Domaine de la loi applicable au lien de filiation.....	67
4. Droit applicable aux formalités de la reconnaissance.....	68
5. Les mécanismes de correction : la clause d'exception.....	68
§ 3. <i>L'efficacité des décisions et actes authentiques établis à l'étranger</i>	71
B. FILIATION ADOPTIVE.....	71
§ 1. <i>La Kefala de droit marocain et la tutelle officieuse de droit belge</i>	72
§ 2 <i>Le droit à l'adoption de majeurs : une appréciation au cas par cas ?</i>	73

Cette contribution se présente comme un panorama nécessairement sélectif des développements récents en droit international privé familial. Elle fait suite aux divers travaux rassemblés dans un précédent volume de la CUP déjà consacré à ce thème.¹ L'on abordera successivement les questions du mariage et de sa conclusion (I), de la dissolution du lien conjugal (en ce compris la reconnaissance des divorces obtenus à l'étranger) (II) pour terminer par les questions liées à l'établissement et à la contestation de la filiation (III).

I. LE MARIAGE ET LA RECONNAISSANCE DES MARIAGES CÉLÉBRÉS À L'ÉTRANGER

A. Reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger : les limites de la fraude à la loi

Depuis l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, une abondante jurisprudence a vu le jour à propos des effets en Belgique de mariages célébrés à l'étranger.² Cette jurisprudence se rattache à la difficile question des mariages simulés.³ Avant d'examiner en détail les questions que ces décisions soulèvent, il importe de rappeler les grandes lignes du régime de la reconnaissance en Belgique des mariages célébrés à l'étranger.

§ 1. Le cadre juridique

La Belgique n'a pas ratifié la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance des mariages. Le Code de droit international privé prévoit toutefois certaines dispositions spécifiques qui visent la reconnaissance d'actes authentiques étrangers concernant l'état civil.⁴ Selon l'article 31 du Code, ces actes ne peuvent faire l'objet d'une transcription ou d'une inscription sur les registres d'état civil belges que si les conditions de l'article 27 § 1^{er} sont remplies.⁵ Cette disposition exige que la validité de l'acte étranger soit établie « conformément au droit applicable en vertu de la présente loi, en tenant spécialement compte des articles 18 et 21 ». Contrairement au régime plus libéral applicable aux jugements étrangers, il faudra vérifier sur base du droit déclaré applicable par le Code si l'acte est valable. Pour le mariage, l'on tiendra compte des articles 46 et 47 du Code. Le législateur a par ailleurs attiré l'attention des autorités sur les articles 18 et 21, qui visent d'une part

¹ P. WAUTELET (dir.), *Actualités du contentieux familial international*, Commission Université-Palais vol. 80, Larcier, 2005, 290 p.

² Les décisions ont été rassemblées et publiées par le point d'appui en droit international privé du VMC, à l'adresse suivante www.vmc.be/vreemdelingenrecht/wegwijs.aspx?id=3667.

³ A propos desquels l'on lira l'importante synthèse de A. HUYGENS, « Oneigenlijke huwelijksmigratie. Schijnhuwelijken : stand van zaken anno 2006 », *Tijd. Vreemd.*, 2006, 238-277. Adde M.-CL. FOBLETS et D. VANHEULE, "Marriages of convenience in Belgium : the Punitive Approach Gains Ground in Migration Law", *Eur. J. Migration L.*, 2006, 263-280.

⁴ Voy. en général T. KRUGER et J. VERHELLEN, « De erkenning in België van buitenlandse familerechtelijke akten », *Tijd. Vreemd.*, 2006, 278-285.

⁵ Il s'agira d'une transcription de l'acte lorsque l'intéressé possède la nationalité belge (voy. l'article 48 du Code civil, tel que modifié par l'article 128 du Code de droit international privé).

la fraude à la loi et d'autre part l'exception d'ordre public. Ce rappel dénote une certaine méfiance du législateur vis-à-vis des actes étrangers, méfiance qui contraste avec la générosité dont fait preuve ce même législateur à l'endroit des jugements étrangers.

Il appartient en première ligne à l'officier d'état civil de procéder aux vérifications imposées par le Code. En cas de doute « sérieux », l'officier d'état civil peut faire appel au Ministère public.⁶ En cas de refus par l'officier d'état civil de procéder à l'inscription ou à la transcription, le Code permet aux intéressés d'introduire un recours devant le tribunal de première instance.⁷ La procédure à suivre est celle prévue pour les décisions judiciaires étrangères.⁸

Au total, ce sont les règles de rattachement du Code qui doivent servir de premier point de repère pour apprécier la validité des mariages célébrés à l'étranger.

§ 2. Présentation générale des décisions commentées

La plupart des décisions examinées concernent des faits fort similaires.⁹ Dans la quasi totalité des espèces, les candidats au mariage avaient d'abord essayé de s'unir en

⁶ Il n'est donc pas question pour l'officier d'état civil de se décharger systématiquement des dossiers difficiles en sollicitant automatiquement l'avis du Ministère public.

⁷ Il n'y a pas lieu d'assigner l'officier d'état civil ou la commune. La procédure à suivre est celle de la requête unilatérale. Le parquet interviendra bien entendu.

⁸ Avec Mme Verhellen et Kruger (*art. cit.*, 208) on peut regretter que le Code n'ait pas expressément prévu la possibilité pour les personnes intéressées de s'adresser aux tribunaux belges pour faire constater que l'acte dressé à l'étranger répond aux conditions posées par le Code et doit dès lors être reconnu. L'article 27 § 1^{er}, al. 4 du Code ne permet apparemment la saisine des juridictions belges que lorsque « l'autorité refuse de reconnaître la validité de l'acte ». Outre que l'on peut se demander ce qu'il faut entendre par « recours », il faut constater que le Code ne permet pas à une partie de solliciter l'aide de la justice de façon préventive, afin d'éviter toute difficulté, ou encore lorsque l'autorité sollicitée, par exemple l'administration communale de l'état civil, tarde déraisonnablement à répondre à la demande de reconnaissance formulée.

⁹ Civ. Anvers, 18 novembre 2005 (n° de rôle 05/2537/B) (mariage célébré au Maroc entre un ressortissant belge et une ressortissante marocaine) ; Civ. Anvers, 23 décembre 2005 (n° de rôle 05/3266/B) (mariage au Maroc ; la décision ne permet pas de déterminer avec précision la nationalité des intéressés) ; Civ. Anvers, 31 janvier 2006 (n° de rôle 05/2795/B) (mariage célébré au Danemark entre un ressortissant égyptien et une ressortissante belge) ; Civ. Anvers 6 mars 2006 (n° de rôle 05/565/B) (mariage célébré au Maroc entre un ressortissant marocain et une ressortissante belge) ; Civ. Anvers, 20 mars 2006 (n° de rôle 05/3549/B) (mariage célébré au Kosovo ; la décision ne permet pas de déterminer avec précision la nationalité des intéressés) ; Civ. Anvers, 31 mars 2006 (n° de rôle 05/4837/B) (mariage au Nigérian entre un ressortissant nigérian et une ressortissante belge) ; Civ. Anvers, 20 avril 2006 (n° de rôle 05/4354/B) (mariage célébré en Suède entre un ressortissant pakistanais et une ressortissante belge) ; Civ. Tongres, 28 avril 2006 (n° de rôle 05/1671/A) (mariage célébré au Maroc entre un ressortissant marocain et une ressortissante belge) ; Civ. Tongres, 12 mai 2006 (n° de rôle AR 05/100/C) (mariage célébré en Turquie entre un ressortissant turc et une ressortissante belge) ; Civ. Leuven, 25 septembre 2006 (n° de rôle 06/90/B) (mariage célébré en Albanie entre un ressortissant belge et une ressortissante albanaise) ; Civ. Brugges, 8 novembre 2005 (n° de rôle 05/14.583) (mariage célébré en Suède ; la décision ne permet pas de déterminer avec précision la nationalité des intéressés) ; Civ. Liège, 8 septembre 2006 (n° de rôle 06/2670/B) (mariage célébré en Suède entre une ressortissante portugaise et un ressortissant indien). Voy. aussi Gand, 20 avril 2006, *Revue@dipr.be*, 2006, n° 3, 35 (mariage en Russie entre un ressortissant belge et une ressortissante russe) et C.E., n° 156.831, 23 mars 2006, *Tijd. Vreemd.*, 2006, 308; *Rev. dr. étr.*, 2006, 35.

Belgique. Les autorités compétentes avaient toutefois refusé de procéder au mariage, au motif que le projet de mariage ne visait pas à créer une communauté de vie durable au sens de l'article 146*bis* C. civ. Dans certains cas, ce refus a été confirmé par les tribunaux suite au recours des intéressés.

C'est suite à ce refus que les candidats au mariage ont fait appel aux autorités étrangères. Dans certains cas, le mariage a été célébré par les autorités d'un pays dont l'un au moins des époux était ressortissant.¹⁰ De façon plus surprenante, certains candidats au mariage ont choisi de se marier dans un pays avec lequel ils n'avaient aucun contact apparent.¹¹ Apparemment certains Etats jouissent des faveurs des candidats au mariage. Il s'agit notamment du Danemark et de la Suède, dont on sait qu'ils favorisent le mariage dans la mesure où seuls des documents d'identité suffisent pour permettre la célébration du mariage.¹²

Une fois le mariage célébré à l'étranger, les époux ont sollicité la reconnaissance du mariage auprès des autorités belges. Devant le refus de l'officier d'état civil d'accepter leur qualité d'époux, les intéressés ont introduit, comme le permet l'article 31, un recours devant le tribunal de première instance.¹³

C'est à cette occasion qu'est examinée la question de la reconnaissance en Belgique des mariages célébrés à l'étranger. Certaines décisions sont fort bien motivées, d'autres le sont de manière plus sommaire. Les arguments examinés par les juridictions se recoupent : dans la plupart des cas, les tribunaux ont examiné d'une part la question de la fraude à la loi et d'autre part celle de la contrariété à l'ordre public.¹⁴ Si la plupart des décisions refusent de reconnaître les mariages célébrés à l'étranger, certaines font toutefois droit aux recours des époux.

¹⁰ Par exemple : Civ. Tongres, 12 mai 2006 (mariage célébré en Turquie entre un ressortissant turc et une ressortissante belge).

¹¹ Par exemple : Civ. Anvers, 31 janvier 2006 (mariage célébré au Danemark entre un ressortissant égyptien et une ressortissante belge) ; Civ. Liège, 8 septembre 2006 (mariage célébré en Suède entre une ressortissante portugaise et un ressortissant indien) .

¹² Il semble que la facilité avec laquelle l'on peut se marier au Danemark et en Suède soit bien connue, à tel point que de véritables 'filiales' ont vu le jour dont le but est de retirer un profit de la conclusion du mariage. Voy. notamment l'article paru dans *Le Soir* du 14 mars 2006 sous le titre « Unis en Suède, punis en Belgique » par F. DELEPIERRE). L'Office des Etrangers a attiré l'attention sur les filiales danoises et suédoises dans son Rapport d'activités 2004 (pp. 95-96).

¹³ Dans d'autres cas, le mariage célébré à l'étranger a été soumis à l'appréciation de l'Office des étrangers à l'appui d'une demande de visa regroupement familial ou d'une demande d'établissement fondée sur l'article 40 § 6 de la loi organique du 15 décembre 1980. Il semble que lorsque l'Office estime que le mariage ne peut être reconnu au motif qu'il serait frauduleux, l'Office décide de ne pas prendre en considération la demande de visa. Sur la question de savoir si l'intéressé peut introduire une demande en révision à l'encontre de la décision de non prise en considération et surtout si la décision de l'Office déclarant irrecevable la demande en révision (seule demande avec un effet suspensif) peut faire l'objet d'un recours en suspension devant le Conseil d'Etat, voy. C.E., 23 mars 2006, *Tijd. Vreemd.*, 2006, 308 et *Rev. dr. étr.*, 2006, 35.

¹⁴ Les deux arguments sont souvent mélangés, notamment dans le cas de mariages dont les juridictions présument qu'ils sont simulés. Par exemple Civ. Anvers, 18 novembre 2005 (une analyse des faits permet au tribunal de déduire que le mariage célébré au Maroc n'est pas destiné à créer une communauté durable de vie entre les époux mais plutôt à accorder à l'un des époux un titre de séjour. Le tribunal en déduit que la reconnaissance du mariage est manifestement incompatible avec l'ordre public belge (art. 21) et que le mariage a été conclu au Maroc dans le seul but d'échapper à l'application du droit belge (art. 18 Code)).

§ 3. Examen critique de la jurisprudence sous l'angle de la fraude à la loi

Avant de s'intéresser à la question de la fraude à la loi, il importe d'examiner un autre argument pouvant être opposé à la reconnaissance du mariage célébré à l'étranger.

(i) Influence de l'autorité de la chose jugée

Avant d'examiner la pertinence du raisonnement suivi par les tribunaux sous l'angle de la fraude à la loi, il convient de faire un sort à une question préliminaire soulevée dans certaines affaires. L'on a déjà expliqué que dans certains cas, les candidats au mariage s'étaient heurtés au refus des autorités belges de donner suite à leur projet d'union. Ce refus avait parfois même été confirmé par les tribunaux sur recours des intéressés.

Suite à la tentative des époux de faire reconnaître en Belgique leur mariage célébré à l'étranger, il a parfois été défendu que la reconnaissance de ce mariage en Belgique heurterait l'autorité de chose jugée s'attachant à la décision ayant confirmé le refus de l'officier d'état civil de célébrer le mariage. L'argument a été invoqué par le ministère public dans une affaire soumise au tribunal de première instance de Anvers.¹⁵ Dans cette espèce, le tribunal a rejeté l'exception de chose jugée invoquée par le ministère public, estimant qu'il n'y avait pas identité entre les deux demandes puisque dans un premier temps les époux avaient sollicité l'autorisation de se marier en Belgique, alors que la seconde demande visait à obtenir la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger.¹⁶

On ne peut nier qu'il existe une similarité entre les deux demandes : dans les deux cas, le but poursuivi par les époux est de se voir reconnaître la qualité de conjoint. L'autorité de chose jugée n'existe toutefois qu'à la condition que tant l'objet que la cause des demandes soient identiques. Formellement au moins l'objet des demandes n'est pas identique puisque la procédure engagée en Belgique après la célébration du mariage à l'étranger ne vise pas à contester le refus des autorités belges de célébrer le mariage mais bien à obtenir la reconnaissance d'un acte authentique dressé par une autorité étrangère. L'on admettra toutefois qu'au-delà de cet aspect formel, les époux ont les mêmes visées dans les deux cas.

Il est plus difficile d'admettre que les deux procédures présentent la même cause. L'on sait que pour vérifier si cette identité existe, « il faut rechercher ce qui a été antérieurement contesté et jugé, en fait et en droit, et vérifier si la nouvelle demande tend à obtenir une décision sur une question litigieuse qui, après avoir été soumise à un débat, a été tranchée par un acte juridictionnel antérieur, en manière telle que la prétention nouvelle, si elle est admise, serait de nature à contredire ce qui a été certainement jugé ».¹⁷ Or le 'certainement jugé' par le premier juge ne concerne que le projet de mariage soumis initialement aux autorités belges. Accepter de donner effet à un mariage célébré à l'étranger après un refus initial des autorités belges, ne nous

¹⁵ Civ. Anvers, 31 janvier 2006.

¹⁶ Selon le tribunal, « *De rechtbank oordeelt dat het voorwerp van huidige vordering niet identiek is aan dat van de vorige vordering. De vordering die aan de grondslag van het vonnis van 15 februari 2005 ligt, betrof immers het voornemen van partijen om in België een huwelijk te sluiten, terwijl de huidige eis de homologatie van een buitenlandse huwelijksakte betreft* ».

¹⁷ A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Liège, 1987, 270, n° 361.

semble pas remettre directement en cause l'appréciation par le juge belge saisi du recours contre le refus de célébrer le mariage puisque dans le cadre de ce recours le juge se penche avant tout sur la pertinence de l'appréciation par l'officier d'état civil. En outre, cette appréciation est fonction des circonstances concrètes qui ont retenu son attention à l'époque et qui ont peut être changé.

L'exception de chose jugée ne nous semble dès lors pas pertinente pour apprécier la possibilité d'accueillir ou pas les actes de mariage en question.

(ii) La fraude à la loi

Dans la plupart des décisions examinées, les juridictions se sont appuyées notamment sur la fraude à la loi pour refuser de donner suite au mariage célébré à l'étranger. Parmi les éléments invoqués par les juridictions pour justifier, dans ces espèces, le recours à la fraude à la loi, l'on relève notamment :

- Le fait que les époux mariés à l'étranger ont d'abord essayé de se marier en Belgique, mais se sont vu opposer un refus par l'officier d'état civil, refus parfois confirmé par le tribunal sur recours ;
- Le fait que l'un des époux était en situation précaire, notamment suite à la signification d'un ordre de quitter le territoire et plus généralement en raison du caractère illégal de son séjour ;
- Le fait que le mariage a été célébré dans un pays tiers avec lequel aucun des époux n'a de lien;¹⁸
- Ou encore d'autres éléments de fait qui sont généralement retenus dans l'appréciation du caractère simulé d'un mariage, comme par exemple la grande différence d'âge entre les époux.¹⁹

Ce faisant l'examen par les juridictions de la fraude à la loi n'a rien à envier à l'examen auquel ces mêmes juridictions procèdent lorsqu'elles sont saisies d'un recours contre un refus de célébrer un mariage. Dans les deux cas, les juridictions s'intéressent à l'ensemble des circonstances de fait pour vérifier l'authenticité du

¹⁸ P. ex. : Civ. Anvers 31 janvier 2006 (à propos d'un mariage entre un ressortissant égyptien et une ressortissante belge célébré au Danemark, le tribunal explique que « *verzoekers geen enkele zinnige uitleg kunnen geven over de vraag waarom zij in Denemarken, een land waarmee geen van beiden ook maar enige binding heeft, zijn gaan trouwen. De enige mogelijke verklaring is dat zij meenden op die manier de Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand voor een voldongen feit te kunnen plaatsen. Er is dus wel degelijk sprake van een poging tot wetsontduiking* »). Voy. aussi Civ. Liège, 8 septembre 2006 (à propos d'un mariage entre un conjoint indien et un conjoint portugais, célébré en Suède, le tribunal se marient en Suède ; le tribunal note que « les parties se sont mariées en Suède, pays avec lequel elles n'ont aucun lien . . . Les parties n'essaient d'ailleurs pas de donner une explication du choix du lieu du mariage en fonction d'un rapport qu'elles auraient avec ce pays. Les requérants expliquent que pour se marier en Belgique, ils auraient dû réunir certains documents administratifs et qu'il semble que certains pays dans l'Union européenne tels que la Suède ou le Danemark sont plus flexibles et libéraux dans cette matière »)

¹⁹ Par exemple, Civ. Anvers, 31 janvier 2006 (12 ans de différence d'âge entre les époux).

projet de mariage. Dès lors que des circonstances précises font apparaître que ce projet n'est pas authentique,

Il est permis de penser que cette approche méconnaît la portée réelle de la théorie de la fraude à la loi telle qu'elle est consacrée par le Code. Nous tenterons d'en circonscrire la portée exacte avant d'appliquer les principes à la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger.

1. *La portée de la théorie de la fraude à la loi*

L'article 18 du Code a déjà donné lieu à d'abondantes réflexions dans des contextes différents.²⁰ Cette disposition a pourtant le mérite d'apporter une réponse à une question souvent discutée, à savoir si la théorie de la fraude à la loi doit être limitée, comme le suggérait notamment le Professeur Vander Elst,²¹ à la simulation de l'élément d'extranéité ou pouvait au contraire être utilisée de façon plus large pour réprimer l'utilisation volontaire des règles de conflit de loi dès lors que l'intention des parties était manifestement d'échapper à la loi normalement applicable.

Dans deux espèces, la Cour de cassation avait semblé se rallier à la version 'restrictive' de la théorie, retenant la seule simulation de l'élément d'extranéité comme fondateur de la fraude à la loi.²² Il est toutefois permis de penser que dans les deux cas, la prudence observée par la Cour s'expliquait par les circonstances particulières de la cause et notamment l'application de conventions internationales à l'efficacité desquelles aurait pu nuire une conception trop large de la fraude à la loi. Ceci est particulièrement le cas de l'arrêt *Ducati* qui mettait en jeu une clause d'élection de for parfaitement valable selon les conditions posées par l'article 23 du Règlement 44/2001. Dans cette espèce, la Cour a estimé qu'en « *excluant . . . que l'élément d'extranéité justifiant l'élection par les parties d'un for étranger soit simulé, l'arrêt attaqué justifie légalement sa décision qu'il n'y a pas fraude à la loi et que la clause litigieuse peut sortir ses effets* ». Ce faisant, la Cour a accordé, au moins implicitement, du crédit à la thèse selon laquelle la fraude à la loi est fondée sur la simulation d'un élément d'extranéité.²³ Ne peut-on pas toutefois accepter que l'appréciation de la Cour était également dictée par le souci de ne pas permettre trop facilement aux concessionnaires de remettre en question une clause que le droit européen valide ? Si tel était le cas, rien n'empêcherait la Cour d'adopter une théorie plus large de la fraude à la loi lorsque seules sont en jeu les règles de rattachement belges.

²⁰ Notamment à propos de la validité de donations effectuées à l'étranger. *Comp.* sur ce point L. WEYTS, "Vlucht niet naar Nederland, vlucht naar uw notaris : over schenkingen van roerend goed", *Tijd. Not.*, 2006, 370, spéc. n° 5 et A. VERBEKE, « Schenken in binnen- en buitenland », *Tijd Estate Planning*, 2006, 377-388, spéc. pp.383-388.

²¹ Voy. surtout R. VANDER ELST, *Droit international privé belge – Conflits de lois*, Bruylant, 1983, 344-352 et du même, « Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé », *Rev. crit. jur. b.*, 1981, (347), 355-359.

²² Il s'agit des arrêts bien connus *Petit c. Audi NSU* (Cass., 28 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, 1260) et de l'arrêt plus récent dans l'affaire *Ducati* : Cass., 21 juin 2001, *Performances S.A. c. Ducati Motor*, *Pas.*, 2001, I, n° 385, 1197 ; *Revue@dipr.be*, 2005/1, 20.

²³ En ce sens l'appréciation par A. NUYTS, « Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen », *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, (745), 746-749.

Quoi qu'il en soit, le Code de droit international privé a tranché de manière décisive. Les termes utilisés par l'article 18 du Code, et notamment l'insistance mise sur le « but » poursuivi par les parties, ne laissent pas de doute sur le fait que le législateur a entendu consacrer la théorie 'classique' de la fraude à la loi, reposant non sur une simulation du facteur de rattachement mais bien sur la création d'un facteur de rattachement bien réel dans l'intention de tourner la loi. L'on aura donc égard aux éléments classiques de la fraude à la loi : d'une part l'élément matériel, à savoir la modification de la règle de rattachement (ou d'un élément du raisonnement conflictuel) et d'autre part l'élément intentionnel, à savoir le fait que la modification de l'élément de rattachement n'était guidée que par le but exclusif de parvenir à l'application d'une loi autre que celle qui aurait été normalement applicable.²⁴

Force est d'ailleurs de constater qu'il serait bien difficile d'appréhender la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger sur la base d'une théorie de la fraude à la loi réduite à la seule *simulation* du facteur de rattachement. En effet, dans les cas d'espèce étudiés, il n'est pas contestable que les époux se sont rendu à l'étranger pour la célébration du mariage. Peut-on dès lors prétendre que l'élément d'extranéité était *simulé* ou fictif ? L'on conviendra aisément qu'il ait pu dans certains cas se révéler *artificiel*, notamment lorsque les parties n'avaient aucun lien avec l'Etat sur le territoire duquel le mariage a été célébré. Il nous semble que l'on ne peut toutefois prétendre que le lieu sélectionné par les époux constituait une tromperie ou un mensonge.²⁵

Dans cette mesure il faut regretter le glissement sémantique que l'on peut observer dans une décision du tribunal de Liège.²⁶ Dans un premier temps, le tribunal estime que si l'article 18 du Code donne une place à l'autonomie de la volonté, « la définition donnée à la fraude à la loi en matière de conflits de lois ne semble pas devoir conduire le juge à une introspection des consciences dès lors que la définition fait appel à des éléments objectifs ('des faits et des actes constitués') dont l'ensemble apporte des indices d'une volonté de manipulation ». Le tribunal en déduit que « le succès de l'exception suppose que soit établi le caractère fictif de l'élément de rattachement ». Sur cette base, la juridiction constate que les époux se sont mariés en Suède alors que ni l'un ni l'autre n'avait de lien avec ce pays, celui-ci ayant été sélectionné pour des raisons de commodité. Et le tribunal de conclure que « la situation n'a aucun lien effective avec la Suède [et] que les parties l'ont déplacée artificiellement vers un endroit avec lequel elles n'avaient pas de relation pour que le mariage puisse être soumis à d'autres règles que celles prévues par le droit belge, pays avec lequel elles avaient les plus fortes attaches ».

Il nous semble que ce jugement manque de cohérence dans la mesure où il évoque d'abord le facteur de rattachement fictif pour retenir *in fine* l'existence d'un facteur de

²⁴Voy. par exemple E. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi. Etude de droit international privé de la famille*, Defrénois, 2006, 40-43.

²⁵ M. Vander Elst estimait qu'il n'y avait pas fraude lorsque des époux, « dans le but de bénéficier d'une loi plus favorable à l'un des éléments de leur état (par exemple le mariage ou le divorce) changent réellement de nationalité, établissent vraiment leur domicile à l'étranger » (*art. cit.*, *Rev. crit. jur. b.*, 1981, 359). L'on conviendra que le stratagème utilisé par des époux qui souhaitent se marier au Danemark ou en Suède est quelque peu différent : loin d'établir leur domicile ou leur résidence habituelle dans ces pays, les époux n'y résident en général que quelques jours. La réalité de cette résidence, même temporaire, ne peut toutefois être contestée.

²⁶ Civ. Liège, 8 septembre 2006.

rattachement « artificiel ». Dans la rigueur des termes, le rattachement avec la Suède n'était pas fictif, il était 'simplement' artificiel.²⁷ Dans cette mesure il n'aurait pas été inutile de s'interroger sur l'intention des parties, ce que le tribunal a pourtant expressément refusé de faire.²⁸

2. *La fraude à la loi appliquée aux mariages célébrés à l'étranger*

Une fois posé que la théorie de la fraude à la loi telle que retenue par le Code permet de combattre les détournements volontaires de la règle de rattachement, encore faut-il appliquer cette théorie générale aux mariages célébrés à l'étranger. Si fraude il y a, elle doit porter sur la loi déclarée applicable par le Code. Il est dès lors hors de question d'invoquer l'article 18 pour tenter de réprimer une fraude quelconque aux diverses réglementations relatives au séjour ou à l'acquisition de la nationalité.²⁹ Si contournement de ces réglementations il y a, il doit faire l'objet d'une censure sur base de mesures propres aux domaines concernés.³⁰ Une autre interprétation donnerait à l'article 18 une dimension trop importante en l'élevant au rang d'instrument 'fourre-tout' mis au service d'autres disciplines juridiques qui ne souscrivent pas nécessairement aux impératifs fondateurs du droit international privé. Les termes de cette disposition ne laissent d'ailleurs subsister aucun doute : est seule visée l'intention d'échapper à la loi déclarée applicable par le Code. Or celui-ci n'est naturellement d'aucun secours s'agissant de déterminer la règle applicable l'acquisition d'une nationalité ou à l'obtention d'un titre de séjour.

Il faut dès lors se concentrer sur les seules questions relatives à la célébration du mariage qui sont visées par le Code. Il s'agit, comme déjà rappelé, des conditions de forme et des conditions de fond. Ces dernières doivent retenir par priorité l'attention puisque les décisions étudiées font apparaître un souci des autorités de vérifier l'existence d'un consentement à une communauté de vie durable.

L'emprise de la volonté sur le droit applicable à ces questions nous semble devoir être relativisé. S'agissant des conditions de fond, il faut en effet constater que dans de nombreux Etats, ces conditions seront, comme en Belgique, régies par la loi nationales de futurs conjoints. Sauf erreur de notre part, il en va ainsi au Maroc et en Turquie, où certains des mariages litigieux ont été célébrés.³¹

Une fraude à la loi n'est dès lors guère envisageable lorsque les candidats au mariage choisissent de célébrer leur union non en Belgique mais dans l'un de ces pays. Dans

²⁷ Sur la distinction entre le rattachement fictif et le rattachement artificiel, voy. M. TRAEST, « Article 18 », in *Le Code de droit international privé commenté...*, 98-99.

²⁸ Le tribunal a en effet refusé de se prononcer sur l'existence d'un mariage simulé : « La présente appréciation ne se fonde en rien sur une présomption de mauvaise foi ni sur l'idée d'un faux mariage mais seulement sur la constatation du caractère artificiel du rattachement au pays dont la loi a été appliquée en vertu de l'adage *locus regit actum* ».

²⁹ Sur ce point, voy. la récente extension de l'article 23 du Code de la nationalité belge par l'article 387 de la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses, M.B., 28 décembre 2006.

³⁰ Il en va de même par exemple pour les dispositions de la loi fiscale.

³¹ Pour le droit turc voy. l'article 12 de la loi turque n° 2675 du 20 mai 1982 sur le droit international privé et la procédure internationale (traduction en langue française parue in *R.C.D.I.P.*, 1983, 141) et les commentaires de T. ANSAY, *American-Turkish Private International Law*, Oceana Publications, New York, 1966, pp. 59 e.s. ainsi que de N. ULUOCAK, « Note sur le droit international privé turc », *R.C.D.I.P.*, 1983, (149), 153-154.

les deux cas, les autorités compétentes apprécieront au regard de la loi nationale la capacité des futurs conjoints à contracter mariage ainsi que l'authenticité de leur consentement. Seule l'hypothèse d'un conjoint possédant deux nationalités pourrait susciter des difficultés. Il est en effet probable que les autorités marocaines retiendront la nationalité marocaine d'un ressortissant marocain qui possède également la nationalité belge. Même dans ce cas toutefois, encore faudrait-il constater que le droit marocain permet la conclusion du mariage à des conditions sensiblement moins onéreuses que celles posées par la loi belge, dont l'application sera retenue en vertu de l'article 3 du Code par les autorités belges.

L'on pourrait également envisager l'hypothèse dans laquelle l'un des futurs époux acquiert une autre nationalité, tout en répudiant leur nationalité belge, et ce afin d'éviter l'application du droit belge par les autorités étrangères. Un tel changement de nationalité n'est pas exclu. L'intérêt pratique semble toutefois fort limité dans la mesure où les époux en question souhaitent s'établir en Belgique, ce que facilite précisément la nationalité belge de l'un d'eux.

Dans la mesure où aucun des deux futurs époux n'acquiert une nouvelle nationalité, il ne saurait être question de fraude à la loi – sauf dans l'hypothèse où les autorités étrangères apprécient les conditions de célébration du mariage à l'aune d'une autre loi que la loi nationale des futurs époux. En droit comparé, l'application de la loi nationale aux conditions de fond du mariage semble prédominante.³²

Certains droits retiennent certes la *lex fori* pour apprécier la capacité des époux à conclure un mariage ainsi que les autres conditions de fond.³³ Si deux candidats au mariage choisissent de s'unir dans un Etat qui retient l'application de la *lex fori*, encore faudrait-il déterminer que les conditions auxquelles cette loi subordonne la conclusion d'un mariage sont sensiblement plus libérales que celles que l'on trouve aux articles 143 e.s. du Code civil belge. Cette différence devrait en particulier se vérifier sous l'angle de la réalité et de l'authenticité du consentement des futurs époux, puisque la jurisprudence étudiée semble utiliser l'instrument de la fraude à la loi pour réprimer ce qui semble constituer des mariages simulés célébrés à l'étranger. Sous réserve d'une recherche approfondie de droit comparé, l'on peut supposer qu'aucun droit national ne permet la conclusion d'un mariage pour d'autres raisons que la création d'une relation familiale. Au contraire, la plupart des Etats européens se sont dotés ces dernières années d'un impressionnant arsenal visant à prévenir la conclusion de mariages simulés.

³² Voy. par exemple dans les codifications récentes l'article 34 de la loi slovène sur le droit international privé ("Die Voraussetzungen für eine Eheschließung sind für jede Person nach dem Recht des Staates, dessen Staatsangehörige sie im Zeitpunkt der Eheschließung ist, zu beurteilen") (traduction parue in *IPRax* 2003, 163 e.s.); l'article 27 de la loi italienne n° 218 du 31 mai 1995 (« 1. La capacité matrimoniale et les autres conditions pour contracter mariage sont régies par la loi nationale de chaque futur époux au moment du mariage, sauf la liberté matrimoniale que l'un d'eux aurait acquise par l'effet d'un jugement prononcé ou reconnu en Italie. »).

³³ Voy. par exemple l'article 6.3. de la loi mongole sur le droit de la famille du 11 juin 1999 (disponible à l'adresse www.iprax.de), qui dispose que « Bei Eheschließungen von Ausländern oder Staatenlosen mit ständigem Aufenthalt in der Mongolei wird nach dem vorliegenden Gesetz verfahren, sofern internationale Vereinbarungen der Mongolei dies nicht anders vorsehen » et l'article 1.24 du Code civil de Lituanie du 18 juillet 2000, disponible sur www.iprax.de ("Die Handlungsfähigkeit der Ehegatten und die anderen Voraussetzungen der Eheschließung unterliegen dem Recht der Republik Litauen").

L'on ne conçoit par ailleurs guère une tentative de fraude portant sur les conditions de forme imposées par la loi belge. Sur ce point, la célébration du mariage à l'étranger permet sans conteste aux époux d'éluder l'application du droit belge et de bénéficier de l'application de la loi étrangère du lieu de célébration. Encore faut-il constater que l'intérêt d'une telle manœuvre est limité. Sauf dans les rares cas de mariages dits 'clandestins', les candidats au mariage n'auront aucune difficulté à remplir les conditions de forme requises par la loi belge et dès lors aucun intérêt à contourner l'application de celles-ci.³⁴

Est-ce à dire que les juridictions belges devront accepter d'accueillir sans autre réserve les mariages célébrés à l'étranger alors même qu'un soupçon de fraude plane sur l'union ? Cette conclusion ne nous semble pas s'imposer. Tout d'abord, l'exception d'ordre public permet à suffisance de barrer la route à une union dont il apparaît qu'elle ne repose pas sur un véritable projet de vie en commun. Accueillir une telle union en Belgique suscite en effet des difficultés de principe lorsque l'on sait l'importance qu'accorde le législateur belge à la prévention et la répression des mariages dits simulés. Encore faudra-t-il bien entendu démontrer de façon concrète, comme le demande l'exception d'ordre public, l'existence d'une contrariété avec le principe fondamental.³⁵ A ce titre, le refus antérieur par les autorités belges de célébrer le mariage pourrait servir d'indice – sans être à lui seul suffisant.³⁶ L'absence d'enquête fouillée par les autorités étrangères avant la célébration du mariage pourra également servir d'indice.

En outre, il n'est pas exclu que la fraude à la loi puisse quand même jouer un rôle pour réprimer une tentative de célébrer devant une autorité étrangère une union visant un autre but que la création d'une communauté conjugale fondée sur des relations affectives. Certes, il faut se garder de la tentation de faire de la fraude un instrument

³⁴ Réserve doit toutefois être faite pour les exigences relatives à la production de certificats et documents divers. Il est un fait que sur ce point, certaines autorités étrangères peuvent se montrer moins sourcilieuses que les autorités belges, comme le démontrent d'ailleurs l'attraction exercée par la Danemark et la Suède, qui ont apparemment une tradition fort libérale sur ce point. Le plus souvent, les difficultés auxquelles les époux sont confrontés en Belgique concernent cependant la preuve de l'authenticité de leur projet et non l'authenticité des documents qu'ils produisent.

³⁵ Tout en prenant également en considération un autre principe fondamental, celui au respect de la vie familiale.

³⁶ L'on ne peut dès lors approuver la démarche de certaines juridictions, qui se contentent de constater, pour justifier le recours tant à l'exception d'ordre public qu'à la fraude à la loi, que l'officier d'état civil belge a refusé de célébrer un mariage parce qu'il présumait qu'il s'agissait d'un mariage simulé. Voy. par exemple Civ. Anvers, 23 décembre 2005. Cette motivation me semble d'autant plus faible que l'enquête sur le caractère simulé d'un mariage n'est pas toujours susceptible de dégager une vérité absolue. Voy. à ce propos la décision du tribunal de Leuven (25 septembre 2006) à propos d'un mariage célébré en Albanie après un refus de célébrer le mariage à Anvers. Une nouvelle enquête du Procureur du roi avait révélé qu'il ne s'agit pas d'un mariage simulé. Voy. aussi Gand, 20.04.2006 : mariage célébré en Russie après un refus de célébration du mariage en Belgique. Les époux ont contesté ce refus devant le tribunal de 1^{ère} instance, qui a confirmé le refus de célébration en Belgique. La Cour remarque que les époux auraient pu faire appel contre cette décision et estime que « *In die omstandigheden meteen besluiten dat wetsontduiking bewezen is, gaat niet. Het blijkt niet dat geïntimeerden hun keuzevrijheid, beroep aantekenen of gaan huwen in Moskou, hebben misbruikt, anders gezegd tot een frauduleuze keuze zijn overgegaan, deze keuze te hebben gemaakt om ene onrechtmatig voordeel te bekomen, om het Belgisch recht buitenspel te zetten.* » Et la Cour de poursuivre en constatant qu'en l'espèce les époux avaient bel et bien une véritable intention matrimoniale. La Cour constate que certes le mariage a été avancé pour permettre au conjoint russe d'obtenir un permis de séjour mais constate également que ce n'était pas là la *seule* raison du mariage.

matériel qui vise à réprimer le projet de mariage dont on soupçonne qu'il n'est pas authentique. Il importe au contraire d'abord la question avec circonspection, en identifiant clairement la loi dont les époux auraient voulu éluder l'application après quoi l'on s'attachera à déterminer la véritable intention des époux, telle qu'elle se traduit par les différents éléments objectifs de la cause.

L'exemple suisse montre que la fraude à la loi peut permettre de réprimer une manœuvre des parties destinées à éluder non pas les dispositions 'classiques' relatives à la forme de la célébration ou aux conditions de fond, mais bien les dispositions particulières qui visent à prévenir et réprimer les mariages simulés. Une disposition en ce sens a été adoptée par le législateur suisse.³⁷ Pourrait-on étendre la fraude à la loi prévue à l'article 18 pour viser les tentatives de candidats au mariage résidant en Belgique qui souhaitent éviter l'application des dispositions du droit belge permettant aux autorités de vérifier l'authenticité d'un projet de mariage, et notamment l'article 167 du Code civil ? Cette solution ne nous semble pas déraisonnable, à condition bien entendu qu'elle fasse l'objet d'une motivation appropriée.³⁸

³⁷L'article 45 al. 2 de la loi suisse sur le droit international privé prévoit que « Si la fiancée ou le fiancé sont suisses ou si tous deux ont leur domicile en Suisse, le mariage célébré à l'étranger est reconnu, à moins qu'ils ne l'aient célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluder les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse ».

³⁸*Comp.* avec l'article 170-1 du Code civil français (introduit par la loi n° 93-1027 du 24 août 1993), selon lequel : « Lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer qu'un mariage célébré à l'étranger encourt la nullité au titre des articles 184, 190-1 ou 191, l'agent diplomatique ou consulaire chargé de transcrire l'acte en informe immédiatement le Ministère public et sursoit à la transcription ».

B. Effets en Belgique des mariages polygamiques célébrés à l'étranger

§ 1. Introduction : généralités sur le statut des mariages polygamiques en Belgique

Quelques décisions récentes permettent de faire le point sur les effets en Belgique de mariages polygamiques célébrés à l'étranger. L'on sait que les autorités belges ne célébreront pas de mariage polygamique. Si en principe il s'impose de faire référence à la loi nationale des candidats au mariage pour apprécier les conditions de fond du mariage,³⁹ l'exception d'ordre public (art. 21 Code) interviendra certainement pour justifier que l'on écarte une disposition de droit étranger qui permettrait à une personne de se marier plusieurs fois.⁴⁰ Pour garantir cette politique, l'on connaît l'importance accordée en pratique à la production par les futurs époux d'un certificat de célibat émanant des autorités de leur pays d'origine.

La réaction est toutefois différente lorsque les autorités belges sont confrontées à un mariage polygamique valablement célébré à l'étranger. Classiquement la jurisprudence a estimé qu'il était possible d'accorder certains effets à un tel mariage polygamique. Ce résultat s'explique par l'effet atténué de l'ordre public.⁴¹ Encore faut-il toutefois vérifier que la loi nationale des deux époux permet la polygamie (ou polyandrie). A défaut, le mariage, même contracté à l'étranger, devra être déclaré nul.⁴² L'interdiction de la bigamie étant un empêchement bilatéral, il suffit que l'une des deux lois nationales s'oppose au mariage. Ainsi, dès lors que l'un des deux futurs époux est belge, le mariage n'est pas possible, même si la loi nationale de l'autre futur époux le permet.

La jurisprudence a déjà eu l'occasion de se prononcer sur de nombreux effets que peuvent produire des unions polygamiques valablement célébrées à l'étranger : depuis le droit pour les deux veuves d'un travailleur étranger victime d'un accident mortel en Belgique d'engager l'une et l'autre la responsabilité de l'auteur de l'accident,⁴³ jusqu'au droit au regroupement familial⁴⁴ en passant par le droit aux aliments.⁴⁵

Dans les décisions récentes qui ont retenu l'attention c'est le droit des épouses à bénéficier d'une pension de survie qui était en jeu.

³⁹ Art. 46 Code de dip.

⁴⁰ F. RIGAUD et M. FALLON, *Droit international privé*, Larcier, 2005, 520, n° 12.45. Selon MM. Rigaud et Fallon, la position serait la même à l'égard d'un mariage polygamique célébré devant une autorité diplomatique ou consulaire étrangère en poste en Belgique. La position est identique en droit français. Voy. par exemple : Dijon, 23 mai 1995, *J.C.P.*, G, 1996, IV, 176 (à propos du mariage d'un ressortissant marocain encore dans les liens du mariage, avec une française célibataire).

⁴¹ En droit français, voy. l'arrêt *Chemouni* : Paris, 31 mars 1949, *J.C.P.*, 1949, 6163, note DELAUME.

⁴² Par exemple Bruxelles (3e ch.) 6 mars 2001, *E.J.* 2001, 140, note de K. Janssegers et J. Verhellen (à propos d'un mariage contracté au Venezuela dans lequel l'épouse, de nationalité colombienne, n'était pas encore divorcée au moment de la célébration. La Cour déclare le mariage nul pour cause de bigamie sur la base du droit colombien applicable).

⁴³ La célèbre décision de la Cour d'appel de Liège du 23 avril 1970 et la note de M. G. VAN HECKE, parue in *R.C.J.B.*, 1971, 5 e.s.

⁴⁴ Voy. par exemple C.E., 9 juillet 1986, *Rev. dr. étr.*, 1986, 104.

⁴⁵ Voy. récemment J.P. Zaventem, 17 octobre 2002, *J.J.P.*, 2004, 456.

§ 2. Mariage polygamique et pension de survie : le rôle de l'exception d'ordre public

L'on sait que la question fait l'objet d'une règle spéciale qui figure à l'article 24 § 2 de la Convention générale sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et le Royaume du Maroc, signée à Rabat le 24 juin 1968.⁴⁶ Selon cette disposition, *«la pension de veuve est éventuellement répartie, également et définitivement, entre les bénéficiaires, dans les conditions prévues par le statut personnel de l'assuré»*. Cette disposition consacre expressément la politique jurisprudentielle de reconnaissance en Belgique des effets d'un mariage polygamique célébré à l'étranger. Sa mise en œuvre suscite toutefois de nombreuses interrogations, auxquelles la jurisprudence n'a pas encore répondu de façon définitive.

L'on relèvera tout d'abord que les cours et tribunaux ne s'accordent pas sur l'application de l'article 24 al. 2. Dans une décision prononcée en 1998, le tribunal du travail de Hasselt a fait droit à la demande d'une épouse séparée de fait qui sollicitait une part de la pension au taux de ménage dont bénéficiait son époux.⁴⁷ S'agissant de la deuxième épouse de l'intéressé, l'Office national des pensions avait refusé d'accéder à sa demande visant à obtenir une pension, au motif que le second mariage ne pouvait être reconnu, la bigamie n'étant pas reconnue en Belgique selon l'ONP.⁴⁸

Le tribunal n'a pas été convaincu par les arguments de l'ONP. Notant que les deux mariages avaient valablement été conclus au Maroc, où l'époux était considéré comme marié aux deux épouses, le tribunal a rejeté le recours à l'exception d'ordre public invoquée par l'Office pour motiver sa décision. Selon les juges de Hasselt, il s'impose de reconnaître les actes juridiques valablement réalisés à l'étranger même si les autorités belges ne pourraient participer directement à la réalisation de ces actes. En conséquence, le tribunal a fait droit à la demande formulée par l'épouse séparée de fait.

Le tribunal du travail de Bruxelles a opté pour la solution contraire dans une décision dont malheureusement seul un sommaire a été publié.⁴⁹ Toujours à propos d'une demande de partage entre les deux épouses marocaines de la pension dont aurait pu bénéficier leur mari, le tribunal a d'abord observé que la polygamie n'était plus admise actuellement en droit marocain qu'à certaines conditions, plus restrictives que par le passé. Le tribunal a toutefois estimé que le second mariage entraînait des effets qui heurtaient l'ordre public international belge. En définitive, le tribunal a semble-t-il rejeté la demande visant à partager en parts égales entre les deux épouses la pension de survie, comme le prévoit l'article 24 al. 2 de la Convention belgo-marocaine. Pour le tribunal, la répartition ne pouvait être accordée car elle rendrait la situation matérielle de l'épouse séjournant en Belgique plus difficile que celle de l'épouse restée au Maroc, du fait de la différence de niveau de vie. Le tribunal a également insisté sur le fait que suite à la division de la pension, l'épouse résidant en Belgique

⁴⁶ Loi du 20 juillet 1970.

⁴⁷ Trib. Trav. Hasselt (1^{ère} ch.), 9 juin 1998, *Chron. dr. soc.*, 2001, 375.

⁴⁸ Cette demande n'était pas fondée sur l'article 24 al. 2 mais bien sur l'article 74 de l'A.R. du 21 décembre 1967 portant règlement général du régime de pension de retraite et de survie des travailleurs salariés.

⁴⁹ Trib. Trav. Bruxelles (11^{ème} ch.), 24 janvier 2000, *Chron. dr. soc.*, 2001, 387.

pourrait devoir faire appel au soutien financier des organismes publics belges, notamment pour obtenir un revenu garantie complétant la pension. En conclusion le tribunal a écarté l'application de l'article 24 al. 2.

Par contraste, la Cour du Travail de Mons a fait droit à la demande de partage de la pension de survie accordée à la veuve d'un ressortissant marocain, au profit de sa seconde épouse.⁵⁰ En l'espèce, l'Office national des pensions avait fait droit à la demande d'une seconde épouse, demeurant au Maroc, visant à obtenir paiement d'une partie de la pension de survie accordée à la première épouse d'un ressortissant marocain décédé après avoir travaillé comme mineur de fond en Belgique. La première épouse contesta cette décision. En première instance, le tribunal du travail de Charleroi fit droit à son recours, considérant que l'ordre public international belge s'opposait à la reconnaissance en Belgique du second mariage.

La Cour du Travail a estimé au contraire que la Convention belgo-marocaine se limitait à régler, en matière de pension de survie, les conséquences d'un mariage polygamique admis par le statut personnel du travailleur décédé. Se penchant uniquement sur les effets juridiques réclamés en Belgique par une institution créée à l'étranger, la Cour constate qu'un second mariage régulièrement contracté à l'étranger conformément au statut personnel des époux pouvait produire certains effets en Belgique alors même que le droit belge souscrit au principe de la monogamie. Selon la Cour, « *l'exercice d'un droit régulièrement acquis à l'étranger n'est pas contraire à l'ordre public international belge pour la seule raison que celui-ci ferait obstacle à la naissance de ce droit en Belgique* ». En l'espèce, la Cour a considéré que le partage de la pension de survie entre deux veuves ne heurtait pas les principes de l'ordre public international belge.⁵¹

La Cour d'Arbitrage a été saisie d'une question préjudicielle sur ce thème. L'arrêt de la Cour ne permettra toutefois pas de résoudre les difficultés d'interprétation et d'application que suscite l'article 24 al. 2.

Dans son arrêt du 4 mai 2005,⁵² la Cour d'arbitrage a en effet refusé de se prononcer sur la compatibilité de l'article 24 § 2 avec le principe d'égalité consacré par la Constitution belge. En l'espèce, une ressortissante marocaine bénéficiait d'une pension de survie suite au décès de son époux, également de nationalité marocaine, qui avait travaillé en Belgique. Suite à la demande de la seconde épouse du défunt, qui réclamait à son tour le bénéfice d'une pension, l'Office national des pensions a décidé que le montant attribué à la première épouse devait être divisé à parts égales entre les deux épouses, se fondant sur l'article 24, § 2 de la Convention précitée entre la Belgique et le Maroc. A l'occasion d'un recours exercé par la première épouse contre

⁵⁰ Mons, 8 septembre 2005, *Revue@dipr.be*, 2006, n° 1, 50; *J.L.M.B.*, 2006, 1223; *J.T.T.*, 2006, 16. Cette décision a été prononcée après l'arrêt de la Cour d'Arbitrage commenté *infra*. La Cour d'Appel de Mons a longuement cité les attendus fondant cet arrêt.

⁵¹ La Cour ajoute que « La question du trouble de l'ordre public qui pourrait faire obstacle à la reconnaissance des effets de la polygamie doit être résolue en considérant l'objet de la demande en lui-même ou dans ses conséquences directes et nécessaires. Il faut distinguer les effets admissibles, tels le droit aux aliments, à des dommages et intérêts en cas de décès accidentel du conjoint, d'effets auxquels l'exception d'ordre public ferait obstacle ».

⁵² C.A., n° 84/2005, 4 mai 2005, arrêt n° 84/005, *Arr. C.A.* 2005, 1035; *R.W.* 2005-06, 735, note H. STORME; *Chron. D.S.* 2006 (sommaire), 55; *T.B.P.* 2006 (avec les commentaires de F. DEBAEDTS), 365; *Revue@dipr.be* 2005, liv. 3, 19.

cette décision, la Cour d'Arbitrage fut saisie d'une question préjudicielle tendant à mettre en lumière la discrimination qui existerait entre les conjoints survivants marocains d'un ressortissant marocain ayant travaillé en Belgique, selon que les conjoints sont un homme ou une femme, seul l'homme pouvant, en raison du statut personnel propre au droit marocain, être polygame alors que la femme, ne pouvant contracter plusieurs mariages, sera seule victime des effets de la répartition éventuelle de la pension de survie. La Cour du travail de Bruxelles s'interrogeait également sur l'existence d'une discrimination entre les veuves selon qu'elles sont veuve d'un ressortissant belge ou veuve d'un ressortissant marocain, seule la seconde pouvant être victime de la répartition de la pension entre plusieurs veuves.

La Cour d'Arbitrage a refusé de se prononcer sur la question posée, estimant que les différences de traitement découlaient du droit marocain, sur lequel la Cour ne peut se prononcer.⁵³

Le résultat peut surprendre. Certes, le mariage polygamique n'existe que parce qu'il est autorisé par le droit marocain, applicable en l'espèce pour apprécier la qualité et surtout l'état des deux demandereses. Toutefois, l'octroi de la pension de survie ne peut se faire que sur base du droit belge. Comme le rappelle la Cour, la Convention générale sur la sécurité sociale a pour objet « *de garantir le bénéfice des législations sur la sécurité sociale en vigueur au Maroc et en Belgique aux personnes auxquelles s'appliquent ces législations* ». L'effet direct de la Convention est d'appliquer la législation belge relative à la pension de survie des travailleurs salariés aux travailleurs de nationalité marocaine qui ont été affiliés au régime belge de l'assurance décès. C'est dans ce régime relatif à la pension de survie qu'il faut chercher la réponse à la question soulevée par la Cour du travail. En outre, si le droit marocain est appliqué, c'est par le biais de la règle de rattachement belge qui prescrit l'application de la loi nationale des intéressés pour apprécier les conditions de fond du mariage.⁵⁴

A ce titre, l'on peut regretter que la Cour n'ait pas accepté d'engager le débat sur le terrain de la discrimination.⁵⁵ Comme l'ont fait remarquer les commentateurs, il aurait été plus satisfaisant que la Cour s'intéresse à la question de savoir si la règle de rattachement prescrivant l'application du droit marocain pouvait être considérée comme discriminatoire.⁵⁶

Il n'est d'ailleurs pas certain que, considérées sous l'angle du principe d'égalité et de non-discrimination, l'on puisse avancer que la règle de répartition prévue à l'article 24 ou la règle de rattachement suscite des difficultés insurmontables. Certes, l'article 24

⁵³ Selon l'attendu B.6., « les différences de traitement dénoncées dans les questions préjudicielles découlent du droit marocain sur lequel la Cour ne peut se prononcer ».

⁵⁴ Voy. les observations de J.-Y. Carlier, qui note que c'est par une règle belge de rattachement que des effets sont éventuellement reconnus en Belgique à un droit étranger. Selon M. Carlier, si la Cour d'arbitrage ne peut « juger » la loi étrangère, elle peut cependant juger les effets que la loi belge lui fait sortir en Belgique (J.-Y. CARLIER, « La polygamie devant la Cour d'Arbitrage », *Journal du juriste*, 24 mai 2005).

⁵⁵ Comme elle l'avait fait à propos de la différence de traitement fondée sur le sexe dans le régime de sécurité sociale d'outre mer, voy. C.A., 29 novembre 2000, n° 121/2000, *Arr.C.A.*, 2000, 1613 ; *J.T.T.*, 2001, 179 ; *Chron. D.S.*, 2001, 380.

⁵⁶ Voy. l'étude fort complète sur ce point de H. STORME, « Arbitragehof vermijdt toetsing conflictregel aan Grondwet », note sous C.A., 4 mai 2005, *R.W.*, 2005-06, 737-742.

introduit indiscutablement une distinction fondée sur le sexe de l'intéressé, puisqu'il ne s'attache qu'à la pension de la seule veuve. De même, la règle de rattachement belge conduit à l'application du droit marocain, qui accorde aux seuls hommes le privilège d'être unis simultanément par les liens du mariage à plusieurs conjointes.

Pour que ces différences de traitement constituent des discriminations, encore faut-il toutefois qu'elles ne répondent pas à un objectif légitime ou qu'elles dépassent ce qui est nécessaire pour parvenir à cet objectif. Ces questions difficiles auraient mérité un débat qu'aurait pu initier la Cour d'arbitrage. L'on comprend toutefois aisément sa réticence à s'engager sur ce terrain délicat. Peut-on par exemple soutenir que la différence de traitement consacrée indirectement par la règle de rattachement belge poursuit un objectif légitime dans la mesure où elle permet de tenir compte de la culture juridique différente à laquelle appartiennent le travailleur décédé et sa famille ?⁵⁷ Quant à la proportionnalité, suffit-il de dire l'inégalité dont souffrent les femmes en droit marocain a sensiblement diminué avec la dernière réforme du Code du statut personnel, qui a restreint la possibilité de conclure un mariage polygamique ?⁵⁸ L'on mesure à la lecture de ces questions la complexité de la problématique et l'on comprend d'autant mieux le souhait de la Cour de se débarrasser de la question en se réfugiant derrière le droit marocain.

Le refus d'intervenir de la Cour d'arbitrage signifie que les juridictions devront continuer à appréhender la question en se fondant sur l'exception d'ordre public de droit international privé. Cette figure juridique, à laquelle la Cour d'arbitrage a d'ailleurs maladroitement fait référence,⁵⁹ demeure le seul instrument permettant d'examiner si l'application du droit marocain imposée par l'article 24 al. 2 engendre des inégalités de traitement que l'on ne saurait tolérer.⁶⁰ Même s'il faut se garder de suggérer des solutions générales, le jeu de l'exception d'ordre public étant fondamentalement fonction des circonstances concrètes de la cause, il nous semble que l'on peut admettre que la reconnaissance du statut de la seconde épouse ne heurte pas en tant que tel les principes fondamentaux de l'ordre public belge. Cette appréciation se justifie d'autant plus lorsque les personnes concernées ne résident pas en Belgique, ou du moins lorsque la seconde épouse n'y réside pas.

⁵⁷ Comme semble le suggérer H. STORME, *art. cit.*, 741, n° 11.

⁵⁸ Encore une fois en ce sens, H. STORME, *art. cit.*, 741, n° 11.

⁵⁹ L'on peut en effet regretter que la Cour ait cru bon d'indiquer que la solution prévue par la Convention belgo-marocaine s'inspirait de l'exception d'ordre public de droit international privé. Selon la Cour, « *En permettant de tenir compte du statut personnel du travailleur marocain, l'article 24, § 2, de la Convention fait application d'une règle de droit international privé reprise à l'article 21 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, qui admet qu'on puisse reconnaître en Belgique les effets découlant de mariages contractés à l'étranger conformément au statut personnel des époux et sous réserve de ce que ces effets ne troublent pas l'ordre public international belge, ce qu'il appartient au juge a quo de contrôler in concreto* » (attendu XXX). En réalité, la Cour semble oublier qu'avant d'invoquer l'exception d'ordre public, il est nécessaire d'appliquer la règle de rattachement et de consulter le droit étranger qu'elle désigne. Sur le raisonnement à suivre pour apprécier la constitutionnalité d'une règle de rattachement, voy. H. STORME, *art. cit.*, 739-741.

⁶⁰ En ce sens, F. RIGAUX et M. FALLON, *o.c.*, 521, n° 12.45.

C. Les unions entre personnes de même sexe

L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe n'a pas manqué d'avoir des répercussions dans la sphère internationale. L'évolution du droit belge de la famille s'est fait en plusieurs étapes, qui n'ont pas toujours été accompagnées d'une réflexion systématique sur les questions de droit international privé que cette évolution était susceptible d'engendrer. Les observations qui suivent tentent de faire le point sur l'état actuel du droit international privé belge face aux unions entre personnes de même sexe.⁶¹

§ 1. La conclusion en Belgique d'une union entre personnes de même sexe

Le développement du droit international privé belge à propos des unions hors mariage s'est fait en plusieurs temps. Pour une bonne compréhension, il importe de distinguer deux phases.

(i) Première phase : application des règles classiques de droit international privé

Dans un premier temps, le législateur belge a tracé le cadre légal permettant d'encadrer ces nouvelles formes d'union sans prévoir pour autant de règles particulières de droit international privé.⁶² Ni la loi du 23 novembre 1998, qui introduit la cohabitation légale, ni la loi du 13 février 2003, qui a ouvert le mariage aux personnes de même sexe, ne contenaient de précisions quant à l'application dans l'espace des règles qu'elles introduisaient.

En conséquence, ces situations étaient appréhendées sur base des règles de rattachement traditionnelles, fondées principalement sur la nationalité des intéressés. L'absence de règle spécifique n'a pas manqué de soulever certaines questions

⁶¹ Les réflexions qui suivent s'inspirent dans une large mesure d'une contribution publiée antérieurement sous le titre "Les couples de personnes de même sexe en droit belge, sous l'angle particulier du droit international privé", in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Utrecht*, Y.-H. LELEU et E. DIRIX (éds.), Bruylant, 2006, 307-328.

⁶² Pour un aperçu général, voy. A. FIORINI, "New Belgian Law on Same Sex Marriage and its Private International Law Implications", *I.C.L.Q.*, 2003, 2039-2049.

difficiles,⁶³ au premier rang desquelles figurait la question de la qualification à donner à la cohabitation.⁶⁴

A l'occasion de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, ces questions ont reçu une nouvelle actualité. Le législateur ayant négligé d'adopter des règles particulières pour le mariage 'nouveau style', l'on en a déduit que ce mariage n'était possible que si les deux candidats au mariage satisfaisaient aux conditions posées par leur droit national, conformément au prescrit de l'article 3, al. 3 du Code civil en vigueur à l'époque.⁶⁵

Le gouvernement avait même précisé lors des travaux parlementaires que la loi ne modifiait pas les règles traditionnelles de droit international privé.⁶⁶

Il s'en déduisait que pour déterminer si deux personnes du même sexe pouvaient se marier, il était nécessaire de vérifier si un tel mariage était possible selon leur loi nationale. L'existence d'une exigence liée à la différence de sexes entre candidats au mariage, constitue en effet assurément une condition *de fond* du mariage. Or les conditions de fond étaient soumises à la loi nationale des intéressés, qui était appliquée *distributivement* pour chaque intéressé.⁶⁷

Ceci signifiait concrètement que ne pouvaient se marier en Belgique que les candidats au mariage ressortissants d'un pays qui autorisait le mariage entre deux personnes de même sexe.⁶⁸ Au contraire, lorsque le droit national ne permettait le mariage qu'entre

⁶³ Une doctrine abondante a fait le point sur ces questions : voy. L. BARNICH, "Union libre et cohabitation légale. Quelques questions de droit international privé", in *Mélanges Roland de Valkeneer*, D. STERCKX et J.-L. LEDOUX (éds.), Bruylant, 2000, 1-16; du même, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale – Questions de droit international privé », in *Travaux du Comité d'étude et de législation. Années 1999-2000*, dossier n° 4318-4319bis, Bruylant, 2001, 423-433; J. ERAUW et J. VERHELLEN, "Het conflictenrecht van de wettelijke samenwoning. Internationale aspecten van een niet-huwelijkse samenlevingsvorm", *Echtscheidingsjournaal*, 1999, 150-161; F. RIGAUX, « La loi applicable aux variétés nouvelles de relations personnelles », in *Opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, W. DEBEUCKELAERE, J. MEEUSEN et H. WILLEKENS (éds.), Mys & Breesch, 2002, 235-242; M. TRAESE, "Buitenhuwelijkse samenlevingsvormen in het internationaal privaatrecht: een materie in volle evolutie", note sous Civ. Gand, Gent 18 janvier 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, 384-388.

⁶⁴ Voy. notamment sur la question de savoir dans quelle mesure l'on pouvait assimiler la cohabitation légale à une relation contractuelle, J. ERAUW et J. VERHELLEN, *art. cit.*, 153.

⁶⁵ Par exemple T. ROBERT, « Het opengestelde huwelijk », *R.W.*, 2003-2004, (1210), 1212.

⁶⁶ Le rapport explicatif accompagnant la proposition de loi précisait-il que « La présente proposition ne porte pas atteinte aux principes de droit international privé applicables au mariage. Ainsi, le mariage n'est possible, et cela pour les personnes de même sexe également, que lorsque les deux parties satisfont aux conditions de fond prescrites par leur statut personnel pour pouvoir contracter mariage » : Développements, Proposition de loi n° 1173 déposée le 28 mai 2002 au Sénat, *Doc. Parl.*, session 2002-2003, Sénat, n° 2-1173/1. Voy. également l'exposé introductif du Ministre de la Justice, Rapport fait au nom de la Commission de Justice du Sénat, session 2002-2003, *Doc. Parl.*, Sénat, 2-1173/3, p.4.

⁶⁷ Avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé (*infra*), il était unanimement accepté que les conditions de fond du mariage devaient s'apprécier à la lumière de la loi nationale de chacun des futurs époux (voy. par exemple F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, II, Larcier, 1993, 308, n° 977).

⁶⁸ Lors des travaux préparatoires la question avait toutefois été posée de savoir s'il ne convenait pas de permettre le mariage d'un ressortissant belge avec un partenaire étranger dont la loi nationale interdirait le mariage entre personnes de même sexe : interventions de Mme Genot et de M. Erdman, Commission Justice de la Chambre, *Doc. Parl.*, Chambre, n° 2165/02, session 2002-2003, pp. 9 et 18.

personnes de sexes différents, il n'était pas possible de célébrer le mariage en Belgique. Ceci réduisait considérablement le champ d'application de la nouvelle loi. En pratique, seuls les ressortissants de quelques pays, dont la Belgique et les Pays-Bas, pouvaient bénéficier de la loi du 13 février 2003.⁶⁹

Cette interprétation a été confirmée par une circulaire adoptée par le Ministère de la Justice le 8 mai 2003 qui précisait que « les personnes qui n'ont pas la nationalité belge et qui invoquent l'existence du mariage des personnes de même sexe selon la législation de l'Etat dont ils sont ressortissants, devront en apporter la preuve formelle, dans un document officiel émanant des autorités de leur Etat d'origine, établissant que le mariage entre personnes de même sexe est possible selon les règles en vigueur dans le pays ».⁷⁰

(ii) Seconde phase : développement de règles nouvelles de droit international privé

Quelques temps après l'entrée en vigueur des nouveaux textes, les nécessités pratiques et les préoccupations politiques ont conduit au développement de règles particulières de droit international privé pour les nouvelles formes d'union. Ce développement s'est fait en deux temps.

1. La circulaire du 23 janvier 2004

La première manifestation du traitement particulier accordé en droit international privé aux nouvelles formes de vie commune a pris la forme d'une nouvelle circulaire adoptée en janvier 2004 par le Ministre de la Justice.⁷¹ Dans cette nouvelle circulaire, le Ministre de la Justice a pris le contre-pied de la position défendue dans la circulaire antérieure en précisant que « *le droit belge ayant ouvert le mariage aux personnes de même sexe, il me paraît qu'une disposition de droit étranger relative au sexe des époux, interdisant le mariage de personnes de même sexe, doit être considérée*

⁶⁹ Une partie de la doctrine plaide toutefois, au nom de l'équivalence fonctionnelle entre mariage homosexuel belge et partenariat enregistré, pour l'ouverture du mariage homosexuel belge aux ressortissants des Etats qui, sans avoir ouvert le mariage aux personnes de même sexe, avaient introduit une forme d'institutionnalisation de la vie commune qui correspond au mariage 'homosexuel' à la belge, notamment la Suède, le Danemark, la Norvège et la Finlande, dont la législation a accordé aux partenaires enregistrés des droits quasi équivalents aux droits dont bénéficient les époux hétérosexuels mariés. V. notamment P. SENAËVE, « De wet van 13 februari 2003 tot invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht », *E.J.*, 2003/4, (50), 55-56, n° 26. Plus hésitante : M. PERTEGÁS SENDER, « Huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht in België : internrechtelijke en internationale implicaties », in *De hervormingen in het personen- en familierecht 2002-2003*, P. SENAËVE et F. SWENNEN (éds.), Intersentia, 2003, (257), 274, n° 570.

⁷⁰ Circulaire relative à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil (*M.B.*, 16 mai 2003). Le Ministre expliquait également que « le certificat de coutume qui normalement est exigé ne suffira pas toujours à cet égard. En effet, les textes législatifs laissent rarement apparaître que le mariage n'est prévu que pour des personnes de sexe différent ».

⁷¹ Circulaire remplaçant la circulaire du 8 mai 2001 relative à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *M.B.*, 27 janvier 2004. V. notamment M. VANDELDE, « Minister schrijft circulaire over grenzeloze liefde », *Juristenkrant*, 2004, n° 84.

comme discriminatoire et contraire à notre ordre public international ». La circulaire concluait que « l'application d'une disposition de droit étranger doit être écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe ».

Le Ministre de la Justice limitait certes l'intervention de l'exception d'ordre public aux couples dont l'un des futurs époux possède « la nationalité d'un État ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit autorise un tel mariage ». Le caractère automatique que conférait la circulaire à l'intervention de l'ordre public a cependant été fortement critiqué.⁷² Ces critiques relevaient notamment que l'on pouvait avoir des doutes sur le caractère immédiat de la sanction,⁷³ qui contrastait avec le caractère *in concreto* que doit revêtir en règle l'appréciation d'une contrariété à l'ordre public.⁷⁴ En outre, certains se demandaient s'il était cohérent de prétendre que la possibilité de nouer de telles unions, si récemment acquise en droit belge, était devenue, par la seule force d'une consécration législative récente, un principe fondamental que l'ordre juridique belge se devait de protéger contre les atteintes que lui porteraient les droits étrangers.⁷⁵ ⁷⁶ De façon remarquable la critique de cette circulaire s'est d'ailleurs étendue aux représentants des officiers d'état civil qui

⁷² Voy. surtout J.-L. RENCHON, « L'ordre juridique belge: compétent universel? », *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, 259-263; M. TRAEST, « De omzendbrief van 23 januari 2004 betreffende het homohuwelijk of: hoe een omzendbrief Belgische conflictenregels wil wijzigen », *Echtscheidingsjournaal*, 2004, 49-52; N. GALLUS, observations sous la circulaire, *Divorce*, 2004, 33-37 ainsi que T. ROBERT, *art. cit.*, 1213.

⁷³ Selon la circulaire, s'il apparaît qu'une disposition de droit étranger prohibe le mariage entre personnes de même sexe, elle « doit » être écartée et la contrariété ainsi découverte avec l'ordre public du for « doit nécessairement entraîner l'application de la loi belge ».

⁷⁴ M. Renchon évoquait « une immixtion du pouvoir exécutif dans les attributions du pouvoir judiciaire » : J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *Rev. dr. int. dr. comp.*, 2004, (169), 189.

⁷⁵ Voy. sur ce point l'observation de M. Renchon, qui se demandait si ce n'était pas « prétention exorbitante d'en venir à considérer que le choix politique effectué par la Belgique d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe serait désormais, aux yeux des Belges, le seul choix politique envisageable, au point que la Belgique ne pourrait plus accepter de reconnaître dans son ordre juridique un choix différent effectué par un législateur étranger, parce que les effets qui en résulteraient pour les citoyens étrangers résidant en Belgique seraient devenus contraires aux exigences de l'ordre public international belge? » (J.-L. RENCHON, *art. cit.*, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 2004, (169), 189). M. Sterckx indiquait pour sa part que la circulaire n'était pas dépourvue « de quelque prosélytisme militant en faveur de l'internationalisation de notre nouveau mariage » : D. STERCKX, « Le mariage homosexuel et l'ordre international ministériel », *J.T.*, 2004, 390.

⁷⁶ Paradoxalement, la circulaire a été à l'origine d'une incertitude juridique, certains officiers d'état civil refusant de donner suite aux injonctions du Ministre qu'ils estimaient être en contradiction avec les règles légales de rattachement. Voy. S. DETAILLE, « Mariage homosexuel : un texte controversé », *Le Soir*, 28 avril 2004 (indiquant le refus de certaines autorités communales de célébrer certaines unions, notamment entre un ressortissant néerlandais et un ressortissant équatorien). Le Procureur du Roi de Bruxelles avait émis un avis négatif invitant les officiers d'état civil à ne pas appliquer la circulaire dont il estimait qu'elle contrevenait à l'article 3 al 3 C. Civ., voy. les explications fournies à l'occasion d'une question parlementaire : *Q.R.*, Ch. Représ., sess. ord. 2003-2004, question n° 2127 du 16 mars 2004 (Mme. Genot). Voy. aussi *Q.R.*, Ch. Représ., sess. ord. 2003-2004, question n° 2322 du 29 mars 2004 (M. Veherstraeten). Le Ministre s'est contenté de rappeler que si la circulaire ne modifiait pas la règle de rattachement, le « mariage entre personnes de même sexe est aujourd'hui profondément ancré dans notre arsenal législatif et fait partie des règles relatives au mariage qui . . . relèvent d'évidence de notre politique législative, jugée essentielle », ce qui justifie selon le Ministre l'intervention de l'exception d'ordre public.

constataient que la circulaire ne pouvaient leur imposer l'obligation de célébrer le mariage lorsque la loi nationale des candidats au mariage l'interdisait.⁷⁷

2. *Le Code de droit international privé*

La confusion née de la position prise par le Ministre a disparu avec l'adoption du Code de droit international privé.⁷⁸ A l'origine, le projet de Code ne prévoyait certes aucune disposition particulière pour les unions entre personnes de même sexe. L'article 46 du texte déposé au Sénat se contentait de préciser que les conditions de validité du mariage étaient régies, pour chacun des époux, par le droit de l'Etat dont il a la nationalité au moment du mariage.⁷⁹

Le projet de Code opérait certes une distinction entre deux catégories de situations : d'une part les nouvelles formes de vie commune, qui faisaient l'objet d'un ensemble de dispositions particulières et d'autre part le mariage. La première catégorie comprenait, selon l'article 58 du projet, les situations de vie commune donnant lieu à un enregistrement par une autorité publique et ne créant pas entre les cohabitants de lien équivalent au mariage. Le mariage entre personnes de même sexe ne faisait dès lors pas partie de cette catégorie, puisque selon le rapport explicatif accompagnant le projet, les relations de vie commune établissant des liens équivalents au mariage, ne relevaient pas du chapitre consacré à la 'relation de vie commune', mais bien du chapitre consacré plus généralement au mariage.⁸⁰

Le mariage entre personnes de même sexe restait dès lors soumis à la règle de l'application distributive des lois nationales des futurs époux.⁸¹

Au cours des discussions parlementaires, un consensus est toutefois apparu pour prévoir dans le nouveau texte des règles particulières pour le mariage entre personnes de même sexe, dans le but de permettre l'accès au mariage aux ressortissants d'Etats dont la loi ignorait ou interdisait ce type de mariage. Plusieurs parlementaires ont proposé de substituer au rattachement à la loi nationale un rattachement de principe fondé sur la résidence des futurs époux, la nationalité ne devant intervenir qu'à défaut de résidence commune des futurs époux sur le territoire d'un même Etat.⁸² Une autre

⁷⁷ Voy. les explications de H. SCHMIDT, « Nog drie maanden een dilemma voor de ambtenaar van de burgerlijke stand (de omzendbrief over homohuwelijken) », *Tijdschrift@ipr.be*, 2004/3, pp. 93-102, spéc. pp. 99-102.

⁷⁸ Pour un état des lieux à l'aube de la codification, voy. notre « Note sur l'ouverture du mariage aux ressortissants étrangers de même sexe », *Tijdschrift@ipr.be*, 2004, n° 1, 97-106.

⁷⁹ Cette règle devait se lire avec l'importante directive donnée aux autorités belges par l'article 3 du Code, qui imposait de retenir la seule nationalité belge d'une personne qui possédait, outre la nationalité belge, une autre nationalité.

⁸⁰ Développements relatifs à la proposition de loi n° 3-27 du 7 juillet 2003, *Doc. Parl.*, Sénat 3-27/1, p. 91-92.

⁸¹ L'article 46 du projet de Code stipulait en effet que « les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l'Etat dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage ».

⁸² Voy. l'amendement déposé par M. Guibert (amendement n° 1, *Doc. Parl.*, Sénat, n° 3-27/2, 8 janvier 2004 – l'amendement visait entre autre à permettre le mariage entre personnes de même sexe, « même si le droit de l'un (ou des deux) futurs époux ne l'autorise pas ») et l'amendement déposé par MM. Coveliers et Willems (amendement n° 3, *Doc. Parl.*, Sénat, n° 3-27/3, p.2, 3 février 2004).

piste a toutefois été proposée, qui consistait à permettre aux autorités belges d'écarter l'application dans la loi étrangère applicable, d'une condition relative à la différence de sexe, à condition que les candidats au mariage soient durablement installés en Belgique ou dans un autre pays qui permet un mariage entre personnes de même sexe.⁸³

Cette dernière formule l'a emporté en définitive, dans une rédaction proposée par le gouvernement.⁸⁴ L'amendement proposé par le gouvernement visait à ajouter à l'article 46 un second paragraphe selon lequel *«L'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1^{er} est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit permet un tel mariage.»*⁸⁵

Le gouvernement justifiait cette modification de la façon suivante:

« L'ajout de cet alinéa tend à permettre à des personnes de même sexe de se marier même si la loi nationale de l'une des parties impose la différence de sexe. Cette dérogation à l'application cumulative des lois nationales des parties se justifie eu égard à l'importance de l'intérêt social que le législateur a entendu préserver en supprimant l'impossibilité pour des personnes de même sexe de contracter une union ».

Et le gouvernement ajoutait que *« La disposition se présente comme une exception d'ordre public, afin d'éviter toute discrimination en raison du sexe dans des situations ayant un lien de proximité avec un pays dont le droit permet le mariage entre personnes de même sexe. Elle conduit à écarter uniquement la disposition prohibitive, non les autres conditions prévues par la loi nationale des parties ».*

Le texte adopté par le législateur apporte donc une exception à l'application distributive de la loi nationale des futurs époux. Partant, le législateur belge entend permettre aux candidats à un tel mariage d'échapper à l'application de leur loi nationale lorsque celle-ci ne permet pas l'union.⁸⁶

(ii) L'état actuel du droit international privé belge

⁸³ Amendement déposé par Mme de T' Serclaes (amendement n° 39, *Doc. Parl.*, Sénat, n° 2-27/3, p. 22-23), qui suggérait d'ajouter un nouvel alinéa à l'article 46, rédigé comme suit : *«Toutefois la condition relative à la différence de sexe peut être écartée pour autant que le droit de l'Etat sur le territoire duquel chacun des époux a sa résidence habituelle le permet. Dans ce cas l'officier de l'état civil doit informer les époux des effets de ce mariage au regard du droit de l'Etat dont ils ont la nationalité.»*

⁸⁴ Lors de la discussion au Sénat, la représentante de la Ministre de la Justice avait plaidé pour une « solution d'ouverture » : Rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat par Mme Nyssens et M. Willems, *Doc. Parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 3-27/7, p. 103. Pour la traduction 'technique' de cette solution, la représentante hésitait entre le modèle hollandais et la possibilité d'adopter une règle qui écarterait la loi nationale qui ne reconnaîtrait pas le mariage entre personnes de même sexe.

⁸⁵ Amendement n° 24, *Doc. Parl.*, Sénat, n° 3-27/3, p. 12.

⁸⁶ La discussion à la Commission Justice du Sénat a été longue sur cette difficulté : Rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat par Mme Nyssens et M. Willems, *Doc. Parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 3-27/7, pp. 297-306.

1. *Le mariage entre personnes de même sexe : ouverture aux situations internationales*

Dans l'état actuel du droit belge,⁸⁷ la loi nationale demeure le premier repère pour déterminer si une personne peut entrer dans les liens du mariage. Ce n'est que lorsqu'il apparaît que la loi nationale de l'un des futurs époux empêche la conclusion de l'union et ce en raison de l'identité de sexe des candidats au mariage que l'article 46 al. 2 du Code permet d'écarter l'application de la loi étrangère.

Le refus d'appliquer la loi étrangère est automatique. Il n'est pas fonction d'une appréciation de l'impact concret de cette loi sur l'ordre juridique belge et encore moins de l'existence, entre les candidats au mariage, d'une vie commune susceptible d'être protégée au sens de l'article 8 de la Convention européenne.

L'intervention de l'article 46 al. 2 est toutefois soumise à la démonstration de l'existence d'un lien entre les candidats au mariage et un Etat qui permet le mariage entre personnes de même sexe. Il est en effet nécessaire que l'un des futurs époux au moins possède la nationalité d'un tel Etat⁸⁸ ou y réside habituellement.⁸⁹

En outre, le mariage ne pourra être célébré en Belgique que lorsque l'un des futurs époux est belge, est domicilié en Belgique ou y a, lors de la célébration, depuis plus de trois mois sa résidence habituelle. Ces conditions subordonnent en effet l'intervention de l'officier d'état civil belge.⁹⁰ Elles visent à prévenir le 'tourisme matrimonial'.

La conjonction de ces exigences aboutit au résultat suivant : lorsque l'un des futurs époux possède la nationalité belge ou réside depuis plus de 3 mois en Belgique, l'officier d'état civil pourra célébrer le mariage sans que l'application des lois nationales des intéressés puisse empêcher le mariage. En effet, la nationalité belge ou la résidence en Belgique de l'un des futurs époux, qui justifie la compétence de l'officier, permet déjà d'écarter une loi étrangère n'autorisant pas le mariage entre personnes de même sexe.⁹¹

⁸⁷ Voy. en général, G. PAOLO ROMANO et S. GEEROMS, « La loi belge du 13 février 2003 et le droit international privé : de la circulaire ministérielle du 23 janvier 2004 à l'alinéa 2 de l'article 46 du Nouveau Code » in *Aspects de droit international privé des partenariats enregistrés en Europe : actes de la XVIe Journée de Droit international privé du 5 mars 2004 à Lausanne*, Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé, Genève, 2004, 105-136.

⁸⁸ Lorsque l'un des candidats au mariage possède deux nationalités, l'on aura égard à la nationalité avec laquelle il présente le lien le plus effectif (art. 3 § 2 (2) du Code), sauf lorsque l'une des nationalités en présence est la nationalité belge. Cette dernière l'emporte en effet nécessairement sur la nationalité étrangère.

⁸⁹ L'article 4 du Code de droit international privé définit la résidence habituelle comme le lieu où une personne physique s'est établie à titre principal.

⁹⁰ Il est frappant de noter qu'avant la codification du droit international privé belge, la compétence de l'officier d'état civil belge pour célébrer un mariage, ne faisait l'objet d'aucune règle écrite. J. de Burlet précisait que l'étranger pouvait contracter un mariage en Belgique à la condition qu'il y possède un domicile au sens de l'article 102 C. civ. (J. DE BURLET, *Traité de l'état civil, T. II, Les relations internationales*, Larcier, 1987, 105-106, § 1490-1491).

⁹¹ Il n'est toutefois pas exclu que la résidence de l'un des futurs époux ne soit pas jugée satisfaisante pour permettre l'application de la clause de sauvegarde prévue à l'article 46 al. 2. En effet, l'article 44 se contente d'une résidence de 3 mois. Ce délai devrait en règle permettre de conclure que l'intéressé possède en Belgique sa résidence habituelle au sens de l'article 4 du Code. Il n'y aura

Par contre lorsque seul le domicile en Belgique de l'un des futurs époux permet de justifier la compétence de l'officier d'état civil belge, il importe de vérifier si les lois nationales des intéressés autorisent le mariage. Dans ce cas en effet le mécanisme de sauvegarde prévu par l'article 46 al. 2 du Code n'a pas vocation à s'appliquer.

Partant, l'accès au mariage n'est pas réservé aux seuls ressortissants belges de même sexe qui résident en Belgique. Des ressortissants étrangers de même sexe peuvent également s'unir en Belgique et ce même si la loi nationale de l'un d'eux, voire des deux futurs époux, s'oppose à l'union envisagée.⁹² En outre, deux ressortissants belges qui résident à l'étranger peuvent également s'unir par les liens du mariage.⁹³

Il est important de noter que l'exception dont bénéficie le mariage entre personnes de même sexe a reçu un large champ d'application dans le temps. Selon l'article 127, § 3 du Code, l'article 46 § 2 s'applique en effet aux mariages célébrés à partir du 1^{er} juin 2003, date d'entrée en vigueur de la loi permettant le mariage entre personnes de même sexe.⁹⁴ Cette règle permet de valider *a posteriori* les unions célébrées en Belgique depuis le 1^{er} juin 2003 à propos desquelles la succession de circulaires pouvait laisser planer un doute.^{95 96}

La pratique a toutefois révélé certaines difficultés d'application de la nouvelle règle. Les candidats de même sexe au mariage éprouvent en effet parfois des difficultés à présenter aux autorités belges certains documents nécessaires pour la célébration de l'union.⁹⁷ C'est le cas du certificat de célibat ou du certificat de coutume. Il semble

toutefois pas nécessairement coïncidence puisque cette dernière disposition exige un établissement « à titre principal » qui peut ne pas être rencontré dès lors qu'une personne s'est installée en Belgique avec l'intention de quitter le pays une fois le mariage célébré.

⁹² La seule limite à l'égard de ressortissants étrangers consiste dans l'exigence que l'un des futurs époux possède la nationalité d'un Etat qui admet le mariage, ou y réside.

⁹³ Ces ressortissants pourront choisir de se marier soit en Belgique, soit devant les autorités consulaires belges en poste dans l'Etat de leur résidence.

⁹⁴ A cette disposition particulière répond une autre règle spéciale qui vise les mariages célébrés à l'étranger. Selon l'article 126 *in fine* du Code, le mariage conclu entre personnes de même sexe peut recevoir effet en Belgique à partir du 1^{er} juin 2003 s'il répond aux conditions posées par le Code.

⁹⁵ Selon la circulaire relative au Code de droit international privé, les mariages célébrés à l'étranger avant l'entrée en vigueur du Code ne pourront être reconnus qu'à compter du 1^{er} juin 2003. Selon la Circulaire, ceci signifie qu'un mariage célébré avant cette date ne pourra être reconnu comme tel qu'à compter cette date (Circulaire, p. 69.609). L'on a déjà pu mettre en doute la constitutionnalité de cette interprétation (voy. H. STORME, « Arbitragehof vermijdt toetsing conflictenregel aan Grondwet », note sous C.A., 4 mai 2005, *R.W.*, 2005-06, (737), 740, n° 10).

⁹⁶ Sur l'ensemble de la question, *cons.* N. GALLUS, « Le mariage des homosexuels et le droit international privé », *Droit familial – actualité législative et jurisprudentielle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 9 e.s.

⁹⁷ Il faut consulter l'article 64, § 1^{er}, du Code civil pour découvrir la liste des documents qui doivent être remis lors de la déclaration du mariage par les futurs époux à l'officier de l'état civil de la commune où ils souhaitent se marier. Il s'agit en résumé 1°) d'une copie conforme de l'acte de naissance, 2°) d'une preuve d'identité, 3°) d'une preuve de nationalité, 4°) d'une preuve de célibat ou d'une preuve de la dissolution ou de l'annulation du dernier mariage célébré devant un officier de l'état civil belge et, le cas échéant, d'une preuve de la dissolution ou de l'annulation des mariages célébrés devant une autorité étrangère, 5°) d'une preuve de l'inscription dans les registres de la population, 6°) d'une preuve écrite légalisée, émanant du futur époux absent lors de la déclaration du mariage, dont il ressort que celui-ci consent à la déclaration et 7°) de toute autre pièce authentique dont il ressort que l'intéressé remplit les conditions requises par la loi pour

que certaines autorités étrangères refusent de délivrer de tels documents dès lors qu'ils sont destinés à permettre la conclusion d'une union entre personnes de même sexe. La presse s'est fait l'écho de ces difficultés,⁹⁸ qui ont également été évoquées au Parlement.⁹⁹

Il faut encore indiquer que les officiers d'état civil belge ne pourront célébrer de mariage qu'au sens de la loi belge. La règle *auctor regit actum* interdit en effet aux autorités belges de prêter leur concours à la constitution d'une situation juridique sous l'empire d'un droit étranger. Partant, un officier d'état civil belge ne pourra donner suite au souhait de deux ressortissants suédois de même sexe de leur conférer le statut de 'partenaires' prévu par le droit suédois applicable en l'espèce.¹⁰⁰ Non seulement l'officier procédera-t-il à la célébration du mariage en respectant les formalités prévues par le Code civil belge mais pour les autorités belges l'union qui en découle sera considérée comme un mariage. Ceci ne présume toutefois en rien de l'effet que pourront accorder les autorités suédoises à cette union, ni d'ailleurs des effets qui pourraient s'attacher à une telle union selon le droit international privé belge.

2. *La relation de vie commune : ouverture plus limitée aux situations internationales*

Le Code de droit international privé introduit également des règles particulières visant les 'relations de vie commune', qui sont définies comme visant les situations de vie commune « donnant lieu à enregistrement par une autorité publique et ne créant pas entre les cohabitants de lien équivalent au mariage ». A titre d'exemple la cohabitation légale du droit belge ou le pacte de solidarité du droit français paraissent devoir être rangés dans la catégorie de relation de vie commun, dès lors que ces deux

pouvoir contracter mariage. Si les documents remis sont établis dans une langue étrangère, l'officier de l'état civil peut en demander une traduction certifiée conforme. Une loi du 3 décembre 2005 (*M.B.*, 23 janvier 2006) a grandement simplifié ces formalités pour les ressortissants belges. Des circulaires ministérielles apportent des précisions sur les documents à fournir, voy. les circulaires du 17 décembre 1999 relative à la loi du 4 mai 1999 modifiant certaines dispositions relatives au mariage (*M.B.* 31 décembre 1999) et la circulaire du 23 janvier 2004 précitée (*M.B.* 27 janvier 2004).

⁹⁸ Voy. notamment R. GUTIERREZ, « Obstruction d'Etat au mariage homo », *Le Soir*, 24 janvier 2006, p. 4 et du même, « Fin de l'obstruction aux mariages homos », *Le Soir*, 4 février 2006.

⁹⁹ Question orale de M. Olivier Maingain à la vice-première ministre et ministre de la Justice sur « l'obstruction d'Etat au mariage de personnes du même sexe » (Chambre des Représentants, Compte Rendu Intégral, Commission de la Justice, 7 février 2006, p. 16 e.s., question n° 10060). Dans la mesure où les candidats au mariage éprouvent des difficultés à obtenir un certificat de coutume de leur pays d'origine, il faut se souvenir que la production d'un tel certificat ne constitue pas une obligation pour les candidats. Comme l'a rappelé la Ministre de la Justice, le certificat de coutume permet à l'officier d'état civil de s'assurer que les candidats au mariage satisfont aux conditions posées par leur droit national. Dans la plupart des grandes villes du Royaume l'on peut considérer que la production d'un tel certificat n'est pas indispensable lorsqu'elle concerne des candidats au mariage provenant de l'une des grandes communautés immigrées (par exemple la communauté marocaine ou la communauté turque). Voy. aussi la question posée par Mme Turtleboom relative à l'attitude de l'Australie dont les autorités refuseraient de délivrer des certificats de célibat (*Q.R.*, Ch. Repr., sess. ord. 2005-2006, question n° 878 du 23 janvier 2006 sans réponse à l'heure actuelle) et la réponse de Mme la Ministre à la demande d'explication n° 3-1298 de M. Brotcorne, *Annales*, Sénat, 3-147, 26 janvier 2006, p. 27.

¹⁰⁰ En ce sens, F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Larcier, 2005, p. 525, n° 12.48.

institutions n'ont pas pour but d'établir des liens équivalents au mariage.¹⁰¹ Selon les travaux préparatoires du Code, certains types de partenariat enregistré mis sur pied dans les pays scandinaves doivent par contre être assimilés au mariage.¹⁰²

Comme déjà indiqué, le critère de distinction entre les deux catégories est l'existence ou non d'un effet de la relation sur l'état de la personne équivalent au mariage.¹⁰³ Les relations de vie commune visées par le Code sont celles qui n'ont pas pour effet d'imposer aux 'partenaires' le respect de devoirs touchant à leur personne. Seuls les biens des partenaires sont concernés.¹⁰⁴

Les articles 59 et suivant du Code prévoient des règles particulières pour les relations de vie commune ainsi définies. Ce qu'il importe de noter à ce stade est que la conclusion d'une relation de vie commune en Belgique n'est possible que si les parties possèdent leur résidence habituelle commune en Belgique au moment de la conclusion. Ce critère, qui fait écho au 'domicile commun' requis par l'article 1476 § 1 du Code civil,¹⁰⁵ restreint l'accès à la cohabitation légale organisée par le droit belge aux seules personnes résidant déjà ensemble en Belgique.¹⁰⁶

¹⁰¹ Parmi les indices pertinents pour distinguer les deux catégories, l'on retiendra la circonstance que la relation de vie commune crée une obligation de fidélité entre les partenaires ou encore empêche de contacter un mariage subséquent.

¹⁰² Proposition de loi, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 76. La Circulaire accompagnant le Code annonce la publication d'une circulaire complémentaire déterminant s'il existe des formes de partenariat enregistré pouvant être considérés comme créant entre les cohabitants un lien équivalent au mariage (Circulaire, *M.B.*, 28 sept. 2004, p. 69606).

¹⁰³ Proposition de loi, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 17. *Comp.* toutefois avec la définition donnée par la circulaire accompagnant le Code, qui indique que la relation de vie commune vise également les relations qui n'ont pas d'effet sur l'état des personnes (Circulaire, *M.B.*, 28 sept. 2004, p. 69605).

¹⁰⁴ L'union libre par contre échappe à la nouvelle règle de rattachement dans la mesure où elle ne donne lieu à aucune formalisation juridique. Voy. en général sur le traitement en droit international privé de l'union libre N. WATTÉ et L. BARNICH, "L'union libre en droit international privé", in *L'union libre*, PH. PAGE et R. DE VALKENEEER (éds.), Bruylant, 1992, 293-311.

¹⁰⁵ Comme l'a fort justement noté Mme Francq, la contradiction entre le critère retenu par le Code, qui évoque l'existence sur le territoire belge d'une résidence habituelle, et la loi du 23 novembre 1998, qui faisait dépendre la compétence de l'officier d'état civil belge de l'existence en Belgique d'un « domicile commun » des futurs cohabitants, n'est qu'apparente. Tel qu'il est défini par l'article 102 du Code civil, le domicile se rapproche en effet largement de la résidence habituelle comprise, comme l'impose l'article 4 du Code de droit international privé, comme le lieu du principal établissement (S. FRANCO, « Nouvelles formes de relation de couple. Mariage entre personnes du même sexe, partenariat enregistré, Pacs, etc », *Actualités du contentieux familial international*, P. WAUTELET (éd.), Larcier, 2005, (253), 265-266).

¹⁰⁶ Selon l'article 60 du Code, la relation de vie commune est régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel elle a donné lieu à enregistrement. Ce droit s'applique notamment aux conditions d'établissement de la relation. Combinée avec l'article 59, cette disposition signifie que les autorités belges ne pourront participer à la constitution que de la seule cohabitation légale prévue par le droit belge. Il ne sera dès lors pas possible à deux ressortissants luxembourgeois domiciliés en Belgique de solliciter d'un officier d'état civil belge qu'il prenne acte de leur volonté d'adopter le statut du partenariat mis en place par la loi luxembourgeoise du 9 juillet 2004.

Selon le même article 60 du Code, les effets de la relation de vie commune sur les biens des parties sont régis par le droit du lieu du premier enregistrement. Ce critère devrait permettre aux tiers de déterminer facilement quel est le statut patrimonial des partenaires. Il suffira à l'établissement de crédit belge de vérifier que le couple de français candidat à l'emprunt s'est bien 'pacsé' en France pour déterminer l'étendue de la solidarité financière entre partenaires. A l'égard des tiers, il faudra cependant compter avec l'article 54 du Code, dont l'application est étendue « par analogie » aux relations de vie commune, sauf si le droit qu'il désigne ne connaît pas la relation de vie commune.

Partant, il ne suffira pas de démontrer que l'un des partenaires possède la nationalité belge ou qu'il réside en Belgique depuis plus de 3 mois pour justifier l'entrée dans le statut de la cohabitation.

L'on notera que, puisque l'article 42 du Code s'applique « par analogie » aux relations de vie commune, la compétence des juridictions belges compétentes pour connaître des demandes relatives aux effets des relations de vie commune ne dépend pas de l'enregistrement en Belgique de la relation. Rien n'exclut que des cohabitants qui ont fait procéder à l'enregistrement de leur relation devant une autorité étrangère, soumette une demande aux juridictions belges.

§ 2. Reconnaissance à l'étranger d'une union célébrée en Belgique : aperçu général

La souplesse certaine de la règle de rattachement adoptée par le Code permet la célébration en Belgique d'un mariage entre conjoints alors même que le droit national de l'un d'eux, voire des deux candidats au mariage, ne permet pas la conclusion d'un mariage entre personnes de même sexe. Certains commentateurs étrangers n'ont d'ailleurs pas manqué de souligner la souplesse de la règle adoptée par le législateur belge, y voyant un moyen pour ce législateur d'assurer un « rayonnement » de son choix politique de consacrer le mariage entre personnes de même sexe.¹⁰⁷ C'est donc tout naturellement que l'on doit se poser la question de l'accueil que réserveront les pays étrangers aux mariages célébrés en Belgique.¹⁰⁸ La question est vaste, dans la

¹⁰⁷ Voy. les critiques à peine voilées de H. FULCHIRON, «Le droit français et les mariages homosexuels étrangers», *D., Chron.*, 2006, (1253), 1253-1254.

¹⁰⁸ La question de l'effet que les autorités étrangères reconnaîtront aux nouvelles formes d'union mises en place par le droit belge, a été plusieurs fois évoquée lors des discussions ayant précédé l'adoption soit des dispositions de droit matériel, soit des règles de droit international privé relatives aux nouvelles formes d'union. Déjà dans son avis sur l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, le Conseil d'Etat avait pris argument du risque de créer des situations 'boîteuses' (*matrimonium claudicans*) pour conseiller le rejet du projet. Selon le Conseil, « l'insécurité juridique de droit international privé » à laquelle le projet risquait, à ses yeux, de conduire, constituait un élément de plus justifiant son retrait. Le Conseil ajoutait que « les unions homosexuelles ne seront possibles que si le statut personnel des deux époux le permet, ce qui n'est le cas que des Pays-Bas. Par ailleurs, de telles unions ne seront, le plus souvent, pas reconnues dans d'autres pays pour inexistence du mariage ou, à tout le moins, contrariété à l'ordre public international de ces pays » (Avis du Conseil d'Etat n° 32.008/2 du 12 novembre 2001). Cette remarque n'a toutefois pas influencé le sort du projet de loi.

Lors des discussions relatives au Code de droit international privé, il a également été plusieurs fois fait référence aux difficultés qui pourraient naître de la reconnaissance à l'étranger de mariages célébrés en Belgique. Certains parlementaires se sont en effet inquiétés du sort que pourrait connaître dans un Etat étranger un mariage célébré en Belgique entre personnes de même sexe. Voy. les interventions de Mme Nyssens (p. 100), MM. Zenner et Willems (p. 104) à la Commission Justice du Sénat (Rapport, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/7). M. Willems faisait par exemple observer que « On doit cependant être conscient du fait que les effets juridiques cessent dès que l'on a quitté la Belgique; il faut se garder de donner trop l'impression que pareil régime pourrait avoir un impact important. On peut comparer cela à un mariage religieux qui n'aurait aucun effet en droit civil ». Ces difficultés relatives à la reconnaissance à l'étranger n'ont toutefois pas conduit à limiter l'ouverture du mariage de personnes de même sexe à certaines catégories de citoyens. Si limitation il y a eu, elle visait plutôt à éviter un 'tourisme matrimonial' (*supra*). S'il n'a eu aucun impact sur l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe aux couples étrangers, le souci porté aux difficultés de reconnaissance a toutefois conduit à une tentative

mesure où elle nécessiterait l'examen de toutes les législations étrangères susceptibles de se prononcer sur un mariage célébré en Belgique. Un tel exercice serait vain. Plutôt que de prétendre à une quelconque encyclopédie, il semble plus utile de donner quelques exemples des réactions qui pourraient être opposées aux unions célébrées en Belgique.

(i) L'accueil du mariage entre personnes de même sexe célébré en Belgique dans les pays qui ont ouvert le mariage aux personnes de même sexe

Dans les pays qui permettent aux personnes de même de s'unir par les liens du mariage, la réponse est simple : l'on peut s'attendre à ce que ces pays réservent un bon accueil aux mariages célébrés en Belgique. Il en ira par exemple ainsi aux Pays-Bas, où l'on réservera aux mariages entre personnes de même sexe le même traitement (et, s'agissant d'un mariage célébré en Belgique, le même accueil) qu'à un mariage entre personnes de sexes différents.¹⁰⁹ La circonstance que la règle de rattachement belge permette la conclusion d'une union entre personnes de même sexe sans tenir compte de l'obstacle que constituerait la loi nationale de l'un ou des deux conjoints, ne devrait pas faire mentir cet accueil. L'on peut en effet noter qu'en ce qui concerne les Pays-Bas, la règle de rattachement est en effet aussi large que la règle retenue par le Code belge.

(ii) L'accueil du mariage entre personnes de même sexe célébré en Belgique dans les autres pays

Dans les pays qui n'ont pas (encore ?) ouvert aux personnes de même sexe la possibilité de se marier, la réaction peut se faire moins accueillante. Certains pays ont pris les devants et ont, pour tenter de garantir ce qu'ils considèrent comme étant la définition 'naturelle' du mariage, édicté des règles précises interdisant non seulement la célébration d'un mariage entre personnes de même sexe sur leur territoire, mais également la reconnaissance d'un tel mariage. C'est notamment le cas en Australie.¹¹⁰ Il est dès lors évident que le mariage célébré en Belgique ne pourra sortir aucun effet

originale d'imposer aux autorités belges un devoir accru d'information des intéressés. Constatant que les règles adoptées par la Belgique risquaient de créer des situations boiteuses, une parlementaire a suggéré d'imposer aux officiers d'état civil l'obligation d'attirer l'attention des citoyens sur le caractère précaire de mariages célébrés en Belgique. Amendement n° 37 (Mme Nyssens), *Doc. Parl.*, Sénat, n° 3-27/3, qui visait à introduire un article 134^{ter} dans le Code, intitulé « devoir d'information ». Ce nouvel article aurait précisé que « *Dans tous les cas où, par application d'une des dispositions du présent code, un acte public ou une décision judiciaire a pour objet de modifier l'état d'une personne physique, le fonctionnaire qui passe l'acte ou le juge qui rend la décision doit insérer la mention suivante à la fin de l'acte ou du dispositif de la décision : « L'attention des parties est attirée sur le fait : 1° que le présent acte ou la présente décision ne préjuge ni de son efficacité internationale ni de ses effets en dehors de la Belgique; 2° qu'il pourrait en résulter des difficultés pour les parties ou l'une d'elles.» Lecture commentée de cette mention doit être faite par ledit fonctionnaire ou juge en présence des parties ou de leur représentant légal ou conventionnel.* » Cet amendement n'a certes pas été retenu. Toutefois la circulaire adoptée le 23 janvier 2004 impose aux officiers d'état civil d'attirer l'attention des candidats au mariage sur la possible non-reconnaissance de leur union à l'étranger.

¹⁰⁹ Voy. par exemple I. CURRY-SUMNER, « Private International Law Aspects of Homosexual Couples : The Netherlands Report », rapport présenté lors du Congrès de Utrecht de l'Académie Internationale de Droit Comparé (juillet 2006), p. 8, § 3.1.4.

dans ces Etats. L'on assistera à la naissance d'un mariage boiteux. Il est plus que probable que les époux mariés en Belgique ne pourront divorcer en Australie. Il est tout aussi probable qu'un époux marié en Belgique pourra se remarier en Australie et devenir ainsi bigame.

Dans d'autres pays qui ne connaissent pas le mariage homosexuel la position est plus nuancée. Il semble qu'en France la doctrine n'ait pas encore arrêté un consensus en faveur d'une position ou d'une autre en ce qui concerne la reconnaissance des mariages homosexuels célébrés à l'étranger.¹¹¹

En réponse à une question parlementaire à ce propos, le Garde des Sceaux a certes reconnu qu'une union homosexuelle célébrée à l'étranger peut produire des effets en France "notamment sur le plan matrimonial et successoral".¹¹² Cette réponse n'a toutefois pas convaincu l'ensemble de la doctrine.

Mme Révillard semble rejoindre le raisonnement ministériel, du moins sur le plan des principes. Elle propose toutefois de distinguer selon la nationalité des conjoints : si l'un des conjoints possède la nationalité française, le mariage ne sera pas reconnu puisque pour l'époux de nationalité française les conditions du mariage ne sont pas remplies.¹¹³ Par contre, si le mariage concerne deux ressortissants étrangers, Mme Révillard indique avec d'autres que le mariage sera tenu pour valable et que les parties se verront reconnaître la qualité d'époux tant au plan civil que fiscal.¹¹⁴

M. Fulchiron se montre par contre beaucoup plus circonspect. Dans un article remarqué,¹¹⁵ ce spécialiste du droit familial international a d'abord suggéré que l'union entre personnes de même sexe, même si elle est considérée comme un véritable mariage par l'Etat dont les autorités ont procédé à la célébration, ne pourrait être considérée comme faisant partie de la catégorie 'mariage' du droit international privé. Admettre le contraire serait, selon M. Fulchiron, « admettre que le mariage puisse ne plus être par essence l'union de l'homme et de la femme consacrée par la loi ». ¹¹⁶ A partir de ce constat, M. Fulchiron propose de requalifier le mariage

¹¹⁰ Voy. le *Marriage Amendment Act* de 2004, qui introduit une nouvelle section 5(1) dans le *Marriage Act* de 1961, aux termes de laquelle « *marriage means the union of a man and a woman to the exclusion of all others, voluntarily entered into for life* ». La section 88 EA introduite par la même législation prévoit que « *A union solemnised in a foreign country between: (a) a man and another man; or (b) a woman and another woman; must not be recognised as a marriage in Australia* »

¹¹¹ Le consensus se fait par contre au sein de la doctrine française pour considérer qu'il serait impossible de célébrer en France un mariage entre personnes de même sexe, même si la loi nationale des futurs conjoints le permet (H. FULCHIRON, « Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français », *Rev. int. dr. comp.*, 2006, (409), 424).

¹¹² Réponse ministérielle n° 20257, Min. Justice, *J.O.*, Sénat Q, 9 mars 2006, p. 722, reproduite in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2006, XXX. Voy. dans le même sens une réponse antérieure (Rép. Min. n° 41533, Min. Justice, *J.O.A.N. Q.*, 26 juillet 2005, 7437 et les observations de E. FONGARO in *Dr. famille*, 2005, n° 255).

¹¹³ M. RÉVILLARD, *o.c.*, 78, n° 150. Voy. du même auteur, « Le pacs, les partenariats enregistrés et les mariages homosexuels dans la pratique de droit international privé », *Rép. Defrénois*, 2005, 461 e.s.

¹¹⁴ M. RÉVILLARD, *o.c.*, 78, n° 150. Voy. aussi en ce sens M. SCHMITT, « L'incidence en France des lois belges et néerlandaises introduisant le mariage homosexuel », *J.C.P.*, Ed. N., 2004, 1006.

¹¹⁵ H. FULCHIRON, "Le droit français et les mariages homosexuels étrangers", *D., Chron.*, 2006, 1253-1258.

¹¹⁶ *Art. cit.*, *D., Chron.*, 2006, (1253), 1254.

homosexuel étranger en un partenariat. Ce faisant, le mariage serait soumis à la règle de rattachement propre à la catégorie des partenariats, ce qui lui assurerait d'ailleurs d'être soumis au droit de l'Etat où l'union a été célébrée.¹¹⁷

Ce raisonnement peut trouver appui dans les développements récents du droit international privé suisse. Lors de l'introduction du partenariat en droit suisse,¹¹⁸ le législateur suisse a en effet modifié la loi suisse sur le droit international privé pour y inclure une disposition visant la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe célébrés à l'étranger. Selon le nouvel article 45 al. 3 de la loi suisse, « un mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes du même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré ».¹¹⁹

Ce n'est qu'à regret que M. Fulchiron semble aborder l'hypothèse dans laquelle il faudrait considérer le mariage célébré à l'étranger entre deux personnes de même sexe comme rentrant dans la catégorie de rattachement matrimonial.¹²⁰ Si cette hypothèse devait se vérifier, M. Fulchiron propose de raisonner sur base de la règle de rattachement classique qui fait dépendre la validité du mariage du respect des conditions posées par la loi nationale des futurs époux. Il estime que sur cette base, l'on ne peut admettre la validité de l'union célébrée entre des personnes qui possèdent la nationalité d'un Etat qui réserve le bénéfice du mariage aux personnes de sexes différents.¹²¹ Pour M. Fulchiron, la non-reconnaissance doit concerner tout mariage entre conjoints dont l'un au moins possède la nationalité d'un Etat qui ne permet pas le mariage entre personnes de même sexe. Ceci remettrait en cause non seulement l'union entre deux ressortissants français ou entre un ressortissant belge et un ressortissant français célébrée en Belgique, mais également l'union entre un ressortissant belge et un ressortissant italien, dans la mesure où la loi italienne ne permet pas le mariage entre personnes de même sexe. Paradoxalement, M. Fulchiron invite l'intervention de l'ordre public *négatif* pour sanctionner la grande souplesse de la règle de rattachement belge (ou néerlandaise) qui au nom de l'ordre public a permis la célébration d'un mariage par ailleurs impossible selon le rattachement traditionnel à

¹¹⁷ M. Fulchiron reconnaît que la solution n'est pas dénuée d'ambiguïté, puisque la loi étrangère appliquée au titre de loi du lieu de la source du mariage serait appliquée plus ou moins contre elle-même et qu'il n'y aurait pas d'enregistrement. M. Fulchiron note toutefois que cette solution présente l'avantage de maintenir l'institution sous l'empire de la loi étrangère, dont il estime qu'elle correspond le mieux aux attentes des parties (H. FULCHIRON, *art. cit.*, *Rev. int. dr. comp.*, 2006, (409), 427).

¹¹⁸ Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 18 juin 2004.

¹¹⁹ La solution défendue par M. Fulchiron a été acceptée par une juridiction administrative allemande à propos d'un mariage célébré au Pays-Bas entre un ressortissant néerlandais et un ressortissant chinois. Les deux époux vivaient en Allemagne, où travaillait le ressortissant néerlandais. La question de la reconnaissance par les autorités allemandes du mariage célébré aux Pays-Bas était posée dans le cadre d'une procédure visant à obtenir un titre de séjour. La délivrance de ce titre était subordonnée à la démonstration de l'existence d'un lien familial (au sens de l'article 10, al. 1 du Règlement 1612/68). Le *Verwaltungsgericht* de Karlsruhe a dans une décision du 9 septembre 2004 (*IPRax*, 2006, 284, également disponible à l'adresse www.lsvd.de/bund/lpartg/vgkarlsruhe.pdf) accepté que le mariage célébré aux Pays-Bas devait être qualifié de partenariat (*Lebenspartnerschaft*) en application de l'article 17b de l'EBGB, dans la mesure où cette disposition exige une équivalence fonctionnelle entre les institutions. Voy. aussi la décision du *Bundesfinanzhof* du 30 novembre 2004, *IPRax*, 2006, 287 et les commentaires de A. RÖTHEL, « Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen nach deutschen und europäischen Recht », *IPRax*, 2006, 250 e.s.).

¹²⁰ *art. cit.*, *Rev. int. dr. comp.*, 2006, (409), 429-438.

¹²¹ *Art. cit.*, *D.*, *Chron.*, 2006, (1253), 1255-1256.

la loi nationale des candidats au mariage. L'instrumentalisation de l'ordre public par le législateur belge revient donc comme un boomerang pour ignorer le mariage célébré en Belgique.

Au-delà de l'obstacle que constitue le nécessaire respect des conditions posées par la loi nationale des conjoints, M. Fulchiron s'écarte de l'opinion défendue par Mme Révillard à propos de la réaction de l'ordre public français face au mariage homosexuel célébré à l'étranger. Alors que Mme Révillard semble considérer que l'exception d'ordre public ne constitue pas un obstacle à l'accueil en France d'un tel mariage,¹²² M. Fulchiron considère pour sa part que l'ordre public a un rôle important à jouer. Certes il réserve l'incidence à la fois du droit au respect de la vie privée et des principes du droit communautaire, dont il estime qu'ils pourraient commander de laisser produire en France effet à un mariage entre personnes de même sexe valablement célébré à l'étranger.¹²³ Dénonçant la « dérive contemporaine qui fait que dans l'espace européen, les Etats les plus libéraux tendent à imposer, directement ou indirectement, leurs choix aux autres Etats », ¹²⁴ il laisse entendre que l'exception d'ordre public pourrait jouer notamment lorsque l'union présente des liens étroits avec l'ordre juridique français.

Ce bref aperçu montre que le mariage entre personnes de même sexe célébré en Belgique s'exportera parfois difficilement. Au mieux pourra-t-on compter dans les pays qui ne connaissent pas un tel mariage, sur la tolérance engendrée par l'effet atténué de l'ordre public. Cette tolérance ne concernera toutefois que les effets produits par le mariage et non l'institution du mariage dans sa globalité. La solution est assurément peu confortable pour les intéressés, d'autant plus qu'il sera parfois difficile de déterminer avec précision quelle position les autorités étrangères adopteront. L'on ne saurait dès lors trop insister sur le devoir de conseil qui incombe aux professionnels appelés à assister des candidats à un mariage qui risque de ne pas être reconnu dans un pays étranger.¹²⁵

§ 3. Reconnaissance en Belgique des mariages célébrés à l'étranger et des partenariats enregistrés à l'étranger

L'accueil en Belgique des unions célébrées à l'étranger mérite également d'être prise en considération. La difficulté ne concerne plus tellement la question de principe – les autorités belges n'opposeront pas un refus catégorique à la reconnaissance d'unions entre personnes de même sexe célébrées à l'étranger – mais bien les modalités

¹²² A vrai dire, Mme Révillard n'aborde pas la question du jeu éventuel de l'exception d'ordre public de droit international privé. Les termes qu'elle utilise ne laissent toutefois pas de doute sur sa pensée qui va dans le sens d'une reconnaissance des unions célébrées à l'étranger.

¹²³ *Art. cit.*, D., Chron., 2006, (1253), surtout pp. 1257-1258.

¹²⁴ H. FULCHIRON, *art. cit.*, *Rev. int. dr. comp.*, 2006, (409), 428.

¹²⁵ A cet égard, un récent et excellent rapport rédigé par une équipe de chercheurs de l'Université de Utrecht qui, travaillant sous la direction de Katharina Boele-Woelki contient une foule de renseignements de droit comparé bien utiles pour. Le rapport (*Huwelijk of geregistreerd partnerschap? Een evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap*, rédigé par K. Boele-Woelki, I. Curry-Sumner, M. Jansen et W. Schrama, Universiteit Utrecht, Molengraaff Instituut Rechtsgeleerdheid, WODC, 2006, 382 p., spéc. pp. 87-159) est disponible à l'adresse suivante : www.wodc.nl/onderzoeken/onderzoek_1344.asp?soort=publicatie&tab=pub.

précises de l'accueil en Belgique d'une telle union. Comment doit-on par exemple appréhender un *eingetragene Lebenspartnerschaft* de droit allemand, qui impose aux partenaires les mêmes conséquences que le mariage en ce qui concerne le port du nom, la dévolution successorale ou les régimes matrimoniaux mais n'a pas de conséquence sur l'établissement de la filiation ?

Comme pour la loi applicable il s'impose de faire une distinction entre le mariage entre personnes de même sexe (§1) et la relation de vie commune (§2).

(i) Reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe

1. Le principe de la reconnaissance

Comme déjà indiqué, le droit international privé belge impose pour apprécier la validité d'un mariage célébré à l'étranger, le contrôle des règles applicables pour la célébration d'un mariage en Belgique.¹²⁶

Partant, les unions célébrées à l'étranger seront reconnues en Belgique si chacun des époux satisfaisait, au moment de la célébration du mariage, aux exigences de sa loi nationale.¹²⁷ Concrètement, le mariage célébré aux Pays-Bas entre un citoyen belge et un citoyen néerlandais sera reconnu puisque la loi nationale de ces deux époux ne pose pas de condition liée à la différence de sexe pour le mariage.

Comme on l'a remarqué, c'est précisément la double fonction de l'article 46 du Code – qui sert de point d'ancrage tant pour la célébration d'une union en Belgique que pour la reconnaissance en Belgique d'une union célébrée à l'étranger – qui explique que la clause d'ordre public positif soit formulée dans des termes généraux.¹²⁸ Cette clause ne se contente en effet pas de permettre aux personnes résidant en Belgique ou qui possèdent la nationalité belge, de se marier nonobstant l'opposition de la loi nationale de l'un d'entre eux. Tel qu'il est formulé, l'article 46 al. 2 du Code permet à la clause d'exception de jouer aussi à l'égard des unions célébrées à l'étranger. Pour reprendre un exemple donné par Mme Francq, un mariage célébré aux Pays-Bas entre un ressortissant italien résidant aux Pays-Bas et un ressortissant portugais ne pourrait en principe pas être reconnu en Belgique puisque les lois nationales des deux intéressés s'opposent à ce type d'union.¹²⁹ La clause d'exception permet d'écarter, au stade de la reconnaissance, l'application de ces lois dans la mesure où l'un des

¹²⁶ Voy. l'observation de M. Erauw lors de l'examen du projet de Code par la Commission Justice du Sénat. M. Erauw faisait remarquer qu'il était nécessaire de « mener une politique cohérente à l'égard des mariages conclus en Belgique et des mariages conclus à l'étranger ». (Rapport Sénat, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/7, p. 101). Voy. aussi la justification apportée à l'amendement n° 24 du gouvernement, précité, qui modifiait l'article 46 du Code. Selon le gouvernement, la modification proposée, qui introduisait une clause d'ordre public dans le texte « permet aussi de reconnaître en Belgique un mariage célébré à l'étranger, dès lors que la condition de nationalité ou de résidence est remplie. Cela permet par exemple de valider en Belgique un mariage célébré aux Pays-Bas, lorsque l'une des parties est néerlandaise ou réside aux Pays-Bas, comme le permet le droit néerlandais ».

¹²⁷ Voy. aussi supra les brefs commentaires relatifs à l'article 27 du Code. Sur l'application de l'article 27 à la reconnaissance de mariages célébrés à l'étranger, voy. M. ERAUW, Rapport Sénat, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/7, p. 107.

¹²⁸ S. FRANCO, *op. cit.*, p. 270.

candidats au mariage réside dans un Etat qui permet le mariage entre personnes de même sexe.¹³⁰

Les mêmes principes s'appliquent pour la reconnaissance en Belgique d'un partenariat qui ne constituerait pas une relation de vie commune au sens de l'article 58 du Code. L'on pense au '*geregistreerd partnerschap*' du droit néerlandais, dont les conséquences n'ont rien à envier au mariage, sauf sur certains points comme la filiation. Il ne fait pas de doute que le *partnerschap* de droit néerlandais doit être appréhendé non pas sur base des articles 59 e.s. du Code, mais en tant que mariage. L'utilisation de la qualification de mariage à l'endroit d'un partenariat n'est pas de nature à déforer celle-ci puisque telle qu'elle est comprise en droit international privé, la catégorie de rattachement du mariage vise l'ensemble des unions entre deux personnes, quel que soit leur sexe, à condition que l'union produise des effets sur la personne des conjoints – et notamment sur la possibilité pour ces personnes de se marier.

S'agissant d'un partenariat de droit néerlandais ou de certains partenariats prévus par les législations des pays scandinaves, l'assimilation au mariage doit dès lors également concerner la reconnaissance de partenariats créés à l'étranger.

2. *Les effets de la reconnaissance*

Un mariage célébré à l'étranger produit, s'il est reconnu en Belgique, les effets qu'attache la loi applicable à tout mariage. Cette reconnaissance vaut en effet constat d'équivalence avec un mariage 'classique' entre personnes de sexes différents. Pour déterminer les effets de l'union sur le patrimoine du couple, il faudra dès lors avoir égard aux articles 49 et suivant du Code. Les autres effets du mariage, et notamment les conséquences sur la personne des époux – qui permettent de différencier le mariage d'une relation de vie commune – seront régis par la loi de la résidence commune actuelle des conjoints en vertu de l'article 48.¹³¹

La diversité des effets reconnus dans les différentes lois nationales aux nouvelles formes de mariage pourrait donner à ces unions un contenu variable. Il n'est en effet pas exclu que deux époux qui se sont unis aux Pays-Bas soient soumis à la loi belge notamment lorsqu'il s'agit de déterminer les effets qu'entraîne leur union sur leur personne.¹³² Partant, l'on pourrait voir une union célébrée dans un pays A régie par la

¹²⁹ Un tel mariage pourra être valablement célébré aux Pays-Bas. Le mariage entre personnes de même sexe est en effet possible aux Pays-Bas depuis le 1^{er} avril 2001 (*Wet Openstelling Huwelijk* du 21 décembre 2000, publiée in *Stb.*, 2001, 9). Selon la loi réglant les conflits de lois en matière de mariage, le droit néerlandais s'applique dès lors que l'un au moins des époux possède la nationalité néerlandaise ou réside habituellement aux Pays-Bas (Article 2 de la loi du 7 septembre 1989 « *houdende regeling van het conflictenrecht inzake het huwelijk* », telle que modifiée par la loi du 17 décembre 1998).

¹³⁰ S. FRANCO, *op. cit.*, p. 269-270.

¹³¹ Voy. le commentaire de ces dispositions in P. WAUTELET, « Le Code de droit international privé et les relations matrimoniales internationales », *Div. Act.* 2005, 49-60.

¹³² Comme le prévoit l'article 48 du Code de droit international privé, dont le champ d'application est large puisqu'il concerne les devoirs de cohabitation et de fidélité, la contribution des époux aux charges du mariage, la perception des revenus par chaque époux, l'admissibilité des contrats entre époux et les modalités de la représentation d'un époux par l'autre (voy. l'énumération non limitative faite par l'article 48 § 3).

loi d'un pays B qui accorde d'autres effets à l'union que ceux prévus par la loi de l'Etat de célébration. Ce phénomène n'est pas propre au mariage entre personnes de même sexe. La relative nouveauté des régimes relatifs aux unions entre personnes de même sexe pourrait toutefois se heurter à certaines résistances qui trouveraient une traduction concrète dans l'exception d'ordre public de droit international privé.

En ce sens l'on peut dire que la relation juridique constituée à l'étranger pourra avoir un contenu différent de celui qui aurait été le sien dans le pays où l'union a été célébrée. Aux droits et obligations prévues par le droit étranger pourront être substitués les droits et obligations prévus par le droit belge, dans la mesure où les facteurs de rattachement conduisent à l'application de ce droit.

Ainsi deux personnes unies par un partenariat de droit néerlandais qui résident depuis quelques années en Belgique seront soumises au droit belge pour toutes les questions visées par l'article 48 du Code. A l'intérieur du droit belge, il faudra avoir égard aux effets attachés par la loi au mariage et non à la cohabitation légale telle qu'organisée par la loi du 23 novembre 1998. En effet une appréciation fondée sur l'équivalence fonctionnelle des institutions révèle que le partenariat de droit néerlandais entretient un rapport beaucoup plus étroit avec le mariage tel qu'organisé par la loi belge qu'avec la cohabitation légale. Retenir les règles applicables à cette dernière institution conduirait à dénaturer le partenariat créé sur base du droit néerlandais. En ce sens, l'on peut dire que le partenariat de droit néerlandais doit 'doublement' être appréhendé comme un mariage : à la fois pour la sélection de la règle de rattachement ou plus généralement de la règle de droit international privé applicable et également pour la sélection de la règle matérielle du droit interne désigné par la règle de rattachement.

(ii) Reconnaissance des relations de vie commune

1. Le principe de la reconnaissance

Comme déjà indiqué, les relations de vie commune font l'objet de règles particulières dans le Code de droit international privé qui dérogent au régime général du mariage. L'article 60 du Code soumet ces relations au droit de l'Etat d'enregistrement.

Par conséquent, c'est ce droit que consulteront les autorités belges pour déterminer s'il convient de reconnaître un effet à une relation de vie commune constituée devant une autorité étrangère. Partant la reconnaissance de telles relations sera toujours assurée en Belgique puisqu'il sera fait exclusivement référence aux règles de l'Etat qui a présidé à l'enregistrement de la relation.

2. Les effets de la reconnaissance

Le droit de l'Etat d'enregistrement a également vocation à déterminer les effets qui s'attachent à une relation de vie commune reconnue. L'article 60 al. 2 du Code prévoit expressément l'application de la loi du pays du premier enregistrement notamment pour les effets de la relation sur les biens des parties. Ainsi il faudra

consulter la loi luxembourgeoise pour déterminer le caractère propre ou commun d'un bien dans le cadre d'une relation entre deux personnes ayant conclu un partenariat au Luxembourg.¹³³ Il n'était pas nécessaire de prévoir une règle relative aux effets d'une telle relation sur la personne des époux.

Le Code prévoit enfin une dérogation à l'application de la loi du lieu d'enregistrement en ce qui concerne les relations avec les tiers : l'article 60 renvoie par analogie aux dispositions relatives à l'opposabilité du régime matrimonial.¹³⁴ Ce faisant, le Code permet l'application d'un autre droit que celui de l'Etat d'enregistrement de la relation. Pour éviter toute difficulté, le Code prévoit une règle subsidiaire qui permet le retour à la loi de l'Etat d'enregistrement dès lors que le droit désigné ne connaît pas la relation de vie commune.

¹³³ Exemple donné par Mme FRANCO, *o.c.*, p. 271.

¹³⁴ Article 54 du Code.

II. LA DISSOLUTION DU MARIAGE

Près de deux ans après l'entrée en vigueur le 1^{er} mars 2005 du Règlement 2201/2003,¹³⁵ il semble opportun de réaliser une première analyse de la jurisprudence récente rendue dans différents Etats membres, et notamment en Belgique. Ceci permettra de constater que certains concepts comme celui de résidence habituelle, peuvent susciter des interrogations en pratique.¹³⁶

Après ce tour d'horizon de la pratique des règles communautaires, nous évoquerons quelques questions liées au sort en Belgique de décisions étrangères ne bénéficiant pas des règles communautaires.

A. L'application du Règlement Bruxelles IIbis par les juridictions belges et étrangères

Lorsque l'on examine la pratique du Règlement Bruxelles IIbis – et de son prédécesseur, le Règlement Bruxelles II – un premier constat s'impose d'emblée : la Cour de Justice ne s'est pas encore prononcée sur ces textes. Cela s'explique sans doute par le fait qu'aux termes de l'article 68 du Traité CE, seules les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours – telle, en Belgique, la Cour de cassation – sont autorisées à interroger la Cour de Justice.

Force est par ailleurs de constater que la jurisprudence est loin d'être abondante. L'on ne recense au total qu'un nombre limité de décisions publiées. Sans doute la pratique du Règlement ne se laisse-t-elle pas réduire aux seules décisions publiées. Le Règlement fait certainement l'objet d'une application fréquente, voire quotidienne, par les juridictions de nombreux Etats membres. Le caractère très souple des règles de compétence qu'il pose contribue toutefois sinon à vider la question de la compétence de sa pertinence, au moins à prévenir l'apparition d'un contentieux sur cette question. Quelques décisions permettent toutefois d'apercevoir les difficultés que suscitent malgré tout les dispositions du Règlement.

§ 1. La notion de résidence habituelle

La notion de résidence habituelle a été retenue – sous diverses déclinaisons – par le législateur européen comme critère déterminant, avec la nationalité commune des parties, afin de fonder la compétence internationale des juridictions des Etats membres dans le cadre des procédures de désunion matrimoniale ou de responsabilité parentale. Malgré l'importance de ce concept, il n'a pas fait l'objet d'une définition dans le Règlement Bruxelles IIbis, le législateur communautaire estimant que cela était d'autant moins nécessaire que la Cour de justice de la communauté européenne avait déjà défini cette notion à plusieurs reprises.¹³⁷

¹³⁵Règlement CE n°2201/2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, adopté le 27 novembre 2003.

¹³⁶ Pour l'examen de la pratique espagnole, voy. R. GARCIMARTIN MONTERO, « L'application en Espagne du Règlement 1347/2000 », *Rev. dr. suisse*, 2005, 387-412.

Dans la plupart des espèces, la notion de résidence habituelle ne suscitera guère de difficultés.

Ainsi, il ressort d'un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 3 mars 2005¹³⁸ que le tribunal de première instance de Thessalonique, saisi d'une demande en divorce introduite par une épouse de nationalité grecque, s'est déclaré incompétent pour connaître de cette demande en invoquant à l'appui de sa décision :

- que les parties s'étaient rencontrées à Bruxelles, où elles travaillaient et avaient eu leur résidence habituelle pendant toute leur vie commune ;
- que durant les six mois précédant l'introduction de sa demande en divorce, Madame avait sa résidence habituelle à Bruxelles et non à Thessalonique comme elle l'affirmait même si elle avait fait divers séjours à Thessalonique notamment dans le cadre d'un congrès ;
- que le centre d'intérêt de Madame se trouvait à Bruxelles puisqu'elle y travaillait depuis 10 ans et qu'elle était enregistrée au registre de la population de Bruxelles ;
- que les enfants des parties étaient inscrits à l'école européenne à Bruxelles.

Le raisonnement du juge du tribunal de première instance de Thessalonique doit être approuvé, notamment en ce qu'il se base sur un faisceau d'indices pour localiser la résidence habituelle. En se fondant sur le lieu de travail et la résidence des enfants, le tribunal a pu apprécier *in concreto* que la résidence de Madame était bien en Belgique.

Dans certains cas, la notion de résidence habituelle se révélera plus difficile à cerner.

Ainsi, la Cour de cassation française a dû se prononcer sur cette notion dans une affaire opposant deux conjoints de nationalité anglaise qui avaient résidé conjointement en Angleterre avec leur fille. A l'automne 2002, les parents avaient décidé d'inscrire leur fille dans une école en France. En février 2003, Madame décida d'accompagner l'enfant en France pour prendre soin d'elle. Il avait été convenu dès le début que ce séjour en France serait limité dans le temps et que l'enfant devrait poursuivre sa scolarité en Grande Bretagne en septembre 2004. Plus d'un an après l'installation de Madame en France, Monsieur introduit une demande de divorce devant le juge aux affaires familiales français.

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence, par un arrêt du 18 novembre 2004,¹³⁹ avait dans cette espèce considéré, en substance, que l'épouse avait gardé le centre de ses intérêts et, partant, sa résidence habituelle en Angleterre, de sorte que le juge français n'était pas compétent pour statuer sur la demande en divorce introduite par l'époux. La Cour justifia cette décision en notant que l'épouse avait conservé son domicile personnel et fiscal à Londres, qu'elle était toujours inscrite sur les listes électorales à Londres, qu'elle avait conservé et utilisé régulièrement ses comptes bancaires en Angleterre et qu'elle avait continué à être suivie par ses médecins et dentistes londoniens tout

¹³⁷ Voy. sur ce point S. PFEIFF, « Le Règlement Bruxelles II bis – bilan provisoire et perspective de réforme », *Acquis et enjeux futurs de l'espace judiciaire européen en matière civile*, Larcier, à paraître, n°18 et s.

¹³⁸ Bruxelles, 3 mars 2005, *Revue@dipr.be*, 2006, n° 3, 48.

¹³⁹ Aix-en-Provence, 18 novembre 2004, *J.D.I.*, 2005, 801 et s.

comme sa fille. En outre, l'épouse avait continué à fréquenter le même coiffeur, le même opticien et les mêmes vétérinaires pour ses chiens...

Par son arrêt du 14 décembre 2005, la Cour de cassation de France a rejeté le pourvoi formé contre cette décision.¹⁴⁰ La Haute juridiction commence par énoncer, en termes généraux, que « *la résidence habituelle, notion autonome du droit communautaire, se définit comme le lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts* ». Se basant ensuite sur les constatations souveraines du juge du fond, et en particulier sur le caractère temporaire du séjour de l'épouse en France et de l'absence de volonté de celle-ci d'y transférer le centre habituel de ses intérêts, la Cour de cassation décide que la Cour d'appel n'a pas méconnu les critères de compétence fixés par le Règlement Bruxelles II.

On saura gré à la Cour de cassation d'avoir nettement pris parti en faveur d'une définition autonome de la résidence habituelle. Avec certains commentateurs, l'on peut toutefois regretter que la Cour n'ait pas interrogé la Cour de justice, ce qui aurait permis d'obtenir au moins un début de définition de la résidence habituelle.¹⁴¹ En outre l'on peut s'étonner de l'insistance mise par les juridictions françaises sur l'intention de l'épouse de conserver le centre de ses intérêts principaux au Royaume-Uni, alors que de nombreux éléments de fait démontraient à suffisance que l'épouse était établie en France.

§ 2. L'application universelle du Règlement

Le Règlement Bruxelles IIbis s'applique indépendamment de la nationalité des parties. L'*Amtsgericht* de Leverkusen a rappelé ce principe dans un jugement du 13 mai 2004.¹⁴² En l'espèce, le tribunal s'est déclaré compétent pour connaître d'une demande en divorce au motif que la résidence habituelle des époux, ressortissants bosniaques, était en Allemagne. Le tribunal a souligné à juste titre que le Règlement Bruxelles II trouvait à s'appliquer indépendamment de la nationalité des parties.¹⁴³

§ 3. Coordination entre les règles de compétence internationale et interne

Il n'y a pas de correspondance exacte entre les critères de compétence internationale retenus par le Règlement Bruxelles IIbis et ceux qui peuvent fonder la compétence territoriale interne des juridictions belges. Que faire dès lors si ces juridictions sont internationalement compétentes pour statuer sur une demande en divorce, mais

¹⁴⁰ Cass. fr., 14 décembre 2005, *Bull. Civ.*, 2005, I, n°506, *Gaz. Pal.*, 2006, 534, note PH. GUEZ.

¹⁴¹ Voy., outre la note précitée de PH. GUEZ, A. RICHEL-PONS, note sous Aix-en-Provence, 18 novembre 2004, *J.D.I.*, 2005, 801 et s.

¹⁴² AG Leverkusen, 13.05.2004, *FamRZ* 2004, 1493.

¹⁴³ Voy. aussi Cass. fr., 1^{ère} Civ., 22 février 2005, *Scheefer c. Lefort*, *Gaz. Pal.*, 27-28 mai 2005, 42 ; D., 2005, 1459 et les commentaires de S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, « L'entrée en scène des règles communautaires sur la compétence juridictionnelle en matière familiale », 1459-1462. Voy. également A. BOICHÉ, « L'articulation des règles du nouveau droit communautaire du divorce avec les règles nationales de compétence directe », *Gaz. Pal.*, 27-28 mai 2005, 23-27 (la Cour de cassation française a confirmé, à l'occasion d'une procédure de divorce opposant deux ressortissants français tous deux domiciliés en Islande, où le couple s'était d'ailleurs marié, que le Règlement pouvait s'appliquer en l'absence de domicile ou de résidence habituelle des parties dans un Etat membre).

qu'aucun des critères de compétence interne prévus par le Code judiciaire ne se concrétise en Belgique ?

Le Tribunal de première instance de Liège a tranché cette question en appliquant par analogie l'article 13 du Code de droit international privé.¹⁴⁴ En l'espèce, une action en divorce fondée sur la séparation de fait de plus de deux ans avait été engagée par une ressortissante belge née au Maroc et domiciliée en Belgique depuis plus de 6 mois. Le défendeur, un ressortissant marocain, sans domicile ni résidence connu, ne comparaisait pas.

Statuant par défaut, le tribunal constata que les juridictions belges étaient internationalement compétentes pour connaître de cette demande en divorce – en vertu de l'article 3, 1. a) sixième tiret du Règlement Bruxelles IIbis –, mais qu'aucun des critères de droit interne ne lui permettait de fonder sa compétence territoriale interne, puisque les époux avaient vécu en Belgique puis au Togo et que le défendeur n'avait pas de domicile ou de résidence connu.

Néanmoins, les juridictions belges étant compétentes internationalement, il convenait de déterminer quel tribunal devait connaître de cette affaire. Le tribunal a choisi de s'inspirer de la solution retenue par l'article 13 du Code de droit international privé, au motif que « même si le Code ne s'applique pas expressément à la présente hypothèse, il y a lieu de raisonner par analogie ». L'on sait en effet que les règles de compétence retenues par le Règlement ont une nature générale, elles ne désignent que les juridictions d'un Etat membre dans son ensemble.¹⁴⁵

En vertu de l'article 13 du Code, le tribunal fonde sa compétence sur base de la résidence de la demanderesse. La solution nous paraît devoir être approuvée. Sans doute l'article 13 du Code de droit international privé ne trouve-t-il à s'appliquer que « lorsque les juridictions belges sont compétentes en vertu de la présente loi », et donc – dans une interprétation littérale – pas lorsque cette compétence est établie en vertu d'un instrument international tel que le Règlement Bruxelles IIbis. On observera toutefois que l'application du Règlement est envisagée par l'article 2 du Code de droit international privé, de sorte qu'il est possible de soutenir, ne fut-ce que formellement, que la compétence établie en vertu de celui-ci l'est également « en vertu de la présente loi » au sens de l'article 13. Au surplus, si tel ne devait pas être le cas, l'application de cette disposition par analogie, comme le fait le Tribunal de première instance de Liège, se justifie pleinement eu égard à la nécessité de compléter l'œuvre du Règlement, à bien des égards inachevées.

§ 4. Le for de nécessité

Une intéressante décision de la Cour d'Appel de La Haye du 21 décembre 2005 pose la question de la possibilité pour un juge d'écarter les chefs de compétence prévus par

¹⁴⁴ Civ. Liège, 15 novembre 2005, en cause *Aouerighel c. Ben Hamou*, RG 05/4431/A, inédit.

¹⁴⁵ *Comp.* la rédaction de l'article 5-1 du Règlement 44/2001 avec celle de l'article 3 du Règlement 2201/2003. Voy. H. GAUDEMET-TALLON, "Le Règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 : 'Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière patrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs'", *J.D.I.*, 2001, (381), 391, n° 24.

le Règlement lorsqu'ils rendent *de facto* impossible pour les époux d'obtenir le divorce.¹⁴⁶

En l'espèce, un époux Maltais et une épouse Néerlandaise résidaient tous deux habituellement à Malte. Conformément au Règlement Bruxelles II,¹⁴⁷ seul le juge maltais pouvait donc être saisi d'une action en divorce. Toutefois, l'on sait que le droit maltais fait interdiction au juge maltais de prononcer un divorce, que ce soit par application du droit maltais ou d'une loi étrangère. Les époux avaient donc saisi conjointement un tribunal néerlandais d'une demande de divorce par consentement mutuel. En première instance, le premier juge s'était déclaré incompétent conformément au Règlement Bruxelles II. En appel, les époux faisaient valoir qu'il leur était matériellement impossible de divorcer autrement qu'en saisissant le juge néerlandais.

La Cour de La Haye a fait droit à leur demande en considérant que le droit d'accès à un tribunal, consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, commandait qu'il soit dérogé en l'espèce au jeu normal des règles de compétence et ce, en vue de permettre aux époux de divorcer. Pour ce faire, la Cour en a appelé à l'article 9 du Code néerlandais de procédure civile, qui permet au juge néerlandais de se déclarer compétent « *in het geval dat een gerechtelijke procedure buiten Nederland onmogelijk blijkt* ». On observera qu'un tel « *for de nécessité* » existe également en droit belge (article 11 du Code de droit international privé).

La solution retenue par la Cour est audacieuse. A priori, le raisonnement suivi heurte de front le principe de droit communautaire qui fait interdiction au juge national d'appliquer une règle de droit national lorsque la situation tombe sous le champ d'application d'un acte de droit communautaire. Or, en l'espèce, il ne faisait aucun doute – comme le relève d'ailleurs la Cour – que la compétence du juge maltais excluait celle du juge néerlandais (art. 7 du Règlement Bruxelles II et art. 6 du Règlement Bruxelles II*bis*).

Pour le surplus, il est permis s'interroger sur la pertinence du recours à l'article 6 de la C.E.D.H. En effet, force est de constater que l'accès des parties au juge maltais n'a à aucun moment été entravé. En réalité, celle-ci pouvaient parfaitement le saisir. Elles se plaignaient uniquement de l'impossibilité pour ce juge de prononcer le divorce qu'elles souhaitent obtenir. Peut-on vraiment considérer, dans un cas pareil, que leur droit d'accès à un juge ait été méconnu ?

Au demeurant, comme la Cour l'a elle-même relevé, il eût suffi à l'épouse, de nationalité néerlandaise, de résider 6 mois aux Pays-Bas pour que les juges de cet Etat acquièrent compétence conformément au Règlement. Peut-on vraiment parler, dans ce cas, d'une entrave au droit d'accès à un juge suffisante pour justifier que l'on écarte les principes fixés par le Règlement ?

En définitive, on observera toutefois que la 'manœuvre' des époux sera couronnée de succès, puisque le juge maltais sera tenu, conformément au Règlement, de reconnaître le divorce prononcé dans ces conditions par le juge néerlandais. En effet, le divorce obtenu sera automatiquement reconnu à Malte sans que le juge Maltais ne puisse

¹⁴⁶ Gerechtshof 's-Gravenhage, 21 décembre 2005, *NIPR*, 2006, n° 101.

¹⁴⁷ La solution eût été identique sous l'empire du Règlement Bruxelles II*bis*.

invoquer l'incompétence des juridictions néerlandaises (art. 17 du Règlement Bruxelles II et art. 24 du Règlement Bruxelles II*bis*).

§ 5. Le jeu de l'exception de litispendance

L'on connaît l'importance de l'exception de litispendance dans la pratique du Règlement. L'existence d'une pluralité de fors alternatifs et l'absence d'harmonisation des règles de rattachement a sensiblement accru l'intérêt de la course au for, ce qui n'a pas manqué de mettre en relief diverses questions que peut susciter la règle de litispendance retenue par le Règlement.

(i) Champ d'application – sort des mesures provisoires

La règle de la litispendance, consacrée à l'article 19 du Règlement Bruxelles II *bis*, implique que lorsque des demandes en relâchement du lien conjugal sont formées entre le mêmes parties devant des juridictions d'Etat membres différents, la juridiction saisie en second lieu doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction saisie en premier se soit prononcée sur sa propre compétence.

La Cour d'Appel de Bruxelles s'est prononcée le 3 mars 2005 dans une affaire au demeurant assez complexe sur la question de l'application de cette disposition à l'occasion d'un contentieux provisoire.¹⁴⁸

On sait que l'article 20 du Règlement autorise le juge d'un Etat membre, en cas d'urgence, à prendre des mesures provisoires ou conservatoires relatives aux personnes et aux biens situés dans cet Etat, même si un juge d'un autre Etat membre est compétent pour statuer au fond. La question posée à la Cour d'appel était de savoir dans quelle mesure le juge belge, tenu de surseoir à statuer sur le fond en raison de la saisine antérieure d'un juge étranger, peut néanmoins prononcer les mesures provisoires demandées.

En l'occurrence, une épouse Grecque avait introduit devant les juridictions grecques à la fois une demande en divorce et deux demandes en mesures provisoires. De son côté, son époux Allemand avait riposté par l'introduction d'une demande en divorce en Belgique, assortie d'une demande de mesures provisoires fondée sur l'article 1280 du Code judiciaire. Le juge belge ayant toutefois estimé qu'il devait être sursis à statuer sur les deux demandes de l'époux dans l'attente de la décision du juge grec, l'épouse avait alors introduit à son tour une demande de mesures provisoires devant le juge belge, fondée cette fois sur l'article 584 du Code judiciaire. Cette demande avait donné lieu à une demande reconventionnelle de l'époux.

Statuant en degré d'appel sur ces deux demandes fondées sur l'article 584 du Code judiciaire, la Cour d'appel a effectué une distinction entre ces demandes provisoires et celle fondée sur l'article 1280 du Code judiciaire. Elle a considéré que cette dernière

¹⁴⁸ Bruxelles, 3 mars 2005, *Revue@dipr.be*, 2006, n° 3, 48. La Cour d'appel statue sur la base du Règlement Bruxelles II et non Bruxelles II*bis*, inapplicable *ratione temporis*, mais la solution serait identique sous l'empire du règlement nouveau. Par facilité pour le lecteur, nous indiquons dans le corps du texte les références au Règlement II*bis* actuellement en vigueur.

était effectivement paralysée par la procédure pendante devant le juge grec, conformément à la règle de litispendance inscrite dans le Règlement. En revanche, après avoir constaté en l'espèce l'existence de l'urgence et la présence des enfants sur le territoire – conditions posées par l'article 20 du Règlement Bruxelles IIbis pour l'octroi de mesures provisoires –, la Cour s'est déclarée compétente pour statuer sur les demandes fondées sur l'article 584 du Code judiciaire, considérant donc implicitement que la règle de litispendance n'était pas applicable.

La Cour d'appel ne s'est pas autrement expliquée sur le fondement de la distinction qu'elle opère ainsi entre les deux types de mesures provisoires. Sans doute a-t-elle considéré que les mesures fondées sur l'article 1280 du Code judiciaire, dès lors qu'elle présupposent une action au fond valablement introduite, ne peuvent être accordées tant qu'il n'était pas établi que cette action pouvait prospérer. Or, la saisine antérieure des juridictions grecques au fond empêchait précisément les juridictions belges de prendre connaissance de la demande au fond. En revanche, les mesures prévues par l'article 584 du Code judiciaire sont en principe indépendantes d'une éventuelle action au fond. La Cour a sans doute estimé qu'elles pouvaient dès lors être accordées, pour autant que l'urgence soit acquise.¹⁴⁹

La solution retenue par la Cour pour la demande fondée sur l'article 584 C. jud. peut s'appuyer sur un argument de texte. L'article 20 du Règlement prévoit en effet qu'en cas d'urgence, les dispositions du Règlement ne peuvent « empêcher » l'octroi de mesures provisoires. Cette neutralisation des dispositions du Règlement doit en principe également jouer à l'égard de la règle de litispendance.¹⁵⁰ En outre, l'article 19 du Règlement ne vise que les seules demandes « en divorce, en séparation de corps ou en annulation du mariage ». L'on peut se demander si cette formulation permet de couvrir les demandes formulées dans le cadre du contentieux provisoire. Il reste que dans la mesure où deux procédures sont engagées concurremment devant des juridictions différentes pour obtenir des mesures provisoires, le risque existe de voir apparaître des décisions contradictoires – risque que l'article 19 tente précisément de prévenir. En outre la distinction entre mesures provisoires liées à la procédure au fond telles que celles de l'article 1280 du Code judiciaire et les autres mesures provisoires, apparaît dénuée d'importance s'agissant d'appliquer une règle européenne. L'on n'a dès lors pas fini de s'interroger sur l'application de l'exception de litispendance au contentieux provisoire.

(ii) Appréciation de l'antériorité de la saisine

Le critère de l'antériorité peut à l'occasion poser problème. En effet, il n'est pas rare qu'en cas de course au for, deux demandes en divorce soient déposées concomitamment devant les juridictions de deux Etats membres différents. A cet égard, l'article 16 du Règlement Bruxelles IIbis définit le moment auquel une juridiction est réputée être saisie par référence à la date où l'acte introductif d'instance est déposé auprès de la juridiction, sauf si l'acte doit être notifié ou signifiée avant d'être déposé auprès de la juridiction, auquel cas la date pertinente est celle à laquelle il est reçu par l'autorité chargée de la notification ou signification. On rappellera à ce

¹⁴⁹En l'espèce, l'urgence était requise tant, sur le plan international, par l'article 20 du Règlement que, en droit interne, par l'article 584 du Code judiciaire.

¹⁵⁰La formule retenue par l'article 31 du Règlement 44/2001 est sensiblement différente.

propos que le Règlement n°1348/2000 introduit des règles particulières pour la notification et la signification des actes entre Etats membres de l'Union européenne.

Le critère de l'antériorité chronologique n'est pas susceptible de régler toutes les questions. Que faire par exemple si deux actes introductifs d'instances sont déposés le même jour devant deux juridictions d'Etats membres différents ?

Confronté à une difficulté de ce type, le Tribunal de grande instance de Paris a, dans un jugement du 5 septembre 2005, estimé que la règle du *prior tempore* imposait de se référer à l'heure du dépôt de l'acte introductif d'instance.¹⁵¹ En l'espèce, Madame avait saisi les juridictions anglaises en se fondant sur la résidence habituelle des époux, le jour même où son mari avait saisi les tribunaux français, compétents à raison de la nationalité française commune des parties. Madame était la seule à pouvoir démontrer l'heure exacte de dépôt de sa requête grâce à la production du récépissé du paiement acquitté lors du dépôt de la requête. Ce récépissé indiquait en effet que la requête avait été déposée à 11h45. Or, la pratique des greffes français – comme celle des greffes belges d'ailleurs – impose uniquement de mentionner la date du dépôt d'une requête, mais non l'heure exacte de celui-ci. Monsieur était, dès lors, dans l'impossibilité de démontrer qu'il avait saisi les tribunaux français avant 11h45. Le Tribunal de grande instance a dès lors constaté que « *la juridiction française saisie concomitamment avec la juridiction anglaise de la procédure en divorce a été saisie en second* » et a sursis à statuer jusqu'à ce que la juridiction anglaise ait statué sur sa compétence.

En l'espèce, le tribunal français a donc tranché le problème par les biais des règles de la charge de la preuve, puisqu'il a considéré au moins implicitement qu'à défaut pour l'un des époux de rapporter la preuve du moment exact de la saisine des tribunaux français, ceux-ci devaient être réputés avoir été saisis après les tribunaux anglais. La solution est ingénieuse, mais, outre qu'elle peut paraître inéquitable¹⁵², elle élude la véritable problème, qui est de déterminer le critère sur la base duquel deux demandes introduites le même jour doivent être départagées. Sans doute l'examen de l'heure exacte de la saisine peut-il s'autoriser d'une application stricte de la règle *prior temporis*, qui fonde la règle de litispendance.¹⁵³ Toutefois, comme cela ressort de la décision du Tribunal, cette solution ne peut trouver application lorsque, par exemple, il est impossible pour les parties de rapporter la preuve de l'heure de la saisine de chacune des juridictions en présence. En ce cas, une règle subsidiaire devrait être dégagée par le législateur communautaire¹⁵⁴ ou, le cas échéant, par la Cour de justice.

(iii) Nécessité d'une introduction régulière des deux instances pendantes

¹⁵¹ TGI Paris, 5 sept 2005, *Procédures*, mai 2006, 16.

¹⁵² Comment, en effet, une partie peut-elle rapporter la preuve de l'heure de la saisine d'une juridiction lorsqu'il n'entre pas dans les traditions de celle-ci de faire mention de l'heure du dépôt sur les actes de procédure ? A cet égard, si la prudence peut suggérer aux parties de demander expressément au greffe de faire figurer cette indication sur la preuve du dépôt, rien ne garantit que celui-ci acceptera de se plier à cette demande.

¹⁵³ Voy. sur ce point le Rapport Borràs, *J.O.C.E.*, n° C 221 du 16 juillet 1998, n°53, p. 46.

¹⁵⁴ On notera que la proposition de Règlement Bruxelles IIter ne prévoit à cet égard aucune solution.

Une décision de la Cour d'Appel de La Haye du 7 décembre 2005 rappelle opportunément qu'il ne saurait y avoir litispendance si l'une des deux instances prétendument engagée n'a pas été régulièrement introduite.¹⁵⁵ A cet égard, il convient de tenir compte de l'impact du règlement 1348/2000 sur la validité d'une notification ou d'une signification transfrontalière. On sait que l'article 8 de ce Règlement n'impose pas de façon absolue la traduction des actes à transmettre dans un autre Etat membre dans l'une des langues de l'Etat de destination. Il se contente d'accorder au destinataire le droit de refuser d'accepter un acte rédigé dans une langue de l'Etat d'origine qu'il ne comprend pas.

En l'espèce, une action en divorce avait été introduite par une épouse en Espagne peu avant que l'époux introduise à son tour une action en divorce aux Pays-Bas. Le juge néerlandais aurait donc dû, en principe, décider de surseoir à statuer jusqu'à ce que la compétence du juge espagnol ait été établie. Le juge néerlandais décida toutefois de passer outre dès lors que l'époux résidant aux Pays-Bas, qui ne parlait pas l'espagnol, avait refusé la transmission de l'acte introductif d'instance devant les juridictions espagnoles, établi uniquement en Espagnol. Le juge néerlandais a considéré en effet que ce refus avait eu pour effet que les juridictions espagnoles n'étaient pas « *saisies* » au sens de l'article 16 du Règlement Bruxelles IIbis, de sorte qu'il n'y avait pas matière à litispendance.

Le problème est bien connu. La solution adoptée par la Cour nous semble toutefois contrevenir à l'idée selon laquelle il n'appartient pas à un juge, dans le cadre de l'exception de litispendance européenne, d'apprécier la compétence, ni encore la recevabilité de l'action introduite devant l'autre juge. Ce principe général nous semble devoir s'appliquer également à la vérification de la régularité de la saisine du juge étranger, qui ne diffère pas substantiellement de la vérification de la compétence.

(iv) La 'fausse' litispendance

Par ailleurs, il est important de souligner que la règle de litispendance consacrée par le Règlement Bruxelles IIbis diffère de la litispendance classique, en ce que, sauf en matière de responsabilité parentale, elle se limite à exiger une identité des parties, mais non une identité de cause ou d'objet. Il peut dès lors avoir litispendance entre une demande en séparation de corps et une demande en divorce ou annulation de mariage.

L'exception de litispendance a dès lors été accueillie à bon droit par le tribunal de première instance de Liège dans un jugement du 10 novembre 2005.¹⁵⁶ Les faits de la cause étaient les suivants : le mari est Néerlandais et demeure en Belgique, l'épouse est Espagnole et demeure en Espagne. Monsieur réside depuis plus d'un an à Liège et introduit une demande en divorce pour cause de séparation de fait de plus de deux ans. Les juridictions belges sont compétentes puisque le demandeur réside depuis plus d'un an en Belgique. La défenderesse invoque toutefois une exception de litispendance au motif qu'elle a introduit en Espagne une procédure relative au mariage. Elle a en effet introduit une demande de déclaration de « *séparation de*

¹⁵⁵ Gerechtshof 's-Gravenhage, 7 décembre 2005, *N.I.P.R.*, 2006, n°12, p. 30.

¹⁵⁶ Civ. Liège, 10 novembre 2005, en cause *Schulten c. Alvarez Brana*, RG 05/1651/1, inédit.

mariage », qui a été formulée avant l'introduction de la procédure en Belgique. Le tribunal décide à bon droit de surseoir à statuer et ce jusqu'à ce que le tribunal espagnol ait statué sur sa compétence. De façon très pertinente, le tribunal observe que « *c'est à la juridiction espagnole et non au tribunal de Liège d'apprécier si elle est compétente* ». En acceptant de surseoir à statuer le tribunal confirme l'existence d'une litispendance entre deux actions en relâchement du lien matrimonial.

B. Le droit commun de la reconnaissance des divorces

La pratique du droit familial international a révélé, après l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, quelques incertitudes à propos de la reconnaissance en Belgique de décisions de divorce ne bénéficiant pas du mécanisme simplifié mis en place par le Règlement Bruxelles IIbis. Les difficultés ont porté notamment sur la reconnaissance en Belgique de décisions prononcées par des juridictions turques à la demande de conjoints possédant notamment la nationalité turque et résidant en Belgique.

Dans un premier temps, les difficultés ont porté sur l'identification des règles à l'aune desquelles il s'imposait d'apprécier les décisions étrangères. Il est en effet apparu que certaines administrations d'état civil appliquaient, pour apprécier les décisions étrangères qui leur étaient soumises, les critères posés par l'article 55 du Code. Partant, ces administrations refusaient de reconnaître les décisions étrangères appliquant un autre droit que le droit belge dans la mesure où les époux intéressés résidaient en Belgique. L'article 55 § 1, 1^o du Code prévoit en effet que la demande en divorce est régie en principe par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un et l'autre époux ont leur résidence habituelle lors de l'introduction de la demande.

Un tel raisonnement constituait un détournement manifeste de la fonction de la règle de rattachement : l'article 55 vise uniquement à déterminer le droit qu'appliquera une juridiction belge possédant compétence. Elever les critères de rattachement prévus par cette disposition au rang de points de contrôle d'une décision prononcée par une juridiction étrangère, déforce considérablement le système mis en place par le Code pour l'accueil des décisions étrangères. Ce système est en effet fondé sur l'existence d'une liste limitative de motifs de refus de reconnaissance, qui exclut expressément la révision au fond et ne prévoit pas, du moins directement, la possibilité pour le juge belge requis de contrôler le droit appliqué par la juridiction étrangère. L'on peut dès lors se réjouir que les services de l'administration (*integratiedienst*) de la ville de Gand aient publié un mémorandum qui clarifie les règles applicables et met l'accent sur les fonctions respectives des articles 25 et 55 du Code.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Le mémorandum est disponible à l'adresse suivante : www4.gent.be/gent/wonen/migrante/Soc_jur_dienst/nieuwsbrief.htm. On ne peut que souscrire à la conclusion de ce mémorandum, selon laquelle “*de erkenning van een Turks echtscheidingsvonnis zal dus niet geweigerd kunnen worden op grond van het feit dat de Turkse rechter niet redeneerde overeenkomstig artikel 55 WbIPR. Wanneer aan de Belgische ambtenaar van de burgerlijke stand een Turks vonnis wordt voorgelegd, mag in geen geval onderzocht worden welk recht de Turkse rechter toepaste en nog minder welk recht hij volgens het Belgisch IPR had moeten toepassen*”. Voy. aussi l'utile guide pratique établi par le Steunpunt IPR qui travaille sous l'égide du VMC (www.vmc.be/vreemdelingenrecht/wegwijs.aspx?id=3150). Ce

Une fois cet obstacle surmonté, la discussion s'est portée sur les motifs de reconnaissance énumérés à l'article 25 du Code et en particulier sur l'application de la fraude à la loi et sur le contrôle de la compétence indirecte des juridictions étrangères. Ces deux motifs de refus ont en effet été souvent invoqués par les administrations d'état civil pour justifier un refus de reconnaître des décisions prononcées par des juridictions turques.

Deux décisions prononcées par le tribunal de première instance de Hasselt permettent d'apercevoir la portée des arguments invoqués par l'administration et d'en apprécier la pertinence.¹⁵⁸ Dans les deux cas, la demande en divorce concernait des conjoints qui s'étaient mariés en Turquie pour s'installer ensuite en Belgique, où certains d'entre eux étaient d'ailleurs nés. Dans une espèce, l'épouse était née en Turquie et possédait la nationalité turque. Dans l'autre espèce, les deux époux étaient nés en Turquie et l'épouse possédait la nationalité turque. Tout indiquait dès lors que les intéressés faisaient partie de la grande communauté d'origine turque installée de longue date en Belgique. Ceci explique sans doute la réaction de l'administration d'état civil, qui se montrait réticente à avaliser ce qu'elle estimait constituer une manœuvre de personnes résidant de longue date en Belgique et cherchant à échapper à la compétence des juridictions belges.

Le tribunal de Hasselt a dans les deux cas refusé de confirmer la décision de refus opposée par l'administration aux intéressés. Pour ce faire le tribunal a essentiellement examiné l'application aux deux espèces de l'article 25 § 1, 7° du Code, qui permet de refuser d'accueillir une décision étrangère lorsque « les juridictions belges étaient seules compétentes pour connaître de la demande ». Il ressort des décisions qu'aux yeux de l'administration de l'état civil concernée, les juridictions belges étaient seules compétentes pour prononcer le divorce des intéressés dans la mesure où ils résidaient en Belgique. L'administration considérait en d'autres termes que l'article 42-2° du Code constituait une règle de compétence exclusive.

Le tribunal a à bon droit rejeté cette argumentation. L'on sait que le législateur belge s'est montré d'une grande prudence dans la revendication pour les juridictions belges d'une compétence exclusive. En réalité, le Code de droit international privé ne consacre que deux règles de compétence exclusives, qui concernent d'une part les litiges relatifs aux droits de la propriété intellectuelle (art. 86) et d'autre part les litiges relatifs aux personnes morales (art. 109). Ces deux règles de compétence sont sanctionnées par des motifs de refus spécifiques (les articles 95 et 115 du Code) qui traduisent bien le souci du législateur de conférer à la compétence des juridictions belges un caractère particulier. En dehors de ces deux dispositions, il s'impose de considérer que la compétence des juridictions belges n'est nullement exclusive.¹⁵⁹ L'on ne pouvait donc aucunement reprocher, sous l'angle de l'examen de la

guide pratique a notamment fait l'objet de discussions avec les représentants de diverses administrations locales d'état civil.

¹⁵⁸ Civ. Hasselt, 17 octobre 2006, n° de rôle RG 06.0544.B et Civ. Hasselt, 31 octobre 2006, n° de rôle 06.0545.B. Ces décisions ont été publiées sur le site du Steunpunt IPR, à l'adresse suivante : www.vmc.be/WorkArea/linkit.aspx?LinkIdentifier=id&ItemID=3686.

¹⁵⁹ Voy. pour plus de détails, H. STORME, « Article 25 », in *Le Code de droit international privé commenté...*, 147 ainsi que P. WAUTELET, « Le nouveau régime des décisions étrangères dans le Code de droit international privé », *R.D.J.P.*, 2004, (208), 214-215, n° 21.

compétence indirecte, aux époux d'avoir confié la dissolution de leur mariage aux juridictions turques.

Sans se contenter de ce premier examen, le tribunal a constaté dans les deux hypothèses, comme pour confirmer son raisonnement, qu'en tout état de cause, la compétence des juridictions turques n'était pas artificielle puisqu'elle reposait sur des éléments sérieux de rattachement – à savoir la nationalité de certains des époux, le lieu de conclusion du mariage ou encore le fait que l'un des deux époux résidait actuellement en Turquie. Ces considérations étaient sans doute superflues. Elles permettent toutefois de faire le lien avec l'autre motif de refus examiné par le tribunal de Hasselt.

A côté du contrôle de la compétence indirecte, le tribunal s'est également penché sur l'existence d'une fraude à la loi. L'article 25, § 1, 3° du Code impose aux autorités belges de refuser de reconnaître une décision étrangère dès lors qu'il apparaît qu'elle a été obtenue « en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, dans le seul but d'échapper à l'application de la loi désignée » par le Code. Cette consécration de la fraude à la loi comme motif de refus de reconnaissance confirme une pratique déjà bien établie, les juridictions considérant depuis longtemps que la fraude à la loi pouvait justifier, sous le couvert de l'exception d'ordre public, le refus de reconnaître une décision étrangère.¹⁶⁰

Il semble qu'aux yeux des administrations concernées, le recours par des époux résidant habituellement en Belgique aux juridictions turques constituait une tentative d'échapper à la compétence 'normale' des juridictions belges. Sans doute la possibilité d'obtenir un divorce sur base de l'échec durable du mariage, qui constitue la forme de divorce la plus utilisée en Turquie, alimentait-elle ce soupçon de fraude dont étaient entachées les décisions litigieuses.¹⁶¹

Il demeure que, comme on l'a déjà rappelé à propos de la reconnaissance de mariages célébrés à l'étranger, il s'impose d'être prudent dans le maniement de la fraude à la loi. Telle qu'elle est retenue par le Code au titre de motif de refus de reconnaissance, la fraude suppose tout d'abord que la matière concernée ne soit pas à la libre disposition des parties et ensuite et surtout que l'intention avérée des parties ait été « d'échapper à l'application du droit désigné » par les règles de rattachement du Code. L'on acceptera sans difficulté que la dissolution du lien conjugal échappe à la libre disposition des parties.¹⁶² La timide reconnaissance par l'article 55 § 2 du Code d'une possibilité pour les époux de s'entendre sur le droit applicable à leur demande en

¹⁶⁰ Voy. notamment le commentaire de l'article 570 paru in *Gerechtigd recht. Artikelsgewijze commenaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, 1998, 36-37, n° 24.

¹⁶¹ Sur l'état du droit turc on consultera surtout C. RUMPF et H. ODENDAHL, « Türkei » in BERGAMNN/FERID/HENRICH, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Verlag für Standesamtswesen, 2003, spéc. pp. 33-38. Selon MM. Rumpf et Odendahl, près de 90 % des divorces prononcés en Turquie sont fondés sur l'article 166 du Code civil, qui dispose que « Lorsque la communauté des époux est irrémédiablement déchirée, que la poursuite du mariage pour les époux devient insupportable, chaque époux a le droit de solliciter le divorce ».

¹⁶² La circulaire du 23 septembre 2004 affirme, sans autre justification, que « le statut personnel fait évidemment partie de ces matières . . . où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits » (Circulaire du 23 septembre 2004 relative aux aspects de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé concernant le statut personnel, *M.B.*, 28 septembre 2004, p. 69594, ad § F).

divorce ne constitue qu'un correctif apporté à une règle de rattachement qui relègue l'application de la loi nationale au second plan. Cette consécration de l'autonomie de la volonté ne suffit pas à notre sens pour considérer que la dissolution du lien conjugal aurait perdu le caractère indisponible qu'on lui a toujours attribué en droit belge.¹⁶³

Une fois ceci accepté, il faut encore apprécier quelle était l'intention des parties. On a déjà expliqué le caractère délicat de l'opération (*supra*). Pour que fraude il y ait, il faudra démontrer que la démarche des intéressés était principalement, sinon exclusivement motivée par le souci d'échapper au droit qui aurait été appliqué par les juridictions belges. La vérification nous semble devoir comporter deux étapes : dans un premier temps, le juge vérifiera quel droit une juridiction belge aurait appliqué si la demande avait été portée à la connaissance des tribunaux belges. S'il apparaît que les juridictions belges auraient fait application d'un autre droit que celui retenu par le juge étranger, encore faut-il examiner si les parties ont pu obtenir un autre résultat matériel que celui auquel conduit le droit qu'aurait appliqué la juridiction belge. Ce n'est que si ce dernier examen révèle une différence notable que l'on se penchera sur l'intention des parties, pour tenter d'établir si ces dernières ont voulu éluder le droit déclaré applicable par la règle de rattachement du Code.¹⁶⁴

Dans les deux cas d'espèce, les juridictions turques avaient prononcé le divorce sur base du droit turc. Les indications lacunaires des deux décisions permettent d'apercevoir que dans les deux cas, l'un des époux au moins possédait la nationalité belge. Un examen réduit à la seule détermination de la loi applicable pourrait conduire à la conclusion que les décisions sont entachées de fraude puisque les époux n'auraient pas pu obtenir un divorce devant les juridictions belges sur base du droit turc.¹⁶⁵ Si l'on prend toutefois en compte, comme l'a fort justement fait le tribunal de Hasselt, le résultat *matériel* auquel a conduit l'application du droit étranger, l'on constate que les époux n'ont pas obtenu un résultat sensiblement différent de celui qu'elles auraient pu, dans les mêmes circonstances, atteindre en Belgique.

Certes, le droit turc permet aux époux de divorcer dès lors que le demandeur avance que le lien conjugal est si profondément atteint que la poursuite de la vie commune est devenue insupportable (art. 166 du Code civil turc). Comme l'a remarqué le tribunal de Hasselt, le divorce ne peut toutefois être prononcé sur base de l'échec irrémédiable

¹⁶³ *Comp.* avec la suggestion de MJ.-Y. CARLIER, « Le Code belge de droit international privé, *R.C.D.I.P.*, 2005, (11), n° 21, pour qui le Code a modifié la donne dans la mesure où il permet le choix de loi en matière de divorce. Les conséquences déduites par M. Carlier ne portent toutefois que sur la seule possibilité pour les parties de prévoir une clause d'élection de for.

¹⁶⁴ *Comp.* avec l'appréciation qui prévalait en Belgique avant l'adoption de la loi Rolin. L'on se souviendra qu'avant cette date, les juridictions belges refusaient de reconnaître les décisions de divorce prononcées à l'étranger entre deux sujets belges lorsque le divorce avait été obtenu pour des faits qui ne tombent pas sous les causes de divorce admises par le droit belge (voy. les explications à ce sujet de G. VAN HECKE, « De la reconnaissance des jugements étrangers de divorce », note sous Cass., 4 octobre 1956, *Rev. crit. jur. b.*, 1957, (26), 33 e.s.).

¹⁶⁵ Si l'on retient que les époux résidaient en Belgique, l'application du droit belge s'impose en vertu de l'article 55 § 1. Il en va de même si l'un des époux s'était installé en Turquie, la dernière résidence habituelle des époux demeurant en Belgique. Enfin, dans la mesure où au moins l'un des époux possédait dans les deux cas d'espèce la nationalité belge, il ne leur était pas permis de faire un choix pour la loi turque puisqu'il semble que la possibilité de choisir la loi étrangère de la nationalité commune offerte par l'article 55 § 2 ne soit pas ouverte aux époux possédant deux nationalités, dont la nationalité belge, cette dernière primant sur la nationalité étrangère selon l'article 3 du Code. Cette question n'est toutefois pas à l'abri de discussions.

du mariage qu'à la condition que les deux époux reconnaissent l'échec.¹⁶⁶ En outre, un tel divorce ne peut être prononcé que si le mariage a duré au moins un an. Le juge doit entendre les parties et s'assurer qu'elles ont exprimé leur volonté librement. Enfin, le tribunal ne prononcera le divorce que s'il estime que les accords passés entre époux à propos des conséquences du divorce, sont raisonnables.

Dans ces conditions les parties auraient dès lors tout aussi bien pu demander et obtenir un divorce par consentement mutuel devant les juridictions belges. L'absence d'incidence de la question de la faute de l'un des époux dans l'appréciation de la demande en divorce en droit turc,¹⁶⁷ n'est pas de nature à modifier cette conclusion puisque cet élément n'intervient pas dans le divorce par consentement mutuel tel qu'organisé par le droit belge.

Il faut dès lors en conclure que même si les juridictions turques ont appliqué un droit dont les parties n'auraient pas pu obtenir l'application devant les juridictions belges, ceci n'indique pas une volonté d'échapper à l'application du droit belge. Une telle volonté ne peut se réaliser que si la soumission à un juge étranger permet de bénéficier d'un droit qui diffère substantiellement des règles applicables en Belgique. Même si l'on élargit le champ des investigations et que l'on prend en considération le contexte procédural dans lequel s'inscrivent les demandes portées à la connaissance des juridictions turques, il ne semble pas que l'on puisse justifier un refus de reconnaissance. Quand bien même la procédure suivie par les juridictions turques permettrait d'obtenir plus rapidement un divorce qu'en Belgique, ceci ne nous semble pas constituer un motif suffisant pour accepter que les parties ou à tout le moins le demandeur tentait d'échapper à la compétence des tribunaux belges. La procédure n'est jamais que le véhicule d'une demande qui vise à obtenir un résultat matériel, elle ne constitue pas un but en soi. Sauf cas particulier,¹⁶⁸ les différences entre la procédure suivie en Belgique et celle adoptée par les juridictions étrangères ne devraient à notre sens pas permettre de condamner une décision étrangère.

Au total, il ne semble dès lors pas que l'on puisse considérer que les décisions prononcées par les juridictions turques avaient été obtenues au terme d'une fraude à la loi, au sens de l'article 25 § 1, 3° du Code. L'on approuvera le tribunal de Hasselt d'avoir accueilli ces décisions dans l'ordre juridique belge, faisant preuve d'une ouverture d'esprit de bon aloi. La jurisprudence future permettra sans doute de clarifier les questions qui demeurent ouvertes.

¹⁶⁶ Pour être précis, l'article 166 introduit une présomption que le lien conjugal a été profondément altéré, si les deux époux introduisent conjointement la demande ou si la demande introduite par l'un des époux n'est pas contestée par l'autre (art. 166 al. 3 C. civ.). Voy. sur ce point A. SAKMAR et S. ÖZTEK, « Turquie », in *Juris-Classeur Dr. Comparé*, 1992, 25, n° 48. A défaut de pouvoir invoquer cette présomption, l'époux demandeur devra apporter la preuve de la désunion, c-à-d. de la disparition du sens de la communauté conjugale et des sentiments de respect et d'affection réciproques. Il semble que la jurisprudence exige dans ce cas la preuve d'une faute par le conjoint défendeur. Voy. C. RUMPF et H. ODENDAHL, *art. cit.*, 37.

¹⁶⁷ La faute n'a perdu son importance dans le divorce fondé sur la désunion des époux qu'avec la réforme du 4 mai 1988 (voy. B. DUTOIT et al., *Le divorce en droit comparé. Vol. I : Europe*, Librairie Droz, 2000, 453).

¹⁶⁸ L'on pense à la demande formée devant une juridiction étrangère dans le seul but d'obtenir une mesure inconnue du droit belge (comme par exemple une injonction anti-suit ou une '*Mareva injunction*'). Encore faut-il être prudent et n'accepter aucun automatisme en cette matière.

D. La reconnaissance en Belgique des répudiations

Tranchant avec une jurisprudence nuancée qui réservait une large place à l'examen des circonstances concrètes de la cause pour permettre, sous certaines conditions, l'accueil des effets d'une répudiation, l'article 57 du Code de droit international privé a mis en place une solution radicale fondée sur un refus de principe d'accorder effet aux répudiations.¹⁶⁹ Comme l'on pouvait s'y attendre, la solution radicale adoptée par cette disposition n'a toutefois pas permis de résoudre toutes les difficultés. Les quelques décisions prononcées depuis l'adoption du Code révèlent que la reconnaissance des répudiations continue à susciter des difficultés tant à l'administration de l'état civil qu'aux juridictions, sans oublier l'Office national des pensions.¹⁷⁰

Une décision de la Cour d'Appel de Bruxelles illustre pleinement la nature des difficultés qui subsistent.¹⁷¹ En l'espèce, le litige était né suite au refus de l'officier d'état civil de la commune de résidence du mari de procéder à la transcription de l'acte de divorce établi au Maroc. Après avoir obtenu l'avis du parquet, l'officier d'état civil avait estimé que les conditions posées par l'article 57 n'étaient pas remplies. Tant en première instance qu'en appel, les juridictions ont confirmé ce refus. Il faut dire que l'époux possédait à la fois les nationalités belge et marocaine et qu'il résidait de longue date en Belgique, où il travaillait. Il s'agissait donc manifestement d'un cas de répudiation 'touristique'.¹⁷² Ces éléments permettaient à bon droit aux juridictions de refuser d'accueillir la répudiation.

Encore était-il nécessaire de vérifier si l'application de l'article 57 était justifiée. Première zone d'ombre de la nouvelle réglementation, le champ d'application de l'article 57 ne se laisse pas facilement déterminer. Cette disposition vise les actes « constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal ». Cette description synthétique de la répudiation était nécessaire pour rendre compte de la diversité des droits étrangers qui permettent aux maris de répudier, dans des conditions parfois très différentes, leurs épouses. Le droit marocain, tel que récemment réformé, n'est pas comparable au droit en vigueur en Iran. Les différences avec certains droits d'Asie sont encore plus grandes. Le problème demeure dès lors entier : il faudra vérifier dans chaque espèce que le droit étranger dont question n'accorde pas à l'épouse un droit équivalent à celui dont bénéficie le mari. L'examen peut s'avérer délicat, comme le montre l'exemple du droit marocain.

Ainsi, avant de vérifier si les conditions de l'article 57 permettait d'accueillir l'acte de divorce, la Cour d'Appel de Bruxelles s'est en effet penchée sur la nature exacte de la procédure suivie au Maroc pour dissoudre le mariage. Pour échapper au couperet de

¹⁶⁹ Sur cette disposition, voy. surtout F. COLLIENNE, « La reconnaissance des répudiations en droit belge après l'entrée en vigueur du Code de droit international privé », *Rev. gén. dr. civ.*, 2005, 445-453.

¹⁷⁰ Par facilité l'on n'abordera uniquement dans la suite de ce texte la répudiation telle qu'elle existe en droit marocain.

¹⁷¹ Bruxelles (3^{ème} ch.), 20 juin 2006, *Rev. dr. étr.*, 2006, 208.

¹⁷² A l'audience, le mari a d'ailleurs déclaré qu'il ne s'était marié au Maroc qu'à l'occasion de vacances dans ce pays et pour faire plaisir à ses parents.

l'article 57, le mari prétendait qu'il ne s'agissait pas d'une répudiation mais bien d'un divorce par consentement mutuel.¹⁷³ Après vérification la Cour a constaté que la procédure suivie devant les autorités marocaines était en réalité celle prévue aux articles 79 à 88 du Code pour la répudiation, ce qui justifiait selon les magistrats d'appel l'application de l'article 57.

Il est intéressant que la Cour a tenu compte des changements introduits par la récente réforme du Code du statut personnel marocain. La Cour a notamment pris acte du fait que l'article 89 du Code permet à l'épouse de procéder elle-même à la répudiation, en sa qualité de mandataire de son mari. Pour la Cour, cette consécration de la répudiation '*tamlik*' ne permet pas de considérer pour autant que le droit marocain accorde à l'épouse des droits équivalents à ceux dont jouissent les maris, puisque la répudiation *tamlik* n'est possible que si le mari ait consenti, lors du mariage ou ultérieurement, ce droit d'option à son épouse.

L'appréciation n'est pas dénuée de pertinence. La répudiation *tamlik* n'est en effet possible que si le mari a accordé ce droit à son épouse. L'égalité n'est donc que conditionnelle. Avec Mme Foblets,¹⁷⁴ on peut toutefois se demander s'il ne faut pas tenir compte de l'ensemble des modes de dissolution du mariage prévus en droit marocain. Outre la répudiation *tamlik*, le droit marocain connaît depuis la réforme une forme de divorce pour cause de discorde (*chiqaq*), accessible tant à l'époux qu'à l'épouse.¹⁷⁵ En ce qui concerne la répudiation *tamlik*, l'on peut noter qu'une fois l'option accordée à l'épouse, le mari ne peut la révoquer.¹⁷⁶ Il faut dès lors être prudent avant de poser que le droit marocain n'accorde pas à l'épouse de droits équivalents à ceux dont jouissent les maris.¹⁷⁷ Ceci est d'autant plus vrai que la formule retenue par le législateur invite à se demander non pas si l'épouse dispose d'un droit de 'répudier' son mari, mais bien si elle peut obtenir la dissolution du mariage contre la volonté du mari. Plus précisément, il faut vérifier si l'épouse dispose d'un droit « égal » de dissoudre le mariage, c'est-à-dire qu'elle peut mettre fin au mariage par sa volonté dans des circonstances et pour des motifs équivalents à ceux auxquels est subordonnée la répudiation par le mari. Si le mari peut, moyennant le respect d'une procédure judiciaire et paiement de divers montants, obtenir l'autorisation de mettre fin au mariage, l'article 57 du Code s'appliquera à la reconnaissance en Belgique des actes qui découlent de cette procédure, sauf s'il est démontré que l'épouse possède le même droit – soit qu'elle ait accès à la répudiation

¹⁷³ La Cour note que le demandeur prétendait que ce divorce était régi par les articles 83 à 84 du Code du statut personnel marocain.

¹⁷⁴ M.-CL. FOBLETS, « Article 57 », in *Le Code de droit international privé commenté*, J. ERAUW et al (éds.), Intersentia-Bruylant, 2006, 313-314. Voy. aussi M.-CL. FOBLETS et M. LOUKILI, « Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille : quelle implication pour les marocains en Europe ? », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2006, (521-555), 549-550.

¹⁷⁵ Articles 94 à 97 du Code du statut personnel.

¹⁷⁶ Article 89 *in fine* Code du statut personnel.

¹⁷⁷ *Comp.* avec l'examen auquel a procédé le tribunal du travail de Tournai dans un litige opposant un travailleur marocain pensionné et l'Office national des pensions (Trib. Trav. Tournai (3^{ème} ch.), 25 avril 2006, *J.L.M.B.*, 2006, 1237). Retraçant le contexte général dans lequel s'inscrivent les répudiations en droit marocain, le tribunal a noté que depuis la réforme du Code du statut personnel en 2004, le droit marocain connaît une nouvelle forme de divorce appelée '*chiqaq*' équivalente à une répudiation. Le tribunal note que « cette procédure peut être intentée par les deux époux (la femme disposant d'un droit égal) ». Et le tribunal de terminer son examen en constatant que l'épouse « dispose dans son droit interne d'un droit égal à celui de son mari d'intenter pareille action ». En l'espèce, ces considérations n'étaient pas directement pertinentes pour la solution du litige, puisque l'article 57 du Code ne s'appliquait pas *ratione temporis*.

sous des modalités identiques à celles pesant sur le mari, comme c'est le cas avec la répudiation *tamlik*, soit qu'il lui soit possible de mettre fin au mariage contre la volonté du mari, sans être liée par des formalités et conditions manifestement plus lourdes que celles qui pèsent sur le divorce initié par le mari.¹⁷⁸ En réalité, il importe de vérifier si le droit étranger maintient un équilibre entre les époux, permettant à chacun d'eux de se délier des liens du mariage à des conditions équivalentes, sans se fixer sur l'existence d'une possibilité de répudiation par le mari. Si l'on s'en tient aux textes – à défaut de pouvoir vérifier leur mise en œuvre pratique par les juridictions marocaines – force est de constater que l'épouse bénéficie en droit marocain de possibilités de dissoudre le mariage qui se rapprochent sensiblement de celles offertes au mari. Nul doute que la question de l'application de l'article 57 aux 'répudiations' marocaines continuera dès lors de susciter des commentaires.

Outre l'étendue de l'application de l'article 57, l'examen de la Cour d'Appel de Bruxelles a mis en relief une seconde difficulté, qui tient à l'établissement du consentement de l'épouse. L'article 57 exige que soit vérifié que la femme a accepté « de manière certaine et sans contrainte » la dissolution du mariage. La Cour d'Appel a observé que le jugement du tribunal marocain ne permettait pas de constater que l'épouse aurait accepté la dissolution du mariage, la seule mention pertinente faisant référence à la volonté persistante de l'époux de dissoudre le mariage. A défaut d'indication dans l'acte, la Cour a pris en considération un courrier adressé par l'épouse à au tribunal de première instance de Nivelles, dans lequel elle contestait formellement avoir donné son consentement libre et éclairé à la répudiation. L'article 57 ne précise pas à quel moment l'acceptation par l'épouse doit être donnée. Il est dès lors tout à fait possible de prendre en compte des éléments postérieurs à la répudiation.¹⁷⁹

Il n'est pas nécessaire que l'épouse ait accepté de manière expresse, dans une déclaration par exemple, son statut d'épouse répudiée. L'on peut accepter que le consentement de l'épouse se déduise d'actes ou de son comportement. Ainsi si l'épouse répudiée s'est remariée,¹⁸⁰ il faut en déduire qu'elle a accepté de façon certaine le fait et les conséquences de la répudiation. Il en ira de même si elle a entrepris des démarches pour obtenir la transcription en Belgique de l'acte de divorce marocain.

Dans certains cas toutefois, l'interprétation de la volonté de l'épouse ne manquera toutefois pas de susciter des difficultés. Que penser par exemple du comportement d'une épouse répudiée qui semble dans un premier temps accepter la répudiation, par exemple parce qu'elle utilise à nouveau son nom de jeune fille dans les relations sociales et qu'elle fait valoir sa qualité de célibataire auprès d'un organisme de la sécurité sociale, pour ensuite se raviser et engager par exemple une procédure fondée sur l'article 223 C. civ. contre son (ex-) époux ? L'interprétation est délicate, comme

¹⁷⁸ Dans cette mesure, l'on ne saurait par exemple prétendre que la femme dispose d'un droit égal à celui du mari s'il lui est possible de demander le divorce pour faute grave de celui-ci ou encore en raison de sa maladie ou de son infirmité.

¹⁷⁹ Sur ce point, M.-CL. FOLETS, *art. cit.*, in *Le Code de droit international privé commenté...*, 312-313.

¹⁸⁰ Voy. par exemple Civ. Bruxelles (réf.), 3 mars 2006, *Rev. dr. étr.*, 2006, 231 (l'épouse, qui possédait les nationalités marocaine et néerlandaise et résidait aux Pays-Bas, s'était remariée dans ce dernier pays après la répudiation).

le montrent les circonstances de fait à la base de la décision de la Cour d'Appel de Bruxelles en date du 13 janvier 2005.¹⁸¹

En l'espèce, l'acte de répudiation avait été établi au Maroc avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé. La Cour a dès lors raisonné en se fondant sur le régime antérieur au Code. L'espèce est toutefois intéressante dans la mesure où elle montre les difficultés auxquelles peut mener le critère de l'acquiescement de l'épouse. Dans un premier temps, l'épouse répudiée avait demandé à obtenir le paiement d'un don de consolation prévu par la législation marocaine. En outre, elle a introduit au Maroc une procédure en vue d'obtenir notamment des aliments pour elle-même et pour l'enfant du couple. Ce faisant, elle semblait se résigner à son statut d'ex-épouse. Dans le même temps, l'épouse poursuivait une procédure fondée sur l'article 223 C. civ. devant les juridictions belges. Après la répudiation, l'épouse a introduit une demande en divorce devant ces mêmes juridictions. Ces derniers éléments contredisaient manifestement l'idée que l'épouse avait accepté son statut de femme répudiée.

Observant à juste titre que « *Si l'acquiescement implicite à un acte de répudiation peut être admis, encore faut-il que cet acquiescement résulte de manière claire d'actes concordants et non susceptibles d'interprétations diverses* », la Cour en a déduit qu'il n'était pas démontré que l'épouse avait acquiescé à sa répudiation.¹⁸²

Cet arrêt illustre ce qui constituera sans doute l'une des difficultés récurrentes d'application de l'article 57. Cette disposition invite les juridictions à vérifier la réalité de l'acquiescement de l'épouse, qui peut se manifester implicitement par des actes posés au moment de la procédure aboutissant à la répudiation et ultérieurement. Comme à chaque fois qu'il s'agit d'apprécier l'intention d'une partie, les juridictions devront se montrer prudentes et n'accepter l'existence d'un consentement implicite que si tous les éléments de fait convergent dans la même direction. Si le doute subsiste, il sera peut-être nécessaire d'interroger l'intéressée, dans la mesure des possibilités dont dispose la juridiction concernée.¹⁸³ Dans le doute, il s'impose à notre sens de refuser la reconnaissance. Les tribunaux doivent également demeurer attentifs aux éventuelles manœuvres dont pourrait faire l'objet la question de l'acquiescement par l'épouse, notamment pour exercer une pression sur le mari dans le cadre d'un règlement transactionnel.¹⁸⁴

L'on terminera en mentionnant une intéressante décision du tribunal de première instance de Bruxelles, siégeant en référé, qui illustre les limites du 'verrou' mis en

¹⁸¹ Bruxelles (3^{ème} ch.), 13 janvier 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2005, 1132, note de M. FALLON (« L'article 570 C. Jud. et un cas de répudiation qualifié de touristique »).

¹⁸² *Comp.* avec la décision de la Cour du Travail de Liège, 20 décembre 2000, *Chron. D. S.*, 2001, 372 (à propos d'une répudiation effectuée au Maroc, la Cour du Travail estime que l'épouse répudiée a accepté la répudiation dans la mesure où « elle s'est fait représenter par un conseil lors des diverses procédures réglant les obligations des parties après répudiation ». Selon la Cour, ce comportement « emporte consentement » de l'épouse.

¹⁸³ Une telle démarche se révélera difficile lorsque l'épouse n'est pas partie à la procédure, ce qui sera par exemple le cas lorsque le litige porte sur la répartition d'une pension de retraite dont bénéficie l'époux. Dans ce cas, seuls l'époux et l'Office national des pensions seront en principe à la cause.

¹⁸⁴ L'on pense également à l'incidence que peut avoir la reconnaissance de la répudiation sur la répartition d'une pension de retraite. Si l'épouse introduit une demande de pension de retraite de conjoint séparé

place par l'article 57.¹⁸⁵ En l'espèce, l'accueil de la répudiation était décisif dans l'appréciation d'une demande de visa regroupement familial introduite par un ressortissant marocain vivant au Maroc. L'intéressé s'était marié une première fois, au Maroc, avec une ressortissante néerlandaise qui possédait également la nationalité marocaine. Les époux ne cohabitèrent cependant jamais, l'époux ne rejoignant pas son épouse aux Pays-Bas. Après deux ans, il fut mis fin au mariage, par une répudiation qui semble-t-il avait été effectuée à la demande de l'épouse. Peu de temps après cette répudiation, l'intéressé convola *ad secundas nuptias*, avec une ressortissante belge. Suite à ces nouvelles noces, il formula une demande de regroupement familial, qui fut rejetée au motif que son mariage ne pouvait être reconnu puisqu'aux yeux des autorités belges, il était encore marié avec sa première épouse, la répudiation ne répondant pas aux conditions posées par l'article 57 § 2.

Au-delà du débat qui a eu lieu en l'espèce sur la question de savoir si la répudiation répondait effectivement aux conditions posées par l'article 57 § 2,¹⁸⁶ cette décision met en lumière l'effet radical que peut avoir l'article 57 : cette disposition ne permet pas seulement de protéger une épouse répudiée en déniaut au mari le droit d'invoquer la répudiation. Elle peut également servir de fondement pour remettre en cause un nouveau mariage de l'époux, voire de l'épouse répudiée.¹⁸⁷ L'on peut se demander si l'effet déduit de l'article 57 ne dépasse pas l'intention du législateur. Avant la codification, la théorie de l'effet atténué de l'ordre public permettait d'apporter une solution raisonnable à ces difficultés, dans la mesure où elle laissait aux juridictions une marge de manœuvre importante. L'article 57 impose un modèle moins souple, les conditions posées pour la reconnaissance des répudiations ne laissant que peu de place à l'imagination.¹⁸⁸ La clause d'exception ne peut pas non plus apporter de solution

¹⁸⁵ Civ. Bruxelles (réf.), 3 mars 2006, *Rev. dr. étr.*, 2006, 231.

¹⁸⁶ Incidemment cette décision illustre également une autre difficulté d'application de l'article 57. Le principe de la non-reconnaissance des répudiations ne s'efface dans le système du Code que si la répudiation concerne deux personnes qui ne présentaient au moment de la dissolution du lien conjugal pas de lien substantiel avec la Belgique ou avec un autre pays « dont le droit ne connaît pas cette forme de mariage ». Le but poursuivi est clair : il s'agit de décourager les répudiations dites 'touristiques', effectuées par un époux résidant en Belgique qui profite d'un voyage au Maroc, voire qui tente d'effectuer une répudiation par procuration. La mise en œuvre de la double condition négative liée à la résidence et à la nationalité des intéressés ne va toutefois pas sans peine. Sans évoquer le problème de la double nationalité, il faut constater que dès lors que l'un des époux possède la nationalité d'un Etat tiers (autre que la Belgique ou le Maroc), ou y réside, l'examen se complique singulièrement. Dans l'espèce qui a donné lieu à la décision du tribunal de première instance de Bruxelles, l'épouse répudiée possédait les nationalités marocaine et néerlandaise. Elle résidait d'ailleurs aux Pays-Bas, où elle s'était remariée après la dissolution du lien conjugal. S'opposant au refus des autorités belges de faire droit à sa demande de visa regroupement familial, introduite après son remariage au Maroc, l'époux invoquait la circonstance que son (ex-) épouse avait pu se remarier aux Pays-Bas, ce qui démontrait que les autorités néerlandaises avaient reconnu la répudiation. Le tribunal a justement considéré que l'article 57 § 2, 2° et 3° du Code ne s'opposaient pas à la reconnaissance de la répudiation puisque celle-ci avait été reconnue tant par les autorités marocaines (où le mari résidait) que néerlandaises. Lorsqu'un des époux possède la nationalité d'un autre Etat que le Maroc ou la Belgique, il faudra dès lors s'interroger sur l'accueil que réservera ce pays à la répudiation, entreprise qui peut s'avérer d'une redoutable complexité.

¹⁸⁷ Si l'épouse répudiée s'est remariée, il ne fera pas de doute qu'elle a accepté « de manière certaine et sans contrainte » (art. 57, § 2, 4°) la dissolution du mariage. La répudiation ne pourra toutefois être reconnue si l'épouse ou l'époux possédait la nationalité belge ou résidait en Belgique lors de la répudiation.

¹⁸⁸ Sous réserve de ce qui a été dit à propos du consentement de l'ex-épouse (*supra*).

puisque ce mécanisme ne vise à corriger que les seules règles de rattachement. Les difficultés demeurent dès lors entières.

III. LA FILIATION

L'on distingue classiquement les questions relatives à la filiation dite biologique - celle qui est supposée reposer sur une réalité biologique - et les questions relatives à la filiation adoptive - celle qui se fonde sur une volonté et non sur un lien de sang.¹⁸⁹ La question de l'adoption faisant déjà l'objet d'un rapport particulier,¹⁹⁰ l'attention se portera principalement sur la filiation biologique.

A. Filiation biologique

La matière est régie à l'heure actuelle, tant pour les questions de droit applicable que de compétence, par le Code de droit international privé et plus particulièrement par les articles 61 et suivants.¹⁹¹

Avant l'entrée en vigueur du Code, la matière se caractérisait par une certaine confusion. Le Code a contribué à mettre fin à cette regrettable situation.

§ 1. La compétence internationale des juridictions belges

Il ne semble pas que les questions de compétence internationale aient fait l'objet d'une jurisprudence particulière depuis l'entrée en vigueur du Code. Il convient néanmoins de s'attarder quelque peu sur les règles applicables pour en dégager les traits saillants.

(i) Avant le 1^{er} octobre 2004 : le régime en vigueur avant le Code

Sous l'ancien régime, aucune règle de droit belge ne visait spécifiquement la question de la compétence internationale des juridictions belges en matière de filiation biologique. Les juridictions faisaient dès lors preuve d'une certaine pour fonder leur compétence face aux situations présentant des éléments d'extranéité, tantôt en utilisant certaines dispositions du Code judiciaire, tantôt en créant *praeter legem* l'une ou l'autre règle ad hoc.¹⁹²

¹⁸⁹ Cette distinction doit être nuancée : l'on sait que la filiation biologique ne repose pas toujours sur une réalité biologique (reconnaissance de complaisance). Dans le sens inverse, il est arrivé, par le passé, que la filiation adoptive corresponde à la réalité biologique et vise à régulariser une situation de fait (légitimation par adoption sous l'ancien régime).

¹⁹⁰ Voy. la contribution de N. GALLUS dans le présent ouvrage.

¹⁹¹ Le Règlement Bruxelles II *bis* exclut expressément de son champ d'application les questions liées à l'établissement ou à la contestation d'une filiation. Voy. art. 3 Règlement Bruxelles II *bis*. Il convient toutefois de tenir compte de la Convention franco-belge du 8 juillet 1899 sur la compétence judiciaire, l'autorité et l'exécution des décisions judiciaires, des sentences arbitrales et des actes authentiques, qui oblige les juridictions belges à assimiler un français à un ressortissant belge et, donc, à faire application des règles de compétences internes.

¹⁹² Sur la jurisprudence antérieure au Code, voy. notamment S. SAROLEA, « La filiation internationale – Compétence des tribunaux belges et droit applicable », *Rev. dr. étr.*, 1997, 691-703 et M. LIENARD-LIGNY, « Jurisprudence belge de droit international privé - Nationalité et relations familiales 1990-1994 - Choix de décisions », *Rev. b. dr. int.*, 1995, 694-730.

(ii) L'article 61 du Code de droit international privé

Le Code comprend aujourd'hui une disposition particulière, l'article 61. Cette disposition énumère une série de chefs de compétence que pourront invoquer les juridictions belges pour asseoir leur compétence internationale en matière d'établissement et de contestation de la filiation.¹⁹³ Les chefs de compétence retenus sont larges : la résidence habituelle de l'enfant **ou** de l'auteur en Belgique lors de l'introduction de la demande ainsi que la nationalité belge de l'enfant **et** de l'auteur en cause lors de l'introduction de la demande. Ainsi, le critère de la nationalité ne sera retenu que si celle-ci est commune aux parties à la cause, alors que par le passé, la nationalité de l'une ou de l'autre des parties en cause avait semblé suffisante aux juridictions belges pour asseoir leur compétence internationale

Pour apprécier l'existence de la compétence, le Code précise qu'il convient de se placer au moment de l'introduction de la demande. Il ne sera dès lors pas tenu compte de l'effet sur la nationalité de l'enfant, de l'aboutissement de l'action introduite. Si un enfant devient belge grâce au jeu de la présomption de paternité en faveur du mari, ressortissant belge, de la mère de l'enfant, la nationalité commune du mari et de l'enfant suffira à fonder la compétence des juridictions belges pour connaître d'une action en contestation de paternité introduite par le mari. Ceci même si, en cas de désaveu, l'enfant pourrait ne plus être considéré comme belge.

A la lecture de l'article 61 du Code, l'on constate que les notions de '*défendeur*' et de '*demandeur*' sont abandonnées au profit de celles de '*personne dont la paternité ou la maternité est invoquée*'¹⁹⁴ et d'*'enfant'*'.¹⁹⁵ La résidence habituelle de l'auteur dont la filiation forme l'enjeu du litige permettra ainsi de fonder la compétence des juridictions belges, quelle que soit sa qualité procédurale.

(iii) L'application des règles générales de compétence du Code

A cette règle particulière de compétence, il faut ajouter les règles générales de compétence que l'on trouve aux articles 5 et suivants du Code. Ces règles de compétence conservent un intérêt tout particulier dans la mesure où la question de la filiation peut se poser sans que l'auteur soit mis à la cause. Imaginons un litige successoral où X prétend être le fils du défunt pour s'opposer en raison de ce titre aux prétendus héritiers. Dans une telle situation, l'article 9 du Code permettra de porter devant les juridictions belges, compétentes pour connaître du litige successoral,¹⁹⁶ la question de filiation qui y est connexe. L'on notera que l'article 5 du Code permet de saisir les juridictions belges lorsque le défendeur réside *ou* est domicilié en Belgique alors que l'article 61 ne fait référence qu'à la seule résidence habituelle de l'enfant ou de la personne dont la paternité ou la maternité est invoquée. Ce faisant l'article 5

¹⁹³ Voy. le commentaire de cette disposition par A. NUYTS in *Le Code de droit international privé commenté*, J. ERAUW et al (éds.), Intersentia-Bruylant, 2006, 322-325.

¹⁹⁴ Notons que lorsque l'on mentionne l'auteur, il faut comprendre une référence à l'auteur en cause, celui dont la filiation est contestée ou invoquée.

¹⁹⁵ F. RIGAUX et M. FALLON, *o.c.*, n° 12.111.

¹⁹⁶ Sur base de l'article 77 du Code.

pourrait permettre de saisir une juridiction dont la compétence ne peut être fondée sur la résidence en Belgique de l'une de ces deux personnes.¹⁹⁷

(iv) La compétence en matière de reconnaissance

Les critères de compétence retenus sont sensiblement différents dès lors qu'est en jeu la compétence administrative des autorités belges pour recevoir un acte de reconnaissance¹⁹⁸. L'article 65 du Code prévoit que les autorités belges – en principe l'officier de l'état civil ou le notaire¹⁹⁹ – pourront recevoir un acte de reconnaissance lorsque l'auteur possède la nationalité belge,²⁰⁰ un domicile ou une résidence en Belgique, lorsque l'enfant est né en Belgique ou encore lorsqu'il réside en Belgique.²⁰¹ Ces éléments sont appréciés, à l'exception évidemment du facteur lié au lieu de naissance de l'enfant, au moment où l'acte est établi.

Les critères retenus sont fort larges et permettent de couvrir un grand nombre de situations, dont toutes ne présenteront pas un lien substantiel avec la Belgique.²⁰² Il faudra veiller à apprécier la légitimité de l'intérêt d'une demande de reconnaissance formulée par des personnes dont les liens avec la Belgique sont indirects ou ténus.

Si la loi applicable à cet acte de reconnaissance – voy. *infra* – exige une formalité comme l'homologation, à considérer qu'il s'agisse d'une condition de fond, le tribunal de première instance – en vertu de sa plénitude de juridiction – pourra être saisi de cette demande. Cette action sera-t-elle fondée sur l'article 61 du Code ou sur l'article 65 ? La question ne posera pas de difficulté si l'enfant a sa résidence habituelle en Belgique, critère retenu par les deux dispositions. Il en ira autrement si la compétence des autorités belges pour recevoir la reconnaissance était fondée sur la seule nationalité belge de l'enfant, comme le permet l'article 65. Pour qu'une action puisse être portée devant les juridictions belges, l'article 61 exige en effet que l'auteur ait également cette nationalité belge. Comment peut-on concilier ces dispositions ?

La question se pose dans les mêmes termes en ce qui concerne les actions qui peuvent être introduites à l'encontre d'un acte de reconnaissance – annulation ou contestation.

¹⁹⁷ Voy. A. NUYTS, *o. c.*, 323-324.

¹⁹⁸ Avant l'entrée en vigueur du Code, aucune règle particulière ne visait la question de la reconnaissance d'un enfant. Voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *o. c.*, n° 12.111.

¹⁹⁹ Les autorités diplomatiques belges sont compétentes lorsque la personne qui effectue la reconnaissance possède la nationalité belge. Voy. art. 6 de la loi du 12 juillet 1931 relative à certains actes de l'état civil et à la compétence des agents diplomatiques et consulaires en matière d'état civil : « *Les actes de reconnaissance d'enfants (...) pourront être reçus par les agents diplomatiques chefs de poste ainsi que par les agents du corps consulaire auxquels les fonctions d'officier de l'état civil sont conférées en vertu de l'article 2 de la présente loi, quels que soient la nationalité et l'âge des enfants, à la condition qu'ils soient souscrits par des citoyens belges.* »

²⁰⁰ La nationalité de l'auteur suffit pour asseoir la compétence des juridictions belges. *Comp.* art. 61 du Code, qui ne retient la compétence des juridictions belges que si l'enfant et l'auteur sont belges.

²⁰¹ En cas de reconnaissance *prénatale*, seuls les facteurs liés à l'auteur pourront être pris en considération.

²⁰² Les travaux préparatoires soulignent la volonté du législateur de « *faciliter* » l'établissement d'un acte de reconnaissance en Belgique. Voy. exposé des motifs accompagnant la proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. Parl.*, Sénat, 2003, n°3-27/7.

Eu égard à la divergence entre les critères de compétence retenus, l'officier de l'état civil belge peut être compétent pour recevoir la reconnaissance alors même que les juridictions belges ne peuvent fonder leur compétence sur l'article 61 du Code pour connaître de l'action en contestation de cette reconnaissance.

On a déjà proposé une lecture 'extensive' de l'article 65 du Code pour résoudre cette difficulté. M. Nuyts se demande ainsi s'il « *ne serait-il pas possible d'interpréter l'article 65 largement en en déduisant aussi une règle de compétence judiciaire ? Il s'agirait de considérer qu'en prévoyant les cas dans lesquels un acte de reconnaissance 'peut-être établi en Belgique', l'article 65 a non seulement attribué une compétence pour l'établissement proprement dit de l'acte par l'officier de l'état civil ou par le notaire, mais a aussi créé une compétence corrélatrice du juge belge pour statuer sur les demandes se rapportant à cette reconnaissance* ». ²⁰³ Cette solution a le mérite de garantir la cohérence du système mis en place par le Code.

§ 2. Le droit applicable

(i) Bref rappel du régime en vigueur avant le 1^{er} octobre 2004

Avant le 1^{er} octobre 2004, la question du droit applicable aux questions de filiation autre que adoptive était régie par le seul article 3, alinéa 3, du Code civil qui prévoyait l'application de la loi nationale. Restait à déterminer quelle loi nationale devait être appliquée lorsque les parties intéressées ne possédaient pas la même nationalité : celle du père, celle de la mère, ou encore celle de l'enfant ? La jurisprudence avait mis en place un système pour le moins complexe, qui distinguait selon la nature du lien de filiation. ²⁰⁴

En matière d'établissement d'une filiation de plein droit, la jurisprudence faisait prévaloir la loi nationale de l'auteur dont la filiation était discutée en se plaçant au moment de la naissance. ²⁰⁵ Ainsi, pour savoir si le mari, ressortissant français, d'une dame de nationalité belge qui venait de donner naissance à un enfant était devenu le père de cet enfant par présomption, l'on devait avoir égard au droit français.

En matière de contestation de paternité ou de maternité, la jurisprudence était moins unanime. Certaines juridictions appliquaient, comme en matière d'établissement, la loi nationale de l'auteur en cause. ²⁰⁶ Cependant, la jurisprudence penchait de plus en plus au fil du temps pour un rattachement à la loi nationale de l'enfant, à tout le moins

²⁰³ A. NUYTS, « Article 65 », *Le Code de droit international privé commenté*, J. ERAUW et al (éds.), Intersentia-Bruylant, 2006 346.

²⁰⁴ Pour un exposé des solutions retenues avant l'entrée en vigueur du Code, voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, n° 12.115.

²⁰⁵ Voy. Civ. Bruxelles, 27 mars 1996, *R.G.D.C.*, 1997, 116 ; Gand, 20 décembre 1996, *R.W.*, 1997-98, 1077 ; Civ. Bruxelles, 7 janvier 1998, *Pas.*, 1997, III, 2 ; Civ. Nivelles, 17 mars 1998, *J.T.*, 1999, 230 ; Civ. Bruxelles, 4 novembre 1998, *J.T.*, 1999, 583 ; *R.G.D.C.*, 2002, 212, note A.-C. VAN GYSEL et Civ. Gand, 19 avril 2001, *T.G.R.*, 2002, 90.

²⁰⁶ Voy. Bruxelles, 23 avril 1998, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, 539 et *R.G.D.C.*, 2002, 319, obs. et Civ. Gand, 19 avril 2001, *T.G.R.*, 2002, 90. *Comp. Mons*, 28 novembre 2000, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, 479, note M. FALLON., « La contestation de paternité : quelle loi appliquer ? ». La Cour d'appel de Mons rappelle ce principe tout en l'écarter dans l'espèce qui lui était soumise.

pour les actions en contestation de paternité.²⁰⁷ Le tribunal de première instance de Gand a même opté pour une troisième solution : mettant en cause la pertinence d'une règle de conflits de lois fondée sur la nationalité, il appliqua la loi de la résidence habituelle de l'enfant.²⁰⁸ Le tribunal justifiait cette solution en mettant notamment en avant le risque bien connu d'un '*cercle vicieux*' auquel pouvait conduire le rattachement à la nationalité de l'enfant, dans la mesure où la nationalité de ce dernier peut dépendre de sa filiation. Cette décision avait le mérite de poser la question de la pertinence d'une règle de conflits de lois fondée sur la nationalité en matière de filiation. Elle était toutefois en porte-à-faux avec le prescrit de l'article 3, alinéa 3, du Code civil encore en vigueur à l'époque. De plus, le tribunal n'expliquait pas pourquoi il retenait le domicile de l'enfant et non celui de la personne qui conteste la filiation.

En matière de reconnaissance, la jurisprudence faisait application de la loi du statut personnel de l'enfant en cas de conflits de nationalité entre les parties intéressées.²⁰⁹ On appliquait également la loi nationale de l'enfant aux actions en contestation de reconnaissance volontaire de paternité de même qu'aux actions en recherche de paternité.²¹⁰ Il convient toutefois de constater que ce facteur de rattachement – nationalité de l'enfant – ne pouvait être retenu en cas de reconnaissance prénatale ou en cas d'action en recherche de paternité introduite avant la naissance de l'enfant. Confronté à cette situation, le tribunal de première instance de Bruxelles a décidé que si « *habituellement il échet de retenir la loi de la nationalité de l'enfant, en l'espèce l'enfant n'étant pas encore né, le critère de la nationalité de l'enfant est inopérant ; (...) il y a lieu de tenir compte de l'intérêt de l'enfant à naître ; (...) celui-ci est appelé à vivre avec sa mère en Belgique ; (...) le requérant qui se prévaut d'un lien de paternité biologique est Belge ; (...) il est dès lors de l'intérêt de l'enfant d'appliquer la loi belge* ». ²¹¹

Ce bref relevé des tendances jurisprudentielles d'avant le Code de droit international privé met en avant les incertitudes qui régnaient et les lacunes d'un système se référant à la nationalité de l'enfant (risque de cercle vicieux, critère inopérant en cas de reconnaissance prénatale, etc.).

(ii) Actualité des règles en vigueur avant le 1^{er} octobre 2004

²⁰⁷ Voy. Civ. Bruxelles, 27 mars 1996, *R.G.D.C.*, 1997, 116 ; Civ. Bruxelles, 7 janvier 1998, *Pas.*, 1997, III, 2 ; *R.G.D.C.*, 2002, 212, note A.-C. VAN GYSEL ; Civ. Bruxelles, 4 novembre 1998, *J.T.*, 1999, 583 et Gand, 20 décembre 1996, *R.W.*, 1997-98, 1077. Voir aussi Civ. Dendermonde, 15 février 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, p. 96, note de S. MOSSELMANS, « De toepasselijk wet inzake de betwisting van vaderschap » - application de la technique du renvoi.

²⁰⁸ Civ. Gand, 25 octobre 2001, *A.J.T.*, 2001-2002, 855, note M. TRAEST, « Internationaal privatdocent inzake vordering tot betwisting van het vaderschap ».

²⁰⁹ Voy. Civ. Nivelles, 17 mars 1998, *J.T.*, 1999, 230 ; Civ. Nivelles, 12 octobre 1998, *J.T.*, 1999, 228 (application de la technique du renvoi) et Civ. Anvers, 30 juin 1998, *R.W.*, 2000-2001, 311, note de K. SWERTS, « In het spanningsveld van de Belgische openbare order en het Marokkaans afstammingsrecht ».

²¹⁰ Voy. Civ. Gand, 18 décembre 1997, *R.G.D.C.*, 1999, 508, note C. COUQUELET et Civ. Bruxelles, 24 mars 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, 661.

²¹¹ Civ. Bruxelles, 24 mars 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, 661.

Bien que le Code de droit international privé soit entré en vigueur il y a plus de deux ans, le régime antérieur reste pertinent. Seules les actions introduites *après* le 1^{er} octobre 2004 relèvent en effet des nouvelles dispositions insérées par la loi du 16 juillet 2004. Toutes les actions encore introduites avant cette date doivent être examinées sous l'angle du régime antérieur qui vient d'être exposé brièvement.

C'est ainsi que la Cour d'appel de Mons dans un arrêt du 25 janvier 2005 a soumis l'action en recherche de paternité introduite par l'appelante en 2002 au droit rwandais, droit de la nationalité de l'enfant en cause.²¹² Si cette action avait été soumise aux dispositions du Code de droit international privé, la solution aurait été radicalement différente. L'article 62 du Code conduit en effet à l'application de la loi nationale de l'auteur dont la filiation est discutée (voy. *infra*). En l'espèce ce dernier possédait la nationalité belge.

Ne se satisfaisant pas des règles du droit rwandais, l'appelante, qui tentait de faire établir sa paternité à l'égard d'un ressortissant belge décédé quelques années plus tôt, invoquait une atteinte à l'ordre public international belge pour évincer ce droit. Elle soutenait que le fait pour le droit rwandais de limiter le droit d'agir en recherche en paternité, sauf en cas de possession d'état, aux cinq années qui suivent la majorité de l'enfant ne pouvait être toléré dans l'ordre juridique belge. La Cour, rappelant les principes applicables, refuse une telle conception : « *qu'en l'espèce, l'on n'aperçoit pas en quoi la loi rwandaise serait contraire à l'ordre public international belge, sauf à considérer par une conception particulièrement extensive de cette notion que toute loi étrangère doit se conformer aux solutions et délais retenus par le législateur belge* »²¹³. Cette analyse reste pertinente sous le nouveau régime : il convient de rester prudent dans l'application de l'exception d'ordre public, à défaut de quoi le régime mis en place perdrait de son utilité et de sa cohérence (voy. *infra*).

On a vu qu'en matière de contestation de paternité, la jurisprudence n'était pas unanime quant à la solution à adopter en cas de divergence de nationalité entre les parties intéressées. Certaines juridictions appliquaient la loi nationale de l'auteur en cause alors que d'autres préféraient un rattachement à la loi nationale de l'enfant.

La Cour d'appel de Bruxelles a opté pour la première solution. L'on peut regretter que la Cour n'ait pas fait état de l'existence d'autres courants, alors même que le premier juge semble avoir fait application de la deuxième thèse : « *... l'action en contestation de la paternité établie sur la base du mariage est en principe régie par la loi nationale du mari, sous réserve de l'ordre public international belge ; ... la loi applicable à cette action recouvre les modes de preuves, les conditions et le délai d'intentement de l'action* ».²¹⁴

Dans l'espèce soumise, l'action en contestation de paternité était menée par le père présumé, de nationalité marocaine. La Cour se pencha dès lors sur le contenu du droit marocain, au sujet duquel elle indique « (...) *que le Code du statut personnel et des successions marocain, articles 90-91, ne prévoit pas de délai pour l'intentement*

²¹² « ... il était également admis, par une jurisprudence très majoritaire à laquelle la Cour se rallie, qu'en cas de divergence entre la nationalité du parent et de celle de l'enfant, la reconnaissance judiciaire était rattachée en droit international privé belge, au statut personnel de l'enfant ». Mons, 25 janvier 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, 857, note de M. FALLON.

²¹³ Idem.

²¹⁴ Bruxelles, 8 mars 2005, *Rev. trim. dr. fam.* 2006, 862.

d'une action en contestation de paternité du mari ; que toutefois, pour faire une application correcte du droit étranger, en l'espèce du droit marocain, la cour ne peut pas se contenter de se référer aux seules dispositions de la Mudawwana, mais doit rechercher le contenu de ce droit par référence aux autres sources de droit admises dans ce pays ; qu'en droit marocain, les questions de statut personnel non traitées par la Mudawwana doivent être réglées en se référant à l'opinion dominante ou à la jurisprudence constante dans le rite makélite; (...) ; qu'en droit musulman, le désaveu de paternité n'est plus admis lorsque le mari a attendu un certain temps après l'accouchement sans porter devant le cadi son action en désaveu ; que dans cette hypothèse, il existe une controverse sur le délai dans lequel est circonscrit l'exercice de cette action, certains auteurs accordent deux jours, d'autres sept (...), et à la condition que le mari n'ait pas cohabité avec sa femme en ayant connaissance de la grossesse »²¹⁵. Une attente de un an et 5 jours dépassant manifestement ce délai de « quelques jours », la Cour rejeta l'action en application du droit marocain.

L'on ne peut que féliciter la Cour d'Appel pour la précision des renseignements fournis à propos du droit étranger, dont l'établissement incombe en vertu de l'article 15 du Code aux juridictions.

Se prononçant également dans le cadre d'une action en contestation de paternité introduite avant 2004, la Cour d'appel de Mons a décidé, sur base du régime antérieur, qu'il convenait de faire application du droit de la nationalité du père présumé, ressortissant français.²¹⁶ A nouveau, il est frappant de constater qu'aucune mention n'est faite quant à l'existence d'autres courants jurisprudentiels.

La Cour d'appel de Mons a toutefois fait application de la technique du renvoi - aujourd'hui interdite, du moins en cette matière, par l'article 16 du Code de droit international privé - pour finalement s'en référer au droit belge : « *Les règles de la filiation des personnes sont régies par le loi nationale du père, mais précisément – en l'espèce – l'article 311-14 du Code civil français dispose que « la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ».*²¹⁷

(iii) Les règles de rattachement du Code

1. Le principe : application de la loi nationale de l'auteur

L'article 62 du Code de droit international privé contribue à mettre fin aux incertitudes qui caractérisaient le régime antérieur. Une règle unique régit toutes les questions d'établissement et de contestation de paternité ou de maternité. Maintenant un rattachement personnel, le Code décide qu'il sera fait application de la loi nationale de l'auteur dont la filiation est discutée.²¹⁸

²¹⁵ *Ibid.* Contra. Civ. Bruxelles, 7 janvier 1998, *Pas.*, 1997, III, 2 et *R.G.D.C.*, 2002, 212, note A.-C. VAN GYSEL.

²¹⁶ Mons, 12 avril 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 866, note M. FALLON.

²¹⁷ *Idem.*

²¹⁸ Art. 62, § 1^{er}, alinéa 1, du Code de droit international privé. Voy. les discussions sur les solutions qui pouvaient être apportées, Exposé des motifs de la loi, *o.c.*

Le Code a pris le parti de régler pour chaque point la question du conflit mobile en précisant le *moment* de concrétisation du facteur de rattachement. En matière de filiation, l'on se situe au moment de la naissance de l'enfant *sauf* pour ce qui concerne les filiations établies par un acte de volonté. Dans ce cas, est pertinent le moment de cet acte, présumé plus proche de la situation.

Le tribunal de première instance de Liège a eu l'occasion d'appliquer ces principes alors qu'il était saisi d'une demande en homologation d'une reconnaissance d'un enfant né de l'union d'un homme marié et d'une autre femme que son épouse (art. 319bis du Code civil). Le requérant, le père biologique de l'enfant, possédait la nationalité belge au moment de la reconnaissance. Le tribunal fit dès lors application du droit belge.²¹⁹ Dans la requête soumise au tribunal, il est expliqué que le tribunal de première instance de Guinée, dans une décision du 19 juillet 2002, avait déjà établi la paternité du requérant. L'on peut regretter que le tribunal n'ait pas abordé dans son analyse la question de l'efficacité de cette décision étrangère,²²⁰ question pourtant prioritaire qui aurait pu régler de façon décisive la demande formulée.²²¹

Faisant également application de l'article 62, § 1^{er}, du Code de droit international privé, le tribunal de première instance de Bruxelles a retenu le droit irlandais pour régir l'action introduite par un requérant de nationalité belge en vue d'obtenir l'annulation de la reconnaissance d'un enfant effectuée par un ressortissant irlandais.²²² Comme on le verra ci-après, le tribunal a néanmoins eu recours à l'article 19 du Code pour échapper à cette conclusion (voy. *infra*).

L'alinéa 2 de l'article 62, § 1^{er}, du Code précise que la question du consentement de l'enfant sera en principe également régie par la loi du statut personnel de l'auteur mais, qu'à défaut pour ce droit de prévoir un tel consentement, il sera fait application, au nom du principe de proximité, du droit de l'Etat sur le territoire duquel l'enfant a sa résidence habituelle au moment de ce consentement. L'on parle dans ce cas d'une clause spéciale d'ordre public positif.²²³ Ce mécanisme a également été retenu en matière d'adoption.²²⁴

2. *La règle particulière pour les conflits de filiation*

Le législateur a entendu résoudre les conflits de filiations qui peuvent surgir suite à l'application de la règle de conflits de lois exposée ci-dessus. Le § 2 de l'article 62 précise à cet effet que « *Lorsqu'un lien de filiation est établi valablement selon le droit applicable en vertu de la présente loi à l'égard de plusieurs personnes du même sexe, le droit qui régit la filiation résultant de plein droit de la loi détermine l'effet sur celle-ci d'un acte de reconnaissance. En cas de conflit entre plusieurs filiations résultant de plein droit de la loi, il est fait application, parmi les droits désignés, de celui de l'Etat avec lequel la situation présente les liens les plus étroits.*

²¹⁹ Civ. Liège, 21 janvier 2005, RG : 04/3894/B, inédit.

²²⁰ Art. 22 et 25 du Code de droit international privé et art. 570 ancien du Code judiciaire. Pour les questions de droit transitoire, voy. art. 126, § 2, du Code de droit international privé.

²²¹ Il appartenait en réalité en premier lieu à l'officier de l'état civil qui a reçu l'acte de reconnaissance du requérant, de tenir compte de la décision guinéenne.

²²² Civ. Bruxelles, 3 mai 2006, RG : 05/11.889/A, inédit.

²²³ F. RIGAUX et M. FALLON, *o. c.*, n° 12.117.

²²⁴ Voy. art. 68 du Code de droit international privé.

Lorsque l'enfant est reconnu valablement selon le droit applicable en vertu de la présente loi par plusieurs personnes du même sexe, le droit qui régit la première reconnaissance détermine l'effet sur celle-ci d'une reconnaissance ultérieure. »

Une lecture rapide de ce deuxième paragraphe peut conduire à une appréciation erronée de sa portée. L'on saura dès lors gré au tribunal de première instance de Bruxelles d'avoir fort bien rappelé les principes applicables.²²⁵

Dans l'espèce soumise à l'examen de la juridiction bruxelloise, un ressortissant français entendait se voir autoriser à reconnaître les jumeaux nés²²⁶ d'une mère de nationalité belge mariée à un ressortissant belge. Le requérant fondait sa demande sur l'article 320 du Code civil belge. En réalité, le requérant invoquait l'article 19 du Code de droit international privé pour faire échec à l'application d'un droit étranger, le droit français.

Dans des espèces similaires, certaines juridictions ont fait application du deuxième paragraphe de l'article 62 mettant en avant l'existence d'un conflit de filiation existant entre d'une part la présomption de paternité en faveur du mari de la mère de l'enfant, et d'autre part, la reconnaissance par le père biologique.²²⁷

Avec Mmes ENGLEBERT et VERHELLEN,²²⁸ il faut admettre que le paragraphe 2 de l'article 62 du Code de droit international privé vise le cas de conflits de filiation établis et non potentiels. Le texte ne laisse pas subsister de doute sur ce point.²²⁹

Il est dès lors requis au préalable que l'on se trouve face à deux ou plusieurs liens de filiations valablement établis dans le chef de plusieurs personnes de même sexe – deux pères ou deux mères –, pour que puisse être envisagée l'application du deuxième paragraphe. Or, dans le cas d'une action en autorisation en reconnaissance fondée sur l'article 320 du Code civil, une seule filiation est valablement établie, celle en faveur du mari de la mère de l'enfant. Il ne peut dès lors y avoir aucun conflit.

Cette action doit en réalité s'analyser en deux temps. Il s'agit dans une première phase, d'une action en contestation de la paternité établie par présomption et, dans une seconde phase, d'une action en établissement de la paternité par acte de volonté, la reconnaissance. Le tribunal de première instance a précisé en ce sens que « *La demande de Monsieur C. se présente en réalité comme une requête tendant à contester la paternité légale et à établir une paternité par reconnaissance volontaire*

²²⁵ Civ. Bruxelles, 19 septembre 2006, RG : 06/2.039/B, inédit.

²²⁶ La demande consistait initialement en une demande de reconnaissance d'enfants à naître qui, au cours de la procédure, sont nés.

²²⁷ Civ. Liège, 5 mai 2005, *Rev. dr. étr.*, 2006, 237 ; Civ. Nivelles, 25 octobre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, 875, note de M. FALLON et Civ. Liège, 21 janvier 2006 (en réalité cette décision a été prononcée le 21 janvier 2005), *Rev. dr. étr.*, 2006, 224, obs. H. ENGLEBERT et J. VERHELLEN, « L'établissement et la contestation de paternité dans le nouveau Code de droit international privé : réflexion sur le conflit de filiations ».

²²⁸ H. ENGLEBERT et J. VERHELLEN, « L'établissement et la contestation de paternité dans le nouveau Code de droit international privé : réflexion sur le conflit de filiations » note sous Civ. Liège, 21 janvier 2006, *Rev. dr. étr.*, 2006, 224. *Comp.* M. FALLON, obs. sous Civ. Nivelles, 25 octobre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, 875, où l'auteur admet l'application de l'article 62, § 2, aux hypothèses de demandes en autorisation de reconnaissance.

²²⁹ L'article 62, § 2 dispose que « *Lorsqu'un lien de filiation est établi valablement (...) à l'égard de plusieurs personnes du même sexe (...)* » (nous soulignons).

*hors mariage. En prévoyant dans le code de DIP une disposition unique qui détermine la loi applicable à l'établissement et à la contestation de paternité, le législateur a manifestement perdu de vue que le droit belge connaît le mécanisme de substitution de paternité qui implique en premier lieu une contestation de paternité et ensuite une reconnaissance de paternité d'un enfant qui n'a plus de paternité présumée ».*²³⁰

Dans l'espèce qui lui était soumise, le tribunal de première instance de Bruxelles a par conséquent dans un premier temps fait application du droit belge à l'action en contestation de paternité puisque le père présumé – mari de la mère – possédait la nationalité belge, et ce en application du premier paragraphe de l'article 62 du Code. Ensuite, dans un second temps, il a fait application, sur base de la même disposition, du droit français à la demande en reconnaissance du requérant, de nationalité française.

Le paragraphe 2 de l'article 62 du Code de droit international privé ne trouvera en réalité à s'appliquer que dans des situations exceptionnelles où, pour un même enfant, il est juridiquement établi qu'il a deux pères ou deux mères. L'exemple donné par Mmes ENGLEBERT et VERHELLEN est éclairant : un enfant né alors que sa mère était mariée à un ressortissant belge a, au regard du droit belge, comme père le mari de sa mère. Cette paternité sera constatée dans les actes de l'état civil belge. Le père biologique de cet enfant, ressortissant italien, a de son côté reconnu cet enfant en Italie. Le droit italien prévoit que la présomption de paternité n'agit plus lorsque les époux sont séparés judiciairement et autorise dès lors le père biologique dans ce cas à reconnaître l'enfant sans formalités. Fort de cet acte de reconnaissance, le père biologique le soumet aux autorités belges qui devront se prononcer sur la validité de cet acte en vertu de l'article 27 du Code.²³¹ Dans cette hypothèse, le tribunal saisi devra trancher le conflit de filiations en faisant application du droit belge, droit applicable à la présomption de paternité, tel que le prescrit le paragraphe 2 de l'article 62.

N'est par contre pas visée par cette disposition, l'action en autorisation en reconnaissance que connaît le droit belge et qui est fondée sur l'article 320 du Code civil. Dans cette hypothèse, une seule filiation est établie, celle du mari de la mère de l'enfant. L'action en autorisation en reconnaissance doit être envisagée comme étant, dans un premier temps, une action en contestation de paternité, et dans un deuxième temps, une reconnaissance. Ces deux actions seront soumises à la règle du § 1^{er} de l'article 62 du Code : application de la loi nationale de l'auteur en cause. La seule éventualité d'un conflit ne suffit pas à faire tomber la situation sous le champ du § 2 de cette disposition.

3. Domaine de la loi applicable au lien de filiation

L'article 63 du Code précise quant à lui le domaine d'application de la loi désignée par l'article 62. Selon cette disposition, relèvent notamment du droit applicable au lien

²³⁰ Civ. Bruxelles, 19 septembre 2006, RG : 06/2.039/B, inédit.

²³¹ « (u)n acte authentique étranger est reconnu en Belgique par toute autorité sans qu'il faille recourir à aucun procédure si sa validité est établie conformément au droit applicable en vertu de la présente loi... »

de filiation, les questions de preuve (admissibilité, charge et objet de la preuve). Cette même loi détermine qui peut agir en recherche ou en contestation de filiation et les délais dans lesquels ces actions doivent être introduites.²³² Enfin, le point 3 de l'article 63 précise que '*les conditions et effets de la possession d'état*' sont également régis par la loi applicable au lien de filiation.

En ce qui concerne les effets de la filiation, le Code de droit international privé ne prévoit par de règle de rattachement particulière. Il sera fait référence, pour chaque cas, à la loi qui lui est propre. Ainsi pour ce qui concerne les aliments, il conviendra de faire application de l'article 74 du Code, tandis que pour ce qui concerne le nom de l'enfant, il faudra avoir égard à l'article 37 du même Code.

4. *Droit applicable aux formalités de la reconnaissance*

Avant l'entrée en vigueur du Code, les formes de la reconnaissance faisaient l'objet d'une règle de rattachement alternative de caractère substantiel. Deux facteurs de rattachement étaient retenus (la nationalité de l'enfant et le lieu de l'acte) et le facteur qui conduisait à la validation de l'acte devait être privilégié.²³³

Le Code reprend aujourd'hui ce système en modifiant uniquement un des critères retenus : « *L'acte de reconnaissance est établi selon les formalités prévues, soit par le droit applicable à la filiation en vertu de l'article 62, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, soit par le droit de l'Etat sur le territoire duquel il est établi* ». ²³⁴

5. *Les mécanismes de correction : la clause d'exception*

Le Code a introduit des mécanismes afin d'apporter, dans certaines situations, des corrections aux règles générales qu'il édicte.²³⁵ Parmi ces mécanismes, l'exception d'ordre public continuera certainement, comme par le passé, à alimenter les revues juridiques. L'article 21 du Code permet d'écarter le droit normalement applicable, s'il produit des effets manifestement incompatibles avec l'ordre public international belge. L'on peut s'attendre à ce que l'exception d'ordre public, qui a souvent été invoquée en matière de filiation,²³⁶ continue à jouer un rôle important.²³⁷ On a même proposé, eu égard à la réticence certaine de la jurisprudence belge à appliquer un droit

²³² Le tribunal de première instance de Bruxelles avait déjà eu l'occasion sous l'ancien régime de préciser que les conditions de délais pour intenter l'action en contestation de paternité de même que les règles déterminant les titulaires de cette action étaient des règles de fond soumises à la loi nationale et non des règles de procédure. Civ. Bruxelles, 28 juin 1995, *Pas*, III, p. 24.

²³³ Civ. Nivelles, 17 mars 1998, *J.T.*, 1999, p. 230.

²³⁴ Art. 64 du Code de droit international privé. Voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *o. c.*, n° 12.116.

²³⁵ Dans une question parlementaire adressée à la Ministre de la Justice, Mme Martine Taelman a mis en cause les règles du Code de droit international privé applicables en matière de filiation (Question parlementaire n° 846 de Mme Martine Taelman du 24 novembre 2005, Chambre, 51.119 – 02.05.2006, *Rev. dr. étr.*, 2006, 330). La parlementaire évoquait la situation d'une mère, belge, d'un enfant né alors qu'elle était unie par les liens du mariage à un ressortissant turc. L'article 62 du Code prévoit l'application du droit turc qui ne prévoit cependant pas la possibilité pour la mère d'agir en contestation de paternité. La ministre a fait remarquer que le Code mettait en place des mécanismes de corrections (notamment aux articles 19 et 21 du Code) qui permettaient de faire face à ce genre de difficulté.

plus restrictif que le droit belge, l'insertion dans le Code d'une clause spéciale d'ordre public positif qui permettrait, « *lorsque le droit désigné ne permet pas d'établir un lien de filiation à la demande de l'enfant, (d')invoquer le droit de sa résidence habituelle au moment de l'introduction de la demande* ». ²³⁸

Un autre mécanisme correctif a déjà retenu l'attention des juridictions. Il s'agit de l'article 19 du Code qui permet d'écarter le droit désigné par les articles 62 et suivants, s'il apparaît que la situation n'a en réalité qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre Etat. L'article 19 est l'expression du principe général de proximité qui inspire toute la codification. ²³⁹

L'on constate que les juridictions ont facilement recours à la clause d'exception pour corriger un résultat jugé insatisfaisant. Le tribunal de première instance de Liège a par exemple eu recours au mécanisme de l'article 19 pour écarter le droit angolais, désigné par l'article 62. ²⁴⁰ Selon le tribunal, « *en l'espèce, la situation a des liens très étroits avec le droit belge : - le requérant, la mère et l'enfant sont de nationalité belge, - ils habitent en Belgique depuis de très nombreuses années, - l'enfant est né en Belgique, - le père présumé vit également en Belgique depuis de très nombreuses*

²³⁶ Voy. surtout S. SAROLEA, « L'ordre public international et la Convention européenne des droits de l'homme en matière de filiation », *Rev. trim. dr. fam.*, 146 e.s. et 159 e.s. Dans la jurisprudence par exemple Civ. Bruxelles, 7 janvier 1998, *Pas.*, 1997, III, 2 et R.G.D.C., 2002, 212 (le tribunal écarte la loi marocaine, qui ne prévoit aucune possibilité d'agir en contestation de maternité et ne permet dès lors pas de rétablir la vérité biologique, au motif qu'il « *serait (...) contraire à l'ordre public international belge d'interdire qu'un enfant né sur le territoire belge et y résidant depuis sa naissance puisse dans une telle hypothèse être privé du droit fondamental de faire apparaître la vérité biologique de sa naissance à l'égard de celle qui aurait faussement prétendu en être la génitrice alors que le droit belge réserve expressément (art. 314 du Code civil) cette possibilité à l'enfant* »). Voy. récemment également la décision de la Cour de cassation, française (Cass. fr., 1^{ère} ch., 10 mai 2006, *D.*, 2006, n° 42, 2890, note de G. KESSLER et G. SALAMÉ), selon laquelle « *une loi étrangère qui ne permet pas l'établissement d'une filiation naturelle n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international, dès lors qu'elle n'a pas pour effet de priver un enfant de nationalité française ou résident habituellement en France du droit d'établir sa filiation* ». Cette décision intéresse dans la mesure où elle met l'accent sur l'importance de la proximité dans l'appréciation de la violation éventuelle de l'ordre public. En l'espèce, une femme de nationalité algérienne qui résidait en Algérie, y avait donné naissance à une fille en mai 2001. Elle introduit ultérieurement en France une action en recherche de paternité. L'article 311-14 du Code civil français désignait le droit algérien, droit de la nationalité de la mère au jour de la naissance de l'enfant. Or, le droit algérien ne connaît pas l'établissement de filiation naturelle. Alors que la Cour d'appel de Versailles avait accueilli cette demande en faisant intervenir l'exception d'ordre public, la plus haute juridiction française cassa l'arrêt constatant que l'enfant n'avait pas la nationalité française, ni ne résidait en France. En d'autres termes, la situation n'était pas, selon la Cour de cassation française, suffisamment proche de l'ordre juridique français pour concevoir une intervention de l'exception d'ordre public.

²³⁷ A cet égard, il est intéressant de rappeler que la Cour européenne des droits de l'homme a récemment condamné la Russie qui, sur base de son droit qui prévoyait un délai d'un an à partir de la prise de connaissance de la naissance de l'enfant pour permettre au père présumé de contester sa paternité, sans tenir compte de la date de survenance dans son chef de doutes quant à la réalité de sa paternité, avait refusé au requérant d'agir en désaveu de paternité. En l'espèce, le père présumé avait agi en contestation dès qu'il avait appris ne pas être le père de l'enfant de son ex-femme, prise de connaissance qui était intervenue plus de deux ans après la prise de connaissance de la naissance de l'enfant (Cour. eur. dr. hom., *Shofman c. Russie*, 24 novembre 2005, n° 74826/01, consultable sur le site de la Cour, www.echr.coe.int).

²³⁸ F. RIGAUX et M. FALLON, *o. c.*, n° 12.117.

²³⁹ *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/1, p. 14.

²⁴⁰ Voy. *supra* sur l'article 62, § 2, du Code de droit international privé.

*années et la famille y est établie depuis plus de dix ans. Alors que seule la nationalité du père présumé rattache encore la situation à l'Angola. Dans ces conditions, il y a lieu d'appliquer le droit belge ».*²⁴¹.

Le tribunal de première instance de Bruxelles a également fait appel à la clause d'exception dans une décision de mai 2006. Selon le tribunal, l'application de la clause était justifiée par les circonstances suivantes ²⁴² :

« - L'enfant, prénommé I., dont la reconnaissance est contestée est née à Etterbeek le 3 juin 2002,- Le 30 mars 2005 Monsieur A. (le requérant) a déposé une requête auprès de la justice de paix de Woluwe-Saint-Pierre en vue d'obtenir les consentements nécessaires à la reconnaissance de l'enfant (...). L'affaire est actuellement pendante devant le tribunal de première instance de Bruxelles (...),- Monsieur H. a reconnu l'enfant le 14 avril 2005 (transcription marginale effectuée par l'Officier de l'Etat civil d'Etterbeek),- Monsieur A. a déposé en mai 2005 une requête devant le tribunal de la jeunesse sur pied de l'article 375 bis du Code civil en vue de se voir accorder un droit aux relations personnelles à l'égard de l'enfant. L'affaire y est toujours pendante, - Monsieur H. et Madame D. (la mère) se sont mariés le 3 septembre 2005 à Saint-Josse-ten-Noode.

En l'espèce un examen des circonstances laisse apparaître que le rattachement à la loi irlandaise (Monsieur H, auteur de la reconnaissance, possède la nationalité irlandais) est particulièrement peu indiqué si l'on observe que la reconnaissance a eu lieu en Belgique à l'égard d'un enfant de nationalité française née d'une mère française. Toutes les parties à la cause vivent par ailleurs en Belgique.

Le couple formé par Monsieur H et Madame D. n'a par ailleurs apparemment jamais vécu en Irlande. Il n'apparaît donc pas que la situation ici examinée ait le moindre rattachement avec l'état irlandais sauf la nationalité de Monsieur H., lequel n'a nullement fait part d'un projet de retour dans son pays d'origine.

Ainsi que l'observe avec pertinence Monsieur A. le rattachement de la relation de filiation à l'Etat belge est par contre très présent pour les motifs ici énoncés.

Dès lors, comme postulé, il convient d'écarter exceptionnellement la loi irlandaise au profit de la loi belge ».

Il convient toutefois de rappeler, comme l'a fait tribunal de première instance de Bruxelles, le caractère exceptionnel que doit conserver cette disposition, à défaut de quoi la sécurité juridique serait gravement remise en cause : *« si le législateur a entendu certes permettre aux juridictions belges de s'écarter du jeu normal de la règle de rattachement pour privilégier dans des circonstances particulières l'application d'une règle de droit, il convient de ne pas oublier qu'il doit s'agir de circonstances exceptionnelles (...). Le juge se doit d'être attentif à ne pas mettre en*

²⁴¹ Civ. Liège, 5 mai 2006, en cause *Mpanzo, Ngombo et Bamba*, *Rev. dr. étr.*, 2006, 237.

²⁴² Civ. Bruxelles 3 mai 2006, en cause *Aernoudt et Delattre*, R.G. 05/11.889/A.

péril la règle de rattachement normale (...) »²⁴³. Comme l'a expliqué M. Fallon, « par nature, cette clause ne peut jouer que dans les cas exceptionnels. Ses termes sont particulièrement stricts. De plus, le texte prend soin de préciser que l'utilisation de la clause ne peut pas dépendre du contenu de la loi normalement applicable : ce n'est pas parce que celle-ci contient une disposition jugée peu appropriée que le juge est autorisé à utiliser la clause. Celle-ci intervient seulement en fonction de la configuration géographique de la situation ».²⁴⁴

Au vrai, ni la décision du tribunal de Liège, ni celle du tribunal de Bruxelles ne semblent convaincantes quant à l'opportunité d'avoir recours au mécanisme d'exception. Les deux juridictions n'ont en effet pas constaté que la situation ne présentait qu'un lien très faible avec le droit déclaré applicable par le Code, ce qui constitue pourtant la première étape nécessaire avant toute application de l'article 19.

§ 3. L'efficacité des décisions et actes authentiques établis à l'étranger

La Cour d'appel de Mons, dans son arrêt du 25 janvier 2005 précité, a du connaître également d'une question touchant à la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères. Comme le souligne M. Fallon, alors que cette question était déterminante dans l'espèce soumise à la Cour, il est curieux de constater qu'elle n'a été examinée qu'en dernier lieu.²⁴⁵ L'appelante, qui agissait en recherche de paternité à l'égard d'un ressortissant belge défunt, avait obtenu en 2002 un jugement rwandais reconnaissant sa filiation à l'égard de ce défunt, et par la même occasion, mettant à néant la paternité présumée en faveur du mari de sa mère. La Cour, faisant application de l'article 570 du Code judiciaire, a refusé de donner effet à cette décision, constatant une violation des droits de la défense du père présumé qui n'avait pas été appelé à la cause.²⁴⁶

Comme tous les actes authentiques, les reconnaissances faites à l'étranger sont soumises au régime de l'article 27 du Code.

B. Filiation adoptive

Sans prétendre aucunement analyser l'ensemble du nouveau régime applicable en matière d'adoption – qui fait l'objet de la contribution de Mme GALLUS dans le présent ouvrage –, deux décisions nous paraissent devoir retenir l'attention. L'on constatera pour le surplus que le nouveau régime applicable depuis le 1^{er} septembre 2005 a donné naissance jusqu'à présent qu'à très peu de décisions.

²⁴³ Civ. Bruxelles, 3 mai 2006, RG : 05/11.889/A, inédit et Civ. Bruxelles, 19 septembre 2006, RG : 06/2.039/B, inédit (dans cette espèce, le tribunal concluait à l'application du droit belge sur pied de l'article 62, § 1^{er}, du Code).

²⁴⁴ M. FALLON, obs. sous Civ. Nivelles, 25 octobre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, 875.

²⁴⁵ M. FALLON, obs. sous Mons, 25 janvier 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, 857.

²⁴⁶ Cette référence au respect des droits de la défense comme motif de refus de reconnaissance est reprise aujourd'hui à l'article 25 du Code de droit international privé.

§ 1. La *Kefala* de droit marocain et la tutelle officieuse de droit belge

Le tribunal de la jeunesse de Bruxelles a eu récemment à connaître d'une demande en homologation d'un acte dressé par le juge de paix du canton d'Anderlecht le 14 mai 2003 instituant une tutelle officieuse à l'égard d'un enfant né au Maroc, à Oujda.²⁴⁷ Cet enfant avait été confié au préalable au requérant dans le cadre d'une *Kefala*.

L'on sait que nombre de pays de confession musulmane ne connaissent pas l'institution de l'adoption. Certains d'entre eux, comme le Maroc, connaissent par contre une institution voisine, la *Kefala*, qui consiste en un engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père ou une mère pour son fils ou sa fille. Aucun lien de filiation n'est créé par cette institution.

Dans l'affaire soumise à la juridiction bruxelloise l'enfant d'origine marocaine était venu rejoindre le requérant sur base d'un acte de *Kefala*, pour vivre avec lui en Belgique. Le requérant a ensuite introduit une procédure en vue de se voir confier la qualité de tuteur officieux de l'enfant sur base des articles 475 *bis* et suivants du Code civil belge. Le tribunal constata en premier lieu que le droit belge était bel et bien le droit qui régissait cette demande en vertu de l'article 35 du Code de droit international privé, le mineur résidant habituellement sur le territoire belge. Le ministère public soulevait néanmoins l'irrecevabilité de la demande à défaut d'intérêt constatant que la *Kefala*, homologuée par le tribunal de première instance d'Oujda, produisait ses effets de plein droit en Belgique en vertu de l'article 22 alinéa 2 du Code et que dès lors le requérant disposait déjà sur base du jugement marocain de la plupart des attributs attachés au tuteur officieux.

La réponse du tribunal a le mérite d'être pragmatique : « *le requérant a un intérêt à voir s'appliquer les effets de la tutelle officieuse qui diffèrent de ceux de la Kefala de droit marocain. Par ailleurs, l'intérêt le plus mince suffit. Cet intérêt pourrait résider dans le fait de voir s'appliquer une institution de droit belge, ce qui faciliterait en pratique la reconnaissance en Belgique de la prise en charge de l'enfant. La demande du requérant est donc recevable* »²⁴⁸. Il est en effet bien connu que les contacts avec diverses autorités administratives sont parfois difficiles lorsque l'on est confronté à une institution juridique étrangère inconnue du droit belge.

Le ministère public considérait également que l'homologation ne pouvait être accordée dans la mesure où le consentement des parents de l'enfant n'avait pas été recueilli par le juge de paix lui-même dans le cadre de la rédaction de l'acte de tutelle officieuse. La difficulté procède de ce que l'article 475ter du Code civil fait référence à une *convention* instituant la tutelle officieuse. En pratique, lorsque les parents d'origine sont à l'étranger, l'on ne peut exiger de ceux-ci qu'ils se présentent en personne devant le juge de paix belge saisi. Afin de résoudre cette difficulté, les praticiens font dresser par les parents d'origine un acte par lequel ils donnent leur consentement en vue de la mise en place de la tutelle officieuse, acte dressé devant un notaire du pays d'origine qui est ensuite dûment légalisé. Cet acte est présenté au juge de paix qui dresse l'acte de tutelle officieuse. Cette procédure a été suivie en l'espèce. Le tribunal a constaté la régularité de cette procédure : « (le consentement des parents

²⁴⁷ Trib. Jeun. Bruxelles, 29 juin 2005, *J. dr. jeun.*, 2005, n° 250, 60.

²⁴⁸ Idem.

du mineur) a été constaté par acte authentique dressé par le Tribunal de première instance d'Oujda (Maroc) section du notariat. Cet acte authentique est reconnu de plein droit en Belgique (art. 27 CODIP). L'article 475 ter du Code civil prévoit que les consentements à la tutelle officielle peuvent également être constatés par un notaire. La loi n'interdit pas que ces consentements soient constatés par actes séparés. En égard à ces éléments, les conditions de forme de la tutelle officielle sont en l'espèce remplies ».²⁴⁹

Dans cette même affaire, le requérant ne pouvait prétendre adopter l'enfant concerné. En effet, dans la mesure où l'acte de *Kefala* est antérieur au 1^{er} septembre 2005, il aurait fallu avoir égard à l'article 24 *sexies*, 1^o, de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, disposition transitoire - qui n'existait pourtant pas encore lorsque le tribunal s'est penché sur cette espèce, le législateur ayant revu sa copie à plusieurs reprises et notamment en décembre 2005.²⁵⁰ Cette disposition transitoire soumet les conditions relatives à l'admissibilité et aux conditions de fond de l'adoption au droit antérieur (les anciens articles 344 et suivants du Code civil) lorsque l'enfant a été confié par l'autorité compétente de l'Etat d'origine de l'enfant à l'adoptant ou aux adoptants avant le 1^{er} septembre 2005, tel qu'en l'espèce. L'enfant étant né le 21 septembre 1989, et donc âgé de plus de 15 ans, il aurait fallu faire application de la loi de la nationalité des parties et ce de manière cumulative. Par hypothèse ici, la loi personnelle de l'adopté - le droit marocain - fait obstacle à l'admissibilité de l'adoption. L'on conçoit difficilement que l'ordre public empêche l'application de ce droit dans la mesure où une autre institution a pu être mise en œuvre pour protéger les liens unissant l'enfant au requérant, à savoir la *Kefala*.

§ 2 Le droit à l'adoption de majeurs : une appréciation au cas par cas ?

Une décision du tribunal de première instance de Gand mérite de retenir l'attention, bien qu'elle ne fasse pas application des dispositions du Code de droit international privé entrées en vigueur bien après son prononcé. Cette décision pose en effet une question qui demeure d'actualité, celle de la compatibilité avec l'ordre public international belge d'une loi étrangère faisant obstacle à l'adoption d'une personne majeure.

Les juridictions du fond belges n'ont pas adopté de position commune sur cette question, certaine écartant la loi faisant obstacle à l'adoption de majeurs, d'autres s'y refusant. La Cour de cassation a également eu l'occasion de se prononcer dans une espèce similaire où la règle de conflit de loi applicable à l'époque, l'ancien article 344, § 2, du Code civil, conduisait à l'application de la loi moldave qui refusait l'adoption de personnes majeures. Le demandeur soulevait une contrariété à l'ordre public, et plus particulièrement aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il soutenait que l'article 8 de cette convention « comprend

²⁴⁹

Ibidem.

²⁵⁰

Loi du 6 décembre 2005 modifiant certaines dispositions relatives à l'adoption, *MB*, 16 décembre 2005. Avant cette modification, il n'existait pas non plus de possibilité d'adopter cet enfant dans la mesure où les conditions d'adoptabilité de l'enfant ne pouvaient avoir été respectées dans l'Etat d'origine qui ne connaît pas l'adoption. Le législateur a avec la loi de décembre 2005 assoupli quelque peu le régime lorsque l'on se trouve face à un Etat qui ne connaît pas l'institution de l'adoption. Voy. notamment l'article 361-5 du Code civil.

nécessairement le droit de consolider une vie familiale débutante et de consacrer juridiquement celle-ci, notamment par la voie de l'adoption ». La Cour de cassation a rejeté ce raisonnement en affirmant que « *en tant qu'il reconnaît à toute personne le droit au respect de sa vie privée et familiale, l'article 8 de la Convention n'oblige pas les Etats à accorder à une personne le statut d'adoptant ou d'adopté* ».

Dans une analyse de cet arrêt de la Cour de cassation, l'on soulignait l'importance d'adopter une lecture nuancée de l'arrêt qui, loin d'interdire de façon générale de considérer qu'une loi empêchant une adoption peut être considérée comme contraire à l'ordre public, mettait par contre en avant l'importance de la notion de « vie familiale » telle que consacrée à l'article 8 de la Convention européenne – dont on sait qu'il ne garantit en réalité la protection d'une vie familiale que si elle est effective.²⁵¹ L'intervention de l'ordre public doit dès lors se mesurer à l'aune de l'intensité de la vie familiale. La Convention européenne des droits de l'homme ne protège ni le simple lien biologique, ni le lien purement légal mais la vie familiale préexistante et effective, qui se caractérise par des relations réelles et suffisamment étroites.²⁵²

Cette approche semble partagée par le tribunal de première instance de Gand dans un jugement du 25 mars 2004.²⁵³ Faisant application de l'ancien article 344, § 2, du Code civil qui soumet, de manière cumulative, la question de l'admissibilité de l'adoption d'une personne de plus de 15 ans aux lois personnelles des parties, le tribunal a en effet néanmoins décidé de ne pas faire application de la loi tunisienne, loi personnelle de l'adopté, qui ne connaît pas l'adoption de majeur.²⁵⁴ Pour ce faire, le tribunal a invoqué une contrariété à l'article 8 de la Convention européenne. Le tribunal a longuement exposé la situation factuelle, mettant en avant l'existence d'une cellule familiale réelle entre l'adopté majeur et l'adoptante.²⁵⁵

Sur base de ces éléments, le tribunal a décidé d'appliquer la loi belge et non la loi tunisienne. Il a pris soin de préciser que « *ceci ne signifie pas que la loi tunisienne est*

²⁵¹ F. COLLIENNE, « Ordre public, adoption internationale et Convention européenne des droits de l'homme » obs. sous Cass. (1^{re} ch.), 10 avril 2003, *Rev. dr. Ulg.*, 2004, 575 – 583.

²⁵² Voy. e.a. Cour eur. dr. hom, *Kroon c. les Pays-Bas*, 27 octobre 1994, *Rev. trim. dr. hom.*, 1995, 184, para. 32 ; Cour. eur. dr. hom., *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, 22 avril 1997, *Rec.*, 1997, 619 ; Com. eur. dr. hom., *J.R.M. c. Pays-Bas*, 8 février 1993, *Bulletin des droits de l'homme*, n°1, 1993, 81. Voir aussi P. MURAT, « Filiation et vie familiale », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002 (161), p. 164 et 169 et F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, L'Harmattan, 2000, 300. Ainsi que le souligne fort pertinemment Murat, une telle position n'est pas sans poser problème. Il suffit de songer à l'hypothèse où toute vie familiale entre un auteur et son enfant a été empêchée par la volonté de l'autre auteur de l'enfant. À défaut de toute vie familiale effective, la Cour devrait, si l'on suit son raisonnement, considérer que les conditions d'accès à la protection de l'article 8 ne sont pas remplies. Voir P. MURAT, *id.*, 172-3.

²⁵³ Civ. Gand (3^{ème} ch.), 25 mars 2004, *T.G.R.*, 2004, 102.

²⁵⁴ La majorité est atteinte conformément au statut national de l'intéressé à 20 ans. L'enfant en question était né en 1977.

²⁵⁵ Civ. Gand (3^e ch.), 25 mars 2004, *T.G.R.*, 2004, 102 : « *L'adoptante a accueilli le fils de sa sœur en Belgique dans le but de veiller à son épanouissement social. Elle entretient avec son neveu, selon ses propres déclarations, depuis sa naissance des liens très étroits et spécifiques. Elle l'a accueilli en Belgique non seulement pour ses études et sa formation professionnelle mais aussi dans ses activités de récréation, il souhaite se perfectionner en athlétisme. L'adoptante [la décision mentionne par erreur l'adopté] a repris entièrement à son compte les tâches de soin et d'éducation de sa sœur à l'égard de l'adopté, avec la plus grande complicité de sa sœur et l'approbation de toute la famille. L'adoptante peut être considérée comme la mère de remplacement de l'adopté.* ».

écartée de manière générale, ce que ne permet pas la règle de rattachement. Des circonstances très spécifiques propres à la cause font qu'il est possible d'écarter de cette manière le droit étranger. » Il est frappant de constater qu'à aucun moment le tribunal n'a appelé par son nom le mécanisme qu'il met en œuvre, à savoir l'exception d'ordre public...

* * *