

## Choice of Law in Family Relationships and Multiple Nationalities - a Case for New Rules ?

### *Abstract*

What is the scope of the choice of law offered to parties in various family relationships (such as divorce, matrimonial contracts or alimony) when the person(s) concerned possess several nationalities ? In several jurisdictions and under rules of European private international law, parties may select which law will apply to their relationship. In most cases a choice may be made for the law of the nationality of the persons concerned. The question arises how such choice should be handled when the person concerned possesses several nationalities. After reviewing several possible readings, I suggest that the classical rules dealing with multiples nationalities should not be applied when the conflict of laws rules allow a party to select the applicable law. The paper (written in French) has been published in *Revue générale de droit civil belge/Tijdschrift voor Belgisch burgerlijk recht* (ISSN : 0775-2814) vol. 26 (2012/9), pp. 414-430

### *Résumé*

Le droit international privé moderne permet dans une certaine mesure aux parties de choisir la loi applicable à leurs relations. Ceci se vérifie pour le droit international privé belge : depuis la codification de 2004, l'autonomie de la volonté a été reconnue en matière familiale et patrimoniale. Cette possibilité se heurte à une difficulté lorsque la ou les personnes intéressées possèdent plusieurs nationalités. Dès lors que la règle de rattachement permet à ces parties d'opter pour leur loi nationale, quelle nationalité faut-il retenir ? Une première lecture du Code conduit à accepter que cette question doit se résoudre à la lumière des règles de conflits de nationalités. Ceci aurait pour conséquence que dès lors qu'une personne possède la nationalité belge, elle ne pourrait effectuer un choix en faveur de la loi d'une autre nationalité qu'elle possède. Cette contribution vise à interroger la pertinence et l'opportunité de cette lecture, tant *de lege lata* que *de lege feranda*, pour proposer une approche plus ouverte de la *professio iuris*. Pour ce faire, l'auteur prend appui sur une analyse de la nature des conflits de nationalités. Il montre aussi les liens qu'entretient ce débat avec celui relatif à la double nationalité et plus fondamentalement avec la notion même de nationalité.

## L'option de loi et les binationaux : peut-on dépasser le conflit de nationalités ? \*

Patrick Wautelet  
Professeur (ULg)

Une des innovations les plus importantes du Code de droit international privé, entré en vigueur en 2004, a certainement été de consacrer la possibilité pour le ou les intéressés de désigner la loi applicable à certains rapports juridiques qui intéressent le droit familial.<sup>1</sup> L'autonomie de la volonté avait certes déjà conquis le droit international privé contemporain, notamment depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980. L'extension de ce principe à d'autres domaines que celui des contrats est une des caractéristiques de la codification belge qui mérite d'être soulignée.<sup>2</sup>

Comme l'expliquait M. Gannagé à propos de l'acceptation grandissante de l'autonomie de la volonté en droit international privé contemporain, cette extension du rôle de la volonté des parties « s'accorde avec les données sociologiques et démographiques de la vie internationale contemporaine ».<sup>3</sup> Elle constitue une réponse, imparfaite, à l'antinomie classique entre loi du

---

\* Une partie importante des recherches qui ont permis la rédaction de cette contribution a été réalisée à l'occasion d'un séjour de recherche (avril-mai 2012) à l'Institut Max Planck de Hambourg, dont je tiens à remercier l'hospitalité. Je remercie Mmes Fleur Collienne et Hélène Englert pour leur relecture attentive du manuscrit, ainsi que les deux relecteurs anonymes pour leurs précieux commentaires.

<sup>1</sup> Cette évolution avait été préparée par d'importants travaux. Outre ceux de M. Carlier, cités ci-après, l'on évoquera les propositions formulées par un groupe de recherche sous la direction de M.-Cl. Foblets et publiés in M.-Cl. FOBLETS, « Quelques propositions concrètes en vue de consolider la situation familiale de la femme marocaine immigrée en Belgique ; le mariage et le divorce », in *Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration : quelles solutions juridiques appropriées*, M.-Cl. FOBLETS (éd.), Maklu, 1998, 213-293, spéc. pp. 268-269, n° 66 et pp. 275-276.

<sup>2</sup> Même si on a pu regretter que le Code n'ait pas réservé une place encore plus importante à l'autonomie de la volonté. Voy. notamment J.-Y. CARLIER, « Le Code belge de droit international privé », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2005, (11), 69, n° 22.

<sup>3</sup> P. GANNAGÉ, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1992, (425), 427. L'introduction de l'option de loi a fait l'objet de nombreuses discussions au cours des dernières décennies, principalement à l'occasion du débat sur l'évolution à réserver à la règle de conflit en matière familiale suite aux changements démographiques affectant les pays d'Europe occidentale. Voy. par ex. F. JAULT-SESEKE, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, LGDJ, 1996, 359-369. La discussion est ancienne. Voy. déjà A. VON OVERBECK, « La *professio iuris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé », *Liber amicorum baron Louis Fredericq*, Gand, 1966, 1085 e.s. et F. STURM, in *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung. Festschrift zum 50. jährigen Bestenholder Heidelberger Instituts für Rechtsvergleichung*, 1967, 168-175 ainsi que les différentes contributions rassemblées in H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, R. KOTTING, Th. BERVOETS et al., *Partij-invloed in het internationaal privaatrecht*, Kluwer, 1974, 73 p. Elle n'a pas encore permis de dégager un consensus. Le mécanisme de l'option de loi est en effet approuvé par certains (voy. par ex. H.-P. MANSEL, « Die kulturelle Identität im Internationalen Privatrechts », in *Pluralistische Gesellschaften und Internationales Recht*, G. Nolte et al. (éds.), 2008, D.F. Müller, 137-214 ; D. HEINRICH, « Parteiautonomie, Privatautonomie und kulturelle Identität », in *Festschrift für Erich Jayme*, H.-P. MANSEL et al. (éds.), I, Sellier, 2004, (321-329), 327 ; CH. KOHLER, « Der Einfluss der Globalisierung auf die Wahl der Anknüpfungsmomente im Internationalen Familienrecht », in *Internationales Familienrecht für das 21. Jahrhundert. Symposium zum 65. Geburtstag von Ulrich Spellenberg*, R. FREITAG et al. (éds.), Sellier, 2010, (9-27), 14-16 ; M. LEHMANN, « Liberating the Individual from Battles between States : Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws », *Vanderbilt J. Transnatl. L.*, 2008, 381-434 et J. BASEDOW, « Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des internationalen Privatrechts », *RabelsZ.*, 2011, 32-59) mais critiqué par d'autres (voy. par ex. récemment les critiques de K. MEZIOU, « Migrations et relations familiales », *Rec. cours*, 2009, t. 345, (13), 304-312). Adde les réticences du groupe européen de droit international privé, in M. FALLON, P. KINSCH et CH. KOHLER, *Le droit international privé européen en construction. Vingt ans de travaux du GEDIP*, Intersentia, 2011, 453.

domicile (ou de la résidence habituelle) et loi nationale, la première privant les communautés étrangères installées durablement en Europe du bénéfice de l'application du droit avec lequel elles présentent un attachement culturel fort, la seconde conduisant à un particularisme qui peut heurter sous l'angle de l'exigence d'égalité.<sup>4</sup> La reconnaissance de l'autonomie de volonté peut permettre de dépasser ce clivage en autorisant une adaptation du droit applicable à la diversité des situations rencontrées.<sup>5</sup>

A cette première dimension s'ajoute aussi l'évolution récente du droit de la famille, qui témoigne d'une montée en puissance du principe de disponibilité. L'exemple le plus marquant est sans doute l'apparition, à côté du mariage dit classique entre personnes de sexes différents, d'autres formes d'union entre lesquelles les intéressés peuvent choisir. L'exercice d'une certaine liberté est confortée par le rôle des libertés fondamentales qui impriment leurs marques sur le droit de la famille.

Enfin, il est sans doute un autre facteur qui contribue à expliquer la place réservée à la détermination de la loi applicable par les parties. Il tient à la généralisation du rattachement à la résidence habituelle. Paradoxalement, cette généralisation peut en effet faire naître le souci de permettre aux ressortissants étrangers d'exprimer leur fidélité à leur loi nationale.<sup>6</sup>

Les exemples de concrétisation de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille ne manquent pas. L'autonomie prend différentes formes : règle subsidiaire applicable lorsque la règle principale est inopérante,<sup>7</sup> règle alternative s'ajoutant à une règle applicable par défaut<sup>8</sup> ou encore octroi d'une autonomie de la volonté comme règle de

---

<sup>4</sup> L'Exposé des motifs qui accompagnait le projet de Code précisait par exemple à propos de l'option de loi permise en matière successorale que « L'objectif poursuivi par la faculté d'option est de permettre au défunt d'exprimer son attachement à sa loi nationale, c'est-à-dire à son pays d'origine ... » (Exposé des motifs, Proposition de loi portant le Code de droit international privé, 1<sup>er</sup> juillet 2003, *Doc. Parl.*, Sénat 3-27/19).

<sup>5</sup> L'Institut de droit international avait d'ailleurs opté dans la résolution adoptée au Caire en 1987, sur rapport de M. Loussouarn, pour une généralisation de l'option de droit afin de dépasser le clivage opposant loi du domicile et loi nationale : Résolution adoptée lors de la session du Caire, 1987, sur la dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé. L'option retenue par l'Institut pouvait porter soit sur la loi nationale soit sur la loi du domicile.

<sup>6</sup> Ceci se vérifie lorsque l'on examine les hypothèses dans lesquelles les époux feront usage de la possibilité reconnue par le Code belge, de choisir la loi de leur divorce (en vertu de l'article 55 du Code). L'on peut s'attendre à ce que la disposition concernée soit sollicitée d'une part par des ressortissants belges résidant de longue date à l'étranger et d'autre part par des ressortissants étrangers qui souhaitent, malgré leur résidence en Belgique, continuer à bénéficier de l'application de leur droit national. Si cette hypothèse devait se vérifier elle montrerait qu'il existe une corrélation certaine entre le rôle accordé à la résidence habituelle et l'importance reconnue à l'autonomie de la volonté.

<sup>7</sup> L'art. 14 § 3 de l'EGBGB permet par exemple aux époux de sélectionner la loi applicable aux effets du mariage, lorsque les rattachements principaux (à la nationalité commune des époux) sont déficients. Il est intéressant de noter que cette règle exclut l'application des principes de solution retenus par l'EGBGB en matière de conflit de nationalités. Il est donc permis aux parties de choisir la loi nationale de l'un d'entre eux, quand bien même l'époux concerné posséderait deux nationalités et alors que la nationalité qui n'a pas été retenue, est la plus effective, voire la nationalité allemande. Comme l'a noté M. Pirrung, la consécration de l'autonomie de la volonté dans cette hypothèse s'explique « non pas, comme on pourrait le croire, [par] la conviction que des solutions basées sur l'autonomie des parties sont généralement plus appropriées », mais bien par le constat que les rattachements retenus peuvent dans certains cas mener à des résultats insatisfaisants (J. PIRRUNG, « La réforme du droit international privé en République Fédérale d'Allemagne, spécialement dans le domaine des relations entre époux », *Travaux comité français dip.*, 1987-88, (201), 210).

<sup>8</sup> La place exacte qui revient à l'autonomie de volonté fait parfois débat. Il en va ainsi à propos de la possibilité de choix de loi offerte par l'article 55 para. 2 du Code de droit international privé. Certains voient dans cette règle une « dérogation » au principe général posé par l'article 55 para. 1 (M. FALLON, note sous Bruxelles, 4 déc. 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, 724), alors que d'autres estiment qu'il ne s'agit pas d'une exception (voy. par ex. J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek ipr in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de*

principe<sup>9</sup> – cette dernière manifestation de l'autonomie de la volonté se rencontrant surtout, mais pas exclusivement,<sup>10</sup> dans le droit patrimonial de la famille.<sup>11</sup>

Ainsi, le Code permet l'option de loi aux époux et futurs époux soucieux de régler par contrat le sort de leurs relations patrimoniales (art. 49), au testateur qui souhaite asseoir ses dernières volontés dans le cadre d'une loi déterminée (art. 79), aux époux qui envisagent de divorcer (art. 55 § 2)<sup>12</sup> et enfin aux parties liées par un rapport de parenté qui transigent à propos du droit aux aliments de l'un d'entre eux (art. 75).<sup>13</sup> Sans doute en raison de la nouveauté de l'institution, le Code n'étend pas le bénéfice de l'option de loi aux nouvelles formes de conjugalité rangées sous le vocable de 'relations de vie commune'.<sup>14</sup>

Dans tous les cas de figure, l'option de droit est solidement encadrée.<sup>15</sup> Le Code n'ouvre aux parties intéressées un choix qu'entre certaines législations désignées expressément.<sup>16</sup> Il n'évoque pas le choix de loi implicite, laissant penser qu'il n'y a pas de place pour un tel choix

---

*praktijk*, diss. Gand 2012, 188, n° 302).

<sup>9</sup> Et non simplement comme règle permettant de départager les lois objectivement applicables par un choix de la ou des parties, ce qui peut être une conception stricte de la *professio iuris*. Voy. dans le droit international privé néerlandais l'article 1(2) de la *Wet Conflictenrecht echtscheiding*, qui permettait aux époux souhaitant divorcer d'effectuer un choix soit pour la loi néerlandaise, soit pour la loi de la nationalité commune des époux. Le choix des parties n'était pas fonction des liens qu'ils possédaient avec la nationalité commune. Les époux pouvaient opter pour l'application de la loi de leur nationalité commune même si celle-ci n'était pas la plus effective (voy. N. A. BAARMSMA, *The Europeanization of international family law*, diss. Groningen 2010, 18) Cette règle est devenue l'article 56 du Livre 10 du Code civil néerlandais, adopté récemment (*infra*). En droit international privé européen, voy. l'article 5 du Règlement Rome III (règlement No 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps), qui retient clairement l'autonomie de la volonté comme principe général et non comme mécanisme de correction.

<sup>10</sup> Voy. le récent article 35 du Livre 10 du Code civil néerlandais, qui permet aux époux d'effectuer un choix de loi visant les « relations personnelles » qu'ils entretiennent (« *de persoonlijke rechtsbetrekkingen tussen de echtgenoten onderling...* »). Curieusement, ce choix n'est pas autorisé pour les relations patrimoniales entre époux, sauf bien entendu s'agissant de leur régime matrimonial (voy. B.F.P. LHOËST, « Wetsvoorstel Boek 10 BW : Huwelijksbetrekkingen en huwelijksvermogensregime (art. 10:35 t/m 10:53 BW) », *W.P.N.R.*, 2010, n° 6836, (227), 228).

<sup>11</sup> Pour une étude d'ensemble, J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Bruylant, 1992, spéc. pp. 233 e.s.

<sup>12</sup> Dans sa thèse, Mme Verhellen a montré que la possibilité d'effectuer une option de loi en matière de divorce n'a connu jusqu'à présent qu'un succès fort mitigé, ce choix n'étant effectué que dans une minorité de cas (J. Verhellen, *Het Belgisch Wetboek ipr in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, diss. Gand 2012, 178-187, n° 289-297).

<sup>13</sup> On notera que, contrairement par exemple au droit allemand ou aux suggestions faites par l'Institut de droit international, le Code ne permet pas l'option de droit pour déterminer la loi applicable aux effets du mariage. L'article 48 du Code s'en tient à un rattachement objectif fondé principalement sur la résidence habituelle des époux.

<sup>14</sup> Voy. cependant les observations de N. WATTÉ et C. BARBÉ, « Le nouveau droit international privé belge. Etude critique des fondements des règles de conflits de lois », *J.D.I.*, 2006, (851), 901-902, n° 79, selon qui l'on pourrait, en se fondant sur la référence faite par l'article 60 alinéa 3, à l'article 54 du Code, accepter que des cohabitants soumettent le régime de leurs biens à la loi qu'ils choisissent.

<sup>15</sup> Comme l'expliquent Mmes Watté et Barbé, l'option de loi se distingue de l'autonomie de la volonté par le lien qui unit la volonté des parties et la localisation concrète de la relation à régir. Ces auteurs ajoutent à ce propos que « Il n'appartient en réalité aux parties que de pouvoir 'localiser' [la situation en cause] dans un ordre juridique avec lequel elle présente déjà des liens objectifs » (*art. cit.*, *J.D.I.*, 2006, (851), 900, n° 77).

<sup>16</sup> Sur ce point, le Code s'aligne sur la tendance en droit comparé, voy. P. GANNAGÉ, *art. cit.*, p. 431 et p. 440. M. Gannagé relève que « [l]e choix des parties dans ces matières ne peut être accepté que s'il se porte sur un droit ayant des liens profonds avec la famille, qu'il s'agisse du droit de la communauté d'origine, généralement révélée par la nationalité, ou du droit de la communauté de vie que manifeste le domicile ou la résidence habituelle ».

dont on sait qu'il entraîne bien souvent le juge dans un difficile exercice de divination.<sup>17</sup> Allant plus loin, le Code impose, du moins pour les régimes matrimoniaux, que le choix fasse « l'objet d'un écrit daté et signé des deux époux ».<sup>18</sup> Soucieux de protéger les héritiers privilégiés, l'article 79 du Code écarte enfin l'option de droit qui pourrait nuire aux héritiers réservataires.<sup>19</sup> Toutes ces limitations ont conduit M. Fallon à écrire que l'on pourrait évoquer à propos de la consécration du principe d'autonomie « un choix d'orientation du rattachement ». Et M. Fallon d'ajouter que « le législateur ne s'en remet pas à l'autonomie souveraine, il ouvre aux personnes intéressées la faculté de gérer le rattachement dans un encadrement lié à la politique du législateur ».<sup>20</sup>

L'importance croissante de l'autonomie de la volonté dans le règlement des conflits de lois – qui se manifeste également dans les divers instruments européens proposant des solutions de droit international privé<sup>21</sup> – suscite une question lorsque l'on prend en compte une autre évolution récente des droits d'Europe occidentale : l'acceptation croissante de la double nationalité ou plus généralement des nationalités multiples. Pour diverses raisons et à des degrés divers, un grand nombre d'Etats accueillent plus favorablement les situations de bipatridie.<sup>22</sup> La Belgique a ainsi récemment mis fin à l'incohérence<sup>23</sup> qui caractérisait son droit : alors qu'il n'était pas exigé des ressortissants étrangers souhaitant acquérir la nationalité

---

<sup>17</sup> On notera cependant que l'article 55 § 2 du Code pose comme seule exigence au choix par des époux de la loi applicable à la demande en divorce qu'il soit exprimé « lors de la première comparution ». Ceci ne semble pas exclure que le tribunal puisse déduire de l'attitude des parties un choix de loi. De même, le choix tacite n'est pas exclu expressément pour les régimes matrimoniaux (ce qui conduit Mmes Watté et Barbé à admettre la possibilité d'un tel choix : *art. cit.*, *J.D.I.*, 2006, (851), 903, n° 81).

<sup>18</sup> Art. 50 § 2, qui renvoie aux exigences posées par l'article 52 § 1 du Code.

<sup>19</sup> Selon une formule qui suscite de nombreuses questions. Voy. à ce propos les commentaires de J.-L. VAN BOXSTAEEL, *Code dip. Premiers commentaires*, Larcier, 2010, 178-179, n° 90.

<sup>20</sup> M. FALLON, « La loi belge de droit international privé. Pour un bicentenaire », *Travaux comité français dip.*, 2004-05, (89), 96.

<sup>21</sup> Voy. notamment l'article 5 du Règlement Rome III (Règlement n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps) qui permet aux époux de désigner la loi applicable au divorce, les articles 7 et 8 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, ainsi que l'article 22 du Règlement du 8 juin 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (non encore publié in *J.O.*). Dans d'autres domaines, les textes en discussion réservent également une possibilité aux personnes concernées de sélectionner la loi applicable. Voy. par exemple l'article 17 du Règlement relatif aux successions ainsi que l'article 16 de la Proposition de Règlement relatif aux régimes matrimoniaux COM(2011) 126. En général sur l'autonomie de la volonté dans le droit international privé européen, voy. M. PERTEGÁS SENDER, « Beyond Nationality and Habitual Residence : Other Connecting Factors in European Private International Family Law Matters », in *International Family Law for the European Union*, J. MEEUSEN et al. (éds.), Intersentia, (319), 336-339.

<sup>22</sup> Voy. l'aperçu de G. R. DE GROOT, « Internationale ontwikkelingen : de toenemende tolerantie van meervoudige nationaliteit », *Migrantenrecht*, 2003, 121-123 et plus récemment G. R. DE GROOT et M. VINK, « Meervoudige nationaliteit in Europees perspectief. Een landenvergelijkend overzicht », Rapport Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, 2008, 180 p. Ces auteurs concluent que « Dat een persoon daadwerkelijke en effectieve banden met meer dan één land kan hebben, is een gegeven dat in deze tijd van migratie in toenemende mate wordt geaccepteerd, niet alleen in het Europese nationaliteitsrecht, maar inmiddels ook door de overgrote meerderheid van de door ons bestudeerde achttien staten. » (p. 130). Sur l'évolution du droit international vers une plus grande tolérance de la double nationalité, voy. K. HAILBRONNER, « Multiple Nationality and Diplomatic Protection », in *Liber Amicorum für Tugrul Ansay*, S. ARKAN et al. (éds.), Kluwer, 2006, (117-124), 117-118 et l'étude de A. M. BOLL, *Multiple Nationality and International Law*, Martinus Nijhoff, 2007, spéc. pp. 271-274.

<sup>23</sup> Dénoncée notamment par J. ERAUW, « De nationaliteit en de toepassing van de nationale wet van de persoon », in *Devenir belge. Un an d'application du nouveau Code de la nationalité belge (loi du 1er mars 2000)*, M.-CL. FOBLETS et al. (dir.), Bruylant/Maklu, 2002, (411), 427-430.

belge qu'ils renoncent à leur nationalité étrangère,<sup>24</sup> l'article 22 du Code de la nationalité belge faisait de l'acquisition par un ressortissant belge d'une nationalité étrangère une cause absolue et automatique de perte de la nationalité belge. Suite à l'efficace lobbying exercé par les ressortissants belges résidant à l'étranger,<sup>25</sup> le législateur a supprimé ce motif de perte.<sup>26</sup> Partant, la porte est ouverte pour que les ressortissants belges acquièrent une nationalité étrangère sans pour autant perdre leur nationalité d'origine.<sup>27</sup> En outre, l'on peut rappeler qu'aucun des trois modes principaux d'accès à la nationalité belge pour un ressortissant d'origine étrangère n'exige ou n'est subordonné à la perte de la nationalité étrangère.<sup>28 29</sup> Ce faisant, un grand nombre de ressortissants étrangers vivant sur le territoire belge, sont susceptibles de conserver leur nationalité d'origine en cas d'acquisition de la nationalité belge – sauf dans le cas où la législation étrangère prévoit que l'acquisition volontaire de la nationalité belge est une cause de perte de la nationalité d'origine.

Avec d'autres évolutions plus anciennes du droit de la nationalité, dont l'importance accrue portée à l'égalité entre hommes et femmes dans la transmission de la nationalité *ius sanguinis* ainsi que les possibilités plus largement ouvertes d'acquisition de la nationalité belge suite à la naissance ou au séjour sur le territoire belge, ces développements devraient conduire à une augmentation sensible du nombre de personnes possédant une nationalité étrangère en sus de

---

<sup>24</sup> Et ce que l'acquisition ait lieu par naturalisation (art. 18 CNB), par déclaration (art. 12 *bis*) ou encore suite au mariage avec un(e) ressortissant(e) belge (art. 16 du même Code).

<sup>25</sup> En particulier l'*Union francophone des belges à l'étranger* et *Vlamingen in de Wereld*. Ces deux associations ont été à l'initiative d'un colloque tenu au Sénat le 9 mai 2005, au cours duquel les conséquences d'une éventuelle suppression de la perte de la nationalité belge ont fait l'objet de discussions. Les actes du colloque ont été publiés à l'adresse [www.ufbe.be/pdf/colloque.pdf](http://www.ufbe.be/pdf/colloque.pdf).

<sup>26</sup> Article 386-1° et 2° de la loi du 27 décembre 2006 portant dispositions diverses. L'entrée en vigueur de cette disposition n'a pas été immédiate. Dans un premier temps, un arrêté royal du 25 avril 2007 (*M.B.*, 10 mai 2007) a fixé l'entrée en vigueur de cette disposition mais uniquement pour les ressortissants belges faisant l'acquisition d'une nationalité autre que celle d'un Etat lié par la Convention de Strasbourg du 6 mai 1963 relative à la réduction des situations de bipatridie. Il a fallu ensuite dénoncer cette convention dont l'application prioritaire empêchait la complète entrée en vigueur de l'article 386. Cette dénonciation n'a pas pu prendre effet immédiatement. Un arrêté royal du 23 avril 2008 (paru au *M.B.* du 30 avril 2008) a fixé au 28 avril 2008 l'entrée en vigueur complète de l'article 386.

<sup>27</sup> Sans qu'il soit possible à l'heure actuelle de disposer de chiffres précis sur cette situation. Depuis un Arrêté Royal du 9 mai 2008 (AR modifiant l'arrêté royal du 8 janvier 2006 déterminant les types d'information associés aux informations visées à l'article 3, alinéa 1er, de la loi du 8 août 1983 organisant un Registre national des personnes physiques, *M.B.*, 28 mai 2008), le Registre national peut être enrichi de données relatives aux différentes nationalités que possèdent les habitants du Royaume.

<sup>28</sup> Sont visés la naturalisation (art. 18 du Code), l'acquisition par déclaration suite à un séjour de 7 ans en Belgique (art. 12bis) et enfin l'acquisition en raison de la naissance sur le territoire belge (art. 11 et 11 *bis* CNB). Dans chacun des cas, le Code ne subordonne pas l'acquisition à une renonciation par l'intéressé à la nationalité étrangère qu'il pourrait posséder et ce ni au moment de l'acquisition, ni ultérieurement. S'il annonce des changements majeurs à propos de l'acquisition de la nationalité belge, le projet le plus avancé de révision du Code de la nationalité belge (Proposition de loi modifiant le Code de la nationalité belge afin de rendre l'acquisition de la nationalité belge neutre du point de vue de l'immigration, *Doc. Parl.*, Chambre, 22 juin 2011, n° 53-476/010) ne modifie pas le droit belge sur ce point. Pour une analyse des propositions récentes en la matière, voy. M.-CL. FOBLETS, « De Belgische nationaliteit in eer hersteld ? Nieuwe wendingen in de appreciatie van integratie, Europees burgerschap en procedures van nationaliteitsverkrijging », *Liber amicorum René Foqué*, M.-CL. FOBLETS et al. (éds.), Larcier, 2011, 321-350, spéc. 343-350.

<sup>29</sup> Dans d'autres Etats, l'exigence de renonciation à la nationalité d'origine est encore vivace. Aux Pays-Bas, cette '*afstandseis*', qui s'applique en cas de naturalisation, a fait l'objet de nombreuses exceptions, au point qu'elle ne constitue plus aujourd'hui que l'exception. Voy. G.-R. DE GROOT, *Handboek nieuw nationaliteitsrecht*, Kluwer, Deventer, 2003, ad art. 9, § 4.2. Il est intéressant de noter que parmi les exceptions acceptées par le législateur néerlandais à l'obligation de renoncer à sa nationalité d'origine, la plupart ont pour but de garantir l'unité de nationalité au sein de la cellule familiale.

la nationalité belge.<sup>30 31</sup>

Les évolutions récentes du droit de la nationalité belge ont certainement contribué à augmenter de manière substantielle le nombre de cas de double nationalité.<sup>32</sup> Or, telle qu'elle est reconnue par le Code, l'option de loi peut porter sur la loi nationale de l'intéressé ou des intéressés.<sup>33</sup> La question se pose de savoir comment comprendre cette possibilité lorsque l'intéressé(e) ou l'un(e) d'entre eux possède deux nationalités.<sup>34</sup> Prenons le cas de deux époux qui souhaitent par contrat modifier le régime de leurs relations patrimoniales. La règle première retenue par le Code est celle de l'autonomie de volonté, l'article 49 précisant que le régime matrimonial « est régi par le droit choisi par les époux ». Parmi les choix possibles qui

<sup>30</sup> Sur le fait que les réformes successives du Code de la nationalité belge ont eu pour effet, reconnu s'il n'était souhaité, de multiplier de façon substantielle le nombre de cas de doubles nationalités, voy. M. VERWILGHEN, « Les réformes successives du droit de la nationalité belge et leurs effets sur la multipatridie et l'apatridie », in *Devenir belge. Un an d'application du nouveau Code de la nationalité belge (loi du 1er mars 2000)*, M.-CL. FOBLETS et al. (dir.), Bruylant/Maklu, 2002, 505-527, spéc. pp. 520-523. Il est cependant difficile d'obtenir des chiffres précis. Les données les plus complètes ont sans doute été rassemblées par Nicolas Perrin à l'occasion de la publication du Rapport 2007 du Centre pour l'Egalité des Chances. Ces données montrent que depuis 1985, ce sont près de 640.000 étrangers qui sont devenus belges. En général sur la pauvreté des données chiffrées disponibles, voy. T. EGGERICKX, N. PERRIN et L. THOMSIN, « Les sources statistiques et démographiques sur l'immigration et les populations étrangères en Belgique, du XIX<sup>ème</sup> siècle à nos jours », in *Immigration et intégration en Belgique francophone. Etat des savoirs*, M. MARTINIELLO et al. (éds.), Académia-Bruylant, 2007, 43-81.

<sup>31</sup> Le phénomène n'est pas limité, loin s'en faut, à la situation de la Belgique. L'évolution, plus timide, du droit allemand avec la réforme de la *Staatsangehörigkeitsgesetz* entrée en vigueur en 2000, va dans le même sens, puisqu'elle permet aux personnes nées sur le territoire allemand d'acquérir la nationalité allemande si les parents résident depuis au moins huit ans en Allemagne. L'acquisition *ius soli* conduira dans la plupart des cas à une situation de bipatridie en raison de la généralité de l'acquisition *ius sanguinis*. Voy. les modifications introduites par la loi du 15 juillet 1999, *Bundesgesetzblatt* I, 1999, p. 1618, entrée en vigueur au 1er janvier 2000. De manière plus générale, la lecture des dispositions de la Convention européenne sur la nationalité de 1997 (qui n'est pas en vigueur en Belgique) montre bien que le phénomène de la double nationalité ira en s'amplifiant : selon les dispositions de cette Convention, chacun des époux conserve sa nationalité propre malgré le mariage (art. 4 (d)) et chacun des parents peut transmettre sa nationalité à ses enfants (art. 6(1)(a)).

<sup>32</sup> Comme le constate par exemple M.-CL. FOBLETS, « 'Een nieuw nationaliteitsrecht?' Enkele besluiten », in *Devenir belge. Un an d'application du nouveau Code de la nationalité belge (loi du 1er mars 2000)*, M.-CL. FOBLETS et al. (dir.), Bruylant/Maklu, 2002, (531), 566, n° 69.

<sup>33</sup> Voir les articles 49 § 2-3° du Code (régime matrimonial), art. 55 § 2, 1° (divorce et séparation de corps), art. 75 § 1 (convention relative aux aliments) et art. 79 § 1 (testament)

<sup>34</sup> La question se pose bien évidemment à chaque fois qu'un législateur admet qu'une ou plusieurs parties peut effectuer un choix de loi en faveur de sa ou de leur loi nationale. Ceci est par exemple le cas en droit espagnol puisque selon l'article 9 para. 2 du *Código civil*, les époux qui ne possèdent pas de nationalité commune peuvent choisir pour régir les effets personnels du mariage, la loi de la nationalité de l'un d'entre eux ou de la résidence habituelle de l'un d'entre eux. Ce choix doit avoir lieu dans un acte authentique reçu avant le mariage. La question de savoir si un choix est permis pour les deux lois nationales lorsque l'un des futurs époux possède deux nationalités, ne reçoit pas une réponse claire. Voy. A.-L. CALVO CARAVACA et J. CARRASCOSA GONZALEZ, « *Effectos del matrimonio* », in *Derecho internacional privado*, A.-L. CALVO CARAVACA et J. CARRASCOSA GONZALEZ (éds.), vol. II, 11<sup>ème</sup> éd., 2010, Comares, 132-133 et J. C. FERNANDEZ ROZAS et S. SANCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 6<sup>ème</sup> éd., Civitas/Thomson, 2011, 424-425, n° 362. Il en va de même de l'option de loi autorisée par l'article 35 du Livre 10 du Code civil néerlandais : cette disposition permet aux époux de choisir la loi de leur « nationalité commune » (art. 37, § 2 (a)). Le texte ne précise pas quel sort réserver à l'option de loi lorsque l'un des époux possède une autre nationalité que la nationalité commune. L'article 37 du Livre 10 précise cependant que pour les besoins de l'application de la règle objective (art. 36), qui soumet les époux au droit de leur nationalité commune à défaut de choix de loi, il faut considérer que les époux qui possèdent une nationalité commune, sont soumis au droit de cette nationalité « sans qu'il soit tenu compte du fait que les époux ou l'un d'entre eux possède une autre nationalité ». L'on pourrait déduire de cette précision qu'à défaut d'indication dans le même sens à l'égard de l'article 35, le choix des époux peut se porter sur la loi de leur nationalité commune même si l'un d'entre eux

s'offrent aux époux figure celui de la loi de l'Etat « dont l'un d'eux a la nationalité ».<sup>35</sup> Deux ressortissants belges peuvent-ils choisir de soumettre leur contrat à la loi française s'il apparaît que l'un d'eux possède également la nationalité française?

La concision de la question ne doit pas cacher son importance pratique. Derrière la technicité apparente, c'est l'ampleur de la liberté reconnue aux parties qui constitue l'enjeu essentiel.<sup>36</sup>

Une première lecture du Code semble dicter de façon évidente la solution.<sup>37</sup> L'article 3 § 2 du Code indique en effet, en des termes fort généraux, que « [t]oute référence ... à la nationalité d'une personne physique » désigne la nationalité belge si l'intéressé la possède. De même, toute référence à la nationalité d'une personne physique désigne celle avec laquelle il possède les liens les plus étroits dès lors qu'une personne possède deux nationalités étrangères.<sup>38</sup>

La généralité des termes utilisés donne une apparence d'évidence à la solution : l'utilisation par les articles 49 § 2-3°, 55 § 2-1°, 75 § 1 et 79 de la nationalité d'une personne physique constitue sans aucun doute une « référence » à cet élément. D'où il s'ensuivrait que la règle du conflit de nationalités s'impose également pour interpréter l'option de loi consacrée par différentes dispositions du Code. Ce faisant, un couple de ressortissants tunisiens ne pourrait opter pour l'application de la loi tunisienne au titre de loi du divorce dès lors que madame possède également la nationalité belge. Cette dernière nationalité s'imposerait de façon exclusive aux autorités belges, qui ne pourraient dès lors plus considérer que les époux possèdent une nationalité commune. De même, un ressortissant franco-belge ne pourrait choisir de soumettre sa succession à la loi française en vertu de l'article 79, la référence dans cette disposition à la nationalité du testateur devant se comprendre à la lumière du primat absolu de la nationalité belge posé par l'article 3 du Code.

Cette lecture combinée de la règle relative aux conflits de nationalités et des différentes options de droit ouvertes par le Code a le mérite de la clarté.<sup>39</sup> Elle ne manque pas néanmoins

---

possède une autre nationalité.

<sup>35</sup> Art. 49, § 2-3° du Code.

<sup>36</sup> Mme Foblets indique à juste titre qu'il s'agit d'une « *belangrijke principiële aangelegenheid die in niet geringe mate de impact en de betekenis van de als vernieuwend bedoelde techniek van de wilsautonomie in het internationaal privaatrecht kan mee helpen bepalen* » (M.-CL. FOBLETS, « Het nieuwe Marokkaanse echtscheidingsrecht en Belgisch internationaal privaatrecht : nieuwe regels en hun weerslag voor Marokkanen in België », *T. Vreemd.*, 2006, 382, 397). Dans une contribution plus récente, Mme Foblets appelle de ses vœux que la clarté soit faite sur la portée de l'option de loi en cas de bipatridie ( M.-CL. FOBLETS, « De vermogensrechtelijke gevolgen van het huwelijk : voortaan ruimte voor meer wilsautonomie, zowel in België als in Marokko », *T. Vreemd.*, 2010, 242, 244 et 245).

<sup>37</sup> *Comp.* avec les observations de Mme Foblets selon qui la réponse n'est pas « *eenduidig* » à la lecture des textes combinés (M.-CL. FOBLETS, *art. cit.*, *T. Vreemd.*, 2006, (382), 396 et dans le même sens, M.-CL. FOBLETS, *art. cit.*, *T. Vreemd.*, 2010, 242, 244 : « *De bepalingen van het WIPR laten niet toe op eenduidige wijze de vraag te beantwoorden...* »).

<sup>38</sup> MM. Rigaux et Fallon évoquent le caractère « impératif » de la règle prévue à l'article 3 du Code : *Droit international privé*, Larcier, 2005, 203, n° 5.57.

<sup>39</sup> On pourrait la conforter au moyen d'un argument déduit du droit comparé : le législateur suisse, dont on sait qu'il a inspiré la codification belge, est plus rigoureux que ce dernier puisqu'il précise, lorsqu'il permet le choix de la loi par la ou les parties, le sort à réserver au conflit de nationalités. C'est ainsi que l'article 90(2) de la loi suisse relative au droit international privé de 1987 prévoit qu'un ressortissant étranger peut « soumettre sa succession par testament ... au droit de l'un de ses Etats nationaux ». Le double national, qui n'est pas suisse, peut dès lors choisir sans réserve l'un de ses droits d'origine (voy. les explications de A. BUCHER, « Article 90 », in *Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano, Commentaire Romand*, A. BUCHER (éds.), Helbing Lichtenhahn, 2011, 802, n° 2). On pourrait, même si l'argument est quelque peu excessif, déduire d'une comparaison entre cette disposition et les dispositions pertinentes du Code belge, que le législateur belge a entendu donner application, s'agissant de l'option de droit, aux règles

d'interpeller, notamment en raison des importantes conséquences qu'elle emporte. L'option de loi n'est-elle en effet pas trop mise à mal si elle ne peut être mise à profit par ceux qui possèdent, outre une nationalité étrangère, la nationalité belge? Si l'on exclut ces étrangers de l'*optio legis*, il s'en suit inévitablement que le périmètre dans lequel l'option peut se déployer s'en trouvera considérablement réduit.<sup>40</sup>

Il reste bien sur les 'autres' ressortissants étrangers, ceux qui ne bénéficient pas (ou pas encore) de la nationalité belge. Il s'agit sans doute pour une part importante d'étrangers dont le séjour en Belgique est récent. Il faut y ajouter les ressortissants étrangers établis durablement en Belgique et qui n'ont, pour diverses raisons, pas souhaité obtenir la nationalité belge – que ce soit parce qu'ils possèdent déjà une nationalité d'un Etat membre de l'Union européenne, à laquelle la nationalité belge n'ajouterait qu'un confort supplémentaire limité,<sup>41</sup> ou parce que l'acquisition de la nationalité belge conduirait à la perte de leur nationalité d'origine.

Cette réduction sensible du périmètre de l'option mérite que l'on s'y attarde. Est-il justifié de priver les étrangers devenus belges du bénéfice plein et entier de l'option de loi ?

Différents arguments permettent à notre sens de remettre en question, si ce n'est *de lege lata*, du moins *de lege feranda*, la lecture 'évidente' de la combinaison de l'article 3 avec les dispositions du Code permettant l'option de loi.<sup>42</sup> Avant d'explicitier ces éléments, il importe de faire un sort à une piste de solution qui nous paraît inopportune. Elle consiste à raisonner par analogie avec les solutions retenues par le droit international privé européen (I). Il sera temps alors d'examiner si la question intéresse vraiment les conflits de nationalités (II) pour conclure ensuite qu'au-delà de l'aspect technique de la question, celle-ci est liée de manière plus

---

normales du conflit de nationalités. S'il avait eu une autre intention, il n'aurait pas manqué, alerté par l'expérience suisse, de le préciser. L'argument peut s'appuyer sur l'article 37 al. 2 de la même loi suisse qui, à propos du nom, permet à une personne de demander que son nom soit régi par son droit national. Cette disposition ne contient aucune précision sur la situation du binational. Les commentateurs avisés en déduisent qu'à défaut d'éléments permettant de considérer qu'il faut déroger au droit commun des conflits de nationalités, celui-ci s'applique. Et ces commentateurs d'en déduire qu'en cas de plurinationalités, il faudra d'abord déterminer la nationalité effective de l'intéressé (A. BUCHER, « Article 37 », in *Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano, Commentaire Romand*, A. BUCHER (éds.), Helbing Lichtenhahn, 2011, 399, n° 22).

<sup>40</sup> Mme Foblets fait remarquer à propos de la communauté d'origine marocaine que « *De meeste Marokkanen die in ons land verblijven bezitten, naast de Marokkaanse nationaliteit, ook de Belgische nationaliteit. Zoals gezegd, behouden zij ook rechtens de Marokkaanse nationaliteit, ook na jaren verblijf in het buitenland en ook in geval van vrijwillige verwerving van een buitenlandse nationaliteit. Mocht de rechtskeuzemogelijkheid voor hen daardoor vervallen, dan verliest de vernieuwing die de rechtskeuzemogelijkheid zoekt te zijn, uiteraard veel van haar betekenis voor Marokkanen in België* » (M.-CL. FOBLETS, *art. cit.*, *T. Vreemd.*, 2006, (382), 397 et dans le même sens, M.-CL. FOBLETS, *art. cit.*, *T. Vreemd.*, 2010, 242, 244.

<sup>41</sup> L'on pense par exemple à la communauté italienne dont on sait qu'elle a longtemps résisté à l'acquisition de la nationalité belge. Les chiffres disponibles montrent que jusqu'en 1991, moins d'un millier d'italiens acquièrent la nationalité belge annuellement. En 1992, ce ne sont pas moins de 22.000 italiens qui sont devenus belges (chiffres rassemblés par M. Nicolas Perrin, chercheur à l'UCL et publiés in *Migration, Rapport 2007 du Centre pour l'Egalité des Chances et la lutte contre le racisme*, tableau 4.2, p. 54).

<sup>42</sup> Il est un argument historique que l'on pourrait invoquer à propos d'une des dispositions du Code permettant aux parties de sélectionner la loi applicable, à savoir l'article 49. Cette disposition s'inspire directement de la disposition correspondante de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 relative aux régimes matrimoniaux. Or tel qu'il est conçu par cette convention, le choix de la loi par les époux peut s'entendre du choix de la loi d'une des nationalités que possède l'un des époux, sans que ce choix soit soumis à une exigence d'effectivité ou de primat de la nationalité du for. Ceci se déduit de la lecture combinée des articles 4 al. 2 et 15 de la Convention (Voy. le rapport explicatif de M. A. von Overbeck, *Actes et documents de la Treizième session*, T. II : Régimes matrimoniaux, Imprimerie Nationale, 1978, La Haye, 329 e.s.). Cet argument n'est toutefois que d'une utilité marginale puisque le législateur belge est bien entendu libre de s'écarter de certaines des modalités des solutions conventionnelles dont il s'inspire.

générale à la notion de nationalité et au 'problème' des binationaux (III).

## **Section I Inadéquation d'une application par analogie des règles du droit international privé européen**

Suivant l'évolution générale, même si pas (encore?) généralisée, du droit contemporain, le droit international privé européen réserve une place de choix à l'autonomie de la volonté. Dans les matières familiales, ceci s'est traduit par la possibilité reconnue aux époux de désigner la loi qu'ils souhaitent voir appliquée à leur divorce.<sup>43</sup> A l'avenir, d'autres instruments devraient selon toute vraisemblance consacrer une règle fondée sur l'autonomie de la volonté. En outre, la nationalité des parties se voit accorder un rôle important dans la désignation de la juridiction compétente, principalement en matière de divorce. Si la règle de compétence fondée sur la nationalité des parties ne permet pas à celles-ci de choisir le juge compétent, elle n'en est pas moins fondée sur la nationalité, ce qui impose de s'interroger sur le sort à réserver aux époux doubles nationaux.<sup>44</sup>

Il est dès lors nécessaire de disposer de règles européennes éclairant la position des binationaux confrontés à une règle fondée sur la nationalité ou lui réservant un certain rôle.<sup>45</sup> Si l'on est sans doute aujourd'hui encore au début d'une évolution du droit international privé européen,<sup>46</sup> quelques solutions se dégagent déjà pour la mise en oeuvre des règles européennes de droit international privé.<sup>47</sup>

Ces solutions sont pour le moins contrastées. Si l'on examine tout d'abord le sort réservé aux binationaux sous l'angle de la compétence internationale, l'on constate facilement qu'il n'est pas permis de privilégier une nationalité par rapport à l'autre. Ceci résulte de la lecture donnée par la Cour de justice de l'article 3 du Règlement Bruxelles IIbis. Dans l'affaire *Hadadi*, la Cour a en effet précisé que pour déterminer le sort à réserver, pour l'application de la règle de compétence fondée sur la nationalité commune des époux, à un époux qui possède deux nationalités, il convenait de retenir une approche communautaire, sans se fonder sur les règles de conflit de nationalités de l'Etat membre dont les juridictions sont saisies.<sup>48</sup> Et la Cour a ajouté que dès lors que les deux époux possèdent deux nationalités, le juge, qu'il soit saisi d'une demande en divorce ou d'une demande de reconnaissance d'une décision étrangère prononçant le divorce, ne saurait ignorer l'autre nationalité des intéressés, même au motif que

<sup>43</sup> Article 5 du Règlement Rome III précité.

<sup>44</sup> Art. 3 (1) litt. b du Règlement Bruxelles IIbis.

<sup>45</sup> Toute autre est la question de savoir si le droit international privé européen peut faire appel au critère de rattachement de la nationalité. Le débat sur cette question est déjà ancien. Voy. par ex. H.-P. MANSEL, « Das Staatsangehörigkeitsprinzip im deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Internationalen Privatrecht : Schutz der kulturellen Identität oder Diskriminierung der Person? », in *Kulturelle Identität und internationales privatrecht*, E. JAYME (éd.), C.F. Müller, 2003, 119 e.s., spéc. 147 e.s. L'on se souvient que ce débat a été fort vif lors de l'adoption du Règlement Bruxelles II – voy. les nombreuses références citées par TH. RAUSCHER, « Art. 3 Brüssel IIa-VO », in *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR. Kommentar*, Sellier, 2010, 94, n° 54, note 149.

<sup>46</sup> Evolution qui pourrait s'inspirer de la proposition formulée par P. LAGARDE in « Embryon de règlement portant Code européen de droit international privé » (*RabelsZ.*, 2011, 673-675).

<sup>47</sup> On distinguera cette question d'une autre qui porte sur l'application du principe de non-discrimination en raison de la nationalité aux règles de droit international privé des Etats membres. Sur cette question, voy. l'analyse de M.-P. PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, PUAM, 2003, 451 p., spéc. pp. 177 à 258 en ce qui concerne les règles de conflit de lois.

<sup>48</sup> C.J.C.E, 16 juillet 2009, *Iaszlo Hadadi (Hadady) c. Csilla Marta Mesko, épouse Hadadi (Hadady)*, aff. C-168/08, *Rec.*, I-06871, spéc. para. 38-43.

cette autre nationalité serait moins effective. Il s'impose dès lors selon cette jurisprudence de retenir les deux nationalités pour permettre aux intéressés d'invoquer l'article 3, paragraphe 1, sous b), du règlement afin d'établir la compétence des juridictions des deux États membres dont elles possèdent la nationalité.<sup>49</sup>

S'agissant de règles de conflit permettant à une ou plusieurs parties de sélectionner le droit applicable, les solutions sont plus contrastées. On l'a déjà souligné, le règlement Rome III permet aux époux de désigner comme applicable au divorce « la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention ».<sup>50</sup> Le texte ne permet pas de déterminer le sort à réserver au choix de loi lorsque l'un des époux possède deux nationalités. Seul un considérant pour le moins ambigu du Préambule offre quelques indications à ce propos. Il précise que « la gestion des cas de pluralité de nationalités devrait relever du droit national dans le respect des principes généraux de l'Union européenne », formule qui traduit sans doute l'absence de consensus entre les États à l'origine du Règlement.<sup>51</sup>

Le Règlement successions permet lui aussi à une personne d'effectuer un choix en faveur de sa loi nationale. Son article 22 est plus précis que le règlement Rome III puisqu'il indique qu'une personne ayant plusieurs nationalités « peut choisir la loi de tout État dont elle possède la nationalité au moment elle fait ce choix ou au moment de son décès ».<sup>52</sup> Le Préambule de ce même Règlement confie aux États membres le soin de déterminer la nationalité d'une personne.<sup>53</sup>

Examinant de façon générale le rôle que peut jouer la nationalité dans le droit international privé européen et le risque de discrimination que peut faire naître ce critère, M. Basedow écrit à propos de cette règle que « on ne voit pas de personnes discriminées du fait que le défunt a

<sup>49</sup> Cette solution n'a pas recueilli l'approbation de tous les commentateurs. Voy. par exemple les observations fort critiques de L. D'AVOUT, *J.D.I.*, 2010, 163-183 – M. d'Avout évoque notamment une « interprétation conquérante et en même temps autiste des règles du droit communautaire » (p. 172) et voit dans la décision une « captation du pouvoir de réglementer une question relevant naturellement du droit des États membres » (p. 173).

<sup>50</sup> Art. 5(1) lit. c. Le Règlement n'exige pas que le choix s'exprime uniquement pour la nationalité commune des deux époux. Comme on l'a fait remarquer, ceci traduit sans doute une « faveur sous-jacente au divorce » (P. HAMMJE, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2011, (291), 317, n° 26).

<sup>51</sup> Mmes Kruger et Verhellen expliquent à juste titre à ce propos que « This consideration ... is incomprehensible from a strictly legal standpoint and can only be understood as a required political compromise » - T. KRUGER et J. VERHELLEN, « Double Nationality – Double Trouble? », *J. Priv. Intl. L.*, 2011, (601), 620.

<sup>52</sup> Art. 22 du Règlement adopté par le Parlement européen et le Conseil le 8 juin 2012 (Doc. 2009/0157 (COD) PE-COS 14/12). Le projet initial de la Commission ne contenait pas cette précision (Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, 14 octobre 2009, COM(2009)154 final, art. 17). Dans sa réponse au Livre Vert Succession de la Commission, le GEDIP soulignait déjà à propos des lois entre lesquelles il faut permettre au testateur de choisir pour la *professio iuris* que « Si l'on part du rattachement objectif de la succession à la loi de l'État de la dernière résidence habituelle du *de cuius*, le minimum serait d'admettre la possibilité pour celui-ci de choisir sa loi nationale (ou l'une de ses lois nationales en cas de plurinationalité). » (je souligne). D'autres commentateurs ont également plaidé pour cette solution (p.ex. le commentateurs de l'Institut Max Planck sur la proposition de règlement, disponible à l'adresse [www.mpipriv.de](http://www.mpipriv.de), p. 69).

<sup>53</sup> Selon le considérant n° 41 du Préambule, « Aux fins de l'application du présent règlement, la détermination de la nationalité ou des différentes nationalités d'une personne est une question qui devrait être réglée au préalable. La question de savoir si une personne doit être considérée comme ressortissant d'un État n'entre pas dans le champ d'application du présent règlement et relève du droit national, y compris, le cas échéant, des conventions internationales, dans le plein respect des principes généraux de l'Union européenne ».

choisi sa loi nationale comme régissant sa succession. Cela étant dit, on ne voit pas pourquoi ce choix, ainsi exercé par un défunt à double nationalité, devrait être limité à une seule de ses nationalités, par exemple la nationalité effective. Les motifs pour choisir la loi d'un autre Etat dont il est le ressortissant peuvent être multiples et légitimes, par exemple la situation de biens appartenant à la succession ou la résidence habituelle des héritiers dans cet Etat ».<sup>54</sup>

La proposition de Règlement sur les régimes matrimoniaux permet enfin aux époux de choisir la loi applicable à leur régime matrimonial. Selon l'article 16 lit. c de la proposition, le choix des époux peut porter sur la loi d'un État dont l'un des époux ou futurs époux possède la nationalité au moment de ce choix. L'article 17 de la proposition neutralise la double nationalité commune des époux en l'absence de choix de loi : cette double nationalité n'est selon l'art. 17(2) pas pertinente pour déterminer la loi applicable au régime matrimonial des époux.

Que retenir de ce panorama, outre que le droit international privé européen doit sans doute encore murir s'agissant des rapports qu'il entretient avec la nationalité comme facteur de rattachement ?<sup>55</sup> Il nous semble erroné de tirer du droit européen un quelconque enseignement pour l'interprétation des règles de droit international privé national.<sup>56</sup> Ceci est certain s'agissant de l'interprétation donnée par la Cour de justice à la nationalité dans l'arrêt *Hadadi*.<sup>57</sup> Comme l'écrivent MM. Mayer et Heuzé à propos de cette décision, « cette solution étant le résultat d'une interprétation, non pas du Traité CE, mais du Règlement, exclusivement, il serait téméraire d'en tirer un quelconque enseignement d'ordre plus général ».<sup>58</sup> A fortiori en va-t-il de même lorsque le rattachement à la nationalité trouve sa concrétisation dans une règle nationale.

Plus généralement, il est permis de penser que les solutions retenues dans le droit dérivé européen s'expliquent par des raisons qui sont spécifiques au droit international privé européen et les rendent difficilement transposables lorsqu'il s'agit d'interpréter une règle adoptée par un Etat membre.<sup>59</sup> Ces raisons tiennent tout d'abord aux impératifs de la

<sup>54</sup> J. BASEDOW, « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2010, (427), 445.

<sup>55</sup> L'évolution que doit subir le droit international privé européen doit conduire à déterminer si la question des conflits de nationalités peut être délaissée aux Etats membres ou doit au contraire faire l'objet d'une approche européenne. Cette dernière a été esquissée par la Cour de justice au travers de différentes décisions (et notamment les arrêts *Micheletti* et *Garcia Avello*) – ce qu'on a pu lui reprocher, au motif que la question de la nationalité constituerait une question préjudicielle relevant naturellement du droit des Etats membres (voy. not. L. D'AVOUT, *J.D.I.*, 2010, 163-183, spéc. 172-176 – M. d'Avout évoque notamment le « caractère indûment conquérant » de l'interprétation adoptée par la Cour (p. 163). La relative prudence du Règlement Rome III sur cette question montre cependant que les Etats membres ne sont pas disposés à céder leur emprise sur cette question.

<sup>56</sup> *Comp.* T. KRUGER et J. VERHELLEN, *art. cit.*, *J. Priv. Intl. L.*, 2011, (601), 617 – qui estiment, sur la base principalement de la solution retenue par la Cour dans *Hadadi*, que tous les conflits de nationalités doivent se résoudre en permettant aux personnes concernées d'invoquer l'une ou l'autre de leurs nationalités dès lors que le conflit concerne les règles de compétence.

<sup>57</sup> Il en va d'autant plus ainsi que la Cour de justice a justifié la solution retenue en référence aux spécificités du Règlement et notamment du régime transitoire qu'il imposait (C.J.C.E, 16 juillet 2009, *Iaszlo Hadadi (Hadady) c. Csilla Marta Mesko, épouse Hadadi (Hadady)*, aff. C-168/08, *Rec.*, I-06871, spéc. para. 41-43). Il semble cependant possible de s'appuyer sur l'interprétation proposée par la Cour de justice dans l'affaire *Hadadi* lorsque l'un des époux seulement possède deux nationalités. En ce sens, T. KRUGER et J. VERHELLEN, *art. cit.*, *J. Priv. Intl. L.*, 2011, (601), 615.

<sup>58</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 10ème éd., Montchrestien, 2010, 651-652, n° 858.

<sup>59</sup> On relèvera d'ailleurs que la Cour de justice se montre elle aussi prudente et refuse, lorsqu'elle est confrontée à un conflit de nationalités, de transposer dans un domaine une solution conçue pour un autre – c'est le cas des conflits de nationalités qui peuvent surgir à l'occasion du contentieux des primes diverses octroyées aux

construction européenne. L'on relèvera par exemple que tel qu'il est conçu dans le Règlement relatif aux successions, le choix de la loi nationale vise à permettre de faire contrepoids à l'application de la loi de la résidence habituelle qui est retenue comme règle générale. Un testateur qui s'est prévalu de la liberté de circulation pour s'installer dans un autre Etat membre que celui de sa nationalité, peut ainsi régler sa succession sur base de sa loi nationale, avec laquelle il pourrait être plus familier.<sup>60</sup>

En outre, lorsqu'une approche large est adoptée qui permet à une personne de choisir l'une ou l'autre de ses nationalités, ceci tient aux enjeux mêmes de la règle de rattachement qui incorpore la possibilité de choix.<sup>61</sup> Ainsi la possibilité offerte au testateur par le Règlement successions, de choisir la loi applicable à sa succession, s'appuie et prolonge l'objectif de sécurité juridique qui fonde le Règlement. Le choix de la loi applicable permet de figer la succession sans se préoccuper de déménagements ultérieurs du testateur.<sup>62</sup>

Tout comme il n'est pas permis aux Etats membres de faire appel à leurs principes de solution des conflits de nationalités lorsqu'ils appliquent un texte européen,<sup>63</sup> il paraît dès lors téméraire d'importer, pour interpréter le Code de droit international privé, les principes de solution qui se dégagent du droit européen. Il ne faut cependant pas oublier qu'à côté du droit dérivé, le droit primaire européen peut exercer une influence décisive sur le droit des Etats membres, en ce compris les règles de droit international privé. Dès lors qu'une situation possède une dimension communautaire suffisante, les impératifs de la libre circulation et de la non-discrimination en raison de la nationalité pourraient empêcher la Belgique de ne retenir que la seule nationalité belge d'une personne possédant une autre nationalité communautaire.<sup>64</sup> Un ressortissant belgo-italien installé durablement en Belgique pourrait se prévaloir de ces principes pour effectuer un choix en faveur de la loi italienne. En l'état actuel, ces développements ne seront cependant favorables qu'aux personnes qui possèdent deux nationalités communautaires. Il reste à examiner quelle solution s'offre aux nombreuses personnes qui possèdent à la fois la nationalité belge et une autre nationalité non européenne.

---

fonctionnaires européens, certaines primes ne pouvant être perçues dès lors que l'intéressé possède la nationalité de son pays d'affectation. La Cour a indiqué dans ce contexte que « la notion de nationalité effective est principalement utilisée en droit international privé en vue de trancher les conflits positifs de nationalité. Cette notion ne peut être transposée dans un domaine étranger aux fins pour lesquelles elle a été élaborée, notamment dans le champ d'application du statut des fonctionnaires des Communautés ... » (C.J.C.E, 14 déc. 1979, *Evelyn Kenny-Lévis, épouse Devred c. Commission*, aff. 257/78, *Rec.*, 1979, 3767, point 14) et plus récemment Trib. fonction publique UE, 11 juillet 2007, *B. c. Commission*, aff. F-7/06, *Rec. jurisprudence FP*, 2007, I-A-1-217, point 34.

<sup>60</sup> S'agissant du Règlement Rome III, la place réservée au choix de la loi par les époux s'explique sans doute par une *favor divorcii* (comme le note A. FIORINI, « XXXX », in *La justice civile européenne en marche*, M. DOUCHY-OUODOT et al. (éds.), Dalloz, 2012, (79), 85). Cette tendance favorable au divorce doit cependant être relativisée, compte du rôle accordé aux conceptions nationales en matière de plurinationalités.

<sup>61</sup> S'agissant du choix de loi permis par le Règlement Rome III, l'une des considérations qui a dicté l'adoption de cette règle est le souhait de permettre à des époux de divorcer selon leur loi nationale commune, afin de faciliter la reconnaissance du divorce dans l'Etat d'origine.

<sup>62</sup> Sur ce point, A. BONOMI, « Le choix de la loi applicable », in *Successions internationales. Réflexions autour du futur règlement européen et de son impact pour la Suisse*, A. BONOMI et CH. SCHMID (éd.), Schulthess, 2010, (23), 33-34 et 38-39 – M. Bonomi note que l'application des règles de conflits de nationalités conduirait aux incertitudes liées à la mise en oeuvre du critère de la nationalité la plus effective.

<sup>63</sup> Comme la Cour l'a relevé dans l'affaire *Hadadi* : attendus 38 et 39. Voy. cependant la situation ambiguë sous l'empire du Règlement Rome III *supra*.

<sup>64</sup> Voy. notamment C.J.C.E., 2 oct. 2003, *Carlos Garcia Avello c. Etat Belge*, aff. C-148/02, *Jur.*, 2003, I-11613.

## Section II 'Ceci n'est pas un conflit de nationalités'

S'il n'est pas permis de transposer les solutions, fermes ou flexibles, qui se dessinent en creux du droit international privé européen naissant, force est de prendre en considération ce que permet le Code de droit international privé.

A ce titre, une constatation s'impose avec force : si l'application de l'article 3 du Code possède toutes les apparences d'une évidence,<sup>65</sup> elle est au vrai déplacée, voire erronée. Lorsqu'une règle de conflit permet à une partie ou à plusieurs parties de sélectionner, de concert, la loi applicable à une relation juridique, l'existence dans le chef d'une des parties d'un cas de bipatridie ne constitue pas une situation de conflit de nationalités. Il n'y a au vrai pas de véritable conflit de nationalités lorsqu'une personne entend choisir, comme le lui permet le Code, l'application de sa loi nationale et qu'elle possède deux ou plusieurs nationalités. L'application de l'article 3 du Code relève dès lors d'une perspective biaisée, d'un trompe-l'oeil.

L'article 3 entend en effet apporter une solution aux conflits de nationalités. Cette question se pose lorsque la règle de rattachement fonde la solution du conflit de lois sur la nationalité des personnes intéressées. C'est là l'origine et l'ambition des règles de 'neutralisation' des conflits de nationalités que d'aider au fonctionnement d'une règle de rattachement. La règle de conflit de nationalités est *adjuvante* à la règle de rattachement. Plus précisément, elle permet de résoudre la question de la nationalité d'une personne, question qui est préalable à la solution d'un problème de conflit de lois. Comme l'expliquent MM. Rigaux et Fallon, une autorité chargée d'appliquer une règle de rattachement fondée sur la nationalité ne peut le faire lorsqu'une personne possède plusieurs nationalités.<sup>66</sup> Cette autorité ne peut en effet supprimer l'une des nationalités en cause. Pour permettre la bonne application de la règle de rattachement, la seule solution consiste à sélectionner parmi les nationalités en cause l'une d'entre elles.

Or, ce choix que des « raisons de pure technique »<sup>67</sup> rendent indispensable entre les deux nationalités ne s'impose que si la règle de conflit est fondée sur la nationalité. Comme l'expliquent MM. Mayer et Heuzé, lorsqu'une personne possède plusieurs nationalités, « le choix devient nécessaire lorsque le contenu de la règle à appliquer impose que l'on retienne une nationalité unique ». Et ces auteurs de citer au titre de la « nécessité de choisir » « la règle qui soumet le statut personnel à la 'loi nationale' ».<sup>68</sup>

<sup>65</sup> Outre qu'elle peut s'appuyer sur l'histoire de l'introduction de l'autonomie de la volonté dans le Code. La consécration de l'autonomie de la volonté a été, comme indiqué, préparée par une importante recherche menée sous la direction de Mme Marie-Claire Foblets. Présentant les résultats de cette recherche, Mme Foblets notait qu'il apparaissait opportun « *om een bepaalde graad van pluralisme te blijven toelaten, met name door in bepaalde gevallen echtgenoten gedeeltelijk zelf te laten kiezen welk rechtsstelsel op hun onderlinge verhoudingen van toepassing is* ». Et Mme Foblets d'ajouter que « *zolang Marokkaanse onderdanen – mannen en vrouwen – hun buitenlandse nationaliteit behouden en niet cumuleren met de Belgische nationaliteit, moeten zij de mogelijkheid hebben om, in hun onderlinge relaties, voor bepaalde aspecten van hun personeel statuut eerbied voor de bepalingen van hun nationaal recht in te roepen* » (M.-CL. FOBLETS et J. VERHELLEN, « Marokkaanse migrantenvrouwen in gezinsgeschillen. Wat zijn passende juridische oplossingen? », *Recht van de Islam RIMO*, vol. 17, 2000, (90-115), 97-98). Le choix de loi n'était dès lors proposé que pour les seuls ressortissants marocains, à l'exclusion des binationaux.

<sup>66</sup> F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, 202, n° 5.56.

<sup>67</sup> Pour reprendre l'expression de G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, « Nationalité française, extranéité, nationalités étrangères », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 135, 143, n° 16 – qui évoque le cas de la question de statut personnel que l'on doit trancher à la faveur de « lois nationales qui formulent des solutions divergentes ».

<sup>68</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, 650, n° 858.

Ce même choix ne s'impose nullement dès lors que la règle est fondée sur l'expression de la volonté d'une ou de plusieurs parties.<sup>69</sup> Il n'y a pas de conflit de nationalités puisqu'en vertu du choix opéré par l'intéressé(-e), seule une loi trouvera à s'appliquer, sans que l'existence d'un cas de bipatridie vienne troubler la désignation de cette loi. L'utilité de la règle de conflit de nationalités est nulle et cette règle est même inopérante puisque la règle de rattachement permet à elle seule d'assurer la désignation d'un et d'un seul droit, celui choisi par la partie intéressée.<sup>70</sup>

Le « choix-expédient »<sup>71</sup> auquel l'autorité se livre sous couvert de la règle de conflit de nationalités, n'est pas de mise lorsque la règle de rattachement fait confiance non pas à la nationalité des parties, mais bien à l'expression de leur volonté. Car c'est bien là le propre des règles fondées sur l'*optio legis* : elles fondent la solution du conflit de lois sur la préférence exprimée par l'intéressé(e). Le paradigme est tout différent. Il n'est plus question d'une règle objective, mais bien d'une règle fondée sur la volonté des parties. Cette volonté, qui constitue le fondement du rattachement, ne peut *a priori* être sujette aux difficultés qu'entraîne, à propos des règles objectives fondées sur la soumission d'une personne à sa loi nationale, l'existence de situations de plurinationalités.

Pour reprendre une terminologie utilisée dans un autre contexte, l'on pourrait écrire que lorsque la personne qui bénéficie d'une option de loi, possède deux nationalités, il existe un 'faux' conflit de nationalités.<sup>72</sup> Celui-ci ne constituant en aucun cas un obstacle à la bonne application de la règle de rattachement, il n'est pas besoin de faire appel à une règle de conflit de nationalités.<sup>73</sup>

On pourrait aussi dire, pour utiliser la grille d'analyse proposée par M. Lagarde dans le cours qu'il a consacré au principe de proximité, que l'*optio legis* se fonde sur le principe d'autonomie alors que le champ d'action privilégié des règles visant les conflits de nationalités, sont les règles fondées sur le principe de proximité et celles fondées sur le

---

<sup>69</sup> On pourrait pour s'en convaincre faire référence aux termes utilisés par la Cour de cassation française : évoquant le cumul de nationalités dans le chef d'une personne, la Cour a indiqué que ce cumul engendre un conflit « positif de nationalités lorsque [...] un choix devient nécessaire parce que la règle à appliquer impose de ne retenir qu'une nationalité » (Cass. fr., 1ère civ., 11 juin 1996, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1997, 291, note Y. LEQUETTE).

<sup>70</sup> Décrivant le rôle joué par la nationalité dans le conflit de lois dans son cours magistral professé à l'Académie de La Haye sur les conflits de nationalités, M. Verwilghen ne faisait d'ailleurs référence à la nationalité que comme « facteur de rattachement législatif » (M. VERWILGHEN, « Conflits de nationalités : plurinationalité et apatridie », *Rec. cours*, 1999, vol. 277, 106, n° 92). M. Verwilghen évoque le fait que « ... la norme de rattachement impose le respect de la loi nationale » (p. 101, n° 85), sans mentionner l'*optio legis*. S'il décrivait le rôle joué par la nationalité dans le conflits de lois, c'était uniquement sous l'angle des règles de rattachement qui font directement appel à la nationalité comme élément pertinent pour déterminer le droit applicable - voy. surtout pp. 106-108, n° 92-94.

<sup>71</sup> Pour reprendre l'expression de F. RIGAUX et M. FALLON, *op. cit.*, 202, n° 5.56.

<sup>72</sup> Comme le soulignent Mmes Kruger et Verhellen qui indiquent que lorsque la règle de conflit permet le choix de la loi nationale et qu'une personne possède deux nationalités, il n'y a qu'un « faux conflit » de nationalité. Et ces auteurs de noter que « it is not necessary to reduce the two nationalities to one in order to apply the rule correctly » - T. KRUGER et J. VERHELLEN, *art. cit.*, *J. Priv. Intl. L.*, 2011, (601), 619.

<sup>73</sup> *Comp.* avec la distinction que fait M. d'Avout entre le conflit de nationalités au sens « étroit et technique du terme », qui vise l'hypothèse où un choix devient nécessaire parce que le contenu de la règle à appliquer impose de ne retenir qu'une nationalité et le conflit de nationalités au sens large, qu'il décrit comme étant la situation « d'une concours de nationalités, d'une collision de diverses nationalités provoquant l'indétermination des solutions du conflit de lois ou de juridictions pour le cas international concret » (L. D'AVOUT, note sous l'arrêt *Hadadi*, *J.D.I.*, 2010, 163-183, spéc. 164).

principe de souveraineté.<sup>74</sup>

La position singulière des règles de conflit fondées sur l'autonomie de la volonté dépasse d'ailleurs le seul champ des conflits de nationalités. Il est un autre instrument qui, pour faire partie du droit commun des conflits de lois, ne trouve pas à s'appliquer lorsque la partie ou les parties intéressées ont effectué un choix de loi. Il s'agit de la clause d'exception, dont l'article 19 § 2 du Code précise qu'elle ne peut jouer en cas de choix applicable par les parties. Ceci confirme que lorsque la règle de rattachement est fondée sur l'autonomie des parties, la logique du principe de proximité, qui constitue le fondement de la clause d'exception, est écartée.

Au vrai, et pour dépasser l'approche purement technique fondée sur l'absence d'un véritable conflit de nationalités, c'est sans doute l'ensemble du régime de la règle de rattachement fondée sur l'autonomie de la volonté qui doit être reconsidéré. Comme l'expliquait M. Lagarde, le régime des règles de conflit peut en effet être différent selon que la règle en appelle au principe de proximité ou au principe de souveraineté.<sup>75</sup> Il doit en aller de même lorsqu'un Etat permet aux parties intéressées de sélectionner elles-mêmes la loi applicable.<sup>76</sup>

### **Section III Le statut des binationaux et l'option de loi : aux racines d'un débat toujours renouvelé**

L'existence d'un cas de bipatridie ne constitue pas un véritable conflit de nationalités lorsque la règle de conflit est fondée sur l'autonomie de la volonté. Il n'en demeure pas moins que l'article 3 du Code est rédigé de façon très large, puisqu'il y est précisé que cette disposition vise « toute référence faite par la présente loi à la nationalité d'une personne physique qui a deux ou plusieurs nationalités... ». Cette rédaction pourrait, dans une acception littérale, embrasser non seulement les conflits de nationalités, qui ont manifestement justifié l'adoption de l'article 3 du Code, mais également toutes les hypothèses dans lesquelles le Code fait référence, à quelque titre que ce soit, à la nationalité d'une personne physique.

Cette lecture des textes se heurte à la vocation de l'article 3, qui, à l'instar de dispositions équivalentes dans d'autres codifications, vise à résoudre les conflits de nationalités sans avoir l'ambition de définir de façon générale le concept de nationalité. Ni le texte du Code, ni les travaux préparatoires, ne permettent cependant de l'exclure.

---

<sup>74</sup> C'est d'ailleurs en examinant l'influence que peut exercer le principe de proximité sur les règles fondées sur principe de souveraineté que M. Lagarde se penche sur les conflits de nationalités (P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *Rec. cours*, 1986, vol. 196, 77-88).

<sup>75</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, *Rec. cours*, 1986, vol. 196, 92, n° 83. M. Lagarde mentionne le rôle du renvoi, dont l'application s'impose lorsque la règle de rattachement est fondée sur le principe de souveraineté alors qu'elle doit être écartée lorsqu'est en jeu le principe de proximité ou encore les modalités particulières à adopter en cas de modification de rattachement (pp. 92-95).

<sup>76</sup> Et ce même si la consécration de l'autonomie de la volonté peut viser des objectifs divers : il peut s'agir de permettre aux époux de sécuriser des dispositions contractuelles intéressant leur patrimoine (choix de loi en matière de régime matrimonial), d'anticiper sur des difficultés liées à la reconnaissance d'une décision dans le pays d'origine (choix de loi en matière de divorce) ou encore d'éviter l'incertitude liée à une règle de rattachement dont les résultats peuvent s'avérer imprévisibles, notamment parce qu'elle est soumise à une clause d'exception ou à l'application de règles liées aux conflits de nationalités. Cette diversité n'empêche pas les règles fondées sur l'autonomie de la volonté d'être unies par un objectif commun, qui nous semble être celui de la sécurité juridique.

Au vrai, l'articulation de l'article 3 avec l'option de droit reconnue par le Code est sans doute condamnée à demeurer sinon obscure, du moins sujette à interprétation. Il faudra dès lors attendre une intervention législative, ou une jurisprudence ferme, pour que les contours de l'option de loi apparaissent enfin clairement.

Cette intervention pourrait confirmer l'emprise de l'article 3 sur l'ensemble des règles de rattachement, en ce compris celles fondées sur l'autonomie de la volonté. Ceci aurait le mérite d'introduire un élément d'uniformité dans la pratique du Code, l'article 3 se voyant reconnaître une vocation générale. Cette approche permettrait aussi de donner un visage uniforme au statut du binational : dès lors que celui-ci possède la nationalité belge, sa nationalité étrangère serait entièrement indifférente, en tout cas au regard du droit privé,<sup>77</sup> même si la règle de rattachement pertinente n'est pas fondée sur la nationalité des intéressés.

Cette approche n'est cependant pas la seule possible. *De lege feranda*, une autre lecture des règles permettant le choix de loi dans leur rapport avec les binationaux est envisageable. Elle permettrait aux intéressés de choisir l'une ou l'autre loi dont ils possèdent la nationalité. Cette lecture, qui pourrait être adoptée par la jurisprudence ou, de manière encore plus claire, faire l'objet d'une consécration législative, permettrait de faire justice à l'un des objectifs poursuivis par l'option de loi comme mécanisme de rattachement. L'autonomie de volonté reconnue en matière familiale vise en effet notamment à permettre une continuité du statut entre la Belgique et l'Etat dont la personne concernée possède la nationalité. Lorsqu'il a fait le choix de permettre, dans un certain nombre de cas, l'option de loi, le législateur entendait assurer une meilleure reconnaissance à l'étranger des situations acquises en Belgique.<sup>78</sup> La reconnaissance de ces situations peut en effet être subordonnée au contrôle de la loi appliquée.<sup>79</sup>

Ce contrôle pourrait s'avérer négatif s'il apparaît par exemple que des époux originaires du Burkina Faso ont divorcé en Belgique en application de la loi belge.<sup>80</sup> A ce titre, l'option de droit doit sans doute être considérée comme un palliatif efficace aux inconvénients découlant pour les binationaux de l'absence de convention bilatérale entre la Belgique et les pays dont sont originaires les principales communautés étrangères – non européennes – durablement

<sup>77</sup> Reste en effet à se demander quel effet pourrait être déduit de la nationalité étrangère d'un binational, en dehors des relations privées. Il ne s'agit pas de se demander si le ressortissant étranger pourrait faire valoir sa nationalité dans ses relations avec l'Etat dont il est ressortissant, mais bien quelles conséquences peuvent être déduites de cette nationalité vis-à-vis de la Belgique, dont il est également ressortissant. S'agissant de la protection diplomatique, l'on sait que le binational belgo-étranger ne pourra en principe se prévaloir de sa nationalité étrangère pour invoquer cette protection contre la Belgique (art. 4 de la Convention de La Haye de 1930 et l'avis de la CIJ du 11 avril 1949 relatif à la réparation des dommages subis au service de l'ONU, *Rec.*, p. 186). En sens inverse, le binational peut opposer à la Belgique sa nationalité étrangère pour empêcher celle-ci de le faire bénéficier de la protection diplomatique vis-à-vis de l'Etat dont il est aussi ressortissant. Sur l'évolution de la pratique des Etats à ce sujet, voy. K. HAILBRONNER, « Multiple Nationality and Diplomatic Protection », in *Liber Amicorum für Tugrul Ansay*, S. ARKAN et al. (éds.), Kluwer, 2006, (117-124), 120-124 et H. JESSURUN D'OLIVEIRA, « Nationaliteit en diplomatieke bescherming : een update, een vooruitzicht », in *Strikwerda's conclusies*, Th. M. DE BOER et al. (éds.), Kluwer, 2011, 247-263.

<sup>78</sup> En ce sens pour l'option de droit en matière de divorce, V. DE BACKER et H. JACOBS, « Het echtscheidingsrecht in het Wetboek van internationaal privaatrecht », *Not. Fisc. M.*, 2005, (41), 51, n° 33.

<sup>79</sup> Comme l'est la reconnaissance en Belgique des actes d'état civil étrangers, voy. le mécanisme de contrôle mis en place par l'article 27 du Code de droit international privé.

<sup>80</sup> Selon l'article 1000 du Code des personnes et de la famille du Burkina Faso (1989), « en matière d'état et de capacité des personnes, la reconnaissance ou la force exécutoire peut être refusée si la juridiction étrangère a tranché une question d'état ou de capacité d'un Burkinabè et a abouti à un résultat différent de celui qui aurait été obtenu par application à cette question des règles de conflits de lois burkinabè ». L'article 1028 du même Code retient l'application de la loi nationale commune des époux pour les demandes en divorce et séparation de corps.

installées dans le Royaume.<sup>81</sup> Ce palliatif ne serait plus accessible à ces binationaux pour lesquels il présente précisément une solution, si l'on devait retenir que l'article 3 du Code exerce son emprise sur les règles fondées sur l'autonomie de la volonté.

Une lecture des règles de rattachement fondées sur l'autonomie de la volonté, qui ne seraient pas soumises aux principes de solution des conflits de nationalités et singulièrement au primat de la nationalité du for, se heurte cependant à certaines hésitations et critiques qu'il convient de prendre en considération. L'on ne reviendra pas sur les critiques adressées à l'option de loi en tant que telle.<sup>82</sup> La consécration de l'autonomie de la volonté par le droit positif rend ce débat obsolète.

Il est plus intéressant de s'attarder sur les éléments invoqués par les commentateurs qui se sont penchés sur les binationaux et l'option de loi. Si certains plaident résolument pour permettre aux binationaux d'utiliser pleinement les ressources de l'option de loi,<sup>83</sup> cette perspective demeure vivement contestée.<sup>84</sup>

S'intéressant au débat dans un cadre français, M. Farge évoque à ce propos le risque d'un véritable tourisme légal, l'étranger ayant acquis la nationalité française pouvant opter « à sa

---

<sup>81</sup> Avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, la conclusion de telles conventions était présentée comme la seule solution permettant de remédier aux situations boiteuses nées de la bipatridie de personnes installées en Belgique, ces personnes étant considérées comme belges par les autorités du Royaume tout en étant considérées comme des ressortissants par les autorités de leur pays d'origine. Sur ce que la conclusion de conventions bilatérales aurait permis de garantir l'harmonie internationale, voy. notamment M.-CL. FOBLETS, *art. cit.*, in *Devenir belge...*, 567, n° 70.

<sup>82</sup> Il est ainsi avancé que l'option de loi est une technique « compliquée » (K.MEZIOU, *op. cit.*, *Rec. cours.*, 2009, t. 345, (13), 308), dans la mesure où il est difficile de s'assurer que les intéressés effectuent un choix en connaissance de cause. En outre, les modalités concrètes de l'option de loi font l'objet de critiques (par ex. K.MEZIOU, *op. cit.*, *Rec. cours.*, 2009, t. 345, (13), pp. 308-309). L'on s'est aussi également interrogé sur le rôle que conserverait l'exception d'ordre public face à une option de loi (K.MEZIOU, *op. cit.*, *Rec. cours.*, 2009, t. 345, (13), 309-310). Mme Meziou a enfin relevé une objection qu'elle estime fondamentale, à savoir l'unilatéralisme de l'option de loi qui ne serait pas ouverte aux 'européens' (idem, pp. 311-312). Pour une autre critique de l'option de loi comme modèle conflictuel, voy. G. SALAMÉ, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, PUAM, 2006, 386-392, n° 622 e.s.

<sup>83</sup> Dans la thèse remarquable qu'il a consacrée au rôle de l'autonomie de la volonté dans la détermination du statut personnel, M. Carlier s'interrogeait sur l'impact du développement des situations de bipatridie et des cas de plurinationalités sur le principe d'autonomie dont il proposait la généralisation. M. Carlier écrivait que le choix effectué par une personne entre ses nationalités devait l'emporter sur les autres facteurs de proximité retenus habituellement pour appréhender les cas de plurinationnalité – à savoir la primauté de la nationalité du for et celle de la nationalité de la résidence habituelle et principale : J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Bruylant, 1992, 296-297, n° 295. A ce propos, M. Carlier faisait fort pertinemment remarquer que la jurisprudence tient compte, dans la détermination de la nationalité effective, de facteurs dépendant de la volonté de l'intéressé. Sur cette base, M. Carlier proposait de permettre à un « jeune belgo-marocain [d']opter pour sa loi nationale marocaine et [de] dépendre de ce fait d'un statut personnel de droit musulman » (id., 297, n° 295).

<sup>84</sup> M. Gutmann a adopté une position très nuancée : après avoir explicité les raisons qui militent à son estime pour l'adoption du principe de l'option de loi (D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2000, pp. 395-402, n°478-488), il précise que l'option de loi ne devrait pas être reconnue lorsque l'intéressé possède, outre une nationalité étrangère, également la nationalité française. Pour M. Gutmann, « l'idée d'une proximité symbolique, vécue comme telle par l'intéressé et fondement théorique de l'option de législation, ne peut en effet s'appliquer de la même façon lorsque l'intéressé est 'totallement' étranger et lorsqu'il possède également la nationalité du for » (pp. 413-414, n° 503). Et M. Gutmann d'indiquer que dans ce cas, la volonté « ne devrait plus intervenir ... que pour corriger l'insuffisant réalisme d'un principe de primauté de la nationalité du for qui, s'il ne recevait aucune atténuation, pourrait conduire à privilégier abusivement le rattachement au for alors que les deux autres iraient en sens contraire » (414, n° 503).

convenance » pour le droit français ou le droit correspondant à son autre nationalité.<sup>85</sup> Cette possibilité de passer d'un statut à l'autre est également évoquée à propos de l'option de loi en général – qui permettrait d'échapper au droit objectivement applicable.<sup>86</sup> L'argument du 'tourisme' ou du 'shopping' légal, qui n'est pas propre à l'option de loi accordée au binational,<sup>87</sup> se révèle cependant plus aigu encore lorsque l'option de loi est accordée à un binational, l'autonomie de la volonté magnifiant les possibilités de choix offertes aux intéressés.

Ce reproche est souvent mis en rapport avec le risque que ferait peser l'option de loi sur la sécurité juridique. Une personne qui possède plusieurs nationalités et peut exercer un choix en faveur de l'une d'elles par le biais de l'option de loi, pourrait de ce fait, être 'belge' pour une relation juridique et 'marocaine' pour une autre. L'argument est également opposé à l'option de législation en général<sup>88</sup> - ainsi qu'à l'approche fonctionnelle du conflit de nationalités.<sup>89</sup> Il présente cependant une intensité supplémentaire lorsque l'option de droit concerne un binational puisque celui-ci pourrait se saisir de l'autonomie que lui concède le droit positif pour exprimer tantôt un choix en faveur d'une de ses nationalités, tantôt en faveur d'une autre.<sup>90</sup>

Il est permis de penser que ces critiques ne s'accordent guère avec la place qui est réservée à la nationalité dans le règlement des conflits de lois et plus particulièrement dans le mécanisme de l'option de loi. La place conférée à l'option est au vrai fort modeste. Le mécanisme de l'option de droit ne possède en effet pas une portée générale. L'on a déjà rappelé que l'option de loi n'est retenue par le Code que dans certaines matières soigneusement sélectionnées. Il ne s'agit dès lors pas de permettre aux étrangers d'opter pour la loi de l'une de leurs nationalités chaque fois que ce facteur est retenu par la règle de rattachement, mais bien d'opter librement pour la nationalité de leur choix lorsque le Code retient le mécanisme de l'option de loi. Si l'option de droit peut susciter des réserves lorsqu'elle est évoquée de manière générale, pour

---

<sup>85</sup> M. FARGE, *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, L'Harmattan, 2003, 622, n° 713. Voy. aussi les explications de L. d'Avout faisant suite à la solution adoptée par la Cour de justice dans l'affaire *Hadadi* : commentant le rejet par la Cour d'une priorité pour la nationalité locale ou la nationalité la plus effective, M. d'Avout voit dans cette solution « ce droit du citoyen européen à arborer en même temps plusieurs nationalités, et à les faire valoir par éclipse ... sans aucune contrainte tirée de l'exigence d'effectivité, ni même, apparemment, de l'exigence de cohérence avec soi-même » (*J.D.I.*, 2010, (163), 173). M. d'Avout évoque également une « liberté débridée du bi-national » (p. 174).

<sup>86</sup> Voy. notamment M.-CL. FOBLETS, « Quelques propositions concrètes... », *art. cit.*, 268-269 – Mme Foblets évoque le scepticisme exprimé par les praticiens à l'égard de l'octroi d'une autonomie aux parties. Elle explique que « le fondement de ces résistances est généralement de considérer que les parties choisiront le système juridique favorable aux intérêts de la partie la plus forte dans la relation. L'autre argument étant que la sécurité juridique n'est pas servie par l'autonomie des parties. L'autonomie de la volonté n'offrirait pas un modèle de développement pour le droit international de la famille; avec des garanties de cohérence et de sécurité juridique » (269, n° 66).

<sup>87</sup> S'agissant de l'option de loi en général, l'argument du 'tourisme légal' est souvent conjugué à la question de la fraude. Voy. les explications de D. GUTMANN, *op. cit.*, 400-401, n° 483.

<sup>88</sup> Comme l'explique D. GUTMANN, *op. cit.*, 400, n° 482, qui en relativise toutefois nettement la portée.

<sup>89</sup> M. Lequette évoquait à propos de l'approche fonctionnelle le risque d'« enchevêtrement de nationalités » : selon M. Lequette, l'approche fonctionnelle risque en effet de permettre de considérer une même personne comme nationale et comme ressortissant étranger dans le même procès selon l'approche fonctionnelle retenue (Y. LEQUETTE, note sous TGI Paris, 27 sept. 1990, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1992, (94), 100). Adde B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5ème éd., Dalloz, 2006, 417-419).

<sup>90</sup> Contrairement à l'approche fonctionnelle, l'autonomie de la volonté accordée aux binationaux ne fait cependant pas naître de danger de casuistique - on a en effet reproché à la méthode fonctionnelle d'être de la casuistique pure et d'engendrer ce faisant de l'imprévisibilité (Y. LEQUETTE, *art. cit.*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1992, (94), 101).

toutes les questions appartenant au statut familial,<sup>91</sup> la portée de la question doit être sensiblement nuancée dans le contexte belge. Au mieux ce sont quatre domaines juridiques, dont trois possèdent d'ailleurs une dimension patrimoniale prononcée, qui font l'objet de cette innovation.<sup>92</sup> La marge de manoeuvre concédée aux intéressés est dès lors loin d'être spectaculaire.<sup>93</sup>

Si l'option de loi devait être le véhicule d'un 'shopping' légal, il faudrait reconnaître que cette possibilité ne peut s'exercer qu'à l'intérieur d'un cadre fort restreint.<sup>94</sup> Dès que l'on quitte le terrain de jeu limité de l'option de loi, la nationalité comme facteur de rattachement reprend son emprise. Si la codification du droit international privé belge a en effet eu pour conséquence de démettre de son piédestal la nationalité, qui a perdu sa suprématie comme facteur de rattachement en matière familiale, elle conserve un rôle primordial à jouer à l'égard de certaines questions liées au statut personnel ou familial. Et lorsqu'elle constitue le facteur de rattachement principal, la nationalité est à l'abri de l'option de droit<sup>95</sup> – c'est le cas par exemple pour la détermination du nom (art. 37), l'établissement ou la contestation de la filiation (art. 62) ou encore les conditions qui régissent la formation du mariage (art. 46). Dans tous ces domaines, l'application du droit de la nationalité de l'intéressé(e) s'opère sans possibilité aucune pour ce dernier d'effectuer un choix quelconque. Il n'est pas contesté que dans cette configuration, les règles de conflits de nationalités jouent à plein pour permettre aux règles de rattachement fondées sur la nationalité d'être mises en oeuvre malgré le fait que la personne concernée possède plusieurs nationalités.<sup>96</sup>

Il y a plus. Tel qu'il est présenté, l'argument du 'tourisme légal' pêche en effet par défaut de nuance. Il y a en effet loin de la simple « convenance »<sup>97</sup> quand un étranger qui possède également la nationalité belge, choisit de soumettre un aspect ponctuel de son statut familial ou patrimonial au droit de son autre nationalité. Comme le rappelle Mme Foblets à propos du

---

<sup>91</sup> Comme le relate D. GUTMANN, *op. cit.*, 400-402, n° 482-486.

<sup>92</sup> Il en va de même dans les autres droits qui admettent l'option de droit. Ainsi en Suisse, l'option de droit est-elle retenue en matière successorale (art. 90 (2) LFDIP).

<sup>93</sup> D'autant plus, et cela va de soi, que l'option de droit ne permet pas aux parties de sélectionner les règles qui les intéressent dans le droit élu. Comme l'écrit Mme Foblets, « Le droit choisi ne pourra être pétri, façonné, à l'exclusion de modifications ultérieures éventuelles » (M.-CL. FOBLETS, « Quelques propositions concrètes... », *art. cit.*, 269, n° 66).

<sup>94</sup> M. Gutmann répond de manière similaire à « l'angoisse de l'insécurité juridique » que fait naître l'option de droit en insistant sur le fait que l'option ne doit pas être ouverte de manière générale, mais être strictement limitée à certaines lois (*op. cit.*, 400, n° 482).

<sup>95</sup> Sous réserve cependant de l'influence du droit primaire européen, dont les récents développements suggèrent une évolution vers une option de nationalité pour les binationaux. Voy. surtout C.J.C.E., 14 oct. 2008, *Stefan Grunkin et Dorothee Reginal Paul*, aff. C-353/06, *Rec.*, 2008, I-7639.

<sup>96</sup> Encore faut-il s'entendre sur les règles permettant de résoudre les conflits de nationalités, singulièrement lorsque la nationalité du for est en jeu. C'est principalement le caractère absolu de la primauté reconnue à la nationalité du for qui mérite débat. Il n'est en effet pas interdit de penser que cette primauté absolue peut se révéler inopportune. Sans aller jusqu'à suggérer de généraliser la primauté de la nationalité la plus effective pour tous les binationaux (en ce compris ceux possédant la nationalité du for), d'autres solutions existent qui permettraient d'apporter des solutions ponctuelles, sans remettre en question le primat de principe de la nationalité du for : approche fonctionnelle des conflits de nationalité, primauté de la nationalité effective d'un binational même à l'encontre de la nationalité du for (solution retenue par l'article 1(3) *Wet Conflictenrecht Echtscheiding*, aujourd'hui abrogée) ou encore possibilité pour les intéressés de s'extraire du conflit de nationalités en effectuant un choix de loi (par ex. le § 14-2 EGBGB en ce qui concerne les effets personnels du mariage). Même si l'on s'en tient à une primauté absolue de la nationalité du for de manière générale pour les conflits de nationalités, rien n'empêche cependant de s'interroger sur le sort à réserver aux binationaux face à l'option de loi.

<sup>97</sup> Expression utilisée par M. Lequette à propos de l'approche fonctionnelle du conflit de nationalités (Y. LEQUETTE, *art. cit.*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1992, (94), 105).

divorce, un tel choix procède le plus souvent d'un souci de réaffirmer un lien existant avec le pays d'origine – dont on comprendra que l'acquisition de la nationalité belge ne l'ait pas effacé.<sup>98</sup> Il peut également s'expliquer par le souci de garantir que la relation juridique née en Belgique sera bien reconnue dans l'autre pays.<sup>99</sup> Ira-t-on jusqu'à dire qu'il s'agit là de considérations de pure convenance?

Enfin, force est de constater que telle qu'elle est retenue par le Code, l'option de droit ne permet pas les allers et retours que semblent redouter ses détracteurs. Sous l'argument de la « convenance », l'on entend en effet poindre l'idée que le binational pourrait tantôt opter pour l'une, tantôt pour l'autre nationalité, selon ce qui lui convient le mieux. Or dans tous les cas de figure où l'option de droit est retenue par le Code, un quelconque retour en arrière semble impossible. Dès lors que deux époux ont choisi par exemple de soumettre leur demande en divorce au droit de leur Etat d'origine, la demande sera jugée sur cette base. Une fois le divorce prononcé, il n'est pas question de revenir en arrière et de se déjuger.<sup>100</sup>

Certes, rien n'empêchera l'intéressé de faire porter son choix sur une autre loi à l'occasion d'un événement ultérieur, s'il souhaite par exemple rédiger un testament.<sup>101</sup> Doit-on pour autant reprocher à l'intéressé son indécision, voire pire, l'accuser de volte-face? Il nous semble qu'il n'est pas nécessairement incohérent de souhaiter d'une part qu'un mariage soit dissout sur pied d'une loi étrangère, notamment parce que ceci en facilitera la reconnaissance dans un autre Etat et d'autre part, de se saisir de la possibilité offerte par l'article 79 pour soumettre l'ensemble de sa succession à la loi belge. Les deux options portent sur des institutions indépendantes que seules relient l'identité de la personne qui les exercent.

L'on ajoutera que bien souvent, l'option de droit ne pourra être le fait d'une seule personne. Que ce soit pour conclure un contrat de mariage, pour déterminer la loi applicable à une demande en divorce ou encore celle applicable à une convention relative aux aliments, la volonté doit être partagée par les deux parties. Ceci nous semble constituer un frein aux mouvements d'humeur et aux caprices qui pourraient guider le choix de la loi applicable.

L'ensemble de ces éléments nous semblent suffisamment convaincants pour affaiblir considérablement l'argument fondé sur le risque d'un 'shopping légal'.

Quant au risque d'enchevêtrement auquel pourrait conduire la multiplication par une personne de choix de loi contradictoires, il faut bien en mesurer la portée. L'option de loi reconnue par le Code permet en effet à une personne de se prévaloir de sa nationalité belge, s'agissant par exemple de son testament, pour ensuite jeter son dévolu sur sa nationalité marocaine, dès lors qu'est soulevée la question de son divorce. Un tel 'panachage', qui n'existerait pas si l'option de loi avait une vocation générale,<sup>102</sup> est parfaitement possible, même s'il demeurera sans doute exceptionnel. Il ne donnera pas pour autant lieu à un enchevêtrement ou, pire encore, à une collision de statuts. Les questions visées par les différents choix de loi exprimés par

<sup>98</sup> Comment comprendre sinon l'aspiration de nombreux belges installés durablement à l'étranger de pouvoir acquérir la nationalité de l'Etat dans lequel ils vivent, sans perdre la nationalité belge? Cette aspiration explique l'intense activité déployée par les belges résidant à l'étranger dans le débat qui a précédé la suppression de l'article 22 § 1-1° CNB (*supra*).

<sup>99</sup> M.-CL. FOBLETS, *art. cit.*, *T. Vreemd.*, 2006, (382), 396.

<sup>100</sup> Comme l'a relevé la Cour d'appel de Bruxelles (Bruxelles, 4 déc. 2008, *J.L.M.B.*, 2010, 1788) à propos d'une demande en divorce engagée entre deux époux italiens, les époux s'étant accordé implicitement pour l'application du droit belge en première instance, ce choix ne pouvant selon la Cour plus être remis en question en degré d'appel.

<sup>101</sup> S'il ne faut pas l'exclure complètement, cette situation ne se produira sans doute que fort rarement.

<sup>102</sup> Comme l'avait suggéré M. CARLIER, *Autonomie de la volonté*, précité, 386-387.

l'individu sont en effet distinctes. Entre le divorce, tel qu'il est visé par le Code, à savoir le principe de la dissolution, et la dévolution de la succession, les points de rencontre sont inexistantes.

L'incohérence ou l'enchevêtrement nous semble dès lors ressortir plus du défaut esthétique que de la contradiction structurelle.<sup>103</sup> Il ne sera visible que lorsque l'on adopte une vision globale de l'individu, en considérant l'ensemble des questions juridiques que peut susciter son état. Cette vision globale est cependant à notre sens une virtualité. Lorsqu'un individu se présente devant une juridiction ou qu'une question juridique se pose, c'est en effet de manière ponctuelle, voire pointilliste et non pas globale que le droit appréhende la personne. La contradiction demeurera dès lors virtuelle et ne débouchera pas sur des décisions contradictoires.

La technique ne permet bien entendu pas d'épuiser la question. Derrière l'argument de la convenance et du tourisme légal, on voit bien en effet que c'est la signification propre qui revient à la nationalité qui est en jeu.<sup>104</sup> L'étranger devenu belge, qui ferait, au gré d'une option de loi qui lui est accordée, porter son choix sur sa nationalité étrangère, renierait en quelque sorte sa qualité fraîchement obtenue de belge.<sup>105</sup> C'est donc la portée même que revêt l'acquisition de la nationalité belge qui est en jeu. Dans un contexte proche, M. Lequette évoque une « pulvérisation de la notion de nationalité » à laquelle l'approche fonctionnelle du conflit de nationalités conduirait.<sup>106</sup>

L'argument n'est pas sans rappeler celui avancé pour s'opposer à la reconnaissance de la double nationalité<sup>107</sup> ou encore – dans un autre registre – ce qui est parfois avancé lors des

---

<sup>103</sup> On rapprochera cette appréciation de la perspective adoptée lorsqu'un tribunal retient l'une des nationalités d'une personne physique, par exemple pour déterminer si cette personne peut prétendre au bénéfice d'un traité : la question du choix de la nationalité pertinente de l'individu ne se pose que de façon incidente. La solution adoptée à ce propos par la juridiction saisie n'a d'ailleurs pas autorité de chose jugée, ce qui permet à une autre juridiction, saisie dans un autre contexte, de retenir l'autre nationalité de la personne concernée. Voy. à ce propos M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 3ème éd., LGDJ, 2011, 718-719, n° 859.

<sup>104</sup> Comme on l'a relevé pour la double nationalité : Mme Muir Watt et M. Bureau relèvent que « l'acceptation ou le rejet de la double nationalité est lié à la conception de la nation et de la consistance du lien de nationalité, selon qu'il revêt une dimension utilitaire ou sentimentale » (*Droit international privé*, T. I, 2ème éd., PUF, 2010, 434-435, n° 408). Le débat relatif au statut des binationaux a en effet souvent tendance à glisser vers une réflexion plus générale sur le concept même de nationalité – comme le montrent par exemple les considérations de M. d'Avout dans ses commentaires relatifs à l'arrêt *Hadadi* : après avoir livré des observations techniques sur la solution retenue par la Cour, M. d'Avout prend le parti de proposer des réflexions sur la nécessité de « repenser la nationalité » dont il a constaté qu'elle était en voie d'« affaiblissement progressif » (L. D'AVOUT, *J.D.I.*, 2010, 163-183, spéc. pp. 176-183).

<sup>105</sup> Pour reprendre l'expression de M. FARGE, *op. cit.*, 622, n° 713. Une variante de cette thèse met l'accent non pas sur la 'duplicité' dont pourrait faire preuve le ressortissant étranger, mais bien sur la possibilité que l'option de loi ne permette de pérenniser l'application de la loi de l'Etat d'origine au détriment de l'objectif d'intégration. Mme Meziou évoque dans le prolongement de cette idée le fait que l'option de droit aboutisse à une « certaine communautarisation de la société du for » (*op. cit.*, *Rec. cours*, 2009, t. 345, 312). Sur ce danger, voy. la réponse nuancée de D. GUTMANN, *op. cit.*, 401-402, n° 484-486.

<sup>106</sup> Y. LEQUETTE, *art. cit.*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1992, (94), 103. MM. Ancel et Lequette évoquent un « sacrifice de l'identité nationale qu'a en charge le droit de la nationalité », auquel pourrait conduire à leur estime l'accueil de la théorie fonctionnelle du conflit de nationalités (B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, 419).

<sup>107</sup> On se souviendra des paroles de M. Standaert pour qui « la bi-patridie est au point de vue du droit international, une situation vraiment néfaste. On ne peut avoir deux patries, tout comme on ne peut avoir deux mères. La préférence donnée à l'une exclut nécessairement l'autre. Dire le contraire, c'est favoriser des appétits individuels, c'est permettre la fourberie, car il n'est pas possible, et les individus aussi bien que les Etats le savent, de servir en même temps deux pays, d'être bon citoyen en même temps de deux côtés à la fois » (R. STANDAERT, *La nationalité belge*, Office international d'éditions, Luttre, 1934, 134-135, n° 172).

discussions portant sur l'octroi du droit de vote aux ressortissants étrangers.<sup>108</sup> Au vrai, c'est le reproche classique du manque de loyauté qui se cache derrière l'idée qu'un étranger qui a acquis la nationalité belge ne peut la « récuser... en revendiquant l'application d'une loi correspondant à son autre nationalité ».<sup>109</sup> Ce reproche est associé au péril que le 'privilège' accordé au double national ferait peser pour « la cohésion d'une société ».<sup>110</sup> Ces mêmes arguments ont été évoqués, avec d'autres, pour s'opposer à l'approche fonctionnelle du conflit de nationalités qui a été évoquée en France.<sup>111</sup>

La portée normative de ces appréciations est évidente - et d'ailleurs pleinement assumée par ceux qui revendiquent une « rénovation » d'une nationalité jugée en état d'« obsolescence » en raison de « l'individualisme contemporain » qui conduirait à considérer que « l'appartenance plus vaste à une patrie, avec son auréole de sujétions civiques spécifiques, tend à ne plus être compris autrement que comme un archaïsme ».<sup>112</sup> Elles représentent une lecture possible du droit de la nationalité et de la notion même de nationalité. Or cette notion, bien qu'elle soit commune à tous les Etats, ne manque pas d'être construite différemment selon les traditions nationales.<sup>113</sup> Si on ajoute à cette variété l'importante réduction des effets attachés à la nationalité,<sup>114</sup> qui se cantonnent aujourd'hui à certains droits politiques et au droit de séjour,<sup>115</sup> considérer que l'acquisition de la nationalité belge emporte l'obligation de délaisser la nationalité étrangère pour ne plus s'en prévaloir qu'à l'égard des seules autorités étrangères, ne

---

<sup>108</sup> On retrouve une version moderne de cet argument sous la plume du Professeur Michel Verwilghen. Commentant l'évolution du droit de la nationalité belge, qui réserve une place de plus en plus large aux nationalités multiples, M. Verwilghen évoquait d'une part la nécessité d'une certaine tolérance vis-à-vis de ces situations – selon M. Verwilghen, « il y a lieu de reconnaître à tous ceux ... que les circonstances de la vie conduisent à vivre la réalité de deux allégeances nationales, voire davantage, le droit d'assumer cette appartenance multiple » - tout en insistant d'autre part le risque d'abus de cette situation lorsque certains étrangers « veulent ruser avec les conflits positifs de nationalités » (M. VERWILGHEN, *art. cit.*, in *Devenir belge. Un an d'application du nouveau Code de la nationalité belge (loi du 1er mars 2000)*, M.-CL. FOBLETS et al. (dir.), Bruylant/Maklu, 2002, (505), 527, n° 49). Et M. Verwilghen d'ajouter qu'il faut se méfier de « ceux qui, à la manière de spéculateurs boursiers, entendent 'jouer sur plusieurs Etats' dans leur unique intérêt personnel » (527, n° 50).

<sup>109</sup> M. FARGE, *op. cit.*, 623, n° 713.

<sup>110</sup> Y. LEQUETTE, *art. cit.*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1992, (94), 105.

<sup>111</sup> Voy. Y. LEQUETTE, *art. cit.*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1992, (94), 105 : admettre l'approche fonctionnelle du conflit de nationalités, écrit l'auteur, c'est « encourager les doubles nationaux, grâce à la quasi-ubiquité que leur assure la facilité actuelle des déplacements, à jouer sur les deux tableaux, à user à leur gré – en fonction de leur intérêt immédiat et sans se préoccuper de l'identité de la société dans laquelle ils résident – des facilités que leur donne la double appartenance ».

<sup>112</sup> Comme l'explique M. d'Avout (*art. cit.*, *J.D.I.*, 2010, (163), 176-177).

<sup>113</sup> Ainsi pour en rester au droit belge, depuis la réforme de 2000, le Code de la nationalité belge ouvre largement – on a pu dire trop largement – les portes de la nationalité belge aux ressortissants étrangers qui ne sont pas nés en Belgique. Le processus a été objectivé puisqu'en apparence du moins, l'acquisition de la nationalité ne nécessite plus de démonstration positive d'intégration, ni de connaissance linguistique. Ceci contraste fortement avec le droit néerlandais, qui connaît une exigence de démonstration positive d'intégration – dont les effets ont déjà fait l'objet d'une étude, voy. R. VAN OERS, *De naturalisatietoets geslaagd? Een onderzoek naar de totstandkoming en effecten van de naturalisatietoets*, WLP, 2006, 144 p.

<sup>114</sup> Cette réduction, sur laquelle chacun s'accorde (voy. par ex. P. LAGARDE, *La nationalité française*, 3ème éd., Dalloz, 6, n° 4) est inséparable de l'amélioration de la situation des ressortissants étrangers. Comme l'écrit, G. DE LA PRADELLE, « la nationalité perd de sa valeur dans la mesure où s'améliore la condition de certains, au moins, des étrangers » (« Quand les étrangers amènent l'Etat à redéfinir la nation », *Crit. Int.*, 2000 (vol. 8), (59), 62).

<sup>115</sup> A tel point que l'on a pu plaider pour la suppression de la nationalité, voy. P. BOELES, « Het nut van nationaliteit », *NJB*, 2007, 2666-2671.

procède-t-il pas d'un surinvestissement de la nationalité ? <sup>116 117</sup>

L'on peut d'autre part se demander si considérer qu'un étranger qui devient belge, perdrait, ce faisant, toute attache avec sa nationalité d'origine ne procède pas d'un égal surinvestissement du concept de nationalité. Sans doute faut-il en l'espèce tenir compte par exemple de la possibilité offerte à la personne concernée de renoncer à sa nationalité d'origine. In fine, rejeter toute prétention d'un individu de s'appuyer sur sa nationalité étrangère alors qu'il possède également la nationalité du for, est trop souvent justifié par le postulat que le lien avec l'Etat d'origine est devenu factice du fait de l'acquisition de la nationalité du for. Or l'hypothèse que l'une des nationalités en conflit serait artificielle ou dénuée de lien fort, est « en cours de péremption ». <sup>118</sup> Un individu peut être rattaché à deux nationalités de façon égale, la double appartenance est une situation certes parfois inconfortable, mais réelle. Comme on l'a écrit, la double appartenance « n'est pas seulement devenue banale : elle offre aussi, très souvent, des traits qui interdisent de privilégier sérieusement l'un de ses pôles ». <sup>119</sup>

En outre, il faut sans doute tenir compte de la distance qui sépare le droit de la nationalité des conflits de nationalités. Le premier est le vecteur de droits politiques importants, ce qui peut expliquer l'hésitation à permettre à une partie de se prévaloir tantôt de l'une, tantôt de l'autre des nationalités qu'elle possède. S'agissant des conflits de nationalités permettant de faire fonctionner une règle de droit international privé, le contexte est tout autre. <sup>120</sup> Si le droit

---

<sup>116</sup> L'on ne peut en tout cas nier l'existence d'un investissement important dans le chef de ceux qui estiment que le droit de la nationalité est le réceptacle de l'idée même de la nation. C'est l'opinion défendue, avec *maestria*, par M. Lequette qui estime que le droit de la nationalité a en charge le respect de l'identité nationale (Y. LEQUETTE, *art. cit.*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1992, (94), 104, n° 13). Voy. aussi du même auteur, « La nationalité française dévaluée », in *L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, 349 e.s. et plus récemment, « Réflexions sur la nationalité française », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 23, 2008.

<sup>117</sup> L'inexistence en droit belge d'une exigence de renonciation, lors de l'acquisition de la nationalité belge, à la nationalité étrangère, si elle a été critiquée, ne nous semble par contre pas décisive. Même en l'absence d'une telle exigence, un Etat peut, sans risquer d'être incohérent, considérer qu'un étranger qui a acquis sa nationalité, doit être traité comme tel en toutes circonstances, sans pouvoir se prévaloir de sa nationalité étrangère. Il n'y a pas de contradiction véritable entre ces deux positions puisque la possibilité laissée à l'étranger de conserver sa nationalité étrangère ne vise qu'à lui permettre de revendiquer des droits vis-à-vis de l'autorité étrangère. La Belgique pourrait dès lors dans le même temps permettre à l'étranger de devenir belge en conservant sa nationalité d'origine tout en lui interdisant de se référer à son autre nationalité pour des questions bien délimitées et qui appartiennent toutes à la sphère privée.

<sup>118</sup> Pour reprendre les termes utilisés par G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *art. cit.*, in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, (135), 151, n° 34.

<sup>119</sup> G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *art. cit.*, in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, (135), 151, n° 34. Voy. aussi M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 3ème éd., LGDJ, 2011, 719-721, n° 861 : ces auteurs insistent sur le fait que « De nos jours les courants migratoires sont tels que, la plupart du temps, les diverses nationalités cumulées par une même personne sont également effectives. En d'autres termes, un multinational appartient réellement aux populations de deux ou plusieurs Etats sans qu'il soit sérieusement possible de comparer la qualité de ses appartenances ». M. Gutmann relève dans la même veine que « le double national n'est pas un Français affublé d'une nationalité accessoire, mais un individu symétriquement rattaché à deux collectivités nationales » (411, n° 499).

<sup>120</sup> *Comp.* cependant les observations de M. Fallon : évoquant la mise en avant de la résidence habituelle comme facteur de rattachement, M. Fallon explique que cette évolution traduit l'acceptation que la nationalité change de signification « en matière civile », suggérant que la nationalité n'a pas le même rôle dans tous les domaines. M. Fallon précise que « elle sert moins un objectif de souveraineté qu'elle n'exprime, autant que possible, une certaine proximité supposée lorsqu'elle est partagée par les parties ». M. Fallon ajoute cependant que « le droit international privé prend acte du rôle nouveau de la nationalité ou de son rôle premier retrouvé : les modifications constantes du droit de la nationalité, exprimées au long des deux dernières décennies, manifestent une instrumentalisation du concept au service exigeant de la politique migratoire », ce qui laisse penser qu'il y a bien un lien entre les deux domaines (M. FALLON, *art. cit.*, *Travaux comité français dip*, 2004-05, (89), 102).

international privé n'est pas exempt, loin s'en faut, de considérations d'ordre politique, l'enjeu premier de la règle de rattachement demeure d'ordre privé.<sup>121</sup> C'est certainement le cas lorsque l'on se penche sur la loi applicable à une demande en divorce ou à la liquidation d'un régime matrimonial. Il nous semble que dans cette mesure, le débat ne peut se penser à l'aide des mêmes référents que ceux utilisés lorsque la nationalité est la condition d'exercice d'un droit politique.<sup>122</sup>

Dans la mesure où c'est la notion même de nationalité qui fait figure de pièce centrale, même si souvent cachée ou ignorée, du débat, il est illusoire de prétendre le trancher avec une quelconque autorité – d'autant plus qu'il s'avère difficile, voire impossible de dégager une définition précise du concept de nationalité.<sup>123</sup> Les oppositions que fait naître le concept de nationalité,<sup>124</sup> oppositions qui se nourrissent de la difficulté de cerner le concept,<sup>125</sup> sont irréductibles.<sup>126</sup> Même si le débat n'est pas clos, il faut cependant conclure.

---

<sup>121</sup> Comme l'explique J. MEEUSEN, « *De discussie m.b.t. positieve nationaliteitsconflicten is geen debat over (de waarde van) nationaliteit als zodanig, maar wèl over het gebruik van nationaliteit in een internationaalprivaatrechtelijk context* » (« Bipatriëdie in internationaal en Europees verband », in *Met rede ontleed, met rede ontkleed : opstellen aangeboden aan Fons Heyvaert ter gelegenheid van zijn vijftenzestigste verjaardag*, W. DEBEUCKELAERE et al. (éds.), Mys en Breesch, 2002, (219), 225, n° 10).

<sup>122</sup> On ajoutera que s'agissant de l'acquisition de la nationalité belge, la grande tolérance dont fait preuve le législateur belge vis-à-vis de la double nationalité doit être prise en compte : le droit belge se singularise par l'absence totale d'exigence imposée au ressortissant étranger de se défaire de la nationalité étrangère qu'il possède au moment où il devient belge. De même, le ressortissant belge peut conserver sa nationalité lorsqu'il acquiert volontairement une nationalité étrangère. Le seul vestige de la réticence à accepter la double nationalité concerne la situation de ressortissants belges nés à l'étranger et qui choisissent d'y vivre pendant les premières années de leur âge adulte (art. 22 § 1 -5° CNB). Ne peut-on dès lors pas dire que le droit de la nationalité belge se caractérise par une absence d'insistance marquée sur l'allégeance à l'Etat belge ou en tout cas sur l'exclusivité de cette allégeance?

<sup>123</sup> Comme le fait remarquer Y. LEQUETTE, réaction au compte-rendu des Mélanges Terré (*Rev. crit. dr. int. priv.*, 1999, 911-920, 915).

<sup>124</sup> Oppositions qui se prolongent dans le traitement à réserver au conflit de nationalités. M. Lagarde a ainsi montré que la recherche de la nationalité effective pouvait dissimuler deux conceptions très différentes, l'une fondée sur le principe de souveraineté et l'autre plus en ligne avec celui de proximité. M. Lagarde expliquait à ce propos que « l'élément d'effectivité peut se porter soit sur les signes d'allégeance que le double national manifeste envers l'un des Etats dont il a la nationalité, soit sur la localisation dans l'un de ces Etats de son cadre de vie, de ses relations familiales et professionnelles » (P. LAGARDE, *op. cit.*, *Rec. cours*, 1986, vol. 196, 78, n° 70).

<sup>125</sup> M. Terré évoquait à son propos une « notion fragile, voire disloquée » : F. TERRÉ, « Réflexions sur la notion de nationalité », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1975, (197), 211. Sans prendre position de manière ferme sur la question, M. Terré se demandait dans cette contribution, à la lumière d'une analyse historique et sociologique qui avait démontré la « dislocation » (p. 210) du concept de nationalité, si « le phénomène du pluralisme est, en matière de nationalité (double nationalité, supranationalité, multinationalité, ...) si anormal qu'on le pense d'ordinaire » (p. 211).

<sup>126</sup> Et ce d'autant plus que les prises de position de certains ne s'embarrassent guère de la traditionnelle prudence académique. M. Lequette a ainsi évoqué à propos de l'évolution du droit de la nationalité française, et plus généralement de la société française, un « génocide mou », ce qui lui a été reproché (voy. le compte-rendu de son article paru aux Mélanges Terré par FL. BELLIVIER et E. PATAUT, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1999, 903 e.s., spéc. 907-911. M. Lequette s'est expliqué sur ses propos, concédant avoir utilisé une « hyperbole » (*Rev. crit. dr. int. priv.*, 1999, 911-920, p. 917). Comme l'indique M. de la Pradelle, « Ces réactions mettent en évidence un effet pervers possible de l'inévitable perte de contenu des nationalités. Privées de conséquences visiblement utiles, celles-ci risquent de ne plus rien évoquer d'autre qu'une sorte d'essence imprégnant les personnes en raison de leur appartenance à des nations mythiques. Ainsi réduites à l'identité des personnes, les nationalités peuvent s'avérer dangereuses et servir d'alibis aux plus furieuses dérives » (« Quand les étrangers amènent l'Etat à redéfinir la nation », *Crit. Int.*, 2000 (vol. 8), (59), 62).

## *En guise de conclusion*

En l'état actuel du droit, la conjugaison de l'option de droit consacrée par le Code dans divers contextes et des principes régissant selon ce même Code les conflits de nationalités, laisse l'interprète dans une perplexité certaine. Si la subordination de l'option de loi aux règles régissant les conflits de nationalités semble s'imposer par sa clarté, elle n'en demeure pas moins insatisfaisante.

Il est dès lors permis de préférer une autre lecture du Code, qui conserve à l'option de droit la place que le législateur a entendu lui donner. Si cette lecture gagnerait à être consacrée expressément par le législateur, plusieurs pistes sont envisageables pour y donner suite *de lege lata*. L'on pourrait tout d'abord envisager de faire appel, pour justifier d'écarter la préférence pour la nationalité du for qu'impose l'article 3 du Code, au mécanisme de la clause d'exception prévu à l'article 19 du Code.<sup>127</sup> Cette solution présente cependant le désavantage certain de nécessiter dans chaque cas une appréciation *in concreto* des liens qui unissent la ou les personnes concernées avec les Etats dont elle(s) possède(nt) la nationalité.<sup>128</sup> Il faudra en outre tenir compte des exigences propres à la clause d'exception, ce qui ne manquera pas de rendre l'exercice fort complexe.

Une autre approche nous semble possible, qui permettrait de circonscrire de manière plus nette l'effet des règles relatives aux conflits de nationalités sur l'*optio legis*. Elle consiste à confiner l'article 3 du Code aux seules règles de rattachement qui fondent la solution du conflit de lois sur la nationalité des personnes intéressées, comme c'est leur origine et ambition. Cette solution permettrait d'écarter le jeu de l'article 3 dès lors que la règle de rattachement est fondée sur le choix des parties.

Comme déjà indiqué, cette lecture ne nous semble pas exclue par les textes. Elle demeure néanmoins fragile. Il serait dès lors opportun de la consacrer explicitement. La solution la plus indiquée semble être d'introduire une nouvelle modalité à l'article 3, dont l'empire s'élargirait pour inclure toutes les hypothèses dans lesquelles la nationalité intervient dans l'application de la règle de conflit. Comme d'autres règles générales de conflit de lois, l'article 3 pourrait connaître un régime spécial à côté des principes généraux.<sup>129</sup> Ce régime spécial viserait les règles de conflit fondées sur l'autonomie de la volonté, dont il serait précisé qu'elles échappent aux principes de solution des conflits de lois, le ou les intéressés pouvant se prévaloir de

---

<sup>127</sup> Comme le suggèrent, de manière générale, MM. Rigaux et Fallon (*op. cit.*, 203, n° 5.57) lorsque la situation présente « peu de liens significatifs avec la Belgique et en présente davantage avec le pays étranger dont l'individu possède aussi la nationalité ».

<sup>128</sup> La recherche de la nationalité effective n'est en effet pas exempte de difficulté en tant que telle, hors du contexte du choix de la loi applicable par intéressé. On évoque à propos de ce processus le « risque d'arbitraire qu'il comporte ». G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *art. cit.*, in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 135, 151, n° 34. M. Lagarde évoque quant à lui le risque d'insécurité juridique et les différences d'appréciation de l'effectivité d'un pays à l'autre », tout en soulignant que ces difficultés ne concernent que « certains cas » (« Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos notamment de l'arrêt Dujaque de la Première chambre civile du 22 juillet 1987) », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1988, (29), 37, n° 11. Et dans d'autres écrits, M. Lagarde a noté « le flou qui entoure la notion de nationalité effective dissimule une très réelle ambiguïté » (P. LAGARDE, *op. cit.*, *Rec. cours*, 1986, vol. 196, 78, n° 70). On a même écrit que la référence à l'effectivité de la nationalité pouvait servir à cacher les préoccupations tenant à la nature des problèmes dont le juge est saisi : « Le recours à l'effectivité habille, parfois, une démarche qui est déjà de type fonctionnel » : G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *art. cit.*, in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 135, 151, n° 34.

<sup>129</sup> Voy. l'article 19 dont le jeu est exclu « en cas de choix du droit applicable par les parties conformément aux dispositions de la présente loi, ou lorsque la désignation du droit applicable repose sur le contenu de celui-ci » (art. 19 § 2).

chacune de ses nationalités.<sup>130</sup> Ceci participerait d'une évolution du régime des conflits de nationalités.<sup>131</sup>

Ce faisant, le Code ferait droit à la richesse des règles de rattachement : alors que dans une conception simple, l'application de la loi nationale d'une partie est fondée sur l'idée d'allégeance à un souverain, cette règle peut en appeler aujourd'hui à des fondements divers : au-delà de l'idée, toujours présente, de sujétion politique, il faut également tenir compte de l'idée de proximité, la nationalité traduisant l'existence d'une relation étroite entre un individu et un Etat.<sup>132</sup> Ceci explique sans doute pour partie l'apparition de modalisations des principes régissant les conflits de nationalités.<sup>133</sup> Ainsi, dans l'hypothèse où une personne possède une nationalité étrangère en sus de la nationalité allemande, le droit allemand permet-il aux époux d'effectuer un choix de loi en faveur de la loi de la nationalité commune qui a comme effet de contrecarrer l'application de la règle normale de conflit de nationalités.<sup>134</sup> De même le droit néerlandais prévoit-il, lorsqu'un choix de loi est effectué en matière de divorce, des règles différentes selon que le choix résulte d'un accord de volontés entre époux ou d'une prise de position d'un des époux.<sup>135</sup>

<sup>130</sup> Solution que nous préférons à l'adoption d'une règle spéciale à la suite de chaque règle de rattachement fondée sur l'autonomie de la volonté.

<sup>131</sup> Evolution qu'ont déjà entamé certains droits étrangers. Ainsi la législation suisse relative au droit international privé distingue plusieurs principes de solution aux conflits de nationalités selon le contexte dans lequel la question est posée. L'article 23 de la loi de 1987 retient une solution différente selon que la question intéresse une règle de compétence, une règle de conflit ou un problème relatif à un jugement étranger. Voy. M. KELLER et J. KREN KOSTKIEWICZ, « Article 23 », in *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2ème éd. 2004, Schulthess, 323-329 et S. OTHENIN-GIRARD, « Nationalité multiple et apatridie : conflits positifs et négatifs de nationalités en droit international privé suisse (art. 23 et art. 24 LDIP) », *AJP/PJA*, 2000, 1498-1512.

<sup>132</sup> Par ex. B. AUDIT et L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Economica, 2010, p. 832, n° 949 – ces auteurs déduisent de ce constat que « il pourrait être tenu compte de ce qu'une nationalité étrangère est dans un cas donné plus effective que la nationalité du for ». Voy. aussi le constat que fait M. Bucher d'une inadéquation des règles régissant les conflits de nationalités aux difficultés soulevées par la situation des binationaux (A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *Rec. cours*, 2000, vol. 283, 35, n° 15).

<sup>133</sup> L'on pense évidemment à la célèbre approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités proposée par M. Lagarde - « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités... », *art. précité*, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1988, 29-54.

<sup>134</sup> Voy. l'art. 14(2) EGBGB introduit par la loi de réforme du 25 juillet 1986 : cette innovation est intéressante parce que concomitante à la consécration par le législateur de la primauté de la nationalité allemande dans les conflits de nationalités (art. 5 EGBGB). Le choix de loi apparaît dès lors comme un mécanisme permettant aux parties d'échapper à la rigueur des principes régissant les conflits de nationalités. Ce mécanisme, dont on a pu critiquer la pusillanimité (F. STURM, « Personnes, familles et succession dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand », *Rev. crit.dr. int. priv.*, 1987, (33), 53-54) n'est semblait-il que peu utilisé (P. MANKOWSKI, « Article 14 », in *Staudigers Kommentar zum BGB – EGBGB/IPR – Art. 13-17b EGBGB*, 2011, Sellier/De Gruyter, 413, n° 161). Voy. aussi les commentaires de K. SIEHR, « Article 14 EGBGB », in *Munchener Kommentar*, vol. 10, Beck, 2010, 5ème éd., 1847-1851, n° 41-62. La solution a d'ailleurs été critiquée, voy. G. KEGEL et K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9ème éd., Beck, 2004, 835 – ces auteurs écrivent que « *Die Zulassung der Rechtswahl ist rechtspolitischer bedenklich* » (la critique vise non pas le principe de l'option de loi comme solution à la primauté de la nationalité allemande, mais bien la matière pour laquelle cette option de loi est reconnue, à savoir les effets personnels du mariage) et K. FIRSCHING, « Parteiautonomie und Ehwirkungsstatut im IPR-Gesetzentwurf », *IPRax*, 1984, 125 e.s.

<sup>135</sup> L'article 56 du récent Livre 10 du Code civil néerlandais soumet le divorce au droit néerlandais. Les époux peuvent cependant effectuer un choix pour la loi de leur nationalité commune s'ils possèdent une nationalité étrangère. Lorsque ce choix est effectué par les deux époux conjointement, il n'est pas tenu compte de l'effectivité de la nationalité commune. Le choix est dès lors valable même si les époux possèdent une autre nationalité (voy. les explications de F. IBILI, « Boek 10 BW (IPR) : echtscheiding (art. 10:54 t/m 59 BW) », *WPNR*, 2010, n° 6838, (273), 275, qui cite l'exposé des motifs (note 21)). Par contre, lorsque le choix n'émane que de l'un des époux, la loi nationale commune n'est appliquée que si elle se révèle être la nationalité la plus effective des époux (« ... beide echtgenoten een werkelijke maatschappelijke band met het land van die gemeenschappelijke nationaliteit hebben... »). Le législateur a tenté d'éviter par ce biais qu'un

Cette lecture ou réécriture permettrait en outre d'éviter une difficulté importante. Si l'on admet que les principes régissant les conflits de nationalités s'imposent de manière générale, le maniement de l'option de législation est en effet singulièrement complexe lorsque la personne qui bénéficie du choix possède deux nationalités étrangères. Alors que lorsque l'intéressé possède la nationalité belge, celle-ci l'emporte de façon nette, la question est plus difficile à résoudre lorsque l'intéressé possède deux nationalités étrangères. Voici un ressortissant italien qui possède également la nationalité argentine. Il souhaite faire un choix de loi sur base de l'article 79 du Code. S'il faut faire référence aux règles classiques relatives aux conflits de nationalités, il s'imposerait de déterminer avant toute chose laquelle de ces deux nationalités est la plus effective. Selon l'article 3 § 2 (2°) du Code, en présence d'une plurinationalité étrangère, c'est en effet la nationalité avec laquelle la personne présente « les liens les plus étroits » qui est déterminante. Or l'on sait que cette détermination est susceptible de susciter des difficultés.<sup>136</sup> Dans un grand nombre de cas, la personne concernée résidera en Belgique. Or cette résidence habituelle ne sera d'aucune utilité pour donner la préférence à l'une des nationalités en cause.<sup>137</sup> Une telle incertitude est difficilement acceptable s'agissant pour une partie d'effectuer un choix de loi destiné précisément à assurer la sécurité juridique.<sup>138</sup> Ceci plaide pour autant que de besoin pour une lecture de l'option de nationalité déconnectée des règles relatives aux conflits de nationalités.

\* \* \*

---

divorce soit prononcé sur base d'une loi avec laquelle l'un des époux n'aurait qu'un lien trop faible, considération qui ne joue pas lorsque le choix émane des deux époux dans la mesure où l'expression de leur volonté l'emporte sur la réalité des liens avec l'une des nationalités qu'ils possèdent.

<sup>136</sup> *Supra*, note 128.

<sup>137</sup> Selon l'article 3 du Code, il faut en effet tenir compte de la résidence habituelle pour déterminer l'existence des liens les plus étroits.

<sup>138</sup> Ceci explique que le législateur suisse a exclu l'application de la règle visant les conflits de nationalités étrangères lorsqu'il a permis le choix de loi, voy. l'article 52(2) *in fine* de la loi suisse de droit international privé qui tout en permettant aux époux de choisir, pour régir leur régime matrimonial, la loi de la nationalité de l'un d'entre eux, exclut le jeu de l'article 23 al. 2 de la même loi qui prévoit que lorsqu'une personne possède plusieurs nationalités, celle de l'Etat avec lequel elle a les relations les plus étroites est seule retenue et les commentaires de A. BUCHER, « Article 52 », in *Loi sur le droit international privé – Convention de Lugano, Commentaire Romand*, A. BUCHER (éds.), Helbing Lichtenhahn, 2011, 468, n° 3. Voy. aussi les commentaires de M. Bonomi à propos de l'article 8 § 1 lit. a du Protocole de la Haye relatif aux aliments, qui permet aux créancier et débiteur d'aliments de désigner la loi de l'Etat dont l'un d'eux possède la nationalité pour régir une obligation alimentaire. M. Bonomi observe à ce propos que « En cas de pluralité de nationalités, il convient d'admettre dans le silence du Protocole que le choix peut porter indifféremment sur l'une ou l'autre des lois nationales des parties; en effet, la recherche de la nationalité la plus étroite ou la plus effective risquerait de créer des incertitudes quant à la validité du choix, en fragilisant l'autonomie des parties » (Rapport explicatif sur le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, 31, n° 131).