

Université
de Liège



LA PLURALITE FAMILIALE EN DROIT INTERNE A L'EPREUVE DE LA DIVERSITE DES INSTITUTIONS FAMILIALES ETRANGERES

Dissertation en vue de l'obtention du grade de docteur en sciences juridiques
présentée par

Hélène Englert

2016 - 2017

Promoteur :

Patrick WAUTELET, Professeur à l'Université de Liège

Comité d'accompagnement :

Jean-Yves CARLIER, Professeur à l'Université catholique de Louvain et à l'Université de Liège

Yves-Henri LELEU, Professeur à l'Université de Liège et chargé de cours à l'Université libre de Bruxelles

Membres du jury :

Marie-Claire FOBLETS, Professeur à la Katholieke Universiteit Leuven et Directrice de l'Institut Max Planck d'Anthropologie Sociale (Halle)

Mohamed LOUKILI, Professeur à l'Université Mohamed V de Rabat

« La rencontre avec l'autre conduit à mener une réflexion sur soi-même et à porter un nouveau regard sur soi-même et sur l'autre. Sur le plan scientifique de l'élaboration du droit international privé, elle conduit à réviser les certitudes, à abandonner les intransigeances, à adopter une démarche de pensée moins abstraite, plus ouverte aux réalités humaines »

J. DEPREZ

Remerciements

Si le dépôt d'une thèse n'est qu'une étape annonçant la soutenance, il s'agit en soi d'un événement qui clôture la première partie de ce travail. De là naît une émotion que je souhaite partager en remerciant les personnes sans lesquelles je n'aurais pu mener à bien ce projet.

Étonnamment, au moment de prendre la plume pour écrire ces mots, après les « *quelques pages* » rédigées, le phénomène de « *la page blanche* » ressurgit. La peur d'oublier quelqu'un ? L'émoi lié à l'aboutissement d'un processus qui a constitué pour moi, certainement, un exercice intellectuel, mais aussi, de manière plus surprenante, un véritable parcours personnel ? Ce chemin parcouru et sa concrétisation dans cette thèse, je les dois à ceux qui m'ont accompagnée pendant ces années de recherches.

D'abord, ma profonde gratitude s'adresse à Patrick Wautelet, mon promoteur, qui a toujours été présent pour me guider et enrichir mes réflexions. Son écoute, son soutien constant et son ouverture m'ont autorisée à m'aventurer dans des choix difficiles. Je le remercie pour cela ainsi que pour ses lectures attentives, sa bienveillance et son intelligence dans le suivi de mon travail. J'ai eu la chance énorme de pouvoir bénéficier de son appui.

Je remercie très sincèrement aussi les membres de mon Comité de thèse, Jean-Yves Carlier et Yves-Henri Leleu, qui, par des conseils avisés, ont stimulé ma réflexion et m'ont permis d'approfondir mes recherches.

Je remercie également Marie-Claire Foblets et Mohamed Loukili d'avoir accepté de participer à mon Jury de thèse.

Je remercie enfin l'Université de Liège de m'avoir accordé une bourse Non-Fria pour financer ce projet.

Dans cette aventure, j'ai, par ailleurs, été très bien entourée.

Merci à Julien, à Armelle et à Géraldine du cabinet d'avocats « *B104* » pour leur accueil dans des locaux vivants et joyeux, rendant ainsi mon travail moins solitaire.

Merci à mes collègues de DIP, de l'ADDE à l'Université, auprès desquels j'ai nourri un intérêt profond pour cette matière et avec qui j'ai toujours eu beaucoup de plaisir à travailler : Sophie De Blaere, Caroline Apers, Bruno Langhendries, Isabelle Doyen, Jinske Verhellen, Thalia Kruger, Silvia Pfeiff, Fleur Collienne, France Blanmailland...

Un mot particulier pour ceux qui, toujours avec gentillesse et générosité, m'ont prêté main-forte, en discutant, relisant, me soutenant : Julien, Manouche, Silvia, Marie, Isa, Miguel, Sarah, Johanne et Pierre. Je remercie aussi Anne-Marie pour sa précieuse relecture.

Merci à mon fils, si merveilleux, pour ses encouragements.

Enfin, ce projet a été une nouvelle occasion de réaliser à quel point ma famille et mes amis sont toujours là pour moi, et je les en remercie du fond du cœur.

Sommaire général

Introduction	5
Partie 1 - À la recherche des principes qui sous-tendent le droit familial belge	17
Introduction	18
Chapitre 1 - Comment définit-on la famille en droit familial belge ?	23
Chapitre 2 - La famille est régie par des principes au contenu évolutif	39
Chapitre 3 - Une nouvelle méthodologie en droit familial : des principes plus généraux pour une approche individualisée	100
Chapitre 4 - Conclusion	119
Partie 2 - Les critères posés à la réception du droit familial étranger. Analyse sous le prisme de l'accueil du droit marocain de la famille, de la gestation pour autrui et de l'adoption internationale	122
Introduction	123
Chapitre 1 - Propos liminaires : les règles de droit international privé	132
Chapitre 2 - Les critères d'accueil du droit marocain de la famille en Belgique (Étude de cas n° 1)	136
Chapitre 3 - Les institutions exorbitantes du droit de la filiation (Études de cas n° 2 et 3)	273
Partie 3 - Familles internes et familles internationales : quelle cohérence juridique ?	339
Chapitre 1 - Le morcellement comme définition commune	340
Chapitre 2 - Vers une approche plus cohérente du traitement de la famille interne et de la famille internationale	367
Conclusion générale	390
Bibliographie	394
Table des matières	418

Introduction

1. En Belgique, un couple peut se composer d'un homme et d'une femme, de deux hommes ou de deux femmes, vivre ensemble ou séparément, cohabiter légalement ou se marier. Les membres du couple peuvent par ailleurs reconnaître un enfant conçu avec un tiers durant une union légale, s'engager à être parent lors d'un projet de procréation médicalement assistée, rompre facilement et recommencer ces hypothèses autant de fois qu'ils le souhaitent.

À l'étranger, une telle vie familiale n'est pas nécessairement possible. Par contre, d'autres scénarios existent. Pour ne donner que quelques exemples, relevons qu'un homme peut être autorisé à épouser plusieurs femmes, le choix du conjoint peut se voir encadrer par des conditions strictes et la sortie de l'union peut être laissée à la discrétion de l'un des époux uniquement. Dans un autre ordre d'idées, un couple peut être autorisé à demander à une mère de substitution de porter son enfant, un enfant peut être confié à une tante plus aisée et une adoption peut se voir soumise à la condition d'être déjà parent.

Ces différents exemples témoignent de l'existence d'une multiplicité de situations familiales, lesquelles sont de deux ordres : internes ou internationales. C'est à la cohérence du traitement juridique de cette double diversité que cette étude est consacrée.

Le sujet de l'étude : le traitement juridique de la diversité familiale interne et internationale

2. Les exemples proposés suggèrent que la manière de constituer une famille et de vivre en famille est plurielle et que cette pluralité comporte différentes dimensions, lesquelles sont partiellement reflétées par les règles juridiques. D'une part, le droit belge permet aujourd'hui de vivre en famille selon des formes très diverses. D'autre part, sur le plan international, des modèles familiaux variés existent, selon les conceptions religieuses, morales ou politiques qui les sous-tendent.

Sur le plan interne, l'évolution de ces 40 dernières années a fait basculer le droit de la famille vers la prise en compte d'une plus large variabilité des formes de vie familiale. L'intervention du législateur pour permettre une plus grande latitude dans le choix de leur statut par les familles elles-mêmes s'accompagne, par ailleurs, de nouvelles notions dont le contenu normatif demeure flou.

Au niveau mondial, les familles ont répondu par le passé, et encore aujourd'hui, à des schémas différents. Pour prendre un exemple actuel, pensons à l'écart qui peut exister entre une famille belge composée d'un couple de même sexe ayant adopté des enfants et une famille marocaine fondée par un mari polygame. La vie familiale repose, en effet, selon les

régions ou les pays, sur des valeurs et des règles de droit différentes ; et même les législations familiales des États européens diffèrent. À cet égard, s'il est certain que le droit de la famille intéresse le législateur européen, les instruments adoptés visent davantage la coordination que l'uniformisation ⁽¹⁾.

Cette situation implique que les familles internationales – terme que nous utiliserons tout au long de cette étude pour parler des familles qui sont empreintes d'un élément d'extranéité (par la nationalité de leurs membres, la résidence, le lieu d'établissement des actes relatifs à la vie familiale, ou encore la situation migratoire) – peuvent être confrontées à des obstacles juridiques spécifiques. Ces obstacles sont souvent associés à la reconnaissance des liens noués à l'étranger entre les différents membres d'une famille. Par ailleurs, il arrive fréquemment que des difficultés supplémentaires interviennent lorsque se pose la question migratoire.

3. La présente étude repose sur un questionnement formulé en deux temps : quels sont les principes qui sous-tendent le droit belge de la famille ? Ces principes sont-ils appliqués lorsque la vie familiale comporte des éléments d'extranéité ? Il implique, d'une part, d'appréhender la notion de famille et, d'autre part, de procéder à une étude transversale de différentes branches du droit.

L'entreprise n'est pas évidente dès lors que la famille ne connaît pas de définition univoque. Elle ne l'est pas non plus sur le plan méthodologique, puisqu'elle nécessite de dégager des principes et d'analyser leur mise en œuvre dans des contextes différents.

La réponse à notre questionnement de départ est construite de la manière suivante : nous déterminerons, dans un premier temps, les principes qui sous-tendent la famille en droit positif belge. Nous analyserons, ensuite, la perméabilité de l'ordre juridique belge au droit étranger afin de vérifier si ces principes sont appliqués de la même manière aux familles internationales. C'est, en effet, au regard de ce qui *passé la frontière* que nous étudierons la tolérance de l'ordre juridique belge au droit familial étranger et, par conséquent, la cohérence du positionnement juridique à l'égard de la diversité familiale interne, d'une part, et internationale, de l'autre. Les constats qui seront faits, sur le plan des éventuelles incohérences entre ces deux approches, permettront de proposer des pistes afin que, tout en gardant leurs objectifs propres, les réglementations concernées poursuivent des logiques similaires.

Pour ce faire, l'analyse portera sur le droit familial belge et sur le droit international privé. La matière du regroupement familial sera également abordée, de manière ponctuelle, lorsqu'elle apporte des éléments qui permettent d'éclairer les propos ou de mettre ceux-ci en perspective. Le droit international privé et le droit des étrangers entrent, en effet, souvent en interaction. Il

¹ J. POUSSON-PETIT, « Troisième millénaire : évolution ou révolution du droit des personnes et de la famille dans les pays européens ? », *R.T.D.F.*, 3/2006, p. 741. Voyez aussi : H. FULCHIRON, « La construction d'un droit 'européen' de la famille : entre coordination, harmonisation et uniformisation », *R.A.E. – L.E.A.*, 2014/2, pp. 309 et suiv.

semble donc que l'analyse des situations familiales internationales sous l'angle du droit international privé nécessite, sur de nombreux points, des incises en droit des étrangers. Nous ne manquerons pas d'attirer l'attention du lecteur sur ces interférences. Les liens entre ces deux disciplines sont d'ailleurs devenus un centre d'intérêt depuis quelques années, différents auteurs y ayant consacré leurs réflexions ⁽²⁾.

Quant au droit social, au droit fiscal et au droit pénal de la famille, ils ne seront pas abordés dans cette recherche. Cette exclusion repose sur le fait que la comparaison entre la famille interne et la famille internationale est envisagée sous l'angle des principes. Cette approche justifie que nous ne nous attachions pas aux droits dérivés qui naissent de l'existence d'une situation familiale. Certes, l'analyse de ces matières apporterait des éléments intéressants pour une réflexion sur la famille. Elle ne rencontre cependant pas notre sujet d'étude, qui traite de l'existence des liens familiaux en tant que tels. Nous nous y référerons toutefois de manière ponctuelle lorsque ces matières sont susceptibles d'éclairer utilement le propos. Pour le surplus, nous nous permettons de renvoyer le lecteur aux contributions déjà parues sur le sujet ⁽³⁾.

L'objet de l'étude : la famille

4. Avant de s'engager dans la recherche, il est indispensable d'en préciser l'objet. Définir ce que signifie *la famille* constitue une tâche particulièrement difficile, voire impossible. Certains auteurs y renoncent d'ailleurs ⁽⁴⁾. En effet, la famille constitue un terme générique qui peut désigner des groupes différents et aucune définition unique ne peut être avancée. Outre qu'elles correspondent à plusieurs cercles de proximité, les définitions ne sont jamais tout à fait identiques ⁽⁵⁾.

² Voyez par exemple : J. VERHELLEN, *Het belgisch Wetboek IPR in familiezaken*, Bruges, La Chartre, 2012; J. VERHELLEN (dir.), *Loi et pratique en DIP familial*, Bruges, La Chartre, 2013 ; S. VAN WALSUM, *The Family and the Nation. Dutch Family Migration Policies in the Context of Changing Family Norms*, Cambridge, Scholars Publishing, 2008 ; V. VAN DEN ECKHOUT, "Internationaal privaatrecht en migratierecht", *Nemesis*, 2002/4, pp. 75 et suiv.

³ Voyez par exemple : J. P. LHERNOULD, « Le périmètre de la famille en droit social communautaire », *Dr. Fam.*, n° 12, décembre 2005, étude 26 ; Pour un tour d'horizon des « branches périphériques du droit de la famille », pour reprendre l'expression de l'auteur, nous renvoyons à J. FONTEYN, « Les statuts du couple : quel rôle pour la loi ? », *Ann. Dr.*, vol. 74, 2014, n° 1, pp. 21 et suiv.

⁴ Voyez par exemple : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 18-19 ; P. MURAT, *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2010, p. 3.

⁵ Si l'on se penche sur les définitions qu'en donnent les dictionnaires, la famille, dans un sens restreint, est constituée des « personnes apparentées vivant sous le même toit, et spécialement le père, la mère et les enfants » (Le Nouveau PETIT ROBERT, Paris, 2008), ou, de manière plus contemporaine, de l'« ensemble formé par le père, la mère (ou par l'un des deux) et les enfants » (Le PETIT LAROUSSE 2010). Prise au sens large, les définitions de la famille visent la « succession des individus qui descendent les uns des autres de génération en génération » (Le Nouveau PETIT ROBERT, Paris, 2008) ou l'« ensemble des personnes qui ont des liens de

L'on peut toutefois avancer que la notion de famille et celle de parenté ne se recouvrent pas complètement. La parenté, pour emprunter la définition de Carbonnier, constitue « *le rapport de droit qui existe entre deux personnes dont l'une descend de l'autre (parenté ou ligne directe) ou qui descendent d'un auteur commun (parenté ou ligne collatérale). C'est une communauté génétique, une communauté de chair et de sang. Pour préciser la nature et la proximité des divers degrés de parenté, on les représente graphiquement au moyen de 'lignes' qui sont divisées en 'degrés', chaque degré figurant une génération* »⁽⁶⁾. Selon le Nouveau Petit Robert, la parenté s'étend également au « *rapport équivalent établi par la société* »⁽⁷⁾, c'est-à-dire via l'alliance⁽⁸⁾. La parenté reprend en quelque sorte la famille entendue au sens large, en tant que système de rattachement des individus à leur ancêtre.

Parenté et famille ont fait l'objet de nombreuses études dans différentes disciplines : anthropologie et sociologie notamment⁽⁹⁾. La parenté connaît, en effet, des systèmes multiples et la famille peut recevoir une pluralité de sens qui rend complexe son appréhension. Lorsque l'on parle de famille, il peut s'agir de la famille étendue (le ménage, les descendants, les ascendants et les collatéraux), de la famille nucléaire (les parents et leurs enfants, parfois étendue aux ascendants), du ménage (les personnes vivant sous le même toit)⁽¹⁰⁾, etc.

Le terme *famille*, proche de la réalité quotidienne, recouvre par conséquent des réalités diverses⁽¹¹⁾. Toutefois, la famille existerait dans l'ensemble des sociétés humaines et

parenté par le sang ou par l'alliance » (Le PETIT LAROUSSE 2010). La même dualité de définitions se retrouve dans le langage juridique, la famille étant soit « *l'ensemble des personnes qui sont unies par un lien de sang, qui descendent d'un auteur commun (même au-delà du degré successible)* », soit, « *le groupe restreint des père et mère et de leurs enfants (mineurs) vivant avec eux (famille conjugale, nucléaire)* » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9e éd., PUF, Paris, 2011).

⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. 2, « La famille, l'enfant, le couple », 21e éd., Paris, PUF, 2002, p. 35.

⁷ Le Nouveau PETIT ROBERT, Paris, 1996.

⁸ « *L'alliance est le rapport de droit qui existe entre l'un des époux et les parents de l'autre : gendre et beau-père, beaux-frères, belles-sœurs, etc. [...] L'alliance est susceptible de la même computation, par ligne et degré, que la parenté* ». J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. 2, « La famille, l'enfant, le couple », *op. cit.*, p. 38.

⁹ Voyez par exemple sur la famille et la parenté : C. LEVI-STRAUSS, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris-La Haye, Mouton & Co, 1967 ; C. LEVI-STRAUSS, *Le regard éloigné*, Paris, Plon, 1983 ; M. SEGALIN, *Sociologie de la famille*, 7e éd., Paris, Armand Colin, 2010 ; L. ROUSSEL, *La famille incertaine*, Paris, Editions Odile Jacobs, 1999 ; R. DELIEGE, *Anthropologie de la famille et de la parenté*, 3e éd., Paris, Armand Colin, 2011 ; D. DEBORDEAUX et P. STROBEL, *Les solidarités familiales en questions*, Paris, LGDJ, n° 34, 2002 ; A. LEFEBVRE-TEILLARD, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, Paris, PUF, 1996 ; F. PAYEN, « La famille organisatrice du sexuel et de la parenté est-elle en voie de disparition ? », in *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : Étude pluridisciplinaire*, P. BOUCAUD (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009 ; G. BEGONNIER-DUPUY et M. ROBIN (dir.), *Couple conjugal, couple parental : vers de nouveaux modèles*, Ramonville-Saint-Agne, Érès, 2007 ; F. DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, 4e éd., Paris, Armand Colin, 2010.

¹⁰ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 3 et 4 ; P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, 4e éd., Paris, Defrénois, 2011, p. 8.

¹¹ Il semble d'ailleurs difficile aujourd'hui de défendre l'idée d'une famille naturelle ou universelle. Toutefois, la famille nucléaire existerait de tout temps et partout. Tout individu appartient à au moins deux familles nucléaires : la famille d'origine (qui l'a créé) et la famille de procréation (qu'il a fondée). Voyez : R. DELIEGE,

constituerait un groupe spécifique, qui se distingue des autres formes d'organisation sociale ⁽¹²⁾. Pour L. Roussel, par exemple, la famille « *Sous sa forme la plus générale, [...] est ce qui transforme la relation sexuelle en une solidarité durable et ce qui donne à cette union, à travers les enfants, une portée qui passe la mort des conjoints. Ce sont là des réalités irréductibles, sans équivalent* » ⁽¹³⁾.

Si les définitions sont multiples et les familles plurales ⁽¹⁴⁾, nous nous proposons néanmoins d'appréhender la notion sous un angle général, en dégagant des principes qui sous-tendent les normes régissant les rapports interpersonnels.

Précisions méthodologiques

5. La recherche de principes, au départ de l'analyse des règles de droit, a déjà été proposée dans différentes matières qui concernent notre sujet de recherche. D'une part, H. Fulchiron s'est concentré sur les principes propres au droit de la famille en Europe. L'auteur démontre qu'il n'existe pas de « *modèle familial européen* », au motif qu'il n'y a pas un type de famille, un mode de vie en famille ou une structure juridique de base qui serait proposée comme référence aux pays de l'Union ⁽¹⁵⁾, mais bien des relations familiales « *modélisées* » par des principes communs. Ces principes ressortent de l'ensemble des normes disparates qui régissent les différentes formes de vie en famille ⁽¹⁶⁾. D. Van Grunderbeeck s'est attachée, de son côté, à extraire et à formuler les principes de base du droit familial qui ressortent de la Convention européenne des droits de l'homme et de son interprétation par les instances de contrôle ⁽¹⁷⁾.

Anthropologie de la famille et de la parenté, op. cit., pp. 21 à 26, et L. ROUSSEL, *La famille incertaine, op. cit.*, p. 13.

¹² C. LEVI-STRAUSS, *Le regard éloigné, op. cit.*, p. 66.

¹³ L. ROUSSEL, *La famille incertaine, op. cit.*, p. 292. Elle était traditionnellement considérée comme une entité particulière : la structure, le 'corps protecteur', entre l'individu et l'État (F. RIGAUD, *Les personnes*, T. 1, « Les relations familiales », Bruxelles, Larquier, 1971, p. 83).

¹⁴ Terme emprunté à Y. H. LELEU, pour qui « *Les familles sont plurales à l'image des individus qui les constituent* » (*Droit des personnes et des familles, op. cit.*, p. 19).

¹⁵ Selon l'auteur, bien qu'il existe des convergences entre les droits nationaux, il n'y a pas une construction, un choix des États, et donc un modèle. Il n'existerait pas de modèle familial européen mais « *des relations familiales reconnues et protégées en ce qu'elles mettent en cause les droits et libertés individuels* » (H. FULCHIRON, « La construction d'un droit 'européen' de la famille : entre coordination, harmonisation et uniformisation », *op. cit.*, p. 310).

¹⁶ Il s'agit de la liberté (de se marier et de fonder une famille, de vivre séparé, de vivre hors mariage), de l'égalité (entre l'homme et la femme, égalité des enfants, égalité des familles) et de la solidarité (des parents à l'égard de leurs enfants, du groupe familial). Voyez : H. FULCHIRON, « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Deffrénois*, n° 19/05, pp. 1461 et suiv.

¹⁷ D. VAN GRUNDERBEECK, *Beginselen van personen- en familierecht*, Antwerpen – Groningen – Oxford, Intersentia, 2003.

D'autre part, M. C. Najm s'est attelée à ce type d'exercice concernant le droit international privé⁽¹⁸⁾. Elle repère ainsi des principes directeurs du droit international privé et les classe en catégories⁽¹⁹⁾.

Ce dernier ouvrage apporte des éléments de définition intéressants dès lors qu'il précise la notion de principe telle que retenue dans le cadre de la recherche. Le principe y est défini comme une proposition première dont se déduisent les autres dispositions. Il est un effort de rationalisation et de systématisation du droit ; la méthode pour repérer ces principes « *consiste à dépouiller les règles de leurs particularités afin de dégager de l'ensemble des règles ainsi 'épurées' un dénominateur commun, un fondement, un principe* »⁽²⁰⁾. C'est à cette tâche que nous allons nous consacrer en ce qui concerne le droit familial belge.

Si nous n'avons pas retenu le qualificatif de *directeurs*, c'est que nous ne recherchons pas les principes qui indiquent une voie à suivre. Nous nous concentrons sur ceux qui *sous-tendent* les règles du droit familial belge, c'est-à-dire, ceux qui sont à la base des règles de droit étudiées. Les deux notions se rejoignent toutefois dès lors que c'est au regard de l'objectif poursuivi par les règles que les principes peuvent être dégagés⁽²¹⁾.

Plus précisément, nous allons extraire, en nous concentrant sur ce qui est commun, des principes d'un ensemble de règles liées entre elles, celles qui traitent des aspects personnels du droit familial belge. La méthode utilisée sera, à l'instar de celle qui préside à la constatation des principes généraux du droit⁽²²⁾, inductive, au départ des règles particulières. C'est, en effet, à partir des cas traités par les normes que l'on peut dégager les principes qui les sous-tendent. En d'autres termes, le « *passage de la règle particulière au principe général 'qui la sous-tend' se fait en dépassant la spécificité de la règle, liée au cas pour lequel elle a été élaborée, pour rechercher ce qui la relie, au plan juridique et de manière significative,*

¹⁸ M. C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations*, Paris, Dalloz, 2005.

¹⁹ Ces principes peuvent être regroupés en deux catégories : les principes à finalité internationale (continuité, effectivité et prévisibilité des situations juridiques) et les principes à finalité interne (cohérence des situations juridiques dans l'ordre interne et cohésion de l'ordre juridique du for).

²⁰ M. C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisation*, *op. cit.*, p. 33. L'auteur compare, par ailleurs, le principe et la règle de droit. Si l'abstraction et la généralité caractérise les deux concepts, le principe gère une infinité de situations alors que la règle vise un type de situation. Le principe constitue, en réalité, une abstraction de l'ensemble des règles.

²¹ Concernant les principes directeurs : *Idem*, p. 71.

²² Les principes généraux du droit, quant à eux, « *manifestent 'l'esprit' d'un système juridique. Leur présence y est plus ou moins implicite ; ils sont immanents. La doctrine enseigne généralement qu'ils se dégagent par la voie d'un raisonnement inductif, consistant en 'une généralisation à partir des textes'* » (P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 28 et suiv.). Notons que les principes généraux du droit sont une source de droit positif même s'ils ne font pas partie du droit écrit. Les principes généraux du droit sont, en effet, des principes directeurs virtuellement contenus dans l'ordre juridique. Ils sont une source de droit autonome mais supplétive à la loi. Reconnus par l'article 2 du Code judiciaire, ils sont formulés par la jurisprudence et la doctrine (voyez : P. MARCHAL, *Principes généraux du droit*, *op. cit.*, pp. 11 et suiv.). Les principes que nous allons dégager sous-tendent le droit positif, mais ne sont pas source de droit.

aux autres règles particulières prises en considération »⁽²³⁾. C'est donc la raison de la norme qui conduit à formuler un principe plus général que le cas particulier.

6. Les principes dégagés ne sont pas reliés entre eux par une logique d'ensemble. Ils sont définis isolément, chacun avec les nuances et les évolutions qui les caractérisent. C'est pourquoi nous ne tentons pas une modélisation du droit positif de la famille.

Nous ne cherchons, en effet, pas à définir un modèle familial belge. Selon M. Virraly, « *On peut définir le modèle comme une représentation schématisée d'un objet quelconque : 'chose' matérielle, situation sociale, conduite humaine, etc., destinée à faire apparaître certains traits significatifs. Le modèle n'est donc pas construit à partir du réel concret, du phénomène, mais d'une représentation intellectuelle de ce phénomène : il est une abstraction. Comme la grille apposée sur un message secret, il permet de déchiffrer une réalité complexe, en éliminant tous les éléments inutiles (non significatifs) pour laisser apparaître les seuls qui soient porteurs d'un sens pour celui qui l'utilise* »⁽²⁴⁾. Le modèle constitue donc une figure représentative, conceptualisée, qui aurait pour objet de mettre en lumière des caractéristiques générales et par conséquent de permettre une meilleure compréhension de la réalité juridique⁽²⁵⁾.

La question du modèle est intéressante dès lors que l'idée même d'un type de famille est aujourd'hui rejetée au profit d'une vision plurielle de la notion. L'opération n'est toutefois pas impossible, le modèle pouvant être construit sur la base de ce qui est autorisé et de ce qui est rejeté par le droit⁽²⁶⁾ (pour autant évidemment que le modèle soit construit largement et non par référence à une image monolithique des constructions familiales, comme l'était par le passé la famille patriarcale)⁽²⁷⁾. Le droit fait, en effet, « *par essence des choix normatifs* »⁽²⁸⁾.

²³ *Idem*, p. 29.

²⁴ M. VIRRALY, « Le phénomène juridique », in *Le droit international en devenir, Essai écrit au fil des ans*, Paris, PUF, 1990, p. 38. L'auteur traite de la norme juridique et la définit comme un modèle de jugement. Cette définition du modèle fait certainement penser à la démarche des idéaux-type de M. WEBER. À cet égard, WEBER explique : « *On obtient un idéaltype en accentuant unilatéralement un ou plusieurs points de vue et en enchaînant une multitude de phénomènes donnés isolément, diffus et discrets, que l'on trouve tantôt en grand nombre, tantôt en petit nombre et par endroits pas du tout, qu'on ordonne selon les précédents points de vue choisis unilatéralement, pour former un tableau de pensée homogène* » (M. WEBER, *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1965, p. 172).

²⁵ Le concept de modèle connaît différentes définitions. Par exemple, et pour se référer à la contribution très intéressante de C. CLEMENT relative à la place du modèle en contexte de pluralisme, le modèle peut être défini également comme « *un exemple à suivre, un idéal, une référence, un objet d'imitation* » (Le Nouveau Littre, édition 2006, V° « Modèle ») ou « *ce qui possède au plus haut point certaines qualités ou caractéristiques qui en font le représentant d'une catégorie* » (Le Petit Robert, V° « Modèle »).

²⁶ C. CLEMENT, « La place du modèle familial dans un système pluraliste », in *Réflexion sur le pluralisme familial*, O. ROY (dir.), Paris, Presses universitaires de Paris-Ouest, 2011, pp. 124-125.

²⁷ Dans ce sens, lisez la citation suivante (dont nous ne partageons pas la portée idéologique) : « *En posant une règle, la loi pose nécessairement des interdits et propose des modèles ; que ces interdits et ces modèles évoluent,*

Cependant, il nous a semblé plus intéressant de mettre à jour des principes, sans chercher à les insérer dans un cadre organisé. Une telle démarche laisse, en effet, plus de place au caractère pluriel du droit de la famille. D'autre part, il apparaît plus porteur de se placer sur le plan des principes, de manière à mettre à jour les tensions et les nuances qui leurs sont inhérentes, en vue de la comparaison proposée avec la manière dont l'ordre juridique belge reçoit le droit étranger.

Notre étude consiste, en effet, à analyser si les principes dégagés du droit familial belge sont également appliqués lorsque la situation familiale présente des éléments d'extranéité. Une fois ces principes dégagés, nous nous attacherons donc à évaluer l'ouverture de l'ordre juridique belge au droit étranger. À travers l'analyse de l'accueil ou du refus de réception du droit étranger en Belgique, nous mettrons en lumière les critères de reconnaissance, dans l'ordre juridique belge, des institutions familiales étrangères sélectionnées. Ces critères seront comparés aux principes qui sous-tendent le droit familial belge. À cet effet, nous trouverons des éléments de compréhension, aussi bien dans la proximité entre les conclusions tirées dans les différentes matières que lorsque leur comparaison permettra d'objectiver leur éloignement. C'est par cette comparaison que nous déterminerons si le droit appréhende selon la même logique la famille interne et la famille internationale.

7. Toujours au rang des précisions méthodologiques, il ne s'agit pas de faire de la sociologie du droit, même si le choix du sujet et la visée d'évaluation du droit positif à laquelle il conduit y font penser⁽²⁹⁾. La sociologie du droit, selon Renato Treves, est « *une discipline dont l'objet est d'étudier les rapports entre le droit et la société* »⁽³⁰⁾. Elle porte un regard extérieur sur le droit en vue d'expliquer son rôle dans la société⁽³¹⁾. Si la recherche envisagée a la volonté d'expliquer, ou plutôt de mettre en lumière, certains aspects du droit et de porter un regard critique sur la cohérence entre différentes branches du droit au vu des impératifs propres dont elles ont à traiter, il ne s'agit pas pour autant de sociologie du droit. Il n'est, en effet, pas question d'étudier le rapport entre le droit et la société, mais uniquement le droit (en ce compris la manière dont il est pratiqué)⁽³²⁾.

jusqu'à être en totale contradiction avec les modèles anciens n'y change rien. Qu'ils prétendent à la neutralité non plus. Même l'absence actuelle de modèle familial de référence peut être analysée comme un modèle : celui d'une famille en kit, dont l'assemblage est laissé à l'initiative, voire à la fantaisie, des individus » (P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille, op. cit.*, p. 26).

²⁸ P. MURAT, *Droit de la famille, op. cit.*, p. 2.

²⁹ Pour un commentaire sur la sociologie du droit dans le champ des migrations, voyez : E. RUDE-ANTOINE, « L'approche d'un sociologue du droit », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, Actes des journées d'études des 3 et 4 décembre 1992 organisées par le LERADP de l'Université de Lille II, LGDJ, 1993, pp. 21 et suiv.

³⁰ R. TREVES, *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1995, p. 21.

³¹ O. CORTEN et A. SCHAUS, *Le droit comme idéologie*, 2e éd., Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009, pp. 25-26.

³² O. CORTEN, « Éléments de définition pour une sociologie politique du droit », *Droit et Société*, 39/1998, pp. 347-370.

Cependant, pour reprendre les termes utilisés par Paul Foriers, « *la distinction tranchée entre 'science du droit', 'sociologie du droit' et 'philosophie du droit' est [...] artificielle et stérile, car elle conduit à l'impuissance de ces trois disciplines* »⁽³³⁾. Selon cet auteur, la science du droit, laquelle constitue une systématisation et une interprétation du droit en vigueur, ne peut négliger les discussions de sociologie juridique qui visent les causes, les transformations et les fonctions sociales du droit, ni la philosophie du droit, laquelle regroupe les discussions sur les structures idéales. Le droit n'est, en effet, pas uniquement une logique formelle faite de raisonnements *in abstracto* ; il est imprégné du droit vivant, en formation, et des tendances auxquelles il répond ou devrait répondre⁽³⁴⁾.

Pour cette raison, nous élargirons parfois les propos à des considérations tirées de la sociologie ou de la politique législative. Il est évident que le droit est immergé dans le social et le politique. Le droit de la famille, particulièrement, est en perpétuel mouvement, au vu des différentes influences, notamment des mœurs ou de la morale qui s'y concentrent⁽³⁵⁾. En attestent les bouleversements législatifs visant à instaurer le principe d'égalité entre les modes d'établissement du lien de filiation, l'intérêt aujourd'hui très prononcé pour les modalités d'éducation des enfants, les différentes entrées dans la vie de couple désormais possibles, la banalisation du divorce, etc. De son côté, même si l'État « *entend adopter une position neutre à l'égard de la forme de la famille* »⁽³⁶⁾, les politiques sociales mises en place par les pouvoirs publics jouent un rôle certain dans la formation des liens de famille, le fonctionnement de celle-ci et les solidarités familiales⁽³⁷⁾.

Si l'analyse juridique permet de mettre en exergue des considérations qui dépassent son objet au sens strict, elle constitue également un intéressant objet d'étude en soi. La démarche proposée dans cette recherche consiste à analyser le droit positif (textes législatifs, jurisprudence, doctrine) en vue de préciser les principes qui sous-tendent la famille en droit civil belge et de déterminer si ceux-ci sont également d'application lorsque des éléments d'extranéité interviennent. Il s'agit, par conséquent, d'une position que l'on pourrait qualifier d'« *internaliste à l'égard du droit* », consistant à donner une explication du droit par lui-

³³ P. FORIERS, « Actualité du droit naturel et libre recherche scientifique », in *La pensée juridique de PAUL FORIERS*, Bruxelles, Bruylant, 1982, vol. I, p. 66. Une autre distinction est celle qui sépare la dogmatique juridique de la sociologie du droit. Selon WEBER, le juriste se demande quelle est la signification qu'il faut attribuer à la norme de droit et le sociologue ce qu'il en advient en fait dans la communauté. Le dogmaticien se borne à chercher le sens actuel du droit en vigueur à un moment donné, alors que le sociologue étudie les règles comme objet des aspirations, interprétations et croyances des sujets (P. LACSOUJMES (dir.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1995, pp. 156-162).

³⁴ P. FORIERS, *idem*.

³⁵ Voyez notamment et à titre d'exemple sur ce sujet : J. COMMAILLE et P. DURAN, « Pour une sociologie politique du droit : présentation », in *L'Année sociologique*, PUF, vol. 59, 2009/1, p. 15 ; C. COLOMBET, *La famille*, 5e éd., Paris, PUF, 1997, pp. 16-17.

³⁶ M. T. CASMAN, C. SIMAÏS, R. BULCKENS, et D. MORTEMANS, *Familles plurielles, politiques familiales sur mesure ?*, Bruxelles, Editions Luc Pire, 2007, p. 133.

³⁷ Notamment via les politiques sociales ou fiscales.

même ⁽³⁸⁾.

Présentation de la structure de l'étude

8. La première partie de la thèse est consacrée à l'analyse du droit belge de la famille. Nous tentons de dégager, principalement au regard de la loi mais également de la jurisprudence déterminante, les grands principes qui sous-tendent le droit de la famille. À cette fin, nous traitons des règles relatives au couple et à sa dissolution, à l'établissement et à la contestation du lien de filiation ainsi qu'à l'autorité parentale. Mises à part quelques incursions dans les règles relatives aux aspects patrimoniaux, nous nous concentrons sur les aspects personnels du droit familial. Ce choix s'impose au vu de l'objet de l'étude, lequel tient à la notion même de famille, indépendamment des conséquences patrimoniales qui y sont attachées.

La deuxième partie traite de la famille internationale. Elle se concentre sur l'application et la réception du droit étranger afin de mettre en lumière comment les constitutions familiales différentes ou inconnues du droit belge sont accueillies en Belgique. Le droit international privé, par les techniques que sont la qualification, la reconnaissance, l'ordre public international belge ou la fraude à la loi, nous permet en effet d'étudier le degré de perméabilité de l'ordre juridique belge aux institutions familiales étrangères ⁽³⁹⁾. Sous cet angle, nous évaluons la mesure dans laquelle, lorsque la famille présente un élément d'extranéité, les principes dégagés du droit familial belge restent d'application.

Nous avons choisi d'illustrer ces questions suivant deux méthodes différentes. D'une part, nous étudions la réception en Belgique du droit marocain de la famille, en raison de l'accessibilité des sources, de l'abondance de la jurisprudence appliquant ce droit et de l'existence en son sein d'institutions familiales inconnues du droit belge (par exemple, la polygamie, la répudiation, la dot et la *Kefala*). D'autre part, nous étudions les deux institutions relatives à la filiation inconnues du droit marocain que sont la gestation pour autrui et l'adoption internationale.

Cette double approche, par le choix d'un droit étranger en particulier d'un côté, et d'institutions spécifiques de l'autre, nous permet de dresser un panorama très large des situations potentiellement *problématiques* auxquelles le droit international privé est confronté.

³⁸ Sur le positionnement internaliste ou externaliste, voyez : L. ISRAËL, « Question(s) de méthodes. Se saisir du droit en sociologie », in *Droit et Société*, 69-70/2008, p. 386.

³⁹ L'« Institution » est ici entendue comme une « *grappe de normes, comportant droits et obligations, et formant un ensemble constitué en vue d'un but commun : la protection ou la conservation d'une certaine situation sociale* » (définition empruntée à M. VIRRALY, « Le phénomène juridique », *op. cit.*, p. 48).

Le choix de la filiation en tant que deuxième objet d'étude s'explique par le fait que, même si le droit marocain offre une variété importante d'institutions inconnues du droit belge, il ne permet pas de traiter des multiples questions que pose la filiation. En effet, il interdit l'adoption et n'envisage pas la gestation pour autrui.

Ce choix résulte également de la circonstance qu'il ne semble pas possible de trouver un autre droit étranger qui régleme à la fois des institutions de couple inconnues de l'ordre juridique belge, telles que la répudiation et la polygamie, des règles fondées sur le genre en ce qui concerne l'établissement et la contestation du lien de filiation, et des modalités d'établissement du lien de filiation très innovantes, telle la gestation pour autrui. Il nous a, par ailleurs, paru moins pertinent de nous concentrer, aux côtés du droit marocain, sur un deuxième droit étranger. Le choix d'un second droit étranger comme objet d'étude, connaissant les institutions de la gestation pour autrui et de l'adoption par exemple, aurait, en effet, eu pour conséquence d'offrir un échantillon de cas d'application très limité dès lors que le nombre de décisions judiciaires recensées en matière de gestation pour autrui ou d'adoption aurait été peu significatif. C'est la raison pour laquelle nous avons décidé de porter notre second angle d'étude sur les institutions telles que régies par différents États, plutôt que sur un deuxième droit étranger en particulier.

La troisième partie consiste en une étude transversale des éléments retenus lors de l'analyse de la réglementation appliquée à la famille interne et à la famille internationale. Il s'agit du chapitre conclusif, qui traite de la manière dont le droit familial belge et le droit international privé appréhendent la famille. La question de la cohérence des règles relatives à la famille dans ces deux branches du droit y est, par conséquent, discutée.

Partie 1

A la recherche des principes qui sous-tendent le droit familial belge

Introduction

9. L'époque contemporaine est caractérisée par une multitude de compositions familiales différentes. La famille, « *qui n'est pas une donnée figée* »⁽⁴⁰⁾, se décline en effet sous de multiples formes et le terme « *pluralisme familial* » est devenu courant dans la littérature spécialisée⁽⁴¹⁾.

Si la diversité des formes familiales ne constitue pas une nouveauté du XXI^e siècle, ces dernières décennies ont néanmoins été marquées par la fin du modèle de famille composée d'un couple marié et de leurs enfants communs, modèle présent dans les représentations jusque dans les années 70⁽⁴²⁾. Depuis lors, les familles, dans les sociétés occidentales, ont connu d'importantes transformations : le modèle de famille fondé sur le mariage est remis en question. Les cohabitations hors mariage augmentent, les divorces et les séparations se multiplient, les unions successives se banalisent, les naissances hors mariage sont devenues aussi fréquentes que les naissances au sein de couples mariés et les familles monoparentales ou recomposées sont courantes⁽⁴³⁾.

Divers éléments expliquent cette évolution : d'abord, ces bouleversements peuvent en partie s'expliquer par l'autonomie que les femmes ont acquise en matière de sexualité, de maternité, d'étude et de travail. La régression de la fonction économique de la famille et la plus grande indépendance de ses membres, liée à la révolution industrielle et à la croissance économique qui s'en est suivie, ont permis une modification des rapports entre les sexes et l'émancipation de la femme⁽⁴⁴⁾. Ensuite, les changements s'expliquent également par les progrès de la

⁴⁰ Expression empruntée à F. SWENNEN, « Le droit familial : hier, aujourd'hui... et demain ? », in *Familles plurielles, politiques familiales sur mesure ?*, M. T. CASMAN, C. SIMAÏS, R. BULCKENS, D. MORTEMANS, Bruxelles, Editions Luc Pire, 2007, p. 189.

⁴¹ Voyez notamment : O. ROY (dir.), *Réflexion sur le pluralisme familial*, Paris, Presses universitaires Paris ouest, 2010.

⁴² M. SEGALEN, *Sociologie de la famille*, 7^e éd., Armand Colin, Paris, 2010, p. 96 ; Y. H. LELEU explique l'importance qu'a revêtu le modèle matrimonial : « *Le mariage était discriminant dans l'espoir de réguler de concert sexualité et procréation ; il était hiérarchique et patriarcal par égard pour le genre dominant, mais aussi en contrepartie de la présomption de paternité. Incontestablement, le mariage a rempli durant une certaine période une mission d'organisation de la société et érigé un type de famille en modèle social, tant pour [des] raisons idéologiques que par nécessité dans une société sans sécurité sociale* » (*Droit des personnes et des familles*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 349).

⁴³ Voyez les statistiques de la Commission européenne sur le site Eurostat : http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Marriage_and_divorce_statistics/fr ainsi que I. THERY, *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris, Editions Odile Jacobs, 2001, p. 129, et M. SEGALEN, *Sociologie de la famille*, op. cit., pp. 100-101.

⁴⁴ M. T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille, le droit*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 233. L'auteur met en exergue un certain nombre d'éléments qui expliquent les évolutions, dont notamment la montée du « *sentiment*

science entraînant la dissociation de la sexualité et de la procréation sur le plan médical ⁽⁴⁵⁾. Par ailleurs, ces évolutions se sont accompagnées de la montée d'une plus grande revendication à l'autonomie individuelle et à la qualité des relations interpersonnelles ⁽⁴⁶⁾.

Ces transformations sociologiques ont pénétré le cadre juridique. Par conséquent, l'analyse des normes de droit positif offre un éclairage intéressant sur la famille. En effet, « *Loin d'entériner passivement les mutations familiales, la construction du régime juridique de la famille passe par l'affirmation de valeurs* » ⁽⁴⁷⁾. Ces valeurs ont évolué et de multiples réformes du droit de la famille ont été enregistrées : les formes de vie conjugales se sont diversifiées (mariage, partenariat), ainsi que les modes de parentalité (modifications successives du droit de la filiation, adoption ouverte aux couples homosexuels, comaternité). Ces divers éléments permettent de mettre en avant le passage, ces dernières décennies, d'une conjugalité essentiellement matrimoniale avec pour corollaire une filiation légitime vers une césure plus nette entre le groupe conjugal et le groupe parental ⁽⁴⁸⁾. Nous y reviendrons.

10. Ces évolutions n'ont toutefois pas entraîné un changement clair d'un type de famille pour un autre, mais semblent plutôt autoriser « *plusieurs manières de vivre en famille ou sans famille* » ⁽⁴⁹⁾. L'on ne parle d'ailleurs plus de la famille mais bien *des familles*. Notons à cet égard que le droit familial ne donne pas de définition de la famille même si celle-ci est protégée par diverses dispositions légales en tant qu'unité fondamentale ⁽⁵⁰⁾. La Cour

de l'enfant » et l'émancipation de la femme. F. SWENNEN explique ces facteurs d'évolution en mettant l'accent sur leurs conséquences sur la structure familiale : rapports horizontaux/verticaux, proximité entre les différents aspects : sexualité, reproduction, couple, parenté (F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 9 et suiv.)

⁴⁵ F. SWENNEN, « Le droit familial : hier, aujourd'hui... et demain ?, in *Familles plurielles, politiques familiales sur mesure ?*, op. cit., p. 190.

⁴⁶ Cet individualisme puise cependant dans des racines anciennes et M. SEGALIN explique que le sentiment du couple aurait existé depuis le premier siècle de notre ère (*Sociologie de la famille*, op. cit., p. 91). Toutefois, la famille aurait trouvé un sens et une forme nouvelle du fait du processus d'individualisation qui s'inscrit dans la sphère politique avec la Révolution française. L'originalité de la famille contemporaine ne réside pas dans sa structure restreinte (qui constitue une réalité ancienne) mais bien dans son système de relations. Sur ces questions voyez : F. DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, 4e éd., Paris, Armand Colin, 2010, pp. 10, 13, 24, 39 ; F. RIGAUX, *Les personnes*, T. 1, « Les relations familiales », Bruxelles, Larcier, 1971, pp. 13 ; L. ROUSSEL, *La famille incertaine*, Paris, Editions Odile Jacobs, 1999, p. 44. Par ailleurs, Durkheim pointe également le rétrécissement de la famille et le met en lien avec la modernisation de la société. L'auteur lie le développement économique, politique et social, d'une part, et les structures familiales, d'autre part (B. BAWIN-LEGROS, *Sociologie de la famille. Le lien familial sous questions*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 1996, p. 25).

⁴⁷ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Le droit de la famille en quête de sens », *Projet*, 2011/3, n° 322, p. 33.

⁴⁸ G. BEGONNIER-DUPUY et M. ROBIN (dir.), *Couple conjugal, couple parental : vers de nouveaux modèles*, Ramonville-Saint-Agne, Érès, 2007, p. 13 ; voyez également l'introduction de M. GODELIER, in *Métamorphoses de la parenté*, Millau, Fayard, 2008, pp. 9 et suiv.

⁴⁹ L. ROUSSEL, « *La décision des individus produit donc désormais, et sans doute d'une manière plus accusée, ce qu'imposait hier le destin : des histoires de vie familiales diverses* » (*La famille incertaine*, op. cit., pp. 101-102).

⁵⁰ Principalement : droit de se marier et de fonder une famille (article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 9 de la Charte des droits

européenne des droits de l'homme ne propose pas non plus de définition *a priori* de la famille, précisant que « *l'institution de la famille n'est pas figée, que ce soit au plan historique, sociologique ou encore juridique* »⁽⁵¹⁾. Plus précisément, la Cour européenne des droits de l'homme, au nom du respect de la vie privée et familiale, ne protège pas l'institution familiale en tant que telle mais le droit de chacun à « sa vie familiale », au respect de « ses liens familiaux »⁽⁵²⁾. Il en résulte que la protection de la vie familiale a évolué vers l'obligation faite aux États de protéger les « *liens familiaux* », définis de plus en plus librement et n'impliquant plus des engagements ou la pérennité qu'impliquait la famille fondée sur le mariage⁽⁵³⁾.

« *À chacun sa famille, à chacun son droit* », disait déjà Carbonnier⁽⁵⁴⁾, et c'est encore le cas dès lors que le législateur a ouvert diverses possibilités aux choix individuels. Cependant, la place accordée à la liberté ne peut masquer le fait que la multiplication des normes témoigne également du contrôle que le législateur entend conserver à l'égard de l'institution familiale⁽⁵⁵⁾. Le droit maintient donc une certaine emprise sur la famille qui découle de principes que nous allons tenter de dégager. L'objet de ce premier chapitre consiste à repérer ces principes et à les analyser au vu des récentes évolutions du droit de la famille.

11. Dans cette première partie, nous allons procéder à une analyse du droit belge de la famille, en nous concentrant sur le Code civil belge, la jurisprudence pertinente de la Cour constitutionnelle et de la Cour européenne des droits de l'homme. Nous nous attacherons à mettre en avant différents éléments qui semblent déterminants, principalement au vu des évolutions récentes du droit familial, et dégagerons des principes transversaux aux différents aspects de la vie familiale. Certes, la démarche est subjective, dès lors qu'aucune méthode évidente et objective ne permet de classer des règles de droit sous forme de principes.

fondamentaux, 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme), droit au respect de la vie privée et familiale (article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, article 22 de la Constitution belge, 7 de la Charte des droits fondamentaux).

⁵¹ Attendu repris in : CEDH, *Mazurek c. France*, 1^{er} février 2000, req. n° : 34406/97 (§ 52).

⁵² Voyez notamment : CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, req. n° : 76240/01, § 117. Voyez sur la jurisprudence de la CEDH en matière familiale par exemple : G. WILLEMS, « L'appréhension par la Cour de Strasbourg du droit de la personne et de la famille : respect des singularités nationales et commune garantie des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme : une réalité quotidienne*, D. FRIES (coord.), Limal, Anthémis, 2014, pp. 167 et suiv. ; A. GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droit de la famille*, n°3, mars 2012, étude 6, n° 3, Mars 2013, étude 3, n° 7-8, Juillet 2014, étude 12.

⁵³ F. KRENC et M. PUECHAVY (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008 (Droit et Justice, n° 78) ; G. WILLEMS, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *R.T.D.F.*, 2012/1, pp. 9 et suiv. ; M. DEMARET, « L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité. L'arrêt E.B. contre France », *J.T.*, n° 6343, 2009, p. 149.

⁵⁴ J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, 2e éd., Paris, Defrénois, 1995, p. 181.

⁵⁵ P. COURBE, au contraire, considère que la place faite aux choix des individus témoigne d'un désengagement du droit (P. COURBE, *Droit de la famille*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2008, pp. 12 et suiv.).

Toutefois, une étude minutieuse de la réglementation permet de faire ressortir de l'ensemble du droit familial belge des principes transversaux. Nous renvoyons le lecteur à l'introduction de cette recherche pour plus de précisions concernant la méthodologie utilisée. Nous montrerons également que ces principes sont en constante évolution, qu'ils connaissent des tensions et doivent être appréhendés avec les nuances qui s'imposent.

12. Volontairement, la dimension patrimoniale de la famille a été écartée de cette étude⁽⁵⁶⁾. Cela pour deux raisons : d'une part, parce qu'il s'agit d'un travail concentré autour de la notion même de famille, laquelle se définit indépendamment des conséquences patrimoniales qui y sont attachées. Ensuite, parce que l'objet de la recherche vise à comparer les principes extraits du droit familial belge avec ceux qui ressortissent au droit international privé, objectif qui prive l'analyse du droit patrimonial d'un réel intérêt. Cependant, lorsque cette dernière matière apporte un éclairage intéressant, référence y sera faite. Tel sera le cas du droit des successions qui, en déterminant les héritiers d'un défunt, donne une vision très intéressante de la manière dont les liens familiaux sont considérés par le droit. *A contrario*, une attention particulière sera portée au droit de la filiation, lequel a connu de profonds bouleversements ces dernières années. Il permet, par sa fonction structurante et fondamentale, de dégager des évolutions dans la manière dont le lien familial est organisé par le droit.

13. L'étude du droit familial belge, telle qu'elle est construite dans cette recherche, pourra sembler superficielle aux familialistes qui lui reprocheront de se contenter d'un survol de la matière. Les aspects techniques sont, en effet, volontairement absents du texte afin de permettre une vision générale des principes qui soutendent le droit de la famille. Par ailleurs, l'examen se concentre sur la réglementation et ne fait référence à la littérature secondaire qu'afin d'éclairer les règles lorsque cela s'avère nécessaire ou opportun. Nous n'avons, par conséquent, aucune prétention à l'exhaustivité. L'objectif visé consiste en effet à appréhender globalement le droit des relations familiales sur le plan des aspects personnels⁽⁵⁷⁾ pour en dégager des principes. Cette vue d'ensemble permettra la comparaison avec la régulation des familles internationales, laquelle fait l'objet du second chapitre de cette thèse. Cette approche synthétique permet de garder un format utile à la comparaison⁽⁵⁸⁾.

⁵⁶ Pour un ouvrage de référence en la matière, voyez : Y. H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015.

⁵⁷ Par opposition à patrimoniaux.

⁵⁸ Nous pourrions, par référence à la méthodologie de la macro comparaison en droit comparé, avancer que nous procédons à une comparaison des conceptions juridiques de la famille. Ces conceptions sont dégagées au départ d'une analyse des institutions spécifiques du droit de la famille, laquelle relève toutefois plutôt de la micro comparaison. Cependant, la ligne de démarcation entre les deux est flexible, comme le soutiennent K. ZWEIGERT et H. KÖTZ, dans leur ouvrage de référence (*An introduction to Comparative Law*, 3e éd., Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 4 et 5). Macro et micro comparaison sont, par conséquent, utilement menées conjointement afin de comprendre comment un système résout un problème juridique dans un sens déterminé.

14. La mise en lumière des principes et leurs justifications sont traitées selon une segmentation matérielle et non un découpage par source du droit et ce afin de permettre une meilleure vision d'ensemble. Par exemple, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne fait pas l'objet d'un chapitre spécifique mais se retrouve dans le traitement global de chaque question abordée. Par ailleurs, les auteurs référencés sont à la fois *anciens* et contemporains, dès lors que le droit de la famille est largement marqué par des évolutions. En outre, la proximité de culture juridique en cette matière avec la France autorise les références aux auteurs français lorsque leur apport est intéressant pour le propos.

15. Nous partirons d'une tentative de définition des membres de la famille, afin d'appréhender concrètement le sujet. Ensuite, nous dégagerons des principes acquis, lesquels sont classés de manière subjective - de celui qui semble le plus stable vers le plus changeant -, en relevant les évolutions qui les affectent. Pour terminer, nous mettrons en lumière la nouvelle méthodologie qui impacte désormais le droit familial. Nous montrerons que, si le droit familial belge demeure toujours dans une logique de principes, il laisse de plus en plus de place à la diversité.

Chapitre 1 Comment définit-on la famille en droit familial belge ?

Section I | Pas de définition générale de la famille

16. Nous allons tenter de définir les membres que le droit reconnaît comme appartenant à une même famille. Pour cela, nous étudierons les membres pris en compte dans les différentes matières du droit familial⁽⁵⁹⁾, en distinguant la famille élargie de la famille nucléaire. Ensuite, nous ferons le point sur les possibles évolutions auxquelles ces contours seront probablement soumis.

Nous avons vu que le droit ne donnait pas de définition de la famille en tant que telle. Par conséquent, définir la famille constitue une tâche particulièrement complexe, différentes acceptions étant envisageables. De par son caractère contingent, elle se distingue toutefois de la *parenté* qui, d'une manière très générale, regroupe l'ensemble des personnes ayant un ancêtre commun. Il semble en effet possible d'affirmer qu'aujourd'hui, et dans nos sociétés occidentales, la famille ne renvoie pas à cette dernière notion, mais constitue une entité plus restreinte que la parenté.

17. Sur le plan sociologique, la famille contemporaine serait constituée par un groupe de personnes apparentées plus réduit que par le passé, dont la famille nucléaire, regroupant les parents et leurs enfants, et parfois les grands-parents, constituerait le schéma actuellement dominant. Cette théorie du « *rétrécissement* » du groupe familial n'est cependant pas évidente et doit être nuancée : d'une part, en raison de l'existence de ce type de constitution familiale bien avant notre époque⁽⁶⁰⁾ et, d'autre part, au regard de la coexistence d'une pluralité des types de familles, réalité qui n'est pas propre au XXI^e siècle⁽⁶¹⁾, mais qui demeure actuelle.

⁵⁹ Pour un tour d'horizon des « branches périphériques du droit » de la famille, nous renvoyons à J. FONTEYN, « Les statuts du couple : quel rôle pour la loi ? », *Ann. Dr.*, vol. 74, 2014, n° 1, pp. 21 et suiv.

⁶⁰ P. ARIES et G. DUBY, *Histoire de la vie privée. De la première guerre mondiale à nos jours*, T. V., Paris, Editions du Seuil, 1999, p. 25 ; F. DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, *op.cit.*, pp. 10, 13, 24, 39.

⁶¹ C. COLOMBET, *La famille*, 5e éd., Paris, Puf, 1997, p. 14 ; P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, 4e éd., Paris, Defrénois, 2011, p. 10 ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. 2, « La famille, l'enfant, le couple », 21e éd., Paris, Puf, 2002, p. 10. L'auteur parle d'un resserrement du cercle familial, « *un passage de la 'grande' famille à la famille étroite* », laquelle produit les effets juridiques les plus nombreux. À cet égard, déjà en 1970, F. RIGAUX soulignait le lien entre le recul de la solidarité lignagère et le renforcement de la famille conjugale avec une accentuation des rôles d'époux et de père et mère. F. RIGAUX, *Les personnes*, T. 1, « Les relations familiales », *op. cit.*, p. 30. Les différents types de famille sont très courants aujourd'hui : familles nucléaires, familles monoparentales, familles recomposées... Certains affirment que la loi du rétrécissement est poussée à son paroxysme dans le contexte actuel des familles monoparentales, composées d'un seul parent avec son enfant ou ses enfants (C. COLOMBET, *La famille*, *op. cit.*, p. 14). Cette vision est controversée dès lors que cette forme familiale aurait existé de tout temps (J. CARBONNIER, *Droit civil*, T. 2, « La famille, l'enfant, le couple », *op. cit.*, p. 11). Il est cependant intéressant de relever que les familles monoparentales semblent désormais plus banales et

L'analyse de l'encadrement juridique de la famille permet par contre de conclure à l'existence de différents cercles familiaux. Les contours du groupe familial se déclinent en effet de façon distincte selon la question de droit posée.

Section II | Les différents cercles familiaux reconnus par le droit

18. La mise en lumière des différents cercles familiaux, selon le rapport de droit en cause, est particulièrement intéressante lorsque l'on tente de définir la famille. Des typologies ont déjà été proposées, comme celle distinguant: *la famille patriarcale* – sous la coupe d'une autorité, représentée auparavant par le père et aujourd'hui par les père et mère conjointement, qui constitue une famille élargie et comprend les père, mère, enfants, ascendants, petits-enfants et collatéraux –, *la famille conjugale* – dont la cohésion est assurée par l'engagement et qui est restreinte au couple et à leurs enfants – et *la famille alimentaire* – plus restreinte que la famille patriarcale mais plus large que la famille conjugale –. Ces trois types de familles coexistent⁽⁶²⁾. F. Swennen, de son côté, met en avant la distinction entre la famille nucléaire, le « *ménage* » et la famille élargie⁽⁶³⁾.

Sans reprendre strictement ces typologies, il est possible de repérer des groupes familiaux différents découlant de la reconnaissance, par le juridique, de liens plus ou moins étendus selon les droits et obligations en cause⁽⁶⁴⁾.

§ 1 La famille élargie

19. La famille élargie ne constitue pas une entité protégée en tant que telle dans le droit familial belge et n'est pas consacrée spécifiquement par la Convention européenne des droits de l'homme, si ce n'est par référence à « *la vie familiale* »⁽⁶⁵⁾. Elle fait toutefois l'objet de dispositions particulières dans la Convention relative aux droits de l'enfant⁽⁶⁶⁾, à l'article 5, en vertu duquel: « *Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de*

qu'elles constituent probablement l'un des corollaires de l'importance désormais dévolue à l'affectif dans les relations de couple, rendant les séparations plus fréquentes.

⁶² Cette typologie est proposée par P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, Paris, Defrénois, 2004, pp. 9-10.

⁶³ F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht*, op. cit., pp. 3 et suiv.

⁶⁴ A. C. VAN GYSEL insiste par exemple sur le fait que les questions telles que l'inceste, les obligations alimentaires et les critères de dévolution successorale constituent des manifestations intéressantes de l'idée de famille dans le droit (A. C. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », in *Droit des familles, genre et sexualité*, N. GALLUS (dir.), Limal, Anthémis, 2012, p. 266).

⁶⁵ Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁶⁶ Conclue à New York le 20 novembre 1989.

l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention »⁽⁶⁷⁾, et à l'article 8, lequel enjoint aux États de respecter les « *relations familiales* » de l'enfant.

20. Dans le Code civil belge, la famille élargie se retrouve par exemple dans le droit des successions. Cette branche du droit est particulièrement intéressante pour comprendre les liens de famille que reconnaît le droit belge dès lors qu'elle fixe des limites quant au degré de parenté requis pour succéder et établit des hiérarchies entre les différents membres.

Au sein du droit des successions, on peut relever que la famille s'arrête, en toute hypothèse, au 4e degré. Au-delà du 4e degré, les personnes apparentées ne succèdent pas au défunt⁽⁶⁸⁾.

Par ailleurs, le droit des successions apporte d'autres éclairages quant aux liens de famille : la place du conjoint ou du cohabitant est annexe par rapport au lignage. Le rôle annexe se déduit du fait que la dévolution ne concerne que l'usufruit en présence d'enfants du défunt⁽⁶⁹⁾.

Ensuite, le droit des successions met en avant le privilège des descendants sur les ascendants puisque ces derniers ne viennent à la succession que lorsque le défunt ne laisse pas de postérité⁽⁷⁰⁾.

Notons également que si le cohabitant légal et le conjoint survivant ne viennent à la succession que de manière annexe par rapport aux descendants, ils occupent cependant une place privilégiée par rapport aux ascendants puisque le conjoint survivant ou le cohabitant légal a la possibilité de recevoir l'entière du patrimoine par donation s'il n'y a pas de descendant, privant ainsi les ascendants de leur réserve⁽⁷¹⁾. Il faut toutefois, dans ces dernières hypothèses, un acte de volonté spécifique via une donation.

Enfin, le droit des successions constitue l'une des rares matières régies par le Code civil qui prend en compte les familles recomposées en prévoyant l'égalité des droits pour les enfants issus de « *lits* » différents⁽⁷²⁾ et la possibilité de conversion de l'usufruit du conjoint survivant lorsque le défunt laisse des descendants qui lui sont personnels⁽⁷³⁾.

⁶⁷ Sur l'autorité parentale au sens de la Convention, voyez : F. JESU, « Le respect à la lumière de la Convention internationale des droits de l'enfant : respecter l'autorité, autoriser le respect », *J.D.J.*, 2009/2, pp. 34 et suiv.

⁶⁸ Comme le précise l'article 755 du Code civil.

⁶⁹ En effet, le conjoint survivant, par application des articles 745*bis* et suivants du Code civil, recueille au minimum l'usufruit de toute la succession. Le cohabitant légal est également protégé par l'article 745*octies* du Code civil, mais dans une moindre mesure par rapport au conjoint, puisqu'il ne bénéficie que de l'usufruit de l'immeuble affecté à la résidence commune et des meubles qui le garnissent.

⁷⁰ En vertu de l'article 746 du Code civil.

⁷¹ En vertu de l'article 915 du Code civil.

⁷² Via l'article 745 du Code civil.

⁷³ En vertu de l'article 745*quater* du Code civil.

D'autres branches du droit prennent en compte la famille élargie.

21. La référence au lignage apparaissait encore jusqu'il y a peu, dans les dispositions relatives à l'attribution du nom de famille de l'enfant. L'article 335 du Code civil privilégiait toujours, en cas de désaccord entre les parents sur l'attribution du nom de l'enfant, le nom du père, malgré l'introduction de la possibilité de choix par les parents du nom de leur enfant ⁽⁷⁴⁾. Cette loi a fait l'objet d'un recours devant la Cour constitutionnelle ⁽⁷⁵⁾ et a été annulée ⁽⁷⁶⁾. Les effets de la disposition sont toutefois maintenus jusqu'au 31 décembre 2016.

22. La famille élargie est également présente dans la réglementation de la tutelle et la protection des personnes vulnérables majeures.

En ce qui concerne la tutelle des enfants mineurs ⁽⁷⁷⁾, les parents, conjointement, de leur vivant, ou le dernier parent survivant, peuvent désigner un tuteur par déclaration devant le juge de paix ou un notaire ⁽⁷⁸⁾. Toutefois, lors de l'ouverture de la tutelle, si les parents n'ont pas choisi de tuteur ou si le tuteur ainsi désigné n'a pas été suivi, le juge de paix est tenu de nommer un tuteur, de préférence, parmi les membres de la famille les plus proches ⁽⁷⁹⁾. Il doit pour cela entendre les ascendants au second degré, les frères et sœurs majeurs du mineur, ainsi que les frères et sœurs des parents du mineur ⁽⁸⁰⁾. Les critères de nomination et d'audition, renvoyant aux « *parents les plus proches* », confèrent par conséquent une place légale à l'entourage familial élargi du mineur.

La réglementation de la tutelle comporte également une référence au lignage, le subrogé tuteur étant choisi de préférence parmi les parents de l'autre ligne que celle du tuteur ⁽⁸¹⁾.

La reconnaissance juridique des membres de la famille a donc subsisté à la suppression du conseil de famille ⁽⁸²⁾. On constate cependant que la notion de « *parents les plus proches* » que contient la réglementation de la tutelle n'est pas définie. Par ailleurs, malgré cette référence à l'entourage familial du mineur, la loi sur la tutelle, telle que modifiée en 2001, témoigne en réalité d'une évolution vers une prise en compte d'une famille plus restreinte que

⁷⁴ Loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté, *M.B.*, 26 mai 2014.

⁷⁵ Affaires 6053 et 6098, *M.B.*, 7 novembre 2014.

⁷⁶ C.const, 14 janvier 2016, arrêt n° 2/2016.

⁷⁷ Selon l'article 389 du Code civil, « *La tutelle des enfants mineurs s'ouvre si les pères et mères sont décédés, légalement inconnus ou dans l'impossibilité durable d'exercer l'autorité parentale* ».

⁷⁸ En vertu de l'article 392 du Code civil.

⁷⁹ En vertu de l'article 393 du Code civil.

⁸⁰ En vertu de l'article 394 du Code civil.

⁸¹ En vertu de l'article 402 du Code civil.

⁸² Par la loi modifiant diverses dispositions légales en matière de tutelle des mineurs du 29 avril 2001, *M.B.*, 31 mai 2001.

par le passé, d'une part par la suppression du conseil de famille, et d'autre part par la suppression du régime de tutelle lorsque l'un des parents est encore en vie, celui-ci pouvant, depuis lors, exercer seul l'autorité parentale ⁽⁸³⁾.

En outre, la mission de surveillance de la tutelle est désormais dévolue au juge de paix par l'article 390 du Code civil, ce qui illustre la place aujourd'hui accordée à l'État dans la gestion des relations familiales, le juge de paix remplaçant le conseil de famille. Dans le même ordre d'idées, le ministère public s'est vu octroyé un rôle de contrôle de la tutelle ⁽⁸⁴⁾ : les décisions lui sont notifiées et il peut exercer un recours. La protection du mineur connaît donc une judiciarisation plus importante depuis les lois des 29 avril 2001 et 13 février 2003, qui ont modernisé la tutelle ⁽⁸⁵⁾.

23. Notons également la réforme du régime de protection des personnes majeures ⁽⁸⁶⁾, qui a renforcé le contrôle du juge de paix dans les aspects personnels de la vie de la personne vulnérable. Dans cette matière également, la famille est envisagée de manière large, dès lors que si le juge de paix doit désigner un administrateur apte à assister ou à représenter la personne à protéger, il « choisit de préférence, comme administrateur de la personne, les parents ou l'un des deux parents, le conjoint, le cohabitant légal, la personne vivant maritalement avec la personne à protéger, un membre de la famille proche, une personne qui se charge des soins quotidiens de la personne à protéger ou qui accompagne la personne à protéger et son entourage dans ces soins, ou une fondation privée, qui se consacre exclusivement à la personne à protéger, en tenant compte de l'opinion de celle-ci ainsi que de sa situation personnelle, de ses conditions de vie et de sa situation familiale » ⁽⁸⁷⁾.

24. Pour revenir à la protection des mineurs, le Code civil organise, par ailleurs, une procédure dite de tutelle officieuse ⁽⁸⁸⁾. Il s'agit de l'engagement, entériné par le juge de paix,

⁸³ N. GALLUS, « Aspects civils du nouveau droit de la tutelle », *Rev. dr. U.L.B.*, n° 29, 2004, p. 10.

⁸⁴ Sur la base de l'article 1233, § 1, 4°, du Code judiciaire.

⁸⁵ Loi du 13 février 2003 modifiant certaines dispositions du Code civil et du Code judiciaire en ce qui concerne la protection des biens du mineur, *M.B.*, 25 mars 2003.

⁸⁶ La réglementation pour les incapables majeurs a été profondément modifiée par la loi du 17 mars 2013 réformant les régimes d'incapacité et instaurant un statut de protection conforme à la dignité humaine, en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2014, *M.B.*, 14 juin 2013, en vue d'assurer une protection globale des personnes vulnérables majeures. Pour un commentaire, voyez : N. GALLUS, « La protection des personnes vulnérables », *in États généraux du droit de la famille*, M. BLITZ et al., Limal-Bruxelles, Anthémis-Bruylant, 2014, pp. 15 et suiv. ; J.-L. RENCHON, « Le nouveau régime de la 'protection judiciaire' des incapables majeurs : présentation générale », *R.T.D.F.*, 2014/2, pp. 241 et suiv. ; B. D'OTREPPE DE BOUVETTE, « Les acteurs de la protection judiciaire des incapables majeurs », *R.T.D.F.*, 2014/2, pp. 273 et suiv. ; P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN, *Meerderjarige beschermde personen*, Bruges, La Chartre, 2014 ; F. SWENNEN, « De meerderjarige Beschermde personen, *R.W.*, (Deel 1) 2013-2013/15, pp. 563 et suiv. et (Deel 2) 2013-2014/16, pp. 602 et suiv.

⁸⁷ En vertu du nouvel article 496/3 du Code civil.

⁸⁸ Dans ses articles 475bis et suivants.

par une personne âgée d'au moins 25 ans, d'entretenir un enfant mineur non émancipé, de l'élever et de le mettre en état de gagner sa vie. La procédure impose l'accord de ceux dont le consentement est requis pour l'adoption des mineurs. L'existence en droit belge de l'institution de la tutelle officieuse est particulièrement intéressante en ce qu'elle permet de modaliser l'autorité parentale sur la base de l'autonomie de la volonté, même si celle-ci demeure encadrée par le juge. Elle offre aussi la possibilité de faire exister, dans des liens de droit, une famille beaucoup plus large que ce que prévoit au départ le droit de la responsabilité parentale. En effet, la désignation d'un tuteur officieux a pour point de départ un accord entre les personnes responsables de l'enfant, généralement les parents, et un adulte décidé à s'en occuper.

25. La matière de l'autorité parentale fait également exister la famille de l'enfant au-delà du noyau nucléaire par le biais du droit aux relations personnelles. Si l'autorité parentale est clairement dévolue aux pères et mères et uniquement à ceux-ci, le droit de la responsabilité parentale permet cependant la prise en compte d'une famille plus large. Le Code civil octroie, en effet, un droit aux relations personnelles aux grands-parents ou à d'autres personnes qui entretiennent un lien affectif particulier avec l'enfant (par exemple les beaux-parents)⁽⁸⁹⁾. Dans l'intérêt de l'enfant, et à défaut d'accord entre les différentes personnes concernées, l'exercice de ce droit peut être réglé par le tribunal.

Le droit des grands-parents est expressément stipulé, contrairement aux autres tiers, dont l'identité est laissée à l'appréciation des circonstances de l'espèce. L'intérêt de l'enfant est l'unique centre de gravité dont il faut tenir compte, ce qui oblige le juge à évaluer, pour chaque cas d'espèce, si la consécration du droit des grands-parents apportera des éléments positifs à la construction et à l'épanouissement de l'enfant⁽⁹⁰⁾. La Cour européenne des droits de l'homme s'était prononcée également dans ce sens en permettant la consécration d'un rôle élargi pour les grands-parents lorsque cette implication rencontre l'intérêt de l'enfant. Les relations entre les grands-parents et les petits-enfants sont en effet couvertes par l'article 8 de la Convention⁽⁹¹⁾. En ce qui concerne les tiers, la jurisprudence nous enseigne qu'il peut s'agir : du père biologique dont la filiation n'est pas reconnue, de l'époux de l'un des grands-parents, des grands-parents d'origine en cas d'adoption plénière, des arrière-grands-parents,

⁸⁹ Article 375bis.

⁹⁰ N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence, 2005-2010* ; D. CARRE et al., *Les dossiers du J.T.*, n° 85, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 474.

⁹¹ CEDH, *Scozzari et Giunta c. Italie*, 13 juillet 2000, R.T.D.F., 2001/2, pp. 359 et suiv. ; CEDH, *Francisco Carrera Faustino et Laura Ragazzini de Carrera c. Italie*, 17 janvier 1996, req. n° 18934/91. Déjà dans l'arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979 (req. n° : 6833/74), la Cour avait précisé que « la vie familiale, au sens de l'article 8 de la Convention, englobe pour le moins les rapports entre proches parents, lesquels peuvent y jouer un rôle considérable, par exemple entre grands-parents et petits-enfants. Le 'respect' de la vie familiale ainsi entendue implique pour l'État l'obligation d'agir de manière à permettre le développement normal de ces rapports... » (§ 45) ; voyez également : P. LAMBERT, *La Belgique et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002, (Droit et Justice, n° 37), pp. 121 et suiv., et F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 318.

de l'ex-partenaire de même sexe ou de l'ex-beau-parent, de la tante ⁽⁹²⁾, des frères et sœurs, des parrains et marraines ⁽⁹³⁾, etc.

26. La famille élargie ressort également des dispositions relatives aux obligations et aux interdits, c'est-à-dire en matière d'obligations alimentaires et d'empêchements à mariage.

27. Témoins de la manière dont le droit envisage la solidarité familiale ⁽⁹⁴⁾, les obligations alimentaires offrent en effet un éclairage intéressant quant à la place que la loi accorde aux différents membres de la famille. Dans ce domaine, le droit définit un cercle de solidarité alimentaire qui regroupe la famille nucléaire et certains parents et alliés : beaux-parents/beaux-enfants et ascendants/descendants en général. Elle n'inclut pas les collatéraux.

Plus précisément, le droit familial belge retient deux cercles de solidarité alimentaire :

Le premier cercle de solidarité joue envers *la famille nucléaire*, via le devoir de secours entre époux ⁽⁹⁵⁾, la participation aux charges du ménage dans le cadre de la cohabitation légale ⁽⁹⁶⁾ et l'obligation d'entretien et d'éducation des enfants par leurs père et mère ⁽⁹⁷⁾. L'obligation à l'égard des enfants existe même à l'égard du père dont le lien de filiation n'est pas établi ⁽⁹⁸⁾.

Le deuxième cercle de solidarité concerne certains parents et alliés, soit *la famille élargie*. Il joue en faveur des ascendants et des descendants en général, quel que soit le degré de parenté entre eux ⁽⁹⁹⁾. Ces obligations sont toutefois plus restreintes que celles existant à l'égard des enfants ou entre époux pendant la durée du mariage puisqu'elles impliquent un état de besoin dans le chef du créancier et la capacité de fournir les aliments dans le chef du débiteur. Ce cercle comprend également une obligation des beaux-parents à l'égard des beaux-enfants ⁽¹⁰⁰⁾, et réciproquement ⁽¹⁰¹⁾.

⁹² CEDH, *Boyle c. Royaume-Uni*, 8 février 1994, req. n° 16580/90, concernant un oncle privé de contacts avec son neveu. La Cour radia l'affaire suite à un accord intervenu entre le requérant et le gouvernement. La Commission avait toutefois conclu à la violation de l'article 8 de la Convention.

⁹³ Voyez la jurisprudence citée sur cette question par N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence, 2005-2010, op. cit.*, pp. 476-482, et Y. H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 3e éd., op. cit., p. 792.

⁹⁴ Celle-ci ressort également des règles relatives au droit patrimonial de la famille : régime primaire, régime communautaire, droit des successions.

⁹⁵ Prévu à l'article 213 du Code civil.

⁹⁶ Sur la base de l'article 1477 du Code civil.

⁹⁷ Découlant des articles 203 et 203bis du Code civil.

⁹⁸ Comme le stipule l'article 336 du Code civil, qui traite de l'obligation alimentaire non déclarative de filiation.

⁹⁹ En vertu des articles 205 et 207 du Code civil.

¹⁰⁰ Obligation inscrite à l'article 206 du Code civil.

¹⁰¹ Sur la base de l'article 207 du Code civil. Notons que le droit des successions contient également des dispositions liées aux obligations alimentaires. Par exemple, l'article 1477 du Code civil dispose que, dans les

Une hiérarchie est établie entre les créanciers d'aliments : l'obligation alimentaire à l'égard des enfants et du conjoint prime l'obligation alimentaire après divorce. Par contre, le devoir de secours entre époux prime l'obligation alimentaire existant entre descendants et ascendants ou entre parents et alliés. Celle-ci doit donc être invoquée prioritairement avant de faire appel aux autres débiteurs d'aliments ⁽¹⁰²⁾. La Cour de Cassation a toutefois tempéré cette hiérarchie dans les termes suivants : « *Si l'enfant est marié, l'obligation d'entretien particulière entre époux prime, en règle, l'obligation d'entretien parentale* », mais l'obligation d'entretien parentale « *subsiste lorsque les moyens du conjoint de l'enfant sont insuffisants pour lui permettre de respecter son obligation d'entretien ou lorsqu'il est établi qu'il manque à son devoir* » ⁽¹⁰³⁾.

Notons que la pension alimentaire entre ex-époux a connu de nouvelles limitations et témoigne, dans la législation actuelle, d'un encouragement à l'indépendance financière des membres du couple ou de l'ancien couple ⁽¹⁰⁴⁾.

Le cercle familial est donc, en la matière, relativement étendu, mais connaît une hiérarchie. Cette hiérarchie au sein des liens de famille se dégage des principes suivants : d'une manière générale, les obligations alimentaires qui impliquent un partage du niveau de vie priment les

limites de ce qu'il a recueilli de la succession, le cohabitant légal est tenu d'une obligation d'éducation et d'entretien des enfants du défunt. Une obligation identique figure à l'égard du conjoint survivant à l'article 203 du Code civil. Par ailleurs, nous avons déjà mentionné les articles 205*bis* et 1477, § 6, du Code civil, qui prévoient une obligation à charge de la succession envers le conjoint survivant et envers les ascendants du défunt.

¹⁰² Voyez la hiérarchie des débiteurs d'aliments in J. GERLO et G. VERSCHULDEN, *Hansboek voor familierecht*, Bruges, Die Keure, 2008, pp. 125 et suiv. ; D. CARRE, « Les aliments », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence, 2005-2010, op. cit.*, p. 521 ; A. C. VAN GYSEL et J. E. BEERNAERT, *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Waterloo, Kluwer, 2001, pp. 9 et suiv.

¹⁰³ Cass., 20 avril 2007, *R.T.D.F.*, 2008/3, pp. 1009 et suiv.

¹⁰⁴ En effet, la loi sur le divorce a été modifiée, notamment relativement à la place qu'occupe la faute dans la dissolution du lien conjugal, le divorce n'étant dorénavant plus prononcé pour 'faute' mais bien lorsque la désunion irrémédiable des époux est constatée ou lorsque ceux-ci s'accordent pour divorcer par consentement mutuel (voyez les articles 229 et suiv. du Code civil introduits par la loi 27 avril 2007, *M.B.*, 7 juin 2007). Dans le cadre du divorce pour désunion irrémédiable, le juge peut prendre en compte la possibilité pour le créancier d'aliment d'obtenir ou de compléter ses revenus, comme le stipule l'article 301 du Code civil et l'obligation alimentaire est limitée au tiers des revenus (article 301, § 3, al. 2 *in fine*, du Code civil). Cependant, le critère du niveau de vie perdu suite au divorce n'est pas totalement évincé par l'interprétation qui est donnée à cet article 301 du Code civil (voyez : N. DANDOY, « Actualité en matière d'obligations alimentaires », *Ann. Dr.*, vol. 74, 2014, n° 1, pp. 41 et suiv.). La question de la faute n'a pas, non plus, totalement disparu du droit du divorce dès lors que, si le juge constate que la poursuite de la vie commune a été rendue impossible suite à la faute grave de l'un des époux, l'époux responsable de ladite faute perdra tout droit à la pension (pour un aperçu de jurisprudence sur cette question, voyez : G. HIERNAUX, « Le mariage », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence, 2005-2010, op. cit.*, pp. 198 et suiv.). Notons enfin que la durée fixée pour l'octroi d'une pension alimentaire ne peut être supérieure à celle du mariage, sauf si le juge, en cas de circonstances exceptionnelles et en présence d'un réel état de besoin, la prolonge (article 301, § 4, du Code civil).

obligations liées à l'état de besoin. Par ailleurs, les parents sont tenus avant les alliés et le degré de proximité familial détermine l'ordre d'appel des débiteurs ⁽¹⁰⁵⁾.

28. La famille délimitée au regard des règles édictant les empêchements à mariage est sensiblement identique à la famille tenue d'une solidarité alimentaire.

On le sait, la prohibition de l'inceste, universelle, empêche les relations sexuelles entre personnes appartenant au même groupe familial. Plus précisément, elle implique que des parents et enfants ou des frères et sœurs ne peuvent ni avoir de relations sexuelles ni se marier. La justification de cette interdiction, aux côtés des aspects génétiques, réside notamment dans le fait qu'elle institue une 'dépendance mutuelle' entre les familles, ce qui permet la perpétuation du groupe social ⁽¹⁰⁶⁾.

Dans le cadre du mariage, l'exogamie repose sur les empêchements au mariage. Les règles sont les suivantes : le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants ⁽¹⁰⁷⁾, et entre frères et sœurs ⁽¹⁰⁸⁾ (*famille nucléaire*), ainsi qu'entre les alliés dans la même ligne (beaux-parents/beaux-enfants) ⁽¹⁰⁹⁾. Le mariage est encore prohibé entre l'oncle et la nièce ou le neveu, ou entre la tante et la nièce ou le neveu ⁽¹¹⁰⁾. Toutefois, l'empêchement est susceptible de dispense dans cette dernière hypothèse ainsi que dans le cas des alliés ⁽¹¹¹⁾.

L'introduction dans la loi d'une possible dispense quant à l'empêchement entre alliés est la conséquence d'un arrêt rendu le 18 octobre 2006 par la Cour constitutionnelle. Par cette décision, la Cour a jugé disproportionné le caractère absolu de l'interdiction, en ce qu'elle empêche dans tous les cas à un beau-parent et à un bel-enfant de contracter mariage après le décès du conjoint qui créait l'alliance ⁽¹¹²⁾. De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé, le 13 septembre 2005 ⁽¹¹³⁾, dans son arrêt *B.L. c. Royaume-Uni*, que la procédure anglaise de dispense relative à l'empêchement à mariage prévu entre un beau-père et sa belle-fille, violait l'article 12 de la Convention. Selon la Cour, « *Les limitations imposées au droit d'un homme et d'une femme de se marier et de fonder une famille ne doivent pas être*

¹⁰⁵ Voyez les critères définis par la jurisprudence in : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., pp. 844 et suiv.

¹⁰⁶ C. LEVI-STRAUSS, *Le regard éloigné*, op.cit., pp. 82-83 ; F. RIGAUX, *Les personnes*, T. 1, « Les relations familiales », op. cit., p. 12. Sur la prise en compte de l'inceste par le droit, voyez : A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, pp. 759 et suiv.

¹⁰⁷ En vertu de l'article 161 du Code civil.

¹⁰⁸ En vertu de l'article 162 du Code civil.

¹⁰⁹ Également en vertu de l'article 161 du Code civil.

¹¹⁰ En vertu de l'article 163 du Code civil.

¹¹¹ Sur la base de l'article 164 du Code civil.

¹¹² C. const., 18 octobre 2006, *R.T.D.F.*, 3/2007, pp. 682 et suiv. Le terme 'Cour constitutionnelle' sera utilisé indépendamment de la date de la décision (le cas échéant rendue par la Cour d'arbitrage selon l'appellation ancienne) par souci d'uniformité.

¹¹³ CEDH, *B. et L. c. Royaume-Uni*, 13 septembre 2005, *R.T.D.F.*, 2008/3, pp. 807 et suiv.

d'une sévérité telle que ce droit s'en trouverait atteint dans sa substance même ». En l'espèce, la Cour a considéré que la loi anglaise n'était pas suffisamment rationnelle et logique. Le législateur, se conformant de la sorte à la jurisprudence, a supprimé, par la loi du 15 mai 2007, le caractère absolu de l'empêchement à mariage entre alliés en instaurant la possibilité de dispense royale⁽¹¹⁴⁾. La Cour constitutionnelle va ensuite poursuivre l'allègement des interdits en tempérant l'interdit de l'inceste biologique au nom de l'intérêt de l'enfant. Nous y reviendrons lorsque nous étudierons la question de la filiation, dès lors qu'à ce stade la Cour n'a pas remis en question l'interdiction du mariage entre les membres ainsi définis par empêchements à mariage.

À partir du 3^e degré et au-delà, il n'y a plus aucun empêchement (entre cousins, par exemple).

La réglementation relative à la cohabitation légale, de son côté, ne prévoit aucune catégorie de personnes exclues sur la base du lien de famille. La différence, sur ce point, entre le mariage et la cohabitation légale s'explique par l'objet de cette dernière, la cohabitation légale étant une institution qui n'est pas uniquement destinée au couple et n'implique, de ce fait, pas toujours une vie sexuelle⁽¹¹⁵⁾.

Pour conclure, la famille élargie, apparemment absente du droit civil belge, qui ne la mentionne jamais explicitement, se retrouve néanmoins, de manières diverses, dans le droit des successions, du nom, de l'autorité parentale, de la tutelle, des obligations alimentaires et des empêchements à mariage.

§ 2 La famille nucléaire

29. La famille nucléaire, composée du couple et de leurs enfants, ressort de certaines dispositions légales, principalement de celles liées à l'autorité parentale.

Dans cette matière, le caractère restreint de la famille est illustré par la règle qui veut que seuls les parents exercent l'autorité parentale⁽¹¹⁶⁾. Cette limitation du groupe familial aux parents et aux enfants se confirme d'ailleurs lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard de l'un des parents ou si l'un d'eux est décédé ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, dès lors que, dans ces hypothèses, l'autre exerce seul cette autorité⁽¹¹⁷⁾.

¹¹⁴ Loi du 15 mai 2007 modifiant le Code civil en ce qui concerne le mariage entre alliés, *M.B.*, 29 juin 2007.

¹¹⁵ Pour une comparaison entre ces deux institutions voyez notamment H. CASMAN, « Tableau comparatif : cohabitation de fait/cohabitation légale/mariage », *Div. Act.*, 2007, pp. 148 et suiv. De façon générale, sur la cohabitation légale voyez par exemple : C. COUQUELET, Y. H. LELEU et E. VON FRENCKEL, « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *Act. dr. Fam.*, 1997-1999, CUP, 1999, pp. 7 et suiv. ; C. FORDER et A. L. VERBEKE, *Gehuwd of niet : maakt het iets uit ?*, Maastricht, Ius Commune Europaeum, 2005.

¹¹⁶ Sur la base des articles 372 et suiv. du Code civil.

¹¹⁷ En vertu de l'article 375 du Code civil.

30. Toutefois, le droit qui n'est conféré, *a priori*, qu'aux parents, connaît un tempérament important : la possibilité d'accorder aux grands-parents ou à d'autres personnes qui entretiennent un lien affectif avec l'enfant un droit aux relations personnelles (voir n°25). Ce droit, déjà à l'heure actuelle et probablement encore plus à l'avenir, donne une dimension plus large au noyau familial, comme souligné sous le titre précédent consacré à la famille élargie. S'il permet l'élargissement juridique des liens entre l'enfant et les membres de sa famille, ce droit ne constitue cependant pas une division de l'autorité parentale et ne comporte donc pas de partage par les parents de leurs responsabilités sur les enfants (¹¹⁸).

Les frères et sœurs sont, par conséquent, liés par une autorité commune. La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs sanctionné la Turquie pour avoir séparé une fratrie dans le cadre du divorce de leurs parents (¹¹⁹).

31. Notons que le lien entre les parents et les enfants n'est pas nécessairement biologique, comme en témoigne la possibilité d'établir la comaternité par présomption lorsque deux femmes sont unies par les liens du mariage (¹²⁰) ou la filiation par reconnaissance pour un homme (¹²¹) ou une femme (¹²²). La même conclusion découle de l'assimilation parfaite de l'adoption plénière à la filiation (¹²³). Nous reviendrons *infra* sur la place de la donnée génétique dans la consécration des liens de famille (voir n°79 et suiv.).

32. Enfin, le premier cercle de solidarité alimentaire évoqué *supra* (voir n°27) accorde également une place de choix à la famille nucléaire, laquelle est privilégiée via le devoir de secours entre époux, la participation aux charges du ménage dans le cadre de la cohabitation légale et l'obligation d'entretien et d'éducation des enfants par leurs père et mère. Par ailleurs, nous avons également constaté que le droit des successions accorde une place de choix aux enfants et au conjoint survivant (et dans une moindre mesure au cohabitant légal).

Outre l'obligation alimentaire évoquée ci-dessus dans le cadre du mariage ou de la cohabitation légale, le couple est, de son côté, encadré par l'ensemble des règles relatives au régime primaire (¹²⁴) ainsi que par l'existence d'un régime matrimonial supplétif (¹²⁵).

¹¹⁸ Sur le droit aux relations personnelles des grands-parents, voyez par exemple : L. JACOBS, « A propos du droit aux relations personnelles d'un grand-parent et d'un beau-grand-parent », note sous Liège, 4 décembre 2014, *R.T.D.F.*, 2015/2, pp. 331 et suiv. et Mons, 23 juillet 2007, R.G. : 2007/JE/27, *www.juridat.be*.

¹¹⁹ CEDH, *Mustafa et Armagan Akin c. Turquie*, 6 avril 2010, req. n° 4694/03.

¹²⁰ Article 325-2 du Code civil, introduit par la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparenté, *M.B.*, 7 juillet 2014, en vigueur le 1^{er} janvier 2015.

¹²¹ En vertu de l'article 319 du Code civil.

¹²² En vertu de l'article 325-4 du Code civil.

¹²³ En vertu de l'article 356-1 du Code civil.

¹²⁴ Articles 212 et suivants du Code civil.

Comme précisé dans l'introduction, nous n'approfondirons toutefois pas ces questions patrimoniales.

33. Entité de référence pour une partie des représentations collectives, la famille nucléaire est donc protégée par le droit. Elle n'est cependant jamais définie en tant qu'unité spécifique et sa consécration comme cellule comprenant les/le parent(s) et les/l'enfant(s) (biologiques ou non) ne se déduit que des dispositions entourant les droits et devoirs des époux ou cohabitants légaux entre eux, ainsi que ceux des parents envers les enfants.

Section III | Les différents cercles familiaux divergent quant à leur composition

34. Les développements consacrés à la composition de la famille selon les différentes branches du droit permettent de conclure à l'existence de contours distincts du groupe familial selon le rapport de droit concerné.

En effet, le droit des obligations alimentaires entend la famille dans un sens nettement plus restreint que le droit des successions ou les règles prévues en matière d'empêchements à mariage, puisqu'il ne reconnaît pas les collatéraux. Cela dit, dans ces trois domaines, les alliés sont considérés comme faisant partie de la famille. Les règles déterminant les interdits au mariage prévoient que la famille est constituée par les membres apparentés jusqu'au 3e degré, alors que le droit des successions étend au 4e degré les successibles.

Il résulte de cette analyse que les contours de la famille ne sont pas univoques et dépendent du type de droits et d'obligations qui lient les différents membres. Toutefois, aucune règle ne connaît de lien juridique au-delà du 4e degré d'apparentement. Le lien parent/enfant est prépondérant et reçoit la protection la plus ferme. Par contre, les familles recomposées sont très faiblement encadrées juridiquement.

Section IV | Les contours de la famille sont sujets aux évolutions

35. Écrire que le droit de la famille ne cesse d'évoluer n'est évidemment plus nécessaire tant le phénomène est désormais connu et intégré. Il est cependant intéressant de relever que les évolutions qui le caractérisent touchent les fondements de la famille au point

¹²⁵ En vertu de l'article 1400 du Code civil.

que les contours de celle-ci sont également mouvants. Nous allons, sous ce titre, faire un état des lieux de ce qui semble, à ce jour, intangible et évoquer les brèches qui laissent entrevoir de futures évolutions.

§1 Le droit ne lie que deux adultes au maximum mais le couple de fait est libre

36. Si le couple est libre du choix de son mode de formalisation, la règle commune est claire : l'union formelle se doit d'être monogame. En témoignent à la fois l'article 147 du Code civil, en vertu duquel « *On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* », et l'article 1475, § 2, 1^o, du Code civil qui prévoit l'interdiction d'acter une cohabitation légale si les parties sont déjà liées par un mariage ou une précédente cohabitation légale⁽¹²⁶⁾. Dans son arrêt *Johnston et autres c. Irlande*, la Cour européenne des droits de l'homme se réfère également au principe monogamique pour justifier une impossibilité de remariage. Selon la Cour, « *même si, comme l'affirment les requérants, l'interdiction du divorce doit s'analyser en une limitation à la capacité de se marier, pareille limitation ne saurait, dans une société adhérant au principe de la monogamie, passer pour une atteinte à la substance même du droit garanti par l'article 12* »⁽¹²⁷⁾.

37. Toutefois, il n'existe aucune obligation de formaliser la vie de couple. L'union libre est en effet largement pratiquée en Belgique et reçoit, dans une certaine mesure, une reconnaissance. Dans le cadre de l'union libre, le principe de l'union monogamique peut indirectement être remis en question.

À cet égard, le droit belge permet à chacun de vivre son union sans nécessairement devoir l'officialiser et attache à ces unions un certain nombre de conséquences, principalement en matière de filiation (voir n°44). Si le couple formel est monogame, la liberté affective est en revanche entière pour les couples de fait.

¹²⁶ Ce point notamment permet au Professeur A. C. VAN GYSEL de mettre en avant les vices inhérents à l'institution de la cohabitation légale, laquelle était initialement destinée à offrir un statut aux couples de même sexe et comporterait par conséquent de nombreuses incohérences du fait qu'elle est à la fois destinée aux couples et à d'autres personnes (A. C. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : quo vadis ? », *R.T.D.F.*, 2015/1, pp. 9 et suiv.)

¹²⁷ CEDH, *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, req. n° 9697/82 (§ 52). Dans cette affaire, le précédent mariage du premier requérant l'empêchait d'officialiser ses liens avec sa nouvelle compagne (la deuxième requérante) et leur fille. La Cour n'a toutefois pas considéré que l'impossibilité de divorcer, dans le droit irlandais de l'époque, constituait une violation des articles 8 et 12 de la CEDH en tant qu'ils empêchaient le mariage des deux premiers requérants.

38. Par ailleurs, la facilité avec laquelle il est aujourd'hui possible de divorcer (voir n°125) et de se remarier ensuite, de contracter une cohabitation légale ou de se lier à nouveau dans un couple de fait, autorisent des unions successives et potentiellement des obligations simultanées lorsque, par exemple, une obligation alimentaire est due à un ex-époux.

Ces nuances, certes fragiles, ne bouleversent toutefois pas le principe consacré à l'égard du couple de droit.

§ 2 Deux parents au maximum pour un enfant mais pour combien de temps ?

39. Le principe du binôme conjugal se retrouve également dans les règles relatives à la filiation.

En effet, la filiation n'est jamais établie qu'à l'égard de deux adultes, indépendamment de son mode d'établissement : par présomption, par reconnaissance, par décision judiciaire établissant la filiation⁽¹²⁸⁾ ou prononçant l'adoption plénière⁽¹²⁹⁾. La seule exception à cette règle concerne l'adoption simple, qui maintient un lien successoral entre l'adopté et la famille d'origine⁽¹³⁰⁾. Même en matière de procréation médicalement assistée (PMA ci-après), la filiation ne s'établit qu'entre l'enfant et son ou ses deux parents d'intention, les tiers donneurs demeurant anonymes⁽¹³¹⁾.

La parenté est donc toujours bilatérale. Le législateur n'a en effet pas autorisé la pluriparenté, même si les débats sont lancés et seront probablement de plus en plus présents quant à la possibilité de reconnaître différents parents du même sexe pour un enfant, notamment dans le cadre de la gestation pour autrui (GPA ci-après)⁽¹³²⁾.

¹²⁸ Sur la base des articles 312 et suiv. du Code civil.

¹²⁹ En vertu de l'article 343 du Code civil.

¹³⁰ Voyez les articles 353-1 et suiv. du Code civil.

¹³¹ Articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *M.B.*, 17 juillet 2007. Voyez : C. HERBRAND, « La loi sur la procréation médicalement assistée en Belgique : un reflet de la diversité familiale ? », in *Droit des familles, genre et sexualité*, N. GALLUS (dir.), Limal, Anthémis, 2012, pp. 328. Pour une étude de droit comparé sur la levée de l'anonymat du don, voyez : G. MATHIEU, « La place du donneur d'engedrement », in *Parenté, Filiation, Origines, Le droit à l'engedrement à plusieurs*, H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 135 et suiv.

¹³² La question d'une pluriparentalité n'a pas été posée dans le cadre du débat sur l'adoption par des couples de même sexe, s'agissant de permettre aux couples homosexuels, entendus comme deux personnes, de devenir parent ensemble (voyez le rapport de la commission justice sur le projet de loi modifiant le Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe : *Doc. Parl.*, Sess. Ord., 2005/2006, n° 3-1460/6). Le maintien des schémas existants devrait être remis en question pour penser actuellement les familles. F. SWENNEN

40. Par ailleurs, les questions débattues actuellement concernant la reconnaissance d'une parenté sociale, permettant ainsi un encadrement juridique des familles recomposées notamment, laissent également entrevoir de nouvelles perspectives à cet égard⁽¹³³⁾. À titre d'exemple, la proposition de loi du 13 octobre 2010 visant à instaurer l'acte légal de parenté sociale⁽¹³⁴⁾ propose de permettre aux différents adultes en charge de l'enfant (parents biologiques et beaux-parents) de consigner dans un acte notarié les droits et obligations des 'parents sociaux'. Selon l'auteur de la proposition, « l'intérêt de l'enfant signifie que celui-ci doit pouvoir grandir dans un milieu qui l'aime et le respecte. Ni plus, ni moins. Que ce milieu soit composé d'un parent ou de deux, trois ou même quatre parents. Qu'il s'agisse du ou des parents biologiques ou du ou des parents sociaux. Quels que soient également le sexe ou l'orientation sexuelle du ou des parents »⁽¹³⁵⁾.

Cependant, à ce jour, l'autorité parentale ne peut être attribuée qu'aux parents, c'est-à-dire, à deux personnes au maximum. Cette règle demeure, indépendamment du sexe des parents (par exemple, deux pères en cas d'adoption, deux mères en cas d'adoption ou de comaternité). Atteste de ce principe également le fait que, lorsque la filiation n'est pas établie à l'égard de l'un des parents ou si l'un d'eux est décédé, présumé absent ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, l'autre exerce seul cette autorité⁽¹³⁶⁾. Les tribunaux ont déjà eu l'occasion de rappeler cette règle en précisant que les grands-parents ne sont pas habilités à exercer l'autorité parentale, même dans cette hypothèse⁽¹³⁷⁾.

À l'instar des débats qui entourent les nouveaux modes de procréation et les conséquences qui s'y attachent en matière de filiation⁽¹³⁸⁾, l'évolution des mœurs et du droit pourrait aboutir à donner un statut à d'autres adultes que les parents et reconnaître, de la sorte, un partage plus large de l'autorité parentale.

se demande également s'il faut encore garder cette référence au 'binôme' (F. SWENNEN, *Het personen- en familierecht, op. cit.*, p. 34).

¹³³ Voyez déjà les débats avant l'adoption de la loi ouvrant l'adoption aux couples de même sexe : J. L. RENCHON, « Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique ? », *J.T.*, 2005, pp. 125 et suiv.

¹³⁴ *Doc. Parl.*, Sess. Ord., 2010/2011, n° 5-305/1.

¹³⁵ Proposition déposée par G. SWENNEN, *ibidem*.

¹³⁶ Comme le précise l'article 375 du Code civil.

¹³⁷ Civ. Dinant, 18 août 2008, *Act. Dr. Fam.*, 2009/5, pp. 97 et suiv.

¹³⁸ Voyez par exemple : Proposition de loi réglementant la maternité de substitution, *Doc. Parl.*, Sess. Extra. 2010, n° 5-130/1 ; Proposition de loi relative aux mères porteuses, *Doc. Parl. Sess. Extra.*, 2010, n° 5-160 ; Proposition de loi relative à la maternité pour autrui, *Doc. Parl.*, Sess. Extra., 2010, n° 5-236 ; Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, *Doc. Parl.*, Sess. Ord., 2010/2011, n° 5-929, et G. SCHAMPS et J. SOSSON (*dir.*), *La gestation pour autrui, vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, ainsi que H. FULCHIRON et J. SOSSON (*dir.*), *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs, op. cit.* Pour un état des lieux des transformations de la parenté (malgré une vision quelque peu réductrice), voyez : M. GODELIER, « Quel avenir pour quelle parenté ? », in *Les métamorphoses de la parenté, op. cit.*, pp. 555 et suiv.

Sur ce point, la Cour constitutionnelle s'était d'ailleurs prononcée dans un arrêt du 8 octobre 2003 ⁽¹³⁹⁾. L'affaire concernait un enfant conçu par insémination artificielle dans le cadre d'un projet de couple entre deux femmes et élevé par elles. Si la situation soumise à la Cour ne conserve, en tant que telle, plus d'actualité depuis que l'adoption est ouverte aux couples de même sexe et que la loi sur la comaternité est entrée en vigueur, le positionnement de la Cour semble toutefois pouvoir être étendu aux situations familiales, engageant indistinctement un couple hétérosexuel ou homosexuel, dans lesquelles un tiers assume avec le parent l'éducation de l'enfant. L'arrêt demeure par conséquent intéressant pour le propos. En effet, la Cour a enjoint au législateur de définir la forme, les conditions et la procédure qui permettraient d'étendre l'autorité parentale à des personnes qui n'ont pas de lien de filiation avec l'enfant mais qui se sont engagées à lui fournir des soins. Selon la Cour, « *L'autorité parentale n'est actuellement possible qu'à l'égard des personnes qui ont un lien de filiation avec l'enfant. L'article 375bis du Code civil, s'il permet l'organisation de relations personnelles entre un enfant et la personne qui justifie d'un lien d'affection particulier avec celui-ci, ne permet pas de donner à ce lien des effets qui consacraient juridiquement les engagements auxquels cette personne offrirait de souscrire à l'égard de l'enfant. Celui-ci pourrait donc perdre brutalement tout droit aux soins, lesquels comprennent le droit à l'entretien et à la protection de la personne qui l'a élevé, en cas de séparation du couple et, spécialement, en cas de décès du parent qui a un lien de filiation avec lui. Il s'ensuit que cette catégorie d'enfants fait l'objet d'un traitement différent sans justification admissible* » ⁽¹⁴⁰⁾.

Cet arrêt illustre la question de la possible désolidarisation entre l'autorité parentale et la filiation qui est soulevée par la problématique de la parenté sociale. Bien qu'à ce jour un tel statut n'existe pas, certaines dispositions permettent une reconnaissance embryonnaire de celui-ci, comme celles relatives à la tutelle testamentaire ou officieuse ainsi que celle concernant le droit aux relations personnelles. Par ailleurs, la réglementation en la matière sera peut-être voué au changement, diverses propositions de loi étant sur la table, qui visent à donner un cadre juridique aux familles recomposées ⁽¹⁴¹⁾. Ce questionnement, initialement pensé pour faire une place au partenaire homosexuel, est aujourd'hui plus large et concerne l'ensemble des situations familiales.

41. D'autres voies entraîneraient, par ailleurs, la multiplication des adultes liés légalement à un enfant. Tel serait le cas de la révision de la règle de l'anonymat du don en matière de procréation médicalement assistée ou la réglementation de la gestation pour autrui dans le sens de la mention dans l'acte de naissance des différents adultes intervenus dans le processus de procréation. Il n'est, par conséquent, pas exclu que la réglementation évolue

¹³⁹ C. const., 8 octobre 2003, arrêt n° : 134/2003, note J.-L. RENCHON, « Vers l'octroi de l'autorité parentale à des beaux-parents ? », *R.T.D.F.*, 2004/1, pp. 190 et suiv.

¹⁴⁰ Attendus B. 6 et B. 7.

¹⁴¹ Voyez la proposition de loi relative à la parenté sociale du 8 octobre 2010, *Doc. Parl.*, Sess. Extr., 2010, n° 5-264/1 ; et la proposition de loi précitée visant à instaurer l'acte légal de parenté sociale du 13 octobre 2010, *op. cit.*, et J.-L. RENCHON, « Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique ? », *op. cit.*, pp. 125 et suiv.

dans les prochaines années afin d'augmenter le nombre d'adultes susceptibles d'intervenir dans la filiation ou l'éducation d'un enfant.

Chapitre 2 *La famille est régie par des principes au contenu évolutif*

42. La famille, dont les contours variables ont été définis sous le titre précédent, est régie par des principes qui sous-tendent la loi et la jurisprudence.

Certains de ces principes sont largement ancrés dans le droit positif et nous allons tenter de les dégager des règles du Code civil belge. Toutefois, si ces principes semblent largement reconnus, leur contenu évolue. Nous allons, par conséquent, étudier leur assise et leurs évolutions.

Nous avons relevé 3 principes : la famille est basée sur le principe d'égalité (section I), la parenté se base sur un équilibre entre les liens biologiques et affectifs (section II), la famille est parfois institutionnelle, parfois contractuelle et parfois factuelle (section III). Nous allons les étudier successivement.

Section I | La famille est basée sur le principe d'égalité

43. Le principe d'égalité est devenu la base du droit positif de la famille. Ce mouvement égalitaire se retrouve dans les dispositions légales relatives aux différentes étapes de la vie familiale.

§ 1 L'égalité est assurée entre époux ou partenaires

44. L'égalité constitue un principe directeur dans l'accès à un mode institutionnalisé de vie en couple et au sein même de celui-ci durant son existence.

45. Déjà, parce que le législateur a prévu l'accès au mariage sans considération de genre. En effet, depuis la loi du 13 février 2003⁽¹⁴²⁾, les couples de même sexe peuvent contracter mariage⁽¹⁴³⁾. Il en résulte une égalité dans l'accès à l'institution pour tous les adultes consentants. Toutefois, les effets du mariage ne sont pas identiques en ce qui concerne la filiation, selon qu'il s'agisse d'un couple hétérosexuel, homosexuel féminin ou homosexuel masculin (voir *infra*).

En ce qui concerne le mariage entre personnes de même sexe, le droit belge est plus protecteur que la Cour européenne des droits de l'homme, qui n'impose pas aux États d'ouvrir un droit au mariage pour ces couples. Selon la Cour, « *prenant en compte l'article 9 de la Charte [des droits fondamentaux de l'Union européenne], la Cour ne considère plus que le droit de se marier consacré par l'article 12 de la Convention doit en toutes circonstances se limiter au mariage entre deux personnes de sexe opposé. [...] Néanmoins, en l'état actuel des choses, l'autorisation ou l'interdiction du mariage homosexuel est régie par les lois nationales des États contractants* »⁽¹⁴⁴⁾.

Si la Cour a fait un premier pas vers la reconnaissance des unions homosexuelles en marquant un revirement de jurisprudence⁽¹⁴⁵⁾ à l'occasion de l'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Unis*⁽¹⁴⁶⁾, considérant, en l'espèce, que l'impossibilité pour un transsexuel opéré de se marier sous sa nouvelle identité sexuelle emportait la violation de l'article 12 de la Convention

¹⁴² Loi ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *M.B.*, 28 février 2003. Sur cette loi voyez J.-L. RENCHON, « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *R.T.D.F.*, 2003/3, pp. 439 et suiv.; P. SENAËVE, « De wet van 13 februari 2003 tot invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht », *EJ*, 2003, pp. 49 à 62

¹⁴³ Notons que la Cour constitutionnelle fut saisie d'un recours en annulation de la loi du 13 février 2003 qu'elle rejeta par son arrêt n° 159/2004 du 20 octobre 2004.

¹⁴⁴ CEDH, *Shalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, req. n° 30141/04 (§ 61) concernant deux hommes autrichiens dont la célébration du mariage fut refusée par les autorités autrichiennes. Sur cet arrêt voyez par exemple : J. P. MARGUENAUD, « Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle », *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, pp. 738 et suiv. Voyez aussi concernant le partenariat non ouvert aux couples de même sexe : A. DANIS-FATOME, « Le droit des couples à un engagement public », *Rev. trim. dr. h.*, 2014/99, pp. 737 et suiv., et l'arrêt CEDH, *Vallianatos et autres c. Grèce*, 7 novembre 2013, req. n° 29381/09 et 32684/09.

Précisons que l'article 9 de la Charte ne fait plus référence au sexe des époux. Il stipule : « *Le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice* », contrairement à l'article 12 de la Convention qui stipule : « *A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ».

¹⁴⁵ Voyez par exemple : CEDH, *Rees c. Royaume-Uni*, 10 octobre 1986, req. n° 9532/81 ; CEDH, *Cossey c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1990, req. n° 10843/84 ; CEDH, *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, 30 juillet 1998, req. n° : 31-32/1997/815-816/1018-1019, dans lesquels la Cour avait refusé de voir une ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée en cas de refus des autorités britanniques de modifier le registre des naissances, ou d'en fournir des extraits qui ont une substance différente de celle des mentions originales concernant le sexe déclaré des individus. Voyez également : A. CARILLON, « L'influence des arrêts Christine Goodwin et I sur le consentement au mariage en droit français », *Rev. trim. dr. h.*, 2005/62, pp. 349 et suiv.

¹⁴⁶ CEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, req. n° 28957/95 (§§ 101 et 104). Par contre, lorsqu'il s'agit pour un transsexuel de rester marié après son changement de sexe, la Cour insiste à nouveau sur le fait que le refus de permettre à un couple de même sexe de rester marié ne viole pas l'article 8 CEDH (CEDH, *Parry c. Royaume-Uni*, 28 novembre 2006, requête déclarée irrecevable, n° : 42971/05).

européenne des droits de l'homme (CEDH ci-après), elle ne consacre toutefois pas le droit à de telles unions. Dans l'arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche* (¹⁴⁷), elle se limite en effet à considérer « *que la conjugalité homosexuelle constitue une vie familiale protégée par la Convention au titre de l'article 8* », mais que l'autorisation ou l'interdiction reste régie par la loi nationale des États membres, lesquels disposent d'une marge d'appréciation à cet égard (¹⁴⁸). Dans son arrêt du 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, la Cour affirme toutefois pour la première fois que l'absence d'union civile pour les couples de même sexe est contraire au droit au respect de la vie privée et familiale (¹⁴⁹). Le droit belge du mariage est par conséquent conforme au droit européen, voire même, en 'avance' sur celui-ci.

46. Quant à la cohabitation légale, elle est également ouverte à tous les couples, indépendamment du sexe des partenaires, puisqu'elle est accessible à « *deux personnes* », sans précision de genre (¹⁵⁰).

Notons également que les deux époux ou les deux partenaires sont soumis de manière parfaitement identique à l'ensemble des conditions requises pour contracter un mariage ou une cohabitation légale (¹⁵¹).

¹⁴⁷ CEDH, *Shalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, *op. cit.*

¹⁴⁸ G. WILLEMS, « La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : mariage et conjugalité, parenté et parentalité », *Rev. trim. dr. h.*, 2013/93, pp. 65 et suiv. Après avoir affirmé la position de la Cour quant au mariage entre personnes de même sexe, l'auteur recense cependant les arrêts qui concernent des prérogatives liées à l'existence d'une relation conjugale à l'égard desquelles les homosexuels ne peuvent être discriminés (par exemple le droit de succéder à son cohabitant en matière de bail : arrêt *Karner c. Autriche* du 14 juillet 2003, *obs.* P. FRUMER, « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2004/59, pp. 663 et suiv.). Voyez aussi sur ces questions : G. WILLEMS, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011), *op. cit.*, pp. 9 et suiv., K. LENAERTS, « La portée de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de droit de la famille et des personnes », *R.T.D.F.*, 2008/3, pp. 637 et suiv., et E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *Chronique de jurisprudence, J.E.D.H.*, 2013/2, pp. 134 et suiv. ; N. HERVIEU, « Discrimination et vie familiale (Art. 14 et 8 CEDH) : un long chemin européen vers la pleine reconnaissance des familles homoparentales », in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 26 février 2013. Sur la marge d'appréciation des États, voyez notamment : G. WILLEMS, « L'appréhension par la Cour de Strasbourg du droit de la personne et de la famille : respect des singularités nationales et commune garantie des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme : une réalité quotidienne, op. cit.*, pp. 167 et suiv.

¹⁴⁹ CEDH, 21 juillet 2015, *Oliari et autres c. Italie*, req. n° : 18766/11. En l'espèce, la Cour a condamné l'Italie qui ne prévoyait aucune union civile au bénéfice des couples homosexuels.

¹⁵⁰ En vertu de l'article 1475 du Code civil. Sur cette question voyez : A. C. VAN GYSEL, « La cohabitation légale : quo vadis ? », *op. cit.*, pp. 9 et suiv.

¹⁵¹ Articles 143 et suiv. du Code civil en ce qui concerne le mariage et 1475 et suiv. du Code civil pour la cohabitation légale.

47. Durant la vie commune, la gestion du patrimoine est soumise à des conditions identiques dans le chef des deux époux et le mariage entraîne les mêmes obligations à charge des deux époux ⁽¹⁵²⁾. De son côté, le régime juridique de la cohabitation légale ⁽¹⁵³⁾, bien que nettement moins étendu, s'impose aux partenaires sans que le genre de ceux-ci n'entre en ligne de compte.

48. Enfin, l'égalité entre les époux ou partenaires est assurée dans l'accès à la rupture. Toutes les procédures de divorce ⁽¹⁵⁴⁾ ainsi que la cessation de la cohabitation légale ⁽¹⁵⁵⁾, sont ouvertes de manière égalitaire aux deux membres du couple et dans des conditions parfaitement identiques. Cette égalité de droits et de devoirs des conjoints est d'ailleurs spécialement prévue par l'article 5 du Protocole 7 de la Convention européenne des droits de l'homme ⁽¹⁵⁶⁾, dans les termes suivants : « *Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les États de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants* ». Cette disposition vient compléter la Convention européenne des droits de l'homme, sans diminuer pour autant la portée des articles 8 et 14 de celle-ci ⁽¹⁵⁷⁾. Une règle identique figure en outre à l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ⁽¹⁵⁸⁾, selon lequel « *A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution* ». L'égalité entre homme et femme est également assurée par les articles 20, 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux ⁽¹⁵⁹⁾.

49. En ce qui concerne le couple, l'égalité entre homme et femme, ainsi qu'entre les unions homosexuelles ou hétérosexuelles est dès lors assurée. Le traitement juridique, selon qu'il s'agit d'un mariage, d'une cohabitation légale ou d'une union de fait, est certes différent. Cependant, l'accès à ces différentes formes de couple résulte d'un libre choix des intéressés.

L'on peut s'interroger sur la manière d'assurer l'égalité entre les unions. Est-ce en permettant un accès égalitaire aux différentes formes de vie conjugales ou en attribuant des conséquences juridiques identiques aux diverses manières de vivre en couple ? Nous penchons pour la

¹⁵² Articles 212 et suiv. ainsi que 1415 et suiv. du Code civil.

¹⁵³ Tel que défini à l'article 1477 du Code civil.

¹⁵⁴ Articles 229 et suiv. du Code civil.

¹⁵⁵ Article 1476, § 2, du Code civil.

¹⁵⁶ Protocole n° 7 à la CEDH du 22 novembre 1984.

¹⁵⁷ Sur le Protocole 7, article 5, voyez : C. PETTITI, « L'égalité entre époux », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. KRENC et M. PUECHAVY (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008, (Droit et Justice, n°78), pp. 29 et suiv.

¹⁵⁸ Adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 10 décembre 1948.

¹⁵⁹ *J.O.C.E.*, 18 décembre 2000, C/364.

première option en raison du caractère civil de toutes ces institutions et de l'importance de laisser aux individus la maîtrise des conséquences qu'ils souhaitent voir découler de leur engagement.

§ 2 L'égalité est assurée à l'égard des enfants

50. L'impact du principe d'égalité vis-à-vis des enfants implique une analyse d'une part selon la situation des parents et d'autre part entre les parents à l'égard de leurs enfants.

I. L'égalité entre les parents dans l'établissement et la contestation du lien de filiation

51. Depuis l'arrêt *Marckx* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 13 juin 1979 (¹⁶⁰) et, à sa suite, la loi du 31 mars 1987 (¹⁶¹), qui a intégré dans le droit belge l'égalité entre les filiations, le Code civil ne distingue plus les filiations « légitimes » des filiations « naturelles ». La paternité ou la maternité, à défaut de présomption légale, peut donc être établie par reconnaissance ou par décision judiciaire, accordant à l'enfant un statut identique à celui né d'un couple marié (¹⁶²). Les termes ont changé (¹⁶³) et l'on parle, depuis lors, uniquement de filiation maternelle, paternelle, ou encore de coparenté, sans plus faire de distinction selon le lien qui unit les parents.

52. L'égalité a, par ailleurs, été défendue en matière de filiation par la Cour constitutionnelle, qui sanctionne systématiquement les dispositions légales jugées discriminatoires. La loi du 31 mai 1987 a été largement critiquée par la juridiction constitutionnelle à cet égard (¹⁶⁴). Conséquence de cette 'déconstruction' jurisprudentielle

¹⁶⁰ CEDH, *Marckx c. Belgique*, *op. cit.*

¹⁶¹ Loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, *M.B.*, 27 mai 1987.

¹⁶² La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion à plusieurs reprises de rappeler, à l'encontre d'autres États, que l'intégration de l'enfant dans sa famille naturelle constituait une obligation découlant du droit au respect pour chacun de sa vie privée et familiale (voyez par exemple : CEDH, *Johnston et autres c. Irlande*, *op. cit.*; CEDH, *Keegan c. Irlande*, 26 mai 1994, req. n° 16969/90, affaire dans laquelle la Cour a condamné un placement en vue d'adoption à l'insu du père biologique en tant que violation de l'article 8 de la CEDH ; CEDH, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, *op. cit.*).

¹⁶³ J. POUSSON-PETIT relève également le changement de terminologie *in* « Troisième millénaire : évolution ou révolution du droit des personnes et de la famille dans les pays européens ? », *R.T.D.F.*, 2006/3, pp. 741 et suiv., p. 777.

¹⁶⁴ Par exemple quant à la nécessité du consentement de la mère à la reconnaissance paternelle lorsqu'elle ne conteste pas la réalité biologique de cette reconnaissance (C. const., 21 décembre 1990, n° 39/90, et C. const., 8

notamment, le droit belge de la filiation a été profondément réformé par la loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci (¹⁶⁵). Concernant cette nouvelle loi, A. C. Rasson précise que « *L'objectif de la réforme était triple : 'égaliser, sécuriser et moderniser'. Le législateur souhaitait, entre autres, supprimer les discriminations entre les pères et mères et rapprocher la filiation dans le mariage et hors mariage. Il a également cherché à répondre aux critiques formulées par la Cour constitutionnelle depuis le 21 décembre 1990 et à créer un équilibre subtil entre filiation biologique, filiation socio-affective et intérêt de l'enfant* » (¹⁶⁶). Les principes édictés par cette réglementation ont cependant été détricotés par le Cour constitutionnelle, laquelle a déjà rendu de nombreux arrêts depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (¹⁶⁷) ; nous y reviendrons (voir n°141 et suiv.).

53. L'égalité dans l'établissement du lien de filiation se marque par les principes suivants : lorsque la paternité ou la maternité ne découle pas d'une présomption légale, le lien de filiation peut être établi par reconnaissance (¹⁶⁸) ou par recherche de paternité ou de

octobre 1992, n° 63/92), ou quant à la possibilité pour le juge d'annuler la reconnaissance paternelle dans l'intérêt de l'enfant lorsqu'il n'est pas prouvé que l'homme n'est pas le père de l'enfant, une telle possibilité n'existant pas à l'égard de la filiation maternelle (C. const., 14 juillet 1994, n° 62/94) ou encore à la nécessité du consentement de l'enfant de plus de 15 ans à la reconnaissance paternelle et non maternelle (C. const., 6 juin 1996, n° 36/96).

¹⁶⁵ M.B., 29 décembre 2006.

¹⁶⁶ A. C. RASSON, « Reconnaissance d'un enfant hors mariage : l'intérêt de l'enfant aurait-il vaincu l'égalité ? Réflexions à partir de l'arrêt n° 144/2010 de la Cour constitutionnelle », *Vanden Broele, Chroniques de Droit Public*, 2011.1, pp. 47 et suiv. Voyez également sur cette loi : N. MASSAGER, « La nouvelle loi sur la filiation », in *Droit des familles*, CUP, 2007, pp. 43 et suiv. ; N. MASSAGER, « Le nouveau droit de la filiation : questions choisies », *Divorce*, 2007/5, pp. 81 et suiv. ; N. MASSAGER, « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », *Act. dr. Fam.*, 2010/6, pp. 101 et suiv. ; M. DEMARET, « Le droit de la filiation réformé », *Rev. not. belge*, mars 2007, pp. 114 et suiv. ; G. MATHIEU, « La réforme du droit de la filiation : une refonte en profondeur... », *R.T.D.F.*, 2007/2, pp. 333 et suiv. ; J. SOSSON, « Le nouveau droit de la filiation est arrivé ! », *J.T.*, 2007, n° 6267, pp. 365 et suiv. ; G. VERSCHULDEN, « Het hervormde afstammingsrecht : een nieuw compromis tussen biologisch en sociaal ouderschap », *R.W.*, 2007-2008, pp. 338 et suiv. ; P. SENAEVE, "De hervorming van het afstammingsrecht door de Wetten van 1 juli 2006 en van 27 december 2006", (deel I), *T. Fam.*, 2007/4, pp. 62 et suiv. ; (deel II), *T. Fam.*, 2008/6-7, pp. 102 et suiv. ; P. SENAEVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007.

¹⁶⁷ Sur l'intervention de la Cour constitutionnelle en matière familiale, voyez par exemple : P. MARTENS, « La Cour constitutionnelle et la famille », *R.T.D.F.*, 3/2008, pp. 657 et suiv. ; J. SOSSON, « Cour constitutionnelle, filiation et intérêt de l'enfant. 'C'est quand qu'on va où' », in *Actualités de droit des personnes et des familles* ; Y. H. LELEU et D. PIRE (dir.), Cup, vol. 141, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 97 et suiv. ; N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo. Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *Act. Dr. Fam.*, 2011/7, pp. 130 et suiv. ; T. WUYTS, « Het bezit van staat als absolute grond van niet-ontvankelijkheid bij betwisting van afstamming strijdig met het recht op eerbiediging van het privéleven », *T. Fam.*, 2011, pp. 64 et suiv. ; G. VERSCHULDEN, « Betwisting huwelijksvaderschap niet langer ontoelaatbaar bij bezit van staat », *De Juristenkrant* n° 224, 23 février 2011, pp. 1 et suiv., ainsi que les nombreuses notes citées *infra*, lors de l'analyse des arrêts de la Cour.

¹⁶⁸ En vertu des articles 313 et 319 du Code civil.

maternité⁽¹⁶⁹⁾. La reconnaissance de paternité ou de maternité est autorisée pour un enfant adultérin⁽¹⁷⁰⁾ et la recherche de paternité à l'égard du parent biologique marié à une autre femme que la mère de l'enfant l'est également⁽¹⁷¹⁾, sans que la situation des parents n'entraîne de conséquence pour les enfants. La filiation hors mariage est donc, en toute hypothèse, reconnue juridiquement.

54. La loi sur la procréation médicalement assistée du 6 juillet 2007⁽¹⁷²⁾ constitue également un exemple du respect par le législateur de l'égalité entre les parents. En effet, la loi n'impose aucune restriction quant aux choix de vie du ou des demandeurs, prévoyant l'accès à la procréation médicalement assistée à toute femme majeure âgée de moins de 45 ou de 47 ans selon la technique utilisée⁽¹⁷³⁾. L'égalité ressort de la définition que donne la loi des « auteurs du projet parental » en son article 2, f), lesquels sont : « toute personne ayant pris la décision de devenir parent par le biais d'une procréation médicalement assistée, qu'elle soit effectuée ou non au départ de ses propres gamètes ou embryons ». Dans ce cadre-ci, l'égalité est donc assurée entre les personnes seules et les couples, ainsi qu'entre les différentes unions, hétérosexuelles ou homosexuelles. Le centre de fécondation peut toutefois invoquer une clause de conscience afin de refuser d'accéder à la demande⁽¹⁷⁴⁾. Pour reprendre les termes de G. Genicot, « C'est donc à l'équipe médicale qu'il revient d'apprécier la légitimité de la demande, en fonction notamment de la personnalité du candidat à la P.M.A. et donc, entre autres, de son mode de vie »⁽¹⁷⁵⁾.

55. Par ailleurs, la loi sur la coparenté adoptée en mai 2014 place l'épouse de la mère sur un pied d'égalité avec l'époux de la mère dans l'établissement du lien de filiation⁽¹⁷⁶⁾. Par

¹⁶⁹ En vertu des articles 314 et 322 du Code civil.

¹⁷⁰ Selon les articles 313, § 3, et 319*bis* du Code civil.

¹⁷¹ En vertu de l'article 322, al. 2, et 325/6 du Code civil.

¹⁷² Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *op. cit.*

¹⁷³ Article 4 de la loi.

¹⁷⁴ Article 5 de la loi.

¹⁷⁵ G. GENICOT, « La maîtrise du début de la vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée », *J.T.*, 2009, p. 24.

¹⁷⁶ Voyez les articles 325-2 et suivants du Code civil. Sur cette loi, voyez notamment : J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « La loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : 'Trois femmes, un homme et un couffin' », *Act. dr. Fam.*, 2015/4, pp. 74 et suiv. ; L. PLUYM, « Juridisch statuut voor meemoeders – commentaar bij de wet van 5 mei 2014 », *T. Fam.*, 2015/1, pp. 5 et suiv. ; J. SOSSON, « Filiation, origines, parentalités », in *Filiation et parentalité, Actes du XIIIe colloque de l'Association Famille et Droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 27 et suiv. ; F. SWENNEN, « Meemoederschap vanaf 1 januari 2015 : een niet-levensvatbare vroeggeboorte », *R.W.*, 2014-2015, p. 242 et suiv. ; G. SEGHERS et F. SWENNEN, « Meemoederschap zonder adoptie - De wet van 5 mei 2014 tot vastelling van de afstamming van de meemoeder », *R.G.D.C.*, 2014/10, pp. 480 et suiv. Voyez aussi la loi du 18 décembre 2014 modifiant le Code civil, le code de droit international privé, le Code consulaire, la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparente et la loi du 8 mai 2014 modifiant le

contre, notons d'emblée que la situation de l'époux du père est fondamentalement différente car il ne peut, à l'heure actuelle, établir *ab initio* un lien de filiation en vertu du droit belge. Cette situation ne manquera pas de faire débat⁽¹⁷⁷⁾. Elle pose, en tous cas, la question des contours du principe d'égalité. Peut-on encore, à l'heure actuelle, prévoir un traitement juridique différent à l'égard de personnes qui, dans des situations distinctes en raison des circonstances factuelles, pourraient voir ces différences abrogées par le droit ? Un tel questionnement va certainement être discuté prochainement devant les instances juridictionnelles ou parlementaires.

56. Le droit de la filiation entoure, cependant, de certaines conditions l'établissement de la filiation hors mariage, ce qui a été critiqué par la Cour constitutionnelle. Tel est le cas notamment de l'article 329*bis* du Code civil, qui stipule que le tribunal peut refuser la reconnaissance d'un enfant âgé de plus d'un an lorsqu'une telle reconnaissance n'est manifestement pas dans son intérêt. La Cour constitutionnelle, dans un arrêt du 16 décembre 2010⁽¹⁷⁸⁾, a jugé cette disposition anticonstitutionnelle en ce qu'elle prévoit le délai d'un an comme point de départ pour l'appréciation de l'intérêt de l'enfant en cas d'établissement de la filiation par reconnaissance⁽¹⁷⁹⁾. Selon la Cour, « *Si l'âge d'un an constitue un critère objectif, il ne saurait être considéré comme pertinent au regard de la mesure en cause. Rien ne peut justifier que le juge saisi d'une demande de paternité prenne en considération l'intérêt de l'enfant lorsqu'il est âgé de plus d'un an mais ne puisse en tenir compte lorsque l'enfant a moins d'un an. En outre, en ce qu'elle a pour conséquence que l'intérêt de l'enfant âgé de moins d'un an n'est jamais pris en compte lors de l'établissement de sa filiation paternelle par reconnaissance, cette mesure porte une atteinte disproportionnée aux droits des enfants concernés* »⁽¹⁸⁰⁾. Avec une motivation identique, la Cour s'est prononcée sur le même délai pivot requis pour l'appréciation de l'intérêt de l'enfant dans le cadre de l'action en établissement de la filiation du père biologique suite à la contestation de la paternité du mari de la mère, action basée sur l'article 318 du Code civil. Une nouvelle fois, la Cour a jugé, dans un arrêt du 3 mai 2012, que l'impossibilité pour le juge de contrôler l'intérêt d'un

Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté, *M.B.*, 12 décembre 2014, note G. SEGHERS et F. SWENNEN, « *Reparatie Wet Meemoederschap* », *R.G.D.C.*, 2015/4, pp. 197 et suiv.

¹⁷⁷ Par ailleurs, en ce qu'elle organise une situation plus sécurisée à l'égard des couples de femmes par rapport aux couples hétérosexuels dans le cadre d'un accord sur un processus de procréation médicalement assistée, cette loi entraînera probablement des modifications ultérieures sur ce point. Voyez ce qu'en disent J. E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « La loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : 'Trois femmes, un homme et un couffin' », *op.cit.*, pp. 76 et suiv.

¹⁷⁸ C. const., 16 décembre 2010, arrêt n° 144/2010.

¹⁷⁹ L'enseignement tiré de cet arrêt ne se limite pas à la reconnaissance de paternité mais vise également 'par ricochet' la reconnaissance de maternité qui renvoie aux conditions de l'article 329*bis* du Code civil (voyez N. MASSAGER, « Le délai d'un an : un anniversaire inopportun selon la Cour constitutionnelle », *Act. Dr. Fam.*, 2011/1, p. 3).

¹⁸⁰ C. const., 16 décembre 2010, arrêt n° 144/2010, attendu B. 6.

enfant de moins d'un an, telle que prévue ici à l'article 332^{quinquies}, § 2, premier alinéa, du Code civil, était incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution (¹⁸¹).

Ces deux arrêts rétablissent l'égalité entre les enfants de plus ou moins un an dont la filiation est établie en dehors du mariage de leurs parents. Ils laissent toutefois subsister une autre discrimination : le contrôle de l'intérêt de l'enfant est maintenu lorsque la filiation est établie hors mariage, alors que la filiation établie dans le cadre de l'union conjugale l'est automatiquement, sans qu'aucune évaluation de ce type ne soit nécessaire. La volonté du législateur de mettre en concordance, tant que l'enfant a moins d'un an, les règles applicables à la présomption de paternité, lesquelles ne prévoient pas que l'intérêt de l'enfant soit soumis au contrôle du tribunal, et celles relatives à la reconnaissance, n'a donc pas obtenu le visa de la Cour constitutionnelle (¹⁸²).

Le principe d'égalité n'est donc pas absolu. Le mariage demeure une institution qui permet certaines distinctions, non seulement entre adultes, mais également à l'égard des enfants.

57. L'égalité dans l'établissement de l'adoption est également, d'une manière générale, assurée. Le Code civil, entièrement réformé en matière d'adoption par la loi du 24 avril 2003 (¹⁸³), suite à la ratification par la Belgique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993

¹⁸¹ C. const., 3 mai 2012, arrêt n° 61/2012, attendus B. 6 et B. 7.

¹⁸² A. C. RASSON, « Reconnaissance d'un enfant hors mariage : l'intérêt de l'enfant aurait-il vaincu l'égalité ? Réflexions à partir de l'arrêt n° 144/2010 de la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 53. Autre disposition incriminée par la Cour constitutionnelle au nom des principes d'égalité et de non-discrimination, l'article 330, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil, empêchant le père biologique de contester la reconnaissance de paternité faite par un autre homme, passé le délai de forclusion. Dans un arrêt du 6 avril 2011 (C. const., 6 avril 2011, arrêt n° 54/2011), la Cour a en effet mis à mal le délai de prescription, dès lors que celui qui se prétend le père biologique doit introduire son action dans l'année de la découverte du fait qu'il est le père de l'enfant. Selon la Cour, la disposition concernée implique une différence de traitement par rapport au délai fixé en matière de contestation de la présomption de paternité, le lien de filiation à l'égard du mari étant établi dès la naissance et pouvant être contesté dans l'année de la découverte de la vérité biologique: « *L'article 330, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que le délai de forclusion imparti par cette disposition à la personne qui revendique la filiation peut débiter avant la reconnaissance contestée* ». Ce qui est le cas si un autre homme reconnaît l'enfant alors que le père biologique a précédemment pris connaissance de sa paternité. Cet arrêt fut confirmé par décision du 5 décembre 2013 (C. const., 5 décembre 2013, arrêt n° 165/2013) : le point de départ du délai de l'action en contestation de la reconnaissance est inconstitutionnel s'il peut débiter avant la prise de connaissance de l'existence d'une reconnaissance mensongère. La question de la constitutionnalité du délai de prescription en matière de filiation est toutefois très nuancée dans la jurisprudence de la Cour qui fait une distinction selon le demandeur en justice et l'action concernée. Nous y reviendrons dans la dernière partie de ce chapitre.

¹⁸³ Loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, *M.B.*, 16 mai 2003. Voyez sur la réforme de l'adoption : M. VERWILGHEN, *Le nouveau droit de l'adoption en Belgique*, Bruxelles, Kluwer, 2005 ; B. BERTRAND, I. LAMMERANT et M. VERWILGHEN, « Les lignes de faîtes de la réforme du droit belge de l'adoption », *R.T.D.F.*, 2006/1, pp. 13 et suiv. ; I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE et M. VERWILGHEN, « Le nouveau droit fédéral de l'adoption », *R.T.D.F.*, 2006/1, pp. 77 et suiv. ; B. BERTRAND, C. FAURE et G. MANZ, « Le nouveau droit communautaire de l'adoption », *R.T.D.F.*, 2006/1, pp. 171 et suiv. ; S. DE BLAERE, « L'adoption internationale en Belgique », *Rev. dr. étr.*, 2006, n° 136, pp. 663 et suiv. ; B. BERTRAND, « Déroulement d'une procédure

sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale⁽¹⁸⁴⁾, détermine les conditions requises pour adopter un enfant. L'article 343, § 1^{er}, du Code civil définit l'adoptant comme : une personne, des époux ou des cohabitants. Le terme *cohabitants* vise ici « deux personnes ayant fait une déclaration de cohabitation légale ou deux personnes qui vivent ensemble de façon permanente et affective depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption, pour autant qu'elles ne soient pas unies par un lien de parenté entraînant une prohibition de mariage dont elles ne peuvent être dispensées par le Roi ».

Le législateur, au moment de la réforme du droit de l'adoption, avait opté pour une égalité de droit entre les candidats à l'adoption, selon qu'ils soient célibataires, mariés, cohabitants légaux et, dans une certaine mesure, cohabitants de fait. La loi du 18 mai 2006⁽¹⁸⁵⁾ a par ailleurs ouvert l'adoption aux couples de même sexe.

58. Le droit belge est sur ce point, comme pour le droit au mariage entre personnes de même sexe, plus ouvert que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, la Cour est timide quant à la possibilité d'ouvrir l'adoption au couple homosexuel. Elle s'est prononcée à plusieurs reprises sur cette question et avait, dans un premier temps, à l'occasion de son célèbre arrêt *Fretté c. France* du 26 février 2002⁽¹⁸⁶⁾, considéré que le refus d'agrément en vue d'adoption, délivré par les autorités françaises en raison de l'homosexualité du candidat adoptant, ne violait pas l'article 8 de la Convention. Elle n'opérera un revirement de jurisprudence qu'en 2008, dans l'arrêt *E.B. c. France*⁽¹⁸⁷⁾, en condamnant la France, qui s'était basée sur cette même orientation sexuelle pour refuser l'accès à l'adoption à la requérante, au motif que la France autorise l'adoption par une personne célibataire. En effet, bien qu'il n'existe pas de droit à adopter⁽¹⁸⁸⁾, lorsque

d'adoption », *Rev. dr. étr.*, 2006, n° 136, pp. 701 et suiv. ; P. SENAËVE et F. SWENNEN (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Anvers, Intersentia, 2006 ; A. OTTEVAERE, « Adoptions internationales et intérêt supérieur de l'enfant », *J.T.*, 2008, pp. 309 et suiv. ; H. ENGLERT et F. COLLIENNE, « Du nouveau dans les adoptions internationales : une procédure de régularisation », *Revue@dipr.be*, 2012, liv. 2, pp. 99 et suiv.

¹⁸⁴ Loi du 24 juin 2004 portant assentiment à la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, faite à La Haye le 19 mai 1993, *M.B.*, 6 juin 2005. À consulter sur le site de la Conférence de La Haye : www.hcch.net

¹⁸⁵ Loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, *M.B.*, 20 juin 2006. Voyez : F. COLLIENNE, « L'adoption par des couples homosexuels dans les cas internationaux : une perspective réaliste ? », *R.T.D.F.*, 2006/4, pp. 963 et suiv.

¹⁸⁶ CEDH, *Fretté c. France*, 26 février 2002, req. n° 36515/97, obs. P. MARTENS. *J.L.M.B.*, 2002/18, pp. 775 et suiv.

¹⁸⁷ CEDH, *E.B. c. France*, 22 janvier 2008, req. n° 43546/02, notes G. RUFFIEUX, « La France condamnée par la Cour européenne pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle », *R.T.D.F.*, 2008/3, pp. 942 et suiv., et M. DEMARET, « L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité – L'arrêt E.B. contre France », *J.T.*, 2009, n° 6343, pp. 145 et suiv. Voyez aussi : S. SAROLEA, « L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.F.*, 2009/1, pp. 11 et suiv.

¹⁸⁸ CEDH, *Fretté c. France*, *op. cit.*, et *E.B. c. France*, *op. cit.*

l'adoption est ouverte aux célibataires, le refus d'agrément ne peut se baser sur l'orientation sexuelle de ceux-ci.

La Cour européenne des droits de l'homme s'est également prononcée sur l'adoption intrafamiliale au sein d'un couple de même sexe. Dans l'affaire *Gas et Dubois c. France* (¹⁸⁹), le gouvernement français avait refusé l'adoption au motif que celle-ci aurait pour conséquence de transférer l'autorité parentale au parent adoptant, en privant ainsi de celle-ci la mère biologique. Si en droit français le partage de l'autorité parentale est possible dans l'hypothèse de l'adoption simple de l'enfant du conjoint, et donc au sein des couples mariés, la même règle ne s'applique pas aux couples non mariés. Selon la Cour, « *le mariage confère un statut particulier à ceux qui s'y engagent [...]. Par conséquent, [...] on ne saurait considérer, en matière d'adoption par le second parent, que les requérantes se trouvent dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés* » (¹⁹⁰). La différence de traitement, jugée acceptable par le juge européen, concernait donc les conséquences juridiques attachées d'une part à l'institution matrimoniale et d'autre part au partenariat. On le voit toutefois, ici également, l'institution du mariage peut conserver une valeur particulière dans les conséquences qu'elle entraîne sur la création des liens parentaux.

Dans une affaire ultérieure concernant des partenaires autrichiens qui réclamaient un droit à l'adoption coparentale (¹⁹¹), la question de la discrimination a reçu une réponse différente. Toutefois, celle-ci ne se posait pas dans les mêmes termes, le droit autrichien permettant ce type d'adoption au sein des couples non mariés hétérosexuels. En l'espèce, selon la Cour, « *la recherche d'un équilibre entre la préservation de la famille traditionnelle et les droits des minorités sexuelles découlant de la Convention est un exercice par nature difficile et délicat, qui peut obliger les États à concilier des vues et intérêts concurrents perçus par les parties concernées comme étant fondamentalement antagonistes. Toutefois, eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour estime que le gouvernement n'a pas fourni de raisons particulièrement solides et convaincantes propres à établir que l'exclusion des couples homosexuels non mariés était nécessaire à la préservation de la famille traditionnelle ou à la protection des intérêts de l'enfant. Partant, la distinction opérée par le droit autrichien est incompatible avec la Convention* » (¹⁹²). Elle en conclut une violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la CEDH, tout en prenant grand soin de préciser qu'elle ne se prononce pas sur l'adoption par des couples homosexuels en général mais uniquement sur la question de la discrimination vécue, en l'espèce, entre les couples hétérosexuels non mariés et les couples homosexuels en matière d'adoption coparentale. Il ne s'agit donc pas d'un revirement de

¹⁸⁹ CEDH, *Gas et Dubois c. France*, 15 mars 2012, req. n° 25951/07.

¹⁹⁰ *Idem*, § 68.

¹⁹¹ CEDH, *X. et autres c. Autriche*, 19 février 2013, req. n° 19010/07, notes G. WILLEMS, « Orientation sexuelle et adoption : l'Autriche condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.F.*, 2013/4, pp. 1025 et suiv. ; P. MARTENS, « L'égalité dans l'adoption », *J.L.M.B.*, 2013/27, pp. 1404 et suiv. ; N. HERVIEU, « Discrimination et vie familiale : un long chemin européen vers la pleine reconnaissance des familles homoparentales », *Rev. dr. h.*, <http://revdr.org/2013/02/26>

¹⁹² *Idem*, § 151.

jurisprudence, mais d'un même principe qui, appliqué à des situations différentes, aboutit à des résultats différents (¹⁹³). Le statut du couple prévaut ici l'orientation sexuelle.

Ces éclairages sont intéressants en ce qu'ils mettent en lumière les évolutions dans l'interprétation de la Convention en matière d'adoption par des couples de même sexe. Pour la Cour européenne des droits de l'homme, une différence de traitement entre un couple marié et un couple non marié est acceptable et rien n'oblige les États à ouvrir le mariage aux couples de même sexe. Par contre, une discrimination fondée uniquement sur l'orientation sexuelle ne l'est pas. La position de la Cour est en réalité complexe. En effet, si la Cour n'impose pas l'accès au mariage pour les couples de même sexe et que selon l'institution concernée des conséquences juridiques différentes peuvent être acceptées, il semble qu'elle tanguent entre une application rigoureuse du principe d'égalité et une forte réserve quant à la position idéologique défendue.

L'ouverture, en droit belge, de l'adoption aux homosexuels, célibataires ou en couple, d'une manière parfaitement identique à la situation des hétérosexuels, ne peut, en tous cas, qu'être considérée comme compatible avec la Convention, voir en 'avance' sur l'interprétation de celle-ci.

En outre, la Cour constitutionnelle va plus loin encore en matière d'égalité quant à la situation des adultes candidats adoptants. En effet, dans un arrêt du 12 juillet 2012 (¹⁹⁴), elle va donner une place au parent social séparé du parent légal de l'enfant. La question portait sur la compatibilité de l'article 343, § 1^{er}, b), du Code civil au regard des articles 10, 11, 22 et 22bis de la Constitution, 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant. En vertu du Code civil, l'adoption plénière est possible par le « beau-parent », avec maintien des liens juridiques avec la famille d'origine, lorsque le candidat adoptant est marié au parent légal, lorsque le candidat adoptant et ce parent ont fait une déclaration de cohabitation légale ou lorsque le candidat adoptant et ce parent cohabitent de manière permanente et affective depuis au moins trois ans au moment de l'introduction de la demande en adoption, pour autant qu'ils ne soient pas unis par un lien de parenté entraînant une prohibition au mariage dont ils ne peuvent être dispensés par le Roi. Par contre, en cas de séparation, une telle adoption n'était *a priori* plus possible. Cette situation a été jugée discriminatoire par la Cour, qui a considéré que « *Les dispositions en cause ont des effets disproportionnés par rapport à l'objectif poursuivi par le législateur, lequel est dicté [...] par la considération qu'il est dans l'intérêt de l'enfant – qui 'a déjà vécu un déracinement' – qu'il soit accueilli dans un 'environnement stable'. Dans les cas où la relation parent-enfant de fait entre un enfant et l'ancien partenaire de son parent légal est établie de manière durable, l'adoption de cet enfant par l'ancien partenaire, dès lors que les liens juridiques entre l'enfant et sa famille d'origine restent maintenus, n'aurait pour effet ni que l'enfant vive un déracinement, ni qu'il soit élevé dans un environnement devant être considéré, par définition, comme instable. Une telle adoption pourrait au contraire généralement contribuer à la stabilité de l'environnement dans lequel l'enfant grandit et*

¹⁹³ P. MARTENS, « L'égalité dans l'adoption », *obs. sous X. et autres c. Autriche, op.cit.*, pp. 1404 et suiv.

¹⁹⁴ C. const., 12 juillet 2012, arrêt n° 94/2012.

confirmer juridiquement les rapports de fait existant au sein de cet environnement »⁽¹⁹⁵⁾. La situation du couple ne doit donc pas, aux yeux de la Cour constitutionnelle, faire obstacle à un projet d'adoption qui est dans l'intérêt de l'enfant.

On le constate à différents égards, la stabilité du couple ne constitue pas un critère pouvant emporter des conséquences sur le sort des enfants. Ce principe était clair en matière de filiation biologique, il l'est désormais également en ce qui concerne l'adoption.

II L'égalité entre les parents en matière d'attribution et d'exercice de l'autorité parentale

59. Depuis la loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale⁽¹⁹⁶⁾, et, par la suite, la loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement de l'enfant⁽¹⁹⁷⁾, le législateur a créé une situation de parfaite égalité entre les deux parents. Les droits et obligations de ceux-ci à l'égard de leurs enfants sont en effet identiques, indépendamment du statut du couple et de leur cohabitation. La Belgique, comme la Cour européenne des droits de l'homme, ne défavorise pas les relations hors mariage dans les liens entre les parents et les enfants. La Cour, à cet égard, condamne d'ailleurs les législations qui désavantagent les pères naturels dans l'exercice de leurs droits à l'égard des enfants nés hors mariage sur la base de l'article 14 combiné à l'article 8 de la CEDH⁽¹⁹⁸⁾.

¹⁹⁵ Attendu B. 12.3.

¹⁹⁶ *M.B.*, 24 mai 1995.

¹⁹⁷ *M.B.*, 4 septembre 2006. Sur cette loi voyez notamment : G. HIERNAUX, « La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement de l'enfant », *R.T.D.F.*, 2007/1, pp. 9 et suiv.

¹⁹⁸ Voyez par exemple : CEDH, *Sommerfeld c. Allemagne*, 11 octobre 2011, *R.T.D.F.*, 2003/1, pp. 173 et suiv., note J. L. RENCHON (L'affaire concernait un père 'naturel' privé de droit de visite à l'égard de sa fille sans que les autorités allemandes n'aient demandé d'expertise psychologique et selon un traitement défavorable par rapport aux pères divorcés, les pères 'naturels' devant prouver à l'époque que les contacts étaient favorables à l'enfant) ; CEDH, *Sahin c. Allemagne*, 8 juillet 2003, *R.T.D.F.*, 2005/2, pp. 546 (L'affaire concernait également la disposition du droit allemand qui soumettait les pères 'naturels' à l'accord de la mère ou à une décision de justice considérant les contacts avec l'enfant favorables à ce dernier pour accorder un droit de visite, conditions que ne connaissaient pas les pères divorcés) ; CEDH, *Zaunegger c. Allemagne*, 3 décembre 2009, req. n° 22028/04 (L'affaire concernait également le droit allemand qui prévoyait le partage de l'autorité parentale en cas de divorce mais ne permettait ce partage à l'égard d'un père 'naturel' qu'avec l'accord de la mère ou lorsque celle-ci menaçait le bien-être de l'enfant. Cette disposition fut jugée en l'espèce discriminatoire). *A contrario*, toutefois, la Cour a jugé non discriminatoire la législation écossaise qui instaurait un régime spécifique pour l'obtention de droits parentaux dans le chef de pères naturels non mariés, même si elle conclut, en l'espèce, à une violation de l'article 8 en raison de la manière dont la procédure relative à l'exercice de l'autorité parentale fut menée (CEDH, *McMichael c. Royaume-Uni*, 24 février 1995, req. n° 16424/90).

60. En droit belge, les parents exercent conjointement l'autorité parentale à l'égard des enfants communs⁽¹⁹⁹⁾. Le partage de l'autorité parentale vaut tant lorsque les parents habitent ensemble qu'en cas de séparation ou de divorce⁽²⁰⁰⁾. Les parents doivent par conséquent tous les deux consentir aux actes relevant de l'autorité parentale. Des recours sont d'ailleurs ouverts *a priori* et *a posteriori* au parent évincé⁽²⁰¹⁾.

Le juge pourra toutefois confier l'exercice exclusif de l'autorité parentale à l'un des deux parents ou modaliser cet exercice. Cela, seulement lorsqu'il estime que l'organisation de l'hébergement de l'enfant ou les décisions importantes qui le concerne ne sont pas prises dans son intérêt ou que les parents ne parviennent pas à se mettre d'accord sur ces questions. Le juge fixe alors les modalités selon lesquelles le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale maintient des relations personnelles avec l'enfant. Cette situation est exceptionnelle et « *Seuls des dysfonctionnements graves et répétés, ou encore un désinvestissement durable et caractérisé de la fonction parentale sont susceptibles de justifier une décision judiciaire dérogeant à la norme légale de l'exercice conjoint de l'autorité parentale* »⁽²⁰²⁾.

61. En ce qui concerne l'hébergement des enfants en cas de séparation des parents, qui constitue l'une des applications pratiques de la reconnaissance, dans le chef des deux parents, de l'autorité parentale, les père et mère jouissent aussi d'une égalité de droit, en tous cas *a priori*. En effet, lorsque les parents ne parviennent pas à un accord sur l'hébergement des enfants, le tribunal saisi du litige « *examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents* »⁽²⁰³⁾.

C'est la loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglant l'exécution forcée en matière d'hébergement⁽²⁰⁴⁾ qui a modifié le principe de référence en matière d'hébergement. La situation antérieure laissait une totale liberté au juge d'apprécier le type d'hébergement à mettre en place. Aujourd'hui, le juge conserve cette liberté, mais une présomption en faveur de l'hébergement égalitaire renverse la charge de la preuve par rapport à la pratique ayant cours avant l'adoption de ladite loi. Pour Yves-Henri Leleu, l'hébergement égalitaire ne constituerait en réalité pas un nouveau modèle mais plutôt une lutte contre « *l'imprévisibilité des solutions judiciaires* »⁽²⁰⁵⁾. Il semble cependant que la logique ait été inversée par l'adoption de cette

¹⁹⁹ En vertu des articles 373 et 374 du Code civil.

²⁰⁰ Voyez aussi l'article 302 du Code civil.

²⁰¹ En vertu des articles 373 et 376 du Code civil.

²⁰² N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence, 2005-2010, op. cit.*, pp. 390-391 ; voyez aussi, par exemple : Civ. Jeun. Anvers, 22 juin 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 169 et Bruxelles, 21 octobre 1999, *R.T.D.F.*, 2000/4, pp. 647 et suiv.

²⁰³ Selon l'article 374, § 2, alinéa 2, du Code civil.

²⁰⁴ *Op. cit.*

²⁰⁵ Y. H. LELEU, *Droit des personnes et des familles, op. cit.*, p. 754.

législation pour que l'hébergement égalitaire devienne le principe⁽²⁰⁶⁾. Par conséquent, en droit belge, aucun des parents ne dispose d'une primauté par rapport à l'autre dans les questions de *garde* de l'enfant⁽²⁰⁷⁾.

62. En matière d'égalité, notons encore que le droit belge prévoit que l'obligation alimentaire à charge des parents répond à des conditions identiques, qu'il s'agisse du père ou de la mère⁽²⁰⁸⁾. En effet, chaque parent est tenu de contribuer à proportion de ses facultés, qu'il s'agisse de la mère ou du père. Cette règle, égalitaire sur papier, doit cependant être confrontée à la réalité, et l'on sait que l'égalité réelle entre les hommes et les femmes, notamment en ce qui concerne le marché du travail et la rémunération, est loin d'être un acquis⁽²⁰⁹⁾. Le Code civil est toutefois neutre sur ce point.

²⁰⁶ N. DANDOY et F. REUSENS, « L'hébergement égalitaire (Lorsque la promotion de la coparenté sur le plan de l'hébergement aboutit à une réforme faussement modeste de la procédure en matière d'autorité parentale) », *J.T.*, 2007, p. 179 ; N. MATHIEU, « Séparation des parents et garde de l'enfant - Le point sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2013/93, pp. 39 et suiv.

Trois tempéraments sont toutefois prévus au principe de l'hébergement égalitaire : il faut qu'une demande en ce sens émane de l'un des parents, ensuite, le juge n'envisage l'hébergement égalitaire qu'à défaut d'accord entre les parents sur une autre forme d'hébergement qui ne serait pas manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant, enfin, l'autorité parentale doit être exercée de manière conjointe. En outre, si le juge estime qu'il ne s'agit pas de la formule la plus appropriée, il peut décider de ne pas accorder un hébergement égalitaire et déterminer d'autres modalités de prise en charge des enfants. Le principe demeurant, en toute hypothèse, que l'enfant puisse entretenir des relations avec ses deux parents.

²⁰⁷ Notons que la Cour européenne des droits de l'homme a condamné le Portugal pour avoir retiré la garde d'un enfant au parent à qui elle avait été attribuée, retrait motivé par l'orientation sexuelle de ce dernier : CEDH, *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal*, 21 décembre 1999, req. n° 33290/96. Dans le même ordre d'idée, la Cour a condamné la France dans l'arrêt *Palau-Martinez c. France* du 16 décembre 2003, req. n° 64927/01, pour avoir confié la garde des enfants au père, en raison de la religion de la mère (la mère appartenait aux Témoins de Jéhovah et la Cour d'appel de Nîmes avait considéré que « *les règles éducatives imposées par les Témoins de Jéhovah aux enfants de leurs adeptes sont essentiellement critiquables en raison de leur dureté, de leur intolérance et des obligations imposées aux enfants de pratiquer le prosélytisme* » et n'avait pas jugé nécessaire de procéder à une enquête sociale en vue d'évaluer les conditions de vie réelles des enfants chez leur mère).

²⁰⁸ En vertu des articles 203 et 203bis du Code civil.

²⁰⁹ Selon le dernier rapport annuel publié du SECAL (Service des créances alimentaires) et qui concerne l'année 2010, dans 94 % des cas, ce sont des femmes qui introduisent un dossier tant pour la perception et le recouvrement de pensions alimentaires pour les enfants et pour elles-mêmes que pour l'octroi d'avances sur pension alimentaire pour leurs enfants (rapports disponibles sur le site : www.secal.belgium.be). Sur l'encadrement législatif du SECAL, voyez : J.-P. MASSON, « La loi du 21 février 2003 créant un service des créances alimentaires au sein du service public fédéral des finances », *J.T.*, 2004, pp. 189 et suiv.

III L'égalité en ce qui concerne les effets successoraux à l'égard des enfants

63. L'égalité est assurée entre les différents lignages (paternel et maternel) : « *Toute succession échue à des ascendants ou à des collatéraux se divise en deux parts égales : l'une pour les parents de la ligne paternelle, l'autre pour les parents de la ligne maternelle* »⁽²¹⁰⁾; et entre les enfants: « *Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère, aïeuls, aïeules, ou autres ascendants, sans distinction de sexe ni de progéniture, et encore qu'ils n'aient pas les mêmes parents et quel que soit le mode d'établissement de leur filiation* »⁽²¹¹⁾. En outre, « *Quel que soit le mode d'établissement de la filiation, les enfants et leurs descendants ont les mêmes droits et les mêmes obligations à l'égard des père et mère et de leurs parents et alliés, et les père et mère et leurs parents et alliés ont les mêmes droits et les mêmes obligations à l'égard des enfants et de leurs descendants* »⁽²¹²⁾.

64. La Cour européenne des droits de l'homme a été, comme on le sait, à l'initiative des modifications légales établissant cette égalité de droits entre les enfants, indépendamment de la situation matrimoniale des parents. Enfants naturels ou adultérins ont en effet été mis sur le même pied d'égalité que les enfants issus du mariage par les arrêts *Marckx c. Belgique*⁽²¹³⁾, *Vermeire c. Belgique*⁽²¹⁴⁾ et *Mazurek c. France*⁽²¹⁵⁾, lesquels sont à la base de cette position bien établie⁽²¹⁶⁾.

65. L'institution du rapport⁽²¹⁷⁾ protège cette égalité en imposant aux héritiers de rapporter à la masse successorale ce qu'ils ont reçu indirectement du défunt, en tout cas pour

²¹⁰ Article 733, alinéa 1^{er}, du Code civil.

²¹¹ Article 745, alinéa 1^{er}, du Code civil.

²¹² Article 334 du Code civil.

²¹³ *Op. cit.*

²¹⁴ CEDH, *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991, req. n° 12849/87, la Cour se prononçant à nouveau sur la question dès lors que la Cour d'appel de Bruxelles et la Cour de cassation ont refusé de faire une application directe de l'arrêt *Marckx* pour reconnaître une vocation successorale à la petite fille 'naturelle' de la grand-mère décédée.

²¹⁵ CEDH, *Mazurek c. France*, *op. cit.* En l'espèce, la Cour constate la violation des articles 1 du Protocole n° 1 (relatif au respect des biens) et 14 de la CEDH à l'égard d'un enfant adultérin.

²¹⁶ Voyez aussi CEDH, *Inze c. Autriche*, 28 octobre 1987, req. n° 8695/79, concernant une affaire particulière liée aux exploitations agricoles héréditaires. Pour un commentaire des arrêts relatifs à l'égalité entre enfants et aux droits de succession : H. TIGROUDJA, « La discrimination entre enfants », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. KRENC et M. PUECHAVY (dir.), *op. cit.*, pp. 127 et suiv.

²¹⁷ Régie par les articles 843 et suivants du Code civil.

ce qui excède la quotité disponible. L'institution de la réserve⁽²¹⁸⁾, aussi, en déterminant la part de la succession dévolue à certains héritiers et dont le défunt ne peut disposer⁽²¹⁹⁾.

Divers autres éléments du droit patrimonial de la famille témoignent de l'égalité entre les enfants, telle la matière des avantages matrimoniaux par exemple⁽²²⁰⁾. Comme annoncé, nous nous contentons cependant, pour les besoins de la recherche, de ce bref aperçu du droit des successions et ne rentrons pas plus avant dans les questions patrimoniales.

§ 3 Certaines inégalités subsistent dans le droit de la famille

66. Nous avons vu que le principe d'égalité domine le droit de la famille. Cela n'a pas toujours été le cas. La législation, notamment sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle, évolue désormais sous la bannière de ce principe. Nous allons toutefois relever quelques éléments du droit de la famille qui maintiennent ou qui introduisent des différences de traitement.

I. Les inégalités dans l'établissement et la contestation du lien de filiation

67. Si toutes les matières du droit de la famille sont imprégnées du principe d'égalité, certaines inégalités de traitement demeurent, particulièrement en matière de filiation. Elles ont trait principalement au maintien d'un rapport privilégié entre le mariage et l'établissement de la filiation. Ainsi, la présomption de paternité s'applique de manière automatique, sans qu'aucune condition liée à l'intérêt de l'enfant ou au consentement de la mère ne soit requise, ce qui n'est pas toujours le cas lorsque l'établissement de la filiation se fait par reconnaissance ou recherche de paternité. Dans ces deux dernières hypothèses, le lien de filiation ne sera établi, le cas échéant, que pour autant qu'il s'agisse du père biologique et que l'établissement du lien soit conforme à l'intérêt de l'enfant. Dans le cadre de la reconnaissance de paternité, c'est le refus de consentement de la mère qui déclenchera le contrôle de ces exigences.

²¹⁸ Régie par les articles 913 et suivants du Code civil.

²¹⁹ Pour un état des lieux de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière de succession, P. MOREAU, « La Cour constitutionnelle et les successions », *Colloque : Cour constitutionnelle et droit familial*, 5 février 2013, documents distribués en séances.

²²⁰ Voyez par exemple : Y. H. LELEU, *Colloque : Cour constitutionnelle et droit familial*, 5 février 2013, documents distribués en séance.

68. Le statut privilégié du mariage se retrouve également dans la législation relative à la procréation médicalement assistée. En effet, la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes⁽²²¹⁾ hiérarchise, d'une certaine manière, les modes de vie familiale. La filiation issue d'un processus de procréation médicalement assistée est incontestable lorsqu'elle intervient au sein d'un couple marié⁽²²²⁾; par contre, elle ne peut pas être établie de manière forcée lorsque les parents d'intention ne sont pas mariés et elle pourrait, le cas échéant, être contestée⁽²²³⁾. Elle peut par ailleurs être imposée à la coparente qui a accepté la procréation médicalement assistée⁽²²⁴⁾, ce qui protège ce projet par rapport à celui qui serait mené par la mère et son compagnon de sexe masculin.

La situation du couple féminin de même sexe est, par l'adoption de la loi sur la coparenté, avantagée aussi par rapport au couple masculin de même sexe puisque l'établissement *ab initio* de la filiation à l'égard de deux mères est devenu possible. L'époux ou le compagnon du père doit, de son côté, adopter l'enfant pour établir son lien. Cette situation sera peut-être modifiée si la gestation pour autrui vient à être règlementée⁽²²⁵⁾.

69. La maternité établie via l'accouchement⁽²²⁶⁾ crée également une différence de traitement, cette fois entre l'homme et la femme⁽²²⁷⁾. Cependant, le fait que la filiation maternelle soit généralement établie en premier lieu, en dehors de l'hypothèse où la présomption de paternité est mise en œuvre, n'a pas été jugé discriminatoire par la Cour constitutionnelle, laquelle considère que « *La différence des règles relatives à l'établissement de la filiation maternelle et de la filiation paternelle tient en grande partie à la nature même des choses* »⁽²²⁸⁾. On remarquera la référence à la « *nature des choses* », qui semble quelque peu décalé au regard des évolutions du droit belge de la famille.

²²¹ *Op. cit.*

²²² L'article 318, § 4, du Code civil empêche le mari de contester la présomption de paternité lorsqu'il a consenti à une procréation médicalement assistée.

²²³ La loi sur la procréation médicalement assistée se borne à renvoyer au Code civil pour les modes d'établissement du lien de filiation à l'égard des auteurs du projet parental (article 27 de la loi). Or, nous avons vu que dans le cadre de la reconnaissance et de la recherche de paternité, la preuve du lien biologique conserve une importance.

²²⁴ Article 325-9 du Code civil.

²²⁵ À cet égard, notons que le Sénat a sollicité l'établissement d'un rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité :

http://www.senate.be/www/?Mival=/index_senate&LANG=fr

²²⁶ Sur la base de l'article 312 du Code civil.

²²⁷ Notons que, dans un autre contexte, celui du délai d'intentement de l'action en désaveu de paternité, la Cour européenne des droits de l'homme n'avait pas jugé discriminatoire la règle de droit danois qui prévoyait un délai plus court dans le chef du père légal que dans celui de la mère de l'enfant pour introduire l'action en contestation de paternité : CEDH, *Ramussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, req. n° 8777/79. Il n'est cependant pas certain que cette jurisprudence soit confirmée aujourd'hui.

²²⁸ C. const., 17 décembre 2003, arrêt n° 169/2003, attendu B. 8.

70. En outre, une série de règles techniques contient également des discriminations qui seront peut-être soumises à l'appréciation de la Cour constitutionnelle. Elles semblent cependant davantage liées à la manière dont le législateur intervient, oubliant parfois d'harmoniser les règles existantes à l'occasion de réformes législatives⁽²²⁹⁾.

II. Une inégalité temporaire en matière de nom

71. Séquelle d'une logique patriarcale, l'attribution du nom est restée longtemps très inégalitaire. En effet, l'article 335 du Code civil privilégiait l'attribution du nom du père lorsque les filiations maternelle et paternelle étaient attribuées en même temps⁽²³⁰⁾. La loi relative à l'attribution du nom de famille à l'enfant a toutefois été modifiée⁽²³¹⁾.

En vertu du nouvel article 335, § 1^{er}, « *L'enfant dont la filiation paternelle et la filiation maternelle sont établies simultanément porte soit le nom de son père, soit le nom de sa mère, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux. Les père et mère choisissent le nom de l'enfant lors de la déclaration de naissance. L'officier de l'état civil prend acte de ce choix. En cas de désaccord ou en cas d'absence de choix, l'enfant porte le nom de son père* ». Le privilège accordé au père, dès lors qu'en l'absence d'accord entre les parents c'est le nom du père qui est attribué, a toutefois été remis en cause par la Cour constitutionnelle. Dans son récent arrêt du 14 janvier 2016⁽²³²⁾, la Cour constitutionnelle a en effet annulé l'article 335, § 1, al. 2, du Code civil en raison de la violation du principe d'égalité entre l'homme et la femme. Cette disposition annulée maintient toutefois ses effets jusqu'au 31 décembre 2016.

Si une filiation paternelle ou maternelle est établie après l'autre, aucune modification du nom de l'enfant n'est prévue automatiquement, de sorte que l'enfant garde le nom du parent à l'égard duquel sa filiation a été établie en premier. Cependant, les parents peuvent convenir

²²⁹ À titre d'exemples : l'article 312, § 2, du Code civil, ne prévoit pas, à l'instar des règles applicables à la contestation de paternité, de mécanisme permettant une substitution de maternité évitant un vide de maternité ; cette même disposition ne connaît pas, par ailleurs, de délai spécifique pour l'introduction de l'action par l'enfant, contrairement aux autres procédures ; et l'article 328*bis* du Code civil ouvre la possibilité pour le père biologique d'agir en contestation de paternité à titre prénatal mais pas en contestation de la reconnaissance mensongère à titre prénatal. Pour un état des lieux de ces discriminations : N. MASSAGER, « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », *op. cit.*, pp. 103-116.

²³⁰ La Cour constitutionnelle, amenée à se prononcer sur cette différence de traitement, avait jugé le critère objectif et adéquat (C. Const., 6 novembre 2002, arrêt n° 161/2002).

²³¹ Loi du 8 mai 2014 modifiant le Code civil en vue d'instaurer l'égalité de l'homme et de la femme dans le mode de transmission du nom à l'enfant et à l'adopté, *M.B.*, 26 mai 2014. Voyez G. VERSCHULDEN, « De nieuwe familienaam : keuzevrijheid voor de ouders zonder inspraak van het minderjarige kind », *TJK*, 2014/2, pp. 131 et suiv. et T. EVRARD, « La nouvelle loi sur le nom : l'égalité mise en boîte », *Newsletter ADDE*, juillet 2014.

²³² C.const., 14 janvier 2016, arrêt n° 2/2016.

que l'enfant portera soit le nom de la personne à l'égard de qui la filiation est établie en second lieu, soit encore leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux dans la limite d'un nom pour chacun d'eux. Notons que le consentement de l'enfant n'est pas requis, quel que soit son âge. Entre homme et femme, l'égalité sera donc entièrement établie au 1^{er} janvier 2017.

Notons que l'article 335^{ter} du Code civil a calqué le régime de transmission du nom en cas de filiation monosexuée sur le régime exposé ci-dessus. Cela implique que les deux mères peuvent choisir de transmettre le nom d'une d'entre elles ou un nom composé. À défaut d'accord, l'enfant porte le nom de la coparente, c'est-à-dire celui de la femme qui n'a pas porté l'enfant. L'arrêt de la Cour constitutionnelle ne s'applique pas en l'espèce et laisse planer, dans cette hypothèse, une situation potentiellement contestable au vu de la différence de traitement que la disposition légale maintient.

72. De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme s'était également prononcée dans une affaire concernant l'attribution d'un nom de famille du père malgré une volonté différente des époux. Elle a jugé que « *Si la règle voulant que le nom du mari soit attribué aux 'enfants légitimes' peut s'avérer nécessaire en pratique et n'est pas forcément en contradiction avec la Convention, l'impossibilité d'y déroger lors de l'inscription des nouveau-nés dans les registres d'état civil est excessivement rigide et discriminatoire envers les femmes* »⁽²³³⁾.

73. Témoin de l'ancrage de notre société dans une logique patriarcale, la question du nom patronymique connaît donc également les évolutions générales du droit de la famille et s'inscrit désormais dans une logique égalitaire.

III. Une inégalité existe en matière de pension alimentaire

74. L'article 301, § 10, du Code civil prévoit que la pension prend fin en cas de remariage ou de déclaration de cohabitation légale du créancier d'aliments. Une situation de concubinage non formalisée n'entraîne par conséquent pas la fin automatique de la pension après divorce. Cette règle provoque donc une différence de traitement selon la situation juridique du couple⁽²³⁴⁾.

²³³ CEDH, *Cusan et Fazzo c. Italie*, 7 janvier 2014, req. n° 77/07 (§ 67).

²³⁴ Y. H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, op. cit., p. 523. Cette disposition est également critiquée par A. C. VAN GYSEL mais sous un angle différent. Selon cet auteur, ce qui est critiquable résulte du terme prévu pour la pension en cas de cohabitation légale dès lors que la cohabitation légale n'entraîne pas de devoir de secours entre cohabitants ni de pension après rupture. Sur cette base, c'est le montant de la pension qui pourrait être modifié – en raison de la diminution des charges du créancier d'aliments – et non le droit à la pension, de sorte que si la cohabitation prend fin, le droit à la pension renaîtrait (A. C. VAN GYSEL, *Précis de droit des*

Si cette disposition se comprend à l'égard de l'ex-époux qui s'engagerait dans une nouvelle union de fait puisque, dans cette hypothèse, le nouveau compagnon n'est pas tenu à une obligation alimentaire, elle pose question concernant la situation de l'ex-époux nouvellement cohabitant légal. En effet, dans ce cas, le devoir de secours du cohabitant ne vaut que le temps de la cohabitation, laquelle peut être rompue du jour au lendemain. Il en résulte une possible précarisation de l'ex-époux en cas de rupture de ladite cohabitation (²³⁵).

D'un autre côté, maintenir une obligation alimentaire à charge de l'ex-époux alors que le débiteur d'aliment est engagé dans une nouvelle vie de couple, qu'il s'agisse d'une cohabitation de fait ou de droit, peut apparaître difficilement défendable. Cette situation met en lumière la complexité qui résulte de la recherche d'un équilibre entre la liberté, la diversité et l'égalité.

§ 4 Le principe d'égalité est largement prédominant

75. Mises à part les nuances énoncées, il faut reconnaître que le législateur s'attache à construire un droit familial égalitaire. Entrée dans le couple, sortie du couple, filiation, autorité parentale et ses modalités d'exercice tel l'hébergement des enfants en cas de séparation, obligations alimentaires... sont autant de moments de la vie familiale qui sont régis par des règles garantes du principe d'égalité.

76. Nous avons cependant relevé certaines questions qui témoignent de la complexité de la notion, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer si des situations factuellement différentes mais juridiquement identiques doivent recevoir un traitement égal. Nous pensons ici à la loi sur la coparenté et à la situation des couples de même sexe composés de deux hommes.

Nous avons également mis en lumière la place que conserve le mariage en tant qu'institution. Il autorise, en effet, encore aujourd'hui, que des conséquences particulières lui soient attachées, même en ce qui concerne la création du lien de filiation.

Ces éléments attestent du caractère évolutif de la notion qui, au gré des réformes législatives et des interventions de la Cour constitutionnelle, prend une plus grande ampleur, sans que l'état actuel du droit belge en la matière n'apparaisse, à ce stade, définitivement fixé. Ce dernier est toutefois à la pointe en la matière, notamment sur le terrain de la conjugalité et de

personnes et de la famille, Limal, Anthémis, 2013, pp. 242-243). Voyez également sur la matière des obligations alimentaires réformée : DE PAGE, *Traité de droit civil*, T. 1, *Les personnes*, A.-C. VAN GYSEL (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 757 et suiv.

²³⁵ Voyez la note précédente concernant la critique qu'A. C. VAN GYSEL développe à cet égard.

la parenté homosexuelle, comme en témoigne la comparaison entre les règles du Code civil belge et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme.

77. L’égalité, en droit familial belge, est largement balisée par la loi. La Cour constitutionnelle est cependant fréquemment saisie de questions à ce sujet et ne cesse de censurer les discriminations. Nous le verrons de manière approfondie en matière de filiation, la Cour est garante des contours et de l’interprétation du principe d’égalité et le défend avec ferveur.

Section II | La parenté se base sur un équilibre entre les liens biologiques et les liens affectifs

78. La parenté se construit d’abord autour de la donnée génétique, mais pas exclusivement⁽²³⁶⁾. Le droit de la filiation constitue en effet un ensemble de règles définissant les liens de parenté reconnus par le droit. Chaque société construit son droit de la filiation en déterminant la place qu’elle accorde à la vérité biologique et le poids qu’elle reconnaît aux liens affectifs, en fixant les rôles de chacune des branches parentales et en se situant par rapport à l’influence des modèles conjugaux sur le lien de filiation⁽²³⁷⁾. Le droit belge est parlant sur ce point tant les évolutions s’inscrivent dans cette perspective : assurer l’égalité entre les enfants quel que soit le mode de vie de leurs parents et tenter de ménager un équilibre entre le biologique et le socio-affectif. Les règles encadrant la filiation constituent un ensemble construit visant à ménager ce que le législateur estime être le ‘juste’ équilibre entre ces différents aspects de la filiation.

Nous allons, dans un premier temps, déterminer les règles du droit de la filiation qui consacrent une place au lien génétique (§1) et, dans un second temps, relever celles qui protègent la réalité socio-affective (§2). Cela nous amènera à rechercher la mesure dans laquelle chacune de ces données est prise en compte.

²³⁶ Ce que F. RIGAUX affirmait déjà : « *En Europe occidentale, en 1970, la principale justification du lien familial était biologique : c’est le lien de sang, exprimé par la parenté et trouvant sa source dans la procréation, qui fondait la solidarité du groupe familial. Il n’en a pas toujours été ainsi et aujourd’hui, le lien de sang est prédominant, mais pas exclusif* » : F. RIGAUX, *Les personnes*, T. 1, « Les relations familiales », *op. cit.*, p. 3.

²³⁷ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 47.

§ 1 Les liens biologiques sont consacrés

79. Différentes règles du droit de la filiation font de la donnée génétique un élément essentiel dans la détermination des liens de famille susceptibles d'être protégés. Il s'agit principalement de la possibilité pour le parent biologique d'établir sa filiation ou de se la voir imposer, et du recours à la preuve par expertise ADN lors des actions en la matière. Nous allons détailler ces points.

I. Le droit ou l'obligation pour le parent biologique d'établir son lien de filiation

80. Le lien biologique est largement pris en compte dans le droit belge de la filiation. En effet, le parent 'de sang' voit sa filiation établie automatiquement, peut l'établir par reconnaissance ou se la fait imposer judiciairement.

A. La femme qui accouche est la mère

81. La mère de l'enfant est celle qui accouche⁽²³⁸⁾. Cette règle offre une place de choix à la filiation maternelle biologique. Elle ne vaut toutefois que pour autant que la mère qui accouche ne soit pas une mère porteuse (voir sur cette question n°97). Par ailleurs, en Belgique, l'accouchement sous X n'est pas permis⁽²³⁹⁾. Un débat existe cependant sur la possibilité d'introduire dans le droit belge un encadrement juridique pour l'accouchement dans la discrétion ou dans l'anonymat⁽²⁴⁰⁾.

La prééminence de la maternité biologique n'est toutefois plus aussi déterminante depuis l'adoption de la loi sur la comaternité, dès lors que l'on peut désormais être mère sur la base du consentement donné à la procréation médicalement assistée dans le cadre d'un projet de couple. Dans cette hypothèse, il ne s'agit cependant que d'une présomption de co-maternité. Par ailleurs, des débats se font jour sur la nécessité de régler la maternité de substitution et posent, par conséquent, la question de la place du lien génétique, de la gestation et du projet parental dans la détermination de la qualité de mère (voir n°48).

²³⁸ En vertu de l'article 312 du Code civil.

²³⁹ Cela se déduit des articles 56 et 57 du Code civil.

²⁴⁰ Voyez par exemple les propositions de loi suivantes : Proposition de loi du 12 octobre 2010 modifiant le Code civil en ce qui concerne l'accouchement discret, *Ch. Repr.* Doc 53, sess. ord. 2010-2011, n° 0349/001 ; Proposition de loi du 25 novembre 2010 modifiant la réglementation afin de permettre l'accouchement anonyme, *Ch. Repr.* Doc 53, sess. ord. 2010-2011, n° 0701/001.

Cependant, aujourd'hui et en dehors du cas particulier de la comaternité, l'établissement de la filiation maternelle laisse très peu de place à l'autonomie de la volonté, vecteur dans ce domaine du lien socio-affectif, puisque le nom de la mère est inscrit dans l'acte de naissance suite à l'accouchement ⁽²⁴¹⁾. L'état civil de la mère n'entraîne par ailleurs aucune conséquence sur ce point.

B. Le parent biologique peut reconnaître l'enfant

82. Lorsque le lien de filiation n'a pas été établi par présomption légale, il peut être établi par reconnaissance ⁽²⁴²⁾. À cet égard, l'état civil de l'auteur de la reconnaissance est indifférent, la reconnaissance étant possible par un parent marié à une tierce personne ⁽²⁴³⁾.

Certains consentements à la reconnaissance sont requis ⁽²⁴⁴⁾. Lorsqu'ils font défaut, le requérant peut porter la demande devant le tribunal. Dans le cadre de cette procédure, le juge tente de concilier les parties et, si la conciliation n'aboutit pas, refusera la reconnaissance s'il est prouvé que le demandeur n'est pas le père ou la mère biologique de l'enfant. Le défaut de consentement de l'un des parents à la reconnaissance de l'enfant ne conduit dès lors à l'accord du tribunal pour la reconnaissance que lorsque le demandeur est le parent biologique, ce qui entraîne, dans l'établissement de la filiation par reconnaissance, l'apparition de la donnée biologique. Elle ne vient toutefois qu'à titre subsidiaire, en cas de désaccord des parties.

Le parent biologique est, en outre, titulaire de l'action en contestation de paternité ou de maternité, que la filiation soit préalablement établie par présomption ou par reconnaissance ⁽²⁴⁵⁾.

C. Le parent biologique peut se voir imposer le lien de filiation

83. Lorsqu'elle n'a pas été établie par présomption ou par reconnaissance, tant la maternité que la paternité peuvent être imposées judiciairement ⁽²⁴⁶⁾. Cette possibilité existe

²⁴¹ L'obligation de dresser l'acte de naissance constitue par ailleurs une loi de police.

²⁴² Sur la base des articles 313 pour la filiation maternelle et 319 pour la filiation paternelle du Code civil.

²⁴³ Comme le stipulent les articles 313, § 3, pour la mère, 319*bis* pour le père et 325-6 du Code civil pour la coparente.

²⁴⁴ En vertu de l'article 329*bis* du Code civil : il s'agit de celui de l'enfant majeur ou émancipé, de l'enfant mineur non émancipé s'il a douze ans accomplis ainsi que, lorsque l'enfant est mineur non émancipé, de celui du parent à l'égard duquel le lien de filiation est établi ou de la mère si la reconnaissance est faite avant la naissance de l'enfant.

²⁴⁵ En vertu de l'article 312 du Code civil pour la présomption de maternité, 318 du Code civil en ce qui concerne la présomption de paternité et 330 du Code civil en ce qui concerne la contestation de reconnaissance.

²⁴⁶ En vertu des articles 314 et 322 du Code civil.

même si l'auteur est engagé dans les liens du mariage avec une autre personne⁽²⁴⁷⁾. L'action est toutefois rejetée s'il est prouvé que la personne contre qui elle est introduite n'est pas le parent biologique de l'enfant⁽²⁴⁸⁾. Cette règle n'est évidemment pas applicable à l'action en recherche de comaternité qui entraîne une consécration juridique du projet parental⁽²⁴⁹⁾.

L'action en recherche de filiation constitue, par conséquent, une procédure permettant de faire découler des conséquences juridiques du lien biologique.

84. Les tempéraments apportés à la prévalence de la vérité génétique dans le cadre de cette action résident dans l'impact que peut avoir une possession d'état sur plusieurs éléments. D'une part, du point de vue de la preuve, dès lors qu'elle prouve la filiation à l'égard de l'auteur prétendu⁽²⁵⁰⁾. D'autre part, en raison de son rôle de déclencheur du délai de prescription, celle-ci débutant lorsque la possession d'état a pris fin⁽²⁵¹⁾. Enfin, au vu des consentements qui doivent être donnés⁽²⁵²⁾. Précisons en effet qu'à l'instar de ce qui est prévu pour l'établissement du lien de filiation par reconnaissance, certains consentements sont exigés⁽²⁵³⁾. Dans l'hypothèse où l'auteur de l'enfant à l'égard duquel la filiation est établie s'oppose à l'action, le Code civil prévoit que le tribunal ne rejette la demande que lorsqu'elle concerne un enfant âgé de plus d'un an et si l'établissement du lien de filiation est manifestement contraire à son intérêt ou qu'il ne s'agit pas du parent biologique.

Le Code civil prévoit donc comme obstacle à l'établissement du lien de filiation sur la base de la vérité biologique l'existence d'une possession d'état à l'égard d'un autre parent déjà désigné ou la contrariété à l'intérêt de l'enfant de l'établissement du lien génétique⁽²⁵⁴⁾. Ces obstacles ont, par ailleurs, été modalisés par la Cour constitutionnelle dans deux sens différents : d'une part, la Cour a mis en cause le caractère absolu de la possession d'état comme barrage à l'établissement d'un lien de filiation biologique (voir n°152) et, d'autre part, elle a élargi le contrôle par le juge de l'intérêt de l'enfant en supprimant le délai pivot d'un an initialement prévu et en contestant le caractère marginal de celui-ci (voir n°141 et 143).

Par conséquent, le poids de la donnée génétique a été, sur cette question, allégé par le renforcement du contrôle de l'intérêt de l'enfant mais alourdi par la diminution de l'impact de la possession d'état. Il semble en réalité que ce soient les valeurs qui sous-tendent ces règles qui évoluent plus que la répartition entre l'impact attribué à la vérité biologique et celui accordé au vécu affectif. Nous développerons ce point *infra*.

²⁴⁷ L'hypothèse est prévue pour la recherche de paternité à l'article 322 du Code civil.

²⁴⁸ Article 332*quinquies* du Code civil.

²⁴⁹ Voyez les articles 325-8 et suivants du Code civil.

²⁵⁰ Articles 314 et 324 du Code civil.

²⁵¹ Sur la base de l'article 331*ter* du Code civil.

²⁵² Article 332*quinquies* du Code civil.

²⁵³ Sur la base de l'article 332*quinquies* du Code civil, l'enfant majeur ou émancipé doit consentir à l'établissement du lien de filiation ainsi que le mineur non émancipé âgé de 12 ans accomplis.

²⁵⁴ Voyez les articles 312, 318, 329*bis* et 332*quinquies* du Code civil.

II. La preuve de la filiation par expertise génétique

85. Autre témoignage de la prise en compte de la vérité génétique, le Code civil⁽²⁵⁵⁾ organise la possibilité pour le juge d'ordonner, même d'office, l'examen du sang ou tout autre examen scientifique valable. Dès lors que la filiation biologique occupe une place importante dans le dispositif du droit de la filiation, il importe en effet de pouvoir prouver la réalité génétique⁽²⁵⁶⁾.

Le recours à l'expertise génétique est accessible, par décision du juge, lorsque le lien de filiation s'établit ou se conteste via l'intervention du tribunal et que la possession d'état ne l'empêche pas⁽²⁵⁷⁾.

Les juges n'hésitent d'ailleurs pas à recourir à cette disposition légale et ordonnent presque systématiquement une mesure d'expertise ADN⁽²⁵⁸⁾. Afin de donner force à ce mode de preuve, la Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs considéré que « *l'absence de toute mesure procédurale de nature à contraindre le père prétendu à se plier à l'injonction d'un tribunal de se soumettre à un test ADN n'est conforme au principe de proportionnalité que si le système en question offre d'autres moyens grâce auxquels une autorité indépendante peut statuer rapidement sur l'action en recherche de paternité* »⁽²⁵⁹⁾.

86. Le lien biologique est donc largement pris en compte, comme en attestent la possibilité d'imposer à l'auteur sa filiation, l'action étant par ailleurs rejetée s'il est prouvé qu'il ne s'agit pas du parent biologique, la possibilité de faire tomber la présomption de paternité si la preuve est apportée que le mari de la mère n'est pas le père biologique de l'enfant et le droit pour le père biologique de faire aboutir l'action en contestation de paternité

²⁵⁵ À l'article 331*octies*.

²⁵⁶ Cette question peut également être mise en lien avec le droit à la connaissance des origines. Sur ce point, voyez notamment : G. MATHIEU, « L'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant dans la jurisprudence belge en matière de filiation », *R.T.D.F.*, 2012/3, pp. 802 et suiv., G. MATHIEU, « Le recours à l'expertise génétique comme mode de preuve de la filiation : le droit au respect de la vie privée et de l'intégrité physique face au droit de l'enfant de voir sa filiation établie », *R.T.D.F.*, 2012/3, pp. 758 et suiv., H. FULCHIRON, « Vie privée et familiale », *Chronique de jurisprudence, J.E.D.H.*, 2013/5, pp. 920 et suiv., F. RIGAUX, « Le droit de connaître ses origines », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. KRENC et M. PUECHAVY (dir.), *op. cit.*, pp. 103 et suiv.

²⁵⁷ Cela vaut pour la contestation de maternité (article 312 du code civil), de paternité (article 318 du Code civil), la recherche de maternité (article 314 du Code civil), de paternité (article 324 du Code civil) et la contestation de reconnaissance de paternité ou de maternité (article 330 du Code civil).

²⁵⁸ N. MASSAGER, « La filiation », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence, 2005-2010, op. cit.*, p. 304.

²⁵⁹ CEDH, *Mikulic c. Croatie*, 7 février 2002, req. n° 53176/99 (§ 64). En l'espèce, le père biologique refusait de se soumettre aux tests ADN. L'absence de conséquence juridique découlant de ce refus fut considérée comme constitutive d'une violation de l'article 8 CEDH.

du mari s'il prouve son lien de filiation. Par ailleurs, l'accord du tribunal pour la reconnaissance d'un enfant, en cas de défaut de consentement de la mère, n'est possible que lorsque le demandeur est le parent biologique. En outre, la contestation de reconnaissance par le père biologique sera reçue s'il prouve son lien. Enfin, l'expertise génétique est un moyen de preuve prévu par la loi. Tous ces éléments témoignent de l'importance que revêt la donnée génétique pour fonder les liens de filiation.

§ 2 *La réalité socio-affective est prise en compte*

87. Nous avons vu que le lien biologique occupait une place importante dans le dispositif du droit de la filiation. Cependant, l'importance de cette donnée doit être relativisée⁽²⁶⁰⁾. Les règles mettant à l'honneur la vérité scientifique trouvent en effet dans la loi des correctifs en faveur de la réalité socio-affective, notamment via le mécanisme de la possession d'état ou l'institution de la coparenté.

Le droit de la filiation est empreint de cette dialectique entre vérité biologique et réalité socio-affective. Cependant, jamais la filiation vécue ne crée à elle seule le lien juridique, la loi étant toujours nécessaire pour rendre l'établissement du lien opposable. La Cour constitutionnelle l'a rappelé dans le cadre d'une question préjudicielle relative aux droits de successions : la filiation doit être juridique pour entraîner des effets⁽²⁶¹⁾. La loi concrétise par conséquent un lien de sang, un lien affectif ou, dans la majorité des cas, la combinaison de ces deux données.

Nous avons relevé les éléments assurant la prise en considération de la réalité biologique. Il convient donc, à présent, de mettre en lumière la manière dont le droit reconnaît les liens affectifs. Nous traiterons à cet effet de la coparenté, de la possession d'état, des titulaires des actions en matière de filiation, des délais de prescription ainsi que de la procréation médicalement assistée et de la gestation pour autrui.

I. La comaternité

88. Par une loi du 5 mai 2014⁽²⁶²⁾, le législateur a introduit dans le droit belge la possibilité d'établir, au départ d'un projet parental entre deux femmes, un lien de filiation

²⁶⁰ La Cour européenne des droits de l'homme considère de son côté également que le lien biologique n'est pas suffisant pour fonder une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention (G. WILLEMS, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *op. cit.*, p. 110).

²⁶¹ C. const., 7 novembre 2007, arrêt n° 136/2007. Voyez aussi : F. SWENNEN, *Het personen en familierecht*, *op. cit.*, p. 257.

²⁶² Loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparenté, *op. cit.*

juridique *ab initio*. La filiation à l'égard de la coparente, établie selon les règles applicables à la filiation paternelle – présomption dans le cadre du mariage, reconnaissance, établissement judiciaire –, est donc par définition totalement détachée du biologique.

En effet, le lien de filiation établi à l'égard de la coparente repose soit sur le mariage des deux épouses, soit sur leur volonté commune en vue d'une reconnaissance, soit encore sur l'accord quant au projet d'enfant émi dans le cadre d'un processus de procréation médicalement assisté⁽²⁶³⁾. Le lien de filiation est, dans cette hypothèse, uniquement le résultat d'un projet parental.

Il s'agit, par conséquent, de la mise en œuvre la plus aboutie, dans le droit positif belge, de la prise en compte de la volonté et du vécu affectif comme élément constitutif du lien de filiation.

II. La possession d'état

89. Correctif immédiat à la vérité biologique, la possession d'état permet la prise en compte de la réalité socio-affective. L'article 331^{nonies} du Code civil la définit comme suit : la possession d'état « *s'établit par des faits qui, ensemble ou séparément, indiquent le rapport de filiation. Ces faits sont entre autres : - que l'enfant a toujours porté le nom de celui dont on le dit issu ; - que celui-ci l'a traité comme son enfant ; - qu'il a, en qualité de père ou de mère, pourvu à son entretien et à son éducation ; - que l'enfant l'a traité comme son père ou sa mère ; - qu'il est reconnu comme son enfant par la famille et dans la société ; - que l'autorité publique le considère comme tel* ». La possession d'état résulte d'une attitude, le parent à l'égard duquel la possession d'état est invoquée ne devant pas obligatoirement avoir cru que la filiation correspondait à la réalité.

Le mécanisme fonctionne à trois niveaux : d'une part, la possession d'état constitue une fin de non-recevoir aux actions en contestation de maternité et de paternité (sous réserve des nuances apportées par la Cour constitutionnelle, voir *infra*). D'autre part, elle est un moyen de preuve dans les actions en recherche de maternité et de paternité. Enfin, la possession d'état est une cause de suspension de la prescription trentenaire⁽²⁶⁴⁾. Elle est donc confirmative ou probatoire mais pas constitutive de droits⁽²⁶⁵⁾.

90. Dans sa fonction de fin de non-recevoir aux actions judiciaires, la possession d'état a cependant perdu de sa vigueur suite aux différentes décisions rendues par la Cour constitutionnelle sur cette question. La Cour a en effet estimé, dans plusieurs affaires (voir

²⁶³ Articles 325-1 et suiv. du Code civil.

²⁶⁴ En vertu de l'article 331^{ter} du Code civil.

²⁶⁵ Y. H. LELEU, *Droit des personnes et des familles, op. cit.*, p. 55.

n°152), que la possession d'état ne pouvait constituer une fin de non-recevoir absolue, empêchant le juge de procéder à la balance des intérêts en présence (²⁶⁶).

Par exemple, dans un arrêt du 3 février 2011 (²⁶⁷), la Cour a considéré que le mari, après avoir élevé un enfant pendant 10 ans et malgré la possession d'état qui existait entre l'enfant et son père légal, pouvait encore contester sa paternité dès lors qu'il n'était pas le père biologique. Selon la Cour : « *L'intérêt potentiel de l'enfant à bénéficier de la 'possession d'état' d'enfant du mari de la mère ne saurait l'emporter sur le droit légitime de ce dernier à avoir au moins une occasion de contester la paternité d'un enfant qui, selon les preuves scientifiques n'est pas de lui. Une situation dans laquelle une présomption légale peut prévaloir sur la réalité biologique ne saurait être compatible avec l'obligation de garantir le 'respect' effectif de la vie privée et familiale, même eu égard à la marge d'appréciation dont jouit le législateur. La paix des familles et la sécurité juridique des liens familiaux, d'une part, et l'intérêt de l'enfant, d'autre part, constituent des buts légitimes dont le législateur peut tenir compte pour empêcher que la contestation de paternité puisse être exercée sans limitation. À cet égard, il est pertinent de ne pas laisser prévaloir a priori la réalité biologique sur la réalité socio-affective de la paternité. Toutefois, en érigeant la 'possession d'état' en fin de non-recevoir absolue de l'action en contestation de la présomption de paternité, le législateur fait toujours prévaloir la réalité socio-affective de la paternité sur la réalité biologique. Du fait de cette fin de non-recevoir absolue, le mari de la mère qui a assumé de bonne foi la paternité socio-affective se voit refuser de manière absolue la possibilité de contester sa paternité, parce que son attitude de bonne foi a précisément contribué à la réalisation des faits qui sont constitutifs de la possession d'état. Il n'existe dès lors, pour le juge, aucune possibilité de tenir compte des faits établis et des intérêts de toutes les parties concernées* » (²⁶⁸). Par conséquent, la fin de non-recevoir liée à la possession d'état est jugée incompatible avec l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

²⁶⁶ Sur les arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de possession d'état, voyez notamment les notes suivantes : N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo. Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation, *op. cit.* » ; N. GALLUS, « Filiation paternelle dans le mariage : le droit de contestation du mari et l'intérêt de l'enfant selon la Cour constitutionnelle », *Act. dr. Fam.*, 2011/3-4, pp. 75 et suiv. ; G. MATHIEU et A. C. RASSON, « Les fins de non-recevoir en matière de filiation : entre verrous absolus et verrous relatifs. Etude des trois derniers arrêts de la Cour constitutionnelle n°46/2013, n° 96/2013 et n° 105/2013 », *J.T.*, n° : 6537, pp. 673-679 ; N. GALLUS et A. C. VAN GYSEL, « Les décisions récentes de la Cour constitutionnelle en matière de filiation : humanisme ou aberration ? », *Rev. not. belge*, 2013, pp. 374 et suiv. ; A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente... », *R.T.D.F.*, 2011/3, pp. 581 et suiv. ; J. SOSSON, « Actions en contestation de paternité : la Cour constitutionnelle ne souffle-t-elle pas le chaud et le froid ? », *R.T.D.F.*, 2013/2, pp. 543 et suiv. ; N. GALLUS, « Lorsque la Cour constitutionnelle s'arroge le pouvoir de reconstruire le droit de la filiation », *Act. dr. Fam.*, 2013/5, pp. 79 et suiv. ; T. WUYTS, « Het bezit van staat als absolute grond van niet-ontvankelijkheid bij betwisting van afstamming strijdig met het recht op eerbiediging van het privéleven », *op. cit.*, pp. 64 et suiv. ; G. VERSCHULDEN, « Betwisting huwelijksvaderschap niet langer ontoelaatbaar bij bezit van staat », *op. cit.*, pp. 1 et suiv.

²⁶⁷ C. const., 3 février 2011, arrêt n° 20/2011.

²⁶⁸ Attendus B. 8, B. 9 et B. 10.

La même logique a été suivie à l'occasion de diverses questions préjudicielles relatives à la fin de non-recevoir que constituait la possession d'état, qu'il s'agisse de l'action en recherche de paternité⁽²⁶⁹⁾, de l'action en contestation de reconnaissance⁽²⁷⁰⁾ ou de l'action en contestation de la présomption de paternité⁽²⁷¹⁾. La Cour affirme, à chaque fois, l'inconstitutionnalité de la disposition légale concernée en ce qu'elle constitue un empêchement absolu à l'évaluation par le juge des intérêts en présence.

Par conséquent, ces différents arrêts apportent un tempérament certain à l'impossibilité de contester un lien de filiation couvert par une possession d'état, ce qui diminue considérablement la portée que le législateur avait attribué à cette notion⁽²⁷²⁾.

III. Autres manifestations de la prise en compte de la réalité socio-affective : la reconnaissance, les titulaires aux actions et les délais de prescription

91. La coparenté et la possession d'état sont certainement des éléments déterminants dans la prise en compte par le droit belge des liens affectifs. Toutefois, d'autres éléments attestent également de cette prise en considération.

²⁶⁹ C. const., 7 juillet 2011, arrêt n° 122/2011.

²⁷⁰ C. const., 7 mars 2013, arrêt n° 29/2013 ; C. const., 9 juillet 2013, arrêt n° 96/2013 et C. const., 26 novembre 2015, arrêt n° 168/2015.

²⁷¹ C. const., 9 juillet 2013, arrêt n° 105/2013 et C. Const., 3 février 2016, arrêt n° 18/2016.

²⁷² Un débat existe toutefois quant à la portée de ces arrêts dès lors que la possession d'état est une notion intrinsèquement sujette à interprétation, qui, au niveau du fond, permet aux juges d'évaluer les intérêts en présence. Voyez : G. MATHIEU et A. C. RASSON, « Les fins de non-recevoir en matière de filiation : entre absolus et verrous relatifs. Etude des trois derniers arrêts de la Cour constitutionnelle n°46/2013, n° 96/2013 et n° 105/2013 », *op. cit.*, pp. 673-679. Ces auteurs considèrent que la possession d'état constitue(aient) une fin de non-recevoir absolue soumise à des critères stricts. Alors que N. GALLUS et A. C. VAN GYSEL appréhendent la possession d'état comme une fin de non-recevoir générale qui relève du pouvoir d'appréciation du juge du fond, qui peut dans ce cadre tenir compte des intérêts des parties concernées (N. GALLUS et A. C. VAN GYSEL, « Les décisions récentes de la Cour constitutionnelle en matière de filiation : humanisme ou aberration ? », *op. cit.*, p. 388 ; N. GALLUS, « Lorsque la Cour constitutionnelle s'arroge le pouvoir de reconstruire le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 80). La théorie des auteurs qui distinguent les verrous relatifs aux actions (le demandeur a disposé du droit d'agir) des verrous absolus fut également critiquée par N. MASSAGER et J. SOSSON, « Filiation et Cour constitutionnelle », in *Actualités de droit des familles*, D. PIRE (dir.), CUP, n° 163, Liège, Anthémis, 2016, pp. 57 et suiv. Selon ces auteurs, la possession d'état ne constitue en effet pas un verrou absolu à l'action dès lors qu'elle se constitue avec le temps, ce qui permet, dans l'intervalle, aux intéressés de porter une demande en justice. Voyez aussi, sur l'équivocité de la possession d'état, J. SOSSON, « L'équivocité de la possession d'état : une notion... équivoque ? », note sous Cass., 2 mars 2012, *R.T.D.F.*, 2012/3, pp. 733 et suiv.

A. La reconnaissance

92. Tel est le cas de la possibilité de procéder à des reconnaissances de maternité ou de paternité sans qu'un contrôle préalable de la réalité biologique du lien de filiation ne soit requis. La Cour d'appel de Bruxelles, dans une décision rendue le 23 septembre 2004, à l'occasion d'une action introduite par la mère de l'enfant en vue d'obtenir l'annulation de la reconnaissance de paternité souscrite par son compagnon en raison de l'absence de lien biologique entre le père et l'enfant (fait connu des deux parents dès le moment de la reconnaissance de paternité), rappelle d'ailleurs à bon droit que « *Si l'erreur est invoquée en tant que vice de consentement, celle-ci doit porter sur la substance même de la reconnaissance, à savoir l'existence d'une paternité biologique entre l'auteur de la reconnaissance et l'enfant reconnu. [...] L'erreur concernant d'autres motifs qui auraient présidé à la reconnaissance ne peut être prise en considération ; une reconnaissance faite sciemment et volontairement pour des raisons de complaisance ne peut être contestée...* »⁽²⁷³⁾. En l'espèce, l'erreur invoquée par la mère tenait aux qualités de son compagnon, dont elle avait appris le lourd passé judiciaire. Cette circonstance a logiquement été écartée par la Cour d'appel. La Cour constitutionnelle a d'ailleurs confirmé la validité de la règle qui ne permet à la mère qui a consenti à la reconnaissance de ne pouvoir la contester que si elle prouve que son consentement a été vicié⁽²⁷⁴⁾.

La reconnaissance constitue un acte purement volontaire qui n'est contrarié que par l'éventuel refus de consentement de l'une des personnes tenues de le donner. Par ailleurs, la déclaration de volonté que constitue la reconnaissance peut être renforcée par la constitution d'une possession d'état à l'égard de l'enfant⁽²⁷⁵⁾.

B. Les titulaires des actions en matière de filiation et les délais de prescription

93. Autre manifestation de la volonté du législateur de sécuriser la filiation affective : la limitation des titulaires des actions en contestation du lien de filiation et les délais d'introduction qui rendent les actions en la matière particulièrement encadrées⁽²⁷⁶⁾.

En effet, la filiation, établie par présomption ou par reconnaissance, peut être contestée. Les actions en contestation sont toutefois attitrées et soumises à des délais de forclusion. Elles connaissent également, comme déjà signalé, la fin de non-recevoir liée à la possession d'état de l'enfant à l'égard de l'auteur. Par ces moyens, le législateur a souhaité ménager un

²⁷³ Bruxelles, 23 septembre 2004, *R.T.D.F.*, 2005/3, p. 814.

²⁷⁴ C. Const., 24 septembre 2015, arrêt n° 126/2015.

²⁷⁵ Dès lors qu'elle constitue une fin de non-recevoir aux actions en contestation de reconnaissance (sous la réserve des nuances apportées par la Cour constitutionnelle).

²⁷⁶ Voyez les articles 312, 318 et 330 du Code civil.

équilibre entre la possibilité de faire droit à la vérité biologique et la protection d'une stabilité du lien de filiation établi (²⁷⁷).

Plus précisément, la présomption de filiation, maternelle ou paternelle, peut être contestée dans l'année de la naissance ou de la découverte du caractère mensonger du lien établi (²⁷⁸). Le délai est court – un an –, et l'action est attitrée, c'est-à-dire qu'elle ne peut être introduite que, pour la contestation de maternité, par le père, l'enfant, la femme à l'égard de laquelle la filiation est établie et la personne qui revendique la maternité ou, pour la contestation de paternité, par la mère, l'enfant, l'homme à l'égard duquel la filiation est établie et par la personne qui revendique la paternité de l'enfant.

En ce qui concerne l'action en contestation de reconnaissance, à moins que l'enfant ait la possession d'état à l'égard de celle qui l'a reconnu, la reconnaissance maternelle peut être contestée par le père, l'enfant, l'auteur de la reconnaissance et la femme qui revendique la maternité. La reconnaissance paternelle peut être contestée par la mère, l'enfant, l'auteur de la reconnaissance et l'homme qui revendique la paternité (²⁷⁹). La loi prévoit un délai d'un an pour introduire l'action à dater de la découverte du fait que la personne qui a reconnu l'enfant n'est pas le père ou la mère de celui-ci ou si l'action est introduite par celui qui se prétend le parent, à dater de la découverte qu'elle est le père ou la mère de l'enfant (²⁸⁰).

94. La Cour constitutionnelle, dans ce domaine également, a cependant remis en cause l'encadrement légal. Elle s'est prononcée sur la fin de non-recevoir que constitue la possession d'état (*supra* : arrêts du 3 février 2011, du 7 juillet 2011, du 7 mars 2013, du 9 juillet 2013, du 26 novembre 2015 et du 3 février 2016) ainsi que sur le délai de prescription empêchant l'introduction de l'action en contestation.

En ce qui concerne le délai de prescription, la Cour constitutionnelle incrimine, au nom des principes d'égalité et de non-discrimination, la règle qui empêche le père biologique de contester la reconnaissance de paternité faite par un autre homme, passé le délai de forclusion (²⁸¹). En effet, par arrêts du 6 avril 2011 (²⁸²) et du 5 décembre 2013 (²⁸³), la Cour a

²⁷⁷ Nous avons vu toutefois que tant les délais que la possession d'état étaient remis en cause par la Cour constitutionnelle.

²⁷⁸ En vertu des articles 312 et 318 du Code civil.

²⁷⁹ Article 330 du Code civil.

²⁸⁰ La Cour constitutionnelle s'est également prononcée sur ces délais (voir n°148).

²⁸¹ Règle contenue à l'article 330, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil.

²⁸² C. const., 6 avril 2011, arrêt n° 54/2011. Sur les arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de prescription, voyez notamment : N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo. Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation, *op. cit.* ; A. RASSON-ROLAND et J. SOSSON, « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente... », *op. cit.* ; G. VERSCHULDEN, « Het vertrekpunt van de vervaltermijn waarbinnen de beweerde biologische vader een vaderlijke erkenning moet betwisten », *T. Fam.*, 2011/5, pp. 96 et suiv. ; G. VERSCHULDEN, « De hervorming van het afstammingsrecht door Grondwettelijk Hof », in *Ouders en Kinderen*, P. SENAËVE, F. SWENNEN et G. VERSCHULDEN (*dir.*), Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 62 et suiv. ; V. MAKOW, « La prescription des

considéré que le point de départ du délai de l'action en contestation de la reconnaissance est inconstitutionnel s'il peut débiter avant la prise de connaissance de l'existence d'une reconnaissance mensongère. La Cour précise cependant que le délai d'un an n'est pas en soi inconstitutionnel, considérant qu'il est raisonnablement justifié que celui qui revendique la filiation ne dispose que d'un bref délai pour contester la reconnaissance établie par un tiers. Dans son arrêt du 17 octobre 2013⁽²⁸⁴⁾, la Cour affirme d'ailleurs que l'article 330, § 1^{er}, du Code civil, n'est pas incompatible avec les articles 22 et 22bis de la Constitution lus en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il prévoit que l'action en contestation de reconnaissance paternelle doit être introduite par celui qui revendique la paternité dans l'année de la découverte du fait qu'il est le père de l'enfant⁽²⁸⁵⁾.

La position de la Cour est donc ici en nuance : le délai est considéré comme constitutionnel, seul le point de départ de celui-ci ne l'est pas. La Cour constitutionnelle ébranle, par contre, plus fondamentalement le principe de la prescription dans un arrêt du 31 mai 2011⁽²⁸⁶⁾. En l'espèce, ce n'est pas le point de départ du délai qui est critiqué, mais l'impossibilité d'agir en tant que telle. La Cour considère, dans cette affaire, qu'« *en prévoyant qu'un enfant ne peut plus contester la présomption de paternité établie à l'égard du mari de sa mère au-delà de l'âge de vingt-deux ans ou de l'année à dater de la découverte du fait que celui qui était le mari de sa mère n'est pas son père, alors que cette présomption ne correspond à aucune réalité ni biologique, ni socio-affective, il est porté atteinte de manière discriminatoire au droit au respect de la vie privée de cet enfant* »⁽²⁸⁷⁾. Il est probable que le fait que ce soit l'enfant qui ait été à la base de l'action ait motivé le constat d'inconstitutionnalité. Par ailleurs, la Cour prend soin de préciser l'absence de caractères biologiques ou affectifs du lien de filiation établi⁽²⁸⁸⁾. Elle confirme cependant sa jurisprudence dans l'arrêt 'Boël' en qualifiant le délai d'inconstitutionnel même si, en l'espèce, des liens familiaux ont existé,

actions en contestation et en reconnaissance de paternité : caractère absolu et point de départ à apprécier *in concreto* », note sous Civ. Arlon, 6 décembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014/6, pp. 260 et suiv.

²⁸³ C. const., 5 décembre 2013, arrêt n° 165/2013.

²⁸⁴ C. const., 17 octobre 2013, arrêt n° 139/2013, note G. MATHIEU, « Filiation et Cour constitutionnelle. Cohérence : 'Rapport étroit d'idées qui s'accordent entre elles' (Le Grand Robert) », *R.T.D.F.*, 2013/4, pp. 1045 et suiv.

²⁸⁵ Citant les travaux préparatoires de la loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, la Cour relève que « *le législateur poursuivait deux objectifs : d'une part, protéger autant que possible la cellule familiale de l'enfant [...] en fixant des délais d'action' [...] et, d'autre part, réaliser un parallélisme maximal entre la procédure de contestation de la présomption de paternité et la procédure de contestation de la reconnaissance de paternité [...]* » (Attendu B. 8.2).

²⁸⁶ C. const., 31 mai 2011, arrêt n° 96/2011.

²⁸⁷ Attendu B. 14.

²⁸⁸ Voyez : Y. H. LELEU, « À l'orée d'un droit judiciaire des familles », in *Actualités de droit des personnes et des familles*, Y. H. LELEU et D. PIRE (dir.), Cup, V. 141, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 13, ainsi que G. MATHIEU et A. C. RASSON, « Les fins de non-recevoir en matière de filiation : entre verrous absolus et verrous relatifs. Etude des trois derniers arrêts de la Cour constitutionnelle n°46/2013, n° 96/2013 et n° 105/2013 », *op. cit.*, p. 677.

concrétisés par la possession d'état ⁽²⁸⁹⁾. Le délai de prescription à l'égard de l'enfant est donc mis en échec par la Cour.

La Cour ne va pas plus loin dans la déconstruction des règles relatives à la prescription. Dans un arrêt du 28 mars 2013 ⁽²⁹⁰⁾, la Cour n'a pas censuré la prescription opposée au père légal qui tentait de contester son lien de filiation, lequel ne correspondait à aucune réalité socio-affective, la possession d'état faisant défaut. Selon la Cour, « *La paix des familles et la sécurité juridique des liens familiaux, d'une part, et l'intérêt de l'enfant, d'autre part, constituent des buts légitimes dont le législateur peut tenir compte pour empêcher que la contestation de paternité puisse être exercée sans limitation, de sorte que le législateur a pu prévoir certaines conditions de recevabilité, comme la 'possession d'état' et des délais de déchéance. À cet égard, il est pertinent de ne pas faire primer a priori la réalité biologique sur la réalité socio-affective de la paternité. Le législateur a pu estimer que l'homme, en se mariant, accepte d'être considéré, en principe, comme le père de tout enfant que sa femme enfantera. Compte tenu des préoccupations du législateur et des valeurs qu'il a voulu concilier, il n'apparaît pas déraisonnable, en principe, qu'il n'ait voulu accorder au mari qu'un court délai pour intenter l'action en contestation de paternité. Par ailleurs, la fixation d'un délai pour l'introduction d'une action en contestation de paternité peut également être justifiée par la volonté de garantir la sécurité juridique et un caractère définitif des relations familiales* » ⁽²⁹¹⁾. La Cour précise cependant, dans cet arrêt, que les juges du fond possèdent une marge d'appréciation quant à la prise en compte du point de départ du délai, notamment en ordonnant une expertise génétique et en retenant la date du résultat de celle-ci comme fait constituant le point de départ du délai d'un an ⁽²⁹²⁾. Cet élément ainsi que la possibilité pour l'enfant d'introduire dans le futur une action ayant le même objet ont probablement justifié la décision de la Cour.

Fin de non-recevoir liée à la possession d'état remise en question et délais de prescription déverrouillés, une lecture combinée de ces différents arrêts permet de tirer une première conclusion : la Cour constitutionnelle ne valide pas les critères légaux définissant la place respective des données biologiques et affectives du lien de filiation. La Haute Juridiction refuse que des règles prédéfinies permettent, indépendamment des circonstances, de donner la préférence aux unes plutôt qu'aux autres. En ce sens, nous pouvons avancer que la Cour dévalue la valeur accordée par le législateur à la réalité socio-affective lorsque celle-ci dépend

²⁸⁹ C. Const., 3 février 2016, arrêt n° 18/2016, attendu B. 16.

²⁹⁰ C. const., 28 mars 2013, arrêt n° 46/2013.

²⁹¹ Attendus B. 9, B. 10.1 et B. 10.2.

²⁹² J. SOSSON énonce à cet égard une vive critique, considérant que déverrouiller de la sorte le point de départ du délai fait perdre toute pertinence au délai fixé pour agir (J. SOSSON, « Actions en contestation de paternité : la Cour constitutionnelle ne souffle-t-elle pas le chaud et le froid ? », *op. cit.*, p. 555). L'auteur, ainsi que N. MASSAGER, critique également la décision en ce qu'elle constitue un revirement de jurisprudence peu compréhensible au vu des circonstances de l'espèce, où tant les faits que la volonté de toutes les parties concernées s'orientaient vers la contestation de la paternité légale. Voyez : N. MASSAGER et J. SOSSON, « Filiation et Cour constitutionnelle », *op. cit.*, pp. 57 et suiv.

de critères abstraits et absolus. Nous verrons que le lien affectif retrouve, toutefois, de sa vigueur via l'autonomie de la volonté (voir n°127 et suiv.).

IV La procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui

95. La procréation médicalement assistée et la maternité de substitution constituent certainement des exemples particulièrement parlants de la place que peut prendre un projet parental, indépendamment de la donnée biologique, dans les liens qui unissent un enfant à ses parents d'intention.

Si la filiation volontaire, construite au départ d'un projet parental détaché de la procréation biologique, ne constitue pas une nouveauté – l'adoption, qui en est l'exemple juridique le plus ancien, ne date évidemment pas des dernières réformes législatives –, ce qui change aujourd'hui a trait aux progrès de la science. Aujourd'hui, la possibilité existe pour des personnes dans l'incapacité de procréer, que ce soit pour des raisons médicales ou parce qu'elles forment un couple avec un partenaire de même sexe, de s'engager dans un projet parental « *quasi' biologique* »⁽²⁹³⁾.

Nous allons aborder ci-dessous la manière dont le droit belge donne une place ou non à ces techniques de procréation.

A. L'encadrement de la procréation médicalement assistée

96. La loi sur la procréation médicalement assistée du 6 juillet 2007⁽²⁹⁴⁾ renvoie au droit de la filiation tel que défini dans le Code civil. Les règles encadrant l'établissement et la contestation de filiation s'appliquent aux auteurs du projet parental dès l'implantation des embryons surnuméraires ou l'insémination des gamètes donnés. Les donneurs d'embryons ou de gamètes ne peuvent intenter aucune action en matière de filiation, ni être attiré devant les tribunaux à ce sujet⁽²⁹⁵⁾. Dans le dispositif mis en place par la loi, « *La conséquence juridique la plus marquante de l'anonymat est qu'aucun lien de filiation ne pourra être établi entre*

²⁹³ Notons que la Cour européenne des droits de l'homme protège, par ailleurs, au titre de l'article 8 de la Convention, « *le droit au respect de la décision d'avoir un enfant ou de ne pas en avoir et plus précisément – et dans un sens plus restrictif – Le droit de devenir parent ou de ne pas devenir parent au sens génétique du terme* » (N. GALLUS, « La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2008/75, pp. 879 et suiv.). Cela n'implique cependant pas le droit de recourir à la PMA ou à la GPA.

²⁹⁴ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *op. cit.*

²⁹⁵ Articles 27 et 56 de la loi.

l'enfant à naître et le donneur : la filiation de l'enfant sera délibérément inexacte biologiquement (partiellement ou complètement) mais juridiquement inattaquable »⁽²⁹⁶⁾.

En effet, des conséquences en matière de filiation ont été prévues lors du recours à la procréation médicalement assistée au sein d'un couple marié : il est interdit au mari qui a donné son accord pour une insémination artificielle ou un autre acte de procréation médicalement assistée de contester ensuite le lien de filiation sur la base de l'absence de caractère biologique de celui-ci⁽²⁹⁷⁾. Dans ce cadre-ci, l'existence ou non d'une possession d'état entre l'enfant et le mari n'aura pas d'incidence en cas d'action en contestation de paternité. C'est donc l'autonomie de la volonté, acté au départ du projet parental, qui donne force au lien de filiation et non l'éventuel vécu socio-affectif. Par ailleurs, nous avons vu que l'épouse ne pourra contester une filiation lorsqu'elle a consenti à une insémination artificielle⁽²⁹⁸⁾.

Par contre, lorsque les auteurs du projet parental ne sont pas mariés et constituent un couple hétérosexuel, aucune disposition spécifique n'a été insérée dans la loi. Il sera dès lors difficile de contraindre le compagnon de la mère à reconnaître l'enfant ou de passer outre le refus de consentement de la mère à la reconnaissance lorsque le compagnon n'est pas le père biologique. L'absence de lien génétique constitue en effet une fin de non-recevoir dans les actions en établissement judiciaire du lien de filiation⁽²⁹⁹⁾. Cette situation peut entraîner une discrimination entre les couples mariés et les autres ainsi qu'entre les couples hétérosexuels et les couples composés de deux femmes car, dans ce dernier cas, la convention signée avec le Centre de PMA constitue une preuve suffisante pour établir le lien de filiation⁽³⁰⁰⁾.

Il n'empêche que la loi sur la procréation médicalement assistée représente une reconnaissance par le droit du projet parental comme constitutif du lien de filiation, en tous cas pour les couples mariés, pour les couples féminins de même sexe et pour les couples hétérosexuels non mariés qui s'entendent pour établir la filiation.

B. L'état du droit belge en matière de gestation pour autrui

97. La gestation pour autrui n'est à ce jour pas réglementée en Belgique. Aucune législation spécifique n'existe et la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement

²⁹⁶ G. GENICOT, « La maîtrise du début de la vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée », *op. cit.*, p. 21.

²⁹⁷ En vertu de l'article 318 du Code civil.

²⁹⁸ En vertu de l'article 325-3 du Code civil.

²⁹⁹ J. SOSSON, « Procréation médicalement assistée avec donneur et action en recherche de paternité : quelle interprétation donner aux articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 », *R.T.D.F.*, 2010/4, pp. 1102 et suiv.

³⁰⁰ Sur les éventuelles discriminations, voyez : J.-E. BEERNAERT et N. MASSAGER, « La loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : 'Trois femmes, un homme et un couffin' », *op. cit.*, pp. 74 et suiv.

assistée⁽³⁰¹⁾ n'envisage pas cette hypothèse. Il en résulte que la matière ne reçoit ni encadrement juridique spécifique, ni interdiction formelle.

La convention de gestation pour autrui est cependant critiquée au double motif suivant : en raison, d'une part, de l'indisponibilité du corps humain, qui découle des articles 6 et 1128 du Code civil – celui de la mère porteuse et celui de l'enfant – et, d'autre part, de l'indisponibilité de l'état des personnes, qui empêche de modifier par le biais de l'autonomie de la volonté les règles du droit de la filiation. L'indisponibilité du corps humain ne figure pas en tant que telle dans la loi. Ce principe, qui limite les actes de disposition aux choses qui sont dans le commerce, subit par ailleurs certaines exceptions, tels le don d'organe, le don de sang, le don de gamètes, le don d'embryons... L'indisponibilité de l'état des personnes, quant à lui, empêche la renonciation anticipée à la qualité de mère et l'abandon programmé de l'enfant qu'implique la convention de gestation pour autrui⁽³⁰²⁾.

L'interdiction qui découle de ces principes n'est toutefois pas générale ; elle est, à tout le moins, controversée. Selon Y. H. Leleu, la maternité de substitution est licite dès lors qu'aucune loi ne l'interdit et que la mère de substitution est maître de son corps. Cependant, l'auteur précise que la convention de gestation pour autrui n'est légale que pour autant qu'il n'y ait pas de rémunération, ni mesures de suivi de grossesse contraires à la dignité de la femme enceinte, ni encore disposition relative à la remise ou à l'état de l'enfant. Rien ne permettrait, en effet, de contraindre la mère de substitution à remettre l'enfant. Une convention portant sur la remise de l'enfant ou sur l'établissement de la filiation serait donc nulle⁽³⁰³⁾.

98. Il est, en tous cas, certain qu'à l'heure actuelle, une convention de gestation pour autrui ne peut entraîner une demande d'exécution forcée devant le tribunal. La situation se pose toutefois différemment lorsque les parties exécutent volontairement ladite convention. Dans cette hypothèse, afin de protéger le sort de l'enfant, les règles du droit de la filiation permettent l'établissement du lien de la manière suivante : le père, biologique ou simplement auteur du projet parental, reconnaît l'enfant. Notons que si la mère porteuse est mariée, une contestation préalable de la paternité de son mari sera nécessaire⁽³⁰⁴⁾. Quant à la mère

³⁰¹ Loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, *op. cit.*

³⁰² Voyez notamment : N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, *op. cit.*, pp. 357 et suiv. ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, *op. cit.*, pp. 860 et suiv. ; L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 34.

³⁰³ Y. H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, pp. 164 et suiv. Dans le même sens, N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, *op. cit.*, pp. 848 et suiv. ; G. GENICOT va encore plus loin. Selon ce dernier, même l'existence d'une indemnisation financière ne rend pas la convention illégale (G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », in G. SCHAMPS et J. SOSSON, *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, pp. 155 et suiv.

³⁰⁴ Et si l'enfant a été conçu par insémination artificielle, la problématique est délicate dès lors que, si le mari a consenti à l'acte de procréation médicalement assistée, sa filiation est normalement incontestable. *Contra* : Civ. Dinant, 6 février 2014, note J. SOSSON, « Mère porteuse mariée : danger ? », *R.T.D.F.*, 2014/3, pp. 629 et suiv.

intentionnelle, bloquée dans l'établissement d'une filiation *ab initio* en raison des effets de droit liés à l'accouchement, elle ne peut qu'adopter l'enfant pour établir un lien juridique avec celui-ci. Il lui est en effet impossible de contester le lien de filiation à l'égard de la mère porteuse dès lors que le Code civil prévoit que la mère est celle qui accouche de l'enfant⁽³⁰⁵⁾.

Ces règles sont appliquées par la jurisprudence qui légitime, *a posteriori*, des gestations pour autrui en validant la reconnaissance de paternité et en prononçant une adoption dans le chef de la mère d'intention, cela, afin de ne pas laisser l'enfant dans une situation de précarité en ce qui concerne sa filiation.

D'une manière générale, les juridictions belges saisies d'une demande d'adoption suite à une maternité de substitution, considèrent que l'adoption est dans l'intérêt de l'enfant et prononcent celle-ci⁽³⁰⁶⁾. L'intérêt de l'enfant est en effet devenu le pilier du droit de l'adoption⁽³⁰⁷⁾.

³⁰⁵ Le tribunal de première instance de Bruxelles, dans une décision du 6 mai 2009 (Civ. Jeun. Bruxelles, 6 mai 2009, *R.T.D.F.*, 2011/1, pp. 172 et suiv.), fut tenu de se prononcer sur la possibilité de contester la maternité de la mère porteuse. Le tribunal estime que le droit belge ne permet pas de contester la maternité de la mère porteuse désignée dans l'acte de naissance dès lors que c'est elle qui a accouché. Selon le tribunal, « *Dans ces circonstances, la procédure d'adoption est en quelque sorte utilisée pour combler une lacune de la loi ou, à tout le moins, pour rencontrer une hypothèse qu'elle n'a pas envisagée. [...] L'adoption est fondée sur de justes motifs et répond à l'intérêt supérieur de l'enfant puisqu'il permet de faire rejoindre le droit avec le fait dès lors que l'enfant est bien l'enfant biologique de la requérante et de son époux, lequel a reconnu l'enfant, et qu'il est considéré par tous comme l'enfant du couple* ». L'adoption fut donc prononcée à juste titre. Voyez aussi : Civ. Jeun. Bruxelles, 6 mai 2009, *R.T.D.F.*, 2011/1, pp. 172 et suiv., note J. SOSSON, « La création d'un lien légal avec la mère génétique d'un enfant conçu par gestation pour autrui : une question de filiation ou d'adoption ? ». La situation fut différente dans la décision du tribunal de première instance de Gand, du 24 décembre 2009 (Civ. Gand, 24 décembre 2009, note J. VERHELLEN, *Revue@dipr.be*, 2010/4, pp. 133 et suiv. et pp. 164 et suiv., et G. VERSCHULDEN, « Nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap in België, met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten », *T.v.F.*, 2010/4, pp. 69 et suiv.), car en l'espèce, le tribunal dû se prononcer sur la contestation de maternité intentée par la mère porteuse contre la mère d'intention. La différence tient toutefois à la distinction fondamentale entre ces deux affaires. En effet, dans le cas soumis au tribunal de première instance de Gand, c'est la maternité de la mère d'intention qui était contestée et non celle de la mère porteuse. La raison tient aux circonstances particulières de l'espèce, dans laquelle une fausse déclaration de naissance a été enregistrée en Belgique en vue de substituer la mère commanditaire à la femme qui a accouché. Le juge va autoriser l'action en contestation dès lors que, sur la base de l'application du droit néerlandais (les parents légaux étant néerlandais), la mère mentionnée dans l'acte de naissance n'est pas celle qui a accouché. La paternité du mari de la mère commanditaire a également été invalidée, conséquence de l'absence de lien valable entre l'épouse du père et l'enfant.

³⁰⁶ G. VERSCHULDEN et L. PLUYM, « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne), in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, op. cit., p. 202. Déjà en 1996, le tribunal de la jeunesse de Bruxelles avait homologué une adoption pour un enfant fécondé *in vitro* à partir du matériel génétique du couple d'intention et porté par la sœur de l'un des époux (Civ. Jeun. Bruxelles, 4 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1182). Le tribunal de la jeunesse de Turnhout, le 4 octobre 2000 (Civ. Jeun. Turnhout, 4 octobre 2000, *R.W.*, 2001-2002, pp. 206 et suiv., note F. SWENNEN, « Volle adoptie na draagmoederschap : nihil obstat ? »), dans le cadre d'une demande visant l'homologation d'une adoption d'un enfant né suite à la fertilisation *in vitro* du matériel génétique des deux parents d'intention implanté chez la sœur de l'adoptante, estime également qu'il est de l'intérêt de l'enfant d'accepter cette homologation. Il s'agit de décisions prises dans le cadre de l'ancienne loi relative à l'adoption qui prévoyait l'homologation par le juge de l'adoption faite devant notaire. Même conclusion concernant l'adoption *in* : Anvers, 14 janvier 2008, *R.W.*, 2007/2008, pp. 1774

Même conclusion en ce qui concerne la reconnaissance de paternité, qui ne semble pas poser de difficulté. Si la majorité des décisions recensées sont antérieures à la réforme du droit de la filiation en 2006 (voir n°152) et concernent donc des demandes d'homologation de l'acte de reconnaissance (³⁰⁸), les enseignements demeurent intéressants quant à la manière dont les autorités belges appréhendent la GPA (³⁰⁹). À cet égard, l'homologation de la reconnaissance est généralement acceptée (³¹⁰).

et suiv., note F. SWENNEN ; Civ. Gand, 13 juin 2012, *inédit*, 590.B.2011/57, cité in G. VERSCHULDEN et L. PLUYM, « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne), in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, op. cit., p. 208. Cette position ouverte à l'égard de la gestation pour autrui est parfois plus nuancée. En atteste, par exemple, la décision du tribunal de la jeunesse de Namur relative à l'adoption par un couple lesbien d'un enfant conçu par insémination artificielle avec donneur anonyme et porté par la sœur de l'une des requérantes (Civ. Jeun. Namur, 7 janvier 2011, *Act. Dr. Fam.*, 2013/5, pp. 96 et suiv., note N. GALLUS, « L'adoption par des parents intentionnels de l'enfant né d'une mère porteuse », qui raisonne en deux temps. En l'espèce, le tribunal insiste, dans un premier temps, sur le caractère illicite de la convention de gestation pour autrui. Selon le tribunal, « *L'absence d'interdiction du contrat de gestation pour autrui ne suppose cependant pas qu'une telle pratique puisse être considérée 'légitime' comme le soutiennent les requérantes. Il convient en effet d'appliquer les dispositions du droit commun pour apprécier la licéité ou non d'une telle pratique. À cet égard, le tribunal considère cette pratique comme étant illicite tant du point de vue de son objet que de sa cause. [...] L'illicéité de son objet résulte du caractère d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain. En l'occurrence, ce principe est violé tant par le fait pour la mère porteuse de mettre son corps ou plus précisément son utérus à disposition d'autrui que par le fait de s'engager à 'céder' l'enfant qu'elle porte. La cause du contrat est également illicite dans la mesure où le but recherché par les parties est de disposer d'un enfant, lequel ne constitue pas un 'objet' »*. Mais, dans un deuxième temps, le juge considère qu'il ne lui revient pas de se prononcer sur la gestation pour autrui en tant que telle, mais bien sur l'intérêt de l'enfant à être adopté par les requérantes. Cet intérêt doit être apprécié *in concreto*. Cela signifie pour le tribunal que la réalité 'socio-affective' de l'enfant doit être prise en compte et qu'il est préférable que le droit corresponde à la réalité : « *Il est de son intérêt que ses parents 'de fait', qui l'élèvent depuis toujours, deviennent également ses parents de droit* ». Par contre, position plus isolée, la Cour d'appel de Gand, le 30 avril 2012 (Gand, 30 avril 2012, *R.G.D.C.*, 2012/8, pp. 372 et suiv., note L. PLUYM, « *Weigering volle adoptie na commercieel laagtechnologisch draagmoederschap* »), va s'attacher aux données antérieures à la demande d'adoption pour évaluer les justes motifs. Elle va estimer que la maternité de substitution est contraire à la dignité humaine. Selon la Cour, il s'agit de la vente d'un enfant – la mère porteuse ayant été rémunérée à concurrence de 1 600 euros par mois –, laquelle peut entraîner la révision du jugement d'adoption sur la base de l'article 351 du Code civil. Selon la Cour, le fait que l'enfant possédait déjà l'état d'enfant à l'égard de la candidate adoptante n'entame pas le fait que l'adoption projetée ne repose pas sur de justes motifs.

³⁰⁷ Article 344-1 du Code civil. À cet égard, la décision du tribunal de la jeunesse de Bruxelles du 23 août 2012 (Civ. Jeun. Bruxelles, 23 août 2012, *Act. Dr. Fam.*, 2013/5, pp. 99 et suiv.) est éclairante car le juge, tout en suspectant une gestation pour autrui non déclarée à laquelle il semble hostile, prononce l'adoption de l'enfant par l'épouse du père biologique au nom de l'intérêt du premier. Le tribunal constate en effet que l'enfant n'a pas de lien de type parental avec la femme qui a accouché, alors qu'il existe un tel lien à l'égard de la candidate adoptante.

³⁰⁸ L'ancien article 319*bis* du Code civil imposant en effet l'homologation de la reconnaissance de paternité par le tribunal de première instance lorsque l'enfant avait été conçu avec une autre femme que l'épouse du père.

³⁰⁹ Depuis l'abandon de la procédure d'homologation dans la nouvelle loi sur la filiation, l'homologation fait place à une simple notification de la reconnaissance de paternité à l'épouse. Par conséquent, la reconnaissance de paternité suite à une GPA doit être portée à la connaissance de son épouse ou époux sous peine de non-opposabilité de l'acte à son égard et à l'égard de leurs enfants.

³¹⁰ Par exemple, dans un cas de demande d'homologation de la reconnaissance de paternité suite à un accouchement sous X en France, le tribunal de première instance de Hasselt, le 27 mars 2001 (Civ. Hasselt, 27

Cette jurisprudence démontre, tant au stade de l'adoption par la mère d'intention que de la reconnaissance par le père d'intention, l'attention portée à l'intérêt de l'enfant, lequel est prédominant en la matière (voir *infra*).

La maternité de substitution, qui, par les progrès de la médecine, permet l'éclatement des composantes génétique, gestationnelle et intentionnelle, constitue l'une des questions du droit familial actuel les plus prenantes. Elle pose en tous cas la question de la place que le droit accorde aux liens de sang par rapport au projet parental et à la parenté affective. Il est certain que, dans les années à venir, le législateur devra se pencher sur cette question qui suscite le débat et fait déjà l'objet de multiples propositions de loi (³¹¹).

§ 3 *Prééminence du biologique ou de l'affectif ?*

99. Se prononçant sur l'équilibre entre la donnée génétique et la donnée affective, N. Gallus défend la thèse d'une prise en compte plus importante, par le droit positif, du caractère socio-affectif du lien, lequel l'emporterait donc sur le biologique. Selon l'auteur, cette primauté de la volonté découlerait des dissociations possibles entre filiation et conjugalité, filiation et sexualité, filiation et procréation, filiation et fonction parentale, lesquelles recentrent le droit sur l'engagement parental plutôt que sur la structuration d'un modèle familial (³¹²).

Il est vrai que la procréation ne répond plus obligatoirement aux données biologiques, vu les progrès actuels des biotechnologies, ce qui pose la question du rattachement des droits parentaux à des personnes autres que les géniteurs de l'enfant, par exemple dans le cadre de la gestation pour autrui. Par ailleurs, avec l'ouverture du droit à l'adoption aux couples homosexuels, à la coparenté pour les couples de deux femmes ou à la procréation

mars 2001, *Limb. Rechtsl.*, 2001, p. 323), accepte l'homologation en considérant que l'enfant est né d'une autre femme que l'épouse même si, en réalité, il n'y a pas eu « *conception d'un enfant avec une autre femme* », puisqu'il s'agissait de fécondation par transplantation embryonnaire. En l'espèce, aucun lien de filiation n'était établi en raison de l'accouchement sous X, et l'épouse ne s'opposait bien évidemment pas à la demande. Par ailleurs, le demandeur était le père biologique. Le tribunal pouvait donc homologuer la reconnaissance. Dans le même sens, le tribunal de première instance de Bruxelles, dans une décision du 1^{er} mars 2007 (Civ. Bruxelles, 1^{er} mars 2007, *R.T.D.F.*, 2007/3, pp. 754 et suiv.), déclare fondée la demande d'homologation de la reconnaissance de paternité au motif que l'enfant a été conçu par une autre femme que l'épouse, cet enfant étant né de mère porteuse.

³¹¹ Voyez par exemple : Proposition de loi du 12 mai 2011 portant organisation des centres de maternité de substitution, *Ch. Repr.* Doc. 53, Sess. Ord. 2010-2011, 1453/001 ; Proposition de loi du 4 mai 2011 complétant le Code pénal par des dispositions relatives à la commercialisation de la maternité de substitution et à la médiation aux fins de celle-ci, *Ch. Repr.* Doc. 53, Sess. Ord. 2010-2011, 1429/001 ; Proposition de loi du 28 octobre 2010 modifiant le code pénal en ce qui concerne la maternité de substitution à des fins commerciales, *Ch. Repr.* Doc. 53, Sess. Ord. 2010-2011, 0497/001.

³¹² N. GALLUS, « L'avenir de la parenté monosexuée », *Act. dr. fam.*, 2013/1, pp. 4 et suiv., et *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge, op. cit.*, p. 451.

médicalement assistée aux femmes célibataires, les fondements symboliques de la filiation basée sur le biologique disparaissent⁽³¹³⁾.

En outre, le législateur – timidement pour l’instant il est vrai – organise des droits et des obligations dans le chef de personnes qui ne possèdent pas de lien de filiation ou d’adoption avec l’enfant, via, par exemple, le droit aux relations personnelles ou le Code flamand des successions, qui place sur un pied d’égalité les enfants biologiques et ‘sociaux’⁽³¹⁴⁾, droits et obligations à propos desquels les discussions parlementaires apportent un écho⁽³¹⁵⁾.

100. La mise en avant d’un nouvel équilibre en faveur de la parenté socio-affective ne correspond cependant pas à une vision unanime. Par exemple, Y. H. Leleu insiste, de son côté, sur le fait que « *L’équilibre traditionnel entre la filiation socio-affective et la filiation biologique est mis en question, sans autre réponse actuellement que la perspective de décisions judiciaires individuelles respectueuses des intérêts en présence* »⁽³¹⁶⁾.

101. Ce qui est certain, c’est que le législateur a cherché une nouvelle fois, dans sa refonte en 2006 de la loi sur la filiation, à trouver un équilibre entre la donnée biologique et la donnée socio-affective, et que la Cour constitutionnelle semble remettre celui-ci en question, préférant une analyse au cas par cas de chaque situation familiale (voir n°137 et suiv.).

La jurisprudence du fond, postérieure aux différents arrêts de la Cour constitutionnelle, atteste de cette nouvelle méthodologie. L’équilibre proposé par le législateur n’est plus respecté et le droit de la filiation repose désormais sur une nécessaire balance des intérêts au sein de laquelle l’intérêt de l’enfant est primordial et ne peut être limité à une appréciation marginale⁽³¹⁷⁾.

³¹³ Voyez sur ces questions notamment : S. CAP, « Quelle parenté pour les couples de même sexe ? », *Ann. Dr.*, vol. 74, 2014/1, pp. 91 et suiv.

³¹⁴ Voyez l’article 50 du Code flamand de droit des successions, modifié par la loi du 17 août 2013, *M.B.*, 5 septembre 2013 et J. FONTEYN, « Les statuts du couple : quel rôle pour la loi ? », *op. cit.*, pp. 24 et suiv.

³¹⁵ Voyez les Propositions de loi énumérées *supra* et F. SWENNEN, « Le droit familial : hier, aujourd’hui... et demain ? », in *Familles plurielles, politiques familiales sur mesure ?*, *op. cit.*, pp. 191-192.

³¹⁶ Y. H. LELEU, « À l’orée d’un droit judiciaire des familles », *op. cit.*, p. 12. L’auteur soutient cette position en critiquant la vocation structurante du droit, dans les termes suivants : « *une norme – la possession d’état pour le respect de la parenté socio-affective –, si elle est trop abstraite, peut heurter les faits, méconnaître les souhaits des personnes, ne servir que des valeurs, et, le cas échéant, ne profiter directement à personne. Au contraire, donner en toute hypothèse au juge la possibilité de lever ces obstacles si les intérêts en présence le justifient, augure un droit plus ‘humain’, ‘franc’ et ‘lisible’* » (p. 11).

³¹⁷ Voyez par exemple : Trib. Fam., Brabant Wallon, 4 novembre 2014, *R.T.D.F.*, 2015/3, pp. 603 et suiv. ; Trib. Fam. Namur, 3 décembre 2014, *R.T.D.F.*, 2015/3, pp. 617 et suiv. ; Trib. Fam. Brabant Wallon, 9 septembre 2014, *R.T.D.F.*, 2015/1, pp. 90 et suiv. ; Liège, 2 avril 2014, *R.T.D.F.*, 2015/1, pp. 73 et suiv. ; Trib. Fam. Namur, 3 septembre 2014, *R.T.D.F.*, 2015/2, pp. 320 et suiv. ; Trib. Fam. Namur, 3 septembre 2014, *R.T.D.F.*, 2015/2, pp. 314 et suiv. ; Civ. Nivelles, 25 juin 2013, *R.T.D.F.*, 2015/2, pp. 306 et suiv.

Par conséquent, la famille ne repose certainement pas sur la seule réalité biologique. Elle constitue une structure à géométrie variable, au sein de laquelle les liens affectifs sont largement reconnus. Cet état du droit est également défendu par la Cour européenne des droits de l'homme, qui, si elle reconnaît l'importance de la donnée biologique⁽³¹⁸⁾, protège la vie familiale « effective », sans que la vérité génétique ne l'emporte à tous les coups⁽³¹⁹⁾. Cette géométrie variable ne correspond plus à des données préalablement définies mais dépend d'une appréciation jurisprudentielle des différents intérêts en présence.

102. Par ailleurs, l'importance de l'affectivité dans les relations familiales a déjà été soulignée comme étant le fruit d'une quête d'épanouissement devenu un enjeu au sein des sociétés occidentales contemporaines. Le couple est libre de sa constitution et de sa dissolution, au gré des souhaits de ses protagonistes. Loin de l'unité économique qui pouvait être l'une de ses justifications par le passé, le relationnel est devenu l'une des données majeures des familles d'aujourd'hui.

Il nous semble cependant que, si la réalité affective est largement prise en considération dans le droit de la filiation tel qu'appliqué aujourd'hui, le rôle de celle-ci a changé. La donnée biologique nous apparaît dominante lorsqu'elle s'oppose à la possession d'état comme vecteur de la stabilité des liens familiaux. Le vécu socio-affectif n'est plus le garant de la 'paix des familles' mais bascule dans une fonction nouvelle. Il protège le projet parental ou plus précisément permet des constructions familiales sans fondement biologique. L'affectivité semble, par contre, perdre de la vigueur en tant que protectrice de la stabilité des liens familiaux.

Section III | La famille est parfois institutionnelle, parfois contractuelle et parfois factuelle

103. La manière dont la famille est appréhendée par le droit a changé. L'autonomie de la volonté en matière familiale occupe une place de plus en plus importante et la liberté quant à la manière de vivre en famille est désormais consacrée. Les changements n'ont cependant pas

³¹⁸ Voyez par exemple : CEDH, *Marckx c. Belgique*, *op. cit.*, *Kroon c. Belgique*, *op. cit.*, *Mikulic c. Croatie*, *op. cit.*, *Rozanski c. Pologne*, 18 mai 2006, req. n° 55339/00 (la cour reconnaît en l'espèce une violation de l'article 8 de la Convention dans le cas d'un père biologique empêché d'établir sa paternité du fait de la reconnaissance de paternité par le nouveau compagnon de la mère). La Cour impose d'ailleurs la possibilité de contester les présomptions légales dans une série d'hypothèses : *Shofman c. Russie*, 24 novembre 2005, req. n° 74826/01 (voir *infra*), *Mizzi c. Malte*, 12 janvier 2006, req. n° 26111/02 (voir *infra*).

³¹⁹ Voyez par exemple les arrêts suivants : CEDH, *Soderback c. Suède*, 28 octobre 1998, req. n° 113/1997/897/1109 (affaire dans laquelle la Cour a considéré que l'adoption de l'enfant par son beau-père malgré le refus de consentement du père biologique ne violait pas l'article 8 de la Convention) ; CEDH, *Yousef c. Pays-Bas*, 5 novembre 2002, req. n° 33711/96 (en l'espèce, la Cour a considéré conformes à l'article 8 de la Convention la tutelle confiée au frère de la mère décédée et le refus opposé au père biologique du droit de reconnaître l'enfant).

effacé totalement le caractère institutionnel de la famille. Aujourd'hui, la structure du droit familial est bigarrée : certains aspects de la réglementation maintiennent en effet une place à la famille en tant qu' 'institution', tout en permettant à celle-ci de se décliner selon une variété de formes. Le législateur a fixé des cadres différents ouverts selon les souhaits des particuliers et il n'a eu de cesse d'augmenter les possibilités de contractualisation des rapports familiaux. De son côté, la jurisprudence a imposé la prise en compte des liens de fait, lesquels constituent, pour autant que la vie familiale soit effective, des liens de famille protégés par le droit ⁽³²⁰⁾.

L'importance de chacune de ces caractéristiques a évolué et évoluera certainement encore à l'avenir. À l'heure actuelle, c'est ce mélange de caractéristiques qui semble toutefois dépeindre le plus fidèlement le droit de la famille. Nous allons détailler ces éléments, en distinguant ce qui relève du caractère institutionnel, contractuel et enfin factuel du droit familial.

§ 1 *Le caractère institutionnel de la famille*

104. Si les mœurs et la législation ont changé, divers aspects du caractère institutionnel de la famille ont été conservés.

D'abord, toute une série d'éléments de la vie familiale est soustraite à l'autonomie de la volonté et les conventions qui portent sur l'état des personnes sont nulles ⁽³²¹⁾. Les parties ne pourraient, par exemple, pas s'entendre pour adapter par contrat les règles relatives à la filiation, prévoir des clauses de viduité ou limiter le droit à la rupture du couple.

Ensuite, pour que l'accord de volonté soit créateur de droit, il faut que la loi le prévoie, comme c'est le cas en matière de régime matrimonial.

En outre, la volonté est généralement encadrée par une autorité administrative (on peut se marier ou non, et choisir librement son conjoint, mais l'acte sera formalisé par l'officier de l'état civil) ou judiciaire (on peut s'accorder sur les modalités du divorce mais c'est le tribunal qui, après contrôle des conventions, donne force au divorce par consentement mutuel).

Les éléments institutionnels du droit de la famille ont trait au mariage, à la filiation, aux droits et devoirs des époux, à l'autorité parentale et à l'ordre légal des successions. Nous allons les évoquer très brièvement. Il ne serait en effet pas utile, dans le cadre de cette recherche, d'approfondir les dispositions légales relevées comme présentant un aspect institutionnel. Ce

³²⁰ Sur cette évolution du droit de la famille en Europe, voyez : J. POUSSON-PETIT, « Troisième millénaire : évolution ou révolution du droit des personnes et de la famille dans les pays européens ? », *op. cit.*, pp. 741 et suiv.

³²¹ En vertu de l'article 1128 du Code civil.

qui importe est de mettre en avant les différentes caractéristiques du droit de la famille, de repérer les dispositions impératives et de se pencher sur les évolutions qu'elles connaissent.

I. Le mariage et la présomption de paternité ou de comaternité

105. Le mariage conserve une place particulière, tout comme la présomption de paternité, et depuis 2014 de comaternité, qui en est la conséquence (bien que la présomption de paternité devienne de plus en plus fragile au fil des réformes législatives et qu'il suffit à présent que les parents aient eu des domiciles différents pendant la période légale de conception pour permettre son renversement)⁽³²²⁾. C. Clément affirme à cet égard que le mariage conserve une valeur d'exemple, une fonction de référence, puisqu'il déploie une plénitude d'effets, alors que les autres formes de vie de couple s'inspirent des règles qui prévalent pour le mariage et connaissent une carence normative⁽³²³⁾.

106. Déjà, les conditions de conclusion du mariage ou de la cohabitation légale ne sont pas laissées à la libre disposition des parties. En effet, le mariage et la cohabitation légale doivent être formalisés devant l'officier de l'état civil⁽³²⁴⁾. La règle est absolue et le Code civil prévoit que le mariage non célébré publiquement devant l'officier de l'état civil est nul⁽³²⁵⁾. En outre, le titre d'époux et les effets civils du mariage ne peuvent être réclamés s'il n'y a pas d'acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil⁽³²⁶⁾. Par ailleurs, la Constitution belge impose l'antériorité du mariage civil à la bénédiction nuptiale⁽³²⁷⁾. Par conséquent, les conditions de forme du mariage témoignent de l'entrée dans une institution. Elles sont « *le témoin d'une institution voulue non disponible et d'ordre public* »⁽³²⁸⁾. Quant à la cohabitation légale, elle n'est légale que parce qu'elle est inscrite comme telle dans les registres communaux.

³²² Article 316*bis* du Code civil.

³²³ C. CLEMENT, « La place du modèle familial dans un système pluraliste », in *Réflexion sur le pluralisme familial*, *op. cit.*, p. 126. Certains évoquent plutôt une désinstitutionnalisation du mariage en raison de la facilité de divorce et de son ouverture aux couples de même sexe (voyez : J. FONTEYN, « Les statuts de couple : quel rôle pour la loi ? », *op. cit.*, pp. 21 et suiv.). Il semble pourtant que ces données ne remettent pas en cause le caractère d'institution organisée par le droit à laquelle se soumettent les intéressés.

³²⁴ En vertu des articles 166 et 1476 du Code civil.

³²⁵ Article 191 du Code civil.

³²⁶ En vertu de l'article 194 du Code civil.

³²⁷ Article 21 de la Constitution.

³²⁸ Y. H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 334.

107. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que la Cour de cassation belge proscrivent toute atteinte contractuelle à la liberté matrimoniale, telles les interdictions de mariage, de remariage et les clauses de célibat⁽³²⁹⁾.

108. Le caractère institutionnel du mariage découle également de la présomption de paternité et de comaternité qui y est attachée : « *L'enfant né pendant le mariage ou dans les 300 jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage a pour père le mari* »⁽³³⁰⁾. À défaut de filiation paternelle, une règle identique existe au bénéfice de la « co-mère »⁽³³¹⁾.

En ce qui concerne la règle classique de la présomption de paternité, elle est cependant écartée lorsque certaines conditions sont rencontrées⁽³³²⁾. Si le mari de la mère bénéficie toujours de la présomption de paternité, celle-ci a donc perdu, au fil des réformes du droit de la filiation, une partie de sa force, notamment depuis que la seule inscription des époux à des adresses différentes permet d'y échapper.

L'automatisme de la technique de la présomption, atténué au fil du temps, permet désormais une certaine latitude aux époux. D'abord, parce que le mari va, de par sa volonté, donner ou non à l'enfant une possession d'état⁽³³³⁾. Ensuite, parce que les époux sont libres de ne pas informer l'officier de l'état civil de leur séparation judiciaire⁽³³⁴⁾. Puis, en raison de la possibilité, prévue par la loi, qu'ont les époux de déclarer conjointement à l'officier de l'état

³²⁹ Selon la Cour de Cassation belge, « *La clause d'un contrat d'emploi suivant laquelle le contrat prendra fin par le mariage de l'une des parties peut porter atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs et être dès lors nulle par application de l'article 6 de Code civil ; mais une telle clause, lorsqu'elle a notamment pour cause de favoriser le mariage ou lorsqu'elle s'impose en raison des nécessités propres à l'emploi, ne viole pas cette disposition légale* » (Cass, 2 mai 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 781). *Idem* dans un arrêt du 8 décembre 1976 dans lequel la Cour estime que le juge décide légalement qu'« *est nulle en tant qu'elle vise le mariage ou le remariage de l'employé – spécialement un enseignant – la clause du contrat d'emploi stipulant que le contrat est résilié de plein droit et sans indemnité 'dès que le membre du personnel se trouve dans une situation personnelle ou matrimoniale incompatible avec les lois de la morale chrétienne ou violant gravement les lois de l'Église catholique ou dès qu'il défend des idées contraires à la doctrine catholique'* » (*Pas.*, 1977, I, p. 394). Les décisions sont anciennes mais nous doutons qu'une autre approche puisse être adoptée aujourd'hui.

³³⁰ Article 315 du Code civil.

³³¹ Inscrite à l'article 325-2 du Code civil.

³³² Lorsque le mari a disparu et qu'il ressort d'une décision constatant la présomption d'absence que l'enfant est né plus de 300 jours après la disparition (article 316 du Code civil), lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après une décision judiciaire autorisant les époux à résider séparément ou plus de 300 jours après la date d'inscription des époux à des adresses différentes (article 316bis du Code civil) ou encore, lorsque l'enfant est né plus de 300 jours après la dissolution ou l'annulation du mariage de sa mère et après le remariage de celle-ci, auquel cas, le nouveau mari sera le père (article 317 du Code civil).

³³³ Conditionnant, de la sorte, l'éventuelle action en contestation de paternité sous réserve des tempéraments apportés par la Cour constitutionnelle. En cas de possession d'état, l'action en contestation de paternité est irrecevable, sur la base de l'article 318 du Code civil.

³³⁴ Si l'officier de l'état civil n'est pas informé de la séparation, une action en contestation de paternité sera nécessaire. Voyez : J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé », *op. cit.*, p. 370.

civil leur souhait de maintenir les effets de la présomption de paternité⁽³³⁵⁾. Enfin, par le biais d'un accord du mari ou de l'épouse sur un projet parental dans le cadre d'un processus de procréation médicalement assistée, lequel apporte au lien de filiation une sécurité absolue basée sur un engagement affectif.

Si ces éléments témoignent d'une perte de force symbolique de la présomption de paternité, celle-ci constitue cependant encore à l'heure actuelle un mode privilégié et institutionnalisé d'établissement de la filiation paternelle. Par ailleurs, l'instauration d'une présomption de coparenté à l'égard de l'épouse de la mère atteste également du maintien de la place particulière accordée au mariage et de la volonté de conserver son caractère institutionnel.

II. Les droits et devoirs des époux

109. Les droits et devoirs des époux⁽³³⁶⁾ constituent des règles d'ordre public⁽³³⁷⁾. Le droit de la famille foisonne en effet de dispositions d'ordre public et, aussi large que puisse être la liberté accordée aux individus, elle demeure encadrée, *a posteriori*, par le juge. Si les obligations imposées aux époux ne peuvent faire l'objet de dérogation, les devoirs qui impliquent la personne des époux, tel le devoir de fidélité, ne sont pas susceptibles d'exécution forcée et les seules sanctions qu'ils connaissent résident dans les mesures provisoires, le divorce – éventuellement assorti d'une perte de pension alimentaire en cas de faute grave ayant rendu impossible la poursuite de la vie commune⁽³³⁸⁾ – ou encore la perte d'avantages patrimoniaux consentis durant le mariage ou successoraux⁽³³⁹⁾.

110. Il est, par ailleurs, intéressant de relever que, parmi les règles relatives au régime primaire, la notion d'intérêt de la famille apparaît⁽³⁴⁰⁾. Cette notion existe donc, même si sa prise en compte par le droit positif de la famille est relativement faible. En outre, pour les couples ayant fait le choix de l'institution du mariage, le patrimoine familial est protégé par le régime matrimonial légal applicable à défaut de convention entre époux⁽³⁴¹⁾.

³³⁵ En vertu de l'article 316*bis* du Code civil.

³³⁶ Inscrits aux articles 212 et suivants du Code civil.

³³⁷ Voyez l'article 1388 du Code civil. Voyez : Y.-H. LELEU, *Droit patrimonial des couples*, *op. cit.*, pp. 35 et suiv.

³³⁸ En vertu de l'article 301 du Code civil.

³³⁹ Voyez notamment l'article 334*ter* du Code civil.

³⁴⁰ Par exemple, l'article 214 du Code civil permet au juge de paix, en cas de désaccord entre les époux, de fixer la résidence conjugale dans l'intérêt de la famille ; l'article 215 du Code civil prévoit, quant à lui, qu'un époux ne peut, sans l'accord de l'autre, disposer des droits qu'il possède sur le logement principal de la famille, et l'article 224 du Code civil autorise le juge de paix à annuler les actes de disposition du logement familial effectués en contrariété avec cette dernière règle, les actes de donation faits par un seul des époux et les sûretés personnelles données par l'un des époux et mettant en péril les intérêts de la famille.

³⁴¹ Selon le régime prévu aux articles 1398 et suiv. du Code civil.

III. Le caractère judiciaire du divorce

111. Sur la base de la volonté des époux, ou même d'un seul d'entre eux si elle se combine à un délai devenu relativement court de séparation ou à des faits particuliers, le divorce peut être prononcé⁽³⁴²⁾. Toutefois, cet acte de volonté est toujours encadré par le tribunal, qui en contrôle la régularité et demeure seul compétent pour prononcer le divorce. En effet, aucune autorité administrative n'est habilitée à mettre fin à l'union conjugale. Par ailleurs, les accords entre époux doivent toujours être homologués⁽³⁴³⁾.

112. La France connaît un débat concernant la déjudiciarisation complète des divorces consensuels, l'idée sous-jacente étant d'accélérer la procédure et de désengorger les tribunaux dans le cadre de ces procédures, laissées à la négociation des parties, en confiant la mission de formalisation aux greffes des tribunaux. Dans le cadre de cette discussion, différents rapports ont été rédigés faisant état d'une tendance générale en Europe à autoriser le divorce amiable et à en faciliter la procédure⁽³⁴⁴⁾.

Si cette évolution est certaine, il n'en reste pas moins qu'en Belgique le débat sur la possibilité d'introduire une procédure strictement administrative de divorce n'est pas à l'ordre du jour.

F. Swennen énonce toutefois la piste d'un divorce non judiciaire, par déclaration devant l'officier de l'état civil, lorsque les époux s'accordent sur le fond ainsi que sur l'ensemble des conséquences du divorce. Dans une telle hypothèse, afin de protéger la partie économiquement faible, il pourrait être imposé de joindre à la déclaration de divorce un avis juridique rendu préalablement par un avocat ou un notaire⁽³⁴⁵⁾.

À ce jour, le divorce sous seing privé n'est cependant pas de mise en Belgique. Cela, même si le divorce par consentement mutuel, désormais possible sans la comparution personnelle des parties, s'en rapproche⁽³⁴⁶⁾. Il reste que, dans cette dernière hypothèse, la procédure demeure

³⁴² Divorce par consentement mutuel ou pour désunion irrémédiable organisé aux articles 229 et suiv. du Code civil.

³⁴³ Via la procédure prévue aux articles 1287 et suivants du Code judiciaire.

³⁴⁴ Le divorce est, en effet, encore largement judiciaire dans les différents pays européens mais une tendance à la déjudiciarisation voit le jour. Pour un état des lieux sur cette question, voyez : F. FERRAND, « La rupture du mariage en droit comparé – Cas et procédure », in *Le divorce en Europe* (H. FULCHIRON), *Dr. Fam.*, avril 2015, n°4, pp. 12 et suiv. Voyez également le rapport publié sur le site du Sénat français :

http://www.senat.fr/lc/lc36/lc36_mono.html et le Rapport DELMAS-GOYON, *Le juge du XXIe siècle, Un citoyen acteur, une équipe de justice* (décembre 2013), http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_dg_2013.pdf.

³⁴⁵ F. SWENNEN, *Het personen en familierecht, op. cit.*, p. 460.

³⁴⁶ Voyez l'article 1255 du Code judiciaire. Voyez aussi par exemple : J.-P. MASSON, « Le tribunal de la famille et le divorce », in *États généraux de la famille*, Bruxelles-Limal, Larcier-Anthémis, 2014, p. 107 et suiv.

judiciaire et le juge conserve un pouvoir de contrôle quant aux dispositions des accords qui concernent les enfants.

IV. Le couple parental

113. Si le divorce demeure judiciaire, il constitue toutefois un droit soumis à des conditions relativement souples (voir n°124). La fragilité ou la temporalité du couple conjugal semble cependant compensée par la place particulière accordée à la protection de l'enfant. Certains affirment à ce propos que la désinstitutionnalisation du couple s'accompagne d'une plus grande institutionnalisation du lien parental⁽³⁴⁷⁾. Le fait que le divorce devienne de plus en plus pacifique, et ce afin notamment de permettre, au-delà du couple conjugal, la poursuite du couple parental, en serait un exemple.

Par ailleurs, outre les règles relatives à la filiation et à la prise en compte de plus en plus importante de l'intérêt de l'enfant (voir n°127 et suiv.), les règles concernant le maintien de l'autorité parentale conjointe en cas de séparation⁽³⁴⁸⁾ attestent de ce changement. L'organisation juridique de la procréation et de la parenté n'est, de ce fait, plus construite au départ du 'couple conjugal', mais bien à partir du 'couple parental', lequel est censé survivre au couple conjugal⁽³⁴⁹⁾.

En outre, les règles relatives à l'autorité parentale sont d'ordre public et les parents ne peuvent y déroger⁽³⁵⁰⁾. Seul l'exercice de l'autorité parentale est laissé à l'autonomie des parties, sous le contrôle du juge le cas échéant (voir n°128).

V L'ordre légal des successions

114. Le droit des successions contient de nombreuses dispositions auxquelles il n'est pas possible de déroger⁽³⁵¹⁾. Les personnes appelées à succéder et l'ordre de dévolution successorale sont en effet déterminés par la loi.

³⁴⁷ J. POUSSON-PETIT, « Troisième millénaire : évolution ou révolution du droit des personnes et de la famille dans les pays européens ? », *op. cit.*, pp. 741-742 ; J. MARQUET, « De la contractualisation des liens conjugaux : du mariage par amour à la rupture pour désamour », in *Familles plurielles, politiques familiales sur mesure ?*, *op. cit.*, p. 48 ; J. SOSSON, « Filiation et parentalité. Trois réformes législatives aux alentours de la filiation », in *États généraux du droit de la famille*, *op. cit.*, pp. 137 et suiv.

³⁴⁸ Article 374 du Code civil.

³⁴⁹ F. SWENNEN, « Le droit familial : hier, aujourd'hui... et demain ? », in *Familles plurielles, politiques familiales sur mesure ?*, *op. cit.*, p. 191 ; I. Théry, *Le Démariage – Justice et vie privée*, *op. cit.*, p. 11.

³⁵⁰ Article 1388 du Code civil.

³⁵¹ L'article 723 du Code civil stipule : « La loi règle l'ordre de succéder entre les héritiers ».

115. Ces dispositions ne semblent cependant pas immuables. Ayant déjà observé plusieurs modifications, notamment via la prise en considération du conjoint survivant, des familles recomposées ou encore du cohabitant légal, il n'est pas exclu qu'à l'avenir elles soient elles aussi touchées par la vague de fond qui déferle, depuis quelques temps, sur le droit de la famille et qui ouvre de plus en plus de domaines à l'autonomie de la volonté. L'atteinte au principe de la réserve héréditaire pourrait être l'une des prochaines étapes en vue de donner plus de place à la volonté dans cette matière⁽³⁵²⁾.

§ 2 *Les éléments contractuels du droit de la famille*

116. Il n'est pas nouveau d'affirmer que les relations familiales deviennent de plus en plus contractuelles⁽³⁵³⁾. Cette contractualisation découle de l'accroissement du rôle de l'autonomie de la volonté, qui permet désormais aux intéressés de gérer par convention toute une série d'aspects de la vie familiale. Nous avons d'ailleurs relevé que les aspects institutionnels de la famille se voyaient également soumis à ce changement de perspective.

Dorénavant, le mariage possède un caractère de plus en plus contractuel, comme en attestent notamment l'adoption d'un divorce sans faute – qui réduit les conditions de permanence du mariage – et les limitations apportées à la présomption de paternité⁽³⁵⁴⁾. Par ailleurs, l'entente en vue d'organiser les relations à l'égard des enfants est largement encouragée et la médiation, légalement consacrée.

Nous allons passer en revue ces différents aspects qui donnent à la famille une dimension contractuelle et placent les protagonistes dans un espace de liberté.

³⁵² À cet égard, selon P. DELNOY : « *Il nous paraît que demain, l'idée de conservation des biens dans la famille devrait davantage encore perdre de sa vigueur. C'est que cette idée est une suite logique de ce que le patrimoine appartient à la famille, parce que celle-ci a contribué à sa constitution. Or, à l'avenir, plus encore qu'aujourd'hui, ce seront les individus qui seront les artisans de leur patrimoine. Ils se sentiront donc de moins en moins obligés de transmettre à leur famille ce qui, pour l'essentiel, ne sera plus provenu d'elle. Dans l'ordre successoral, c'est dès lors au premier chef la réserve héréditaire qui risque d'être mise en cause : la réserve du conjoint avant celle des descendants et ascendants* » (in : « Le droit successoral civil de 1804 à 2004 », *J.T.*, 2004, p. 287). L'adoption du Règlement successoral européen pourrait être un indice de cette future réforme du droit des successions. Voyez également sur cette question : H. CASMAN, « La réforme du droit patrimonial de la famille telle qu'elle a été envisagée », *T.E.P.*, 2014, n° 3, pp. 182 et suiv.

³⁵³ Pour une vision de cette évolution dans différents Etats, voyez : F. SWENNEN (éd.), *Contractualisation of family Law – Global Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2015 ; K. BOELE-WOELKI, N. DETHLOFF et W. GERPHART, *Family Law and Culture in Europe*, Anvers, Intersentia, 2014 (European Family Law, v. 35).

³⁵⁴ Voyez G. CORNU, *Droit civil - La famille*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 2006, p. 15 ; P. MARCHAL, « L'individu, devenu valeur suprême ? », *R.T.D.F.*, 2008/3, pp. 673 et suiv.

I Lors de la formation du couple

117. Si la Convention européenne des droits de l'homme protège la famille 'légitime' via le droit de se marier et de fonder une famille, principe inscrit à l'article 12 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme ne vise pas l'institution en tant que telle ; c'est « *le droit de se marier pour chaque individu avec la personne de son choix, ainsi que le droit de fonder une famille qui font l'objet d'une protection conventionnelle* »⁽³⁵⁵⁾. En droit européen, c'est donc d'abord l'aspect volontaire et consensuel de la famille qui est protégé, avant son caractère institutionnel⁽³⁵⁶⁾.

118. En droit belge, le couple peut choisir le type ou le degré d'encadrement juridique auquel il désire se soumettre. Il a le choix entre le mariage, la cohabitation légale ou l'union de fait. Par conséquent, le couple décide des conséquences juridiques qu'il souhaite se voir imposer. Le mariage est donc aujourd'hui concurrencé par d'autres formes d'union. En effet, deux modalités de constitution formelle du couple existent et rien n'empêche les individus qui le souhaitent de ne pas s'inscrire dans l'une ni dans l'autre.

119. Remarquons également que les formalités imposées dans le cadre de la procédure de mariage ont été simplifiées, en vue de permettre une constitution plus aisée du dossier de mariage⁽³⁵⁷⁾.

120. Par ailleurs, l'accès à la rupture tel qu'organisé en matière de cohabitation légale ainsi que la facilitation progressive du divorce (voir n°124) témoignent de l'ouverture vers une dissolubilité, sans obstacle (juridique), du couple⁽³⁵⁸⁾. Ces éléments contribuent à rendre l'union conjugale contractuelle.

³⁵⁵ F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 15. Le droit de ne pas se marier et donc de rester célibataire est également reconnu (voyez l'arrêt *Marckx c. Belgique*, op. cit.).

³⁵⁶ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Préface » in *La famille et la convention européenne des droits de l'homme*, F. VASSEUR-LAMBRY, op. cit.

³⁵⁷ Loi du 3 décembre 2005 modifiant les articles 64 et 1476 du Code civil et l'article 59/1 du Code des droits de timbre en vue de simplifier les formalités du mariage et de la cohabitation légale, *M.B.*, 23 décembre 2005. Cette loi impose notamment à l'officier de l'état civil de constituer lui-même le dossier de mariage pour les belges domiciliés en Belgique.

³⁵⁸ A. C. VAN GYSEL, *Précis de droit des personnes et de la famille*, op. cit., pp. 225-226.

121. Ensuite, le choix du conjoint/partenaire est libre⁽³⁵⁹⁾. Le consentement au mariage est une donnée fondamentale en droit belge. Le consentement doit être libre, c'est-à-dire qu'il ne peut avoir été donné suite à des violences ou des menaces⁽³⁶⁰⁾, et qu'il ne peut être simulé, ce qui signifie que « *l'intention de l'un au moins des époux n'est manifestement pas la création d'une communauté de vie durable, mais vise uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour, lié au statut d'époux* »⁽³⁶¹⁾. On remarquera qu'en ce qui concerne les motivations présidant au mariage, seule l'intention de bénéficier d'un avantage en matière de séjour est condamnée. Un mariage contracté dans le but d'obtenir un avantage matériel est dès lors autorisé⁽³⁶²⁾. L'interdiction du mariage simulé, par contre, fait l'objet d'une lutte qui ne cesse de s'intensifier, à l'instar de l'interdiction du mariage forcé⁽³⁶³⁾.

Ces dispositions spécifiques mises à part, tant la Convention européenne des droits de l'homme que le droit belge érigent en principe fondamental la liberté matrimoniale. Des critères restrictifs, liés à la religion, l'origine nationale ou sociale par exemple, seraient considérés comme inacceptables par la Cour européenne des droits de l'homme⁽³⁶⁴⁾. Le droit belge est ici conforme au droit européen, dès lors qu'il ne prévoit aucune discrimination dans les conditions d'accès au mariage. Toutefois, lorsqu'en pratique une personne se voit contrainte en Belgique d'épouser quelqu'un qui correspond à telle ou telle caractéristique, il n'est pas évident d'obtenir l'annulation du mariage. Pour cela, il importe que les pressions constituent de réelles « *violences ou menaces* », selon les termes du Code civil, les vices de consentement en droit belge étant appréhendés restrictivement : violences ou menaces, erreurs sur la personne physique du conjoint (en cas de substitution de personne au moment de la célébration du mariage) ou sur la personnalité civile du conjoint (en cas d'usurpation d'état civil ou de nom) permettent d'obtenir l'annulation⁽³⁶⁵⁾.

En ce qui concerne la cohabitation légale, l'article 1476, § 1, 4°, du Code civil impose la rédaction d'un écrit qui contienne la mention de la volonté des parties de cohabiter légalement. Depuis la loi du 2 juin 2013⁽³⁶⁶⁾, des exigences liées à l'authenticité des consentements ont été insérées dans le Code civil. Désormais, l'article 1476bis précise : « *Il n'y a pas de cohabitation légale lorsque, bien que la volonté des parties de cohabiter*

³⁵⁹ Ce principe est garanti notamment par l'article 146 du Code civil qui stipule : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ».

³⁶⁰ Article 146ter du Code civil.

³⁶¹ Article 146bis du Code civil.

³⁶² V. SAINT-GHISLAIN, « La lutte contre les mariages blancs et gris », *J.T.*, 2010, n°6406, p. 514.

³⁶³ Le mariage simulé sera analysé dans le cadre des chapitres consacrés au droit international privé.

³⁶⁴ Sur la base de l'interdiction des discriminations fondée sur l'article 14 de la Convention.

³⁶⁵ H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge*, A.-C. VAN GYSEL (dir.), T. I, *op. cit.*, 2015, p. 354, n° 344.

³⁶⁶ Loi du 2 juin 2013 modifiant le Code civil, la loi du 31 décembre 1851 sur les consulats et la juridiction consulaire, le Code pénal, le Code judiciaire et la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en vue de la lutte contre les mariages de complaisance et les cohabitations légales de complaisance, *M.B.*, 23 septembre 2013. P. SENAËVE, « De wet van 2 juni 2013 tot bestrijding van schijnhuwelijken, de schijn-wettelijke samenwoningen en de gedwongen huwelijken en wettelijke samenwoningen », *T. Fam.*, 2014/1, pp. 2 et suiv.

légalement ait été exprimée, il ressort d'une combinaison de circonstances que l'intention d'au moins une des parties vise manifestement uniquement à l'obtention d'un avantage en matière de séjour, lié au statut de cohabitant légal » et l'article 1476ter : « *Il n'y a pas de cohabitation légale non plus lorsque celle-ci est contractée sans le libre consentement des deux cohabitants légaux ou que le consentement d'au moins un des cohabitants légaux a été donné sous la violence ou la menace* ». Ces nouvelles conditions de consentement rapprochent sur ce point la cohabitation légale du mariage.

122. Afin de garantir un consentement éclairé, « *Nul ne peut contracter mariage avant dix-huit ans* »⁽³⁶⁷⁾, sauf autorisation du tribunal de la jeunesse⁽³⁶⁸⁾. La même condition existe pour la cohabitation légale puisqu'elle n'est ouverte qu'aux seules personnes capables de contracter⁽³⁶⁹⁾. Dans cette dernière hypothèse, aucune dispense n'est prévue. Notons que la possibilité d'obtenir une autorisation du tribunal pour se marier en état de minorité est appréciée de manière restrictive par les juridictions belges⁽³⁷⁰⁾, ce qui témoigne de l'importance donnée au consentement en la matière. La condition de l'âge nubile figure également à l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme et constitue, dans ce cadre également, une mesure qui vise à assurer la liberté du mariage⁽³⁷¹⁾.

II Dans le cadre de la répartition des biens des époux

123. Si pour faire ressortir le caractère contractuel de la famille il est indispensable de mentionner la liberté conventionnelle en matière de régime matrimonial, nous ne traiterons cependant pas ces questions qui concernent le droit patrimonial de la famille. Notons seulement pour mémoire que les époux sont libres, dans certaines limites, de choisir leur régime matrimonial⁽³⁷²⁾ et que dans le cadre de la cohabitation légale les partenaires peuvent

³⁶⁷ Article 144 du Code civil.

³⁶⁸ Sur la base de l'article 145 du Code civil.

³⁶⁹ En vertu de l'article 1475, § 2, 2°, du Code civil.

³⁷⁰ G. HIERNAUX, « Le mariage », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence, 2005-2010, op. cit.*, pp. 85-87.

³⁷¹ M. LEVINET, « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2004/60, p. 893. Par ailleurs, selon la Commission, « *Le droit national peut fixer un âge nubile légal qui l'emporte sur les convictions du requérant prétendant que sa religion autorise le mariage de jeunes filles à l'âge de 12 ans sans le consentement de leurs parents, car 'le mariage ne saurait être considéré simplement comme une forme d'expression de la pensée, de la conscience ou de la religion'* » (Comm.eur., *Khan c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1986, req. n° 11579/85).

³⁷² En effet, l'article 1387 du Code civil stipule que « *Les époux règlent leurs conventions matrimoniales comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne contiennent aucune disposition contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ». Ils peuvent ensuite adapter ces conventions, tout au long de leur vie conjugale, comme le prévoit l'article 1394 du Code civil, selon leurs desiderata pour autant que les procédures requises soient respectées. La répartition des biens acquis durant le mariage, même si elle est encadrée par la loi, laisse donc une place considérable à l'autonomie de la volonté des époux.

également établir, dans des limites identiques, des conventions relatives à la gestion des biens⁽³⁷³⁾.

III Dans le cadre de la séparation et du divorce

124. Le droit positif belge accorde aujourd'hui aux couples un droit de rompre⁽³⁷⁴⁾. La mise en œuvre de ce droit est relativement aisée et peut être utilisée de manière unilatérale.

En effet, depuis la création de l'institution par la loi du 23 novembre 1998⁽³⁷⁵⁾, la cohabitation légale peut se rompre par simple déclaration écrite, unilatérale, remise à l'officier de l'état civil. La simplicité de la rupture est ici liée à l'institution même, qui constitue un encadrement relativement faible de la vie du couple.

En ce qui concerne le divorce, il fallut par contre une profonde refonte de la législation pour en faciliter l'accès⁽³⁷⁶⁾. C'est la loi du 27 avril 2007 réformant le divorce⁽³⁷⁷⁾ qui, en instaurant la procédure de divorce pour désunion irrémédiable, supprimant ainsi le divorce pour faute et réduisant le délai requis de séparation donnant accès au divorce, a rendu accessible aux époux, ou à l'un d'entre eux, le divorce dans des conditions très souples. En effet, la désunion irrémédiable est établie lorsque la demande est formée par deux époux séparés de fait depuis plus de six mois ou par un seul époux si le couple est séparé de fait depuis plus d'un an⁽³⁷⁸⁾. Par ailleurs, dans ce cadre, les époux sont libres de régler contractuellement les conséquences de leur divorce, le juge étant dans ce cas tenu d'homologuer les accords, à moins qu'ils ne soient contraires à l'intérêt des enfants⁽³⁷⁹⁾.

La liberté de choisir la forme d'union qui convient au couple et la liberté de rompre se rattachent certainement à une vision 'privatiste' de la famille : celle-ci ne répond plus uniquement à une forme imposée d'en haut mais correspond aux aménagements choisis par ses membres. Ce choix reste par ailleurs entier tout au long de la vie de couple et il serait

³⁷³ En vertu de l'article 1478 du Code civil.

³⁷⁴ Cass., 9 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1079 : « *Attendu que le droit de se marier visé à l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et consacré par l'article 23, 2°, du pacte international relatif aux droits civils et politiques, n'implique pas le droit de rester marié contre la volonté de l'autre conjoint* ».

³⁷⁵ Loi du 23 novembre 1998, *M.B.*, 12 janvier 1999.

³⁷⁶ Au divorce pour faute ou par consentement mutuel, la loi du 1^{er} juillet 1974 a ajouté une possibilité de divorce pour séparation de fait. Cette condition de séparation, initialement d'une durée de 10 ans, est passée, avec la loi du 2 décembre 1982, à 5 ans et, avec la loi du 16 avril 2000, à 2 ans. Ensuite, les lois des 30 juin 1994 et 20 mai 1997 ont assoupli les conditions procédurales du divorce par consentement mutuel. Enfin, la loi du 27 avril 2007 a instauré le divorce pour désunion irrémédiable et supprimé les exigences liées à l'âge et à la durée du mariage dans le divorce par consentement mutuel.

³⁷⁷ *M.B.*, 7 juin 2007.

³⁷⁸ En vertu de l'article 229 du Code civil.

³⁷⁹ Voyez les articles 1255 et 1256 du Code judiciaire.

impossible pour les époux/cohabitants de soumettre leur mariage ou leur cohabitation à une clause d'indissolubilité⁽³⁸⁰⁾.

125. En outre, les époux qui s'accordent sur les modalités de répartition des biens et, le cas échéant, sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale peuvent divorcer par consentement mutuel⁽³⁸¹⁾. Depuis la réforme de la loi sur le divorce en 2007, la condition relative à la durée minimale du mariage requise pour divorcer par consentement mutuel a été supprimée. Cette procédure est dès lors devenue extrêmement simple. Le succès qu'a connu le divorce par consentement mutuel⁽³⁸²⁾, lié à la simplicité de la procédure, décroît cependant quelque peu en raison de la nouvelle procédure pour désunion, parfois plus rapide et moins cher, et qui permet de remettre à plus tard le règlement des effets du divorce⁽³⁸³⁾.

126. Le couple est aujourd'hui soustrait aux contraintes de durée. Le droit belge a suivi cette évolution en accordant un droit, certes entouré d'un certain nombre de conditions, à la rupture et en rendant celle-ci, au fil du temps, plus simple et moins soumise aux aléas de la procédure. Mais, si le droit au divorce est clairement établi en droit belge, la question n'est pas aussi claire pour la Cour européenne des droits de l'homme, qui s'était prononcée sur la question dans l'arrêt *Johnston et autres c. Irlande*⁽³⁸⁴⁾. Elle y a affirmé que l'article 12 de la Convention, en ce qu'il prévoit le droit au mariage, n'inclut pas le droit au divorce. Il n'est cependant pas certain que la Cour maintiendrait aujourd'hui cette jurisprudence, au vu des modifications des législations nationales désormais nettement plus favorables au divorce⁽³⁸⁵⁾.

³⁸⁰ Voyez, en France, l'arrêt de la Cour de cassation française du 20 juin 2006, *Bull.*, 2006, n° 312, p. 370, qui valide la décision de la Cour d'appel ayant considéré comme nulle une convention de concubinage prévoyant une indemnité de rupture via la fixation d'un montant forfaitaire pour l'entretien des enfants égal à la moitié des revenus du concubin. Selon la Cour, en ne prévoyant pas que le montant sera calculé selon les facultés de chacun des parents, la clause constitue « *par son caractère particulièrement contraignant un moyen de dissuader un concubin de toute velléité de rupture contraire au principe de la liberté individuelle* ».

³⁸¹ En vertu de l'article 230 du Code civil.

³⁸² Le « *divorce-contrat* » était largement majoritaire sous l'ancienne législation (J. MARQUET, « De la contractualisation des liens conjugaux : du mariage par amour à la rupture pour désamour », in *Familles plurielles, politiques familiales sur mesure ?*, *op. cit.*, p. 46).

³⁸³ Y. H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 539.

³⁸⁴ CEDH, *Johnston et autres c. Irlande*, *op. cit.* Par contre, il est clair que, lorsque le divorce – ou, dans le cas soumis à la Cour, la séparation de corps – est autorisé, les juridictions nationales ne peuvent, au vu des implications sur la vie familiale des intéressés, traiter l'affaire dans des délais jugés déraisonnables (CEDH, *Laino c. Italie*, 18 février 1999, req. n° 33158/96). En outre, lorsque le droit national permet le divorce, il ne peut lui adjoindre des conséquences qui atteignent la substance même du droit au remariage. Tel fut le cas par exemple dans l'affaire *F. c. Suisse* (CEDH, *F. c. Suisse*, 18 décembre 1987, req. n° 11329/85), datant certes de 1987, mais dont l'enseignement demeure intéressant : la condamnation d'un homme, dans le cadre de sa procédure de divorce, à une interdiction temporaire de remariage, viole l'article 12 de la Convention.

³⁸⁵ Introduit en Irlande en 1996 et à Malte en 2011.

IV À l'égard des enfants

127. En matière de filiation, l'autonomie ressort de différents éléments que nous avons analysés dans la section consacrée aux liens socio-affectifs ; nous nous permettons d'y renvoyer le lecteur (voir n°87 et suiv.). L'exemple le plus éclairant résulte de l'encadrement légal de la procréation médicalement assistée, laquelle est consensuelle à tous les stades. Des adultes peuvent en effet élaborer un projet parental et conclure une convention avec un centre de procréation médicalement assistée⁽³⁸⁶⁾. Nous avons vu que le lien de filiation est ensuite établi sur la base des règles du Code civil. En vertu de ces règles, le mari ou l'épouse de la mère verra son lien de filiation automatiquement établi et incontestable si il/elle a donné son accord au processus de procréation lorsque la naissance en est la conséquence. La volonté l'emporte donc ici.

Les autres éléments que nous avons relevés se rapportent à la possession d'état, à la reconnaissance volontaire de filiation, à la levée ou non de la présomption de paternité et à la *régularisation* après coup de la gestation pour autrui.

128. D'autre part, les parents exercent conjointement l'autorité parentale. Ils peuvent en organiser les modalités à l'amiable. Même en cas de séparation ou de divorce, les parents peuvent s'entendre et déterminer entre eux les mesures qu'ils jugent appropriées concernant leurs enfants communs. Ils ont également la possibilité de s'accorder sur un exercice conjoint, exclusif, ou aménager l'une de ces deux modalités de l'autorité parentale (voir n°59).

La loi a d'ailleurs encouragé ce processus en instaurant la possibilité de faire homologuer par le tribunal les conventions négociées entre les parents afin de leur donner une autorité judiciaire, pour autant qu'elles ne soient pas manifestement contraires à l'intérêt de l'enfant⁽³⁸⁷⁾. Via le processus de médiation familiale, ce sont même les juridictions qui proposent aux parents de passer par la voie de la négociation pour déterminer les modalités d'exercice de l'autorité parentale avant de laisser au juge le soin de trancher le différend⁽³⁸⁸⁾. Notons également que la loi tendant à privilégier l'hébergement égalitaire des enfants impose au juge de n'envisager ce type d'hébergement qu'à défaut d'accord entre les parents sur une autre forme d'hébergement qui ne serait pas manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant :

³⁸⁶ Voyez la loi du 6 juillet 2007, *op. cit.*

³⁸⁷ Article 374 du Code civil.

³⁸⁸ L'article 387bis du Code civil a été complété à cet égard par la loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant (*op. cit.*), en vue de mettre l'accent sur le consensus en permettant au juge de surseoir afin que les parties recourent à la médiation. Les juges n'hésitent d'ailleurs pas à renvoyer les parties en médiation. Voyez par exemple : Liège, 8 novembre 2005, *R.T.D.F.*, 2007/2, pp. 1190 et suiv. ; Civ. Liège (jeun.), 27 janvier 2011 et 12 mai 2011, *R.T.D.F.*, 2012/2, pp. 847 et suiv. ; Civ. Nivelles (jeun.), 5 janvier 2009, *R.T.D.F.*, 2009/1, pp. 512 et suiv. ; Civ. Bruxelles (jeun.), 8 novembre 2006, *J.L.M.B.*, 2007/13, pp. 535 et suiv. ; ou à homologuer l'accord : Civ. Charleroi (jeun.), 26 janvier 2010, *R.T.D.F.*, 2010/2, pp. 1254 et suiv.

« *Priorité est donc donnée au consensus parental sous contrôle judiciaire, le pouvoir d'appréciation du juge étant toutefois limité à un contrôle marginal* »⁽³⁸⁹⁾.

129. Tutelle légale et tutelle officieuse ouvrent également une large place à l'autonomie de la volonté en matière d'autorité parentale puisque les parents ont la possibilité de désigner un tuteur et que la tutelle officieuse est un acte de volonté, entériné par un juge.

130. La volonté n'a, par contre, pas trouvé sa place dans la détermination des adultes titulaires de l'autorité parentale. Les accords en la matière sont donc largement encouragés mais ne peuvent concerner l'ensemble des questions : la volonté ne permet pas le partage de la fonction parentale. Il est cependant intéressant de relever que les débats sur cette question sont largement présents (voir n°40), comme en atteste l'apparition de nouvelles distinctions, comme celle qui est faite entre la parenté, lien de filiation, et la parentalité, qui concerne plus strictement l'exercice des responsabilités parentales.

131. Enfin, en matière d'obligation alimentaire, la loi encourage les accords en permettant aux parents de déterminer ensemble ou via un processus de médiation familiale leurs contributions respectives, pour autant que cela ne heurte pas l'ordre public ou l'intérêt des enfants et qu'aucun parent ne soit dispensé de son obligation de contribuer à la dette alimentaire à proportion de ses facultés. Ils peuvent donc négocier leur contribution mais pas leur obligation légale⁽³⁹⁰⁾. Les parents ont ensuite la faculté de faire entériner les accords par le juge, soit dans le cadre de leur procédure de divorce⁽³⁹¹⁾ soit dans le cadre d'une procédure relative à l'exercice de l'autorité parentale et/ou les obligations alimentaires devant le tribunal de la famille⁽³⁹²⁾. Le Code judiciaire prévoit par ailleurs spécifiquement la possibilité de faire homologuer par le tribunal des accords pris dans le cadre d'une médiation volontaire⁽³⁹³⁾. La loi du 19 mars 2010 visant à promouvoir une objectivation du calcul des contributions alimentaires des père et mère au profit de leurs enfants a d'ailleurs modifié l'article 1321, § 1, du Code judiciaire, en vue de mentionner la primauté des accords négociés entre les parents⁽³⁹⁴⁾.

³⁸⁹ N. MASSAGER, « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence, 2005-2010, op. cit.*, p. 421.

³⁹⁰ S. LOUIS, « Obligation parentale d'entretien et obligations alimentaires de droit commun : jurisprudence récente », in *Actualités de droit familial. Le point en 2008*, Y. H. LELEU (dir.), Liège, Anthémis, 2008, p. 143.

³⁹¹ En vertu des articles 1255, 1256 et 1288 du Code judiciaire.

³⁹² Sur la base de l'article 1253^{ter}/4 du Code judiciaire.

³⁹³ Article 1733 du Code judiciaire. Ces derniers ne valent évidemment que jusqu'à ce que les circonstances changent mais ne seront pas remis en cause uniquement parce que l'un des parents change d'avis. Voyez par exemple : Civ. Charleroi, 26 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1254.

³⁹⁴ *M.B.*, 21 avril 2010.

Une nuance doit cependant être apportée à cette évolution favorisant les accords en matière de pension alimentaire. En effet, la règle de la convention-loi fait désormais l'objet d'une dérogation⁽³⁹⁵⁾, en ce que, sauf convention contraire expresse, le juge peut, à la demande d'une des parties, augmenter, réduire ou supprimer la pension alimentaire fixée entre ex-époux dans le cadre du divorce par consentement mutuel si, à la suite de circonstances nouvelles et indépendantes de la volonté des parties, son montant n'est plus adapté⁽³⁹⁶⁾. La force de l'accord est donc, dans ce cadre, moins importante. La logique de cette nouvelle disposition semble toutefois correspondre à l'évolution générale du droit de la famille, qui se veut plus souple, plus adaptable aux circonstances particulières de chaque cas d'espèce (voir *infra*).

V Judiciarisation ou déjudiciarisation ?

132. L'évolution du droit de la famille semblait, à l'heure de la réglementation sur la médiation familiale, favoriser une tendance à la « *dé-judiciarisation* » des conflits familiaux, par une sorte de mise à disposition aux parties elles-mêmes des modalités et des effets de leur situation familiale⁽³⁹⁷⁾. La loi du 21 février 2005 a en effet entériné l'importance nouvelle de la médiation familiale en lui conférant une place spécifique dans le Code judiciaire⁽³⁹⁸⁾. Plus récemment encore, la loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse a adjoint aux juridictions des chambres de règlement amiable des conflits⁽³⁹⁹⁾. Dorénavant, le contentieux conjugal, alimentaire, l'autorité parentale, la cohabitation légale, le divorce et la séparation de corps peuvent être réglés via un processus de médiation.

³⁹⁵ Introduite par la loi du 2 juin 2010 modifiant certaines dispositions du Code civil et du Code judiciaire en ce qui concerne la procédure de divorce, *M.B.*, 21 juin 2010.

³⁹⁶ Sur la base de l'article 1288 du Code judiciaire.

³⁹⁷ La médiation familiale est un « *processus de coopération en vue de la gestion d'un conflit familial dans lequel un tiers impartial, professionnel, qualifié, est sollicité par les protagonistes pour les aider à trouver eux-mêmes les bases d'un accord durable, mutuellement acceptable et ressenti comme juste pour chacun* » (I. HACHEZ, « La médiation familiale à l'heure de sa consécration légale », *R.T.D.F.*, 2001/2, p. 211). Sur cette question, voyez aussi : J.-L. RENCHON, « Le droit belge de la personne et de la famille : de l'indisponibilité à l'autodétermination ? », *R.E.D.P.*, 2007, vol. 15, n° 1, p. 398.

³⁹⁸ Loi du 21 février 2005 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, *M.B.*, 22 mars 2005. La loi intègre un 7^e chapitre dans le Code, spécialement consacré à la médiation.

³⁹⁹ *M.B.*, 27 septembre 2013, chapitre III de la loi. Voyez sur ce point, A. M. BOUDART et C. VANDER STOCK, « La loi portant création du tribunal de la famille et de la jeunesse et les modes alternatifs. Réflexions sur quelques questions choisies », *Act. dr. Fam.*, 2014/6, pp. 166 et suiv., et D. PIRE, « Tribunal de la famille et de la jeunesse : loi réparatrice », *Act. dr. Fam.*, 2014/6, pp. 178 et suiv. Sur la nouvelle loi en général, voyez : A. DESMARETS, F. LALIERE, J. SAUVAGE, I. SCHYNS, N. UYTENDAELE, A. C. VAN GYSEL et V. WYART, *Le tribunal de la famille et de la jeunesse*, A. C. VAN GYSEL (*dir.*), Bruxelles-Limal, Larcier-Anthémis, 2014; et J.-P. MASSON, « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *J.T.*, n° 6555, 2014, pp. 181 et suiv. ; K. DEVOLDER, « De familie- en jeugdrechtbank : krachtlijnen », *N.N.K.*, 2014/3, pp. 15 et suiv.

Si les accords peuvent être soumis au tribunal pour homologation ou se négocier directement au sein du tribunal – le judiciaire n’étant pas privé de son pouvoir –, l’importance attribuée aujourd’hui à la médiation démontre le souci de ne plus déléguer au juge les décisions touchant la vie familiale en permettant aux couples/parents de s’accorder pour décider des solutions qui leur conviennent le mieux ⁽⁴⁰⁰⁾. Certains parlent même d’une forte pression pour l’autorégulation, notamment dans la gestion de la séparation ⁽⁴⁰¹⁾. La place accordée, de cette manière, à l’autonomie de la volonté relève certainement d’une ‘contractualisation’ des rapports familiaux.

Toutefois, cette ‘dé-judiciarisation’ est à mettre en perspective avec une appréciation au cas par cas des situations familiales que prône la Cour constitutionnelle, position que nous développerons sous le titre suivant. On constate en effet, parallèlement au développement de la gestion amiable des conflits, une tendance de plus en plus forte visant à permettre un accès systématique au juge. La possibilité de soumettre son affaire à ‘son’ juge, afin que celui-ci puisse évaluer les intérêts en présence, tendrait donc plutôt vers ce que l’on peut nommer une ‘judiciarisation’ ⁽⁴⁰²⁾ du droit familial.

Si une contradiction évidente apparaîtrait entre les deux termes utilisés – ‘judiciarisation’ / ‘déjudiciarisation’ –, l’opposition n’est qu’apparente. En réalité, il en va d’un même mouvement : encourager ou permettre une adaptation concrète et individuelle des solutions juridiques qui s’offrent aux protagonistes afin de s’assurer du bien-fondé, pour chaque cas d’espèce, de la réponse apportée au conflit. En effet, l’ouverture, dans de nombreuses situations, de l’accès au juge, pour que ce dernier puisse effectuer une balance des intérêts en présence, repose sur la volonté de permettre une décision adaptée au cas particulier. Le recours aux modalités de règlementation amiable des conflits, en promouvant l’autonomie de la volonté, appartient au même mouvement dès lors que les parties sont encouragées à individualiser les solutions à apporter au conflit qui les opposent. C’est donc bien en vertu d’une logique similaire que ces deux mouvements peuvent être appréhendés.

§ 3 L’importance des liens familiaux de fait

133. La Cour européenne des droits de l’homme a dégagé le critère de l’effectivité des relations familiales comme élément ouvrant le droit à la protection de l’article 8 de la

⁴⁰⁰ Certes, les époux/parents pouvaient former des accords avant la loi sur la médiation, notamment dans le cadre du divorce par consentement mutuel. L’engouement pour la médiation et la place de plus en plus importante qui lui est donnée dans les textes de loi attestent toutefois d’une évolution dans ce domaine.

⁴⁰¹ I. THERY, *Le démariage. Justice et vie privée*, op. cit., p. 178.

⁴⁰² Terme emprunté à Y. H. LELEU, « À l’orée d’un droit judiciaire des familles », op. cit., p. 17.

Convention. En effet, la Cour ne s'attache pas aux catégories juridiques existantes mais porte son attention sur le tissu affectif liant les protagonistes⁽⁴⁰³⁾.

Cette effectivité permet de placer les familles légitimes, naturelles et monoparentales sur un même pied⁽⁴⁰⁴⁾ : « *Un enfant issu d'une telle relation [relation hors mariage en dehors de toute cohabitation] s'insère de plein droit dans cette 'cellule familiale' dès sa naissance et par le fait même de celle-ci* »⁽⁴⁰⁵⁾. La Cour consacre les structures familiales indépendamment du couple : la famille peut exister sans couple, en cas de séparation du couple et au-delà de celui-ci⁽⁴⁰⁶⁾. Par ailleurs, si la parenté est un élément très important dans la reconnaissance de la famille naturelle, un lien constitutif d'une vie familiale peut se passer de parenté juridique⁽⁴⁰⁷⁾. Quant à la cohabitation, susceptible de constituer une condition à l'existence d'une vie familiale protégée⁽⁴⁰⁸⁾, elle n'est pas indispensable, et « *d'autres facteurs peuvent également servir à démontrer qu'une relation a suffisamment de constance pour créer des 'liens familiaux' de facto* »⁽⁴⁰⁹⁾.

⁴⁰³ Voyez par exemple l'arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, du 22 avril 1997, req. n° 21830/93, dans lequel la Cour rappelle que « *le concept de 'vie familiale' visé par l'article 8 ne se borne pas aux seules familles fondées sur le mariage mais peut englober d'autres relations de facto [...]. Pour déterminer si une relation s'analyse en une 'vie familiale', il peut se révéler utile de tenir compte d'un certain nombre d'éléments, comme le fait de savoir si les membres du couple vivent ensemble et depuis combien de temps, et s'ils ont eu des enfants ensemble, de manière naturelle ou autre, preuve de leur engagement l'un envers l'autre* » (§ 36). En l'espèce, elle refuse cependant de reconnaître la violation de l'article 8 de la Convention à l'égard d'un transsexuel empêché de reconnaître l'enfant de sa compagne né par insémination artificielle. Selon F. COLLIENNE, la limite posée en l'espèce par la Cour ne vaudrait que pour l'hypothèse du transsexualisme, les autres cas permettant la reconnaissance d'une vie familiale sans qu'aucun lien de parenté ne soit établi. L'auteur précise : « *Ce que protège la Convention n'est ni le simple lien biologique, ni le lien purement légal. Ce qui importe, c'est que la vie familiale soit préexistante et effective, et qu'elle se caractérise par des relations réelles et suffisamment étroites. Dès lors, il semble que le concept de vie familiale se construise aujourd'hui principalement autour de la notion centrale d'effectivité des liens* ». F. COLLIENNE, « *Ordre public, adoption internationale et Convention européenne des droits de l'homme* », *Rev. fac. dr. Liège*, 2004/4, p. 581 ; F. TULKENS, « *Le droit au respect de la vie familiale. Égalité et non-discrimination* », *R.T.D.F.*, 2008/3, pp. 623 et suiv.

⁴⁰⁴ F. SUDRE, J. P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET et G. GONZALES, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 6e éd., Paris, Puf, 2011, p. 557. Voyez également les arrêts : *Marckx c. Belgique* (*op. cit.*), concernant la famille constituée par une mère célibataire et son enfant, et l'arrêt *Johnston c. Irlande* (*op. cit.*), dans lequel la Cour précise que : « *l'absence d'un régime juridique approprié reflétant les liens familiaux naturels de la troisième requérante [fille naturelle du couple empêché de se marier en raison du précédent mariage du père qui ne pouvait être dissous en vertu du droit irlandais] constitue un manque de respect pour la vie familiale de l'intéressée* » (§ 75).

⁴⁰⁵ CEDH, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, *op. cit.* (§ 30). *Idem* : CEDH, *Keegan c. Irlande*, *op. cit.*

⁴⁰⁶ « *Pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale même lorsque la relation entre les parents est rompue* » : CEDH, *Keegan c. Irlande*, *op. cit.* (§ 50).

⁴⁰⁷ Par exemple entre une famille d'accueil et l'enfant dont elle s'est occupée pendant plusieurs mois et qui est ensuite placé dans une autre famille pour adoption (CEDH, *Moretti et Benedetti c. Italie*, 27 avril 2010, req. n° 16318/07).

⁴⁰⁸ CEDH, *Elsholz c. Allemagne*, 13 juillet 2000, req. n° 25735/94, concernant un père privé de contact avec son enfant.

⁴⁰⁹ CEDH, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, *op. cit.* (§ 30). *Contra* : dans l'affaire *M B c. Royaume-Uni* du 6 avril 1994, req. n° 22920/93, la Commission a refusé de soumettre à la protection de l'article 8 de la Convention une

Même à l'état de projet, une relation peut être protégée par la Convention, la Cour se référant, dans ce cas, à la notion de « *vie familiale projetée* ». Tel est le cas notamment en matière d'adoption⁽⁴¹⁰⁾. Plus avant, la Cour a même reconnu l'existence d'une vie familiale dans des situations où l'effectivité faisait défaut, lorsqu'il existait un lien de parenté biologique ou juridique, qu'il était possible d'envisager une vie familiale projetée et que l'absence d'effectivité du lien était « *indépendante de la volonté des requérants qui ont, à l'inverse, manifesté leur volonté d'établir ou de rétablir des relations avec l'enfant* »⁽⁴¹¹⁾. Dès lors, il est possible d'aller jusqu'à affirmer que le critère de l'effectivité qui justifie la protection de la vie familiale peut, parfois, être remplacé par celui de la volonté contrariée et celui de parenté par celui d'apparence de parenté⁽⁴¹²⁾.

134. En droit belge, les liens de famille peuvent aujourd'hui, également, pour une grande partie, se passer d'officialisation. L'union de fait est largement répandue⁽⁴¹³⁾ et la séparation du couple qui peut en découler se passe de tout traitement par le droit de la famille, trouvant

relation entre un homme et son éventuel enfant naturel au motif qu'il n'y avait pas eu cohabitation entre le requérant et la mère de l'enfant, que la relation n'avait duré que quelques mois et qu'il n'y avait pas de lien affectif formé entre le requérant et l'enfant.

⁴¹⁰ M. DEMARET, « L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité - L'arrêt E.B. contre France », *J.T.*, 2009, pp. 145 et suiv. Concernant un projet d'adoption : CEDH, *Fretté c. France*, *op. cit.* (§ 28) et C.E.D.H, *E.B. c. France*, *op. cit.* (§ 34). Ces deux arrêts incluent la demande d'agrément à l'adoption dans le champ d'application de l'article 8 combiné à l'article 14 en raison d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Toujours en matière d'adoption, la Cour, dans l'arrêt *Pini et Bertani et Manera et Atripaldi c. Roumanie* du 22 juin 2004, req. n° 78028/01 et 78030/01, affirme que : « *Certes, en garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 présuppose l'existence d'une famille, condition qui ne semble pas remplie en l'espèce, en l'absence de cohabitation ou de liens de facto suffisamment étroits entre les requérants et leurs filles adoptives respectives, avant ou après les décisions d'adoption. Il n'en résulte pas pour autant, de l'avis de la Cour, que toute vie familiale projetée sorte entièrement du cadre de l'article 8. En ce sens, la Cour a déjà considéré que cette disposition pouvait aussi s'étendre à la relation potentielle qui aurait pu se développer, par exemple, entre un père naturel et un enfant né hors mariage [Nylund c. Finlande (déc.), n° 27110/95, CEDH 1999-VI], ou à la relation née d'un mariage non fictif, même si une vie familiale ne se trouvait pas encore pleinement établie (Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mai 1985, série A n° 94, § 62). [...] À la lumière de ce qui précède, la Cour considère qu'une telle relation, née d'une adoption légale et non fictive, pourrait être regardée comme suffisante pour mériter le respect que peut vouloir l'article 8 de la Convention, lequel trouve, dès lors, à s'appliquer* » (§§ 143 et 148). En matière de filiation biologique voyez : CEDH, *Anayo c. Allemagne*, 21 décembre 2010, req. n° 20578/07. La Cour y précise la vie familiale peut s'entendre de la relation potentielle entre un enfant né hors mariage et son père biologique (§ 57).

⁴¹¹ F. SUDRE, J. P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET et G. GONZALES, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 562.

⁴¹² *Idem.*

⁴¹³ Selon des chiffres communiqués par Statbel, la Direction générale Statistique du SPF Economie (publié le 13 février 2015) concernant la situation belge au 1er janvier 2011, établis sur l'ensemble de la population âgée de 18 ans et plus, près d'un Belge sur deux (48%) est marié. Les personnes vivant en cohabitation légale représentent 3,1% de la population et 8,3% de la population vit en cohabitation de fait.

ses solutions dans les règles générales du droit civil ⁽⁴¹⁴⁾. Le droit de la filiation semble toutefois échapper à ce processus, la loi intervenant toujours pour consacrer le lien entre un parent et un enfant. Nous verrons à cet égard que la jurisprudence européenne et constitutionnelle est très riche en la matière, probablement en raison de la rigidité qui la caractérise encore.

Toutefois, lorsqu'une relation s'établit entre un enfant et un adulte, en dehors de toute consécration juridique, elle n'est pas totalement inexistante pour le droit. La matière traitant de l'exercice de l'autorité parentale est, en effet, en mouvement à cet égard. Aujourd'hui déjà, il est possible de maintenir des liens, via le droit aux relations personnelles avec l'enfant, entre ce dernier et des adultes qui s'en sont occupés, comme les beaux-parents par exemple. Sur ce point, la Cour constitutionnelle a même donné une place au parent social séparé du parent biologique de l'enfant ⁽⁴¹⁵⁾ (voir n°58).

135. Les différents éléments proposés dans ce chapitre permettent de conclure sur le caractère plus ou moins institutionnel de la famille, en soulignant que la période actuelle se caractérise par un équilibre entre les règles consacrées à la famille en tant qu'institution et la place de plus en plus importante accordée à la liberté individuelle et à la contractualisation. La réforme de la loi sur la filiation ainsi que l'adoption de la loi sur la coparenté témoignent par exemple de la volonté de maintenir le caractère institutionnel du mariage. Des conditions spécifiques à l'établissement de la filiation au sein du mariage ont été maintenues et une présomption de co-parenté a été accordée à l'épouse de la mère de l'enfant.

Le mouvement vers davantage de contractualisation se poursuit cependant. L'importance accordée à la médiation en atteste. La facilitation du divorce aussi. Le déplacement de la protection de la filiation 'socio-affective', au départ prévu comme un soutien à la filiation institutionnelle, vers la consécration de l'autonomie de la volonté comme fondateur d'un projet parental protégé par le droit, également.

Par ailleurs, les liens affectifs sont pris en compte, notamment par le biais de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et de la Cour européenne des droits de l'homme. Nous verrons que cette jurisprudence prend une dimension toute particulière lorsque la famille connaît une dimension internationale.

La situation est certainement appelée à évoluer encore, notamment au vu du nombre de séparations et de recompositions familiales dont l'encadrement est encore très peu pris en compte par le droit. Les propositions de loi consacrées à la parenté sociale constituent à cet égard un éclairage intéressant (voir n°40).

⁴¹⁴ Sur les règles applicables au couple de fait, voyez par exemple : P. DELNOY, M. BEOLEN et J.-L. JEGHERS (*dir.*), *Le couple sous toutes ses formes*, Limal, Anthémis, 2013 ; P. DE PAGE et A. CULOT (*dir.*), *Cohabitation légale et cohabitation de fait. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-La-Neuve, Anthémis, 2008.

⁴¹⁵ C. const., 12 juillet 2012, arrêt n° 94/2012.

Chapitre 3 Une nouvelle méthodologie en droit familial : des principes plus généraux pour une approche individualisée

136. Nous avons vu que les contours de la famille, telle que le droit familial belge la conçoit, ne s'identifiaient qu'en fonction du rapport de droit concerné. Ensuite, nous avons déterminé certains principes qui fondent la réglementation encadrant la famille. Ces principes évoluent. Attestent de cette évolution différents éléments : le fait que le principe d'égalité justifie de nombreuses réformes, telle l'ouverture du mariage ou de l'adoption aux couples de même sexe, que l'équilibre entre les liens biologiques et les liens affectifs à la base de la parenté se déplace au gré des interventions de la Cour constitutionnelle ou des réformes législatives, que la famille conserve un caractère institutionnel tout en devenant plus largement fondée sur l'autonomie de la volonté et que les liens non officialisés sont protégés.

Nous avons déjà, en filigrane, pointé l'émergence d'une nouvelle façon, pour le droit, d'appréhender l'encadrement de la vie familiale. En effet, les jurisprudences combinées de la Cour constitutionnelle et de la Cour européenne des droits de l'homme pousse à une approche individualisée des situations familiales, défendant l'appréciation au cas par cas et le droit d'accès systématique à un juge dont la mission est, au-delà de son devoir de trancher le conflit, de procéder à une mise en balance des intérêts.

Le droit familial se fonderait désormais sur des principes plus généraux permettant cette approche individualisée. À cet égard, la notion d'intérêt de l'enfant constitue probablement le centre de gravité de cette nouvelle manière d'appréhender l'encadrement juridique des familles. Cette notion constitue un exemple particulièrement illustratif de la technique législative qui consiste à préparer à l'avance la variabilité du contenu de la règle. Il s'agit en effet d'une '*notion à contenu variable*' dont le procédé, en droit de la famille, permet, outre l'adaptation de la règle à l'évolution de la société, de « *suivre l'évolution singulière d'une famille* »⁽⁴¹⁶⁾.

Nous allons étudier comment la méthodologie de l'appréciation au cas par cas, au départ de la notion de l'intérêt de l'enfant, a été consacrée. Pour cela, nous procéderons à un examen des jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle. Nous expliquerons également en quoi cette nouvelle méthodologie dépasse la seule notion d'intérêt de l'enfant.

⁴¹⁶ J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 99 et suiv.

Section I | L'intérêt de l'enfant, notion générale pour une appréciation individualisée

137. L'évolution du droit familial se caractérise par la prise en compte de plus en plus systématique du caractère individuel des situations. Les possibilités de choix laissées aux adultes dans la construction de leurs relations familiales en sont un exemple. L'émergence et le développement de notions ouvertes, tel l'« intérêt de l'enfant », en sont un autre.

138. Devenu primordial, l'intérêt de l'enfant devient aujourd'hui la clé de voûte du système dans son ensemble, même si le concept demeure fort difficile à manier. Consacré par l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant⁽⁴¹⁷⁾, depuis 2008 par l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution⁽⁴¹⁸⁾ ainsi que dans une série de dispositions du Code civil⁽⁴¹⁹⁾, l'intérêt de l'enfant est devenu « *un droit fondamental et un principe constitutionnel* »⁽⁴²⁰⁾.

⁴¹⁷ Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, article 3 : « 1. *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.* 2. *Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.* 3. *Les États parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent leur protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié* ». La Cour de Cassation a refusé l'effet direct de l'article 3.1 et 3.2 de la Convention relative aux droits de l'enfant, ces articles n'étant pas suffisamment précis et complets. Selon la Cour, ces dispositions sont utiles à l'interprétation des textes législatifs de droit interne mais « *laissent à l'État plusieurs possibilités de satisfaire aux exigences de l'intérêt de l'enfant et ne peuvent donc servir de source de droits subjectifs et d'obligations dans le chef des particuliers* », Cass., 4 novembre 1999, *R.T.D.F.*, 4/2000, pp. 680 et suiv., et Cass., 10 nov. 1999, *Pas.* 1999, I/599.

⁴¹⁸ L'article 22bis de la Constitution requiert la prise en considération de manière primordiale, dans toute décision concernant l'enfant, de son intérêt.

⁴¹⁹ Voyez les dispositions relatives à la filiation biologique et adoptive (la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale se réfère explicitement à l'intérêt supérieur de l'enfant en son article 1^{er} et le Code civil également en son article 344.1) ainsi qu'en matière d'autorité parentale.

⁴²⁰ G. MATHIEU et A. C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil. Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 15 juin 2013, n° 6525, p. 436. Voyez cet intéressant article pour un compte-rendu des différents arrêts rendus par la Cour constitutionnelle concernant l'intérêt de l'enfant. Notons qu'un débat existe sur la question de savoir si l'intérêt de l'enfant constitue un principe général de droit en matière de filiation. Selon N. MASSAGER, en droit de la filiation, contrairement au domaine relatif à l'autorité parentale, l'intérêt de l'enfant ne constitue pas un principe général de droit (N. MASSAGER, « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », *op. cit.*, p. 117). Il est en effet pris en compte par le législateur de manière marginale et est considéré comme assuré du fait même de l'encadrement prévu par la loi. Cette question demeure ouverte au vu des récents arrêts de la Cour constitutionnelle rendus sur cette question.

Si l'on peut reprocher à la notion, comme toute notion abstraite, d'engendrer une certaine incertitude juridique, elle a le mérite de permettre une approche individualisée de la situation. À cet égard, N. Gallus soutient que « *cette inévitable indétermination de la 'notion-cadre' participe aussi à la protection de l'enfant – de son individualité et de sa spécificité –, en permettant l'adaptabilité du critère et donc sa plus grande conformité aux réalités et aux variations du vécu* »⁽⁴²¹⁾.

L'appréciation concrète des situations familiales s'est développée sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle. Les évolutions que ces jurisprudences ont entraînées aboutissent au résultat suivant : aujourd'hui il ne semble plus possible de fonder des décisions uniquement sur des principes généraux, applicables à tous, indépendamment de la situation concrète des intéressés. Le droit de la famille, tel qu'il se construit actuellement, est un droit qui doit pouvoir s'adapter et prendre en compte les besoins spécifiques de chaque famille, fussent-ils, comme l'avance Y.H. Leleu, des besoins rencontrés par une portion minoritaire d'individus⁽⁴²²⁾.

Section II | L'appréciation au cas par cas : un principe connu de la Cour Européenne des droits de l'homme et largement défendu par la Cour constitutionnelle en matière de filiation

139. Affirmé de longue date par la Cour européenne des droits de l'homme, la situation familiale doit s'apprécier de manière concrète. Dans un récent arrêt rendu en matière d'adoption coparentale par un couple de même sexe, la Cour rappelle, dans un attendu particulièrement éclairant, qu'« *il ne s'agit pas pour elle en l'espèce de déterminer si la demande d'adoption présentée par les requérants aurait dû ou non être accueillie. Le litige dont elle est saisie porte sur le point de savoir si les intéressés ont été victimes d'une discrimination du fait que, l'adoption envisagée se heurtant à un obstacle juridique absolu, les tribunaux internes n'ont pas eu la possibilité de rechercher concrètement si elle servait ou non l'intérêt du deuxième requérant* »⁽⁴²³⁾. Le refus d'une analyse particulière de la situation est donc sanctionné.

⁴²¹ N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, *op. cit.*, p. 32.

⁴²² Y. H. LELEU, « À l'orée d'un droit judiciaire des familles », *op. cit.*, p. 14. Pour une appréciation critique de cette individualisation en matière de filiation, N. MASSAGER et J. SOSSON affirment : « *À trop vouloir personnaliser chaque situation, sans outillage adéquat, on produit un droit flou, un droit mou qui ne peut pas offrir la garantie qu'il est juste* » (« Filiation et Cour constitutionnelle », *op. cit.*, pp. 57 et suiv).

⁴²³ CEDH, *X. et autres c. Autriche*, 19 février 2013, Req. n° 19010/07, (§ 152), note P. MARTENS, *J.L.M.B.*, 2013/27, pp. 1404 et suiv. ; note G. WILLEMS, *R.T.D.F.*, 2013/4, pp. 1025 et suiv. En l'espèce, deux femmes cohabitaient et élevaient ensemble l'enfant de l'une d'elles. Les autorités autrichiennes refusèrent cependant la demande d'adoption, l'adoption par une personne seule ayant pour effet de rompre le lien avec la mère biologique, sauf dans le cadre de couples hétérosexuels non mariés dont l'un des partenaires adopte l'enfant de

Une telle position n'est pas neuve et la Cour a déjà critiqué certaines législations parce qu'elles contenaient des obstacles absolus à la prise en considération judiciaire de la situation⁽⁴²⁴⁾. Elle a, par exemple, mis à mal une présomption légale empêchant le mari d'accéder à un juge pour contester sa paternité⁽⁴²⁵⁾. En effet, dans l'affaire *Mizzi c. Malte*, la Cour critique le caractère absolu de la fin de non-recevoir qui empêche le mari de contester le lien de filiation. Elle considère, en l'espèce, que le droit maltais ne ménage pas un juste équilibre entre « *l'intérêt général de la protection de la sécurité juridique des liens familiaux et le droit du requérant à obtenir un réexamen de la présomption légale de paternité à la lumière des preuves biologiques* »⁽⁴²⁶⁾. Dans le même sens, à l'occasion de l'arrêt *Phinikaridou c. Chypre*⁽⁴²⁷⁾, concernant l'impossibilité pour un enfant d'agir en recherche de paternité, l'action étant prescrite lorsque l'intéressée a découvert l'identité de son père, la Cour précise qu'elle « *a du mal à admettre que le délai rigide de prescription s'écoule, que l'enfant ait ou non eu connaissance des circonstances se rapportant à l'identité de son père et sans qu'aucune dérogation ne soit prévue à l'application de ce délai [...]. Le principal problème réside donc dans le caractère absolu du délai et non dans sa computation en tant que telle* »⁽⁴²⁸⁾. Cette position est identique à celle affirmée en 2005 dans l'arrêt *Shofman c. Russie*⁽⁴²⁹⁾ concernant une action en désaveu de paternité, et dans l'arrêt *Backlund c. Finlande*⁽⁴³⁰⁾, affaire dans laquelle la Cour considère la limite temporelle absolue posée par la réglementation finlandaise à l'action en recherche de paternité, sans égard pour la réalité biologique telle que mise à jour par un test ADN, contraire à l'article 8 de la CEDH.

La Cour européenne des droits de l'homme affirme, dans un attendu qui sera largement repris par la Cour constitutionnelle, que « *le 'respect' de la 'vie familiale' exige que la réalité biologique et sociale prévale sur une présomption légale heurtant de front tant les faits établis que les vœux des personnes concernées, sans réellement profiter à personne* »⁽⁴³¹⁾. Et

l'autre. La différence de traitement résulte donc de la comparaison avec les couples hétérosexuels non mariés et non entre couples mariés et couples non mariés (comme c'était le cas dans l'affaire *Gas et Dubois c. France* du 15 février 2012, *op. cit.*)

⁴²⁴ La jurisprudence de la Cour est casuistique dès lors qu'elle se base sur les liens, affectifs et réels, dans l'application de l'article 8 de la Convention : M. T. MEULDERS-KLEIN, « Égalité et non-discrimination en droit de la famille - Le rôle des juges », *Rev. trim. dr. h.*, 2003/56, pp. 1185 et suiv.

⁴²⁵ CEDH, *Mizzi c. Malte*, *op. cit.*

⁴²⁶ *Idem*, § 114.

⁴²⁷ CEDH, *Phinikaridou c. Chypre*, 20 décembre 2007, req. n° 23890/02.

⁴²⁸ *Idem*, § 62.

⁴²⁹ CEDH, *Shofman c. Russie*, 24 novembre 2005, req. n° 74826/01. Affaire dans laquelle la Cour condamne le système juridique russe qui prescrit l'action en désaveu de paternité en un an, empêchant le requérant d'exercer cette action faute pour lui d'avoir pris connaissance dans l'année qui a suivi la naissance de l'enfant qu'il pouvait ne pas en être le père. Voyez cependant, l'arrêt *Ahrens c. Allemagne*, du 22 mars 2012 (req. n° 45071/09), où la Cour considère que le fait que le père biologique ne puisse contester la paternité du mari ne viole pas l'article 8 car il est autorisé de faire prévaloir la vie affective sur la réalité biologique. Voyez aussi J. SOSSON, « Actions en contestation de paternité : la Cour constitutionnelle ne souffle-t-elle pas le chaud et le froid ? », *R.T.D.F.*, 2013/2, p. 549.

⁴³⁰ CEDH, *Backlund c. Finlande*, 6 juillet 2010, req. n° 36498/05.

⁴³¹ CEDH, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, *op. cit.* (§ 40).

si la solution doit profiter à quelqu'un, c'est à l'enfant, l'intérêt de ce dernier étant devenu un critère déterminant⁽⁴³²⁾. Témoin de cette attention spécifique portée à l'enfant, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'une présomption de paternité peut l'emporter sur la vérité biologique si elle correspond à l'intérêt de l'enfant⁽⁴³³⁾ ou qu'une adoption pourra être validée, même en l'absence de consentement des parents d'origine, lorsqu'elle répond à cette même préoccupation⁽⁴³⁴⁾. Cet intérêt doit être apprécié concrètement⁽⁴³⁵⁾ et pourra primer celui de ses parents⁽⁴³⁶⁾.

140. La Cour constitutionnelle développe, selon la même philosophie, une jurisprudence, dans le contentieux du droit de la filiation, qui remet profondément en cause les présupposés de la loi belge. Alors que le législateur avait construit un droit reposant sur ce qu'il considérait comme un équilibre entre, d'une part, la place à accorder à la vérité biologique, et, d'autre part, l'importance à donner aux liens socio-affectifs, la Cour ne cesse de rendre des décisions d'inconstitutionnalité. Selon la Cour, ce n'est pas cet équilibre, pensé abstraitement par le législateur, qui doit prévaloir, mais bien une analyse casuelle systématique. Cela signifie que la situation familiale doit pouvoir être évaluée distinctement dans chaque cas d'espèce et qu'un recours doit être ouvert afin de permettre aux parties de porter leur situation devant le tribunal, laissant ainsi au juge le soin d'évaluer les intérêts en présence.

Cette position ressort clairement des décisions relatives à l'établissement d'une double filiation révélant une relation incestueuse entre les parents et, de manière générale, de la majeure partie des derniers arrêts rendus en matière de filiation. Accordant une place privilégiée à l'intérêt de l'enfant, la Cour constitutionnelle va, à la suite de la Cour européenne des droits de l'homme, dégager une nouvelle manière de concevoir la règle de droit. Nous allons passer en revue les différents arrêts rendus en matière de filiation afin de mettre en lumière ce changement de paradigme.

⁴³² N. MATTHIEU, « Séparation des parents et garde d'enfant - Le point sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 59 et suiv.

⁴³³ CEDH, *Nylund c. Finlande*, 29 juin 1999, req. n° 27110/95. Affaire dans laquelle un homme se prétendant le père biologique n'a pas pu contester la paternité du mari. La Cour justifie cela au vu de la marge d'appréciation dont disposent les États et à l'absence d'arbitraire, permettant de la sorte de donner plus de poids à l'intérêt de l'enfant et de la famille dans laquelle il vit qu'à celui du demandeur. Voyez : M. DEMARET, « L'intérêt de l'enfant : Veni, vidi, vici... », *R.T.D.F.*, 2013/3, p. 805.

⁴³⁴ CEDH, *Chepelev c. Russie*, 26 juillet 2007, req. n° 58077/00. Voyez aussi CEDH, *Krisztian Barnabas Toth c. Hongrie* (12 février 2013), req. n° 48494/06, affaire dans laquelle l'enfant a été adopté par le mari de la mère, adoption contestée par le père biologique mais considérée comme ne violant pas l'article 8 de la CEDH ; ainsi que la Chronique de jurisprudence de H. FULCHIRON, « Vie privée et familiale », *J.E.D.H.*, 2013/5, pp. 882 et suiv.

⁴³⁵ Voyez par exemple : CEDH, *Salguero Da Silva Mouta c. Portugal*, *op. cit.*, et *Palau-Martinez c. France*, *op. cit.*

⁴³⁶ CEDH, *C. c. Finlande*, 9 mai 2006, 18249/02, *R.T.D.F.*, 2008/3, p. 958 (*som.*). Affaire dans laquelle le père se disputait la garde des enfants avec la compagne de la mère décédée.

§ 1 Le contrôle de l'intérêt de l'enfant ne peut être marginal

141. En ce qui concerne l'établissement de la filiation biologique, le contrôle de l'intérêt de l'enfant avait été pensé par le législateur comme marginal⁽⁴³⁷⁾. L'intérêt de l'enfant était, en effet, déjà pris en compte dans le dispositif complexe mis en place, de manière indirecte, par le mécanisme de la possession d'état et l'encadrement strict des délais d'action en contestation du lien de filiation. La Cour constitutionnelle a, cependant, jugé l'encadrement légal insuffisamment protecteur de la situation spécifique de chaque enfant.

Largement sollicitée en matière de filiation, la juridiction constitutionnelle s'est penchée sur le caractère marginal du contrôle de l'intérêt de l'enfant⁽⁴³⁸⁾. Par un arrêt du 7 mars 2013⁽⁴³⁹⁾, la Cour considère que la possibilité pour le juge de refuser la reconnaissance uniquement lorsqu'elle est « *manifestement* » contraire à l'intérêt de l'enfant viole l'article 22bis de la constitution, qui a fait de cet intérêt un droit constitutionnel. Selon la Cour, l'intérêt de l'enfant doit occuper une place prépondérante car il est la partie faible dans la relation familiale : « *En disposant que le tribunal ne rejette la demande que si l'établissement de la filiation est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant, l'article 332quinquies, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil, autorise le juge à n'opérer qu'un contrôle marginal de l'intérêt de l'enfant qui est incompatible avec l'exigence de l'article 22bis de la Constitution combiné avec l'article 3, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant d'accorder, dans la balance des intérêts en présence, une place prépondérante à l'intérêt de l'enfant* »⁽⁴⁴⁰⁾. Cette décision remet en cause l'agencement du droit de la filiation tel que pensé par le législateur, qui avait pour objectif de préserver l'intérêt de l'enfant via l'ensemble du dispositif légal, notamment via la prise en compte de cet intérêt au moyen de la possession d'état⁽⁴⁴¹⁾.

D'autres décisions de la Cour apportent des enseignements supplémentaires quant à la place que doit recouvrir cet 'intérêt' dans le dispositif légal.

⁴³⁷ La proposition de loi modifiant les dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci (*Doc. Parl.*, Ch. Repr., Sess. Ord. 2003-2004, Doc. n° 0597/001) avait notamment pour ambition de rapprocher la filiation dans le mariage (présomption de paternité) de la filiation hors mariage. Entre autres, pour ce faire, la reconnaissance de paternité, autorisée malgré le refus de la mère, devait pouvoir être actée dès que la vérité biologique était établie. Le contrôle d'opportunité de la reconnaissance n'était pensé que dans les cas de reconnaissances tardives et uniquement lorsque l'auteur présentait un danger grave pour l'enfant, priorité devant être donnée à l'établissement du lien de filiation. Dans cette dernière hypothèse, « *le tribunal ne devrait refuser la reconnaissance que si le candidat ou la candidate est dans une situation telle qu'il ou elle pourrait faire l'objet d'une déchéance de l'autorité parentale* » (p. 10).

⁴³⁸ Tel que le législateur l'a inscrit à l'article 332quinquies, § 2, premier alinéa, du Code civil.

⁴³⁹ C. const., 7 mars 2013, arrêt n° 30/2013, note M. DEMARET, « L'intérêt de l'enfant : Veni, vidi, vici... », *op. cit.*, pp. 800 et suiv.

⁴⁴⁰ Attendu B. 11.

⁴⁴¹ N. GALLUS, « Lorsque la Cour constitutionnelle s'arroge le pouvoir de reconstruire le droit de la filiation », *Act. dr. fam.*, 2013/5, pp. 79 et suiv.

§ 2 *L'intérêt de l'enfant doit souvent être évalué*

142. Si le dispositif de la présomption de paternité ou de coparenté échappe au contrôle de l'intérêt de l'enfant, tel n'est pas le cas lorsque le lien de filiation est établi par reconnaissance ou par action judiciaire⁽⁴⁴²⁾.

Ce contrôle prévu initialement de manière marginale (voir n°141) et uniquement dans certaines situations précises, a été étendu par la Cour constitutionnelle.

I. L'intérêt de l'enfant doit être évalué indépendamment de l'âge de l'enfant

143. La position de la Cour constitutionnelle a évolué vers une prise en compte de plus en plus importante de l'intérêt de l'enfant, en lui donnant la valeur d'une notion concrète qui doit être appréciée dans chaque cas d'espèce. Dans cette logique, la Cour a invalidé les délais pivots fixant le moment à partir duquel l'intérêt de l'enfant doit être pris en compte⁽⁴⁴³⁾.

Une telle considération n'est pas neuve. Déjà, dans un arrêt du 14 mai 2003⁽⁴⁴⁴⁾, la Cour affirmait : « *Si l'âge de quinze ans constitue un critère objectif, il ne saurait être considéré comme pertinent au regard de la mesure en cause. Rien ne peut justifier que le juge saisi d'une demande de reconnaissance de paternité prenne en considération l'intérêt de l'enfant lorsqu'il est âgé de plus de quinze ans et qu'il ne puisse en tenir compte lorsque l'enfant a moins de quinze ans. En effet, en ce qu'elle a pour conséquence que l'intérêt d'un enfant âgé de moins de quinze ans n'est jamais pris en compte lors de l'établissement de sa filiation paternelle par reconnaissance, cette mesure porte une atteinte disproportionnée aux droits des enfants concernés* »⁽⁴⁴⁵⁾.

Le même raisonnement, et selon un parallélisme saisissant quant aux termes utilisés, a été suivi par la Cour à l'égard des 'nouvelles' dispositions ne permettant au juge la prise en compte de l'intérêt de l'enfant qu'une fois que ce dernier a atteint l'âge d'un an. Choissant de ne pas considérer la mesure simplement discriminatoire au vu de la différence de traitement entre les enfants âgés de plus ou de moins d'un an, la Cour décide d'insister sur la nécessité de vérifier l'intérêt de l'enfant dans tous les cas.

⁴⁴² Voyez les articles 318, 325-3, 329bis et 332quinquies du Code civil.

⁴⁴³ Pour une liste des différents arrêts, voyez : N. MASSAGER, « La Cour constitutionnelle et le droit de la filiation : Mémento à l'usage des praticiens », *Act. Dr. Fam.*, 2013/7, pp. 147 et suiv.

⁴⁴⁴ C. const., 14 mai 2003, arrêt n° 66/2003, concernant l'ancien article 319, § 3, du Code civil. Voyez aussi : C. const., 7 mars 2007, arrêt n° 35/2007 qui confirme l'arrêt du 14 mai 2003 dans le cas où la mère est inconnue, décédée ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

⁴⁴⁵ Attendu B. 6.

Les deux arrêts traitant de cette question ont déjà été analysés dans le chapitre relatif au principe d'égalité. Par souci de clarté, et dès lors qu'ils apportent un deuxième éclairage – ayant trait cette fois à l'importance de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant –, il semble utile de les mentionner à nouveau, en ce compris les attendus pertinents.

Il s'agit, d'une part, de l'arrêt du 16 décembre 2010⁽⁴⁴⁶⁾, dans lequel la Cour a jugé l'article 329*bis* du Code civil, qui stipule que le tribunal peut refuser la reconnaissance d'un enfant âgé de plus d'un an lorsqu'une telle reconnaissance n'est manifestement pas dans son intérêt, inconstitutionnel en ce qu'il prévoit le délai d'un an comme point de départ pour l'appréciation de l'intérêt de l'enfant en cas d'établissement de la filiation par reconnaissance. Selon la Cour, « *Si l'âge d'un an constitue un critère objectif, il ne saurait être considéré comme pertinent au regard de la mesure en cause. Rien ne peut justifier que le juge saisi d'une demande de paternité prenne en considération l'intérêt de l'enfant lorsqu'il est âgé de plus d'un an mais ne puisse en tenir compte lorsque l'enfant a moins d'un an. En outre, en ce qu'elle a pour conséquence que l'intérêt de l'enfant âgé de moins d'un an n'est jamais pris en compte lors de l'établissement de sa filiation paternelle par reconnaissance, cette mesure porte une atteinte disproportionnée aux droits des enfants concernés* »⁽⁴⁴⁷⁾.

Il s'agit, d'autre part, de l'arrêt du 3 mai 2012⁽⁴⁴⁸⁾, qui, exactement dans les mêmes termes⁽⁴⁴⁹⁾, se prononce sur le délai pivot requis pour l'appréciation de l'intérêt de l'enfant dans le cadre de l'action en établissement de la filiation du père biologique suite à la contestation de la paternité du mari de la mère⁽⁴⁵⁰⁾. Une nouvelle fois, la Cour a jugé que l'impossibilité pour le juge de contrôler l'intérêt d'un enfant de moins d'un an, telle que prévue, dans ce cadre, à l'article 332*quinquies*, § 2, premier alinéa, du Code civil, était incompatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

En matière de reconnaissance, l'intérêt de l'enfant doit donc être évalué quel que soit l'âge de l'enfant.

⁴⁴⁶ C. const., 16 décembre 2010, arrêt n° 144/2010. Sur cet arrêt, voyez par exemple : A. C. RASSON, « Reconnaissance d'un enfant hors mariage : l'intérêt de l'enfant aurait-il vaincu l'égalité ? Réflexions à partir de l'arrêt n°144/2010 de la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, pp. 47 et suiv. ; N. MASSAGER, « Le délai d'un an : un anniversaire inopportun selon la Cour constitutionnelle », note sous Cour const., 16 décembre 2010, arrêt n° 144/2010, *op. cit.*, pp. 3 et suiv. ; N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo. Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *op. cit.*, pp. 130 et suiv.

⁴⁴⁷ Attendu B. 6.

⁴⁴⁸ C. const., 3 mai 2012, arrêt n° 61/2012.

⁴⁴⁹ Attendus B. 6 et B. 7.

⁴⁵⁰ Action basée sur l'article 318 du Code civil.

II. L'intérêt de l'enfant doit être évalué indépendamment de la situation de ses parents

144. Plus novateur, la Cour va tempérer l'interdit de l'inceste biologique au nom de l'intérêt de l'enfant.

En droit belge, l'interdiction de l'inceste est définie par les empêchements à mariage, tels que nous les avons évoqués *supra*, ainsi que par les conditions de la reconnaissance de maternité et de paternité ou de la recherche de maternité et de paternité. En effet, l'établissement du lien de filiation n'est pas permis s'il fait « *apparaître entre le père (ou la coparente) et la mère un empêchement à mariage dont le Roi ne peut dispenser [à moins que le mariage qui a fait naître cet empêchement ait été annulé ou dissous par décès ou divorce]* »⁽⁴⁵¹⁾.

Dans cette matière, le cadre légal demeure strict, ne laissant pas de place à l'appréciation concrète des circonstances. Toutefois, ce principe a été nuancé, à plusieurs reprises, par la Cour constitutionnelle.

145. En effet, l'interdiction d'établir la filiation incestueuse semblait irréductible jusqu'à l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 17 décembre 2003⁽⁴⁵²⁾. Se prononçant sur l'établissement du lien de filiation faisant apparaître entre les parents un empêchement à mariage, la Cour y a vu une discrimination entre les enfants, selon que leurs parents peuvent ou non se marier. Il s'agissait d'enfants issus d'un homme et de la fille de son ex-épouse, c'est-à-dire, d'une relation incestueuse par alliance. La Cour a décidé que la prohibition en cause était disproportionnée lorsque le lien d'alliance était dissous. Selon la Cour, « *Sans qu'il soit nécessaire en l'espèce d'examiner si l'intérêt de l'enfant ou l'ordre social peuvent pâtir de ce que le caractère « incestueux » de la relation dont cet enfant est issu apparaisse, même quand l'obstacle à cette relation était un lien d'alliance et non de parenté, la prohibition en cause est disproportionnée quand le lien d'alliance est dissous. Si certains peuvent souffrir de ce qu'une reconnaissance survenant à ce moment révèle rétrospectivement qu'ils sont issus d'une relation jugée scandaleuse, il ne s'ensuit pas nécessairement que disparaisse dans leur chef tout intérêt à faire valoir le droit fondamental, que la Convention relative aux droits de l'enfant reconnaît à celui-ci, d'être élevé par ses parents, c'est-à-dire par ses auteurs* »⁽⁴⁵³⁾.

La réforme du droit de la filiation, en 2006, a « *resserré la zone d'inceste absolu autour des liens du sang* »⁽⁴⁵⁴⁾ et s'est donc conformé à l'arrêt de la Haute Juridiction en modifiant le

⁴⁵¹ En vertu des articles 313, 314, 321, 325, 325-5 et 325-10 du Code civil.

⁴⁵² C. const., 17 décembre 2003, arrêt n° 169/2003.

⁴⁵³ Attendu B. 5.

⁴⁵⁴ Y. H. LELEU et E. LANGENAKEN, « Inceste, mariage, filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale », *J.T.*, 2007, p. 271.

Code civil⁽⁴⁵⁵⁾, faisant tomber l'empêchement à mariage lorsque le mariage qui a fait naître cet empêchement est dissous par décès, divorce ou annulation.

146. En 2012, la Cour constitutionnelle va plus loin, en poursuivant le raisonnement initié, cette fois en ce qui concerne le lien de filiation à l'égard de deux parents biologiquement apparentés. Dans un arrêt du 9 août 2012⁽⁴⁵⁶⁾, la Cour introduit un bémol à l'interdiction absolue d'établir un double lien de filiation dans cette hypothèse.

La question préjudicielle donnant lieu à cette décision a été posée dans le cadre d'une action en recherche de paternité. Les faits de l'affaire sont les suivants : un couple se forme entre deux jeunes gens qui ignorent descendre de la même mère. Peu de temps après, ils apprennent qu'ils sont frère et sœur. Le couple habite ensemble et acte une déclaration de cohabitation légale. Trois enfants naissent de l'union, lesquels ne sont, par la force des choses, pas reconnus par leur père. Le père décède accidentellement sur le chemin du travail, à la suite de quoi, une action en recherche de paternité est introduite. Le juge rejette l'action, déclarée irrecevable dès lors que l'établissement de la paternité ferait apparaître un empêchement à mariage entre les parents non susceptible de dispense par le Roi.

La Cour constitutionnelle, saisie de l'affaire, décide : *« Si dans certains cas, il peut être contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant de voir établie une double filiation qui révèle le caractère incestueux de la relation entre ses parents, l'on ne saurait affirmer qu'il en va toujours ainsi, notamment dans les cas où, comme en l'espèce, la filiation paternelle serait établie judiciairement à la demande de l'enfant ou de son représentant légal agissant en son nom. Entre autres hypothèses, lorsque les circonstances de sa naissance sont connues de l'enfant et de son entourage, il peut en effet être estimé que les avantages, notamment en termes de sécurité d'existence, qu'il retirera de l'établissement d'un double lien de filiation sont supérieurs aux inconvénients qu'il pourrait subir en conséquence de l'officialisation de la circonstance qu'existe entre ses parents un empêchement absolu à mariage. Il ne peut donc plus être affirmé, à l'heure actuelle, qu'il est toujours de l'intérêt de l'enfant né dans de telles circonstances que sa double filiation ne soit établie. En conséquence, en interdisant dans tous les cas l'établissement du double lien de filiation des enfants nés d'une relation entre personnes entre lesquelles existe un empêchement absolu à mariage, la disposition en cause empêche la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant »*⁽⁴⁵⁷⁾. À la suite de quoi,

⁴⁵⁵ C'est-à-dire les articles 313, 314, 321 et 325 du Code civil.

⁴⁵⁶ C. const., 9 août 2012, arrêt n° 103/2012, note P. MARTENS, « Inceste et filiation : égalité et tabou », *J.L.M.B.*, 2012/27, pp. 1286 et suiv. ; Y. H. LELEU et L. SAUVEUR, « La filiation incestueuse et la Cour constitutionnelle », *R.T.D.F.*, 1/2013, pp. 213 et suiv. ; G. MATHIEU et A. C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil - réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *op. cit.*, pp. 425 et suiv.

⁴⁵⁷ Attendu B. 8.1. La Cour passe par une analyse de l'état du droit étranger sur la question de la filiation découlant d'une relation incestueuse. Elle constate que, dans les États membres du Conseil de l'Europe, le mariage entre frère et sœur est toujours interdit et que, parfois, les relations sexuelles dans ce contexte sont pénalement sanctionnées. Elle relève, par contre, que l'établissement du lien de filiation qui en découle peut, dans certains États, être admis, comme c'est le cas en Allemagne.

la Cour juge l'article 325 du Code civil inconstitutionnel en ce qu'il ne permet pas le contrôle de l'intérêt de l'enfant.

Cet arrêt est particulièrement intéressant, d'abord parce qu'il touche à la prohibition de l'inceste, question des plus taboues dans notre société. Ensuite, parce que, en quelque sorte, la Cour affirme que le juge doit pouvoir contrôler l'intérêt de l'enfant même dans les cas où le législateur avait expressément prévu une règle générale censée représenter cet intérêt ou, en tous cas, celui du groupe social. Mais, selon la Cour, l'intérêt de l'enfant ne peut pas découler d'une règle abstraite. La fonction sociale de la règle semble, par conséquent, être supplantée par la nécessité d'une prise en compte de la situation concrète qui la met en œuvre.

Le même raisonnement se retrouve à l'égard des fins de non-recevoir que constituent la prescription et la possession d'état.

III. L'intérêt de l'enfant doit être évalué indépendamment de la faveur faite par le législateur aux liens biologiques ou affectifs

147. La Cour constitutionnelle a été saisie de questions préjudicielles concernant les conditions strictes encadrant les actions en matière de filiation. Les différents arrêts rendus mettent à mal d'une part le délai de prescription et d'autre part la fin de non-recevoir liée à la possession d'état.

A. L'accès au juge et la prescription

148. Concernant le délai de prescription, la Cour s'est prononcée à plusieurs reprises. D'abord, dans ses arrêts du 6 avril 2011⁽⁴⁵⁸⁾ et du 5 décembre 2013⁽⁴⁵⁹⁾, que nous avons déjà évoqués dans le chapitre relatif au principe d'égalité, la Cour critique le délai de prescription prévu dans le cadre de l'action en contestation de reconnaissance. Le point de départ du délai de l'action en contestation de la reconnaissance est inconstitutionnel s'il peut débiter avant la prise de connaissance de l'existence d'une reconnaissance mensongère. La Cour précise cependant que le délai d'un an n'est pas en soi inconstitutionnel, considérant qu'il est raisonnablement justifié que celui qui revendique la filiation ne dispose que d'un bref délai

⁴⁵⁸ C. const., 6 avril 2011, arrêt n° 54/2011.

⁴⁵⁹ C. const., 5 décembre 2013, arrêt n° 165/2013. Voyez aussi : C. const., 17 juillet 2014, arrêt n° 118/2014, en vertu duquel : « L'article 25, § 1^{er}, de la loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant les dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci viole les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce que le délai de forclusion impartie par cette disposition à la personne qui revendique la filiation peut commencer à courir avant que cette personne ait pu prendre connaissance du fait que la reconnaissance contestée a eu lieu ».

pour contester la reconnaissance établie par un tiers⁽⁴⁶⁰⁾. La position de la Cour est donc en nuance : le délai est constitutionnel, seul le point de départ de celui-ci ne l'est pas.

149. En matière de contestation de la présomption de paternité du mari de la mère, par arrêts du 31 mai 2011 et du 3 février 2016⁽⁴⁶¹⁾, la Cour invalide, par contre, le principe même du délai de prescription. Il s'agit, en effet, en l'espèce, d'une réelle entorse au principe même de la prescription dès lors que ce n'est pas le point de départ du délai qui est critiqué mais l'impossibilité d'agir en tant que telle. Dans cette affaire, selon la Cour, « *en prévoyant qu'un enfant ne peut plus contester la présomption de paternité établie à l'égard du mari de sa mère au-delà de l'âge de vingt-deux ans ou de l'année à dater de la découverte du fait que celui qui était le mari de sa mère n'est pas son père, alors que cette présomption ne correspond à aucune réalité ni biologique, ni socio-affective, il est porté atteinte de manière discriminatoire au droit au respect de la vie privée de cet enfant. En raison du court délai de prescription, celui-ci pourrait ne plus disposer de la possibilité de saisir un juge susceptible de tenir compte des faits établis ainsi que de l'intérêt de toutes les parties concernées, sans que cela puisse se justifier par le souci de préserver la paix des familles alors que les liens familiaux sont en l'occurrence inexistant* »⁽⁴⁶²⁾. Cet arrêt est étonnant puisque les délais de prescription sont, par définition, des règles inflexibles. Le fait que ce soit l'enfant qui ait été à la base de l'action a probablement motivé le constat d'inconstitutionnalité ; les arrêts suivants le démontreront⁽⁴⁶³⁾. Notons également que si la Cour prend soin de préciser l'absence de liens biologiques ou affectifs dans le premier de ces deux arrêts⁽⁴⁶⁴⁾, elle va maintenir sa position dans l'hypothèse où il existe ou aurait existé une possession d'état, à l'occasion de la décision rendue en 2016⁽⁴⁶⁵⁾.

150. La jurisprudence est désormais très claire si l'action est introduite par l'enfant. Elle est différente dans les autres hypothèses. Dans un arrêt du 28 mars 2013⁽⁴⁶⁶⁾, elle juge

⁴⁶⁰ C. const., 17 octobre 2013, arrêt n° 139/2013. En l'espèce, la Cour affirme également que l'article 330, § 1^{er}, du Code civil, n'est pas incompatible avec les articles 22 et 22bis de la Constitution lus en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce qu'il prévoit que l'action en contestation de reconnaissance paternelle doit être introduite par celui qui revendique la paternité dans l'année de la découverte du fait qu'il est le père de l'enfant.

⁴⁶¹ C. const., 31 mai 2011, arrêt n° 96/2011 et C. Const., 3 février 2016, arrêt n° 18/2016.

⁴⁶² C. const., 31 mai 2011, arrêt n° 96/2011, attendu B. 14. La question concernait l'article 318, § 2, du Code civil.

⁴⁶³ Voyez notamment C. Const., 25 mai 2016, arrêt n° 77/2016, concernant le délai imposé à l'enfant qui souhaite agir en contestation de reconnaissance de paternité.

⁴⁶⁴ Y. H. LELEU, « À l'orée d'un droit judiciaire des familles », *op. cit.*, p. 13 ; G. MATHIEU et A. C. RASSON, « Les fins de non-recevoir en matière de filiation : entre verrous absolus et verrous relatifs. Etude des trois derniers arrêts de la Cour constitutionnelle n°46/2013, n° 96/2013 et n° 105/2013 », *op. cit.*, p. 677.

⁴⁶⁵ Attendu B. 16.

⁴⁶⁶ C. const., 28 mars 2013, arrêt n° 46/2013.

constitutionnel le délai de prescription opposé au mari de la mère⁽⁴⁶⁷⁾. En l'espèce, l'action en contestation de paternité était intentée par le père légal qui contestait la présomption de paternité, laquelle ne correspondait à aucune réalité socio-affective, la possession d'état faisant défaut. Selon la Cour, « *La paix des familles et la sécurité juridique des liens familiaux, d'une part, et l'intérêt de l'enfant, d'autre part, constituent des buts légitimes dont le législateur peut tenir compte pour empêcher que la contestation de paternité puisse être exercée sans limitation, de sorte que le législateur a pu prévoir certaines conditions de recevabilité, comme la « possession d'état » et des délais de déchéance. À cet égard, il est pertinent de ne pas faire primer a priori la réalité biologique sur la réalité socio-affective de la paternité. Le législateur a pu estimer que l'homme, en se mariant, accepte d'être considéré, en principe, comme le père de tout enfant que sa femme enfantera. Compte tenu des préoccupations du législateur et des valeurs qu'il a voulu concilier, il n'apparaît pas déraisonnable, en principe, qu'il n'ait voulu accorder au mari qu'un court délai pour intenter l'action en contestation de paternité. Par ailleurs, la fixation d'un délai pour l'introduction d'une action en contestation de paternité peut également être justifiée par la volonté de garantir la sécurité juridique et un caractère définitif des relations familiales* »⁽⁴⁶⁸⁾. Même conclusion, dans trois arrêts, respectivement du 29 janvier 2014⁽⁴⁶⁹⁾, du 9 octobre 2014⁽⁴⁷⁰⁾ et du 2 juin 2016⁽⁴⁷¹⁾, lorsque l'action en contestation de paternité est introduite par le père biologique⁽⁴⁷²⁾.

151. La Cour ne s'engage donc pas plus loin dans la déconstruction des règles relatives à la prescription. Elle précise cependant, dans ces différents arrêts, que les juges du fond possèdent une marge d'appréciation quant à la prise en compte du point de départ du délai, notamment en ordonnant une expertise génétique et en retenant la date du résultat de celle-ci comme fait constituant le point de départ du délai d'un an. Cet élément, ainsi que la possibilité pour l'enfant d'introduire dans le futur une action ayant le même objet, motive probablement les décisions de la Cour. Ces arrêts, par conséquent, correspondent, en partie, aux principes dégagés précédemment, puisque les juridictions conservent la possibilité de 'déverrouiller' le dossier grâce au point de départ du délai⁽⁴⁷³⁾. Toutefois, la remise en cause fondamentale de la fin de non-recevoir liée à la prescription n'a pas été confirmée.

⁴⁶⁷ Inscrit à l'article 318, § 2, du Code civil.

⁴⁶⁸ Attendus B. 9, B. 10.1 et B. 10.2.

⁴⁶⁹ C. const., 29 janvier 2014, arrêt n° 16/2014.

⁴⁷⁰ C. const., 9 octobre 2014, arrêt n° 145/2014.

⁴⁷¹ C. const., 2 juin 2016, arrêt n° 87/2016. En l'espèce, la Cour précise que l'enfant n'est privé que temporairement de son droit à l'identité dès lors qu'à l'âge de 12 ans une action lui est offerte pour faire correspondre sa filiation légale à la réalité biologique.

⁴⁷² Délai prévu à l'article 318, § 2, alinéa 1^{er}, du Code civil.

⁴⁷³ Nous avons vu que J. SOSSON énonce une vive critique sur cette question (voir note n°272).

En atteste également l'arrêt de la Cour du 20 mars 2014⁽⁴⁷⁴⁾, concernant le délai imposé à la mère de l'enfant pour contester la paternité de son mari, dans lequel la Cour juge le délai constitutionnel⁽⁴⁷⁵⁾. Dans le même sens, par arrêt du 25 septembre 2014⁽⁴⁷⁶⁾, la Cour juge le délai d'un an opposé à celui qui a reconnu l'enfant et qui souhaite contester cette reconnaissance constitutionnel⁽⁴⁷⁷⁾. Par ailleurs, elle insiste sur la possibilité pour l'enfant d'introduire une telle action entre l'âge de douze ans et de vingt-deux ans ou dans l'année de la découverte du fait que la personne qui l'a reconnu n'est pas son père ou sa mère.

En matière de prescription, la balance des intérêts n'est donc indispensable que si la demande émane de l'enfant. Dans cette matière, le centre des intérêts est, par conséquent, clairement focalisé sur l'enfant. C'est lui qui doit avoir accès au juge et, si cet accès lui est un jour ouvert, les autres parties doivent s'en satisfaire. Cette position se distingue de celle découlant des arrêts rendus par la Cour constitutionnelle en matière de possession d'état.

B. L'accès au juge et la possession d'état

152. Les différents arrêts rendus ces dernières années par la Cour constitutionnelle relatifs à la possession d'état, dans sa fonction de fin de non-recevoir, ont été présentés dans le chapitre consacré à la prise en compte des liens de famille basés sur la réalité socio-affective. Il n'est cependant pas inutile d'en rappeler le contenu, dès lors que plus encore que dans les arrêts concernant les délais de prescription, ces arrêts impliquent une nouvelle manière de penser les règles de droit dans cette matière.

La Cour constitutionnelle a, en effet, refusé le caractère absolu de la fin de non-recevoir liée à la possession d'état. D'abord, dans une décision du 3 février 2011⁽⁴⁷⁸⁾, elle a considéré que le mari, après avoir élevé un enfant pendant 10 ans et malgré l'existence d'une possession d'état, pouvait encore contester sa paternité car il n'était pas le père biologique.

Selon la même logique, à l'occasion d'une question préjudicielle relative à la fin de non-recevoir que constituait la possession d'état dans le cadre de l'action en recherche de paternité, la Cour a décidé, dans un arrêt du 7 juillet 2011⁽⁴⁷⁹⁾ que, « *Bien que la paix des familles et la sécurité juridique des liens familiaux soient des objectifs légitimes dont le législateur peut tenir compte pour empêcher que la recherche de paternité puisse être exercée sans limitation, le caractère absolu de la condition [...] a pour effet que le législateur a, dans toutes les circonstances, fait prévaloir la réalité socio-affective de la paternité sur la réalité biologique, sans laisser au juge le pouvoir de tenir compte des faits établis et de l'intérêt de*

⁴⁷⁴ C. const., 20 mars 2014, arrêt n° 46/2014.

⁴⁷⁵ Attendus B. 11.1 et B. 11.2.

⁴⁷⁶ C. const., 25 septembre 2014, arrêt n° 139/2014.

⁴⁷⁷ Délai prévu à l'article 330, § 1^{er}, alinéa 4, du Code civil.

⁴⁷⁸ C. const., 3 février 2011, arrêt n° 20/2011.

⁴⁷⁹ C. const., 7 juillet 2011, arrêt n° 122/2011.

toutes les parties concernées. Cette mesure constitue une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des enfants »⁽⁴⁸⁰⁾. Il en résulte, selon la Cour, que l'ancien article 323 du Code civil était incompatible avec les articles 22, 10 et 11 de la Constitution. Le législateur avait cependant déjà abrogé cette disposition⁽⁴⁸¹⁾ et il n'existe plus désormais de fin de non-recevoir liée à la possession d'état dans le cadre de l'action en recherche de paternité.

Saisie à nouveau de la question concernant les actions en contestation de reconnaissance et la fin de non-recevoir liée à la possession d'état qui y est attachée, la Cour confirme sa jurisprudence, par un arrêt du 7 mars 2013⁽⁴⁸²⁾, un arrêt du 9 juillet 2013 et un arrêt du 26 novembre 2015⁽⁴⁸³⁾. La Cour répète encore une fois, qu'« *En érigeant la 'possession d'état' en fin de non-recevoir absolue de l'action en contestation de la reconnaissance de paternité, le législateur a cependant fait prévaloir dans tous les cas la réalité socio-affective de la paternité sur la réalité biologique. Du fait de cette fin de non-recevoir absolue, l'homme qui revendique la paternité est totalement privé de la possibilité de contester la reconnaissance de paternité par un autre homme, à l'égard duquel l'enfant a la possession d'état. Il n'existe dès lors, pour le juge, aucune possibilité de tenir compte des intérêts de toutes les parties concernées. Une telle mesure n'est pas proportionnée aux buts légitimes poursuivis par le législateur et n'est dès lors pas compatible avec l'article 22 de la Constitution, combiné avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme* »⁽⁴⁸⁴⁾.

La Cour va même plus loin en concluant à l'identique lorsque l'action en contestation de reconnaissance est introduite par celui-là même qui a reconnu l'enfant⁽⁴⁸⁵⁾. En effet, par arrêt du 19 septembre 2014⁽⁴⁸⁶⁾, la Cour estime qu'« *En érigeant la 'possession d'état' en fin de non-recevoir absolue de l'action en contestation de la reconnaissance de paternité, le législateur a cependant fait prévaloir dans tous les cas la réalité socio-affective de la paternité sur la réalité biologique. Du fait de cette fin de non-recevoir absolue, l'homme qui a reconnu l'enfant et qui, au moment de la reconnaissance, ignorait qu'il n'était pas le père biologique est totalement privé de la possibilité de contester sa propre reconnaissance de paternité* »⁽⁴⁸⁷⁾. Elle confirme sa position sur ce point dans une décision du 25 septembre 2014⁽⁴⁸⁸⁾ : « *Du fait de cette fin de non-recevoir absolue, l'homme qui a reconnu l'enfant est totalement privé de la possibilité de contester sa propre reconnaissance de paternité. Il*

⁴⁸⁰ Attendu B. 8.

⁴⁸¹ Par la loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, *op. cit.*

⁴⁸² C. const., 7 mars 2013, arrêt n° 29/2013.

⁴⁸³ C. const., 26 novembre 2015, arrêt n°168/2015.

⁴⁸⁴ C. const., 9 juillet 2013, arrêt n° 96/2013, attendu B. 10.

⁴⁸⁵ Concernant l'article 330, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, deuxième phrase, du Code civil.

⁴⁸⁶ C. const., 19 septembre 2014, arrêt n° 127/2014.

⁴⁸⁷ Attendu B. 10.

⁴⁸⁸ C. const., 25 septembre 2014, arrêt n° 139/2014.

n'existe dès lors, pour le juge, aucune possibilité de tenir compte des intérêts de toutes les parties concernées »⁽⁴⁸⁹⁾.

Conclusion identique dans un second arrêt du 9 juillet 2013 relatif à l'action en contestation de la présomption de paternité⁽⁴⁹⁰⁾ ainsi que dans l'affaire 'Boël' du 3 février 2016⁽⁴⁹¹⁾. La Cour affirmera une fois encore l'inconstitutionnalité de la disposition légale concernée en ce qu'elle constitue un empêchement absolu à l'évaluation par le juge des intérêts en présence.

153. L'enseignement de ces arrêts est important : chaque situation particulière doit pouvoir être portée devant le tribunal qui appréciera concrètement les intérêts en présence. Les règles abstraites et les obstacles absolus ne peuvent résister à la sanction de la Cour. Ces différents arrêts de la Cour constitutionnelle ont déjà eu un impact, les juridictions refusant désormais à la possession d'état le caractère de fin de non-recevoir péremptoire⁽⁴⁹²⁾.

154. Cette jurisprudence est critiquée par une doctrine qui estime que la Cour confond le caractère 'général' de la fin de non-recevoir avec un prétendu caractère 'absolu', puisque la possession d'état est soumise à l'appréciation des juges du fond, lesquels peuvent tenir compte des intérêts des parties concernées au stade de l'appréciation de l'existence d'une possession d'état⁽⁴⁹³⁾.

Il n'empêche que, en matière de possession d'état, plus clairement qu'en matière de prescription, la Cour condamne donc l'impossibilité de demander au juge de procéder à la balance des intérêts en cause en raison de l'existence d'une règle générale. En effet, dans ce cadre, les arrêts se prononcent tous dans le même sens, alors que lorsqu'il s'agit de prescription, la Cour fait une distinction selon le demandeur, adulte ou enfant. Sur ce dernier aspect cependant, le déverrouillage du point de départ du délai de prescription ainsi que l'ouverture ultérieure des actions à l'enfant expliquent probablement en partie cette plus grande réserve, le juge pouvant également, d'une manière ou d'une autre, être saisi de l'affaire. La jurisprudence en matière de prescription témoigne toutefois davantage d'un recentrage du droit de la filiation autour de l'enfant alors que celle relative à la possession d'état atteste d'une volonté d'individualiser le droit de la filiation.

⁴⁸⁹ Attendu B. 11.

⁴⁹⁰ C. const., 9 juillet 2013, arrêt n° 105/2013.

⁴⁹¹ C. Const., 3 février 2016, arrêt n° 18/2016.

⁴⁹² Cass., 3 février 2012, *R.T.D.F.*, 2012/3, p. 711 ; Mons, 14 mai 2012, *R.T.D.F.*, 2012/3, pp. 796 et suiv. Certains auteurs déplorent cette mise à l'écart de la fin de non-recevoir en raison de son inconstitutionnalité plutôt qu'une analyse concrète qui, en l'espèce, aurait abouti à son écartement en raison de son caractère équivoque (J. SOSSON, « L'équivocité de la possession d'état : une notion... équivoque ? », *op. cit.*, p. 735).

⁴⁹³ N. GALLUS, « Lorsque la Cour constitutionnelle s'arroge le pouvoir de reconstruire le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 80. Voyez aussi sur ce point : G. MATHIEU et A. C. RASSON, « Les fins de non-recevoir en matière de filiation : entre absolus et verrous relatifs. Etude des trois derniers arrêts de la Cour constitutionnelle n°46/2013, n° 96/2013 et n° 105/2013 », *op. cit.*, p. 677.

155. En matière d'adoption, la Cour constitutionnelle affirme également la nécessité de pouvoir soumettre la situation concrète au juge. Elle a été sollicitée afin de se prononcer sur la nécessité d'obtenir le consentement du parent à l'égard duquel la filiation était établie⁽⁴⁹⁴⁾. La question préjudicielle soumise à la Cour concernait le refus de consentement de la mère de l'enfant à l'adoption par une femme, son épouse au moment de la naissance de l'enfant et du dépôt de la requête en adoption, et avec qui une convention, dans le cadre du projet de procréation médicalement assistée, avait été signée. En l'espèce, un lien familial effectif existait entre la candidate à l'adoption et l'enfant, et persistait depuis la séparation des épouses. Selon la Cour, « *la mesure qui érige le refus du consentement de la mère en fin de non-recevoir absolue, sauf si la mère s'est désintéressée de l'enfant ou en a compromis la santé, la sécurité ou la moralité, et qui ne laisse donc au juge aucune possibilité de tenir compte de l'intérêt de l'enfant pour apprécier, le cas échéant, le caractère abusif du refus de ce consentement, n'est pas raisonnablement justifiée et n'est dès lors pas compatible avec les articles 10, 11, 22 et 22bis de la Constitution* »⁽⁴⁹⁵⁾. L'arrêt est intéressant pour le raisonnement qui nous occupe, même s'il n'est plus d'actualité au vu de l'adoption de la loi sur la coparenté.

La Cour s'est également prononcée contre l'impossibilité de prononcer une adoption simple en faveur de l'ancien partenaire de la mère de l'enfant au motif qu'une telle adoption « *n'aurait pour effet ni que l'enfant vive un déracinement, ni qu'il soit élevé dans un environnement devant être considéré, par définition* »⁽⁴⁹⁶⁾, *comme instable* »⁽⁴⁹⁷⁾.

156. La Cour condamne donc les dispositions légales empêchant aux parties d'accéder à un juge susceptible de faire la balance des différents intérêts en présence et de statuer sur l'intérêt de l'enfant. Pour reprendre les termes de N. Massager, « *la Cour prône l'adoption d'une méthodologie radicalement différente de celle proposée par la loi qui repose sur un 'panachage' des principaux concepts de la matière (vérité biologique, possession d'état, intérêt de l'enfant, notamment) qui correspondent à des libertés et droits fondamentaux, en invitant le juge à les prendre tous en considération, sans en exclure aucun* »⁽⁴⁹⁸⁾. Elle rejette les moyens d'irrecevabilité ou barrages procéduraux absolus empêchant l'accès à un juge. Ces arrêts de la Cour constitutionnelle ouvrent donc la voie vers « *une ère nouvelle en droit de la*

⁴⁹⁴ En vertu de l'article 348-3 du Code civil.

⁴⁹⁵ C. const., 12 juillet 2012, arrêt n° 93/2012, attendu B. 14. Pour un commentaire, voyez : S. CAP et J. SOSSON, « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale... », *R.T.D.F.*, 1/2013, pp. 177 et suiv. La Cour a confirmé cette jurisprudence dans un arrêt du 25 juin 2015 (arrêt n° 94/2015).

⁴⁹⁶ Nous soulignons.

⁴⁹⁷ Cour Const., 25 juin 2015, arrêt n° 94/2015.

⁴⁹⁸ N. MASSAGER, « La prophétie de Gerlo. Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *op. cit.*, p. 131. Voyez aussi : J. SOSSON, « Qu'est-ce que la filiation aujourd'hui ? », *Ann. Dr.*, vol. 74, 2014/1, pp. 49 et suiv., et « Filiation et parentalité. Trois réformes législatives aux alentours de la filiation », in *États généraux de la famille*, *op. cit.*, p. 162.

filiation, visant à substituer aux normes abstraites et théoriques élaborées sur la base d'une réflexion politique un droit protéiforme composé d'un éventail de solutions toutes uniques et particulières, résultant de la confrontation d'intérêts individuels tels que définis et protégés par les normes constitutionnelles et supranationales »⁽⁴⁹⁹⁾. Cette vision nous semble correcte, quoique les arrêts rendus par la Cour en matière de prescription imposent d'en nuancer le caractère catégorique. La nuance réside probablement dans le fait que, pour cette dernière question, l'accès au juge a été ouvert à un moment donné et que l'enfant garde, lui, le droit d'y recourir. C'est donc, en tous cas, la possibilité pour l'enfant de demander au tribunal la mise en balance des intérêts qui est protégée.

157. Par conséquent, et suite à l'impulsion de la Cour constitutionnelle, la notion floue de l'intérêt de l'enfant reçoit certains contours. Elle s'apprécie *in concreto* et ne tolère pas de présomption irréfragable : « *l'intérêt de l'enfant ne peut être déterminé, abstraitement, par le législateur, mais doit faire l'objet d'un contrôle concret par le juge* »⁽⁵⁰⁰⁾. Cette conclusion est inhérente à la notion même – indéfinissable de manière abstraite – et ressort des différents arrêts rendus par la Cour constitutionnelle, qu'il s'agisse du type de contrôle qui doit présider à la vérification de l'intérêt de l'enfant, de la possibilité d'établir une filiation incestueuse ou des fins de non-recevoir que constituent la prescription et la possession d'état. La Cour préfère ouvrir la voie vers le juge afin d'éviter que des enfants, aussi peu nombreux soient-ils, ne soient victime d'une législation trop générale⁽⁵⁰¹⁾.

Le contentieux de la filiation soumis à la Cour constitutionnelle atteste, par conséquent, du rejet à l'égard d'un certain nombre de règles de droit qui tranchent, *a priori*, des situations familiales au nom de principes d'ordre général. La Cour constitutionnelle, suivant ainsi l'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme, milite pour un droit 'relatif' au cas d'espèce, qui implique l'analyse par le juge des différents intérêts en présence.

Cette nouvelle manière d'appréhender le droit de la filiation est parfois sujette à critiques, la fonction de la norme en la matière ne devant pas, pour certains, dépendre de l'appréciation en fait par le juge : « *Si cette appréciation in concreto selon les particularités de l'espèce se justifie très certainement lorsqu'il s'agit de définir les effets – évolutifs – du lien et notamment ceux qui touchent à l'exercice de l'autorité parentale ou à l'hébergement, l'existence même du lien devrait échapper à l'aléa judiciaire* »⁽⁵⁰²⁾. Pour d'autres, cependant, il s'agit d'une démarche constructive qui, dans la lignée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – laquelle tente d'assurer une véritable effectivité aux droits reconnus par la Convention –, « *visé à scruter et accompagner, dans une juste mesure, les besoins des*

⁴⁹⁹ N. MASSAGER, *idem*, p. 133.

⁵⁰⁰ G. MATHIEU et A. C. RASSON, « L'intérêt de l'enfant sur le fil. Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *op. cit.*, p. 432. Voyez aussi : C. const., 7 mars 2013, arrêt n° 30/2013, attendu B. 7.

⁵⁰¹ Voyez : P. MARTENS, « Inceste et filiation : égalité et tabou », *op. cit.*, pp. 1286 et suiv.

⁵⁰² N. GALLUS, « Lorsque la Cour constitutionnelle s'arroge le pouvoir de reconstruire le droit de la filiation », *op. cit.*, p. 81.

personnes impliquées dans des litiges familiaux »⁽⁵⁰³⁾. En toute hypothèse, la jurisprudence de la Cour, étudiée ici, témoigne d'un réel changement d'approche et constitue donc un point essentiel de notre recherche dès lors que nous évaluerons si, en contexte international, la même dynamique préside à l'application des règles de droit.

⁵⁰³ M. DEMARET, « L'intérêt de l'enfant : Veni, vidi, vici... », *op. cit.*, p. 810.

Chapitre 4 Conclusion

158. Le travail d'analyse du droit familial belge a permis de relever des principes transversaux, sujets à évolutions, ainsi que de dégager un nouveau rapport à la règle de droit. Nous pouvons, sur ces points, conclure :

D'abord, que la famille est une entité plus petite que la parenté, mais qu'elle ne peut trouver de définition univoque. Elle se structure selon différents cercles concentriques en fonction du rapport de droit en cause. En toute hypothèse, elle se limite au quatrième degré de parenté.

Ensuite, que le principe d'égalité est devenu l'un des axes centraux du droit de la famille contemporain. La puissance paternelle a été remplacée par l'autorité parentale conjointe, les filiations – indépendamment de leur mode d'établissement – reçoivent toutes des effets équivalents, le mariage est ouvert tant aux couples homosexuels qu'aux couples hétérosexuels, le droit à l'adoption a été accordé aux couples homosexuels, etc.

Si le droit de la famille conserve des aspects fortement réglementés, de nombreux aspects ayant un caractère d'ordre public (droits et devoirs respectifs des époux, autorité parentale, tutelle, ordre légal des successions, établissement et contestation du lien de filiation), la famille se construit de plus en plus sur la base de la liberté ou, en d'autres mots, de l'autonomie de la volonté : la vie familiale n'implique pas nécessairement l'existence d'un couple mais, lorsqu'il y a couple, différents statuts sont possibles. Le couple peut être temporaire (droit de rompre). La liberté se retrouve dans le choix du type d'union, dans l'existence ou non d'un projet parental et dans la possibilité de mettre fin très facilement à la relation de couple⁵⁰⁴. Par ailleurs, les liens d'affection non officialisés sont, dans une certaine mesure, reconnus.

Les liens consacrés par le droit sont à la fois les liens biologiques et les liens affectifs, le droit organisant la reconnaissance des liens de sang tout en préservant les liens affectifs, par exemple au moyen de la coparenté, de la reconnaissance du projet parental au départ d'une procréation médicalement assistée et de la possession d'état. Par ailleurs, une place de plus en plus importante est faite aux 'parentés volontaires', notamment via les familles homoparentales.

Enfin, chaque famille est unique et la prise en compte de sa situation doit être individualisée. L'accès au juge doit permettre à ses membres de solliciter une balance des intérêts en présence. À cet égard, l'intérêt de l'enfant est devenu une considération primordiale du droit

⁵⁰⁴ Ces conclusions ont également été posées à l'égard du droit français. Voyez : H. FULCHIRON, « Pluralisme et rupture familiale », in *Réflexion sur le pluralisme familial*, op. cit., p. 184 et M. DOURIS, « La diversité des couples et l'unicité de la parenté : une évolution continue du droit français de la famille ? », in *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : Étude pluridisciplinaire*, P. BOUCAUD (dir.), op. cit., pp. 13 et suiv.

de la famille et il semble que le « *nouveau paradigme familial est de plus en plus fondé sur la relation parent-enfant et de moins en moins sur celle engageant un couple d'adultes* »⁽⁵⁰⁵⁾. L'approche de la Cour constitutionnelle oriente d'ailleurs le droit de la famille au départ de l'enfant.

Le cas par cas n'est cependant pas systématique, comme en atteste la jurisprudence de la Cour en matière de prescription. Par ailleurs, l'intérêt de l'enfant n'est pas toujours évalué, notamment lorsque le lien de filiation découle du mariage. Ces différents éléments offrent du droit de la famille actuel, une image hybride et toujours en évolution.

En effet, le droit de la famille est en mouvement. Rien que la terminologie est éclairante. Si autrefois l'on pouvait parler d'enfants légitimes et naturels, aujourd'hui cela n'est plus possible. La parenté se décompose pour laisser une place au vocable de parentalité et il n'y a plus nécessairement de père et de mère mais simplement des parents. Les identités parentales et conjugales se construisent et se négocient plus qu'avant, et les rôles deviennent plus inventifs et originaux⁽⁵⁰⁶⁾.

N. Gallus a très bien résumé cet état du droit : « *Les débats sur la parenté, l'homoparenté, la parentalité et l'homoparentalité sont exemplatifs de l'évolution du droit de la famille et de la place du droit. La famille a cessé d'être une structure imposée par la loi en fonction d'un objectif de structuration sociale fondé sur une préférence donnée au mariage comme forme de conjugalité et de parenté seule susceptible d'accéder à la protection. Aujourd'hui, chacun construit sa famille en fonction de ses choix de vie personnelle et le droit a une fonction de régulation tout à fait différente : il devient plus 'subsidaire' en ce sens qu'il intervient essentiellement pour pondérer les intérêts en présence lorsque leur équilibre est menacé, pondération qui se fait en fonction de principes généraux tels que l'égalité et la non-discrimination ou l'intérêt de l'enfant. Cette évolution qui correspond à une revendication croissante d'autonomie individuelle trouve son origine dans des phénomènes nombreux tels que la maîtrise de la procréation (avortement, contraception), le développement des techniques de procréation médicalement assistée qui dissocient procréation et sexualité, ou encore la reconnaissance de l'égalité des formes de vie commune et les réformes du droit du divorce et de l'autorité parentale qui ont rendu la parenté indépendante de la conjugalité* »⁽⁵⁰⁷⁾. Ce nouvel état du droit familial est marqué par la philosophie des droits de l'homme et basé sur les idées de liberté et d'égalité⁽⁵⁰⁸⁾.

⁵⁰⁵ G. EID, « Familles et diversités culturelles - De quelques enjeux », in *Familles et diversités culturelles*, P. BOUCAUD et G. EID (dir.), L'Harmattan, Paris, 2011, p. 13. La citation, reprise à un auteur français, témoigne, sur ce point également, de la similitude des évolutions constatées en droits belge et français.

⁵⁰⁶ Voyez sur cette évolution des termes : C. LABRUSSE-RIOU, « Le droit international face aux diversités culturelles de la famille », in *Familles et diversités culturelles*, P. BOUCAUD et G. EID (dir.), op. cit., p. 26, et G. EID, « Entre intimité et parentalité : la famille postmoderne », in *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : Étude pluridisciplinaire*, P. BOUCAUD (dir.), op. cit., p. 5.

⁵⁰⁷ N. GALLUS, « Approche juridique nouvelle des parentés et parentalités en droit belge », op. cit., p. 159.

⁵⁰⁸ Citons ici P. MARTENS, qui, commentant l'arrêt *X et autres c. Autriche* de la Cour européenne des droits de l'homme, énonce le rôle de la Cour sur les questions actuelles de société en ces termes : « *dans une époque désenchantée, la recherche de nouvelles valeurs se fait par des voies plus statistiques qu'idéologiques. La Cour*

s'attache à 'accompagner' ou 'canaliser' les changements de société plutôt qu'à les 'précéder' ou les 'imposer', hésitant à exercer la 'fonction intrinsèquement contre-majoritaire' que requiert parfois la protection des droits fondamentaux » (P. MARTENS, « L'égalité dans l'adoption », obs. sous X. et autres c. Autriche, op. cit., p. 1407). J. L. RENCHON traduit ce changement en évoquant le passage d'un « ordre » à un autre, ce qui semble pouvoir à notre sens être remis en cause. Selon cet auteur : « un nouvel 'ordre familial' s'est désormais substitué à 'l'ordre des familles' du Code civil de 1804 » (J. L. RENCHON, « Le droit belge de la personne et de la famille : de l'indisponibilité à l'autodétermination ? », op. cit., p. 350).

Partie 2

Les critères posés à la réception du droit familial étranger

Analyse sous le prisme de l'accueil du droit
marocain de la famille, de la gestation pour
autrui et de l'adoption internationale

Introduction

159. Le chapitre précédent était consacré aux principes qui sous-tendent le droit belge de la famille, principes dégagés suite à une analyse des différentes règles encadrant chaque matière du statut familial. Le présent chapitre a pour objet la définition de critères qui président à la constitution ou à la reconnaissance des liens familiaux lorsque la famille présente une dimension internationale.

La détermination de ces critères d'accueil est proposée au départ de ce qui est accepté dans l'ordre juridique belge et de ce qui est rejeté par celui-ci. L'accueil et le rejet du droit étranger sont analysés au moyen des techniques du droit international privé. Plus précisément, nous avons étudié les règles du droit étranger qui sont appliquées ou reconnues en Belgique lorsqu'elles ont régi l'établissement d'un acte à l'étranger, et celles qui sont refusées, par exemple en raison de leur contrariété aux valeurs fondamentales de l'ordre juridique belge.

Le droit international privé constitue la branche du droit privilégiée pour aborder la question de la politique d'accueil du droit étranger puisqu'il a pour fonction de coordonner la rencontre des systèmes juridiques. L'application concrète du droit international privé a en effet trait, de par son objet même, au « *seuil de tolérance de chaque ordre juridique à l'égard des valeurs de l'autre, donc de la culture de l'autre* »⁽⁵⁰⁹⁾.

L'ordre juridique belge est aujourd'hui fréquemment confronté à l'application ou à la réception de droits étrangers. De nombreuses personnes organisent – ou sont contraintes d'organiser – leur vie familiale, sociale et professionnelle dans une dimension qui dépasse le cadre d'une seule société ou culture⁽⁵¹⁰⁾. Ces rapports internationaux et la circulation des personnes posent la question de la 'portabilité' du statut familial : les liens de famille créés dans un État seront-ils reconnus à l'étranger ou peuvent-ils être établis en dehors de l'État d'origine ? À ce sujet, la difficile réception des modèles familiaux éloignés des nôtres incite de nombreux auteurs à parler de « *conflit de cultures* » comme de l'une des caractéristiques du droit international privé actuel⁽⁵¹¹⁾.

⁵⁰⁹ L. GANNAGE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, ADI-Poche, La Haye, 2013, p. 34.

⁵¹⁰ A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *Recueil des cours*, 2000, t. 283, p. 31.

⁵¹¹ K. MEZIOU, « Migrations et relations familiales », *Recueil des cours*, 2009, t. 345, p. 34 (Selon cet auteur, « *Ce qui pouvait paraître exotique de loin et à petites doses devient, dans le contexte actuel, « conflit de civilisation » même si celui-ci semble remis en question, notamment au vu de la disparité du droit de la famille dans les pays musulmans* »); E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *Recueil des cours*, 1995, t. 251, p. 52 ; H. MUIR WATT, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) », *Arch. phil. droit*, 2001/45, pp. 271 et suiv. L. GANNAGE pose d'ailleurs la question de la pertinence de l'outillage traditionnel du droit international privé dans ce contexte puisque les méthodes du droit international privé aboutissent soit à la coordination formelle des ordres juridiques au risque de tolérer des discriminations soit au respect des valeurs de l'ordre du for par un cloisonnement des systèmes juridiques (L. GANNAGE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, *op. cit.*, p. 115). M. VERWILGHEN utilise le terme 'conflit de cultures' ou 'conflit de civilisation' in « Préface », *Musulmans en Belgique : un statut juridique spécifique ?*, J.-Y. CARLIER et M. VERWILGHEN (dir.), Louvain-la-

160. Notre analyse nécessite de mesurer l'ouverture du système belge aux institutions de droit familial étranger. Il s'agit de donner une image concrète de la tolérance des autorités belges aux règles de droit familial différentes – ou plutôt, à certaines cultures ou institutions familiales différentes – et, par là, de déterminer si les principes qui sous-tendent le droit belge régissent également la famille internationale. Il n'était pas possible, dans ce cadre, de pratiquer une étude détaillée de l'ensemble des relations privées internationales. Un choix a dès lors dû être posé. La présente étude est par conséquent limitée, d'une part, à un seul droit étranger – le droit marocain – pour l'ensemble de ses dispositions traitant du statut personnel et, d'autre part, à deux institutions relatives à la filiation : la gestation pour autrui et l'adoption internationale.

Le choix du droit marocain comme premier focus n'est pas anodin. Si le droit étranger sélectionné est celui-là, c'est en raison de l'importance de la communauté marocaine en Belgique (⁵¹²) et de son appartenance à une « *aire culturelle* » (⁵¹³) différente. Il est certain que la réception en Belgique du droit de nombreux autres pays (⁵¹⁴) aurait également présenté un intérêt. Toutefois, l'importance de la communauté marocaine sur le territoire belge permet de fonder l'analyse sur une jurisprudence abondante et d'aborder de nombreuses questions touchant à une organisation des relations familiales qui s'inspire du droit musulman. Alors que le pluralisme des formes familiales est acquis en Belgique, le droit marocain repose sur le modèle de la famille légitime et patriarcale, dont la réforme du Code marocain de la famille de 2004 n'a qu'infléchi les lignes.

Neuve - Bruxelles, Academia-Sybidi, 1989 et M. VERWILGHEN, « Les problèmes juridiques soulevés par l'immigration musulmane », in *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 24.

⁵¹² Voyez l'étude démographique de la population d'origine marocaine en Belgique, réalisée par QUENTIN SCHOONVAER, « Belgique – Maroc 50 années de migration », juin 2014, publiée sur le site du Centre fédéral Migration : http://www.diversite.be/sites/default/files/documents/publication/maroc_fr_avec_cover_0.pdf. On y lit que : « Au 1^{er} janvier 2012 on estime que la population d'origine marocaine approche les 429.500 personnes. Au sein de cette population un individu sur cinq (20%) possède la nationalité marocaine (...). Environ 210.560 personnes, soit 49% de la population d'origine marocaine, sont nées avec la nationalité marocaine et ont acquis la nationalité belge ou une autre nationalité étrangère. La population née avec la nationalité belge à la naissance que l'on estime à environ 296.794 est la somme des deux populations précitées dans ce paragraphe. Les enfants nés avec une autre nationalité que la marocaine représentent 31% de la population d'origine marocaine, soit environ 132.784 personnes ». Selon les statistiques officielles, en 2010, les Italiens constituaient le groupe de nationalité différente le plus important avec 165 052 individus. Ensuite, venaient les Français et les Néerlandais, avec respectivement 140 227 et 133 536 individus. Les Marocains occupaient la quatrième place avec 81 943 personnes. Les Polonais clôturaient le top 5, avec 43 085 individus. La communauté marocaine constitue par conséquent la population hors Union européenne la plus représentée en Belgique. Toujours selon ce rapport, 70 à 75% de la migration de la communauté marocaine repose sur des raisons familiales.

⁵¹³ Expression empruntée à J. DEPREZ, « Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et système islamique en matière de statut personnel) », *Recueil des cours*, 1988, t. 211, p. 36.

⁵¹⁴ Notamment les droits des divers Etats qui reposent sur le référentiel religieux.

L'on sait que le Code marocain de la famille, en vigueur depuis le 5 février 2004⁽⁵¹⁵⁾, est le fruit d'un long processus de réformes. Il contient une nouvelle approche de la famille en se positionnant comme un texte moderne qui, tout en se rapprochant des standards internationaux, affirme son attachement « *aux préceptes de l'Islam et de la tradition* »⁽⁵¹⁶⁾. Modifié en vue de garantir un droit plus égalitaire à l'égard des femmes, le Code est le résultat de la conciliation entre le référentiel religieux et celui des droits humains⁽⁵¹⁷⁾ : il symbolise « *la continuité avec la tradition et le changement* »⁽⁵¹⁸⁾. Le droit marocain maintient cependant le modèle de la famille légitime et patriarcale dont certaines institutions demeurent inégalitaires⁽⁵¹⁹⁾. Il doit être appréhendé comme un ensemble de droits et d'obligations qui se complètent réciproquement. Il recèle par ailleurs des institutions inconnues du droit belge dont le traitement au sein de l'ordre juridique belge est riche d'enseignements pour notre étude. Le choix de ce droit permet dès lors de traiter de la rencontre de deux systèmes de droit familial très différents, étayée par une pratique importante.

En effet, les membres de la communauté marocaine, population d'origine étrangère hors Union européenne la plus représentée en Belgique au cours du XXe siècle⁽⁵²⁰⁾, maintiennent généralement des liens avec leur pays d'origine, le Maroc. Le rattachement à la nationalité dans différents domaines du droit de la famille, lequel persiste malgré sa perte de vitesse, entraîne l'application en Belgique du droit marocain à l'égard de ceux qui, résidant sur le territoire, ont conservé cette nationalité ou qui, résidant au Maroc, entretiennent des liens avec des membres de leur famille en Belgique. En outre, un certain nombre d'actes constitutifs de la vie familiale y sont concrétisés, dont les effets sont ensuite postulés en Belgique.

⁵¹⁵ Dahir n° 1.04.22 du 3 février 2004 portant promulgation de la Loi n° 70.03 portant Code de la famille. Voyez la traduction officielle parue dans le *Bulletin officiel*, n° 5358 du 2 Ramadan 1426 (6 octobre 2005).

⁵¹⁶ *Guide pratique du Code de la famille*, Ministère de la Justice marocain, ADIJJ, mars 2005, p. 3.

⁵¹⁷ *Guide pratique de droit familial étranger. Le nouveau Code marocain de la famille en questions*, ADDE, Nivelles, S. SAROLEA éd., 2005, pp. 7 et suiv. En ce qui concerne ce droit et les droits européens, ce n'est pas en raison des références religieuses que les ordres juridiques se heurtent mais au motif que certaines institutions heurtent le principe d'égalité (voyez : J. DEPPEZ, « Les évolutions actuelles du droit international privé français dans le domaine du droit familial en relation avec les convictions religieuses », *Rev. dr. can.*, 1995, pp. 7 et suiv.).

⁵¹⁸ L. BUSKENS, « Le droit de la famille au Maroc », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, N. BERNARD-MAUGIRON et B. DUPRET (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 101.

⁵¹⁹ Même si les droits des femmes et des enfants ont été renforcés. Pour un tour d'horizon de la réception de ce Code en Europe : A. QUINONES ESCAMEZ, « La réception du nouveau code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe », *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n°3, juillet-septembre, 2004, pp. 877 et suiv.

⁵²⁰ Y. LEPAGE, « Les populations étrangères en Belgique au 20^{ème} siècle », *Les cahiers du CeDop*, Série « Documents pour l'enseignement de l'histoire », Dossier n° 4, 2001, p. 14 ; ainsi que les références en note n° 509.

L'application et la réception du droit marocain en Belgique sont, de longue date, relativement usuelles (⁵²¹). La mise en œuvre des principes de droit international privé à l'égard de ce droit étranger a toutefois évolué. Cette évolution tient à plusieurs éléments : le changement des mentalités quant à ce qui est jugé acceptable ou non au sein de l'ordre juridique belge, l'adoption du Code de droit international privé qui, en 2004 (⁵²²), a profondément modifié les règles de droit international privé belge, la réforme du droit marocain lui-même, l'importance grandissante des droits fondamentaux au sein du droit international privé ainsi que l'évolution du droit européen. L'état des lieux qui découle de l'analyse proposée est par conséquent extrêmement intéressant au vu de ces évolutions. Il traite des différentes étapes potentielles de la vie familiale : mariage, filiation, divorce, autorité parentale... Notons que si la matière du statut personnel en droit marocain est plus large qu'en droit belge, dès lors qu'elle englobe les questions patrimoniales (soit les régimes matrimoniaux et les successions), nous limiterons notre étude aux relations personnelles pour les raisons indiquées dans l'introduction générale (⁵²³).

Le second focus choisi pour éclairer cette recherche porte sur certaines institutions spécifiques liées à la matière de la filiation. L'objectif consiste à repérer les problématiques qui, en matière de filiation, questionnent le système belge via les mécanismes de droit international privé. Le choix de la gestation pour autrui et de l'adoption internationale plutôt que d'un deuxième droit étranger se justifie par la volonté de dresser un panorama le plus complet possible des situations qui mettent en jeu la rencontre potentiellement conflictuelle du droit belge et d'un droit étranger. Le droit marocain permet d'étudier les rapports de couple inégalitaires, mais ne règlemente pas la gestation pour autrui et n'autorise pas l'adoption. L'analyse de ces deux institutions permet, ainsi, de se concentrer sur d'autres éléments de tension entre le droit belge de la famille et le droit étranger, principalement en ce qui concerne la flexibilité dans le rapport à la parentalité.

S'agissant d'une étude de cas, la recherche n'a aucune prétention à l'exhaustivité. D'autres illustrations auraient pu être choisies afin de rencontrer l'objet de l'analyse. Aussi, nous aurions pu porter notre attention sur le mariage coutumier ou religieux et/ou sur n'importe

⁵²¹ Voyez par exemple : G. ROMMEL, « Le statut personnel marocain », *J.J.P.*, 1980, pp.193 et suiv. ; M. TAVERNE, *Le droit familial maghrébin (Algérie-Maroc-Tunisie) et son application en Belgique*, Bruxelles, Larciens, 1981 ; M.-C. FOBLETS, « Remaniement de quelques dispositions-clés du Code de statut personnel et des successions marocain relatives à la position matrimoniale de l'épouse. Des modifications génératrices d'une pacification des relations internationales privées ? », *Rev. dr. étr.*, 1994, n° 78, pp. 125 et suiv. Voyez plus généralement sur le sujet la riche bibliographie in : M.-C. FOBLETS, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique*, Paris, Karthala, 1994.

⁵²² Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *M.B.*, 27 juillet 2004. Pour un commentaire, voyez : J.-Y. CARLIER, « Le Code belge de droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 94 (1), 2005, pp. 11 et suiv. ; S. SAROLEA, « Le Code de droit international privé et le droit familial. Le grand nettoyage de printemps », *R.T.D.F.*, 2004, pp. 819 et suiv.

⁵²³ Pour des développements sur cette différence de classification entre le droit marocain et le droit français (transposable au droit belge vu l'origine commune de ces deux droits), voyez : H. BOUHAREB-CASSAR, *Conséquences des ruptures conjugales entre Nord et Sud de la Méditerranée*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 28 et suiv.

quel droit étranger qui encadre l'établissement ou la contestation de filiation d'une manière qui diverge de celle que connaît le droit belge. Le choix et les limites de notre objet d'étude nous apparaît cependant couvrir suffisamment de questions pour qu'il permette d'apporter un éclairage pertinent sur la manière dont l'ordre juridique belge reçoit les constitutions familiales étrangères.

161. L'objectif consiste, dans ce chapitre, à relever les critères auxquels est soumise la politique d'accueil du droit étranger. L'examen de la réponse apportée par les autorités belges, lorsqu'elles sont tenues d'appliquer ou de recevoir les effets d'un droit étranger, permet en effet de dégager les critères qui sous-tendent l'accueil du droit étranger lors de la mise en œuvre des règles de droit international privé. L'intérêt de cette analyse réside dans sa comparaison possible avec les principes dégagés de l'étude du droit belge de la famille. Elle permet de déterminer si les principes qui sont à la base du droit familial belge sont retenus de la même manière dans les situations familiales internationales. À cet égard, nos trois études de cas – droit marocain, gestation pour autrui et adoption – donnent l'occasion d'appréhender des situations inconnues ou non encadrées en droit belge, telle la polygamie, la répudiation, la dot, la *Kefala* ou la gestation pour autrui (ci-après GPA). Elles permettent également de traiter de règles de droit connues de différents ordres juridiques, dont le système belge, mais pas nécessairement appréhendées à l'identique, comme les règles du mariage, de la présomption de paternité et de l'adoption par exemple.

La comparaison aux principes dégagés du droit familial belge ne pourra malheureusement pas être systématique, certaines questions ne trouvant pas d'écho dans l'une ou l'autre partie de l'analyse. Cette situation tient à l'objet même de l'étude qui tente une comparaison entre deux ensembles très dissemblables, même s'ils concernent le même sujet, la famille. En effet, nous travaillons au départ d'un système juridique organisé, le droit belge, et, dans le même temps, nous tentons de tirer des conclusions de règles mais aussi de pratiques éparées relatives à des institutions diverses, toutes liées à la politique d'accueil du droit familial étranger. Si nous avons dégagé des principes dans le premier chapitre de cette thèse, et nous avons précisé en introduction la méthodologie que nous avons suivie pour ce faire, nous n'aurons pas la même ambition s'agissant de la seconde partie. Nous y repérons plutôt, au départ de ce qui s'apparente à une chronique de jurisprudence, des critères généraux qui président à la politique d'accueil des institutions familiales étrangères. Des éléments de comparaison seront néanmoins relevés et présentés en conclusion de chaque section de ce chapitre. Par ailleurs, une comparaison générale des logiques à l'œuvre dans ces deux matières du droit sera proposée en dernière partie de la thèse.

162. Certes, la rencontre de deux ordres juridiques peut se produire sans heurt. Tel n'est cependant pas toujours le cas et les mécanismes d'évitement du droit étranger que connaît le droit international privé sont régulièrement sollicités par les autorités belges. C'est donc à travers les méthodes du droit international privé que la famille internationale est ici appréhendée : catégories de rattachement, règles de reconnaissance, exception d'ordre public,

fraude à la loi, clause d'exception et qualification. Notre analyse est construite au départ de la jurisprudence, ce qui implique que le choix des sujets traités est lié aux décisions recensées. Une analyse de l'accueil du droit étranger ne peut, en effet, que reposer sur une pratique établie. Il en résulte une impasse sur certaines méthodes du droit international privé que nous n'avons pas rencontrées dans le cadre de notre recherche, telles les questions préalables et, dans une certaine mesure, les lois d'application immédiate.

163. Si l'analyse vise tant l'application du droit étranger en Belgique que sa réception à l'occasion de la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger, précisons que la GPA et la *Kefala* ne sont analysées que sous l'angle des conditions légales permettant leur reconnaissance dans l'ordre juridique belge telles qu'interprétées par les cours et tribunaux belges. En d'autres termes, l'analyse porte principalement sur la reconnaissance des actes et décisions étrangers relatifs à ces deux institutions. L'étude de la création en Belgique de ces liens familiaux ne se justifie pas, et ce pour deux raisons distinctes. En ce qui concerne la GPA, d'une part, la raison de cette approche réside dans le fait que très peu de décisions judiciaires appliquant le droit étranger à la détermination, en Belgique, de liens de filiation découlant de ce mode de procréation ont été recensées (⁵²⁴). Pour ce qui est de la *Kefala*, d'autre part, l'autorité parentale étant soumise au droit de l'État de la résidence habituelle de l'enfant (⁵²⁵), l'établissement d'un acte de *Kefala* en Belgique ne se conçoit qu'à titre tout à fait exceptionnel et par ailleurs relativement théorique (⁵²⁶). Quant à l'adoption internationale, elle sera examinée sous deux angles spécifiques uniquement. D'abord, au regard de la clause d'exception permettant d'écarter le droit étranger lorsqu'il est applicable en vertu du Code de droit international privé. Ensuite, au départ de la reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger. Le choix de ces deux angles se justifie car ceux-ci constituent les points d'achoppement entre le droit belge et le droit étranger en matière d'adoption internationale. Dès lors que notre analyse se construit au départ de ce qui est accepté ou non dans l'ordre juridique belge, il semblait judicieux de mettre en lumière ces éléments. Par conséquent, les adoptions internationales uniquement régies par le droit belge ne seront pas traitées.

⁵²⁴ Pour des cas d'application du droit étranger en Belgique en matière de GPA, voyez : Gand, 4 décembre 2013, *TJK*, 2014/1, pp. 80 et suiv., note L. PLUYM, « Commercieel draagmoederschap is geen mensonterende behandeling van het kind baby D. door de initiële wensouders » ; Civ. Gand, 24 décembre 2009, *Revue@dipr.be*, 2010/4, pp. 133 et suiv.

⁵²⁵ Sur la base des articles 5 et 15 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants et de la Loi du 5 mai 2014 portant assentiment à la Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, faite à La Haye le 19 octobre 1996, *M.B.*, 22 août 2014. La Convention adaptant sur ce point l'article 35 du Codip.

⁵²⁶ Aucune décision n'ayant été recensée sur cette question, et ce, déjà sous l'application de l'article 35 du Codip qui renvoyait également au droit de la résidence habituelle de l'enfant.

164. L'analyse des rapports qu'entretient le droit belge avec le droit étranger est effectuée principalement à l'aide de la jurisprudence (publiée et inédite, laquelle fut recensée à l'occasion d'un rapport sur l'application en Belgique du droit marocain de la famille directement auprès de divers magistrats (⁵²⁷)). Il s'agit de la jurisprudence postérieure à l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, la présente étude ayant pour objet de dresser un état des lieux actuel. Ici et là, certains éléments de droit antérieur sont toutefois abordés lorsqu'ils présentent un intérêt pour le propos. Quelques éléments de droit comparé sont également abordés, mais uniquement pour apporter un éclairage sur une question précise, par exemple lorsqu'aucune jurisprudence n'a pu être recueillie concernant le droit belge, ou parce qu'il s'agit de décisions de principe. Pour le reste, l'objet de la recherche étant de tirer des conclusions d'un état des lieux de la réception des questions choisies en droit belge, l'utilité de se pencher sur le droit comparé apparaît relative.

Par ailleurs, les droits fondamentaux s'immiscent largement dans la matière, en tant que principes directeurs dans l'application de l'exception d'ordre public par l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme. Il importe par conséquent d'en tenir compte dans l'étude de la rencontre entre le droit étranger et le droit belge.

165. Afin d'aborder ce vaste champ d'analyse, cette section est divisée en quatre parties. Après une mise en contexte théorique relative aux règles de droit international privé ouvrant l'ordre juridique belge aux droits étrangers, une première section traite de l'accueil du droit marocain en Belgique. Cette section est divisée en trois parties, regroupant l'analyse de la jurisprudence selon les critères de la politique d'accueil du droit familial marocain que nous avons relevés. Il s'agit de la recherche de symétrie entre le droit marocain et le droit belge, du dépeçage institutionnel issu d'une application morcelée de l'exception d'ordre public international belge, et de l'instrumentalisation des techniques de droit international privé à des fins matérielles, principalement au regard de la qualification et de la fraude à la loi.

Notons que ces *critères d'accueil* sont dégagés d'une analyse de jurisprudence. Toutefois, sur quelques questions isolées, pour lesquelles aucune décision des cours et tribunaux n'a été répertoriée, nous proposons des réponses personnelles. Cela afin de tenter une analyse la plus large possible de la matière choisie. Le lecteur ne se surprendra pas, dès lors, de lire ci et là des développements purement théoriques.

Les deux sections suivantes sont consacrées, respectivement, à la gestation pour autrui et à l'adoption internationale. Cette seconde approche, au regard d'institutions spécifiques à la filiation, apporte un nouvel éclairage sur les critères à l'œuvre lors de la réception du droit étranger. Nous y relevons principalement la faveur faite à l'application du droit belge au détriment du droit étranger lorsqu'il est question de permettre l'établissement ou la reconnaissance d'un lien de filiation et l'importance accordée à l'intérêt de l'enfant comme outil permettant l'éviction des règles de droit prédéfinies.

⁵²⁷ Ouvrage réalisé sous la direction de Marie-Claire Foblets, à paraître.

Nous évoquons, par quelques incises, repérables par le biais d'une observation inscrite en gras dans le texte, l'influence du contexte migratoire dans l'appréhension de la situation juridique des familles internationales lorsque des éléments importants pour notre analyse peuvent être mis en évidence. Nous renvoyons le lecteur désireux d'approfondir la matière du regroupement familial, intimement liée aux questions que nous traitons dans la présente étude, aux nombreuses contributions publiées sur ce sujet⁽⁵²⁸⁾. La détermination des membres de famille autorisés au séjour en Belgique et des conditions mises à leur entrée ou leur établissement dans le Royaume a, en effet, déjà fait l'objet de nombreuses recherches. Ces

⁵²⁸ Voyez notamment : S. SAROLEA, « Le droit au regroupement de famille. La famille à l'épreuve de la migration. Migrer ou vivre en famille... Faut-il choisir ! », in *Migratie en migrantenrecht*, M.C. FOBLETS, D. VANHEULE et M. MAES (ed.), Bruges, Die Keure, 2011, pp.302 et suiv. ; B. RENAULD, T. BOMBOIS et P. MARTENS, « Existe-t-il un droit fondamental au regroupement familial à Strasbourg, à Luxembourg et à Bruxelles ? », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme, Liber amicorum Michel Melchior*, Limel, Anthémis, 2010, pp. 793 et suiv. J. JAUMOTTE, « Le droit des étrangers : les derniers développements en droit européen – la jurisprudence récente de la CJUE et de la Cour eur. D.H. », in *Droit des étrangers*, S. BODART (coord.), UB³, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 1 et suiv. ; M. NYS, *L'immigration familiale à l'épreuve du droit. Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale*, Bruxelles, Bruylant, 2002 ; S. SAROLEA, « Le regroupement familial suite à la réforme de 2011 », in *Droit des étrangers*, S. BODART (coord.), UB³, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 109 et suiv. ; P. WAUTELET et F. COLLIENNE (dir.), *Droit de l'immigration et de la nationalité : fondamentaux et actualités*, CUP, vol. 151, Bruxelles, Larcier, 2014 ; F. BLANMAILLAND, « Le regroupement familial », *Rev. dr. étr.*, 2007, n° 145, pp. 13 et suiv., J.-Y. CARLIER, « Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regards sur la Directive 2004/38 », *CDE*, 2006, pp. 15 et suiv., S. SAROLEA, « Le nouveau visage du droit au regroupement familial après deux années de réforme », *RTDF*, 2008/2, pp. 361 et suiv. ; S. DAWOUD, « Gezinshereniging in België : kan men het bos nog door de bomen zien ? », *T. Vreemd.*, 2014/3, pp. 286 et suiv. ; E. BRIBOSIA, « La directive 2003/86 relative au regroupement familial au regard du principe de non-discrimination », *Rev. dr. étr.*, 2003, n° 125, pp. 517 et suiv. ; G. AUSSEMS, « La place de l'enfant dans le droit au regroupement familial en Belgique », *Rev. dr. étr.*, 2012, n° 168, pp. 206 et suiv. Voyez les chroniques annuelles de J.-Y. CARLIER, « La libre circulation des personnes dans l'Union européenne » publiées au *JDE* ; P. DE BRUYCKER, « Chronique de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Chronique relative à l'asile et à l'immigration », notamment en 2010 dans vol. 46, n° 1-2, 2010, 147 ; Voyez aussi : E. SCHEPENS, « Comparaison entre la notion de « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et la notion de « famille » dans les directives relatives au regroupement familial », Mémoire en droit, UCL, 2010-2011. Plus spécifiquement sur la question des ressources nécessaires pour permettre le regroupement familial, voyez : G. GASPARD, « La condition de ressources et le regroupement familial – Analyse de la conformité de la législation belge au regard des principes de proportionnalité et d'égalité », *Rev. dr. étr.*, n° spécial 178, 2013, pp. 737 et suiv. En ce qui concerne le domaine de l'asile, nous renvoyons aux intéressantes études traitant de l'implication du droit des étrangers sur les liens de famille (S. SAROLEA, J.-Y. CARLIER, E. NERAUDAU, Y. PASCOUAU et L. LEBOEUF, « Recherche-action sur la mise en œuvre du règlement Dublin et la directive qualification en droit interne belge », Rapport intermédiaire, Décembre 2011, *CEDIE* ; M. BEYS, « Le règlement de Dublin III, « lipstick on a pig » ?, *Parole à l'exil*, Janvier-décembre 2014, Caritas international ; V. CHETAÏL, « Les relations entre droit international privé et droit des réfugiés : histoire d'une brève rencontre », *JDI*, n° 2, Avril 2014, doct. 4). Pour une approche, en droit français, sous l'angle qui nous occupe, voyez : S. BIAGINI-GIRARD, « L'appréhension de la famille en droit français des étrangers », *RCDIP*, n° 103, 2014, pp. 263 et suiv. ; ou sur le regroupement familial en général : F. JAULT-SESEKE, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, Paris, *L.G.D.J.*, 1996.

études sont, en outre, sans cesse renouvelées au vu du caractère particulièrement instable de la matière, laquelle fait l'objet de fréquentes réformes (⁵²⁹).

⁵²⁹ La loi du 15 décembre 1980 sur l'entrée, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (*M.B.*, 31 décembre 1980) a en effet été réformée à de nombreuses reprises, notamment par la loi du 15 septembre 2006 (*M.B.*, 6 octobre 2006), la loi du 25 avril 2007 (*M.B.*, 10 mai 2007), suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 26 juin 2008 (arrêt n° 95/2008), par la loi du 8 mars 2009 (*M.B.*, 2 juillet 2009), la loi du 6 mai 2009 (*M.B.*, 19 mai 2009), la loi du 7 juin 2009 (*M.B.*, 3 août 2009), la loi du 8 juillet 2011 (*M.B.*, 12 septembre 2011) et la loi du 19 mars 2014 (*M.B.*, 5 mai 2014).

Chapitre 1 Propos liminaires : les règles de droit international privé

166. Le droit étranger est appliqué en Belgique dans les matières civiles lorsque les règles de droit international privé désignent, pour régir une situation, la loi nationale des personnes possédant une nationalité étrangère. De manière plus marginale, le droit étranger est également appliqué en Belgique lorsqu'il est désigné par d'autres facteurs de rattachement, telle la résidence habituelle, le lieu d'établissement d'un acte ou le choix des intéressés.

L'application de la loi nationale au statut personnel, courante lorsque l'article 3, alinéa 3, ancien, du Code civil constituait la règle de rattachement en la matière⁽⁵³⁰⁾, est devenue plus circonscrite depuis l'entrée en vigueur du Code de droit international privé (ci-après Codip)⁽⁵³¹⁾. Excepté en matière d'état et de capacité⁽⁵³²⁾, aujourd'hui, dans le domaine du droit de la famille, la référence à la loi nationale concerne principalement les conditions de fond du mariage⁽⁵³³⁾ et l'établissement ou la contestation du lien de filiation⁽⁵³⁴⁾. Exceptionnellement, le droit étranger se voit appliqué au divorce prononcé en Belgique⁽⁵³⁵⁾, aux obligations alimentaires⁽⁵³⁶⁾ ou à l'autorité parentale⁽⁵³⁷⁾.

167. La référence à la loi nationale ressort, par ailleurs, également des dispositions du Codip qui traitent de la réception en Belgique du droit étranger⁽⁵³⁸⁾. Concernant les règles générales de reconnaissance, l'article 27 de ce Code pose les conditions de la reconnaissance

⁵³⁰ F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 491, n° 12.3.

⁵³¹ Le 1^{er} octobre 2004.

⁵³² En vertu de l'article 34 du Codip.

⁵³³ En vertu de l'article 46 du Codip.

⁵³⁴ En vertu de l'article 62 du Codip.

⁵³⁵ Sur la base des articles 5 ou 8 du Règlement Rome III (Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *J.O.U.E.*, 29 décembre 2010, L343/10).

⁵³⁶ En vertu des articles 3 et suivants du Protocole de La Haye (Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, *J.O.C.E.*, L7, 2009).

⁵³⁷ En vertu des articles 15 et suivants de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

⁵³⁸ Voyez sur cette question : H. BOULARBAH, « Efficacité des jugements et actes authentiques », *J.T.*, 2005, pp. 184 et suiv. ; F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé, op.cit.*, pp. 420 et suiv. ; T. KRUGER et J. VERHELLEN, « De erkenning in België van buitenlandse familierechtelijke akten », *T. Vreemdt.*, 2006/3, pp. 278 et suiv. ; Pour un traitement général de la reconnaissance, voyez également : P. LAGARDE (*dir.*), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013, Paris, Editions Pedone, 2013 et P. MAYER, « La méthode de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 547 et suiv.

des actes authentiques étrangers en Belgique. Selon cette disposition : « *Un acte authentique étranger est reconnu en Belgique par toute autorité sans qu'il faille recourir à aucune procédure si sa validité est établie conformément au droit applicable en vertu de la présente loi, en tenant spécialement compte des articles 18 et 21. L'acte doit réunir les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'État dans lequel il a été établi* ». L'article 18 auquel il est fait référence interdit toute fraude à la loi déclarée applicable par ledit Code. L'article 21 a trait au respect de l'ordre public international belge⁽⁵³⁹⁾. L'exigence d'authenticité de l'acte concerne l'obligation éventuelle d'une légalisation telle que prévue à l'article 30 du Codip.

Par conséquent, par application de l'article 27, outre le respect de l'ordre public international belge et l'absence de fraude à la loi, les autorités belges saisies d'une demande de reconnaissance d'un acte établi à l'étranger vérifient le respect des conditions posées par la loi qui aurait été appliquée si l'acte avait été établi en Belgique. Dans ce cadre, la rencontre avec le droit étranger a donc lieu dans les mêmes hypothèses que celles prévues lors de l'établissement des actes en Belgique. Il s'agit de ce que l'on nomme le 'test conflictuel', lequel fait l'objet d'un large débat en doctrine, notamment sous l'angle des droits fondamentaux⁽⁵⁴⁰⁾.

En ce qui concerne la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères, le contrôle est plus souple. En vertu de l'article 22 du Codip, elles sont reconnues de plein droit en Belgique pour autant qu'aucun motif de refus de reconnaissance énoncé à l'article 25 du même Code ne soit rencontré. Ces motifs de refus de reconnaissance ont trait, notamment, à l'ordre public, aux droits de la défense, à la fraude à la loi et au caractère définitif de la décision. Contrairement au régime de la reconnaissance des actes authentiques étrangers, la décision judiciaire étrangère n'est pas soumise au contrôle du droit applicable.

Elle ne peut, par ailleurs, faire l'objet d'une révision au fond. La révision au fond consiste à « *examiner [le jugement étranger] sous le double rapport de l'appréciation des faits et de l'application du droit* »⁽⁵⁴¹⁾. Le pouvoir de révision accorde donc au juge de la reconnaissance un très large pouvoir d'appréciation puisqu'il est tenu de contrôler la manière dont la juridiction d'origine a tranché les points de fait et de droit qui lui étaient soumis. Une interprétation plus restrictive de la notion en donne un contenu quelque peu différent : vérifier

⁵³⁹ L'ordre public vise, dans cette hypothèse, la loi qui a été appliquée par l'autorité étrangère qui a reçu l'acte. Voyez sur ce point, J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken*, Bruges, La Chartre, 2012, pp. 311 et suiv.

⁵⁴⁰ Voyez sur ce point la thèse de S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen. De l'émergence d'un droit fondamental à l'élaboration d'une méthode de la reconnaissance*, Thèse dactyl., ULG-ULB, 2016, 753 p.

⁵⁴¹ L. BARNICH, *Les actes juridiques en droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 111. L'auteur détaille la portée exacte de la révision au fond, laquelle est sujette à discussion. Selon une conception large, le juge doit rejurer comme s'il n'y avait pas de jugement. Dans une définition plus restrictive, il ne s'agit pas de juger à nouveau mais d'apprécier les conditions de la reconnaissance à la lumière du jugement mais aussi des circonstances de l'espèce. Voyez aussi : J. VANANROYE, « De 'Révision au fond' herbekeken buitenlandse vonnissen in Belgische rechtsorde buiten verdrag », *RGDC*, 1997/5, pp. 374 et suiv.

que les règles de droit international privé appliquées correspondent à celles qui auraient été retenues dans l'État d'origine (⁵⁴²). En ce qui concerne les décisions judiciaires, la révision au fond est donc abandonnée en droit international privé belge.

En cas de refus de reconnaissance d'un acte ou d'une décision, un recours est ouvert devant le tribunal de première instance (⁵⁴³) de manière principale ou incidente (⁵⁴⁴).

Mettant en œuvre ces dispositions du Codip, les autorités administratives et les juridictions belges appliquent le droit étranger ou donnent effet à divers actes établis en dehors du territoire belge. Sur la base d'une analyse de jurisprudence relative au droit marocain et aux institutions de la filiation sélectionnées, nous avons analysé les aspects de droit étranger qui, par ce biais, pénètrent ou tentent de pénétrer l'ordre juridique belge.

168. Concluons, pour terminer cet aperçu général des règles de droit international privé, par un mot sur le conflit positif de nationalité dès lors que la question de l'accueil du droit étranger dans l'ordre juridique belge se pose principalement lorsque les personnes concernées par une situation familiale soumise aux autorités belges ne possèdent pas la nationalité belge.

Une remarque générale peut être faite lorsque l'on traite de l'application de loi nationale : le binational, possédant la nationalité belge, sera soumis à la loi belge.

Cette prévalence accordée à la nationalité belge est légalement consacrée dans le cadre du règlement, par le Code de droit international privé, du conflit positif de nationalité. Lorsque l'un des époux, ou les deux, possède plus d'une nationalité, le Codip donne la préférence à la nationalité belge (⁵⁴⁵) ou, à défaut de nationalité belge, à la nationalité de l'État avec lequel l'intéressé entretient les liens les plus étroits (⁵⁴⁶). Par exemple, si l'un des conjoints possède tant la nationalité belge que la nationalité marocaine, les autorités belges retiennent la nationalité belge lors de l'analyse du droit applicable en Belgique ou à l'occasion du contrôle conflictuel (⁵⁴⁷). Cette priorité donnée à la nationalité belge dans la détermination du droit

⁵⁴² F. RIGAUX ET M. FALLON, *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 429, n°10.13.

⁵⁴³ Article 23 du Codip.

⁵⁴⁴ Article 22 du Codip.

⁵⁴⁵ En contexte européen, cette primauté systématique est critiquée par la Cour de Justice de l'UE. Voyez par exemple : CJUE, C-148/02, *Garcia Avello c. État belge*, *Jur.*, 2003, I, 11613 ; CJUE, C-168-08, *Hadadi c. Hadadi*, *Jur.*, 2009, I, 6871.

⁵⁴⁶ Article 3 du Codip. La disposition s'inspire de la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, signée à La Haye, le 12 avril 1930. La prévalence de la nationalité de l'État du for constituait une faculté offerte aux États par l'article 3 de la Convention. Le Codip en fait une règle impérative. Sur les conflits de nationalités, voyez : J. BASEDOW, « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 2010, p. 427 et suiv. et P. WAUTELET, « L'option de loi et les binationaux : peut-on dépasser le conflit de nationalités ? », *R.G.D.C.*, 2012, pp. 414 et suiv.

⁵⁴⁷ Voyez par exemple : Bruxelles, 16 octobre 2008, *Act. dr. fam.*, 2009/7, 131, note J. FIERENS : « *Il convient donc de faire application du droit marocain en ce qui concerne monsieur B. et du droit belge en ce qui concerne*

applicable pourrait néanmoins être écartée au moyen de la clause d'exception, inscrite à l'article 19 du Codip. Dans une telle hypothèse, le droit d'un État avec lequel la situation présente des liens plus étroits peut être appliqué.

Si une personne possède deux nationalités étrangères, l'autorité belge saisie de la demande déterminera l'État avec lequel l'intéressé entretient les liens les plus étroits⁽⁵⁴⁸⁾. À cet égard, aucun critère n'est prédéterminé pour évaluer la proximité des liens avec l'un des États concernés, ce qui entraîne des pratiques divergentes. Ainsi, certaines communes considèrent la nationalité d'un État de l'Union européenne comme systématiquement prédominante tandis que d'autres laissent aux intéressés la possibilité de choisir celle qu'ils estiment la plus effective⁽⁵⁴⁹⁾. Les critères appliqués par les juridictions ne sont pas plus clairs et relèvent d'une évaluation entièrement factuelle⁽⁵⁵⁰⁾.

Il est cependant interdit aux États membres de refuser le bénéfice du droit européen aux personnes possédant, à côté de la nationalité d'un État tiers ou de la nationalité du for, une nationalité européenne⁽⁵⁵¹⁾. Cette précision nous intéresse puisqu'un ressortissant marocain peut également posséder la nationalité d'un autre Etat membre de l'Union européenne.

madame M. ; l'officier de l'état civil fait en effet observer à juste titre qu'en vertu de l'article 3, § 2, du Code de droit international privé, lorsqu'une personne a plusieurs nationalités, dont la nationalité belge, c'est cette dernière qu'il convient de prendre en considération pour l'application des dispositions de ce code ». Voyez aussi Civ. Bruxelles, 10 février 2009, *J.L.M.B.*, 2010/7, p. 325. *Contra* : le Tribunal de première instance d'Ypres, dans une décision du 20 juin 2007, analyse la nationalité la plus effective d'un belgo-marocain dans le cadre d'une demande de reconnaissance de mariage. Après avoir rappelé que la nationalité belge primait en cas de double nationalité, le tribunal s'intéresse aux liens de l'intéressé avec la Belgique sur la base de différents éléments : résidence habituelle, lieu des intérêts socio-économiques, pour considérer que la nationalité belge est également la plus effective. Ce raisonnement pose question (Civ. Ypres, 20 juin 2007, R.G. : 07/1964, *inédit*). Notons cependant que la Cour de cassation, dans un arrêt du 4 décembre 2009, a retenu une nationalité commune entre un belgo-marocain et une marocaine en matière de droit applicable aux régimes matrimoniaux dans une affaire non encore soumise au Codip (Cass., 4 décembre 2009, *R.T.D.F.*, 2010/2, pp. 718 et suiv., obs. J.-L. VAN BOXSTAEL).

⁵⁴⁸ Ces liens étroits dépendent d'éléments de fait tels la résidence habituelle, la nationalité inscrite au registre, la connaissance de la langue, ...

⁵⁴⁹ H. ENGLERT et J. DE MEYER, « Table ronde 2 : L'application du droit étranger et le rattachement à la loi nationale en DIP », in *Loi et pratique en DIP familial*, J. VERHELLEN (dir.), Bruges, La Charte, 2013, pp. 21-22.

⁵⁵⁰ Par exemple, la Cour d'appel de Liège, dans une décision du 9 juin 2009, a retenu la nationalité française en tant que nationalité la plus effective pour un époux franco-marocain en se basant sur les raisons suivantes : « c'est avec la France qu'il y a les liens les plus étroits puisqu'il [l'époux] y a vécu une grande partie de sa vie, ne retournant au Maroc qu'épisodiquement pour visiter sa famille, et que même dans ces circonstances il se servait de son passeport français ; il s'est marié en France où il a vécu plusieurs années avec sa première épouse et s'il s'est ensuite marié au Maroc une troisième fois, il a continué à avoir sa résidence principale en France puis en Belgique où le séjour lui a été ouvert parce qu'il a fait prévaloir sa nationalité française » (Liège, 9 juin 2009, *J.L.M.B.*, 2010/38, p. 1795, note P. WAUTELET).

⁵⁵¹ Voyez : CJUE, 7 juillet 1992, *Micheletti et autres c/ Delegación del Gobierno en Catabria*, Affaire C-369/90 ; CJUE, C-148/02, *Garcia Avello c. État belge*, *Jur.*, 2003, I, 11613 ; CJUE, C-168-08, *Hadadi c. Hadadi*, *Jur.*, 2009, I, 6871.

Chapitre 2 *Les critères d'accueil du droit marocain de la famille en Belgique (étude de cas n° 1)*

169. La première partie de ce chapitre consacré à la famille internationale a pour objectif d'analyser l'accueil réservé aux règles du droit marocain de la famille dans l'ordre juridique belge. Cette étude vise tant le stade de l'application du droit marocain en Belgique que celui de sa réception lors de la reconnaissance d'un acte établi au Maroc ⁽⁵⁵²⁾.

De l'analyse de la perméabilité de l'ordre juridique belge au droit marocain de la famille, nous avons relevé trois critères généraux. Ces critères, induits à partir de l'étude de la jurisprudence recueillie sur les différentes questions du statut personnel, reflètent, dans une large mesure, nous semble-t-il, la politique d'accueil du droit marocain dans l'ordre juridique belge.

Il s'agit, d'abord, de la recherche de symétrie entre le droit marocain et le droit belge, c'est-à-dire la lecture du droit étranger à l'aune du droit belge, symétrie poussée parfois à l'excès au prix de certains ajustements (Section I). Il s'agit ensuite du dépeçage institutionnel, que nous avons relevé au départ d'une analyse des critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public international aux différentes institutions de droit marocain (Section II). Il s'agit, enfin, de l'instrumentalisation des techniques de droit international privé à des fins matérielles, instrumentalisation que nous avons repérée lors de la mise en œuvre des exceptions de fraude à la loi et d'ordre public international ou en matière de la qualification (Section III). Nous concluons, pour terminer cette section, sur l'ouverture de l'ordre juridique belge au droit marocain de la famille au regard des principes que nous avons dégagés du droit familial belge (Section IV).

Section I | La recherche de symétrie entre le droit marocain et le droit belge

170. Les règles du droit marocain qui semblent très proches du droit belge sont acceptées sans difficulté. Pour cause, dès lors que dans la mise en œuvre des règles de droit international privé chaque question est traitée de manière autonome, une série de dispositions ne soulèvent aucune objection au stade de l'accueil dans l'ordre juridique belge. Ces dispositions sont appliquées en raison de leur symétrie avec le droit belge, c'est-à-dire de l'identité de la réponse apportée par le droit, marocain et belge, à une situation.

Le droit marocain n'est donc pas rejeté en bloc, même s'il organise un système de relations familiales fondé sur un modèle encore largement patriarcal et relativement inégalitaire,

⁵⁵² Sur la base du droit marocain.

malgré la réforme de 2004 qui a insufflé de nombreux changements à cet égard (voir n°160), et est très différent du droit belge.

Toutefois, l'accueil du droit marocain se fait parfois au prix de l'isolement des dispositions de leur contexte ou d'une distorsion de leur interprétation, ce qui permet d'appliquer ce droit à *la belge*. Nous allons, dans un premier temps, nous attacher aux dispositions du droit marocain considérées comme correspondantes au droit belge (§1) et, ensuite, à celles dont l'interprétation à l'aune du droit belge en dénature le sens (§2).

§ 1 Le droit marocain correspond au droit belge

171. Un certain nombre de règles de droit marocain intègrent l'ordre juridique belge sans susciter de réelles questions. Par conséquent, peu de jurisprudence en atteste, à défaut de contestation en la matière. Le principe est évident : le droit étranger qui correspond aux règles du droit belge est appliqué en Belgique lorsqu'il est désigné par le critère de rattachement applicable. Il est également accepté lorsqu'il a présidé à l'établissement d'un acte à l'étranger dont la reconnaissance est demandée en Belgique.

Nous allons relever ces règles, même si leur réception semble évidente. La mise en lumière des dispositions du droit marocain accueillies en Belgique est intéressante car elle permet de constater, d'une part, que la concordance avec le droit belge est largement provoquée par la technique même du droit international privé qui implique une analyse isolée de chaque question posée. Elle permet, d'autre part, de constater, que cet isolement du système global du droit étranger, par une réception de rapports de droit spécifiques, dénature parfois le droit étranger.

I. La correspondance par ressemblance : exemples en matière de divorce

172. Depuis la réforme du droit marocain de la famille, deux procédures de divorce marocaines ressemblent fortement à celles du droit belge. Elles doivent donc pouvoir être appliquées ou reconnues en Belgique.

En matière de divorce, le droit international privé belge désigne généralement l'application du droit belge lorsque les époux résident en Belgique. En effet, l'article 55 du Codip, aujourd'hui remplacé par le Règlement Rome III ⁽⁵⁵³⁾, privilégie la résidence habituelle des époux comme

⁵⁵³ Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, *J.O.U.E.*, 29 décembre 2010, L 343/10.

critère de rattachement, à défaut de choix de droit applicable par les époux⁽⁵⁵⁴⁾. Cependant, sur la base de la cascade des rattachements prévue⁽⁵⁵⁵⁾, le Règlement Rome III⁽⁵⁵⁶⁾ privilégiant au demeurant le choix du droit applicable⁽⁵⁵⁷⁾, le droit marocain pourrait être plus fréquemment appliqué par les tribunaux belges. Dans la pratique, cependant, le droit marocain n'est appliqué qu'à titre exceptionnel et il n'est que peu fait usage de la faculté de choix offerte aux parties⁽⁵⁵⁸⁾.

173. Le droit marocain du divorce, profondément modifié par le Code de la famille, connaît cinq procédures de divorce distinctes. Deux d'entre elles peuvent être introduites en Belgique : le divorce pour discorde (*Chiqaq*) et le divorce par consentement mutuel. Les autres procédures se heurtent aux principes fondamentaux de l'ordre juridique belge (voir n°270 et suiv.). La même situation, sous réserve de quelques nuances, existe au stade de la reconnaissance des actes de divorce établis au Maroc⁽⁵⁵⁹⁾.

Nous allons, dans ce chapitre, analyser les procédures qui peuvent être ouvertes ou reconnues en Belgique. Nous reviendrons, par ailleurs, sur les procédures qui sont rejetées par l'ordre juridique belge (voir n°272 et suiv.). La logique qui se dégage est, à ce stade, tout à fait évidente : ce qui ressemble au droit belge ne pose pas de difficulté.

⁵⁵⁴ Article 8 du Règlement Rome III.

⁵⁵⁵ *Idem*.

⁵⁵⁶ M. FALLON, « Le nouveau droit du divorce international selon le règlement Rome III : une évolution tranquille », *R.T.D.F.*, 2/2012, pp. 291 et suiv. ; C. HENRICOT, « Droit applicable au divorce international : mise en application du règlement Rome III », *J.T.*, 2012, pp. 557 et suiv. ; A. FIORINI, « Rome III – Un modèle à suivre ? », in *La justice européenne en marche*, M. DOUCHY-OUODOT et E. GUINCHARD (dir.), Paris, *Dalloz*, 2012, pp. 79 et suiv. ; P. HAMMJE, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 2011, pp. 291 et suiv. ; B. LANGHENDRIES, « La loi applicable au divorce à l'aune du Règlement Rome III », *Rev. dr. étr.*, 2012, n°167, pp. 5 et suiv. ; M. VELLETI, E. CALO et D. BOULANGER, « La discipline européenne du divorce », *Sem. Jur., not. et imm.* n°19, 13 mai 2011, 1160 ; A. DEVERS et M. FARGE, « Le nouveau droit international privé du divorce. À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », *Sem. Jur., éd. Gén.*, n°26, 25 juin 2012, pp. 1277 et suiv. ; R. JAFFERALI, « Droit privé belge (1^{er} janvier – 31 décembre 2010), 2^{ème} partie, *J.T.*, 2011, p. 324. ; H. LETELLIER, « Le règlement Rome III : du nouveau pour les contrats de mariage ! », *Gaz. Pal.*, Mars-avril 2012, pp. 727 et suiv. ; M. REVILLARD, « Divorce des couples internationaux : choix de la loi applicable », *Rep. Not. Defrénois*, 2011/1, 39208 ; G. LARDEUX, « Rome III est mort. Vive Rome III ! », *Rec. Dalloz*, 2011, pp. 1835 et suiv. ; K. DEVOLDER, « Rome III – verordening : wanneer de 'grenze(n)loze' liefde eindigt in een echtscheiding... », *Nieuwsbrief Not.*, Octobre 2011, n°14 ; H. ENGLERT, « Actualités de droit international privé en matière de divorce et répudiation (Bruxelles IIbis, Rome III et Code de DIP) », in *Actualités en droit international privé*, A. NUYTS (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 35 et suiv.

⁵⁵⁷ Sur la base de l'article 5 du Règlement Rome III qui vient avant la cascade de critères de rattachements prévus à défaut de choix (article 8).

⁵⁵⁸ J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Bruges, Die Keure, 2012, pp. 183-199.

⁵⁵⁹ D'une manière générale, sur la dissolution du lien conjugal, voyez : C. HENRICOT, « L'application du Code marocain de la famille, à la croisée des jurisprudences belge et marocaine en matière de dissolution du mariage », *J.T.*, 2011, n° 6449, pp. 641 et suiv.

A. Le Chiqaq, divorce pour discorde de droit marocain

174. Le Code marocain de la famille a introduit, à l'article 94, une nouvelle procédure de divorce : le divorce pour discorde ou *Chiqaq*. Cette forme de divorce, qui peut être sollicitée tant par l'épouse que par l'époux, doit être prononcée par le tribunal lorsque la discorde entre époux est persistante et que la conciliation est impossible (⁵⁶⁰). Il s'agit d'une procédure qui se rapproche largement, en théorie en tous cas, de la procédure belge de divorce pour désunion irrémédiable (⁵⁶¹).

#1 Le Chiqaq prononcé par les tribunaux belges

175. Les cas d'application du droit marocain au divorce prononcé en Belgique sont, nous l'avons mentionné, exceptionnels. Le divorce pour cause de discorde ne semble cependant pas susciter de difficulté lorsqu'il est sollicité devant les juridictions belges. En témoigne la décision du Tribunal de première instance de Liège du 26 mai 2009 (⁵⁶²), dans une affaire concernant des époux de nationalité marocaine.

En l'espèce, le tribunal a fait application des articles 94 et suivants du Code marocain de la famille qui « *permettent le divorce lorsqu'il y a impossibilité de concilier les parties et que la discorde persiste* ». Selon le tribunal, la condition relative à l'impossibilité de concilier les parties était rencontrée, dans la mesure où l'épouse n'avait pas comparu à l'audience. Dès lors que les parties étaient déjà divorcées selon la loi marocaine (répudiation non reconnue en Belgique), ce qui justifiait le comportement de l'épouse qui ne souhaitait pas se présenter devant les juridictions belges, et « *le fait que le mariage n'a pas été consommé, ainsi qu'il résulte de l'acte de divorce du 7 novembre 2006, et la circonstance que l'épouse a elle-même demandé le 27 novembre 2008 qu'il soit constaté que le divorce est définitif, établissent à suffisance de droit que la discorde entre les époux persiste* ». Quant aux droits dus à l'épouse et aux enfants (⁵⁶³), le tribunal retient que le divorce a été valablement prononcé par les autorités marocaines et que, par conséquent, « *il n'y a pas lieu en Belgique de statuer sur une quelconque responsabilité des époux et, a fortiori, sur un éventuel préjudice* ». Le tribunal relève, en outre, que la femme n'a pas comparu à l'audience pour formuler de revendications sur ce point. Ce raisonnement peut surprendre puisque, dans un premier temps, le tribunal n'a pas reconnu la dissolution du mariage prononcé au Maroc, celle-ci se heurtant au prescrit de

⁵⁶⁰ Article 97 du Code marocain de la famille.

⁵⁶¹ Article 229 du Code civil belge.

⁵⁶² Civ. Liège 26 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2010/38, p. 1807, note P. WAUTELET.

⁵⁶³ En vertu des articles 83, 84 et 85 du Code marocain de la famille. Ces droits concernent le reliquat de la dot (*Sadaq*), la pension due pour la période de viduité (*Idda*), le don de consolation (*Mout'â*) et les droits à la pension alimentaire pour les enfants.

l'article 57 du Codip (voir n°272). En effet, même si une reconnaissance partielle de la décision n'est pas impossible car « *Dans la logique du droit international privé belge, ces conséquences font en effet l'objet d'un raisonnement distinct de celui du divorce* »⁽⁵⁶⁴⁾, il nous semble contestable de refuser de reconnaître un divorce étranger en ce qu'il dissout le lien conjugal, tout en admettant ses conséquences.

Cette décision est néanmoins illustrative de la possibilité d'appliquer en Belgique la procédure de *Chiqaq* prévue par le Code marocain de la famille.

À cet égard, il nous semble qu'une réserve doit être énoncée. Elle tient à la nécessité en droit marocain de tenter la conciliation des parties avant de prononcer le divorce. Si la situation détaillée ci-dessus et soumise aux juridictions belges ne posait pas de difficulté sur ce point, relevons qu'il s'agit d'une décision unique. La question de la conciliation pourrait être nettement plus problématique dans d'autres affaires. Nous pensons cependant que la possibilité pour le juge belge d'envoyer les époux en médiation peut remplir l'exigence de conciliation du droit marocain. Un constat d'échec de médiation autoriserait donc le juge belge à prononcer un *Chiqaq* en Belgique.

#2 *La reconnaissance en Belgique du Chiqaq prononcé au Maroc*

176. Une remarque préliminaire s'impose : si le *Chiqaq* semble largement utilisé au Maroc⁽⁵⁶⁵⁾, les cours et tribunaux belges sont rarement sollicités pour apprécier la validité de telles décisions dans l'ordre juridique belge. Il n'est pas aisé de déterminer la raison de cette absence de jurisprudence. Est-ce parce que les administrations belges n'opposent pas de refus à la reconnaissance de ces actes, ou parce que la population qui use de cette procédure au Maroc n'est pas celle qui possède des attaches en Belgique ou encore, est-ce pour d'autres raisons ? Nous ne pouvons, dans le cadre de cette étude, répondre à la question.

177. Quoi qu'il en soit, la réception en Belgique du divorce *Chiqaq* ne doit en théorie pas poser de grande difficulté au vu de son caractère égalitaire et judiciaire. Nous n'avons cependant recueilli que deux décisions traitant de cette problématique. Seule l'une d'entre elles nous intéresse, la seconde se limitant à constater l'incompétence du juge⁽⁵⁶⁶⁾.

⁵⁶⁴ P. WAUTELET, « Le rayonnement de la prohibition de l'accueil des répudiations étrangères », *J.L.M.B.*, 2010/38, p. 1811.

⁵⁶⁵ Voyez les statistiques officielles du Ministère de la Justice marocain et les études sociologiques recensées par C. HENRICOT, « L'application du Code marocain de la famille, à la croisée des jurisprudences belge et marocaine en matière de dissolution du mariage », *J.T.*, 2011, note n° 6, p. 642.

⁵⁶⁶ Dans une autre décision (Civ. Bruxelles, 2 décembre 2011, *R.T.D.F.*, 2012/2, p. 359), les parties avaient sollicité le tribunal afin qu'il prononce un *Chiqaq* en Belgique. Toutefois, le tribunal ne disposait pas de la compétence internationale pour connaître de l'action.

La décision qui mérite notre attention a été rendue par le juge de paix de Harelbeke le 26 mars 2009 (⁵⁶⁷), dans le cadre d'une demande introduite par l'épouse en vue d'obtenir des mesures urgentes et provisoires liées à la séparation du couple (⁵⁶⁸). À la suite du dépôt d'un jugement de divorce marocain, le juge a dû traiter de manière incidente de la question de la reconnaissance de cette décision (⁵⁶⁹), la recevabilité de la demande étant conditionnée par la circonstance que les parties étaient toujours mariées. En l'espèce, le juge a constaté que le divorce qui lui était soumis était un « *divorce irrévocable pour raison de discorde* » et a reconnu la décision étrangère au vu de l'absence de contrariété à l'ordre public et du respect des droits de la défense (⁵⁷⁰). L'action introduite par l'épouse sur la base du mariage était donc irrecevable, les parties étant valablement divorcées suite à une dissolution judiciaire et égalitaire de l'union conjugale intervenue au Maroc.

Même si la jurisprudence recensée est limitée, il semble possible de considérer que le *Chiqaq*, procédure de divorce très proche du divorce belge pour désunion irrémédiable, est accueilli en Belgique, tant au stade de son prononcé que de sa réception.

B. Le divorce par consentement mutuel de droit marocain

178. L'article 114 du Code marocain de la famille permet aux deux époux de négocier un accord pour mettre fin à leur union conjugale, avec ou sans conditions. L'acte entérinant l'accord est dressé par les *Adouls* et ensuite présenté au tribunal. Le tribunal tente, à cette occasion, de concilier les époux et, si la conciliation s'avère impossible, « *autorise que soit pris acte du divorce et qu'il soit instrumenté* ».

Dans la procédure de divorce par consentement mutuel, l'intervention du juge est limitée à une autorisation préalable d'acter le divorce auprès des *Adouls* et à une homologation de cet acte *a posteriori*.

Si la procédure est différente de celle organisée en droit belge, sur le fond, les conditions du divorce sont assez similaires dans les deux droits : accord des époux sur le divorce et ses conséquences, homologation de l'accord par le tribunal. Le divorce par consentement mutuel de droit marocain devrait donc en toute logique être accueilli sans difficulté dans l'ordre juridique belge.

⁵⁶⁷ J.P. Harelbeke, 26 mars 2009, *Revue@dipr.be*, 2010/1, p. 140.

⁵⁶⁸ Article 223 du Code civil belge.

⁵⁶⁹ Article 22, § 1, 3, du Codip.

⁵⁷⁰ Par application des articles 22 et 25 du Codip.

#1 Le divorce par consentement mutuel marocain devant les juridictions belges

179. À l'instar du divorce pour discorde, le divorce par consentement mutuel de droit marocain, similaire à celui organisé par le droit belge, peut être homologué par les juridictions belges. Nous n'avons cependant pas connaissance de décision rendue en la matière. Les époux divorçant par consentement mutuel en Belgique le font probablement sur la base du droit belge, par facilité. Le choix de droit étant autorisé en la matière (voir n°172), ce procédé ne soulève pas d'objection. Par ailleurs, les époux marocains pourront ensuite demander la reconnaissance du divorce belge au Maroc, sur la base de l'article 128 du Code marocain de la famille, pour autant que les conventions ne contiennent aucune modalité contraire à l'ordre public marocain. Ils ont donc très peu d'intérêt à soumettre leur divorce consensuel en Belgique au droit marocain.

Quoi qu'il en soit, il découle des considérations qui précèdent que le divorce par consentement mutuel peut être homologué en Belgique en vertu soit du droit belge, soit du droit marocain, de manière relativement indifférente en raison de sa correspondance, sur le fond, avec le droit belge.

#2 La reconnaissance en Belgique du divorce par consentement mutuel établi au Maroc

180. Sur le principe, rien n'empêche les autorités belges de reconnaître un divorce par consentement mutuel établi au Maroc au vu de son équivalence avec ce type de divorce en droit belge (⁵⁷¹). Une difficulté majeure peut néanmoins être rencontrée au stade de la reconnaissance. Il s'agit de la difficulté qu'éprouvent les autorités belges à qualifier les actes marocains et par conséquent à déterminer s'il s'agit bien d'un divorce par consentement mutuel dans le cas qui leur est soumis.

Lorsque les juridictions belges se prononcent sur la validité en Belgique d'un divorce marocain, elles doivent, dans un premier temps, procéder à sa qualification, c'est-à-dire déterminer quelle procédure a été suivie et principalement distinguer ce qui constitue un divorce et ce qui constitue une répudiation. En fonction de cette qualification, la réponse sera différente en termes de reconnaissance (⁵⁷²). En effet, si d'une manière générale, les décisions

⁵⁷¹ Aucune compétence exclusive n'est attribuée aux juridictions belges en matière de divorce. Dès lors, des époux marocains qui résident en Belgique peuvent, sans difficulté, demander la reconnaissance d'un divorce obtenu au Maroc (Voyez sur cette question et concernant de la jurisprudence belge relative à la reconnaissance de décisions de divorce turques : ADDE, *Guide pratique de DIP familial*, Bruxelles, mars 2009, pp. 56 et suiv.).

⁵⁷² M.-C. FOBLETS, « Het nieuwe Marokkaanse echtscheidingsrecht (2004) en Belgisch internationaal privaatrecht : nieuwe regels en hun weerslag voor Marokkanen in België », *T.Vreemd.*, 2006/4, pp. 382 et suiv. ; C. HENRICOT, « L'application du Code marocain de la famille, à la croisée des jurisprudences belge et marocaine en matière de dissolution du mariage », *J. T.*, 2011, pp. 641-651.

judiciaires étrangères sont reconnues de plein droit en Belgique, encore faut-il qu'elles ne contreviennent pas à l'un des motifs de refus de reconnaissance prévus par l'article 25 du Codip.

Par ailleurs, l'article 57 du Codip prévoit un régime dérogatoire applicable aux actes de répudiation. En vertu de cette disposition, les actes de dissolution du mariage fondés sur la volonté unilatérale du mari, sans que la femme ne dispose d'un droit égal, ne sont, sauf conditions très restrictives, pas reconnus en Belgique. Les conditions cumulatives, inscrites à l'article 57, § 2, du Codip, permettent la reconnaissance de tels actes lorsqu'ils ont été homologués par une juridiction de l'État où ils ont été établis, qu'aucun des époux n'avait la nationalité d'un État ou sa résidence dans un État dont le droit ne reconnaît pas cette forme de dissolution du mariage, que la femme a accepté de manière certaine et sans contrainte la dissolution du mariage et qu'aucun autre motif de refus général de reconnaissance des décisions judiciaires étrangères ne s'oppose à la reconnaissance.

Pour être reconnu en Belgique, l'acte de répudiation doit donc satisfaire à la fois aux conditions de l'article 57 et à celles de l'article 25 du Codip⁽⁵⁷³⁾. Par conséquent, la qualification de l'acte emporte des conséquences fondamentales quant aux effets qu'il recevra en Belgique.

La qualification des actes marocains est certes essentielle, mais elle est loin d'être évidente. La pratique nous enseigne que les divorces marocains peuvent porter des noms différents sans que la procédure suivie ne soit clairement identifiable. Par exemple, l'acte peut être intitulé : *acte de divorce avant consommation du mariage consensuel, divorce par consentement mutuel avant consommation du mariage, acte de divorce moyennant compensation (Khol'e), acte de répudiation, acte de répudiation par consentement mutuel avant consommation du mariage, acte de divorce à l'amiable, divorce judiciaire par jugement consensuel, acte de témoignage justifiant le divorce*⁽⁵⁷⁴⁾.

Il s'ensuit que l'étape de la qualification ne se fait pas sans peine, d'autant que les décisions marocaines ne renvoient qu'exceptionnellement aux dispositions du Code marocain de la famille sur lesquelles elles sont basées⁽⁵⁷⁵⁾. Afin de déterminer la procédure de divorce suivie

⁵⁷³ Selon M. FALLON, les deux premiers motifs de refus de reconnaissance prévus aux points 1 et 2 de l'article 25 du Codip (absence de contrariété à l'ordre public et respect des droits de la défense) auront déjà été vérifiés lors de l'analyse de l'acte au regard de l'article 57 du Codip, voyez M. FALLON, note sous Civ. Liège, 26 juin 2009, *R.T.D.F.*, 2010/4, p. 1079. Il s'agit cependant d'un ordre public apprécié sur la base de critère abstrait et préétablis.

⁵⁷⁴ Divers magistrats font d'ailleurs part de leurs difficultés sur cette question de qualification : « *Ces dossiers [la reconnaissance des divorces étrangers] sont les plus difficiles, surtout les divorces venant du Maroc. Les documents déposés sont divers et, en outre, il existe des différences entre les traductions néerlandaises et françaises [...]. Dans certains cas, toutes sortes de documents sont produits : des actes des Adouls, des attestations mentionnant que la décision est définitive, des traductions diverses, etc. Comment pouvons-nous comprendre de quoi il s'agit ?* » (Extrait d'une interview, voyez J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk, op.cit.*, pp. 446-447).

⁵⁷⁵ Parfois cependant l'erreur de qualification est grossière comme il ressort d'un arrêt du Conseil du contentieux des étrangers du 4 septembre 2009. En l'espèce, le Conseil a annulé une décision de refus de visa pour défaut de

au Maroc, les autorités belges doivent étudier le contenu de l'acte et ne pas se limiter à son intitulé.

Plus précisément, concernant le divorce par consentement mutuel, la problématique vient du fait qu'il est particulièrement complexe de le distinguer du *Khol*, divorce moyennant compensation. Selon l'article 115 du Code marocain de la famille, les époux peuvent convenir de divorcer par *Khol*, « conformément aux dispositions de l'article 114 ». La procédure suivie dans le cadre du divorce moyennant compensation est, par conséquent, identique à la procédure suivie pour le divorce par consentement mutuel. Une différence existe toutefois quant à l'introduction de l'action, laquelle est conjointe dans le divorce par consentement mutuel et unilatérale pour le *Khol* (la femme ayant reçu, dans cette dernière hypothèse, l'autorisation de son mari de divorcer). Sur le fond, la distinction entre ces deux types de divorce réside dans la compensation payée par la femme afin d'obtenir le *Khol*.

Les autorités belges éprouvent des difficultés à distinguer, sur la base des documents qui leur sont soumis, s'il s'agit d'un divorce par consentement mutuel ou d'un *Khol*. La confusion découle, nous l'avons dit, principalement de la formulation de l'article 115 du Code marocain de la famille qui prévoit que les époux peuvent convenir de divorcer par *Khol*, conformément aux dispositions de l'article 114 relatif au divorce par consentement mutuel. La procédure suivie ne permet donc généralement pas de trancher la question de la qualification de l'acte (⁵⁷⁶). Par ailleurs, lorsqu'une référence aux dispositions légales marocaines figure sur la

motivation. L'Office des étrangers avait invoqué l'article 57 du Codip pour refuser de prendre en compte le divorce intervenu au Maroc : la partie concernée avait divorcé sous la forme d'un acte constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit légal. Selon le Conseil du contentieux des étrangers, l'Office des étrangers « n'a pas procédé à un examen sérieux de l'affaire ». En effet, l'acte de divorce, versé au dossier administratif, « porte l'en-tête du 'Tribunal de Première Instance de Sidi Slimane – Section Notariale' et comporte le dispositif suivant « Le Tribunal a rendu en audience publique, [...], le jugement contradictoire à l'égard de la demanderesse et par défaut à l'égard du défendeur ». Il s'agissait d'un « seul divorce irrévocable pour absence du mari ». Au vu de ces constatations et en l'absence de toute explication à cet égard, le Conseil a estimé « qu'il ne peut être exclu que la partie défenderesse ait commis une erreur de qualification de l'acte de divorce » (CCE, 4 septembre 2009, *Rev. dr. étr.*, 2009, n° 154, p. 375).

⁵⁷⁶ Dans une décision de Tribunal de première instance de Gand, le juge a insisté sur le fait que : « dans la pratique il n'est pas facile de distinguer le divorce par consentement mutuel et le *khol*. Beaucoup d'actes/décisions marocains correspondent, au niveau du contenu, à un divorce par consentement mutuel (les époux déposent conjointement la requête en divorce, il y a un accord sur les modalités spécifiques (ex : pension alimentaire). Cependant, en ce qui concerne la procédure, c'est celle du *khol* qui est suivie (autorisation judiciaire de divorcer, établissement de l'acte de divorce par les *Adouls* et ensuite homologation de l'acte par le tribunal). Le Code marocain de la famille permet que cette procédure soit également utilisée pour le divorce par consentement mutuel. L'article 114 du Code marocain de la famille est plutôt succinct en ce qui concerne la procédure [...] le tribunal autorise que soit pris acte du divorce et qu'il soit instrumenté ». Selon le juge cité, la référence aux dispositions légales du Code marocain apporterait plus de clarté : « Lorsqu'il y a une référence à l'article 114 du Code marocain de la famille, il est clair qu'il ne faut pas appliquer les critères stricts de l'article 57 du Codip ». En l'espèce, le juge a qualifié de divorce par consentement mutuel un acte qui comportait une référence aux articles 78 et suivants du Code marocain de la famille relatifs au divorce sous contrôle judiciaire. Pour arriver à cette conclusion, le tribunal a fait ressortir du contenu de l'acte que les époux ont demandé conjointement le divorce et qu'il ne s'agissait pas d'une requête unilatérale émanant du mari, que les époux étaient d'accord sur l'ensemble des modalités du divorce et qu'il n'y avait ni désavantage pour

décision, la qualification n'est pas plus aisée pour autant. En témoigne la décision de la Cour d'appel de Bruxelles, tenue de se prononcer sur la reconnaissance d'un « *acte portant divorce définitif* » se référant à l'article 115 du Code marocain de la famille. En l'espèce, la Cour a considéré que cette mention ne suffisait pas pour qualifier l'acte de divorce par *Khol* puisque « *La demande des parties devant le juge marocain a [...] été introduite conjointement et ne résulte pas d'un acte constatant la volonté unilatérale de l'époux de dissoudre le mariage sans que son épouse n'ait disposé d'un droit égal* »⁽⁵⁷⁷⁾.

Outre l'identité de procédure entre le *Khol* et le divorce par consentement mutuel, une partie de la problématique relative à la qualification est également liée à la traduction du Code marocain de la famille. La traduction officielle française utilise les termes de '*divorce par consentement mutuel*' (article 114) et de '*divorce par Khol/moyennant compensation*' (article 115). La traduction néerlandaise – non officielle – contient '*verstoting met overeenstemming*', qui correspond à '*répudiation par consentement mutuel*' (article 114) et '*verstoting tegen compensatie of Khol*', soit '*répudiation moyennant compensation ou Khol*' (article 115). La version arabe utilise le terme '*Talak*' dans les deux cas. L'usage des différentes expressions augmente la confusion pour les praticiens belges, d'autant que le Codip, comme nous l'avons souligné, les oblige à distinguer le divorce de la répudiation⁽⁵⁷⁸⁾.

l'épouse ni pression exercée à son encontre (Civ. Gand, 4 décembre 2008, *Revue@dip.be*, 2010/1, p. 131. Traduction libre). Cette démarche doit selon nous être approuvée.

⁵⁷⁷ Bruxelles 30 avril 2009, *R.T.D.F.*, 2011/1, p. 50.

⁵⁷⁸ À cet égard, le Tribunal de première instance de Gand rappelle que l'intervention des *Adouls* ou du tribunal n'est pas un critère déterminant pour distinguer les différentes procédures de divorce et que les différences entre les traductions néerlandaise et française de l'acte compliquent la tâche du tribunal (Civ. Gand, 12 mars 2009, *Revue@dip.be*, 2010, n° 1, p. 120). Le Tribunal de première instance de Liège s'est également prononcé sur cette question. Il a jugé, dans le même sens, que l'utilisation du terme 'répudiation' n'était pas déterminant : « *les traductions produites utilisent encore parfois le mot répudiation qui évoque ce type de dissolution unilatérale et ont pu fourvoyer les autorités dans leur appréciation. Cependant, il faut constater d'une part, qu'à d'autres endroits de l'acte c'est le mot divorce qui est employé, ce qui permet de penser que ces termes ont le même sens ou qu'à tout le moins, le traducteur les utilise l'un pour l'autre et que, d'autre part, quel que soit le mot – divorce ou répudiation – employé, il est toujours suivi des mots 'par consentement mutuel', l'acte précisant qu'il s'agit d'une répudiation simple irrévocable conformément au droit régissant la répudiation par consentement mutuel* ». En l'espèce, le tribunal a qualifié la dissolution du lien conjugal de divorce par consentement mutuel, les conditions de l'article 114 du Code marocain de la famille ayant été respectées : les deux époux ont déposé au tribunal « *une requête en vue d'obtenir l'autorisation de faire instrumenter leur acte de répudiation par consentement mutuel par deux adouls* », le tribunal a ensuite autorisé les époux « *à divorcer et à faire instrumenter leur divorce par consentement mutuel par deux adouls* », l'épouse et le mandataire de l'époux ont comparu devant le juge et « *les parties ont convenu à ce qu'ils dissolvent les liens conjugaux entre eux* ». Dans cette affaire, le Tribunal de première instance de Liège s'est prononcé sur la renonciation par l'épouse à ses droits (don de consolation et pension alimentaire) et a jugé que « *cette renonciation n'entraîne pas que ce divorce perd sa qualité de divorce par consentement mutuel d'autant qu'en droit marocain le secours alimentaire est limité au délai de viduité, ce qui relativise l'importance de cette renonciation* ». Sur ce point, le juge a estimé qu'en droit belge l'épouse « *a la même faculté de renoncer à une pension alimentaire dans le cadre des conventions préalables à divorce par consentement mutuel, ce qui exclut que cette renonciation soit contraire à notre ordre public* ». Toujours selon le tribunal belge, l'acte marocain de dissolution du mariage ne constituait pas un divorce basé sur la volonté unilatérale du mari dès lors que « *l'épouse a un droit égal à celui-ci puisque la requête a été déposée par les deux époux et qu'ils ont signé ensemble une convention [...], avalisée*

Puisque les termes de l'acte ne sont pas déterminants, pas plus que les modalités de la procédure, et que seul le contenu de celui-ci permet de déterminer si le divorce est homologué par consentement mutuel ou par *Khol*, la qualification du divorce est l'occasion pour les autorités belges d'user d'un large pouvoir d'appréciation. Le Tribunal de première instance de Bruxelles, se référant à la requête introductive d'instance, donne une illustration de cet examen : « *si les formules de la traduction de l'acte de divorce de la requérante laissent explicitement apparaître le terme répudiation, cela ne suffit pas à qualifier le divorce comme tel dès lors qu'aucune disposition du Code marocain ne connaît de la répudiation ; Qu'ainsi, l'introduction de la procédure de divorce a été effectuée conjointement par les deux époux, alors que le divorce sous contrôle judiciaire (Talak) s'introduit en principe de façon unilatérale par le mari ; Que l'acte de divorce mentionne également l'acceptation de l'épouse ; (...) Qu'il n'est pas manifeste qu'il s'agisse d'un acte constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal* »⁽⁵⁷⁹⁾. L'analyse minutieuse de l'acte permet généralement de rattacher celui-ci à l'une des procédures du Code marocain de la famille. Parfois, cependant, la possibilité de détermination du type de divorce prononcé par les autorités marocaines laisse dubitatif et l'officier de l'état civil belge, ou toute autre autorité saisie de la demande de reconnaissance, peine à identifier l'acte. Dans cet espace d'incompréhension un pouvoir d'appréciation se fait jour, dès lors qu'une décision sur la reconnaissance de l'acte doit être rendue.

Le fait que la procédure de divorce par consentement mutuel soit très différente au Maroc de celle connue en Belgique emporte donc des premières difficultés au stade de la reconnaissance.

181. Toutefois, il ne fait aucun doute que le *Chiqaq* et le divorce par consentement mutuel marocain, correctement qualifiés, peuvent être reconnus en Belgique. La rareté de la jurisprudence recensée à cet égard en constitue probablement une illustration. En effet, les administrations belges, premières autorités saisies des demandes de reconnaissance, ont la possibilité d'y répondre sans qu'aucune procédure judiciaire ne soit nécessaire⁽⁵⁸⁰⁾. Aucun motif de refus de reconnaissance n'étant a priori susceptible d'être invoqué, la saisine du tribunal demeure exceptionnelle en la matière.

L'accueil en Belgique de ces deux modalités marocaines de rupture du lien conjugal repose certainement sur leur caractère égalitaire et judiciaire. Nous avons vu que le divorce de droit belge fut, au cours du temps, largement facilité et que, mis à part un contrôle par le juge, les conditions ont été très largement assouplies et tiennent désormais uniquement à la séparation de fait⁽⁵⁸¹⁾ (voir n°124). Par ailleurs, il est certain que le caractère égalitaire des procédures

par le tribunal qui les a autorisés à instrumenter leur divorce sur cette base, l'épouse étant personnellement présente aux deux étapes de la procédure » (Civ. Liège, 15 octobre 2010, R.G. : 10/968/B, inédit).

⁵⁷⁹ Civ. Bruxelles, 19 mai 2008, *Rev. dr. étr.*, 2008, n° 148, pp. 289 et suiv.

⁵⁸⁰ En vertu de l'article 27 du Codip, toute autorité est en effet compétente pour se prononcer sur la reconnaissance d'un acte authentique étranger.

⁵⁸¹ 6 mois ou 1 an de séparation si le divorce n'est pas un divorce par consentement mutuel.

est un critère déterminant permettant l'accès à l'ordre juridique belge, comme en témoigne l'introduction dans le Codip de la règle contenue à l'article 57. En outre, l'évidente ressemblance entre ces deux procédures de droit marocain et celles de droit belge favorise très probablement le peu de discussion à cet égard.

II. La correspondance par isolement de la disposition légale : exemples en matière de filiation

182. La technique du droit international privé qui morcelle le statut personnel en désignant des critères de rattachement distincts selon le rapport de droit en cause permet l'application du droit étranger indépendamment du système de relations global. Certaines dispositions de droit étranger sont donc appliquées parce qu'elles correspondent au droit belge lorsqu'elles sont isolées de leur contexte. C'est le cas de certaines règles du droit marocain de la filiation.

En vertu de l'article 62, § 1^{er}, du Codip, l'établissement et la contestation de paternité ou de maternité d'une personne sont régis par le droit de l'État dont elle a la nationalité. Il s'agit, par conséquent, d'une matière très fréquemment soumise au droit marocain lorsque l'auteur de l'enfant possède la nationalité marocaine.

L'accueil en Belgique du droit marocain de la filiation, dans la mesure où il distingue la filiation légitime de la filiation illégitime, fait l'objet de nombreuses réserves de la part des juridictions belges (⁵⁸²) (voir n°299 et suiv.). Certaines règles sont cependant appliquées sans difficulté en Belgique car elles sont détachées du système global dans lequel elles s'insèrent.

A. La présomption de paternité de droit marocain

183. En vertu du Code marocain de la famille, il découle du mariage une présomption de paternité à l'égard du mari de la mère. L'article 151 de ce Code prévoit explicitement que la filiation paternelle s'établit par présomption en cas de rapports conjugaux et ne peut être désavouée que par une décision judiciaire.

Les conditions de cette présomption légale de paternité sont les suivantes : l'enfant doit être né au moins dans les six mois qui suivent la date de conclusion du mariage ou durant l'année qui suit la date de la séparation (⁵⁸³).

⁵⁸² Pour une analyse des liens entre le droit belge et le droit marocain de la filiation avant la réforme du Code marocain de la famille et l'entrée en vigueur du Codip, voyez : V. VAN DEN EECKHOUT, « Voyage sur les canaux du droit international privé belge et marocain : le gouvernail de la filiation paternelle dans le mariage », *Rev. dr. étr.*, 1996, n° 89, pp. 317 et suiv.

⁵⁸³ Article 154 du Code marocain de la famille.

184. Ces règles, relativement proches du droit belge, ne semblent pas poser de difficulté en pratique. Ainsi, le Tribunal de première instance de Liège a ordonné la rectification de l'acte de naissance de l'enfant, une fois le mariage des parents reconnu, afin d'y inscrire le lien de filiation paternel découlant de la présomption de paternité. Selon le tribunal, la situation est simple : « *Le droit marocain prévoit la présomption de paternité du mari de la mère. L'acte doit donc être corrigé pour la faire apparaître* »⁽⁵⁸⁴⁾.

Autre cas d'application, dans un jugement du 10 décembre 2010, dans lequel le Tribunal de première instance de Liège a requalifié une action en contestation de paternité en action en rectification de l'acte de naissance, la présomption de paternité du droit marocain ayant été appliquée à tort. En l'espèce, l'enfant était né quatre mois et demi après le mariage et, sur la base du droit marocain, la présomption de paternité du mari de la mère n'aurait donc pas dû être mise en œuvre. Le juge se réfère à l'article 154 du Code de la famille marocain et cite également le Guide pratique du Code de la famille pour confirmer son interprétation. Selon le Guide pratique : « *La filiation paternelle de l'enfant est établie par la cohabitation conjugale (AL FIRACH) si l'enfant est né après les six mois suivant la date de l'acte de mariage et qu'il y a eu une possibilité de relation. Elle peut également être établie par la cohabitation si l'enfant est né au cours de l'année à partir de la date à laquelle l'union a pris fin. Le mariage valable et le mariage vicié produisent les mêmes effets pour l'établissement de la filiation lorsque la naissance a lieu au cours de la période fixée par la loi* »⁽⁵⁸⁵⁾. Il n'y avait donc pas lieu de contester la paternité du mari de la mère mais simplement de corriger le lien de filiation inscrit erronément.

Le droit belge connaît le mécanisme de la présomption de paternité. Aucune difficulté ne se pose au stade de l'application de la présomption de paternité de droit marocain.

185. Observations quant à la résidence des époux dans des États distincts. Une difficulté spécifique a été relevée lorsque les époux ne résident pas dans le même État, par exemple dans l'attente d'une décision de l'Office des étrangers sur une demande de visa regroupement familial. Dès lors que le droit belge fait tomber la présomption de paternité à l'égard du mari de la mère si les époux ne résident pas à la même adresse, à moins que ceux-ci n'aient fait une déclaration conjointe lors de la déclaration de naissance en vue de la maintenir⁽⁵⁸⁶⁾, le SPF affaires étrangères a estimé pouvoir appliquer cette disposition dans l'hypothèse où les époux n'avaient jamais résidé ensemble en Belgique. Le lien de filiation n'étant pas établi à l'égard du mari de la mère, l'enfant ne pouvait, par voie de conséquence, pas bénéficier de la nationalité belge de celui-ci ou du droit au regroupement familial sans que des démarches spécifiques et

⁵⁸⁴ Civ. Liège, 18 février 2011, R.G. : 10/922/B, *inédit*.

⁵⁸⁵ Civ. Liège, 10 décembre 2010, R.G. : 10/5461/A, *inédit*.

⁵⁸⁶ Sur la base de l'article 316*bis*, 2°, du Code civil.

parfois laborieuses au niveau administratif ne soient effectuées⁽⁵⁸⁷⁾. Cette interprétation de la loi fut contestée par le médiateur fédéral⁽⁵⁸⁸⁾. La circulaire du 20 novembre 2014 complétant la circulaire du 7 mai 2007 relative à la loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci⁽⁵⁸⁹⁾ a désormais clarifié la situation : l'exception à la présomption de paternité est de stricte interprétation et vise les cas de séparation. L'article 316bis, 2°, du Code civil ne concerne pas les époux qui n'ont jamais résidé à la même adresse. Dans cette dernière hypothèse, la présomption de paternité doit être maintenue. Si cette problématique est résolue, elle devait néanmoins être mentionnée car elle illustre les obstacles que peuvent rencontrer les familles internationales du seul fait que les questions d'état civil se posent dans le cadre d'une situation de migration.

B. La contestation de paternité de droit marocain

186. En vertu de l'article 153 du Code marocain de la famille, le mari est autorisé à contester la paternité établie à son égard dans le cadre du mariage. Il doit saisir le tribunal et étayer ses prétentions. Le désaveu se prouve par le '*serment d'anathème*'⁽⁵⁹⁰⁾ ou l'expertise génétique et il faut une décision de justice pour donner effet à la contestation de paternité.

187. Si l'article 153 du Code marocain de la famille pose différentes difficultés au regard du droit belge (voir n°311 et suiv.), la possibilité pour le mari de contester sa paternité à l'égard de l'enfant et la preuve du lien de filiation par expertise génétique sont acceptées dans l'ordre juridique belge sur la base du droit marocain.

Ainsi, le Tribunal de première instance de Charleroi, dans un jugement du 24 septembre 2009, juge recevable l'action introduite moins d'un an après la connaissance de la naissance, par le mari (de nationalité marocaine) de la mère, sur la base du droit marocain. Il ordonne une expertise génétique, toujours par référence au droit marocain, afin de prouver les allégations du requérant⁽⁵⁹¹⁾. De la même manière, le Tribunal de première instance de Liège, le 8 avril 2011, reçoit la demande en contestation de paternité introduite par le mari de la mère et ordonne une expertise génétique sur la base de l'article 153 du Code marocain de la famille⁽⁵⁹²⁾. Toujours en vertu de cette disposition, le Tribunal de première instance de Liège,

⁵⁸⁷ Sur cette problématique, voyez : B. LANGHENDRIES, « La désactivation de la présomption de paternité du mari lorsque les époux sont dans l'attente de sa rejoindre : une double sanction ? », *Newsletter ADDE*, février 2013, n° 84.

⁵⁸⁸ Voyez le rapport annuel du Médiateur fédéral 2013 et son rapport intermédiaire 2013/3^{ème} trimestre : « L'état civil des belges à l'étranger et les contestations de nationalité ».

⁵⁸⁹ *M.B.*, 8 décembre 2014.

⁵⁹⁰ Par le '*serment d'anathème*', le mari atteste quatre fois que sa femme a commis l'adultère et ajoute un cinquième serment appelant sur lui la malédiction de Dieu s'il ne dit pas la vérité.

⁵⁹¹ Civ. Charleroi, 24 septembre 2009, R.G. : 07/704/B, *inédit*.

⁵⁹² Civ. Liège, 8 avril 2011, R.G. : 10/3477/A, *inédit*.

le 4 novembre 2011, accepte l'action en contestation de paternité introduite par le mari de la mère concernant un enfant né 11 mois après la transcription du divorce. Ladite disposition permet effectivement la contestation de paternité lorsque l'enfant est né dans l'année de la séparation (⁵⁹³).

Nous développerons l'application du droit marocain en ce qui concerne la preuve par expertise génétique *infra* car il s'agit d'une situation de déformation du droit marocain (voir n°216).

188. La matière de la filiation met en lumière le fait que le droit étranger est appliqué lorsqu'il entre en concordance avec le droit belge, et ce, même si sa logique est fondamentalement différente. Le droit marocain de la filiation se distingue totalement du droit belge, notamment en ce qu'il ne permet que la filiation *légitime*. Cependant, les quelques dispositions qui ressemblent à celles du droit belge en matière de présomption de paternité sont sorties de l'ensemble du système et appliquées en Belgique. Cette conclusion n'est certes pas innovante puisque l'application d'un droit similaire au droit du for doit être, selon la logique même du droit international privé, respecté. Elle permet toutefois d'objectiver la circonstance que le droit étranger n'est pas apprécié de manière globale.

III. La correspondance élargie aux principes du droit interne : exemple en matière de pension alimentaire entre ex-époux

189. De manière plus audacieuse, l'accueil du droit marocain a été autorisé en matière de pension alimentaire, s'inscrivant dans la logique de l'évolution du droit belge sur cette question.

Une multitude de situations peuvent se présenter touchant soit au devoir de secours entre époux, soit à la pension après divorce, soit encore à une obligation indépendante du mariage (⁵⁹⁴).

⁵⁹³ Civ. Liège, 4 novembre 2011, R.G. : 11/4473/A, *inédit*. La Cour d'appel de Bruxelles également, dans une décision du 4 novembre 2004, reçoit une demande de contestation de paternité en raison de la séparation des époux (Bruxelles, 4 novembre 2004, *R.T.D.F.*, 2005/3, pp. 818 et suiv.). Notons que le terme séparation est soumis à interrogations. Deux décisions récentes en témoignent : pour faire tomber la présomption de paternité lorsque l'enfant naît plus d'un an après la 'séparation', le Tribunal de première instance de Gand exige une dissolution du mariage par répudiation, divorce ou décès (Civ. Gand, 26 mars 2015, *Revue@dipr.be*, 2015, n° 2, 135. Par contre, le Tribunal de première instance de Courtrai interprète la disposition comme permettant de faire tomber la présomption suite à une séparation de fait (Civ. Courtrai, 8 mai 2014, *Revue@dipr.be*, 2014, n° 4, 70).

⁵⁹⁴ Lorsque les époux résident en Belgique, le droit belge est appliqué aux effets du mariage (en vertu de l'article 48 du Codip). La même règle vaut si les époux n'ont ni nationalité ni résidence commune. Ce n'est qu'à défaut de résidence habituelle commune en Belgique que le droit de la nationalité commune peut être appliqué. Il est donc relativement rare que le juge belge saisi d'une demande relative aux effets du mariage doive appliquer le droit marocain (hormis pour les demandes d'aliments que nous traitons ci-dessus). Il est également très rare que

En vertu des articles 3 et 5 du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur les obligations alimentaires (⁵⁹⁵), il est possible que le droit marocain soit appliqué si le créancier d'aliments réside au Maroc ou si la dernière résidence habituelle du couple était au Maroc, pour autant que la situation présente des liens plus étroits avec ce pays et si la non-application de la loi normalement applicable est demandée (⁵⁹⁶).

En matière d'obligations alimentaires entre époux, l'article 194 du Code marocain de la famille n'en prévoit qu'à charge de l'époux et en faveur de l'épouse (⁵⁹⁷). L'obligation, qui correspond en quelque sorte au devoir de secours du droit belge, est donc prévue de manière discriminatoire à l'égard du mari. Par ailleurs, la charge financière d'éducation des enfants repose également principalement sur le mari/père (⁵⁹⁸). Il est fort probable que ces règles soient écartées par les cours et tribunaux belges s'ils étaient confrontés à la demande d'un mari dans le besoin ou d'enfants à l'encontre de leur mère. Aucune jurisprudence n'a cependant été recensée sur cette question (⁵⁹⁹).

190. Par contre, la pension alimentaire après divorce a retenu notre attention dès lors qu'elle a fait l'objet d'un revirement de jurisprudence.

Auparavant, les tribunaux accordaient une pension alimentaire aux épouses marocaines et écartaient ainsi l'application du droit marocain qui ne prévoit pas une telle pension (⁶⁰⁰). La

le juge belge soit saisi d'une demande relative à la reconnaissance d'une décision marocaine sur ce point puisque cela signifierait que les époux sont encore mariés, mais vivent dans deux États différents et portent un contentieux relatif aux effets du mariage devant le tribunal, sans intention de divorcer. Une telle situation apparaît, semble-t-il, très rarement en pratique.

⁵⁹⁵ Voyez le texte sur le site : www.hcch.net

⁵⁹⁶ Notons cependant que le droit applicable à la pension alimentaire, depuis l'entrée en vigueur du Protocole de La Haye, est principalement le droit belge, la disposition générale de l'article 3 renvoyant à l'application du droit de la résidence habituelle du créancier d'aliments. Or, celui-ci réside généralement en Belgique lorsqu'il y introduit son action.

⁵⁹⁷ La *Nafaqa*.

⁵⁹⁸ En vertu de l'article 198 du Code marocain de la famille.

⁵⁹⁹ Nous n'avons pas trouvé non plus de jurisprudence française sur ce point. Par contre, il est intéressant de relever que, selon la Cour d'appel de Versailles, le droit marocain du divorce par consentement mutuel serait contraire à l'ordre public international français au motif qu'il ne permet au tribunal de refuser d'homologuer les conventions s'il apparaît un déséquilibre dans la situation matérielle, financière et patrimoniale des époux (CA Versailles, ch. 02, sect. 01, 23 janvier 2014, n°13/01641).

⁶⁰⁰ Le droit marocain ne connaît en effet que la pension durant la période de viduité et les différents droits dus à l'épouse au moment du divorce (don de consolation, reliquat de la dot...) pour compenser la perte financière induite par la séparation du couple (articles 78 et suivants du Code marocain de la famille). Voyez : Civ. Bruxelles, 31 janvier 1989, *R.T.D.F.*, 1990, p. 42, note M. FALLON ; Bruxelles, 9 mai 1989, *R.T.D.F.*, 1990, p. 37, note M. FALLON ; Bruxelles, 19 mars 1991, *Pas.*, 1991, II, p. 129 et Civ. Nivelles, 8 avril 1997, *R.T.D.F.*, 1998, p. 51 ; Civ. Anvers, 26 novembre 2002, *R.A.B.G.*, 2004, p. 491, décision dans laquelle le juge considère que la répudiation viole l'ordre public, entre autre, au motif que la femme n'a pas obtenu de pension alimentaire.

Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence par un arrêt du 18 juin 2007⁽⁶⁰¹⁾ dont il découle que la pension alimentaire après divorce n'est pas d'ordre public international belge⁽⁶⁰²⁾.

Cet arrêt concerne l'ancien article 301 du Code civil belge octroyant une pension à charge de l'un des époux afin de permettre à l'autre d'assurer son existence dans des conditions équivalentes à celles dont il bénéficiait durant la vie commune. Si la méthode peut surprendre, la Cour de cassation se prononçant sur la qualité de la règle de droit interne plutôt que sur le droit étranger applicable⁽⁶⁰³⁾, son enseignement est important lorsque l'on étudie la perméabilité de l'ordre juridique belge au droit étranger⁽⁶⁰⁴⁾. La règle de droit marocain en la matière diffère du droit belge : la pension alimentaire après divorce en droit marocain ne vaut que durant le délai de viduité⁽⁶⁰⁵⁾, à savoir trois mois, alors qu'en droit belge, même si le droit à une pension alimentaire après divorce a vu son étendue limitée lors de la dernière réforme du divorce, elle demeure néanmoins une possibilité que le juge peut accorder à l'époux dans le *besoin* pour une période a priori limitée à la durée du mariage (voir n°27).

Dans son arrêt du 18 juin 2007, la Cour de cassation n'a pas fait d'analyse *in concreto* de l'ordre public⁽⁶⁰⁶⁾. Elle s'est limitée à considérer que l'absence de pension alimentaire après divorce n'est pas contraire à l'ordre public international belge.

Deux interprétations sont proposées : le changement de jurisprudence, opéré de la sorte, s'explique par la réforme du droit matériel belge limitant l'obtention des pensions alimentaires et instaurant un divorce sans faute⁽⁶⁰⁷⁾. La nouvelle loi en matière de divorce a, en effet, été publiée peu de temps avant le prononcé de l'arrêt en cause (voir n°124). La position de la Cour de cassation peut également résulter de la réforme du Code marocain de la famille, qui prévoit désormais des critères permettant d'évaluer le don de consolation dû à

⁶⁰¹ Cass., 18 juin 2007, *R.T.D.F.*, 2007/4, p. 1127 ; *J.L.M.B.*, 2008/19, p. 822, note P. WAUTELET, « La Cour de cassation et l'ordre public international alimentaire », et *R.G.D.C.*, 2008/9, p. 522, note J.-Y. CARLIER.

⁶⁰² Notons qu'au Maroc, il semble que les décisions étrangères qui accordent une contribution alimentaire à l'enfant adoptif ou né hors mariage ou une pension alimentaire à l'ex-épouse sont écartées au nom de l'ordre public marocain (M. LOUKILI, « L'ordre public en droit international privé marocain de la famille », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, *op. cit.*, p. 157).

⁶⁰³ En effet, que les parties puissent déroger à la règle de droit belge (qui ne relève par conséquent pas de l'ordre public) n'empêche pas d'écarter un droit étranger qui prévoit une règle différente et par hypothèse considérée comme contraire à l'ordre public. Voyez : P. WAUTELET, « La Cour de cassation et l'ordre public international alimentaire », *op. cit.*

⁶⁰⁴ L'arrêt fait application de l'article 3, 3, ancien du Code civil pour déterminer le droit applicable mais son enseignement demeure intéressant, même si l'application du droit étranger dans cette matière est plus rare depuis l'entrée en vigueur du Codip et ensuite du Protocole de La Haye du 23 novembre 2007 sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

⁶⁰⁵ En vertu de l'article 196 du Code marocain de la famille.

⁶⁰⁶ Notamment sur la base du critère de proximité, en l'espèce en raison de la nationalité belge du mari et de la résidence habituelle des parties en Belgique, à l'inverse des évolutions de la jurisprudence en matière de mariage polygamique (voir *infra*).

⁶⁰⁷ J. Y. CARLIER et C. HENRICOT, « Belgique, de l'exception d'ordre public aux accommodements réciproques ? », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, *op. cit.*, p. 269.

l'ex-épouse et qui peut laisser penser que les montants alloués seront plus importants qu'auparavant (⁶⁰⁸).

Si le deuxième élément est fondamental en ce qu'il permet une meilleure prise en compte des intérêts de l'ex-épouse, il nous semble que cette décision témoigne plutôt d'un réel effet d'entraînement du droit interne sur l'application des règles de droit international privé. L'ordre public est une notion évolutive qui tient compte des mentalités d'une société à un moment donné. L'arrêt de la Cour de cassation en la matière atteste cependant d'un accueil plus large du droit étranger que les précédents exemples qui se limitaient à des situations de concordance entre le droit belge et le droit marocain. En l'espèce, la Cour de cassation va plus loin et accepte d'ouvrir l'ordre juridique belge à un aspect du droit marocain qui, s'il s'insère dans la logique de l'indépendance financière des époux après le divorce (indépendance désormais prônée en droit belge), diffère néanmoins du contenu du droit belge en la matière.

IV. La correspondance supposée en raison de l'absence de contentieux : exemples en matière de mariage

191. Certaines dispositions du droit marocain du mariage ne sont jamais soulevées devant les juridictions belges. Pourtant, il s'agit de règles soumises au droit marocain, que ce soit lors de la célébration de mariages en Belgique d'époux marocains ou de la célébration de mariages au Maroc. Nous en déduisons qu'elles sont accueillies sans soulever d'objection.

L'article 46, 1^{er} alinéa, du Codip prévoit l'application de la loi nationale des époux aux conditions de fond du mariage en ces termes : « *Sous réserve de l'article 47 [relatif aux conditions de forme], les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l'État dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage* ». Le choix de la loi nationale comme critère de rattachement dans cette matière conduit à une application fréquente en Belgique du droit marocain. Chaque fois que l'un des époux possède la nationalité marocaine, ce sont les règles de fond du droit marocain qui doivent être respectées dans le chef de cet époux. Tel sera le cas notamment de l'âge requis, de l'absence d'empêchement au mariage (⁶⁰⁹), du sexe des futurs époux et de l'exigence de consentements au mariage.

Les conditions de fond du mariage exigées par le droit marocain ne sont pas identiques à celles requises en droit belge. Par exemple, la différence de sexe des conjoints, la possibilité de conclure un mariage polygamique, ou encore les empêchements religieux, constituent des

⁶⁰⁸ Interprétation proposée par P. WAUTELET sur la base de l'article 84 du Code marocain de la famille (« La Cour de cassation et l'ordre public international alimentaire », *op.cit.*)

⁶⁰⁹ Voyez par exemple : Bruxelles, 25 février 2013, R.G. : 2012/QR/73, *inédit*. En l'espèce, la Cour formule la condition en ces termes : « *chacune des parties répond aux conditions posées par la loi marocaine en ce qui concerne l'âge requis, l'absence d'empêchement au mariage résultant d'un lien de parenté ou d'alliance, ou encore d'une précédente union* ».

points d'achoppement évidents entre ces deux droits (voir n°229 et suiv.). D'autres questions ne font, par contre, pas l'objet de débats.

A. Les empêchements à mariage

192. Certains des empêchements à mariage du droit marocain ne semblent pas sujets à contentieux.

Le droit marocain prévoit une série d'empêchements à mariage, lesquels sont régis par les articles 35 et suivants du Code marocain de la famille. Certains de ces empêchements sont temporaires et d'autres sont définitifs.

En ce qui concerne les empêchements définitifs, seul l'empêchement à mariage entre ascendants et descendants, à l'infini, et descendants au premier degré de ses ascendants (⁶¹⁰), devrait être accepté par l'ordre juridique belge sans discussion. Il semble que ce soit d'ailleurs le cas, aucune jurisprudence n'ayant été recensée sur cette question.

193. D'autres empêchements, qui ne font pas l'objet de jurisprudence, se distinguent du droit belge et ne devraient pas être accueillis en Belgique. Tel est le cas de l'empêchement que le droit marocain connaît entre l'homme et les ascendants ou descendants de son épouse (⁶¹¹). Il n'est pas précisé ce qu'il advient de cet empêchement si le mariage qui le crée prend fin. La question est pertinente puisque le droit marocain autorise la polygamie. Il apparaît toutefois que les liens de parenté autorisés lorsque le mariage est simultanément sont réglés par les dispositions du Code qui traitent des empêchements temporaires (⁶¹²). Nous pensons donc qu'il s'agit d'un empêchement qui perdure après la dissolution de l'union qui l'a créé (⁶¹³). Un tel empêchement serait-il accepté en droit belge ? Nous avons vu que le droit belge a été modifié sur ce point et qu'un tel obstacle au mariage n'existe plus. Il est difficile de déterminer si les autorités belges appliqueraient un droit plus strict à cette question. Aucune jurisprudence en la matière n'a, en tout cas, été recensée. Il semble possible néanmoins d'avancer que, vu la valeur accordée au droit au mariage et la prise de position de la Cour constitutionnelle sur l'inceste (voir n°28), un tel empêchement apparaîtrait peut-être démesurément restrictif. C'est à tout le moins une analyse de chaque situation particulière qui devrait être opérée afin de déterminer si oui ou non l'empêchement de droit marocain doit être écarté.

⁶¹⁰ Article 36 du Code marocain de la famille.

⁶¹¹ Article 37 du Code marocain de la famille.

⁶¹² Article 39 du Code marocain de la famille.

⁶¹³ En ce sens, Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, t. 2, Liv. 2, Paris, Mouton & Co, 1965, pp. 111 et suiv. F. SAREHANE classe d'ailleurs cet empêchement parmi les empêchements permanent (F. SAREHANE, *Jurisclasseur de droit comparé*, Fasc. 20, Maroc, « Statut personnel : droit commun », 18 juin 2013, n° 116.

Une conclusion identique peut être apportée quant à l'empêchement lié à l'allaitement. En effet, en droit marocain, l'allaitement entraîne les mêmes empêchements que la filiation et la parenté par alliance ⁽⁶¹⁴⁾. Un tel empêchement est inconnu du droit belge et, si le lien entre la nourrice et l'enfant interrogerait certainement, celui entre les différents enfants issus ou nourris par cette dernière serait probablement considéré comme trop ténu pour empêcher la conclusion d'un mariage en Belgique. La situation peut à cet égard être rapprochée de celle des familles recomposées que la société belge connaît et qui n'implique, en 2015 en tous cas, aucune conséquence juridique en matière d'empêchement à mariage.

194. L'absence de contentieux n'est donc pas uniquement le fait de la correspondance entre le droit marocain et le droit belge, comme en attestent les deux derniers exemples qui nous semblent devoir susciter le rejet par les autorités belges du droit marocain. S'agirait-il plutôt de situations pour lesquelles les officiers de l'état civil n'ont pas été sollicités ou d'hypothèses d'acceptation du droit étranger sensiblement différent du droit belge ? Il ne nous est pas possible de répondre à cette question.

B. Les clauses particulières inscrites dans le contrat de mariage

195. Une absence de contentieux est également constatée à l'égard des modalités contractuelles du mariage de droit marocain. Le droit marocain permet aux époux de négocier sur de multiples points leur contrat de mariage. Ils ont la faculté de modaliser la répartition des biens acquis durant le mariage ⁽⁶¹⁵⁾ mais également d'insérer des clauses d'ordre personnel, telle une obligation de monogamie pour l'époux ⁽⁶¹⁶⁾. Cette liberté contractuelle est parfaitement conforme aux principes de droit familial belge.

#1 La répartition contractuelle des biens

196. Le régime matrimonial est régi, en Belgique, par le droit de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration du mariage, ou, à défaut, par le droit de leur nationalité commune, ou encore, à défaut, par celui de l'État sur le territoire duquel le mariage a été célébré ⁽⁶¹⁷⁾. Par ailleurs, les époux sont libres de choisir le droit applicable à leur régime matrimonial, pour autant qu'il s'agisse du droit de la résidence habituelle ou de la

⁶¹⁴ Article 38 du Code marocain de la famille.

⁶¹⁵ En vertu de l'article 49 du Code marocain de la famille. Voyez : J.-Y. CARLIER et M. VERWILGHEN, *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992 et J.-L. VAN BOXSTAEL, « Le régime matrimonial dans l'Espace-Temps », *Rev. not. belge*, 2006, pp. 310 et suiv.

⁶¹⁶ Sur la base de l'article 40 du Code marocain de la famille.

⁶¹⁷ En vertu de l'article 51 du Codip.

nationalité d'au moins l'un des époux (⁶¹⁸). Il résulte de ces critères de rattachement que le droit marocain devrait, sur cette question, être souvent appliqué en Belgique.

197. Le Code marocain de la famille a introduit, en 2004, la possibilité pour les époux de « *se mettre d'accord sur les conditions de fructification et de répartition des biens qu'ils auront acquis pendant leur mariage. Cet accord fait l'objet d'un document distinct de l'acte de mariage* ». À défaut de contrat, le mariage n'affecte pas le patrimoine des époux et leur situation correspond à une sorte de séparation des biens pure et simple de droit belge (⁶¹⁹).

198. Des arrangements contractuels entre époux quant à des modes différents de gestion du patrimoine sur la base du droit marocain pourraient être actés en Belgique. Les notaires belges sont en effet coutumiers des contrats de mariage et le droit belge accorde une très large place à l'autonomie de la volonté en la matière.

Nous n'avons cependant pas recensé de jurisprudence traitant de cette question alors que, selon certains notaires (⁶²⁰) ainsi que la Fédération royale du Notariat belge (⁶²¹), les époux marocains sont informés de la possibilité de modaliser leur contrat de mariage en y indiquant un mode de répartition des biens qu'ils auront acquis durant le mariage lors de sa rédaction devant le notaire. Malgré cela, les époux marocains ne semblent pas faire usage de cette nouvelle possibilité légale de droit marocain. Nous n'avons pas davantage trouvé de jurisprudence relative à des actes marocains sur cette question (⁶²²).

#2 *La clause de monogamie*

199. Le Code marocain de la famille autorise l'épouse à exiger une clause de monogamie dans le contrat de mariage (⁶²³). Sans avoir pu tirer d'exemple de la pratique (⁶²⁴),

⁶¹⁸ En vertu de l'article 49 du Codip.

⁶¹⁹ Article 49 du Code marocain de la famille.

⁶²⁰ Informations fournies par mail par les notaires H. CASMAN (notaire honoraire) et L. BARNICH au mois de septembre 2013.

⁶²¹ Information fournie par V. DE BACKER, membre de la fédération, également en septembre 2013.

⁶²² S'il existe un notariat civil (organisé par la loi n° 32-09 relative à l'organisation de la profession de notaire, promulguée par le Dahir n° 1-11-179, *Bulletin Officiel*, 5 juillet 2012, n° 6062), les notaires ne sont pas compétents pour rédiger les actes qui consacrent le mariage, le divorce ou qui, de manière générale, intéressent le statut personnel des marocains. La rédaction des contrats de mariage est par conséquent dévolue aux *Adouls*, même si une discussion existe sur la possibilité pour les notaires civils de rédiger de tels contrats. Nous n'avons par ailleurs pas trouvé non plus de jurisprudence française sur ce point.

⁶²³ En vertu de l'article 40 du Code marocain de la famille.

⁶²⁴ Même si elle est prévue, une telle clause est probablement difficilement envisageable, comme le soutient K. MEZIOU (*in* : « Migrations et relations familiales », *op. cit.* p. 177).

il semble qu'un notaire belge pourrait être amené à insérer une telle clause dans un contrat de mariage en Belgique et que rien ne s'y opposerait. La monogamie étant un principe fondamental de l'ordre juridique belge (voir n°36), une telle précision serait certes surabondante, mais ne serait pas contestable (⁶²⁵).

C. Exception à la correspondance supposée : l'âge nubile

200. Le Code marocain de la famille autorise le mariage à partir de 18 ans, tant pour les filles que pour les garçons. Cette règle, inscrite à l'article 19 du Code, modifie la règle de l'ancien Code de statut personnel marocain qui permettait le mariage des jeunes filles de 15 ans (⁶²⁶). Le juge marocain permet toutefois le mariage précoce lorsque le juge l'autorise « *par décision motivée par laquelle il montre l'intérêt et les raisons justifiant sa décision, après audition des parents de l'incapable ou son représentant légal, une expertise médicale et une enquête sociale* » (⁶²⁷).

201. En théorie donc, rien n'empêche les autorités belges d'appliquer ou de recevoir la règle de droit marocain en la matière. Les règles de droit marocain à ce sujet sont, à cet égard, identiques à celles du droit belge en ce qui concerne l'âge nubile et très proches concernant la dérogation que le tribunal peut accorder (⁶²⁸) (voir n°122).

Il semble cependant que les médecins marocains délivrent des certificats médicaux types où la maturité de la jeune fille est évaluée « *à vue d'œil* », sans examen médical. Le médecin remplirait ensuite un formulaire attestant que la fille est « *mûre physiologiquement et apte à 'subir' des relations sexuelles* ». Les magistrats marocains, de leur côté, justifient la facilité avec laquelle les dérogations sont accordées par le poids de la réalité sociale et des mentalités (⁶²⁹). Par conséquent, si les règles du droit marocain sur cette question peuvent être

⁶²⁵ En ce sens, voyez : M.-C. FOBLETS, « Les juges belges et l'application de la loi étrangère en droit de la famille », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, op. cit., p. 429.

⁶²⁶ A. EL HAJJAMI, « Le juge et le Nouveau Code de la Famille : Système socio-culturel et perceptions », in *Le Code de la famille à l'épreuve de la pratique judiciaire*, A. EL HAJJAMI (dir.), Service de Coopération et d'Action Culturelle Ambassade de France au Maroc, Daoudiate – Marrakech, 2009, p. 47.

⁶²⁷ Article 20 du Code marocain de la famille.

⁶²⁸ La Cour d'appel de Bruxelles a toutefois refusé la reconnaissance d'un mariage célébré au Maroc concernant une jeune fille mineure belgo-marocaine. Le mariage fut célébré avant la réforme du Code marocain de la famille et aucune procédure en vue d'obtenir l'autorisation de mariage n'a donc été suivie (Liège, 19 mars 1996), *R.T.D.F.*, 1997, pp. 323 et suiv. Par contre, la Cour d'appel de Bruxelles va lever la prohibition liée à l'âge pour une jeune fille belgo-marocaine qui poursuit des études en Belgique et qui ne pourrait par conséquent suivre son futur époux au Maroc si ce dernier n'était plus autorisé au séjour en Belgique (Bruxelles, 12 juillet 1991, *J.T.*, 1991, pp. 818 et suiv.).

⁶²⁹ Par exemple en raison du fait que la jeune fille est déjà en relation avec un jeune homme, ce qui est potentiellement répréhensible socialement et pénalement ou de la pauvreté. Voyez : A. EL HAJJAMI, « Le juge et

appliquées en Belgique, leur réception, au vu des circonstances pratiques de leur mise en œuvre, posera question. En effet, si le droit belge connaît également une telle procédure offrant au juge de la famille la possibilité d'autoriser un mariage précoce, cette autorisation n'est accordée qu'à titre exceptionnel (voir n°122). La souplesse avec laquelle les mariages de mineurs sont célébrés au Maroc risque, dans bon nombre de cas, de heurter l'ordre public international belge au stade de la reconnaissance de l'acte de mariage. Nous n'avons cependant pas relevé de jurisprudence pour confirmer cette position.

L'on pourrait avancer, pour étayer notre propos, que le respect de l'âge nubile ne constitue pas une violation du droit de se marier tel que consacré à l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme. Outre le fait que cette disposition se réfère elle-même à la notion, la Commission a déjà considéré que le refus de mariage avant cet âge ne constituait pas une atteinte au droit de se marier et ce, même si la religion de l'intéressé lui permettait de se marier à un âge plus précoce⁽⁶³⁰⁾. Il ne pourrait donc pas être reproché, sur cette base, aux autorités belges de refuser un mariage précoce qu'elles estimeraient contraire à l'ordre public international belge en raison des circonstances de l'espèce.

L'âge nubile constitue donc un exemple dans lequel la différence entre le droit marocain et le droit belge ne se situe pas au niveau du contenu du droit mais bien au départ de la pratique des autorités de chaque pays à l'égard des dispositions légales. L'interprétation du droit marocain par les autorités marocaines justifieraient, selon nous, une mise à l'écart des actes étrangers malgré la concordance formelle des législations.

V. La correspondance entre le droit marocain et le droit belge : conclusions

202. Que ce soit en matière de divorce, de filiation ou d'obligations alimentaires entre ex-époux, la jurisprudence apporte un éclairage intéressant sur l'accueil du droit marocain en Belgique. Indépendamment du système global mis en place par le droit étranger – d'une manière générale pour l'ensemble des relations familiales ou au sein même d'une institution, comme la filiation par exemple –, les règles qui trouvent une correspondance dans le droit interne pénètrent, sans difficulté, l'ordre juridique belge. L'application du droit étranger fonctionne donc par une prise en compte de la disposition pertinente moyennant son isolement du reste du dispositif mis en place. Cette conclusion tient à la méthodologie propre au droit international privé et n'est pas limitée aux relations familiales.

Elle vaut même lorsque la règle étrangère diffère quelque peu du droit interne, pour autant qu'une logique similaire soit à l'œuvre. Par exemple, depuis que l'indépendance financière des ex-époux est devenue un principe à la base de la réglementation belge, le droit étranger

le Nouveau Code de la Famille : Système socio-culturel et perceptions », in *Le Code de la famille à l'épreuve de la pratique judiciaire*, op.cit., p. 47-48.

⁶³⁰ Comm. EDH, 7 juillet 1986, *Janis Khan c. Royaume-Uni*, *Décisions et Rapports*, volume 72, p. 271.

orienté dans la même direction est accepté. Pour autant que les principes défendus dans l'ordre interne soient rencontrés, la disposition étrangère peut être reçue. Lorsqu'il s'agit des rapports entre époux, des différences entre les réglementations, si elles sont de faible importance, sont acceptables. L'on verra que concernant le droit de la filiation, une proximité plus importante avec la réglementation belge est imposée.

Notons que des obstacles techniques peuvent empêcher que l'accueil des dispositions du droit marocain '*analogues*' se fasse entièrement sans heurt. L'exemple de la difficile qualification des divorces par consentement mutuel marocains en atteste.

§ 2 *L'ajustement du droit marocain : l'interprétation du droit marocain « à la belge »*

203. Nous l'avons vu, le droit marocain pénètre l'ordre juridique belge sans difficulté lorsqu'il régleme les situations familiales d'une manière qu'on pourrait qualifier d'*analogues*' au droit belge. Nous avons également souligné que les dispositions du Code marocain de la famille sont parfois isolées de leur contexte pour être appliquées en Belgique, comme en témoigne la jurisprudence sur la présomption de paternité de droit marocain. Nous avons précisé que cette circonstance est entièrement liée à la technique même du droit international privé.

Nous allons à présent mettre en lumière le fait que, dans certaines hypothèses, afin de respecter le prescrit du droit international privé – lorsque la détermination du critère de rattachement pertinent a abouti à la désignation du droit étranger –, le droit marocain est utilisé de façon à correspondre aux attentes du droit belge. Autrement dit, si l'on analyse scrupuleusement l'application du droit marocain, il apparaît que certaines de ces dispositions sont interprétées '*à la belge*'. Le droit marocain subit donc une sorte d'*ajustement*'.

Il ressort en effet de divers exemples en matière de mariage et de filiation que le droit marocain est parfois appliqué au prix d'une distorsion de son contenu. La symétrie avec le droit belge est ici déformée, ce qui nous permet de parler d'ajustement du droit marocain au droit belge. Il semble que le souci de respecter les règles de conflit soit à la base de ce mécanisme. Cela permet d'éviter une application excessive de l'exception d'ordre public ou de qualifier un nombre trop important de dispositions de droit interne de lois de police. Le souci de la facilité peut également expliquer cette distorsion : le droit est désigné par la règle de conflit et il semble proche du droit belge, donc il est appliqué sans exploration plus avant de son contenu véritable. Nous allons examiner différents exemples sujets à ce processus.

I. La déformation du droit marocain du mariage

204. Le droit étranger est appliqué aux conditions de fond du mariage, que ce soit lors de la célébration ou de l'annulation d'un mariage en Belgique (⁶³¹), ou encore au moment de la reconnaissance en Belgique d'un acte de mariage établi au Maroc (⁶³²).

Par conséquent, les autorités belges sont régulièrement confrontées aux conditions de fond du mariage telles que définies par le droit marocain. À cet égard, si certaines d'entre elles sont appliquées sans difficulté, elles méritent néanmoins d'être analysées de façon plus approfondie. Les règles que nous allons étudier dans ce cadre ont trait au consentement au mariage, au certificat d'aptitude au mariage et à l'interdiction de supprimer la dot.

A. Le consentement des futurs époux au mariage

205. Condition de fond par excellence, le consentement au mariage est régi par la loi nationale des époux. Il s'agit de l'exemple le plus éclairant d'«*ajustement*» du droit marocain au droit belge.

En droit marocain, le consentement au mariage est prévu à l'article 4 du Code, en vertu duquel : «*Le mariage est un pacte fondé sur le consentement mutuel en vue d'établir une union légale et durable, entre un homme et une femme. Il a pour but la vie dans la fidélité réciproque, la pureté et la fondation d'une famille stable sous la direction des deux époux, conformément aux dispositions du présent code* ». Cette disposition est fréquemment évoquée devant les juridictions belges dans le cadre de l'analyse de la sincérité du consentement au mariage.

En droit belge, l'intention de constituer une communauté de vie durable est indispensable à la célébration d'une union matrimoniale. Il en découle une interdiction de conclure un mariage «*simulé*», inscrite à l'article 146*bis* du Code civil belge. Cette disposition interdit de se marier uniquement pour l'obtention d'un avantage en matière de séjour, lié au statut d'époux. Le terme «*uniquement*» est important, comme l'a rappelé la Cour d'appel de Bruxelles selon les termes suivants : «*il n'est pas interdit de rechercher, par le biais du mariage, un avantage en matière de séjour. Ce qui n'est pas valable, c'est de consentir au mariage, uniquement pour obtenir ce type d'avantage, lorsque l'on n'a pas l'intention de créer une communauté de vie durable*» (⁶³³). Un dispositif spécifique est d'ailleurs mis en place pour lutter contre les mariages simulés via des procédures d'enquêtes préalables à la célébration (⁶³⁴).

⁶³¹ Sur la base de l'article 46 du Codip.

⁶³² En vertu de l'article 27 du Codip.

⁶³³ Bruxelles, 9 février 2012, *R.T.D.F.*, 2012/3, p. 618. Voyez aussi : Bruxelles, 4 mai 2009, *R.T. D.F.*, 2011/4, pp. 842 et suiv. et Bruxelles, 9 décembre 2010, *R.T.D.F.*, 2011/4, pp. 850 et suiv. Le Tribunal de première instance de Termonde a également précisé que l'absence d'intention de créer une communauté de vie durable est le seul critère pour refuser la validité du mariage. En l'espèce, les deux sœurs de l'épouse avaient bénéficié en

Si la problématique n'est pas neuve (⁶³⁵), le législateur y porte cependant une attention de plus en plus minutieuse et n'a de cesse d'étoffer les mesures de lutte contre les relations de complaisance. En 2013, le législateur belge a d'ailleurs encore intensifié la lutte contre les mariages simulés (⁶³⁶), en allongeant les délais d'enquête, en prévoyant l'obligation d'obtenir un certificat de non-empêchement à mariage et en intégrant un dispositif de lutte contre les cohabitations légales de complaisance (⁶³⁷). Un nouvel objet de préoccupations réside

Belgique d'un séjour sur la base de leur mariage avec un belge. Pour le tribunal, « *Cela rend vraisemblable le fait que madame poursuite via son mariage un avantage en matière de séjour* », mais ces constatations ne suffisent pas pour refuser de reconnaître le mariage célébré au Maroc (Civ. Dendermonde, 4 novembre 2008, R.G. : 08/1229/B, *inédit*). Les juridictions sont nettement plus enclines que les autorités administratives à faire prévaloir la liberté matrimoniale lorsque la simulation n'est pas suffisamment établie.

⁶³⁴ Procédures organisées par l'article 167 du Code civil. Par ailleurs, la Cour d'appel de Bruxelles a considéré que le fait de tenter de contracter un mariage de complaisance constituait un '*fait personnel grave*' justifiant le refus d'acquisition de la nationalité belge (Bruxelles, 10 octobre 2011, *J.T.*, 2012, pp. 731 et suiv.).

⁶³⁵ Voyez par exemple : S. SAROLEA, « Le mariage simulé en droit international privé », *R.T.D.F.*, 1995/1, pp. 9 et suiv. ; V. MELIS, « La lutte contre les mariages simulés : une histoire sans fin », *Rev. dr. étr.*, 2006, n° 137, pp. 3-12 ; J. FIERENS, « Quand le mariage ne sent pas la rose. Les suspicions de mariage simulé et la jurisprudence récente », *Act. Dr. Fam.*, 2009/7, pp. 135 et suiv. ; P. WAUTELET, F. COLLIENNE, H. ENGLERT, C. HENRICOT et S. PFEIFF, *Relations familiales internationales : l'actualité vue par la pratique*, CUP, Vol. 118, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 48 et suiv. ; P. WAUTELET, « De strijd tegen (schijn)huwelijken voltrokken in het buitenland : is het Belgisch IPR aan een update toe ? » in J. ERAUW en P. TAELEMAN (dir.), *Nieuw internationaal privaatrecht: meer Europees, meer globaal*, Mechelen, Kluwer, 2009, pp. 171 et suiv.

⁶³⁶ Loi du 2 juin 2013 modifiant le Code civil, la loi du 31 décembre 1851 sur les consulats et la juridiction consulaire, le Code pénal, le Code judiciaire et la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en vue de la lutte contre les mariages de complaisance et les cohabitations légales de complaisance, *M.B.*, 23 septembre 2013. La loi est entrée en vigueur le 3 octobre 2013. Voyez également la Circulaire du 17 septembre 2013 relative à l'échange d'informations entre les Officiers de l'état civil et l'Office des Etrangers à l'occasion d'une déclaration de mariage ou d'une déclaration de cohabitation légale d'un étranger en séjour illégal ou précaire, *M.B.*, 23 septembre 2013, circulaire qui remplace la circulaire du 13 septembre 2005 (*M.B.*, 6 octobre 2005). Et la Circulaire du 6 septembre 2013 relative à la loi du 2 juin 2013 modifiant le Code civil, la loi du 31 décembre 1851 sur les consulats et la juridiction consulaire, le Code pénal, le Code judiciaire et la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en vue de la lutte contre les mariages de complaisance et les cohabitations légales de complaisance, *M.B.*, 23 septembre 2013, qui remplace la Circulaire du 17 décembre 1999 (*M.B.*, 31 décembre 1999). Sur cette réforme, voyez par exemple : X, « Renforcement des mesures dans la lutte contre les mariages et cohabitations légales de complaisances », *Act. Dr. Fam.*, 2013/8, pp. 166 et suiv. ; V. SAINT-GHISLAIN, « Cohabitations légales et mariages simulés : un renforcement légal », *J.T.*, 2014, pp. 316 et suiv. ; C. VERBROUCK, « Mariages et cohabitations légales de complaisance : encore un pas plus loin », *Bulletin social et juridique*, Novembre 2013/1 ; P. SENAEVE, « De wet van 2 juni 2013 tot bestrijding van de schijnhuwelijken, de schijn-wettelijke samenwoningen en de gedwongen huwelijken en wettelijke samenwoningen », *T. Fam.*, 2014/1, pp. 2 et suiv.

⁶³⁷ La loi du 2 juin 2013 modifiant le Code civil, la loi du 31 décembre 1851 sur les consulats et la juridiction consulaire, le Code pénal, le Code judiciaire et la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en vue de la lutte contre les mariages de complaisance et les cohabitations légales de complaisance (*op. cit.*) a aligné la cohabitation sur le mariage dans la lutte contre les relations de complaisance. Au même titre que pour le mariage, la cohabitation légale est refusée si elle vise uniquement à obtenir un avantage en matière de séjour. Ces nouvelles dispositions se combinent donc, en ce qui concerne le droit de séjour, aux conditions requises dans la loi sur le séjour pour prouver le caractère stable et

également dans ce que l'on nomme désormais les reconnaissances de paternité de complaisance ⁽⁶³⁸⁾.

206. Si le droit belge est applicable aux formalités requises pour la célébration du mariage ⁽⁶³⁹⁾, et régit dès lors la procédure – dont le déroulement des enquêtes préalables à la célébration –, le droit marocain est applicable aux conditions du consentement du futur époux marocain. Ces deux législations doivent donc être combinées, lorsque l'un des époux est belge et l'autre marocain, pour évaluer le projet de vie du couple.

Il semble cependant, qu'en pratique, les administrations communales ne s'attachent pas à vérifier le droit étranger applicable au consentement au mariage lors des enquêtes préalables à la célébration. Lorsqu'elles sont sollicitées afin de célébrer un mariage impliquant une personne de nationalité étrangère, les administrations procèdent généralement aux enquêtes préalables en application du droit belge, en sa qualité de droit applicable à la procédure. Il n'y a donc pas de vérification des conditions du droit étranger, c'est-à-dire du type de consentement que ce droit prévoit. Lorsqu'il s'agit d'une union projetée avec un étranger, il conviendrait de consulter le droit national concerné afin de vérifier si le critère de la communauté de vie est requis. Si tel n'est pas le cas, le droit étranger pourrait être écarté pour contrariété à l'ordre public ou appliqué, faisant fi dans cette hypothèse des dispositions du droit belge en la matière.

En ce qui concerne les ressortissants marocains, il est indifférent de se demander si les autorités belges se réfèrent au droit marocain lors de ces enquêtes puisqu'elles interprètent l'article 4 du Code marocain de la famille comme exigeant un consentement sincère – entendu comme non exclusivement motivé par un souhait migratoire – au mariage. L'exigence relative à la volonté de créer une communauté de vie durable est donc rencontrée, aux yeux des autorités belges, par l'article 4 du Code marocain de la famille qui est appliqué sans difficulté en Belgique.

Cette interprétation découle des termes mêmes de l'article 4 du Code marocain de la famille. Selon le texte, le mariage repose sur « *la volonté de créer une union durable et stable en vue de fonder une famille* ». On notera par contre que les autorités belges ne font jamais mention des conditions plus strictes de la disposition quant aux motivations qui sous-tendent l'engagement en droit marocain. En effet, jamais les décisions belges ne mentionnent la vérification de la volonté du futur conjoint marocain de se marier en vue d'une « *vie dans la*

durable de la relation (voyez la loi du 15 décembre 1980 sur l'entrée, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *op. cit.*).

⁶³⁸ Sur cette question, voyez : P. WAUTELET, « Les relations familiales internationales – retour sur trois tendances majeures », in *Etats généraux du droit de la famille*, M. BLITZ et al. (dir.), Limal-Bruxelles, Anthémis-Larcier, 2014, pp. 239 et suiv. Voyez aussi : B. LANGENDRIES, « 'Les bébés papiers' » : Derrière le concept choc, un nouveau risque de discrimination des familles en migration », *Newsletter ADDE*, Novembre 2013, n° 92 .

⁶³⁹ En vertu de l'article 47 du Codip.

fidélité réciproque, la pureté et la fondation d'une famille stable sous la direction des deux époux ». Or, c'est bien cette volonté que le droit marocain requiert comme projet conjugal.

207. L'application du droit marocain aux conditions de fond du mariage se pose également dans le contentieux de l'annulation de mariage. La nullité du mariage dépend en effet des conditions de validité, ce qui justifie d'appliquer à l'annulation du mariage le droit régissant sa validité ⁽⁶⁴⁰⁾.

Dans cette hypothèse, les juridictions belges se réfèrent également aux articles 4 (voir n°205), 10 (en vertu duquel le mariage est conclu par le consentement mutuel des deux contractants) et 57 (qui prévoit la nullité du mariage, notamment « *lorsque les consentements des deux parties ne sont pas concordants* » ⁽⁶⁴¹⁾) du Code marocain de la famille pour considérer que : « *Le consentement des époux en vue de fonder une communauté de vie durable constitue, tant en droit belge qu'en droit marocain, un élément essentiel de la validité du mariage* » ⁽⁶⁴²⁾. Par conséquent, le mariage peut être annulé pour défaut de consentement réel, ce qu'a fait par exemple la Cour d'appel de Bruxelles après avoir considéré que l'époux avait poursuivi « *exclusivement une autre fin, à savoir l'obtention d'un avantage en matière de séjour, dans un premier temps pour lui-même, ensuite pour ses enfants et l'épouse qu'il avait officiellement répudiée* » ⁽⁶⁴³⁾.

Avant les modifications législatives du droit international privé belge et du droit marocain en 2004, ce raisonnement était déjà suivi en jurisprudence, comme en témoigne l'attendu suivant de l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles issu d'une décision de 1997 : « *Attendu [...] que la loi nationale des parties est applicable à leur statut personnel, sous réserve de l'ordre public international belge ; qu'en l'espèce la loi marocaine prévoit comme la loi belge l'annulation du mariage pour absence de consentement réel aux fins du mariage, celui-ci étant défini comme 'un contrat légal par lequel un homme et une femme s'unissent en vue d'une vie commune et durable (...) ayant pour but la vie (...) dans le désir de procréation'* » ⁽⁶⁴⁴⁾.

Il découle de ce raisonnement également que l'éventuelle bipatridie de l'un des époux n'emporte de conséquence que sur les dispositions légales utilisées mais n'influence pas la

⁶⁴⁰ F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé, op.cit.*, p. 531, n° 12.54.

⁶⁴¹ L'article 57, alinéa 3, vise les cas où il n'y a pas de concordance entre l'offre et l'acceptation quant à l'objet et à la signification. ADDE, *Guide pratique de droit familial étranger*, S. SAROLEA, éd., Nivelles, 2005, p. 33.

⁶⁴² Bruxelles, 29 juin 2009, *R.T.D.F.*, 2010/2, p. 538. Voyez aussi : Bruxelles, 19 avril 2012, *R.T.D.F.*, 2013/2, p. 493 ; Bruxelles, 9 février 2012, *R.T.D.F.*, 2012/3, p. 618 et Bruxelles, 11 décembre 2008, R.G. : 2007/AR/724, *inédit*, Anvers, 25 juin 2014, *R.W.*, 2014-2015, pp. 507 et suiv., Bruxelles, 21 mars 2013, *R.T.D.F.*, 2015/1, pp. 56 et suiv. ; Bruxelles, 25 avril 2013, *R.T.D.F.*, 2013/4, pp. 935 et suiv. ; Civ. Bruxelles, 29 novembre 2011, *JLMB*, 2013/36, pp 1708 et suiv.

⁶⁴³ Bruxelles 5 janvier 2012, *R.T.D.F.*, 2012/3, pp. 613. Selon le tribunal, ces avantages en cascade constituent le « *phénomène dit de « carrousel » tendant à obtenir pour lui-même en premier ordre, mais également pour ses enfants et sa première épouse, un établissement et une régularisation de séjour en Belgique* ».

⁶⁴⁴ Bruxelles, 19 décembre 1997, R.G. : 1995/AR/3843, *inédit*. Voyez aussi : Bruxelles, 13 février 2014, R.G. : 2013/AR/1288, *inédit*.

décision sur le fond, l'intention des parties de former une communauté de vie durable étant considérée de manière équivalente dans l'un et l'autre droits (⁶⁴⁵).

208. Toujours selon la même logique, mais après quelques atermoiements (⁶⁴⁶), un raisonnement identique est poursuivi lorsque la demande porte sur la reconnaissance d'un mariage célébré au Maroc. Le principe est le suivant : par application de l'article 27 du Code de droit international privé belge, l'acte de mariage doit répondre aux conditions de la loi nationale de chacun des époux, sur la base d'une application distributive, en ce qui concerne les conditions de fond du mariage (article 46 du Codip), et de la loi du lieu de célébration du mariage pour les conditions de forme (article 47 du Codip). Ce procédé est nommé le contrôle conflictuel.

Lorsque le mariage est célébré au Maroc, les formalités sont donc soumises au droit marocain. Les conditions de fond du mariage, quant à elles, sont celles du Code marocain de la famille à l'égard de l'époux de nationalité marocaine (⁶⁴⁷). Les actes de mariage célébrés au Maroc répondent donc généralement aux règles du droit marocain. Lorsque la reconnaissance de ce mariage est ensuite sollicitée en Belgique, l'éventuel refus de reconnaissance en raison de son caractère simulé est motivé, de la même manière que lors de la demande de célébration du mariage ou de son annulation en Belgique, sur la base du droit marocain.

À titre d'exemple, concernant la sincérité du consentement au mariage, la Cour d'appel de Bruxelles, dans une décision rendue le 10 janvier 2011 concernant la reconnaissance d'un mariage célébré au Maroc, procède à une analyse détaillée des dispositions du Code marocain de la famille et se prononce dans les termes suivants : « *En ce qui concerne le consentement au mariage, le droit marocain en fait, comme le droit belge, un élément essentiel de la validité du mariage ; l'absence de consentement au mariage en vue de fonder une communauté de vie durable, dans le chef des époux ou de l'un d'entre eux, est tant en droit marocain qu'en droit belge une cause de nullité du mariage* » (⁶⁴⁸).

⁶⁴⁵ Voyez par exemple, Civ. Liège, 3 avril 2009, R.G. : 08/4442/A, *inédit*. Toutefois, les décisions d'annulation de mariage en raison de l'absence dans le chef des époux de volonté de créer une communauté de vie durable ne sont généralement pas reconnues au Maroc, ce qui entraîne des situations boiteuses, forçant les intéressés à se rendre au Maroc pour y divorcer (M. LOUKILI, « L'ordre public en droit international privé marocain de la famille », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, *op.cit.*, p. 153).

⁶⁴⁶ Dans un premier temps, les mariages considérés comme simulés étaient refusés en raison de leur contrariété à l'ordre public (voir *infra*).

⁶⁴⁷ L'article 2 du Code marocain de la famille détermine en effet son champ d'application de manière assez large. Selon cette disposition : « *les dispositions du présent code s'appliquent : 1) à tous les marocains, même ceux portant une autre nationalité ; 2) aux réfugiés, y compris les apatrides conformément à la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative à la situation des réfugiés ; 3) à toute relation entre deux personnes lorsque l'une des deux parties est marocaine ; 4) à toute relation entre deux marocains lorsque l'un d'eux est musulman. Les marocains de confession juive sont soumis aux règles du statut personnel hébraïque marocain* ».

⁶⁴⁸ Bruxelles, 10 janvier 2011, *R.T.D.F.*, 2011/3, p. 639, Voyez aussi : Bruxelles, 16 octobre 2008, *Act. dr. fam.*, 2009/7, p. 131, note J. FIERENS et *R.T.D.F.*, 2009/3, p. 680 ; Bruxelles, 9 février 2012, *R.T.D.F.*, 2012/3, p. 618. Le même raisonnement est suivi par le Tribunal de première instance de Bruxelles concernant la reconnaissance

209. Cette jurisprudence, largement ancrée, laisse quelque peu perplexe. D'une part, l'article 4 du Code marocain de la famille n'est envisagé que sous l'angle du consentement sincère au mariage par opposition à la volonté d'obtenir un droit de séjour en Belgique. Or, nous avons souligné que l'article 4 du Code marocain de la famille prévoit d'autres conditions nettement plus exigeantes que celles contenues dans le Code civil belge mais qui ne sont jamais vérifiées. D'autre part, les autorités marocaines refusent de donner effet aux décisions étrangères qui annulent le mariage de ressortissants marocains sur la base de la simulation. Ces décisions sont considérées par la Cour suprême marocaine comme contraires à l'ordre public marocain ⁽⁶⁴⁹⁾.

Le Code de droit international privé nous enseigne pourtant que le droit étranger doit être appliqué en Belgique suivant l'interprétation reçue à l'étranger ⁽⁶⁵⁰⁾. Par conséquent, le fait que la Cour suprême refuse de reconnaître, en raison de leur contrariété à l'ordre public marocain, les décisions belges d'annulation de mariage pour cause de simulation, permet de considérer que le droit marocain ne connaît pas une telle cause d'annulation ⁽⁶⁵¹⁾.

La question mêle des enjeux de politique migratoire des deux côtés de la Méditerranée et il est difficile d'évaluer quelle est la position la plus conforme à l'esprit du texte. Il s'agit, en tout cas, d'une situation boiteuse très particulière puisqu'elle existe, malgré l'application, à chacun des époux, de sa loi nationale.

D'autres exemples d'une interprétation 'étirée' du droit marocain peuvent également être évoqués.

d'un mariage conclu à Casablanca : « *En vertu des législations nationales respectives des parties (dont l'article 4, 10 et 57 du nouveau Code de la Famille marocain), le consentement réel à l'institution du mariage constitue en effet une condition de fond de celui-ci* » (Civ. Bruxelles, 31 mars 2011, R.G. : 2010/2077/B, inédit). Le tribunal de 1^{ère} instance de Gand, dans une décision du 10 avril 2014 (*Revue@dipr.be*, 2014/2, pp. 52 et suiv.), après avoir affirmé que le droit marocain n'est pas contraire à l'ordre public international belge, estime « *Wellicht ook in het Marokkaanse recht (toepasselijk op de verzoeker) maar zeker in het Belgisch recht (toepasselijk op de verzoekster) is het niet toegelaten om een huwelijk te sluiten met een geveinsde toestemming* » (p. 54).

⁶⁴⁹ Voyez note n°643.

⁶⁵⁰ En vertu de l'article 15 du Codip.

⁶⁵¹ Notons que cela n'est pas tellement étonnant car le droit musulman distingue les actes patrimoniaux des actes extrapatrimoniaux, ces derniers étant valables même en l'absence d'intention (malgré le principe qui veut que la volonté soit une condition de leur existence). Il s'agit d'actes qui ont une importance sociale et religieuse particulière comme le mariage. Voyez : Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé*, t. II, Liv. 2, *op. cit.*, pp. 82 et suiv. et t. I. pp. 69 et suiv.

B. Le certificat d'aptitude au mariage

210. Le deuxième exemple d'interprétation du droit marocain par les autorités belges concerne le certificat d'aptitude au mariage et met en lumière un nouvel 'ajustement' du droit étranger.

Le certificat d'aptitude au mariage touche à l'application des règles de forme du droit marocain lors de la célébration d'un mariage au Maroc. En effet, les documents à produire par les parties pour constituer un dossier de mariage relèvent des questions de forme. Les formalités, comme nous l'avons déjà mentionné, sont régies par le droit de l'État sur le territoire duquel le mariage est célébré. Si une personne de nationalité belge souhaite se marier au Maroc, elle devra produire un certificat d'aptitude au mariage, comme le prévoit l'article 65, 6, du Code marocain de la famille. Ce certificat peut être obtenu auprès des autorités diplomatiques ou consulaires belges au Maroc.

211. En vertu du droit marocain, le certificat requis est un certificat « *d'aptitude au mariage* » qui vise l'absence d'empêchement légaux, lesquels recouvrent les liens de parenté, d'alliance, l'existence de polygamie ou les empêchements religieux ⁽⁶⁵²⁾. Les autorités belges ont cependant utilisé l'exigence de délivrance de ce document, posée par le droit marocain, pour soumettre celle-ci au contrôle du consentement sincère au mariage. La délivrance du certificat était refusée si les autorités belges nourrissaient le sentiment que le mariage projeté visait uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour en Belgique. Cette pratique s'est développée, au départ, en dehors de tout cadre légal. La jurisprudence l'a alors dénoncée, estimant à raison qu'elle « *détournait* » les dispositions du droit étranger de leur objet ⁽⁶⁵³⁾.

Selon la Cour d'appel de Bruxelles, qui s'est prononcée sur ce certificat dans un arrêt de 5 mars 2012, il est « *justifié de se référer au droit étranger (...) pour examiner les exigences posées concernant ce certificat* » ⁽⁶⁵⁴⁾, dont le contenu peut varier selon le droit étranger concerné ⁽⁶⁵⁵⁾. « *S'agissant d'un document administratif inconnu du droit belge* ⁽⁶⁵⁶⁾ *mais exigé par une autorité étrangère, il convient de se limiter aux mentions requises par cette autorité étrangère* » ⁽⁶⁵⁷⁾. La Cour se réfère pour cela à l'article 13 du Code marocain de la

⁶⁵² L'article 65 figure dans le Titre VI 'Des procédures administratives et des formalités requises pour l'établissement de l'acte de mariage' du Code marocain de la famille.

⁶⁵³ Voyez par exemple : Bruxelles, 5 mars 2012, *R.T.D.F.*, 2012/3, pp. 625 et suiv., note C. DE BOUYALSKI et C. HENRICOT, « Certificats de non-empêchement à mariage : la cour d'appel a tranché ! ».

⁶⁵⁴ Bruxelles, 5 mars 2012, *J.T.*, 2012, n° 6499, p. 793, note D. STERCKX et *R.T.D.F.*, 2012/3, p. 625, note C. DE BOUYALSKI et C. HENRICOT.

⁶⁵⁵ Civ. Bruxelles, 4 octobre 2011, *T. Vreemd.*, 2013, n° 4, p. 373 et Civ. Bruxelles, 28 juin 2011, *Rev. dr. étr.*, 2011, n° 164, p. 406.

⁶⁵⁶ Depuis lors, l'exigence figure dans le Code consulaire (voir note n°661).

⁶⁵⁷ Bruxelles, 5 mars 2012, *J.T.*, 2012, n° 6499, p. 793 et *R.T.D.F.*, 2012/3 *op.cit.*, p. 625.

famille, qui prévoit comme condition du mariage l'absence d'empêchements légaux. Selon la Cour, « *Les empêchements légaux sont visés au titre III du Code marocain de la famille, 'des empêchements au mariage', et sont de deux sortes, perpétuels (articles 36 à 38) ou temporaires (articles 39 à 46). Les empêchements perpétuels résultent des liens de parenté ou d'alliance ; les empêchements temporaires résultent essentiellement de la polygamie (interdite sauf autorisation spéciale), du respect d'un délai de viduité et de motifs religieux* ». Le certificat d'aptitude au mariage de droit marocain « *n'a pour but que d'attester l'absence d'empêchements liés à des liens de parenté, à des motifs religieux ou à des mariages précédents* ».

À juste titre, la Cour applique le droit marocain. Il s'ensuit qu'aucun examen concret de la réalité du consentement au mariage et des intentions des futurs époux ne devait être imposé à ce stade⁽⁶⁵⁸⁾. Néanmoins, la délivrance du certificat de non-empêchement à mariage, par la voie du poste diplomatique ou consulaire belge au Maroc, a été utilisée comme un instrument permettant un premier examen préventif du projet de mariage et en particulier de la réalité du consentement au mariage projeté⁽⁶⁵⁹⁾.

212. Le certificat de non-empêchement à mariage qui constituait une pratique administrative⁽⁶⁶⁰⁾ a été institué par le législateur belge en obligation légale⁽⁶⁶¹⁾. Les articles 69 et 70, al. 1^{er}, du Code consulaire prévoit désormais que le Consulat délivre aux Belges désireux de se marier à l'étranger (dans un État qui l'exige) un certificat de non-empêchement

⁶⁵⁸ La Cour s'est à nouveau prononcée sur la question, le 19 novembre 2012, et a affirmé qu'elle « *ne partage pas l'opinion de l'appelant selon laquelle « la délivrance du certificat de non-empêchement à mariage doit être examinée sur la base des dispositions légales belges fixant les conditions de fond du mariage », en ce compris l'article 146bis du Code civil et selon laquelle la délivrance de ce certificat doit dès lors être subordonnée à la vérification de la sincérité de l'intention de chacun des époux, de contracter mariage en vue de la formation d'une communauté de vie durable* » (Bruxelles 19 novembre 2012, R.G. : 2011/AR/3162, inédit).

⁶⁵⁹ H. ENGLERT, « Le refus de délivrance du certificat de non empêchement à mariage : une pratique légale ? », *ADDE Newsletter*, Juillet 2010, n° 56, pp. 2-4 ; P. WAUTELET, F. COLLIERNE, H. ENGLERT, C. HENRICOT et S. PFEIFF, *Relations familiales internationales : l'actualité vue par la pratique*, CUP, Vol. 118, *op.cit.*, pp. 72 et suiv. ; J. VERHELLEN, « De rol en de impact van het Wetboek IPR in zaken van internationaal familierecht », in *Nieuw internationaal privaatrecht : meer Europees, meer globaal*, J. ERAUW et P. Taelman (dir.), Kluwer, 2009, p. 156 et suiv.

⁶⁶⁰ La jurisprudence relative au refus de délivrance du certificat de non-empêchement à mariage par les autorités belges, avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, est abondante, voyez notamment : Bruxelles, 5 mars 2012, *R.T.D.F.*, 2012/3, p. 625 ; Bruxelles, 24 novembre 1998, *A.J.T.*, 1998-99, p. 871 ; Civ. Bruxelles (*Ref.*), 22 février 2012, R.G. : 11/1554/C, inédit ; Civ. Bruxelles, 4 octobre 2011, *T. Vreemd.*, 2013/4, p. 373 ; Civ. Bruxelles, 28 juin 2011, *Rev. dr. étr.*, 2011, n° 164, p. 406.

⁶⁶¹ Loi du 2 juin 2013 modifiant le Code civil, la loi du 31 décembre 1951 sur les consulats et la juridiction consulaire, le Code pénal, le Code judiciaire et la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en vue de la lutte contre les mariages de complaisance et les cohabitations légales de complaisance, *M. B.*, 23 septembre 2013 et Loi du 21 décembre 2013 portant le Code consulaire, *M.B.*, 21 janvier 2014. Le Code est entré en vigueur le 15 juin 2014. Pour un commentaire, voyez: J. VERHELLEN, « Het attest van geen huwelijksbeletsel : van administratieve praktijk naar wettelijke verankering », *T.Vreemd.*, 2013, pp. 301-308.

à mariage d'où il ressort qu'aucune objection légale n'existe selon le droit belge à l'égard du mariage. Il n'est donc délivré que si le requérant satisfait, selon le droit belge, aux qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage. S'il n'est pas satisfait aux qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage ou en cas de doutes sérieux sur la réalisation de ces exigences, le chef du consulat communique la demande de certificat au procureur du Roi en Belgique. Le procureur du Roi peut s'opposer à la délivrance du certificat. Dans cette hypothèse, les parties intéressées peuvent introduire un recours devant le tribunal de première instance. Si aucune réaction des autorités belges n'a été notifiée dans le délai prévu, le consulat est tenu de délivrer le certificat sans délai ⁽⁶⁶²⁾.

Désormais, les articles 69 et suivants du Code consulaire concernant la procédure en vue d'obtenir un certificat de non-empêchement à mariage modifient le raisonnement. Depuis que la loi belge prévoit la nécessité d'obtenir ce document, celui-ci peut contenir les mentions qu'exige le droit belge sans pour autant constituer une interprétation '*à la belge*' du droit étranger par le biais d'une lecture extensive des exigences qu'il pose. Il s'agit plutôt d'une instrumentalisation du mécanisme du certificat lui-même, permettant une vérification des conditions de l'article 146*bis* du Code civil belge.

Toutefois, la loi belge n'impose la délivrance de ce certificat que lorsque l'autorité étrangère en exige la production, comme c'est le cas du Maroc. Cette nouvelle exigence légale implique une connaissance du droit étranger par les autorités belges, mais ne correspond pas, pour autant, aux exigences de cette même loi. On le voit, ici aussi, le droit étranger n'est pas utilisé comme il l'est dans son pays d'origine mais plutôt comme un outil au service des autorités belges. Dans cette optique, les mariages simulés sont combattus par la voie d'une érosion de la règle *lex loci celebrationis*, ce qui témoigne d'une certaine défiance à l'égard des autorités marocaines (compétentes pour conclure les mariages au Maroc).

La nouvelle loi ne prévoit cependant pas les conséquences d'un mariage célébré au Maroc en l'absence dudit certificat. Les règles générales du Codip seront donc applicables aux conditions de la validité du mariage en Belgique ⁽⁶⁶³⁾. Il faudra que les époux aient respecté les exigences locales en matière de formalité. Le certificat d'aptitude au mariage requis par le droit marocain ne constituant pas une formalité prescrite à peine de nullité ⁽⁶⁶⁴⁾, un mariage célébré au Maroc sans que l'époux de nationalité belge n'ait obtenu le document auprès de ses autorités pourra être reconnu en Belgique. Dans ce cas, le contrôle de l'intention des parties aura lieu en Belgique, *a posteriori*, au moment de la reconnaissance de l'acte puisque le filtre de l'enquête préalable à la célébration du mariage n'existe pas au Maroc ⁽⁶⁶⁵⁾.

⁶⁶² Pour une application de cette disposition, voyez : Civ. Liège, 23 mai 2014, R.G. : 14/2080/A, *inédit*, confirmé en appel : Liège, 4 novembre 2014, R.G. : 2014/RG/914, *inédit*, Civ. Anvers, 23 avril 2015, *Revue@dipr.be*, 2015/2, pp. 132 et suiv. ; Civ. Anvers, 7 janvier 2015, *Revue@dipr.be*, 2015/2, pp. 139 et suiv.

⁶⁶³ Article 27 du Codip.

⁶⁶⁴ Articles 56 et suiv. du Code marocain de la famille.

⁶⁶⁵ Voyez : Civ. Liège, 3 avril 2009, R.G. : 08/4442/A, *inédit*.

C. L'interdiction de supprimer la dot

213. L'exemple de la dot est quelque peu distinct des exemples précédents dès lors qu'il s'agit de faire l'impasse sur les conditions du droit marocain et non de les interpréter 'à la belge'. Il reflète cependant aussi une application du droit marocain selon les exigences du droit belge.

La réforme du droit marocain de la famille en 2004 n'a pas supprimé l'exigence de la dot en tant que condition de validité du mariage. « *La dot constitue en effet la preuve de la continuité qui est faite avec le droit musulman : le législateur n'a pas pu aller à l'encontre de la loi islamique, notamment du Coran* »⁽⁶⁶⁶⁾.

En droit marocain, la dot est à charge du mari qui doit la payer à l'épouse. La règle du nouveau Code est que l'acte de mariage ne sera pas valide si les époux se sont entendus pour supprimer la dot⁽⁶⁶⁷⁾. L'article 26 du Code marocain de la famille précise que le fondement légal du *Sadaq* consiste en sa valeur morale et symbolique et non en sa valeur matérielle, et préconise d'en modérer le montant⁽⁶⁶⁸⁾. Elle consiste, pour reprendre les termes du Code marocain de la famille, « *en tout bien donné par l'époux à son épouse et impliquant de sa part le désir de contracter mariage, de fonder une famille stable, et de raffermir les fondements de l'affection et la cohabitation entre conjoints* »⁽⁶⁶⁹⁾.

La dot est obligatoire. Elle doit être fixée soit au moment du mariage, soit après⁽⁶⁷⁰⁾. En cas de désaccord entre époux, le montant est fixé par le tribunal en tenant compte du milieu social de chacun des conjoints⁽⁶⁷¹⁾. En cas de silence sur le montant de la dot dans l'acte de mariage, ce dernier est réputé constituer un mariage de délégation⁽⁶⁷²⁾, c'est-à-dire un mariage où la détermination de la dot est laissée aux soins du juge par les parties.

⁶⁶⁶ M. MONJID, « Les apports de la réforme du droit marocain de la famille », in *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, J. POUSSON-PETIT (dir.), L'Harmattan, Paris, 2009, p. 50. En droit musulman, tout mariage suppose une dot. Des nuances existent cependant selon les écoles. Par exemple, selon les Malékites, un mariage qui exclut la constitution d'une dot est un mariage vicié. Chez les Hanéfites, les Shafiites et les Hanbalites, un tel mariage ne sera pas considéré comme vicié mais donnera droit pour l'épouse à une dot dite de parité ou d'équivalence « *dont la coutume détermine le montant en rapport avec les dots qui ont été constituées aux femmes de sa famille ou de sa condition. En sorte que, si le mariage n'est pas tenu pour vicié, la femme est néanmoins, dotée* » (L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2ème éd., Dalloz, Paris, 1987, p. 292).

⁶⁶⁷ Article 13-2° du Code marocain de la famille.

⁶⁶⁸ Article 28 du Code marocain de la famille.

⁶⁶⁹ Article 26 du Code marocain de la famille.

⁶⁷⁰ Article 27 du Code marocain de la famille.

⁶⁷¹ *Idem*.

⁶⁷² Article 26 du Code marocain de la famille.

214. La dot de droit marocain, comme élément d'une organisation familiale asymétrique dans laquelle les deux conjoints ont des droits et des obligations différents, ne trouve aucun équivalent en droit belge.

Notons cependant que la dot est une institution que le droit belge a connue. Toutefois, la fonction remplie par cette institution dans les droits d'inspiration islamique, comme le droit marocain, est diamétralement opposée à celle qui a prévalu dans les pays européens. En droit belge par exemple, la dot consistait notamment dans « *le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage* ». Cette définition résultait de l'ancien article 1540 du Code civil. La dot a été supprimée du Code civil belge lors de la réforme de la loi sur les droits et devoirs des époux ainsi que sur les régimes matrimoniaux en 1976. Cette réforme, qui avait pour vocation de mettre fin aux inégalités entre époux, a consacré de nouveaux modes de gestion des patrimoines propres et communs et, par conséquent, a abrogé les mesures de protection en faveur de la femme qui ne se justifiaient qu'en relation au pouvoir prépondérant accordé au mari (⁶⁷³).

215. Depuis la réforme, en 2004, du Code marocain de la famille interdisant uniquement que l'acte de mariage ne supprime expressément la dot, plus aucune difficulté ne se pose dans l'application du droit marocain au moment de la célébration du mariage en Belgique. L'acte peut, simplement, ne contenir aucune mention sur ce point.

Il est possible de s'interroger sur le sort qui serait réservé à la demande émanant d'un couple en passe de célébrer son mariage en Belgique et qui désirerait inscrire le montant de la dot qu'il aurait déterminé dans l'acte de mariage. L'officier de l'état civil accepterait-il ou refuserait-il sur la base de l'exception d'ordre public ? Ou encore, refuserait-il, tout en appliquant le droit marocain, argumentant que la dot ne doit pas être inscrite dans l'acte ? Aucune pratique n'a été recensée sur cette question (⁶⁷⁴). La question est illustrative du flou qui entoure la validité, au regard de l'ordre juridique belge, de la dot. Il n'est en conséquence pas exclu que des Marocains soient encouragés à ne pas porter une telle demande devant les autorités belges, permettant ainsi une application, '*sans complication*', du droit marocain.

En ce qui concerne les mariages célébrés au Maroc, les autorités belges ne soulèvent pas la question de la dot au moment de la reconnaissance de l'acte (⁶⁷⁵). Cette attitude est constructive car elle œuvre dans le sens de l'harmonie des solutions que prône le droit international privé mais elle ne s'applique pas à toutes les hypothèses du même type. En effet, si la reconnaissance de l'acte n'emporte aucune conséquence au niveau de l'exécution en Belgique de la dot – question qui peut, le cas échéant, se poser ultérieurement –, une position différente a été prise concernant les clauses inscrites dans les mariages pakistanais et

⁶⁷³ *Doc. Parl. ch. repr.*, Session Ord., 1975-1976, 869/3, pp. 4 et suiv.

⁶⁷⁴ Une réponse négative est apportée en doctrine française, considérant impensable que l'officier de l'état civil français vérifie que la dot a été versée (B. BOURDELOIS, « Mariages célébrés en France », *Répertoire de droit international*, n°43, Dalloz, 2013).

⁶⁷⁵ De nombreux actes de mariage qui contiennent une référence au paiement d'une dot sont d'ailleurs reconnus.

octroyant un droit de divorce à l'épouse ⁽⁶⁷⁶⁾. Dans cette dernière hypothèse, c'est tout l'acte de mariage qui était refusé en raison de sa potentielle contrariété à l'ordre public international belge. Pourtant, la clause a justement pour fonction de rendre le mariage dissoluble également pour l'épouse, ce qui le rend conforme à l'ordre public international belge.

A contrario, dans le cas de la dot, la reconnaissance du mariage ne suscite aucune contestation alors même que, lorsque la demande vise l'annulation du mariage, les juridictions se prononcent majoritairement contre la reconnaissance de la dot en raison de la violation de l'ordre public qu'elle occasionne (voir n°249 et suiv.). Comment expliquer ce *deux poids, deux mesures* à l'égard d'actes qui contiennent une référence à des institutions inégalitaires à l'égard des femmes ? D'un côté, le mariage avec mention d'une dot est accepté sans se poser de question alors qu'il s'agit d'une institution potentiellement contraire à l'ordre public. De l'autre, le mariage avec une clause accordant le divorce aux femmes selon le droit pakistanais est refusé alors même que la clause relative au divorce rend l'acte conforme à l'ordre public.

L'accueil des actes de mariage marocains contenant mention d'une dot peut apporter un nouvel éclairage sur la réception du droit étranger dans l'ordre juridique belge. Il semble en effet que, dans certaines circonstances, les difficultés potentielles que peut soulever l'application des règles de droit étranger sont évitées, probablement soit parce que les autorités belges souhaitent simplifier le raisonnement, soit parce qu'elles ne sont pas directement sollicitées pour donner effet à l'institution concernée. Cette remarque ne repose cependant sur aucune pratique avérée et l'éclairage qu'elle apporte sur la politique d'accueil du droit étranger doit donc être vu avec la réserve qu'implique un développement purement personnel.

II. La déformation du droit marocain de la filiation et de l'autorité parentale

A. La preuve de la filiation par expertise génétique

216. Le recours à l'expertise génétique pour prouver le lien de filiation sur la base du droit marocain constitue, dans certains cas, un nouvel exemple d'*ajustement*' de ce droit au droit belge.

Les modes de preuve de la filiation ressortissent au droit applicable à l'établissement et à la contestation du lien de filiation ⁽⁶⁷⁷⁾. Le Code marocain de la famille prévoit, à l'article 153, la possibilité de contester la filiation paternelle (du mari) par expertise génétique. Ce mode de

⁶⁷⁶ Voyez : C. APERS, « L'acte de mariage pakistanais comportant une clause relative au divorce et sa reconnaissance de Belgique », *Rev. dr. étr.*, 2008, n° 151, pp. 633 et suiv.

⁶⁷⁷ Sur la base de l'article 63 du Codip qui détermine le domaine du droit applicable à la filiation.

preuve ne pose aucune difficulté en Belgique⁽⁶⁷⁸⁾; il existe en droit belge également (voir n°85). Il est cependant utilisé par référence au droit marocain en dehors du contexte pour lequel il est prévu, à savoir permettre au mari de contester sa filiation légitime.

217. On peut donc se demander si l'interprétation des tribunaux belges de l'article 153 du Code marocain de la famille est toujours conforme à l'interprétation qui en est faite au Maroc. Les autorités belges sont tenues d'appliquer le droit étranger « *selon l'interprétation reçue à l'étranger* »⁽⁶⁷⁹⁾. Or, il semble qu'en droit marocain l'expertise génétique ne soit pas aussi fréquemment appliquée qu'en droit belge et ne permette en tout cas pas l'établissement d'une filiation '*illégitime*'⁽⁶⁸⁰⁾.

Vu le mécanisme de mise en œuvre de l'exception d'ordre public, il est possible, nous l'avons montré, de procéder à une expertise ADN lorsque la mère conteste la paternité de son mari. Une telle situation est évidemment impensable en droit marocain et la décision obtenue en Belgique ne serait certainement pas reconnue au Maroc.

⁶⁷⁸ Différentes décisions attestent de l'application de l'article 153 du Code marocain de la famille sur ce point. Par exemple, le Tribunal de première instance de Leuven a ordonné une expertise scientifique sur la base de l'article 153 du Code marocain de la famille pour prouver la paternité. La décision est intéressante parce qu'elle procède à une application précise et correcte de l'exception d'ordre public en droit belge. Après avoir écarté le droit marocain sur la question des titulaires à l'action ainsi que pour les délais d'action, le juge se réfère à l'article 153 du Code marocain de la famille pour se prononcer sur les moyens de preuve du lien de filiation (Civ. Leuven, 26 novembre 2007, R.G. : 07/1625/A, *inédit*). L'application de l'exception d'ordre public veut en effet que les conditions de sa mise en œuvre soient analysées distinctement pour chacune des questions soumises au juge. Par conséquent, il est possible d'écarter le droit étranger pour ouvrir l'action à la mère de l'enfant ou au père biologique et de l'appliquer ensuite à la question des délais ou, en l'occurrence, des moyens de preuve. Pour une analyse de cette question dans le cadre du commentaire d'une décision portant sur le droit péruvien dans laquelle « *une femme a pu valablement contester la paternité de son mari en se fondant sur les dispositions d'un droit étranger, qui pourtant, ne lui offrait aucune possibilité d'agir et en vertu duquel son action aurait dû être déclarée prescrite* », voyez : C. HENRICOT, « L'exception d'ordre public et la clause d'exception : deux mécanismes pour tenir en échec le droit étranger applicable en matière de filiation », *R.T.D.F.*, 2010/2, p. 639. Autres exemples d'application par les juridictions belges de l'article 153 du Code marocain de la famille, le Tribunal de première instance de Liège, sur la base de l'article 153 du Code marocain de la famille, autorise une expertise formelle à condition que l'époux produise des éléments probants à l'appui de ses allégations. Le juge considère que de tels éléments existent dans la situation et nomme un expert : « *En l'espèce, les époux sont divorcés depuis 11 mois lors de la naissance et sont séparés depuis le 17 mars 2009 ; l'ensemble de ces éléments constituent des éléments suffisants pour justifier de vérifier la réalité biologique* » (Civ. Liège, 4 novembre 2010, R.G. : 11/4473/A, *inédit*). Dans une autre affaire, le Tribunal de première instance de Bruxelles a, de son côté, imposé l'expertise génétique, jugeant que le droit marocain ne permettait pas au tribunal de lever la présomption de paternité sans recourir à une telle expertise (le '*serment d'anathème*' étant, selon les termes du tribunal, tombé en désuétude). Le juge précisant que « *le tribunal n'a pas à s'ériger en censeur du mode de preuve retenu par le législateur marocain* » (Civ. Bruxelles, 24 juin 2014, R.G. : 2012/13512/A, *inédit*).

⁶⁷⁹ En vertu de l'article 15 du Codip.

⁶⁸⁰ Il semble d'ailleurs qu'elle soit principalement utilisée pour prouver la filiation lorsqu'elle découle de fiançailles, sur la base de l'article 156 du Code marocain de la famille. Cette information a été fournie par A. BOUHYA, juge de la famille à Larache et A. OUNNIR, professeur à la Faculté de droit de Tanger, lors du colloque « 10 ans d'application du Code marocain de la famille », organisé à Rabat, les 28-29 novembre 2014, par la Faculté de droit Rabat Agdal.

Il semble que le recours à l'expertise soit autorisé par les juridictions belges dans les circonstances qui auraient, en droit belge, entraîné sa mise en œuvre⁽⁶⁸¹⁾. Parfois, à juste titre. Ainsi, la Cour d'appel d'Anvers, le 17 janvier 2007, a procédé à une analyse correcte du droit marocain en matière d'expertise génétique. Elle a considéré que le test ADN effectué volontairement par les intéressés ne correspondait pas au prescrit de la disposition visée par le droit marocain, laquelle requiert que l'expertise soit ordonnée par le tribunal. Cette exigence est par ailleurs en accord avec les règles du droit belge de la filiation, qui impose l'intervention du juge pour remettre en question les liens de filiation juridiquement établis. La Cour n'a, par conséquent, pas eu de difficulté à s'en remettre à une application précise du droit marocain sur ce point. Même conclusion concernant une affaire soumise au Tribunal de première instance de Gand, le 26 mars 2015⁽⁶⁸²⁾. En l'espèce le juge va évaluer si des éléments suffisants à la base des allégations de non-paternité du mari sont apportés (comme l'impose le droit marocain) pour ordonner une expertise génétique. Les éléments retenus sont cependant ceux permettant d'éviter la présomption de paternité en droit belge, à savoir l'inscription des époux à des adresses différentes.

L'interprétation 'à la belge' du droit marocain autorisant le recours à l'expertise génétique est parfois acceptable au regard du droit marocain. Tel est le cas du dernier exemple. Cette interprétation n'est toutefois pas toujours conforme au droit marocain, comme nous l'avons signalé à propos du test ADN imposé par la mère de l'enfant à son mari aux fins de contester sa paternité.

218. Observations sur le test ADN dans le cadre du regroupement familial. Lorsque le lien de filiation a été établi à l'étranger et qu'il sert de base à une demande de regroupement familial, la preuve biologique prend une toute autre dimension. L'article 12bis, § 6, de la loi du 15 décembre 1980⁽⁶⁸³⁾ prévoit la possibilité, lorsque l'étranger ne peut apporter la preuve des liens de parenté ou d'alliance par des documents officiels, de tenir compte d'« autres preuves valables » produites au sujet du lien. À défaut, « le ministre ou son délégué peut procéder ou faire procéder à des entretiens avec l'étranger et l'étranger rejoint ou à toute enquête jugée nécessaire, et proposer, le cas échéant, une analyse complémentaire ». Il s'agit donc d'un système en cascade qui hiérarchise les modes de preuve. Cette disposition appelle deux remarques dans le cadre de notre étude. D'abord, concernant ce que recouvre la notion d'« autres preuves valables ». Selon la circulaire du 17 juin 2009⁽⁶⁸⁴⁾, il peut s'agir : d'une attestation de naissance, d'une carte d'identité dans laquelle le lien de famille apparaît, d'un acte de mariage coutumier, d'un jugement supplétif, d'un acte de mariage religieux, etc. Cette liste non exhaustive

⁶⁸¹ Anvers, 17 janvier 2007, R.G. : 2006/274, *inédit*. La décision se prononce sur base de l'ancien Code de statut personnel, mais son enseignement demeure intéressant aujourd'hui. Voyez, pour d'autres décisions interprétant le droit étranger, J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk, op. cit.*, pp. 104 et suiv.

⁶⁸² Civ. Gand, 26 mars 2015, *Revue@dipr.be*, 2015/2, pp. 135 et suiv.

⁶⁸³ Loi du 15 décembre 1980 sur l'entrée, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *op. cit.*

⁶⁸⁴ Circulaire portant certaines précisions ainsi que des dispositions modificatives et abrogatoires en matière de regroupement familial, 17 juin 2009, *M.B.*, 2 juillet 2009.

mélange des documents qui établissent, en tant que document officiel – et donc relevant de la première catégorie de preuve –, le lien de famille et d'autres documents, le cas échéant, probants. Le jugement supplétif est un bon exemple de la confusion opérée par la circulaire qui met à mal les règles de reconnaissance prévues par le droit international privé⁽⁶⁸⁵⁾. Ensuite, la référence aux analyses complémentaires est entendue par l'Office des étrangers comme permettant le recours aux tests ADN pour prouver le lien de filiation. En pratique, les documents étrangers relatifs à l'état civil sont fréquemment refusés par l'Office des étrangers⁽⁶⁸⁶⁾, qui recourt largement à la pratique du test ADN dans le cadre des demandes de regroupement familial⁽⁶⁸⁷⁾. Il en résulte une vision réductrice de la famille dans les situations internationales, qui n'est pas en adéquation avec les règles du droit belge de la filiation (voir n°78 et suiv.) ni avec la réalité sociologique de pays où les liens familiaux sont reconnus, plus largement qu'en droit belge, en dehors de leur dimension génétique⁽⁶⁸⁸⁾. La question du recours aux tests ADN dans le cadre du regroupement familial avait suscité de vives réactions en France, où, pour ce motif, la loi n'a finalement pas été mise en application. Elle n'avait d'ailleurs été envisagée qu'à défaut de possession d'état à l'égard de l'enfant et uniquement afin de prouver la maternité, tant l'on sait les incertitudes qui peuvent planer sur la paternité. La France avait parallèlement prévu un contrôle judiciaire permettant d'encadrer la demande⁽⁶⁸⁹⁾. En Belgique, alors même que la filiation ne peut être contestée que devant un tribunal, elle peut être invalidée par une autorité administrative lorsqu'elle concerne des personnes résidant à l'étranger, qui se verront ainsi privées du droit de vivre en famille sans aucune modification légale de leur état civil. L'on ne manquera pas de constater ici l'écart manifeste qui existe entre la situation des familles internes et des familles en situation de migration quant à la définition des composantes du lien de filiation.

⁶⁸⁵ Pour une analyse de cette circulaire, voyez : H. ENGLERT, « La preuve du lien de famille dans le cadre du regroupement familial : actualité », *Newsletter ADDE*, septembre 2009, n° 46.

⁶⁸⁶ A titre d'exemple, quelques décisions sur le refus de prise en considération des documents déposés : CCE, 31 juillet 2012, arrêt n° 85 401 ; CCE, 20 janvier 2011, arrêt n° 54 612 ; CCE, 12 octobre 2010, arrêt n° 49 388 ; CCE, 30 avril 2010, arrêt n° 42 728 ; CCE, 30 avril 2010, arrêt n° 42 729.

⁶⁸⁷ Pour une application des règles de droit international privé à la reconnaissance d'actes de naissance ghanéens suite au refus de prise en compte de la filiation par l'Office des étrangers en raison de tests ADN négatifs, voyez : Civ. Liège, 12 juin 2009, *R.T.D.F.*, 2010/4, pp. 1112 et suiv. réformé en appel : Liège, 31 mars 2010, R.G. : 2009/RG/1071, *inédit*.

⁶⁸⁸ Sur le sujet voyez : T. LEGROS et H. ENGLERT, « Le recours aux tests ADN pratiqués dans le cadre des procédures de regroupement familial », *Rev. dr. étr.*, n° 147, 2008, pp. 3 et suiv. ; H. ENGLERT, « Regroupement familial et ADN », *Agenda interculturel*, n° 283, Mai 2010, pp. 10 et suiv.

⁶⁸⁹ Loi n° 2007-1631, 20 novembre 2007, *J.O.*, 21 novembre 2007, p. 18993. Sur cette loi : C. BIDAUD-GARON, « La preuve de la filiation d'un étranger et la loi du 27 novembre 2007 », *Dr. Fam.*, Février 2008, pp. 19 et suiv. ; E. FONGARO, « Tests ADN : traitement différent de situations différentes ou discrimination ? », *Dr. Fam.*, Janvier 2008, étude n° 3, pp. 13 et suiv.

B. Les délais d'introduction de l'action en contestation de paternité

219. Nouvel exemple d'application du droit marocain 'à la belge', la question des délais d'introduction de l'action en contestation de paternité par les juridictions belges. Le droit belge est en effet très précis sur ce point (⁶⁹⁰), sous réserve des tempéraments apportés par la Cour constitutionnelle, alors que le Code marocain de la famille ne contient pas de délai pour agir (⁶⁹¹). Les juridictions utilisent cependant parfois le droit marocain pour justifier des décisions qui semblent reposer principalement sur la volonté de respecter les conditions du droit belge et non réellement de donner une place au droit étranger.

220. Certains juges, considérant que le droit marocain ne connaît pas de délai pour introduire l'action en contestation de paternité, appliquent le droit belge pour suppléer cette 'lacune' (⁶⁹²). Le Tribunal de première instance de Bruxelles, confronté à une action en contestation de paternité introduite par une enfant majeure, relève sur ce point que le droit marocain, applicable en l'espèce, ne contient pas de délai et, par conséquent : « *Qu'il s'ensuit qu'il est justifié de dire que la demande introduite alors que le demandeur a entre 18 et 22 ans n'est pas tardive* » (⁶⁹³).

221. Toutes les juridictions ne se prononcent toutefois pas de la sorte et certaines se réfèrent au contenu du droit marocain, tel qu'interprété par la doctrine malékite. Par exemple, le 8 mars 2005, faisant appel à la doctrine marocaine, la Cour d'appel de Bruxelles, saisie d'une demande en contestation de sa paternité introduite par le mari de la mère un an et cinq jours après la naissance de l'enfant, déclare l'action irrecevable pour tardiveté au motif que le rite malékite prévoit un délai très court pour cette action. L'attendu de la Cour est formulé ainsi : « *Que toutefois, pour faire une application correcte du droit étranger, en l'espèce du droit marocain, la cour ne peut pas se contenter de se référer aux seules dispositions de la Mudawwana, mais doit rechercher le contenu de ce droit par référence aux autres sources de droit admises dans ce pays ; Qu'en droit marocain, les questions de statut personnel non traitées par la Mudawwana doivent être réglées en se référant à l'opinion dominante ou à la jurisprudence constante dans le rite malékite (...)* » (⁶⁹⁴) : *Qu'en droit musulman, le désaveu de*

⁶⁹⁰ Article 318 du Code civil belge.

⁶⁹¹ Si le Code ne prévoit pas de délai, il semble cependant que la jurisprudence considère que le mari doit saisir le juge dès qu'il a connaissance de la grossesse ou de la naissance (ADDE, *Guide pratique de droit familial étranger*, Nivelles, *op. cit.*, p. 72).

⁶⁹² Civ. Leuven, 26 novembre 2007, R.G. : 07/1625/A, *inédit*.

⁶⁹³ Civ. Bruxelles, 24 octobre 2006, R.G. : 05/5.294/A, *inédit*.

⁶⁹⁴ Le juge cite sur cette question : M. TAVERNE, *Le droit familial maghrébin et son application en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 83, n° 209 ; S. MERNISSI, « Quelques aspects du statut personnel marocain », in *Le statut personnel des musulmans, Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 116 et suiv. et L. MILLOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, 2^{ème} éd., 1987, p. 405, n° 500.

paternité n'est plus admis lorsque le mari a attendu un certain temps après l'accouchement sans porter devant le cadi son action en désaveu ; Que dans cette hypothèse il existe une controverse sur le délai dans lequel est circonscrit l'exercice de cette action, certains auteurs accordant deux jours, d'autres sept, et à la condition que le mari n'ait pas cohabité avec sa femme en ayant connaissance de la grossesse » (⁶⁹⁵).

La démarche de la Cour dans cet arrêt doit être approuvée mais, si elle se réfère au droit étranger tel qu'interprété dans le pays d'origine, la motivation semble quelque peu artificielle. La Cour pouvait, sans état d'âme, conclure à la tardiveté de l'action puisqu'elle était introduite passé également le délai prévu par le droit belge. Il est par contre douteux d'affirmer que la décision a été prise en application du droit marocain. Si l'action avait été introduite deux ou sept jours après la naissance de l'enfant, délais auxquels se réfère la Cour, le droit marocain aurait-il réellement été appliqué ? Nous n'en sommes pas convaincus.

Ces exemples témoignent donc également d'une interprétation du droit marocain permettant son application dans la mesure où il se conforme aux prescrits du droit belge.

C. La Kefala et la tutelle officieuse

222. La conversion de la *Kefala* en tutelle officieuse par les juridictions belges témoigne, une nouvelle fois, de la tentative d'« ajustement » du droit marocain au droit belge au prix d'une dénaturation du premier.

Institution de droit musulman, la *Kefala* est l'institution par laquelle une personne ou un couple s'engage à prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné, sans qu'un lien de filiation ne soit établi (⁶⁹⁶).

La *Kefala*, si on analyse sa fonction, entre, selon nous, dans la catégorie de rattachement relatif à l'autorité parentale (⁶⁹⁷). L'autorité parentale étant soumise en droit belge au droit de

⁶⁹⁵ Bruxelles, 8 mars 2005, *R.T.D.F.*, 2006/3, pp. 862 et suiv. Cette affaire fut jugée par référence aux articles 90-91 du Code de statut personnel et des successions marocain, encore en vigueur au moment de la saisine de la Cour. Toutefois, cet arrêt demeure intéressant dès lors que le nouveau Code marocain de la famille n'a pas modifié la règle en matière de délai.

⁶⁹⁶ En droit marocain, la *Kefala* est organisée par le Dahir n° 1-02-172 du 1 rabii II 1423 (13 juin 2002) portant promulgation de la loi n°15-01 relative à la prise en charge (la *kafala*) des enfants abandonnés, *Bulletin officiel*, n° 5036, 27 jourmada II 1423 (5 septembre 2002). Voyez : S. SAROLEA et C. HENRICOT, « Droit international privé et droit de la famille », *Recyclage en droit*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, pp. 145 et suiv. ; En ce qui concerne la reconnaissance de la *Kefala* dans l'ordre juridique espagnol, voyez : N. MARCHAL ESCALONA, « Reconnaissance et efficacité de la Kafala marocaine dans l'ordre juridique espagnol », *RCDIP*, 2015, pp. 89 et suiv.

⁶⁹⁷ Aucune décision relative à l'établissement ou la mise en œuvre de la *Kefala* en Belgique n'a cependant été recensée permettant d'étayer cette catégorisation. L'on pourrait se demander si l'application du droit national ne serait pas justifiée sur la base du rattachement à la catégorie de la capacité. Toutefois, s'agissant de l'organisation d'une prise en charge et déterminant les pouvoirs de la personne appelée à se charger de l'enfant

la résidence habituelle de l'enfant (⁶⁹⁸), lorsque ce dernier réside en Belgique, les juridictions belges appliquent le droit interne. La majorité des questions posées par cette institution ont donc trait à la reconnaissance des actes établis à l'étranger et à l'effet qui peut leur être donné. La reconnaissance des effets civils de la *Kefala* s'est d'ailleurs posée à l'occasion de différentes questions : reconnaissance de l'autorité parentale, prestations sociales et adoption (⁶⁹⁹).

La réception en Belgique des actes de *Kefala* pose de manière intéressante les différents aspects traités dans cette étude. Institution inconnue de l'ordre juridique belge, la *Kefala* soulève les enjeux de la qualification, les difficultés pratiques liées à l'application des règles de droit international privé ainsi que la problématique liée au droit de séjour en Belgique.

La Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, à laquelle le Maroc et la Belgique sont parties, prévoit un système de reconnaissance de plein droit des mesures prises par les autorités d'un État contractant dans les autres États contractants (⁷⁰⁰). La *Kefala* y est spécifiquement mentionnée à l'article 3, e, de la Convention relatif au « *placement de l'enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement, ou son recueil légal par kafala ou par une institution analogue* ».

La jurisprudence recensée concerne principalement la reconnaissance de jugements marocains de *Kefala* antérieurs à l'entrée en vigueur en Belgique de la Convention de La Haye de 1996. Elle se base par conséquent sur les règles du Code de droit international privé. Dans ce cas, nous l'avons vu, la reconnaissance des décisions étrangères a lieu de plein droit en Belgique sur la base de l'article 22 du Codip. Seules des raisons liées à l'ordre public, la fraude à la loi, les droits de la défense et le caractère définitif de la décision ou à la litispendance peuvent constituer des motifs de refus de reconnaissance (⁷⁰¹). Si la *Kefala* ressort d'un acte authentique, un contrôle conflictuel sur la base de l'article 27 du Codip doit être effectué.

223. La *Kefala* est une institution qui ressemble, sous différents aspects, à la tutelle officieuse de droit belge. Cette proximité avec le droit interne est fréquemment soulevée par les juridictions qui acceptent d'acter une tutelle officieuse lorsqu'il existe déjà une *Kefala*. Par exemple, le Tribunal de la jeunesse de Bruxelles a considéré que, même si la décision de *Kefala*, homologuée par le Tribunal de première instance d'Oujda, était reconnue de plein

abandonné, la catégorie de la responsabilité parentale semble plus appropriée. Plaide aussi dans ce sens le fait que l'article 21 du Dahir portant promulgation de la loi relative à la prise en charge (la *kafala*) des enfants abandonnés (*op. cit.*) précise que la *Kefala* ne doit pas être inscrite sur les actes de l'état civil.

⁶⁹⁸ Antérieurement en vertu de l'article 35 du Codip et désormais sur la base de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

⁶⁹⁹ Voyez la jurisprudence citée n°405.

⁷⁰⁰ Article 23, 1 de la Convention.

⁷⁰¹ Articles 22 et 25 du Codip.

droit en Belgique, le demandeur conservait un intérêt à obtenir en Belgique une tutelle officieuse, au motif que « *l'intérêt le plus mince suffit. Cet intérêt pourrait résider dans le fait de voir s'appliquer une institution de droit belge, ce qui faciliterait en pratique la reconnaissance en Belgique de la prise en charge de l'enfant* »⁽⁷⁰²⁾. Le caractère pragmatique de cette décision est évident : éviter les difficultés rencontrées lors de démarches administratives liées au caractère étranger de l'acte produit. Cette conclusion ressort également de l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 28 novembre 2006⁽⁷⁰³⁾.

La reconnaissance de plein droit du jugement étranger prononçant la *Kefala* permettrait d'éviter ce détour par le droit interne, mais il semble éveiller une certaine méfiance en termes d'efficacité. Ce sont, à ce stade, les difficultés pratiques que pourraient rencontrer les intéressés lors de démarches administratives en Belgique qui motivent cette jurisprudence. Par ailleurs, cela évite d'éventuelles décisions contradictoires quant à la reconnaissance ou non de l'acte étranger. Si le caractère utile de cette position est réel, il témoigne néanmoins d'une certaine frilosité à l'égard de l'efficacité des règles de droit international privé et du droit étranger. La *transformation* de la *Kefala* en tutelle officieuse constitue un obstacle à la circulation du droit étranger conforme à l'ordre public international belge.

Il est en effet évident que l'institution ne heurte pas l'ordre public international belge. En atteste, d'une part, l'acceptation par la Belgique, dans le cadre de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, de la disposition relative à la reconnaissance de plein droit des mesures prises par les autorités d'un État contractant, tel le Maroc⁽⁷⁰⁴⁾. L'existence en droit belge de la tutelle officieuse, définie par l'article 475*bis* du Code civil belge, au vu de sa proximité avec l'institution de la *Kefala*, permet d'autre part de confirmer cette affirmation.

L'établissement d'une tutelle officieuse lorsque les intéressés produisent une *Kefala* marocaine démontre la volonté de rapprochement entre le droit étranger et le droit belge lorsqu'apparaissent des similitudes. Les juridictions belges semblent alors considérer les institutions équivalentes⁽⁷⁰⁵⁾ et acter une tutelle de droit belge uniquement pour faciliter les démarches administratives des intéressés et non pour modifier le lien qui unit l'enfant à ses *tuteurs*.

⁷⁰² Civ. Jeun. Bruxelles, 29 juin 2005, *J.D.J.*, 2005, pp. 60-61.

⁷⁰³ Bruxelles, 28 novembre 2006, *R.T.D.F.*, 2008/1, pp. 90 et suiv. Selon la Cour, « *l'acte de Kefala antérieurement dressé n'a pas été reconnu par certaines autorités publiques belges, la conclusion d'une convention de tutelle officieuse n'est pas dénuée de tout intérêt en l'espèce et l'acte doit être entériné conformément à l'article 475ter, alinéa 2, du Code civil* »

⁷⁰⁴ Article 23, 1, de la Convention.

⁷⁰⁵ Voyez sur cette question par exemple : C. ENGEL, « l'Utilité du concept d'équivalence en droit international privé », *Ann. Dr. Louvain*, vol. 66, 2006, n°1 et 2, pp. 55 et suiv.

III. L'ajustement du droit marocain au droit belge : conclusions

224. Les deux premiers exemples d'ajustement du droit marocain au droit belge, à savoir l'application du droit marocain à l'interdiction de conclure un mariage en vue d'obtenir uniquement un avantage en matière de séjour et le contrôle de l'intention au mariage lors de la délivrance d'un certificat d'aptitude au mariage, montrent une certaine instrumentalisation du premier au profit d'une politique migratoire restrictive. Les exigences du droit marocain sont, en effet, dans ces cas-là, utilisées afin de contrôler les mariages permettant, le cas échéant, l'obtention d'un titre de séjour sur la base du regroupement familial. À cet égard, nous aurions pu décider de les étudier dans la dernière partie de cette section consacrée au droit marocain traitant de *l'instrumentalisation du droit marocain à des fins matérielles* (voir n°319). Il nous semblait cependant plus intéressant d'analyser ces questions, d'abord, sous l'angle strict du droit international privé. Nous évoquerons cependant à nouveau la question des mariages simulés brièvement dans cette dernière partie de section afin de traiter le sujet sous les deux angles d'approches retenus : ajustement et instrumentalisation du droit étranger.

225. Les exemples relatifs à la dot, à la preuve de la filiation par expertise génétique, au délai d'intentement des actions relatives à la filiation et à la *Kefala* mettent, par contre, en lumière l'interprétation du droit étranger dans le cadre d'une pure logique de droit international privé. Ils illustrent une certaine volonté de simplification du droit étranger. La dot n'est pas appréhendée au stade de la célébration ou de la reconnaissance du mariage, l'expertise génétique et le délai pour agir sont appliqués selon les logiques du droit interne belge et la *Kefala* est 'convertie' en tutelle officieuse. Ces exemples interrogent la possibilité, en pratique, de faire face à certaines complications inhérentes au droit international privé : manquement des institutions inconnues, le cas échéant, contraires à l'ordre public international belge, et difficultés d'accès au contenu concret et précis du droit étranger.

Section II | Le dépeçage institutionnel : analyse au départ des critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public

226. Nous avons vu qu'un certain nombre de dispositions du droit marocain sont accueillies en Belgique, soit parce qu'elles correspondent aux règles du droit belge, soit parce que la jurisprudence les interprète de manière à les 'ajuster' au droit belge. Nous nous intéressons à présent aux dispositions du droit marocain qui ne passent pas la frontière en raison de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international belge.

L'ordre public fait obstacle à l'application du droit étranger. Au départ de cette exception de droit international privé, et par l'analyse des différentes règles de droit marocain auxquelles l'ordre juridique belge refuse de donner effet, nous allons mettre en lumière le fait que la

réception du droit étranger suit une logique de dépeçage, retenant des critères d'accueil distincts selon l'institution familiale concernée.

227. L'ordre public international belge est consacré à l'article 21 du Codip. L'ordre public international belge est également repris aux articles 25 et 27 du Codip en tant que motif permettant de refuser la reconnaissance d'une décision judiciaire ou d'un acte authentique étranger. Il défend des valeurs, des principes jugés fondamentaux à la sauvegarde de l'ordre politique, moral et économique du pays⁽⁷⁰⁶⁾ et par là fait barrage aux conceptions familiales venues d'ailleurs⁽⁷⁰⁷⁾.

228. Parce qu'il défend de telles valeurs, l'analyse des cas d'application de l'exception est particulièrement riche pour déterminer les principes jugés fondamentaux de l'*ordre familial belge*. Cette étude de cas nous permettra donc, outre la mise en avant d'un morcellement institutionnel, d'évaluer si les principes qui sous-tendent le droit belge de la famille sont également à l'œuvre lorsque la situation présente un caractère international.

La jurisprudence recèle de nombreuses décisions mettant en œuvre l'exception d'ordre public à l'égard du droit marocain. Certes, les administrations détiennent également le pouvoir de refuser l'application d'une disposition de droit étranger ou la reconnaissance d'un acte en raison de sa contrariété à l'ordre public belge. Cette intervention est toutefois plus difficile à évaluer dès lors que les décisions administratives ne sont pas publiées.

Les critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public à l'égard du droit marocain apparaissent relatifs. Ils dépendent de l'institution familiale concernée. Nous allons démontrer, dans un premier temps, le caractère variable de l'exception lorsqu'elle concerne l'accueil des relations familiales horizontales (§ 1) et, dans un second temps, son caractère absolu à l'égard de certains actes établis en Belgique ainsi que lorsqu'elle concerne l'établissement ou la reconnaissance du lien de filiation (§ 2).

⁷⁰⁶ Voyez la définition de l'ordre public international belge donnée par la Cour de Cassation dans les arrêts *Vigouroux et Swartebroeck* : « Une loi d'ordre public interne n'est d'ordre public international que si, par des dispositions de cette loi, le législateur a entendu consacrer un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique et qui, pour ce motif, doit nécessairement exclure l'application en Belgique de toute règle contraire ou différente d'un droit étranger, même lorsque celui-ci est applicable suivant les règles de conflit de lois » (Cass., 4 mai 1950, *Pas.*, 1950, I, pp. 624 et suiv. (concernant la loi française qui rendait imprescriptible l'action en reconnaissance de maternité naturelle) et Cass., 27 février 1986, *Pas.*, 1986, I, pp. 806 et suiv. (concernant la possibilité en droit italien de faire établir judiciairement la filiation d'un enfant adultérin *a patre*, action qui n'était pas encore ouverte en droit belge). Voyez aussi : F. RIGAUX ET M. FALLON, *Précis de droit international privé*, op. cit., pp. 306 et suiv., n° 7.34 et suiv. Et J.-F. ROMAIN, « L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme », in *L'ordre public. Concept et applications*, Les conférences du centre de droit privé et de droit économique, vol. III, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 25 et suiv.

⁷⁰⁷ P. GUEZ, « Pluralisme familial et ordre public international », in *Réflexion sur le pluralisme familial*, op. cit., pp. 197-209.

§ 1 Des critères de mise en œuvre de l'ordre public international belge à géométrie variable

229. Les critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public tiennent à la gravité des effets produits par l'application d'une disposition de droit étranger dans l'ordre juridique belge et à la proximité de la situation avec ce dernier. Selon l'institution familiale concernée, les conditions utilisées pour refuser le droit marocain en Belgique diffèrent.

Nous allons présenter la relativité des critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public au départ des règles qui concernent le mariage entre personnes de même sexe, certains effets du mariage polygamique, la dot et la répudiation.

I. Les critères de mise en œuvre de l'ordre public en matière de mariage

230. Qu'il s'agisse de l'application du droit marocain aux mariages célébrés en Belgique ou de la reconnaissance en Belgique de mariages célébrés au Maroc, l'exception d'ordre public est utilisée, de manière usuelle, pour écarter un certain nombre de dispositions de ce droit jugées inacceptables. Cette exception à l'application du droit étranger et à la reconnaissance des actes étrangers ne peut être invoquée que si le résultat de l'application des dispositions étrangères est intolérable au regard des principes fondamentaux de l'ordre juridique belge. C'est donc bien le droit marocain qui est ici passé au crible et non la situation ou l'acte en tant que tel.

En matière de mariage, différents éléments du droit marocain posent la question de leur compatibilité à l'ordre public international belge (⁷⁰⁸).

⁷⁰⁸ Notons que le nouveau Code marocain de la famille a supprimé l'obligation pour la femme de se faire représenter par un tuteur matrimonial, le *Wali* (Cette institution, fort critiquée au nom de la soumission dans laquelle elle plaçait la femme, s'expliquait notamment par le fait que « *Dans les sociétés musulmanes traditionnelles, où seuls les hommes étaient libres de leurs déplacements et de leurs fréquentations, les femmes étant recluses chez elles, le wali constituait le moyen matériel par lequel les exégètes s'étaient donné la garantie que la candidate au mariage est bien informée sur l'homme avec lequel elle convolait* » (O. MOUNIR, *La Moudawana. Le nouveau droit de la famille au Maroc*, Rabat, Cheminement, 2005, p. 23)). Désormais, le *Wali* est devenu facultatif et la femme majeure choisit d'y recourir ou non en vertu de l'article 24 du Code marocain de la famille. Le maintien de la tutelle matrimoniale dans le Code de la famille selon des modalités qui en changent totalement la fonction témoigne de la philosophie de compromis qui a présidé à sa réalisation. En Belgique, la règle ne pose pas de difficulté tant que la femme décide de se marier sans se soumettre à une tutelle matrimoniale. Dans le cas contraire, il est très probable que l'officier de l'état civil belge refuse de célébrer un mariage par mandataire (La lecture du Répertoire de droit international nous enseigne à cet égard : « *La seule présence de ce tuteur matrimonial (wali) ne peut nous choquer. On ne voit cependant pas l'officier de l'état civil français faire du zèle en ce domaine contre la volonté de l'épouse étrangère, car maintenir une femme dans un état permanent d'incapacité, comme le prévoient certains systèmes juridiques (...), heurte nos principes fondamentaux tenant à la dignité de la personne. Il appartiendra à l'autorité française d'alerter toutefois les*

A. La différence de sexe

231. Le Codip a introduit une règle d'ordre public positif, en matière de mariage, en consacrant, à l'article 46, § 2, le droit pour les couples de même sexe de se marier en Belgique lorsque l'un des futurs époux possède la nationalité ou a sa résidence habituelle depuis plus de trois mois sur le territoire d'un État qui autorise un tel mariage (⁷⁰⁹).

Le législateur, sur cette question, a donc pris le pas sur l'éventuelle application de l'exception d'ordre public : le refus d'application du droit étranger provient d'une règle légale et non d'une décision prise, pour le cas d'espèce, par l'autorité requise. Par conséquent, le droit marocain qui ne permet le mariage que lorsqu'il célèbre l'union d'un homme et d'une femme (⁷¹⁰) est écarté en Belgique sur la condition liée à la différence de sexe des époux dès que le critère de rattachement prévu à l'article 46, § 2, du Codip est rencontré.

Au stade de l'application du droit marocain en Belgique, la proximité exigée pour mettre en œuvre l'exception d'ordre public est la possession de la nationalité, par l'un des futurs conjoints, d'un État qui permet le mariage homosexuel, ou la résidence habituelle de l'un des futurs conjoints dans un tel État.

232. Au stade de la reconnaissance de l'acte en Belgique, la problématique se pose autrement. Les conditions de fond du droit marocain qui ne peuvent pas être appliquées en Belgique en raison des discriminations qu'elles instituent – tel le caractère bisexué du mariage (⁷¹¹) ou la condition de religion imposant aux femmes de se marier exclusivement avec un homme musulman (⁷¹²) –, et qui auront été respectées lors de la célébration du mariage au Maroc, n'entraîneront pas de critiques. Il n'est en effet pas possible de considérer, après coup, que le choix du conjoint n'était pas libre ou que la discrimination instituée par le droit marocain est inacceptable. Une telle position reviendrait à refuser la validité en Belgique de l'ensemble des mariages célébrés au Maroc. Le respect de l'ordre public international belge s'apprécie *in concreto* et ne sera donc, dans ces hypothèses, mis en œuvre que si des éléments particuliers permettent de conclure à sa violation.

époux sur le risque de non reconnaissance du mariage dans leur pays d'origine » (B. BOURDELOIS, « Mariages célébrés en France », *Répertoire de droit international*, n°56, Dalloz, 2013).

⁷⁰⁹ S. SAROLEA, « Le Code de droit international privé et le droit familial : le grand nettoyage de printemps », *R.T.D.F.*, 2004/4, p. 855.

⁷¹⁰ Article 4 du Code marocain de la famille.

⁷¹¹ En vertu de l'article 4 du Code marocain de la famille, les relations homosexuelles étant par ailleurs incriminées pénalement au Maroc.

⁷¹² Sur la base de l'article 39 du Code marocain de la famille.

B. Le mariage polygamique

233. La question du mariage polygamique fait l'objet d'une jurisprudence relativement importante. Cette jurisprudence permet d'appréhender la manière dont l'exception d'ordre public, dans cette hypothèse, est appliquée. Elle offre un éclairage intéressant quant au dépeçage institutionnel que nous tentons de dégager. Elle est particulièrement riche à l'égard du droit marocain.

234. En effet, le droit marocain permet, dans certaines conditions, de célébrer valablement une seconde union avant la dissolution de la première. L'article 40 du Code marocain de la famille qui régit la polygamie stipule que celle-ci « *est interdite lorsqu'une injustice est à craindre envers les épouses* ». Elle est également interdite lorsque l'épouse a exigé de son époux qu'il s'engage à ne pas lui adjoindre une autre épouse (clause de monogamie)⁽⁷¹³⁾. Les modalités prévues pour qu'un époux s'allie une nouvelle épouse supposent une autorisation préalable du juge de la famille après convocation de l'épouse à laquelle le mari envisage d'adjoindre une coépouse. Le juge évalue, avant d'autoriser la polygamie, que le mari dispose de « *ressources suffisantes pour pourvoir aux besoins des deux foyers et leur assurer équitablement, l'entretien, le logement et les autres exigences de la vie* ». Par ailleurs, le mari doit fournir une justification objective à sa demande et la première épouse doit avoir consenti à la seconde union⁽⁷¹⁴⁾.

235. L'application de l'exception d'ordre public au mariage polygamique doit être envisagée selon que la demande vise la célébration d'un mariage en Belgique ou sa reconnaissance, ainsi qu'en fonction des effets du mariage qui sont postulés en Belgique. La mise en œuvre de l'exception d'ordre public connaît des conditions spécifiques lorsqu'il s'agit des effets sur les droits sociaux de la reconnaissance des mariages polygamiques célébrés au Maroc. Nous allons les développer ici. La célébration du mariage polygamique en Belgique et les conséquences d'un tel mariage sur la filiation seront abordés sous le titre suivant consacré au refus de mise en œuvre des critères d'application de l'exception d'ordre public (voir n°306).

236. La reconnaissance en Belgique d'un mariage polygamique célébré au Maroc s'analyse sur la base des règles de reconnaissance prévues, d'une manière générale, en matière de mariage. En effet, les conditions de fond du mariage, dont l'exigence d'un état de célibat ou non, relèvent de la loi nationale de l'intéressé en vertu de l'article 46 du Codip, auquel il est renvoyé par application de l'article 27 du Codip.

⁷¹³ Aucune clause n'a cependant pu être recensée.

⁷¹⁴ Articles 40 à 46 du Code marocain de la famille.

237. L'ordre public international belge est apprécié différemment lors de l'application du droit étranger en Belgique ou de sa reconnaissance. Lorsqu'il s'agit de reconnaître un mariage polygamique célébré à l'étranger, l'ordre public peut recevoir un effet atténué ⁽⁷¹⁵⁾. Pour reprendre les termes de la Cour d'appel de Mons : « *L'ordre juridique du for n'est pas affecté de la même manière s'il préside à l'accomplissement sur son territoire d'un acte juridique ou s'il doit seulement admettre certains effets d'un acte accompli à l'étranger. Le juge du for est plus sévère quand il doit mettre en œuvre une loi étrangère contraire à ses principes fondamentaux, que lorsqu'on lui demande seulement de reconnaître le caractère obligatoire d'un acte qui l'est déjà à l'étranger. Dans ce dernier cas, l'exception d'ordre public se voit reconnaître une portée atténuée* » ⁽⁷¹⁶⁾.

La possibilité de reconnaissance de mariages polygamiques en Belgique a reçu différentes réponses selon la question qui était posée aux tribunaux. La Cour d'appel de Mons résume très bien cette situation : « *La question du trouble de l'ordre public qui pourrait faire obstacle à la reconnaissance des effets de la polygamie doit être résolue en considérant l'objet de la demande en lui-même ou dans ses conséquences directes et nécessaires* » ⁽⁷¹⁷⁾. Lors de l'application de l'exception d'ordre public à la reconnaissance du mariage polygamique, il faut distinguer les 'effets admissibles' des effets auxquels l'ordre public s'oppose ⁽⁷¹⁸⁾.

238. L'analyse de la reconnaissance du mariage se fait au regard des deux critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public prévus par l'article 21 du Codip : l'intensité du rattachement de la situation à l'ordre juridique belge (ordre public de proximité) et la gravité de l'effet que produirait l'application du droit étranger (ordre public atténué). Par conséquent, « *plus une situation présente des liens étroits avec la Belgique, plus il sera justifié d'invoquer l'exception d'ordre public pour neutraliser tout effet découlant de la situation juridique née à l'étranger* » et « *si la gravité de l'effet produit par le droit étranger n'est pas établie ou est atténuée, il sera admis d'en reconnaître certains effets* » ⁽⁷¹⁹⁾.

⁷¹⁵ L'ordre public atténué a été formalisé dans les termes suivants par la Cour de cassation française dans le célèbre arrêt Rivière du 17 avril 1953. (*RCDIP*, 1953, pp. 412 et suiv., note BATTIFOL) : « *la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public (en l'espèce celle qui autorise le divorce par consentement mutuel) n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français* ». Cette affaire concernait deux époux de nationalité française, résidant en Equateur, et y ayant divorcé par consentement mutuel selon la loi locale. La formulation 'effets atténués' semble perfectible puisque, pour citer M. EKELMANS, « *L'effet de l'ordre public est toujours le même. Ce qui est atténué c'est sa rigueur lorsqu'il s'agit d'apprécier une situation déjà créée à l'étranger* » (M. EKELMANS, « *Ordre public et ses effets atténués* », in *L'ordre public. Concept et applications*, op. cit., p. 300).

⁷¹⁶ Cour. Trav. Mons, 25 juin 2009, *R.T.D.F.*, 2010/2, p. 526, note C. HENRICOT.

⁷¹⁷ *Idem*.

⁷¹⁸ Cour. Trav. Mons, 8 septembre 2005, *Revue@dip.be*, 2006/1, 40, raisonnement repris in Cour Trav. Mons, 25 juin 2009, op.cit. Voyez aussi : Liège, 23 avril 1970, *R.C.J.B.*, 1971, note G. VAN HECKE.

⁷¹⁹ C. HENRICOT, « *L'impact de la polygamie et de la répudiation sur les droits sociaux. Aperçu de la jurisprudence des juridictions du travail* », *Chr. D. S.*, 2012/2, p. 62.

Ces deux critères imposent, en théorie, une analyse *in concreto* par le juge des effets du mariage polygamique. Ils supposent une évaluation au cas par cas (⁷²⁰). De cette analyse *in concreto* il découle que le juge doit motiver l'utilisation qu'il fait de l'exception d'ordre public international belge lors de la reconnaissance ou non en Belgique des effets du mariage contracté au Maroc. Il semble cependant que, dans cette matière, la réponse apportée par la jurisprudence tienne à des critères abstraits et prédéterminés.

239. La majorité des décisions que nous avons relevées en la matière concerne les effets du mariage sur l'octroi des droits sociaux (⁷²¹). La jurisprudence, sur cette question, procède à une distinction entre les effets de l'union sur la pension de survie d'une part et sur la pension de retraite d'autre part, en raison de la réglementation propre à chacune de ces matières. En ce qui concerne la pension de survie, la Belgique est liée par la Convention générale sur la sécurité sociale entre la Belgique et le Maroc du 24 juin 1968 (⁷²²). Une telle convention n'existe en revanche pas en ce qui concerne la pension de retraite. Nous allons voir que, si la jurisprudence est maigre à l'égard des effets du mariage polygamique sur la pension de retraite, elle est abondante quant à ses effets sur la pension de survie.

#1 Polygamie et pension de survie

240. La Convention belgo-marocaine, par son article 24, § 2, permet le partage de la pension de veuve entre les différentes épouses, dans les conditions prévues par le statut personnel de l'assuré. Cette disposition autorise donc que certaines conséquences de l'union polygame, en l'occurrence pécuniaires, soient postulées en Belgique (⁷²³). L'effet atténué de l'ordre public ainsi consacré n'empêche cependant pas que, en raison de la proximité de la situation avec l'ordre juridique belge, l'exception soit invoquée avec succès.

⁷²⁰ Cour Trav. Mons, 25 juin 2009, *op. cit.* Voyez par exemple la décision du Tribunal de 1^{ère} instance de Liège, du 17 novembre 2011 (R.G. : 10/4184/A, *inédit*) qui accepte de reconnaître un mariage afin de le dissoudre alors même que lors de la célébration, le précédent mariage de l'époux n'était pas dissout. Dans le même sens, le Tribunal de 1^{ère} instance de Bruxelles a accepté de prononcer le divorce d'époux alors que leur mariage avait été célébré avant la dissolution du précédent mariage de l'épouse. Le tribunal estime que la situation de bigamie est terminée depuis de nombreuses années et que par ailleurs le premier mariage n'avait pas été reconnu en Belgique, que l'effet sollicité est le divorce du second mariage et que, par conséquent, l'ordre public international belge n'est pas violé (Civ. Bruxelles, 2 mai 2013, *Act. dr. Fam.*, 2015/3, pp. 62 et suiv., note A. GILLARD, « Polygamie et ordre public belge »).

⁷²¹ Voyez C. HENRICOT, « Les effets du mariage polygamique sur l'octroi de droits sociaux », *R.T.D.F.*, 2008/ 3, pp. 825 et suiv. ; C. HENRICOT, « L'impact de la polygamie et de la répudiation sur les droits sociaux. Aperçu de la jurisprudence des juridictions du travail », *op. cit.* ; S. FRANCO et J. MARY, « Les effets sociaux du mariage polygamique : pour une appréciation en contexte », *R.T.D.F.*, 2013/4, pp. 861 et suiv.

⁷²² *M.B.*, 25 juin 1971.

⁷²³ C. HENRICOT, « L'impact de la polygamie et de la répudiation sur les droits sociaux. Aperçu de la jurisprudence des juridictions du travail », *op.cit.*, p. 63.

241. L'article 24, § 2, de la Convention belgo-marocaine a fait l'objet de deux questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle. La Cour devait se prononcer sur la compatibilité de la disposition conventionnelle avec la Constitution belge qui impose les principes de non-discrimination et d'égalité. Dans un premier arrêt, rendu le 4 mai 2005 (⁷²⁴), la Cour ne s'est pas exprimée sur ce point et a renvoyé l'affaire au juge du fond. Par contre, dans le deuxième arrêt, rendu le 4 juin 2009, la Cour constitutionnelle a pris position sur la polygamie (⁷²⁵) : « *Par la disposition en cause, le législateur a, d'une part, tenu compte de l'hypothèse dans laquelle, sur la base de la nationalité marocaine de l'assuré – et plus précisément du fait que le droit marocain autorise la polygamie –, plusieurs veuves peuvent être simultanément bénéficiaires d'une pension de survie et a, d'autre part, évité que cette hypothèse donne lieu au versement intégral de cette pension à plus d'une personne. Eu égard à ce but, il n'est pas injustifié que, d'une part, le conjoint survivant qui est seul appelé à la pension de survie puisse prétendre à l'intégralité du montant de la pension et que, d'autre part, deux ou plusieurs conjoints survivants qui sont appelés à une pension de survie ne puissent prétendre qu'à une part de cette pension. Le fait qu'en l'occurrence, une des veuves a également acquis la nationalité belge ne prive pas la mesure de sa justification* ». La Cour juge donc la disposition compatible avec les articles 11 et 11bis de la Constitution belge (⁷²⁶). Cette position de la Cour constitutionnelle n'est cependant pas défendue, dans les mêmes conditions, par la Cour de cassation.

242. La position de la Cour de cassation découle de la circonstance suivante : l'existence de la disposition de la Convention belgo-marocaine ne dispense pas les cours et tribunaux belges de se prononcer sur la contrariété ou non des effets postulés de l'union polygamique à l'ordre public international belge. Il s'agit, dans ce cas, d'une analyse *in concreto* selon le degré de proximité de la situation avec la Belgique. La ratification de la Convention par la Belgique suppose que, sur cette question, l'ordre public soit apprécié de façon atténuée. La proximité, par contre, peut être évaluée.

Par conséquent, si les effets de la prise en compte du second mariage, soit le partage de la pension de survie entre deux veuves, ne heurtent pas les principes de l'ordre public

⁷²⁴ C. Const., 4 mai 2005, arrêt n° : 84/2005. Voyez : J.-Y. CARLIER, « La polygamie devant la Cour d'arbitrage », *Journal du Juriste*, 24 mai 2005, n° 42.

⁷²⁵ Pour des commentaires, voyez H. STORME, « Arbitragehof vermijdt toetsing conflictenregel aan Grondwet », *R.W.*, 2005-06, n° 19, pp. 737-742 ; C. HENRICOT, « Les effets du mariage polygamique sur l'octroi de droits sociaux », *op.cit.*, pp. 825 et suiv. ; M. FALLON, note sous Cour Const., 26 juin 2008, *R.T.D.F.*, 2008/4, pp. 1157-1158.

⁷²⁶ C. Const., 4 juin 2009, arrêt n° : 96/2009, note M. FALLON, « L'effet de l'union polygamique sur le droit à la pension de survie au regard du principe constitutionnel de non-discrimination », *R.T.D.F.*, 2010/1, pp. 107 et suiv. L'arrêt parle de polygamie successive en droit belge pour faire le rapprochement avec le droit marocain (L.-L. CHRISTIANS, « Les références belges à l'ordre public comme standard de régulation et révélateur de conflits de valeurs dans le statut des personnes musulmanes en dehors du droit international privé : l'exemple belge », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, *op. cit.*, p. 454).

international belge⁽⁷²⁷⁾, tout dépend des circonstances. Certes, dans le cadre de la Convention belgo-marocaine, la répartition de la pension de survie ne heurte pas l'ordre public international belge, en tout cas lorsque les épouses sont toutes de nationalité marocaine et que les mariages successifs ont été célébrés au Maroc⁽⁷²⁸⁾. À défaut, l'article 24, § 2, de la Convention ne recevrait aucun effet. La question est plus complexe lorsque l'une des épouses possède la nationalité belge.

L'importance consacrée à la nationalité des épouses découle de la prise de position de la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 3 décembre 2007. Selon la Cour, « *L'ordre public international belge s'oppose à la reconnaissance en Belgique des effets d'un mariage validement contracté au Maroc lorsqu'un des conjoints était, au moment de ce mariage, déjà engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous avec une personne dont la loi nationale n'admet pas la polygamie* »⁽⁷²⁹⁾. Par cet arrêt, la Cour de cassation a introduit une distinction selon la nationalité des épouses. Depuis lors, la reconnaissance des effets de l'union polygamique sur la pension de survie reçoit une réponse différente si l'une des épouses possède la nationalité belge : lorsque la première épouse est de nationalité belge ou d'un pays dont la loi n'admet pas la polygamie, la seconde épouse est privée de toute pension de survie⁽⁷³⁰⁾. Cet arrêt illustre le lien entre l'exception d'ordre public et l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge, rattachement considéré comme particulièrement fort dès lors que l'octroi de droits sociaux concerne des Belges. Selon C. Henricot, l'arrêt consacre une évolution de l'ordre public international belge, évolution privilégiant « *l'ordre public de proximité au détriment de l'ordre public atténué* »⁽⁷³¹⁾.

La majorité des juridictions du fond suit cette jurisprudence⁽⁷³²⁾. En outre, dans l'hypothèse où le premier mariage est célébré en Belgique, le refus de reconnaissance du second semble très ferme. La seconde union, conclue après un premier mariage valablement contracté en Belgique, lequel est par nature monogamique, ne peut être reconnue. Selon la Cour du travail de Bruxelles, « *L'effet en Belgique d'un second mariage polygamique ne peut pas être imposé à une première épouse belge lorsque cet effet l'affecte directement et heurte l'interdiction de polygamie auquel le premier mariage était soumis* »⁽⁷³³⁾.

⁷²⁷ Formulé de la sorte *in* : Mons, 8 septembre 2005, *Revue@dip.be*, 2006/1, p. 40.

⁷²⁸ Position d'ailleurs défendue *in* : Cour Trav. Bruxelles, 27 mai 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 92.

⁷²⁹ Cass., 3 décembre 2007, *R.T.D.F.*, 2008/3, p. 818, note C. HENRICOT.

⁷³⁰ Dans cette affaire, l'application de l'exception d'ordre public a fait obstacle à l'octroi d'une pension de survie à la veuve de nationalité marocaine, mariée en 1979, avec un homme de nationalité marocaine déjà lui-même marié, en 1965, avec une Belge. C'est donc bien la nationalité belge de la première épouse qui a conduit la Cour de cassation à refuser le partage de la pension de survie entre les deux veuves.

⁷³¹ C. HENRICOT, « Les effets du mariage polygamique sur l'octroi de droits sociaux », *op.cit.*, pp. 825 et suiv. sur cette évolution, voyez également : L. GANNAGE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, *op. cit.*, pp. 146 et suiv.

⁷³² On peut se demander pourquoi l'arrêt de la Cour Constitutionnelle n'est pas invoqué de la même manière par les juridictions du fond. Même si le rôle des deux cours est différent, il nous semble qu'il s'agit, dans les deux cas, de se positionner sur la notion d'ordre public, dont les principes d'égalité et de non-discrimination font partie.

⁷³³ Cour Trav. Bruxelles, 27 mai 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 92.

Toutefois, certaines juridictions du fond ont tenté de détacher la notion de proximité du seul critère de la nationalité belge. Par exemple, la Cour du travail de Bruxelles complète le critère de la proximité par la circonstance que les époux ont « *maintenu, jusqu'au décès de l'assuré, une vie commune en Belgique sans que ce premier mariage soit dissous* »⁽⁷³⁴⁾. Dans une autre affaire, la même Cour précise que c'est sur la base d'une appréciation *in concreto* des liens de la seconde épouse avec la Belgique « *et non en raison d'une prétendue 'préférence nationale' qu'il s'impose de ne pas donner d'effets sociaux au second mariage* » de l'époux⁽⁷³⁵⁾. Ce second arrêt fut toutefois cassé par la Cour de cassation qui ne semble pas cautionner cette interprétation du critère de proximité⁽⁷³⁶⁾.

La Cour de cassation introduit par ailleurs, à cette occasion, une nuance supplémentaire quant à l'influence du moment de l'acquisition de la nationalité belge par la première épouse. Selon la Cour de cassation : « *Ni en se référant à la circonstance que, postérieurement à la seconde union de son mari, la défenderesse a acquis la nationalité belge, qu'elle possédait tant lors du décès de celui-ci qu'au moment où sa seconde épouse a introduit sa demande de pension de survie, ni en relevant que la défenderesse est établie depuis plus de quarante ans en Belgique, où elle a vécu avec son mari jusqu'à son décès, l'arrêt ne justifie légalement sa décision que l'ordre public international belge s'oppose à ce que soient reconnus en Belgique 'les effets sociaux du second mariage de [l'époux]'* »⁽⁷³⁷⁾. En l'espèce, la contrariété à l'ordre public n'a pas été jugée suffisamment motivée, notamment sur la base du fait que la première épouse était encore marocaine au moment de la seconde union de son époux⁽⁷³⁸⁾. Plus précisément, alors que la Cour du travail s'était placée au moment de la naissance du droit à la pension de survie (décès de l'époux) ou au moment de la demande de pension de survie introduite par la seconde épouse (moment où la première épouse avait acquis la nationalité belge) pour évaluer les critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public, la Cour de cassation se place au moment du second mariage pour évaluer le degré de proximité avec la Belgique (moment où la première épouse n'était pas encore belge). Et la Cour de cassation conclut que l'acquisition de la nationalité belge par la première épouse après le second mariage de son mari ne constitue pas un critère suffisant pour considérer que le partage de la pension de survie entre les épouses est contraire à l'ordre public international belge⁽⁷³⁹⁾. En outre, la résidence

⁷³⁴ Cour Trav. Bruxelles, 27 mai 2010, *J.T.T.*, 2011, p. 92.

⁷³⁵ Cour Trav. Bruxelles, 17 février 2011, *J.T.*, 2011, p. 383. Voyez aussi Trib. Trav. Bruxelles, 10 février 2012, *Rev. dr. étr.*, 2012, n° 167, p. 94.

⁷³⁶ Cass., 18 mars 2013, S.11.0068.F., à consulter sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

⁷³⁷ Cass., 18 mars 2013, *op. cit.*

⁷³⁸ Dans une autre décision du 14 février 2011, la Cour de cassation avait déjà mis cet élément en avant dans une situation où au moment des deux mariages, toutes les parties étaient de nationalité marocaine. La Cour précise en effet qu'en « *s'abstenant de préciser la nationalité de la demanderesse (seconde épouse), l'arrêt qui met la Cour dans l'impossibilité de contrôler la légalité de sa décision refusant de reconnaître le mariage de celle-ci, ne motive pas régulièrement sa décision* » (*J.T.T.*, 2011, pp. 212 et suiv.).

⁷³⁹ S. FRANCOIS et J. MARY, « Les effets sociaux du mariage polygamique : pour une appréciation en contexte », *R.T.D.F.*, 2013/4, pp. 871-872 ; B. LANGHENDRIES, « Le moment de la conclusion du second mariage comme facteur-clé pour l'appréciation de l'intensité du rattachement de l'union polygamique avec l'ordre juridique belge », *Rev. dr. étr.*, 2013, n° 172, pp. 29 et suiv.

habituelle en Belgique semble indifférente pour évaluer la proximité de la situation avec l'ordre juridique belge en cette matière, seule la nationalité belge étant prise en compte, laissant ainsi une plus grande ouverture à la reconnaissance de la polygamie en Belgique (⁷⁴⁰).

La Cour de cassation va maintenir et affirmer clairement cette jurisprudence dans un arrêt ultérieur, rendu le 15 décembre 2014 (⁷⁴¹). En l'espèce, la Cour a cassé un arrêt du 8 janvier 2014 prononcé par la Cour du travail de Bruxelles (⁷⁴²) au motif que « *Ni en se référant à la circonstance que, postérieurement à la seconde union de son mari, la défenderesse a, à la différence de celui-ci, acquis la nationalité belge qu'elle possède depuis lors, ni en relevant qu'elle est établie en Belgique depuis le 15 mars 1971, où elle a vécu avec son mari uniquement, qu'elle n'a pas été informée du second mariage de celui-ci, auquel elle n'a pas consenti, que son mari a acquis en Belgique le droit à la pension de retraite d'où dérive la pension de survie litigieuse et que sa seconde épouse a toujours vécu au Maroc et ne s'est prévalu de son mariage à l'égard des autorités belges qu'après son décès, l'arrêt ne justifie légalement sa décision que les effets [de ce] second mariage, même limités au partage de la pension de survie, heurtent l'ordre public international belge* ». Cette position de la Cour de cassation laisse dubitatif, à moins que l'objectif soit de pousser le législateur à dénoncer la Convention de 1968. La Cour du travail avait critiqué la manière dont la Cour de cassation avait effectué son contrôle lors de l'arrêt du 18 mars 2013. En figeant les critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public, la Cour de Cassation empêche en effet les juridictions du fond de procéder à une analyse *in concreto* des effets de la reconnaissance de l'acte étranger.

Par ailleurs, outre le caractère abstrait du critère de la nationalité, la limitation du principe de proximité à la seule question de la nationalité dans le cadre de la problématique de la pension de survie est surprenante. On verra qu'elle ne correspond pas à la définition qui est faite de la proximité à l'article 57 du Codip concernant la répudiation (voir n°272). Elle ne prend pas, non plus, en compte l'une des hypothèses proposées par la Résolution de l'Institut de droit international qui préconisait aux États de ne pas « *opposer l'ordre public à la reconnaissance de la validité de principe d'unions polygamiques célébrées dans un État admettant la polygamie, sauf si les deux époux étaient domiciliés lors de la célébration dans un État n'admettant pas la polygamie ou si la première épouse a la nationalité de l'État de reconnaissance ou y a sa résidence habituelle* » (⁷⁴³).

La question du développement de la théorie de l'ordre public de proximité sur la base de la nationalité interroge le principe d'égalité. En effet, comment justifier que, dans une société où l'égalité et la non-discrimination sont présentées comme des valeurs suprêmes, la reconnaissance ou non d'un acte et donc les conséquences parfois très importantes qui en

⁷⁴⁰ *Idem*, pp. 876 et suiv.

⁷⁴¹ Cass., 15 décembre 2014, S.14.0030.F/1.

⁷⁴² Sur cet arrêt, voyez : J. MARY, « Mariage polygamique : les juges du fond se « rebellent » », note sous Cour Trav. Bruxelles, 8 janvier 2014, *R.T.D.F.*, 2014/2, pp. 359 et suiv.

⁷⁴³ Résolution de l'Institut de droit international, neuvième commission, rapport de P. LAGARDE, « Différences culturelles et ordre public international privé de la famille », *Annuaire de l'Institut de droit international*, Session de Cracovie, vol 71-1, 2005, B3.

découlent pour les intéressés dépendent de la nationalité de l'une des personnes concernées ? Déjà en 1959, P. Lagarde, au sujet des critères déterminants pour entraîner la mise en œuvre de l'*Inlandsbeziehung* (⁷⁴⁴), affirmait : « *L'élément le plus souvent retenu par la jurisprudence germanique est la nationalité des parties lorsque celle-ci n'a pas déterminé la loi normalement applicable au litige. (...) Ce raisonnement est peut-être logique (l'exemple donné est celui de l'expropriation des allemands qui serait contraire à l'ordre public mais ne le serait pas si elle concerne des nationaux de l'État expropriant), mais il est facile de montrer qu'il conduit à des résultats iniques. À partir du moment où l'on considère que la nationalité peut constituer un rattachement subsidiaire capable de mettre en œuvre le mécanisme de l'ordre public, on est obligé de faire varier sa propre conception de l'ordre public d'après la nationalité des parties au procès ; en Allemagne, l'ordre public ne serait pas le même envers un Allemand et envers un Tchèque. En somme, le problème de l'ordre public se transporte du plan des conflits de lois (exception à la solution normale) au plan de la condition des étrangers (jouissance des droits). Ainsi comprise, la théorie du lien avec le for devient un instrument d'inégalité dans l'administration de la justice* » (⁷⁴⁵). Nous adhérons à cette prise de position. En outre, si la nationalité est un critère de distinction discriminatoire, il ne permet pas la prise en considération des différents intérêts en présence lors de l'analyse de la possibilité de reconnaissance des effets postulés à l'acte étranger.

243. Observations : la nationalité est un critère de distinction considéré comme justifié en droit des étrangers malgré son caractère discriminatoire. L'une des caractéristiques marquantes de la réglementation sur le regroupement familial tient aux catégories créées, lesquelles impliquent que le droit de vivre en famille ne recouvre pas la même réalité selon la personne que l'on rejoint en Belgique.

Selon la nationalité du regroupant, les membres de famille autorisés au séjour sont différents. Cette circonstance est strictement liée à la politique migratoire et n'entretient aucun lien avec la famille telle qu'appréhendée par le droit civil ou le droit international privé. Elle conditionne cependant la vie de famille en contexte migratoire.

Si toutes les catégories de regroupant, indépendamment de la nationalité de ce dernier, comptent la possibilité de migrer ou d'être rejoint par son conjoint ou partenaire et ses enfants, le regroupement familial d'autres membres de la famille varie. Les ascendants ne

⁷⁴⁴ Théorie conçue à l'origine par FRANZ KAHN qui fait dépendre l'ordre public du rattachement de la situation avec l'ordre juridique du for. La théorie a évolué et est considérée comme un « *rattachement subsidiaire conditionnant l'application de certaines règles matérielles du for et corrigeant dans cette mesure l'insuffisance de la règle de conflit positive, est aujourd'hui perçue de façon plus pragmatique comme un ensemble de circonstances, appréciées au cas par cas, qui contribuent à rattacher au territoire du for une situation normalement régie par une loi étrangère, et à révéler ainsi l'atteinte à l'ordre public du for provoquée par l'application de cette loi* » (P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à FRANÇOIS RIGAUD*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 270).

⁷⁴⁵ P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, R. Pichon & Durand-Auzias, 1959, p. 69, n° 63.

sont autorisés au séjour que lorsqu'ils sont membres de famille d'un Européen⁽⁷⁴⁶⁾, parents d'un ressortissant belge mineur⁽⁷⁴⁷⁾ ou, pour les ressortissants de pays tiers, lorsqu'il s'agit des parents d'un MENA⁽⁷⁴⁸⁾, à condition que le mineur ait ensuite été reconnu réfugié ou ait bénéficié de la protection subsidiaire⁽⁷⁴⁹⁾. Depuis la loi du 19 mars 2014⁽⁷⁵⁰⁾, le citoyen européen mineur peut également être rejoint par son père ou sa mère s'il dispose d'un droit de séjour en qualité de bénéficiaire de ressources suffisantes, pour autant que cet enfant soit à la charge de son auteur et que ce dernier en ait effectivement la garde⁽⁷⁵¹⁾. Cette même intervention législative, visant à transposer l'article 3.2 de la Directive européenne 2004/38/CE⁽⁷⁵²⁾, a également introduit un chapitre *Ibis* dans la loi du 15 décembre 1980 intitulé *Autres membres de la famille d'un citoyen de l'Union*. Cette réforme fait une place à la famille élargie pour les Européens, en autorisant l'entrée à tout autre membre de la famille, si dans le pays de provenance il est à charge ou fait partie du ménage du citoyen de l'Union bénéficiaire du droit de séjour à titre principal, ou lorsque, pour des raisons de santé graves, le citoyen de l'Union doit impérativement et personnellement s'occuper du membre de la famille concerné⁽⁷⁵³⁾. Par ailleurs, la loi ouvre aussi le droit de séjour au partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une

⁷⁴⁶ En vertu de l'article 40bis, § 2, 4° et 5°, de la loi du 15 décembre 1980, *op. cit.*

⁷⁴⁷ En vertu de l'article 40ter de la loi du 15 décembre 1980, *op. cit.*

⁷⁴⁸ Mineur étranger non accompagné.

⁷⁴⁹ En vertu de l'art 10, § 1, 7°, de la loi du 15 décembre 1980, *op. cit.*

⁷⁵⁰ Loi du 19 mars 2014 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 5 mai 2014.

⁷⁵¹ Disposition intégrée par la loi du 19 mars 2014 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *op. cit.*, laquelle consacre l'enseignement de la CJUE dans son arrêt *Zhu et Chen* (voir *infra*).

⁷⁵² Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), J.O., 30 avril 2004, L 158/77. L'article 3.2 de la Directive prévoit : « *Sans préjudice d'un droit personnel à la libre circulation et au séjour de l'intéressé, l'Etat membre d'accueil favorise, conformément à sa législation nationale, l'entrée et le séjour des personnes suivantes : a) tout autre membre de la famille, quelle que soit sa nationalité, qui n'est pas couvert par la définition figurant à l'article 2, point 2), si, dans le pays de provenance, il est à charge ou fait partie du ménage du citoyen de l'Union bénéficiaire du droit de séjour à titre principal, ou lorsque, pour des raisons de santé grave, le citoyen de l'Union doit impérativement et personnellement s'occuper du membre de la famille concerné ; b) le partenaire avec lequel le citoyen de l'Union a une relation durable, dûment attestée* ». L'Etat membre d'accueil entreprend un examen approfondi de la situation personnelle et motive tout refus d'entrée ou de séjour visant ces personnes ». Dans le même sens, selon le Considérant 6 de la Directive: « *En vue de maintenir l'unité de la famille au sens large du terme et sans préjudice de l'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité, la situation des personnes qui ne sont pas englobées dans la définition des membres de la famille au titre de la présente directive et qui ne bénéficient donc pas d'un droit automatique d'entrée et de séjour dans l'Etat membre d'accueil devrait être examiné par ce dernier sur la base de sa législation nationale, afin de décider si le droit d'entrée ou de séjour ne pourrait pas être accordé à ces personnes, compte tenu de leur lien avec le citoyen de l'Union et d'autres circonstances telles que leur dépendance pécuniaire ou physique envers ce citoyen* ».

⁷⁵³ Ces personnes figuraient déjà dans l'Instruction de régularisation du 19 juillet 2009, Point 2.3, instruction annulée par le Conseil d'Etat le 9 décembre 2009, arrêt n° 198.769.

relation durable dûment attestée, c'est-à-dire le partenaire de fait ⁽⁷⁵⁴⁾. Ces possibilités ne sont pas offertes aux familles du Belge ou du ressortissant de pays tiers.

Le statut privilégié accordé aux Européens a pour objectif de faciliter la mobilité au sein de l'Union. Le droit au regroupement familial est donc, dans cette matière, lié au droit à la libre circulation puisque celle-ci ne doit pas être entravée ⁽⁷⁵⁵⁾. L'Européen sédentaire ainsi que le Belge qui n'a pas usé de sa liberté de circulation ne bénéficient par contre pas de la protection du droit de l'Union lié à la libre circulation ⁽⁷⁵⁶⁾. Cette différence de

⁷⁵⁴ Déjà, la Cour constitutionnelle avait annulé l'article 40*bis* en raison l'absence de transposition de l'article 3.2 de la Directive (Cour const., 26 septembre 2013, *op. cit.*, Point B.32.5). La CJUE s'était en effet préalablement positionnée sur les obligations qui incombent aux Etats membres en vertu de l'article 3.2 de la Directive. Selon la Cour de Justice, cette disposition doit être interprétée en ce sens que « *les Etats membres ne sont pas tenus d'accueillir toute demande d'entrée ou de séjour introduite par des membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui ne sont pas couverts par la définition figurant à l'article 2, point 2, de ladite directive, même s'ils démontrent [...] qu'ils sont à la charge dudit citoyen* » mais « *qu'il incombe toutefois aux Etats membres de veiller à ce que leur législation comporte des critères qui permettent auxdites personnes d'obtenir une décision sur leur demande d'entrée et de séjour qui soit fondée sur un examen approfondi de leur situation personnelle et qui, en cas de refus, soit motivée* » (CJUE, 5 septembre 2012, *Rahman*, affaire C-83/11, Point 26).

⁷⁵⁵ Droit fondé sur les articles 20, 21 et 45 à 62 du TFUE, *J.O.*, 26 octobre 2012, C-326/47. Par exemple, dans l'affaire *Carpenter* (CJCE, 11 juillet 2002, affaire C-60/00, *Carpenter*), la CJUE affirme qu' « *il est constant que la séparation des époux Carpenter nuirait à leur vie familiale et, partant, aux conditions d'exercice d'une liberté fondamentale par [Monsieur] Carpenter. En effet, cette liberté ne pourrait pas produire son plein effet si [ce dernier] était détourné de l'exercer par les obstacles mis, dans son pays d'origine, à l'entrée et au séjour de son conjoint* » (Point 39). Dans cette affaire, la Cour de Justice combine le principe de la libre prestation de services prévu par le Traité CE et le droit fondamental au respect de la vie familiale, Monsieur Carpenter exerçant son activité professionnelle sur différents Etats membres. Les arrêts *Chen* (CJCE, 19 octobre 2004, affaire C-200/02, *Zhu et Chen*). En l'espèce, le Royaume-Unis avait refusé le séjour à une mineure irlandaise en bas âge et sa mère chinoise. La Cour sanctionne cette décision et considère que « *l'article 18 CE et la directive 90/364 confère un droit de séjour à durée indéterminée dans l'Etat membre d'accueil au ressortissant mineur en bas âge d'un autre Etat membre, ces mêmes dispositions permettent au parent qui a effectivement la garde de ce ressortissant de séjourner avec celui-ci dans l'Etat membre d'accueil* » (point 46)) et *Zambrano* (CJUE, 8 mars 2011, affaire C-34/09, *Zambrano*). Dans cette affaire, la Cour considère que, en vertu du droit européen, les parents colombiens d'enfants de nationalité belge doivent pouvoir séjourner et travailler en Belgique, pays où résident leurs enfants dont ils ont la charge) constituent aussi des exemples de l'implication du droit européen sur le regroupement familial, ces arrêts ayant autorisé des parents à accompagner leur enfant en bas âge. L'enseignement de ces arrêts fut ensuite intégré dans la loi belge sur le séjour des étrangers.

⁷⁵⁶ CJUE, 5 mai 2011, affaire C-434/09, *McCarthy*. Dans cet arrêt, la Cour juge que les citoyens de l'Union qui n'ont jamais exercé leur droit à la libre circulation ne peuvent pas invoquer la citoyenneté de l'Union pour régulariser le séjour de leur conjoint ressortissant de pays tiers. En l'espèce, Madame McCarthy était britannique et irlandaise mais avait toujours vécu au Royaume-Unis. Son mari jamaïcain ne pouvait donc fonder son droit de séjour sur le droit européen. CJUE, 15 novembre 2011, *Dereci*, affaire C-256/11. Notons par contre que le national qui a exercé sa liberté de circulation et revient dans son pays doit être traité comme s'il s'installait dans un autre Etat membre. Cela signifie qu'il bénéficie, en matière de regroupement familial, du droit européen et qu'il ne peut être discriminé par rapport aux ressortissants d'autres Etats membres (voyez : CJUE, 7 juillet 1992, *Singh*, affaire C-370/90). Voyez sur la question de la discrimination à rebours introduite par la loi belge en matière de regroupement familial : M. LYS, « La nouvelle loi belge sur le regroupement familial : le droit européen et le droit belge autorisent-ils la discrimination à rebours ? », *Rev. b. dr. Const.*, n° 1, 2012, pp. 27 et suiv.

traitement a été jugée acceptable tant par la Cour de Justice⁽⁷⁵⁷⁾ que par la Cour constitutionnelle⁽⁷⁵⁸⁾.

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme tolère les catégories fondées sur la nationalité lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre, par les États parties, de la politique migratoire⁽⁷⁵⁹⁾. Elle semble se contenter de principes généraux pour justifier les ingérences des États membres dans le droit à la vie familiale dès que la situation se place dans un contexte migratoire. B. Renauld, T. Bombois et P. Martens affirment à cet égard : « *La Cour européenne des droits de l'homme apparaît d'autant plus frileuse lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 8 dans un contexte migratoire que l'on s'accorde généralement à reconnaître qu'elle a été, dans d'autres domaines d'application de cette disposition, 'un des phares de la nouvelle idéologie de l'autodétermination de l'individu et de la prévalence des finalités privées sur les finalités collectives'* ⁽⁷⁶⁰⁾, procédant à une véritable construction du droit au respect de la vie familiale » ⁽⁷⁶¹⁾. Selon la Cour, les

⁷⁵⁷ Précisé également par la Cour de Justice in : CJUE, 25 juillet 2008, affaire C-127/08, *Metock*, Points 77 et 78 concernant une ressortissante de l'Union séjournant dans un autre Etat que celui de sa nationalité et mariée à un ressortissant d'Etat tiers. En l'espèce, la Cour sanctionne par contre l'exigence d'un séjour légal préalable à la demande de regroupement familial.

⁷⁵⁸ C. const., 26 septembre 2013, arrêt n°121/2013, attendu B. 50.2. et suiv. Concernant la différence de traitement établie en matière de regroupement familial entre les étrangers non UE qui rejoignent un étranger non UE ou ceux qui rejoignent un belge ou un ressortissant UE, les premiers étant tenu de retourner au pays d'origine pour obtenir les documents requis, celle-ci fut également validée par la Cour constitutionnelle. Voyez : C. const., 22 mars 2006, arrêt n°46/2006, attendus B.10 B.10 : « *La différence de traitement est en rapport avec l'objectif du législateur, qui est de freiner l'immigration, tout en tenant compte de la situation des étrangers qui ont des liens avec des Belges ou des ressortissants C.E. Il n'est pas contraire à cet objectif de soumettre le regroupement familial de deux conjoints étrangers à des conditions plus sévères que le regroupement familial de deux conjoints dont l'un est Belge ou ressortissant C.E* ».

⁷⁵⁹ CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, req. n° : 9214/80, 9473/81 et 9474/81. En l'espèce la Cour accepte une différence de traitement dans l'accès au droit de séjour en fonction du lieu de naissance (§ 88). CEDH, 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, req. n° : 12313/86 concernant l'expulsion d'un marocain délinquant. Selon la Cour, « *on ne saurait comparer au requérant les mineurs délinquants belges : ils bénéficient du droit de résider sur le territoire de leur propre pays et ne peuvent être expulsé [...]. Quant au traitement préférentiel consenti aux ressortissants des autres Etats membres des Communautés, il y a une justification objective et raisonnable, la Belgique faisant partie avec lesdits Etats d'un ordre juridique spécifique* » (§ 49). La Cour reprend cette argumentation quant à « *l'ordre juridique spécifique* » in : CEDH, 7 août 1996, *C. c. Belgique*, req. n° : 21794/93 (affaire concernant également l'expulsion d'un étranger délinquant). Voyez également : S. VAN DROOGHENBROECK, « L'égalité entre étranger dans la jurisprudence de la CEDH. Réponse péremptoire », *Rev. dr. étr.*, 1997, n° 92, pp. 7 et suiv. Dans son article, l'auteur déplore que la Cour n'ait pas traité de manière particulièrement circonstanciée, sur la base des critères habituellement utilisés dans le cadre de l'article 14 CEDH, la différence de traitement, à savoir : « *vérification de l'existence de la différence de traitement alléguée, recherche du but légitime poursuivi, et contrôle de la pertinence et de la proportionnalité de la mesure considérée par rapport au but poursuivi* » et qu'elle se soit bornée à la référence à cet « *ordre juridique spécifique* », lequel constitue en réalité un argument tautologique (p. 13).

⁷⁶⁰ J. L.RENCHON, « Considérations en forme de conclusions à propos de l'oeuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l'homme », in F. KRENC et M. PUECHAVY (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant/Némésis, 2008, p. 156.

⁷⁶¹ B. RENAULD, T. BOMBOIS et P. MARTENS, « Existe-t-il un droit fondamental au regroupement familial à Strasbourg, à Luxembourg et à Bruxelles ? », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme*,

États peuvent contrôler le séjour et l'éloignement des étrangers ⁽⁷⁶²⁾ et semble faire passer le contexte migratoire à l'avant-plan, surpassant, en quelque sorte, l'aspect familial ⁽⁷⁶³⁾. Le contrôle individualisé, réalisé habituellement par la Cour lorsque la situation se présente en dehors du champ migratoire, est moins effectif lorsqu'il s'agit de la politique migratoire ⁽⁷⁶⁴⁾.

Liber amicorum Michel Melchior, op. cit., pp. 798-799. L'arrêt *Darren* (CEDH, 31 juillet 2008, *Darren Omoregie et autres c. Norvège*, req. n° : 265/07) est particulièrement illustratif de cette tendance. La Cour y a considéré, en l'espèce, que l'expulsion vers le Nigéria et l'interdiction d'entrée, pendant une période de cinq ans pouvant être réduite à deux ans, de l'époux et père de ressortissants norvégiens n'était pas disproportionnée au vu de la nécessité de contrôler l'immigration et de la situation précaire de Monsieur Darren, lequel ne pouvait compter sur un règlement heureux de sa situation administrative. La défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales d'une part, et la protection du bien être économique d'autre part, justifient pour la Cour les mesures prises par la Norvège. L'on sait en effet que l'article 8, § 2, de la CEDH permet l'ingérence de l'autorité dans la vie familiale « pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». A cet égard, les motifs liés à la sécurité nationale, la sûreté publique, la défense de l'ordre, la prévention des infractions pénales, la santé ou la morale, et la protection des droits et libertés d'autrui semblent inopérants lorsqu'il s'agit de refuser le droit de séjour en Belgique à un étranger non délinquant (tant sur le plan de l'obligation positive de permettre le séjour sur le territoire que sur l'obligation négative de ne pas expulser l'intéressé). La défense de l'ordre et des infractions pénales a d'ailleurs été étrangement utilisé dans l'affaire *Darren*, citée ci-dessus, au vu de l'absence d'infraction autre que celle de résider en Norvège en séjour irrégulier, sauf à considérer que la défense de l'ordre est bafouée lorsque la loi n'est pas respectée en raison d'un séjour illégal et que le but poursuivi est par conséquent légitime (En ce sens, J.-F. DOCQUIR, « Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers la mise au point d'une protection floue du droit de séjour », *R.T.D.H.*, 2004/60, p. 938). Il semble donc que, pour la Cour européenne, le bien-être économique puisse constituer un but légitime justifiant le contrôle migratoire, sans qu'aucun examen particulier de l'impact réel sur l'économie du pays ne doive être effectué. S. SAROLEA relève également que, pour la Cour, le contrôle migratoire constitue, en soi, un motif légitime au sens de l'article 8, § 2, de la Convention, ce qui implique que la Cour n'est plus tenue de rechercher l'objectif poursuivi.

⁷⁶² CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, op. cit., § 67 ; CEDH, 21 juin 1988, *Berrehab c. Pays-Bas*, req. n° : 10730/84, §§ 28-29.

⁷⁶³ Voyez sur cette question : S. SAROLEA, « Le droit au regroupement de famille. La famille à l'épreuve de la migration. Migrer ou vivre en famille... Faut-il choisir ! », *op. cit.*, p. 381 et suiv. et l'analyse détaillée de la jurisprudence de la CEDH qui y est faite. Voyez aussi, pour les différents arrêts relatifs à la vie familiale en contexte migratoire : F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, G. GONZALES, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op. cit., pp. 595 et suiv.

⁷⁶⁴ En ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme, nous avons déjà souligné, dans le premier chapitre de cette recherche, que l'analyse de l'éventuelle violation de l'article 8 est dépendante des circonstances particulières de chaque espèce. Nous avons montré, à cette occasion, que la Cour s'intéresse aux liens de fait et procède à des analyses tout à fait casuistique afin de déterminer si, dans chaque situation qui lui est soumise, il y a bien une ingérence, prévue par la loi, et nécessaire dans une société démocratique, selon une véritable balance des intérêts en présence (Voyez pour un relevé des différents arrêts pertinents : F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, G. GONZALES, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, op. cit.). La Cour de Justice, de son côté défend l'analyse concrète et casuistique, même lorsque la situation se présente en contexte migratoire. Telle est la position prise dans l'arrêt *Chakroun* (CJUE, 4 mars 2010, *Chakroun*, affaire C-578/08). Dans cette affaire, la Cour se positionne sur la condition de ressources prévue à l'article 7, § 1, c), de la Directive 2003/86/CE. Selon la Cour, « Dès lors que l'ampleur des besoins peut être très variable selon les individus, [...] les Etats membres peuvent indiquer une certaine somme comme montant de référence, mais non [...] imposer un montant de revenu minimal au-dessous

L'établissement de catégories de personnes selon leur nationalité est pratiqué par le législateur belge et européen ⁽⁷⁶⁵⁾ et jugé acceptable par les juridictions de contrôle ⁽⁷⁶⁶⁾ dans le domaine du droit des étrangers. Ce critère est également défendu en droit international privé lors la mise en œuvre de l'ordre public de proximité, par la Cour de cassation.

244. Notons que la question de la reconnaissance des répudiations est susceptible d'intervenir dans le cadre de la reconnaissance du mariage polygamique. En effet, lorsque les autorités belges refusent de reconnaître un acte de répudiation établi au Maroc (voir n°272 et suiv.), les deux mariages subsistent et ouvrent le droit à une pension de survie, le cas échéant divisée entre les épouses. Par contre, si la répudiation est reconnue, la seconde épouse bénéficie de l'intégralité de la pension en tant qu'unique veuve ⁽⁷⁶⁷⁾.

duquel tout regroupement familial serait refusé, et ce indépendamment d'un examen concret de la situation de chaque demandeur » (§ 48). Cette même logique est soutenue par la Cour de Justice dans l'arrêt *Parlement c. Conseil* (CJUE, *Parlement c. Conseil*, *op. cit.*, Points 63, 64, 87, 100, 101, qui traitent de l'intérêt de l'enfant et de l'importance des liens familiaux qui doivent être évalués concrètement dans les demandes de regroupement familiaux), qui « impose de manière systématique, [...] une « individualisation » de l'examen de chaque demande de regroupement familial, laquelle exigence devient en réalité plus une véritable exigence de fond que de procédure » (J. JAUMOTTE, « Le droit des étrangers : les derniers développements en droit européen – la jurisprudence récente de la CJUE et de la Cour eur. D.H. », in *Droit des étrangers*, S. BODART (coord.), UB³, *op cit*, p 48).

⁷⁶⁵ Voyez les deux directives relatives au regroupement familial selon que le regroupant est ressortissant de l'UE ou de pays tiers, *op. cit.* Voyez aussi : E. BRIBOSIA, « La directive 2003/86 relative au regroupement familial au regard du principe de non-discrimination », *Rev. dr. étr.*, 2003, n° 125, pp. 517 et suiv. Tout en reconnaissant que la Directive 2003/86/CE n'est pas, en soi, discriminatoire puisqu'elle ne prévoit que des normes minimales, laissant pour le reste une large marge d'appréciation aux Etats, l'auteur souligne néanmoins que « Dès lors que le droit de ne pas être séparé de sa famille est considéré comme un droit fondamental dont le bénéfice est nécessaire à une intégration dans la société de l'Etat d'accueil, il apparaît contradictoire voire inacceptable, d'en faire varier le bénéfice sur base de la seule nationalité de la personne qui souhaite s'en prévaloir » (p. 519).

⁷⁶⁶ Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme, dans d'autres domaines, considère qu'il faut des considérations très fortes pour justifier les distinctions sur base de la nationalité (voyez : CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, req. : 17371/90, § 42 : « Selon la jurisprudence de la Cour, une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 (art. 14), si elle 'manque de justification objective et raisonnable', c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un 'but légitime' ou s'il n'y a pas de 'rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé'. Par ailleurs, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement. Toutefois, seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité ». L'affaire concernait le droit à une allocation d'urgence de chômage, laquelle était réservée aux autrichiens. Voyez aussi CEDH, 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, req. : 40892/98, § 46, concernant une allocation pour adulte handicapé et CEDH, 28 octobre 2010, *Saïdoun c. Grèce*, req. : 40083/07, § 37, concernant une allocation familiale pour famille nombreuse).

⁷⁶⁷ Dans ce sens, Cour Trav. Bruxelles, 27 mai 2010, *J.T.*, 2011, p. 385.

245. Les critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public, lorsqu'il s'agit de donner des effets au mariage polygamique sur la pension de survie, résultent donc uniquement de la nationalité belge de la première épouse au moment du second mariage. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation refuse donc l'appréciation *in concreto* de la contrariété de la situation à l'ordre juridique belge et prédéfinit l'élément déclencheur : la nationalité.

#2 Polygamie et pension de retraite

246. Les critères d'application de l'ordre public international belge à l'égard du mariage polygamique peuvent aussi être analysés à l'aune de la jurisprudence relative à la pension de retraite. Le contentieux lié à la pension de retraite dans le cadre des effets d'une union polygamique concerne principalement la question de savoir si la pension d'un travailleur marocain bigame doit être fixée au *taux ménage* ou au *taux isolé* (⁷⁶⁸). La situation familiale a une influence directe sur le calcul de la pension car celle-ci peut être fixée selon des taux différents. La pension de ménage est octroyée au travailleur salarié dont le conjoint a cessé toute activité professionnelle ou qui ne perçoit aucun revenu (comme par exemple une pension de retraite ou de survie, ou un revenu de remplacement). Le taux isolé, plus bas, est accordé aux autres bénéficiaires (ne répondant pas aux conditions requises pour obtenir la pension de retraite au taux ménage).

247. En cas d'union polygamique, contrairement à ce qui est prévu en matière de pension de survie (réglementée par la Convention bilatérale belgo-marocaine), la pension de retraite n'est jamais partagée entre les épouses. Par conséquent, la question de la reconnaissance de la première ou de la deuxième union est déterminante, soit pour fixer le taux de la pension de retraite du travailleur, soit pour désigner laquelle des épouses peut bénéficier, en cas de séparation, d'une partie de la pension du conjoint travailleur pensionné.

La jurisprudence est rare en cette matière. Nous avons relevé, sur le premier aspect, une décision de la Cour du travail de Mons, laquelle a reconnu le second mariage d'un homme polygame et octroyé une pension de retraite au taux ménage au bénéficiaire dont la seconde épouse vivait avec lui en Belgique, la première épouse, séparée, n'ayant rien sollicité. Selon la Cour, « *la première épouse séparée ne revendiquait aucun droit à l'égard de la pension de retraite de Monsieur (...), les mariages ne sont donc pas concurrents. Ainsi, dès lors qu'en reconnaissant des effets à ce second mariage, la Cour n'hypothèque pas, ni ne met en péril les droits de la première épouse, les effets de cette reconnaissance ne sont pas contraires à l'ordre public international belge.* » (⁷⁶⁹). Cette décision est cependant relativement

⁷⁶⁸ Cour Trav. Mons, 25 juin 2009, *R.T.D.F.*, 2010/2, p. 526, note C. HENRICOT. Voyez l'A.R. n°50 du 24 octobre 1967 relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs salariés, *M.B.*, 27 octobre 1967 et l'A.R. du 21 décembre 1967 portant règlement général du régime de pension de retraite et de survie, *M.B.*, 16 janvier 1968.

⁷⁶⁹ *Idem.*

anecdotique, le juge n'ayant pas eu affaire aux prétentions concurrentes des deux épouses. Elle n'en reste pas moins intéressante puisque le critère de la gravité de l'effet produit par la reconnaissance d'une situation de polygamie est analysé de manière concrète, voire subjective, car la Cour se fonde sur les attentes de la première épouse. À l'inverse, la Cour du travail de Liège a décidé, dans une décision du 9 juin 2009 ⁽⁷⁷⁰⁾, de refuser le taux ménage au bénéficiaire de la pension au motif qu'une situation contraire à l'ordre public belge ne peut servir à créer un droit. En l'espèce, la Cour a toutefois fait l'économie d'un raisonnement plus poussé sur l'éventuel effet atténué que peut recevoir l'ordre public.

Sur le second aspect, la Cour du travail d'Anvers a refusé d'allouer à la seconde épouse d'un travailleur marocain une partie de la pension de retraite de son mari au motif que la première épouse en bénéficiait déjà ⁽⁷⁷¹⁾. Ici, la Cour estime qu'aucune disposition légale n'envisage le partage de la pension entre les deux épouses et que, par conséquent, il serait contraire au droit belge de procéder de la sorte. S'il est vrai que la Convention bilatérale entre la Belgique et le Maroc ne prévoit pas cette hypothèse, rien n'empêchait la Cour de vérifier concrètement les conditions d'application de l'exception d'ordre public au regard de la gravité des effets et de la proximité de la situation avec la Belgique pour décider si le deuxième mariage devait être reconnu. En effet, la Convention permet de considérer que l'ordre public est par définition 'atténué' dans le cadre de la pension de survie, sans exclure que tel puisse être également le cas pour la pension de retraite. Toutefois, dans cette deuxième hypothèse, l'appréciation de la gravité ou non des effets de la mesure devrait être plus largement motivée. Une telle motivation pourrait porter notamment sur le fait que le droit belge connaît des situations de partage de la pension de retraite lorsque le travailleur a divorcé plusieurs fois, cas dans lequel la pension de retraite d'épouse divorcée est partagée entre les épouses successives. Cette comparaison a d'ailleurs été faite par la Cour constitutionnelle dans son arrêt *Haddouchi* ⁽⁷⁷²⁾. Un tel partage serait en tous cas à l'avantage de la seconde épouse, le cas échéant de nationalité belge, qui, à défaut, se verrait privée de tout droit à la pension.

⁷⁷⁰ *Inédit*, R.G. : 34. 240/06, cité in C. HENRICOT, « L'impact de la polygamie et de la répudiation sur les droits sociaux. Aperçu de la jurisprudence des juridictions du travail », *op.cit.*, p. 66.

⁷⁷¹ Cour Trav. Anvers, 11 juin 2009, *Chr. D. S.*, 2009, n° 10, p. 503. Dans le même sens, Liège, 18 mars 2008, *inédit*, R.G. : 31.447/03 cité in C. HENRICOT, « L'impact de la polygamie et de la répudiation sur les droits sociaux. Aperçu de la jurisprudence des juridictions du travail », *op.cit.*, p. 67.

⁷⁷² C. const., 4 juin 2009, arrêt n° : 96/2009. La Cour se réfère à la situation du droit belge en ces termes : « *Le fait qu'en l'occurrence, une des veuves a également acquis la nationalité belge ne prive pas la mesure de sa justification. Dans le droit interne, il existe aussi des situations où il est tenu compte de plusieurs bénéficiaires d'une pension de survie. Ainsi dans le régime de pension du secteur public, un survivant divorcé et le conjoint survivant peuvent, chacun pour une partie, prétendre à la pension de survie, proportionnellement aux périodes respectives de leur mariage avec la personne qui ouvre le droit à la pension. Dans le régime des travailleurs salariés, les personnes divorcées n'ont pas droit à une pension de survie. Lorsqu'elles ont droit à une pension de retraite, celle-ci est calculée au prorata de la durée du mariage. De même, il découle de l'article 201 du Code civil qu'un mariage déclaré nul en Belgique produit néanmoins des effets à l'égard du ou des conjoints de bonne foi, de sorte que, dans ce contexte du mariage putatif aussi, il doit être tenu compte, le cas échéant, de plusieurs prétentions à une pension de survie* » (attendu B.7.2.).

Nous constatons cependant que la matière est peu développée dans la jurisprudence et qu'en toute hypothèse la pension n'a pas encore été divisée entre deux épouses par le biais d'une mise en œuvre des critères de l'exception d'ordre public.

248. Pour conclure quant à l'effet de la polygamie sur les droits sociaux, nous constatons que l'ordre public international belge est atténué lorsque l'effet du mariage célébré au Maroc concerne la répartition entre les veuves d'une pension de survie. Dans cette hypothèse, l'exception ne sera invoquée que lorsque la première épouse est de nationalité belge au moment du second mariage. Le critère de proximité défini par la Cour de cassation, faisant fi des contradictions émises par les juridictions du fond, est donc limité, dans ce cadre, au critère de la nationalité. En matière de pension de retraite, la jurisprudence n'a pas défini de critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public international en cas de demande de répartition entre les différentes épouses ou d'adaptation du taux.

C. La dot

249. Nous avons évoqué la question de l'accueil de la dot en Belgique dans la partie consacrée à l'*'ajustement'* du droit marocain (voir n°213). Nous allons, à présent, traiter de la question de la compatibilité de l'institution de la dot avec certains principes jugés fondamentaux dans l'ordre juridique belge, à savoir : la liberté matrimoniale, l'égalité entre époux et le droit de rompre. Ces principes ont été mis en lumière dans la première partie consacrée au droit familial belge (voir n°44, 118 et 124). Nous tenterons de dégager les critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public à l'égard de la dot.

L'institution de la dot est rarement mise en avant dans les décisions de jurisprudence belge. Si aucune décision ne traite du lien entre la dot et la liberté matrimoniale ou le droit de rompre, la dot constitue parfois un élément de fait permettant d'apprécier le consentement des futurs époux au mariage (#2a). D'autre part, elle fut jugée contraire à l'ordre public international belge dans le cadre de demandes d'annulation de mariages pour non-respect des conditions (#2b). Toutefois, les critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public ne sont, en cette matière, pas réellement motivés. Il est donc permis de poser la question d'une appréciation abstraite ou concrète de l'ordre public à l'égard de cette institution.

250. Pour apprécier la contrariété de la dot à l'ordre public international belge et, le cas échéant, les critères de mise en œuvre de l'exception, il importe, dans un premier temps, de définir les contours et les fonctions de l'institution. Nous avons vu que la réforme du droit marocain de la famille en 2004 n'a pas supprimé l'exigence de la dot en tant que condition de validité du mariage (voir n°213).

Les auteurs classiques considèrent la dot « *comme un contrat par lequel un homme s'engage à remettre une dot à une femme et à veiller à son entretien, en contrepartie d'avoir avec elle des relations intimes licites* »⁽⁷⁷³⁾.

Dans le droit de la famille islamique, le mariage crée en effet un système de droits et obligations réciproques entre époux. Le mari acquiert le droit à l'obéissance de sa femme ainsi que celui d'entretenir des rapports sexuels avec elle. La femme bénéficie du droit à la dot, à l'entretien et à un juste traitement par son mari. Même si le Code marocain de la famille a placé celle-ci sous la direction des deux époux, l'économie générale du système accorde des droits et obligations à chacun des époux qui ne peuvent être isolés les uns des autres⁽⁷⁷⁴⁾. La dot doit dès lors s'analyser sous cet angle, à l'aune du système global des relations entre époux.

Par ailleurs, « *Dans la pratique marocaine, la dot est généralement divisée en deux parties : la partie versée à la conclusion de l'acte et la partie dont le paiement est différé sine die* »⁽⁷⁷⁵⁾. Une fois le mariage consommé, le reliquat de la dot change de statut juridique. Il ne s'agit plus d'une dot, condition du mariage, mais d'une créance au passif du mari, qui devient en quelque sorte un effet du mariage.

Dans cette perspective, on aperçoit que la dot constitue notamment une protection pour la femme contre la répudiation. Le droit marocain de la famille ne connaissant ni la pension alimentaire après divorce (sauf pour un temps limité correspondant au délai de viduité) ni, à proprement parler, de régime matrimonial (le principe étant la séparation de biens⁽⁷⁷⁶⁾), la dot remplit une fonction de protection de l'épouse en cas de divorce lui permettant de ne pas se retrouver démunie⁽⁷⁷⁷⁾. Ce rôle protecteur de la dot se réalise par le mécanisme du paiement différé d'une partie de celle-ci. La deuxième partie de la dot est en quelque sorte une *dot dissuasive* qui constitue une limitation au pouvoir du mari d'exercer de manière capricieuse son droit à la dissolution du mariage⁽⁷⁷⁸⁾. Ce mécanisme de paiement différé peut être expliqué de la manière suivante : « *Ce reliquat non payé à perpétuité fonctionne comme un verrou à la rupture du mariage. Il arrive que le mari décide de rompre. Mais, comme il n'a pas le reliquat de la dot à déboursier, il atermoie, le temps d'avoir ce montant. Ce délai est en*

⁷⁷³ M. Del P. DIAGO DIAGO, « *La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol* », *Ann. Dr.*, 2001, p. 410.

⁷⁷⁴ P. FOURNIER, « *In the (Canadian) Shadow of Islamic Law: Translating Mahr as a Bargaining Endowment* », *Osgoode Hall Law journal*, vol. 44, 2006, p. 662.

⁷⁷⁵ O. MOUNIR, *La Moudawana. Le nouveau droit de la famille au Maroc*, *op.cit.*, p. 28.

⁷⁷⁶ Susceptible d'aménagement sur la base de l'article 49 du Code marocain de la famille.

⁷⁷⁷ La Cour d'appel d'Amiens avait justement interprété cette fonction de la dot dans une très ancienne décision du 24 mars 1927 : « *quand un mariage a été célébré selon le rite musulman, il doit, pour être valable, réunir toutes les conditions essentielles du mariage musulman ; que le paiement réel d'une dot par le mari à la femme est une des conditions substantielles de ce mariage et qu'à défaut de dot comptée, le mariage est nul ; qu'en effet la dot dans de telles unions est la seule garantie de la femme, la seule chose qui la différencie en fait de la concubine et qui la protège contre les risques d'une répudiation* ». Clunet, *JDI*, 1928, p. 739.

⁷⁷⁸ P. FOURNIER, « *In the (Canadian) Shadow of Islamic Law: Translating Mahr as a Bargaining Endowment* », *op. cit.*, p. 667.

réalité un délai de grâce au ménage. Beaucoup de choses peuvent arriver entre-temps, notamment la réconciliation entre époux. Voilà l'astuce. Il y a donc toute une philosophie et beaucoup de subtilité et de sagesse autour d'une simple dot, en apparence l'air de rien »⁽⁷⁷⁹⁾. De plus, en cas de dissolution, elle constitue une compensation pour la femme⁽⁷⁸⁰⁾ /⁽⁷⁸¹⁾.

251. La dot n'est donc pas une institution unitaire, autonome et statique. Vue comme un symbole de respect pour les femmes qui sont consentantes au mariage mais aussi comme le signe d'une société patriarcale dans laquelle la femme, soumise à la domination masculine, fait l'objet de transactions, la dot est multiple et complexe. Elle s'insère de manière dynamique dans un large système marital de droits et d'obligations. Avant le mariage, la dot est introduite comme représentation symbolique du contrat. À l'occasion du divorce, la dot devient un tempérament aux ruptures abusives ou une compensation⁽⁷⁸²⁾.

La dot de droit marocain, comme élément d'une organisation familiale asymétrique dans laquelle les deux conjoints ont des droits et des obligations différents, ne trouve aucun

⁷⁷⁹ O. MOUNIR, *La Moudawana. Le nouveau droit de la famille au Maroc*, op. cit., p. 31.

⁷⁸⁰ P. FOURNIER, "In the (Canadian) Shadow of Islamic Law: Translating Mahr as a Bargaining Endowment", op. cit., p. 667.

⁷⁸¹ En Algérie, une étude sur le travail à domicile des femmes permet de corroborer cette interprétation. Il ressort de cette enquête que la dot constitue une sécurité matérielle pour la femme, l'occasion pour elle d'avoir un 'pécule'. Par ailleurs, la dot constitue une protection pour l'épouse et une mise en garde pour le mari contre les velléités de rupture trop facile. Pour reprendre les termes utilisés, il s'agit d'un « garde-fou puissant contre les aléas de la vie conjugale, une sorte 'd'assurance-tous-risques' pour l'épouse et ses ayant-droits » (C. DIB-MAROUF, « Dot et travail féminin à domicile en Algérie. Procès de reproduction sociale et culturelle », in *Femmes du Maghreb au présent, La dot, le travail, l'identité*, M. GADANT et M. KASRIEL (dir.), Centre national de la recherche scientifique, Paris, 1990, p. 29). Il semble que, au vu de cette fonction, la dot soit d'autant plus importante aujourd'hui que la famille élargie s'effrite. Eu égard au régime de séparation de biens qui prévaut en droit algérien et au caractère inaliénable de la dot, celle-ci est essentielle, elle constitue un avoir que la femme possède de manière certaine. Une deuxième fonction de la dot est mise en avant par cette enquête : la dot constituerait également un faire-valoir aux yeux de la société qui marquerait dès lors la respectabilité de l'épouse (C. DIB-MAROUF, « Dot et travail féminin à domicile en Algérie. Procès de reproduction sociale et culturelle », op. cit., pp. 19 et suiv).

⁷⁸² P. FOURNIER, *Muslim Marriage in Western Courts*, Ashgate, England, 2010, pp. 9 et suiv. Il semble par contre que, dans un contexte d'immigration, le rôle de la dot a tendance à se modifier. Elle devient, dans ce cadre spécifique, principalement liée à l'amélioration de la position du débiteur, le mariage lui donnant accès à l'immigration. Liée, dans le pays d'origine, au maintien des patrimoines et au soutien d'alliances - l'entente se faisant entre familles, par-delà le couple - elle devient, en immigration, un contrat individuel à valeur marchande (M.-C. FOBLETS, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique*, Karthala, Paris, 1994, pp. 229 et suiv.). La fonction de la dot, en tant que gage de l'alliance, qui disparaîtrait en contexte d'immigration, s'explique notamment par le fait que les parents ne maîtrisent plus le contrat matrimonial. La dot comme reflet des significations investies dans le mariage : la position d'une famille, ce à quoi elle peut prétendre et ce qu'elle est en mesure d'offrir pour marier ses enfants, « le capital de prestige et d'honneur » de la lignée de la femme, deviendrait, en contexte d'immigration, le « prix de la fille ». Ce changement poserait la dot en contrariété à la morale traditionnelle, s'écartant ainsi de sa signification liée à « la manifestation prestigieuse de l'alliance scellée entre deux groupes familiaux » (J. STREIFF-FENART, « Représentations et pratiques de la dot chez les familles maghrébines immigrées », in *Femmes du Maghreb au présent, La dot, le travail, l'identité*, M. GADANT et M. KASRIEL (dir.), Centre national de la recherches scientifique, Paris, 1990, p. 85).

équivalent en droit belge. L'importation de cette institution en Belgique pose, inévitablement, la question du statut de la femme et suscite dès lors plusieurs questions : comment lui ouvrir les portes de la réception en Belgique et peut-on en admettre ses effets malgré la différence de traitement entre les époux qu'elle implique ?

Nous allons étudier, dans un premier temps, la compatibilité de l'institution avec l'ordre public belge. Cela nous permettra de déterminer les critères de mise en œuvre de cette exception lorsque la question de la dot est posée. Nous reviendrons sur la problématique de la dot sous un titre ultérieur consacré à l'instrumentalisation du droit international privé à des fins matérielles pour démontrer que la qualification au sein des catégories de droit international privé connaît certains enjeux (voir n°332).

#1 *La liberté matrimoniale et la dot*

252. La liberté de se marier constitue une liberté essentielle de la personne. Nous avons vu que le mariage en droit familial belge, outre son aspect institutionnel, reposait largement sur l'autonomie de la volonté : droit de se marier ou non et libre choix du conjoint (voir n°118). La question de l'influence de la dot sur cette liberté se pose dès lors que la dot intervient comme une condition préalable à la célébration de l'union.

253. Certaines exigences, considérées comme raisonnables, qui ont pour effet de retarder le mariage, ne sont pas considérées comme contrariant l'ordre public belge⁽⁷⁸³⁾. Par contre, des conditions qui rendent le mariage impossible altèrent la liberté matrimoniale⁽⁷⁸⁴⁾. Si en 1967, A. Huet écrivait : « *Le mariage est intimement lié à notre organisme social et tout ce qui y touche à un caractère d'ordre public accentué, de sorte qu'on ne saurait y porter atteinte sans mettre en cause cet organisme lui-même. C'est pourquoi le droit de se marier librement est une des bases de l'ordre social, en même temps qu'un droit naturel, plus précisément un droit fondamental de la personnalité* »⁽⁷⁸⁵⁾, aujourd'hui le fondement de ce droit fondamental s'est déplacé. En effet, le mariage a perdu de sa vigueur en tant qu'institution à la base de l'organisation sociale. En contrepartie, la place faite de nos jours à la liberté individuelle et la protection juridique du droit à la vie privée et familiale constituent des principes fondamentaux qui justifient le libre choix du conjoint et le droit au mariage⁽⁷⁸⁶⁾.

⁷⁸³ Voyez par exemple les procédures mises en place dans le cadre de la lutte contre les mariages simulés (article 167 du Code civil). Par contre, une interdiction temporaire de remariage d'une durée de trois ans en application du droit suisse fut jugée contraire à l'article 12 de la CEDH (voyez CEDH, 18 décembre 1987, *F. c/ Suisse, op.cit.*).

⁷⁸⁴ A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *Recueil des cours*, 2000, t. 283, p. 63.

⁷⁸⁵ A. HUET, « Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques », *Rev. Trim. dr. Civ.*, 1967, p. 68.

⁷⁸⁶ Garanti d'ailleurs par la constitution belge, la CEDH et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (voir *supra*).

Par conséquent, le droit belge évite de poser des conditions d'aptitudes personnelles qui risqueraient de fermer à certaines personnes l'accès au mariage. Ce droit au mariage est en outre accompagné du droit de choisir librement son conjoint. Témoignent de cette tendance la réduction, au cours du temps, des empêchements à mariage⁽⁷⁸⁷⁾ et l'écartement des empêchements de droits étrangers, tels les empêchements religieux, considérés comme contraires à l'ordre public. Le mariage est un contrat fondamentalement *intuitu personae* ⁽⁷⁸⁸⁾.

Nous avons analysé la position de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard du droit de se marier garanti par l'article 12 de la CEDH. Le droit au mariage est un droit subjectif fondamental mais les législateurs nationaux conservent une certaine marge de manœuvre, pour autant qu'ils n'atteignent pas la substance même de ce droit (voir n°121)⁽⁷⁸⁹⁾. Nous allons tenter de déterminer, au regard de la jurisprudence et de la doctrine, si la dot constitue une entrave à la liberté matrimoniale ou non.

254. Cette liberté matrimoniale a été à plusieurs reprises analysée à l'occasion de contentieux liés à la lutte contre les mariages simulés. La jurisprudence ne semble, par contre, pas s'être posé la question de la compatibilité des règles relatives à la dot avec ce principe. La doctrine est quant à elle partagée. M. El Karouni considère que la dot ne fait pas obstacle à la liberté de se marier au motif que son montant est négociable et qu'elle peut être symbolique⁽⁷⁹⁰⁾. D'autres soutiennent que la condition du versement d'une dot constitue une restriction au principe de la liberté du mariage⁽⁷⁹¹⁾.

La Cour de Cassation française s'est prononcée sur cette problématique dans le cadre d'une procédure visant la récupération d'une dot payée alors que la célébration du mariage a été annulée sur demande de l'épouse. Selon la Cour : « *attendu que, en l'absence de toute allégation d'une atteinte à la liberté de l'un ou l'autre des futurs conjoints de donner ou refuser son consentement au mariage civil projeté, le fait qu'une somme d'argent ait été versée par le futur mari au père de sa future épouse en vue de cette célébration et sous la condition résolutoire de la non-célébration ne portait pas atteinte à l'ordre public ni aux*

⁷⁸⁷ Voir *supra* chapitre consacré au droit familial belge.

⁷⁸⁸ A. BENABENT, « La liberté individuelle et le mariage », *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1973, pp. 440 et suiv. Selon cet auteur, « *dès que l'intéressé subit une pression pour ne pas épouser qui il veut, c'est son droit au mariage tout entier qui est atteint* » (p. 465). La source est ancienne mais cette affirmation n'a certainement pas perdu de sa valeur.

⁷⁸⁹ F. VASSEUR-LAMBRY, « La famille et la convention européenne des droits de l'homme », *op.cit.*, p. 129 ; F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET ET G. GONZALEZ, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op.cit.*, pp. 546 et suiv.

⁷⁹⁰ M. EL KAROUNI, « La dot : une institution contraire à l'ordre public international belge », *R.T.D.F.*, 2002/3, p. 416.

⁷⁹¹ A. ARONOVITZ, O. DUBOIS, A. GERBER, R. LENZ, B. METRAUX, A.-S. RIEBEN SCHIZAS, G. SCHNEIDER ET M. SYCHOLD, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, S. ALDEEB et A. BONOMI (éds.), Zürich, 1999, p. 94 et 95, sur les droits français et italien.

bonnes mœurs »⁽⁷⁹²⁾. Il n'est cependant pas certain que des enseignements généraux puissent être tirés de cette décision, par ailleurs française. En effet, l'ordre public doit s'apprécier *in concreto*, et, en l'espèce, l'application du droit algérien conduisait à un résultat inadmissible car la nullité du mariage provenait d'une manœuvre délibérée du beau-père et de l'épouse et leur permettrait de conserver la dot.⁽⁷⁹³⁾

En droit belge, c'est au regard de l'article 21 du Code de droit international privé, qui énonce les critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public parmi lesquels figure notamment la gravité des effets produits par l'application de la règle, que la problématique doit être étudiée. C'est, en théorie en tout cas, par une analyse minutieuse de la compatibilité des effets attendus de la règle de droit étrangère dans le cas d'espèce que peut être tranchée la question de sa compatibilité avec les principes essentiels de l'ordre juridique belge. C'est donc, *a priori*, par une appréciation concrète de la situation qu'il convient d'évaluer si l'exigence de la dot a constitué une atteinte à la liberté matrimoniale.

À notre connaissance, la jurisprudence n'a pas condamné sous ce motif l'institution de la dot. Le droit marocain ne conditionnant la validité du mariage sur ce point qu'à l'inexistence d'une clause supprimant la dot, il semble que les époux demeurent libres de convenir de son existence ou non ainsi que de son montant, lequel peut être entièrement symbolique. La dot ne constituant un obstacle au mariage que lorsqu'elle est élevée – et ce uniquement parce que les époux en ont décidé ainsi –, il semble qu'il ne peut être fait état d'un obstacle légal justifiant d'écarter le droit étranger sur la base de l'exception de l'ordre public.

#2 L'égalité entre époux et la dot

255. Le deuxième principe fondamental potentiellement bafoué par l'application des règles relatives à la dot est celui de l'égalité entre époux. Nous avons vu que le droit familial belge repose très largement sur le principe d'égalité (voir n°43 et suiv.). Le paiement à l'épouse d'une somme d'argent ou d'un bien en vue de conclure le mariage est-il contraire au principe d'égalité ? D'une part, la dot ne concerne que l'épouse, marquant une distinction de statut entre l'homme et la femme. D'autre part, la question de la condition de la femme est posée par cette institution. Dans l'hypothèse où le paiement de la dot est considéré comme contraire à l'ordre public, encore faut-il déterminer quels en sont les critères d'application.

256. Le paiement d'une somme d'argent pour assurer la validité du mariage est parfois avancé pour considérer qu'il s'agit bien d'une vente de l'épouse. Les termes d'un arrêt de la Cour d'appel de Lyon du 2 décembre 2002 qui avait qualifié la dot de « *vente de la femme à*

⁷⁹² Cass. fr. 1^{ère} ch., 4 avril 1978, *J.D.I.*, 1979, p. 354.

⁷⁹³ Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 359.

son mari »⁽⁷⁹⁴⁾ sont éclairants à cet égard. La doctrine française considère d'ailleurs souvent que la dot est contraire à l'ordre public français car elle constitue une condition de validité de l'union et qu'« *il n'est donc pas concevable que le mariage puisse être annulé en France sur un tel fondement, quel que soit le pays dans lequel il a été célébré* »⁽⁷⁹⁵⁾.

257. Une telle qualification de l'institution de la dot n'est cependant pas unanime. Si la dot a pu être considérée comme un '*achat*' qui représentait un dédommagement alloué à la famille qui se séparait de son enfant lorsque le mari payait au père ou à un autre homme un prix pour l'épouse⁽⁷⁹⁶⁾, tel ne semble plus être le cas depuis que la femme est seule propriétaire de la dot⁽⁷⁹⁷⁾.

L'analyse de la compatibilité de la dot avec l'ordre public international belge doit se faire en vérifiant les dispositions du droit étranger concerné qui y sont relatives. Dans cette perspective, S. Saroléa soutient que les dispositions du droit marocain relatives à la dot sont compatibles avec l'ordre public belge, et ce, en se basant sur une lecture précise des textes de loi. Selon cet auteur, alors même que le nouveau Code marocain de la famille n'avait pas encore été adopté, « *Il faut rester extrêmement prudent et rappeler que la Mudawwana prescrit que la dot est cédée par le mari à sa femme, que celle-ci en a la propriété exclusive et qu'il est interdit au tuteur matrimonial de la percevoir pour son profit personnel, voulant ainsi mettre fin à certaines pratiques réservant le bénéfice de la dot au père. La prééminence maritale est certes encore très présente en droit marocain, mais il ne semble cependant pas que la dot en soit une manifestation essentielle, d'autant que la femme mariée dispose de la pleine capacité pour la gestion de ses biens* »⁽⁷⁹⁸⁾.

L'objectif d'une approche de ce type, respectueuse de la nature de l'institution étrangère, permet de ne pas écarter toutes les institutions étrangères inconnues du for. Une telle éviction

⁷⁹⁴ I. BARRIERE-BROUSSE, *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 546-10, Mariage, 2015, p. 45.

⁷⁹⁵ *Idem*.

⁷⁹⁶ « *Le prix de la 'transaction' traduit ainsi toujours une seule et même chose : ceux qui ont sacrifié leur temps et leur argent pour élever et éduquer la jeune fille à marier, exigent un dédommagement en contrepartie de la perte de capital humain que le mariage leur fait subir* » (M.-C. FOBLETS, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique*, Karthala, Paris, 1994, p. 227). Selon M. MONJID, cette conception du mariage-vente en droit musulman est erronée « *Si la dot est considérée en droit musulman comme étant une condition de fond du mariage, ce n'est nullement dans le but de 'chosifier' ou de 'marchandiser' la femme. La femme ne doit pas s'évaluer non plus sur la base des biens que le fiancé lui apporte en dot, ce serait dans ce cas une méconnaissance grave de l'esprit de la dot en islam. Elle reflète simplement le désir d'engagement sérieux, ni plus ni moins* » (M. MONJID, *op. cit.*, p. 50-51).

⁷⁹⁷ Voyez aussi F. LAROCHE-GUISSEROT, « *Le nouveau Code marocain de la famille : innovation ou archaïsme ?* », *Rev. Dr. Int. Dr. Com.*, 2005, p. 339. L'auteur met en avant le changement de fonction de la dot qui ne correspond plus à une vente. Selon M. MONJID, la dot constituerait « *tout simplement un privilège accordé à la femme qui prouve l'intention sérieuse du mari de vouloir fonder une famille* » (*op. cit.*, p. 50-51). On a cependant passé en revue les différentes fonctions que remplit la dot, qui ne peut être réduite à cette seule justification (voir n°250).

⁷⁹⁸ S. SAROLEA, « *Le mariage simulé en droit international privé* », *R.T.D.F.*, 1995, pp. 15 et suiv.

risquerait en effet de faire perdre tout son sens au principe de la règle de rattachement, lequel implique, par définition, un certain relativisme juridique.

258. Une autre manière de justifier la compatibilité de la dot à l'ordre public international belge consiste à procéder à une analyse globale du droit étranger. Nous avons vu que le droit marocain ne fonctionnait pas comme le droit belge mais plutôt comme un système de droits et d'obligations entre époux qui sont distincts dans le chef de chacun d'eux et considérés comme complémentaires. Certes, en droit belge, les différents aspects du statut familial sont imbriqués : les obligations alimentaires, les régimes matrimoniaux, les successions, etc. Toutefois, l'équilibre entre ces divers éléments est différent de celui auquel parvient le droit marocain, principalement parce qu'ils ne dépendent pas du sexe de l'époux mais sont applicables indépendamment de la personne titulaire du droit.

M. El Karouni se prononce en faveur d'une approche globale. Selon cet auteur, l'égalité entre époux n'implique aucune uniformité. Il prône, dans un premier temps, une approche fonctionnelle de la dot, en interrogeant la fonction que remplit la règle de droit étranger, pour conclure que la dot ne heurte pas de front l'ordre public. La dot, dont seule une partie est versée à la célébration du mariage, constitue aux yeux de cet auteur, pour son reliquat, une protection contre la dissolution du mariage par la volonté unilatérale du mari ou, en cas de dissolution, un palliatif à l'absence de pension alimentaire. Une approche du droit marocain en tant que système est ici proposée : « *L'analyse fonctionnelle dévoile un paradoxe évident, paradoxe qui consiste à stigmatiser une institution étrangère, la dot, alors que celle-ci peut permettre d'atténuer les effets d'autres dispositions du droit étranger par ailleurs également dénoncées comme portant atteinte aux principes essentiels de l'ordre public international* »⁽⁷⁹⁹⁾. L'auteur pousse dès lors le raisonnement au-delà de cette approche fonctionnelle et propose une approche systémique : une analyse de la logique du système dans laquelle l'institution étrangère s'inscrit permettrait une meilleure appréhension de la norme de droit étranger. « *En passant d'une approche textuelle à une approche fonctionnelle et ensuite à une approche systémique, on élargit toujours davantage les paramètres de l'analyse* »⁽⁸⁰⁰⁾.

259. En tant qu'institution spécifique, les juges belges ont déjà eu l'occasion de se prononcer sur la compatibilité de la dot avec l'ordre public international belge. L'analyse de la jurisprudence témoigne de l'incertitude sur le sort à réserver à la dot en Belgique.

Une première remarque s'impose à ce stade : les juridictions belges se réfèrent à la dot dans de nombreuses décisions uniquement à titre d'élément de fait. Tel est le cas par exemple lors de l'évaluation par le tribunal de la volonté des futurs époux de créer une communauté de vie durable dans le cadre des procédures introduites suite à un refus par l'officier de l'état civil de célébrer le mariage. Les décisions rendues dans cette hypothèse ne posent pas la question de

⁷⁹⁹ M. EL KAROUNI, « La dot : une institution contraire à l'ordre public international belge », *op. cit.*, p. 419.

⁸⁰⁰ *Idem*, p. 420.

la compatibilité à l'ordre public belge de l'institution de la dot, le juge utilisant la dot sans se préoccuper de la place qui peut ou non lui être faite dans l'ordre juridique belge⁽⁸⁰¹⁾. Certaines de ces décisions seront mentionnées pour illustrer qu'il est parfois fait très grand cas de la dot, lui assignant même une portée qui n'est pas la sienne dans le pays d'origine. Cette mise en perspective illustre l'attitude quelque peu schizophrénique des autorités belges face au droit étranger. Une telle attitude est liée au contexte dans lequel la question est posée. En effet, la dot trouve une place parfois centrale lorsqu'elle constitue un élément permettant d'évaluer la validité des prétentions au séjour en Belgique alors que dans le cadre du contentieux civil elle peut être passée au crible de l'exception d'ordre public. Il en résulte qu'un mariage pourrait ne pas être reconnu car la dot fait défaut, ce qui témoignerait de l'absence d'intention de créer une communauté de vie durable, mais que son annulation sur la base du non-paiement de la dot pourrait être refusée en raison de la contrariété de ce motif d'annulation avec l'ordre public international belge.

a) La dot dans le cadre des refus de célébration de mariage

260. Citons quelques décisions à titre d'exemple. La Cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 10 mai 1996, s'appuie sur l'absence de paiement de la totalité de la dot pour mettre en cause la sincérité d'un mariage célébré selon les coutumes traditionnelles : « *Attendu que le solde de 50 000 F de la dot, fixée à 130 000 F, n'a jamais été payé, ce qui démontre que la fête traditionnelle suivant les coutumes marocaines n'a jamais eu lieu, ce qui ne fut pas valablement contredit par l'appelant lors de sa déposition dans le cadre de ladite comparution personnelle des parties* »⁽⁸⁰²⁾. Cet attendu est troublant puisque, en l'espèce, la dot, généralement payée en deux fois et dont seule une première partie est versée au moment du mariage, a bien été prévue conformément au droit marocain. Le juge l'utilise néanmoins à l'encontre des intéressés, estimant qu'il s'agit d'un élément attestant de l'absence de volonté de créer une communauté de vie durable.

Autre exemple, l'officier de l'état civil, dans une décision qui donna lieu à un recours devant le Tribunal de première instance de Bruxelles, écrit : « *le futur époux n'aurait aucune considération pour Madame S. puisque, bien que musulman, il a précisé qu'il ne donnera pas de dot* »⁽⁸⁰³⁾. Malheureusement, le tribunal n'a pas répondu à cet argument pour des raisons de procédure par ailleurs contestables⁽⁸⁰⁴⁾.

⁸⁰¹ Voyez les décisions citées n°260 sous le titre a) : la dot dans les décisions de refus de célébration de mariage.

⁸⁰² Bruxelles, 10 mai 1996, *R.T.D.F.*, 1998, p. 45.

⁸⁰³ Civ. Bruxelles (*réf.*), 27 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2004/5, pp. 215 et suiv.

⁸⁰⁴ Le juge a refusé d'analyser l'affirmation de l'officier de l'état civil au motif que cet élément fut apporté aux débats après la notification de la décision de refus de célébration par l'officier de l'état civil aux parties. Cette position est critiquable dans la mesure où le juge est autorisé à procéder à un examen au fond, sur la base de l'ensemble des éléments qui lui sont soumis, en vue d'évaluer la sincérité du consentement au mariage des futurs époux et n'est pas tenu de procéder uniquement à un contrôle de légalité.

Plus convaincant, le Tribunal de première instance de Bruxelles, dans une décision du 11 décembre 2008 ⁽⁸⁰⁵⁾, prend en compte la dot comme un élément, parmi d'autres, permettant d'évaluer la concordance des déclarations des futurs époux quant à la sincérité de leur projet de mariage. Selon le tribunal, « *Les déclarations des parties concordent par ailleurs sur de nombreux points tel le moment de la rencontre, la dot, le lieu de la fête de fiançailles, le début de la cohabitation, leurs activités professionnelles respectives, le précédent mariage de M. X...* » ⁽⁸⁰⁶⁾. Ici, la place donnée à la question de la dot apparaît justifiée puisqu'elle est utilisée uniquement comme élément permettant de comparer les déclarations des futurs époux ⁽⁸⁰⁷⁾.

Ces éléments ne nous apportent aucune information quant à la contrariété ou non à l'ordre public de l'institution de la dot. Les décisions nous apprennent toutefois que, dans la cadre de l'évaluation du consentement au mariage, la dot est utilisée en tant qu'élément de fait. C'est au regard des décisions rendues en matière d'annulation de mariage que la compatibilité de la dot à l'ordre public international belge est abordée.

b) La dot et les décisions en matière d'annulation de mariage

261. Le juge, lorsqu'il est tenu de se prononcer sur la validité d'un mariage, peut être contraint de se positionner sur la dot comme élément de validité du mariage et, par conséquent, sur sa conformité à l'ordre public international belge.

Notons que les décisions recueillies sur ce sujet sont relativement anciennes. Elles conservent cependant un intérêt, s'agissant des seules décisions recensées qui traitent de la question. La problématique semble en effet rarement soumise aux tribunaux belges. L'origine de cette situation est difficile à déterminer : la dot pose-t-elle peu de difficulté en pratique ? Les questions se règlent-elles principalement dans le pays d'origine ? Les parties trouvent-elles des solutions amiables afin d'éviter de saisir les juridictions belges ? Les intéressés pensent-ils qu'il n'est pas possible de saisir les cours et tribunaux belges de la question ? Il s'agit d'interrogations auxquelles seule une étude socio-anthropologique approfondie pourrait apporter des réponses.

⁸⁰⁵ Civ. Bruxelles (réf.), 11 décembre 2008, *R.T.D.F.*, 2009/3, pp. 690 et suiv.

⁸⁰⁶ *Idem*, p. 693.

⁸⁰⁷ Dans le même sens, la Cour d'appel de Bruxelles a rendu une décision, le 9 décembre 2010, dans laquelle elle utilise les déclarations des futurs époux quant à la dot pour établir la sincérité du projet de mariage. On peut lire en effet dans la décision « *que les déclarations sont également convergentes sur leurs rencontres en 2004 et 2005, sur les détails de la fête des fiançailles, sur l'identité des témoins du futur mariage et sur l'intention de monsieur K. de payer une dot, dont le montant n'a pas encore été fixé* » (Bruxelles, 9 décembre 2010, *R.T.D.F.*, 2011/4, pp. 850 et suiv.)

262. Le positionnement des juridictions belges à l'égard de la dot peut se scinder en deux périodes. Dans un premier temps, qui correspond aux décisions rendues dans les années 80, les tribunaux belges ont donné effet en Belgique à la dot en lui reconnaissant le caractère de condition de validité du mariage. Par exemple, le Tribunal de première instance de Bruxelles, dans des décisions du 20 février 1985⁽⁸⁰⁸⁾ et du 28 octobre 1986⁽⁸⁰⁹⁾, fait droit aux demandes en annulation de mariage introduites par l'épouse au motif que les règles relatives à la dot n'ont pas été respectées et que le mariage n'a pas été consommé et, ce, sans poser la question de la compatibilité de l'institution à l'ordre public international belge⁽⁸¹⁰⁾. Par application du droit marocain aux conditions de fond du mariage en tant que loi nationale des parties, le tribunal considère que : « *constatant qu'en droit marocain, ces circonstances frappent le mariage de nullité, le tribunal fait droit à l'action* »⁽⁸¹¹⁾. Au sujet de ces deux décisions, Rigaux et Van Hecke affirmaient : « *Bien qu'il s'agisse d'empêchements rattachés au fond plutôt qu'à la forme, il faut tenir compte du lieu et de la forme de la célébration du mariage. Si (...) le mariage a fait l'objet d'une célébration civile en Belgique, il y a plus de raison de faire valoir l'exception d'ordre public en vertu de l'intensité du rattachement à l'ordre juridique belge qu'à l'égard d'un mariage coutumier célébré au Maroc. La reconnaissance des effets d'un tel mariage en Belgique peut être plus largement soumise aux exigences du droit marocain* »⁽⁸¹²⁾. Une référence est donc faite ici, dans la doctrine, à la notion d'ordre public atténué dans l'appréciation des effets de la dot en Belgique. Le Tribunal de première instance de Bruxelles, le 17 octobre 1989⁽⁸¹³⁾, se prononce, de nouveau, dans le même sens et, en application du droit marocain, annule un mariage entre deux époux de nationalité marocaine.

263. Dans un deuxième temps, les juridictions belges, au cours des années 90, vont changer de position et refuser de donner effet à la dot dans le cadre des demandes d'annulation de mariage, au motif que cette institution est contraire à l'ordre public international belge. Ainsi, le Tribunal de première instance de Bruxelles, dans une décision du 19 octobre 1994 affirme que « *la non-constitution de la dot ne saurait à elle seule invalider le mariage. Il serait contraire à l'ordre public, et notamment aux principes de liberté et d'égalité des époux, d'annuler sur cette base un mariage conclu devant l'officier de l'état*

⁸⁰⁸ Civ. Bruxelles, 20 février 1985, *J.T.*, 1985, pp. 286 et suiv.

⁸⁰⁹ Civ. Bruxelles, 28 octobre 1986, *J.D.I.*, 3, 1989, pp. 735 et suiv.

⁸¹⁰ Par application du droit marocain, le tribunal annule le mariage et fait droit à la demande de l'épouse suite à l'application marocaine de la règle de la preuve en la matière, à savoir que la femme est crue sur ce point avant la consommation du mariage. En l'espèce, la dot est considérée comme conforme à l'ordre public puisque le droit marocain est appliqué de manière stricte. Notons que la règle de preuve suit la loi applicable au rapport de droit en cause, ce qui est compréhensible, car il serait a priori illogique de se baser sur le droit belge pour prouver une institution qui lui est inconnue (voyez : S. SAROLEA, *op. cit.*, p. 16).

⁸¹¹ Civ. Bruxelles, 28 octobre 1986, *op. cit.*, p. 735.

⁸¹² G. VAN HECKE et F. RIGAUX, « Examen de jurisprudence (1981 à 1990), Droit international privé (conflits de lois) », *R.C.J.B.*, 1991, pp. 156 et suiv.

⁸¹³ Civ. Bruxelles, 17 octobre 1989, *Pas.*, 1990, t. III, pp. 46 et suiv.

civil et non reconnu dans le pays des époux »⁽⁸¹⁴⁾. Le même tribunal, à la même date, se prononce une nouvelle fois sur la contrariété à l'ordre public de l'institution de la dot en tant qu'élément de validité du mariage en prenant en compte ici la proximité de la situation avec l'ordre juridique belge⁽⁸¹⁵⁾. Telle sera également la décision de la Cour d'appel de Gand, le 12 septembre 1994, lorsqu'elle affirme: « *De Belgische internationale openbare orde verzet er zich tegen dat de niet-betaling van de, door de Marokkaanse wet vereist, bruidschat als absolute nietigheidsgrond van een huwelijk tussen Marokkanen wordt toegepast in België* »⁽⁸¹⁶⁾. Dans le même sens, le Tribunal de première instance de Bruxelles, le 30 novembre 1994⁽⁸¹⁷⁾, a retenu la contrariété à l'ordre public des règles relatives à la dot conditionnant la validité du mariage dans les termes suivants: « *il échet d'observer qu'admettre la nullité de mariage entre Marocains conclu devant l'officier d'état civil belge au seul motif qu'une dot n'aurait pas été versée heurterait l'ordre public international belge même si le non-paiement d'une dot – à supposer qu'il soit établi – pourrait, compte tenu des particularités propres à chaque hypothèse, être indicatif d'une absence de réelle volonté de s'engager dans l'institution du mariage* ».

La dot, condition de validité du mariage dont le non-respect entraîne son annulation, serait devenue, depuis les années 90, une institution contraire à l'ordre public belge. Aucune motivation précise, que ce soit sur les conditions d'application de cette exception ou sur les principes bafoués par la règle de droit étrangère, n'est élaborée. Cette absence de motivation rend l'analyse de ces décisions malaisée. Par ailleurs, il ne semble pas que cette jurisprudence soit fermement établie, comme en attestent une série de décisions qui laissent un certain flou sur la question⁽⁸¹⁸⁾.

⁸¹⁴ La formulation de l'attendu interpelle cependant lorsqu'il fait mention de la non-reconnaissance du mariage dans l'État d'origine des époux. Quelle implication cette circonstance peut-elle avoir pour évaluer la validité du mariage en Belgique ? On peut déplorer que le tribunal ne s'explique pas sur ce point. Peut-être le juge a-t-il voulu insister sur la proximité manifeste de la situation avec la Belgique qui justifierait de ce fait le recours à l'exception d'ordre public ? Il est en tous cas intéressant de relever que c'est bien l'ordre public qui va être retenu pour empêcher l'annulation du mariage en Belgique au motif de l'absence de constitution d'une dot.

⁸¹⁵ Civ. Bruxelles, 19 octobre 1994, R.G. : 94.A.8182, *inédit*.

⁸¹⁶ Gand, 12 septembre 1994, R.W., 1996-1997, pp.1194 et suiv.

⁸¹⁷ Cité par M. EL KAROUNI, « La dot : une institution contraire à l'ordre public international belge », *op.cit.*, p. 412.

⁸¹⁸ Par exemple, la Cour d'appel de Bruxelles, le 1^{er} février 1994, décide : « *Etant donné que le paiement de la dot est contesté, il ne peut constituer un élément de la validité du mariage* » (Bruxelles, 1^{er} février 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 601). En l'espèce, s'il est vrai que le juge ne dit mot concernant la question de la compatibilité de la dot avec l'ordre public, il semble considérer que si le paiement n'avait pas été contesté, il aurait constitué un élément pris en compte pour apprécier la validité du mariage. Il ne rejette donc pas la dot purement et simplement. De son côté, le Tribunal de première instance de Bruxelles, le 2 octobre 1996 (Civ. Bruxelles, 2 octobre 1996, *J.L.M.B.*, 1997/39, pp. 1570 et suiv.), n'écarte pas d'emblée l'argument du non-paiement de la dot dans le cadre d'une action en annulation du mariage. Le juge va analyser la question du non-paiement du reliquat de la dot mais estimer que l'épouse aurait dû en faire la demande devant le juge marocain qu'elle avait également saisi d'une demande de divorce. Il va ensuite considérer que la situation constitue une mésentente entre époux et non une simulation du consentement au mariage et partant déclarer la demande non fondée. Ici non plus, le tribunal ne se prononce pas directement sur la compatibilité de la dot à l'ordre public mais la prend néanmoins en compte en désignant le moment de la procédure adéquat pour la réclamer.

264. La lecture de ces différentes décisions appelle une première remarque déjà évoquée. En tant que condition de la validité du mariage, la question de la contrariété éventuelle de la dot à l'ordre public international belge n'a été soulevée par les tribunaux belges qu'à partir des années 90, sans pour autant que la jurisprudence ultérieure ne soit toujours très claire. En effet, on constate que dans les décisions rendues antérieurement, l'application du droit marocain n'est pas sujette à discussion. Les décisions s'opposant à la prise en compte de la dot semblent également, sans détailler réellement leur motivation, retenir à la proximité de la situation avec l'ordre juridique belge. L'ordre public aura une plus forte vocation à intervenir lorsque le mariage est célébré en Belgique que lorsqu'il est célébré au Maroc ⁽⁸¹⁹⁾.

265. Une deuxième remarque peut être faite concernant le défaut de motivation des décisions recensées. En effet, pour mettre en application l'exception d'ordre public, la contrariété de la règle étrangère avec les principes jugés fondamentaux de l'ordre juridique du for doit être manifeste. Le juge est donc tenu de s'en expliquer. Sur ce point, S. Saroléa soutenait, concernant l'utilisation par les cours et tribunaux belges de l'exception d'ordre public pour évincer les règles de droit étranger relatives à la dot, que « *cette orientation n'est admissible que dans le strict respect des conditions de mise en œuvre de l'exception d'ordre public* » ⁽⁸²⁰⁾.

266. Cette affirmation est cependant moins évidente qu'il n'apparaît. Si, en théorie, une évaluation *in concreto* de la violation de l'ordre public doit être menée, une position plus générale peut être défendue quant à la compatibilité des dispositions du droit marocain avec le principe d'égalité homme/femme. Nous verrons qu'une telle position de principe a été prise concernant les droits des enfants issus des couples polygamiques (voir n°306).

En effet, le principe d'égalité est fondamental en droit belge de la famille, à l'égard des enfants mais également entre époux, voire plus largement entre adultes désireux de s'engager dans une vie de couple. Ce principe pourrait justifier un refus catégorique d'accueil de l'institution de la dot. Il faut, toutefois, pour que l'appréciation de la contrariété à l'ordre public puisse être abstraite et détachée des faits, que la règle étrangère soit manifestement attentatoire à l'ordre public. Ce caractère n'est pas si évident concernant la dot.

Plus précisément, la compatibilité de la dot avec l'ordre public international belge peut être questionnée selon les deux critères de mise en œuvre de l'exception ⁽⁸²¹⁾. D'abord, il faut déterminer si, en cas d'absence d'autres liens de proximité, la circonstance que le paiement de

⁸¹⁹ G. VAN HECKE et F. RIGAUX, « Examen de jurisprudence (1981 à 1990), Droit international privé (conflits de lois) », *op. cit.*, p. 156.

⁸²⁰ S. SAROLEA, « Le mariage simulé en droit international privé », *op. cit.*, p. 15.

⁸²¹ Sur la mise en œuvre de l'exception d'ordre public avant et après l'entrée en vigueur du Codip, voyez F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé, op.cit.*, pp. 316 et suiv.

la dot peut potentiellement être exécuté en Belgique constitue, en soi, un rattachement intense avec la Belgique justifiant la mise en œuvre de l'exception d'ordre public. Ensuite, il faut s'intéresser à la gravité des effets produits par l'application de la loi étrangère. Si l'annulation du mariage est justifiée par le non-paiement de la dot, le critère de la gravité des effets de l'application du droit étranger est-il, par définition, rencontré ? La règle de l'application au cas par cas de l'exception d'ordre public pourrait sur cette base être remise en cause dans cette matière. Si le fait que la dot puisse être réclamée en Belgique constitue une proximité suffisante avec l'ordre juridique belge ou pour autant que l'annulation du mariage constitue une conséquence suffisamment grave de l'application du droit étranger, l'exception d'ordre public peut être soulevée en toutes hypothèses.

Une telle approche inconditionnelle de l'ordre public est rencontrée lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit étranger en Belgique, par exemple pour refuser la célébration d'un mariage polygamique ou passer outre à un empêchement religieux au mariage (voir n°231 et 233). Il est, par contre, très rare de trouver des exemples de cet ordre public absolu en matière de reconnaissance. Nous verrons cependant que cette approche est envisagée à l'égard du droit marocain de la filiation (voir n°299 et suiv.).

Nous ne sommes toutefois pas convaincus du caractère évident de la violation de l'ordre public par la mise en application des règles de la dot. On constate d'ailleurs que, si les motivations lors de l'acceptation ou du refus de prise en compte de la dot par les juridictions sont extrêmement lacunaires, elles ne posent la question de la compatibilité de la dot avec l'ordre public international belge que lorsqu'il s'agit d'en tirer comme conséquence le défaut de validité du mariage. Par contre, lorsque la demande en justice repose sur un fondement différent, cette question n'est pas soulevée dans les décisions recensées. En atteste la décision du Tribunal de première instance de Bruxelles, du 16 décembre 1997⁽⁸²²⁾, qui prend en compte le reliquat de la dot dû à l'épouse après le divorce ainsi que ses autres droits (pension et logement pendant le délai de viduité) obtenus lors du divorce marocain pour lui refuser une pension alimentaire après divorce en Belgique. De la même manière, le juge de Paix du canton de Zelzate⁽⁸²³⁾ a autorisé, sans difficulté, un administrateur provisoire à libérer du compte épargne d'un époux le montant correspondant à la dot et aux frais de la fête religieuse afin de rembourser le père de l'intéressé ayant avancé les sommes. Le critère de gravité requis pour écarter le droit étranger n'est, semble-t-il, rencontré que dans l'hypothèse où l'application de ce droit entraîne l'annulation du mariage. Ce constat confirme que l'atteinte à l'ordre public doit être évidente pour autoriser une appréciation abstraite de la règle de droit étranger concernée et qu'une appréciation selon les critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public s'impose à l'égard de la dot.

⁸²² Civ. Bruxelles, 16 décembre 1997, *J.J.P.*, 2000, pp. 212 et suiv., note M.-C. FOBLETS.

⁸²³ J.P. Zelzate, 29 avril 2010, R.G. : 566/2010, *inédit*.

#3 La liberté de divorcer et la dot

267. Désormais, en Belgique, la liberté de rompre le lien conjugal constitue un principe fondamental (voir n°124). Si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas aussi catégorique (⁸²⁴), le Règlement Rome III relatif au droit applicable à la dissolution du lien, liant 14 États membres de l'Union européenne sur la base d'un mécanisme de coopération renforcée (⁸²⁵), le prévoit explicitement en son article 10.

La dot, dont l'une des fonctions consiste à encadrer le droit pour le mari de divorcer de manière trop '*impulsive*', ne constituerait-elle pas une limite au droit de dissoudre le lien conjugal et par là une institution contraire à l'ordre public international belge ? Encore faudrait-il prouver que, dans le cas d'espèce, c'est le montant trop élevé de la partie impayée de la dot au moment du mariage qui constitue un obstacle déterminant à la rupture de l'union conjugale. Dans cette hypothèse, les juges belges seraient probablement enclins à considérer l'obligation de s'acquitter de la dot incompatible avec l'ordre public international belge. Dès lors que la nécessité de payer une dot ne constitue pas une violation évidente de l'ordre public, puisque le fait qu'elle soit un frein à la rupture dépendra des circonstances de l'espèce, l'appréciation abstraite de l'ordre public ne pourrait pas être acceptée ici non plus. Il reste que nous ne pouvons, à la lecture de la jurisprudence recensée, déterminer les critères concrets retenus pour la mise en œuvre de l'exception d'ordre public.

268. L'analyse de l'éventuelle contrariété de la dot à l'ordre public international belge appelle une remarque plus générale. L'impossibilité de rompre en raison de l'obligation de payer le reliquat de la dot se justifie probablement dans un système où le mari dispose encore d'un droit unilatéral de dissoudre le mariage (⁸²⁶) et où l'épouse ne dispose pas de droit à une éventuelle pension alimentaire au-delà du délai de viduité. Placé dans le contexte belge, ce

⁸²⁴ CEDH, *Johnston c/ Irlande*, 18 décembre 1986, *op.cit.* Voyez le commentaire à ce sujet dans le chapitre consacré au droit familial belge.

⁸²⁵ Voyez la Décision du Conseil du 12 juillet 2010 autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (2010/405/UE), *J.O.U.E.*, L 189/12, 22 juillet 2010. L'objectif de départ était d'adopter un règlement européen modifiant les règles de compétence du Règlement Bruxelles IIbis et d'y inclure des règles de conflit de lois. Voyez la proposition de Règlement du Conseil modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale, COM (2006) 399 final. En effet, la Commission avait procédé à une large consultation en vue de relever les difficultés rencontrées lors de l'application du Règlement Bruxelles IIbis (Livre vert sur le droit applicable et la compétence en matière de divorce, COM (2005) 82 final). La procédure, qui nécessitait une unanimité au sein des États membres, n'a pas abouti. C'est donc par le biais d'une initiative de coopération renforcée entre certains États que le Règlement Rome III a pu voir le jour. Les États concernés sont la Belgique, la Bulgarie, l'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie, la Lettonie, le Luxembourg, la Hongrie, Malte, l'Autriche, le Portugal, la Roumanie et la Slovaquie. D'autres États peuvent décider d'adhérer ultérieurement au règlement.

⁸²⁶ Dans le cadre du divorce sous contrôle judiciaire. En cas de divorce pour discorde, le tribunal prend en compte la responsabilité de l'époux qui rompt le lien conjugal dans la détermination de l'indemnité pécuniaire (art. 97 du Code marocain de la famille).

tempérament à la rupture semble moins défendable. Par conséquent, lorsque le droit belge est appliqué aux différents aspects du divorce, les règles relatives à la dot risquent en effet d'être écartées. Par exemple, le paiement de la dot ne répondra pas à l'absence de pension alimentaire et semblera donc moins tolérable. En revanche, dans l'hypothèse où l'ensemble du divorce et de ses conséquences est régi par le droit marocain, le sort de la dot est moins évident. Il serait alors envisageable de condamner l'un des époux au paiement du reliquat de la dot, à défaut de pension alimentaire. C'est donc le morcellement des différentes questions soumises au tribunal qui est probablement responsable en partie de ces difficultés d'appréciation. Le juge n'étant saisi que d'un point du droit étranger, dégagé de l'ensemble du système global mis en place, il sera plus enclin à soulever l'exception d'ordre public à l'égard d'une institution familiale étrangère, particulièrement lorsque celle-ci consacre des droits différenciés selon le sexe des époux.

D. Conclusions sur les critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public international belge à l'égard du droit marocain du mariage

269. Les critères de proximité et de gravité, inhérents à l'évocation de l'ordre public international belge, semblent constituer des notions à contenu variable.

La proximité avec la Belgique permettant d'écarter le droit étranger interdisant le mariage entre personnes de même sexe tient à la nationalité ou à la résidence habituelle de courte durée de l'un des époux dans un Etat qui permet ce type de mariage.

Cette proximité avec l'ordre juridique belge, nécessaire à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, dépend par contre uniquement de la nationalité de la première épouse au moment du second mariage lorsqu'il s'agit de postuler un droit à la pension de survie de l'époux polygame.

Le degré de proximité exigé n'est par contre pas précisé pour refuser d'annuler un mariage en raison du non-paiement de la dot, la gravité des effets du droit étranger étant, le cas échéant, jugée suffisante pour justifier le recours à l'ordre public.

Les critères de proximité et de gravité permettant le rejet du droit étranger ont été insérés dans la loi afin de permettre une appréciation concrète de la situation des intéressés. Ils semblent pourtant prédéterminés, abstraits et précis. Tels que définis en matière de mariage par la loi ou la jurisprudence, ces critères offrent peu de place à la mise en balance des intérêts en présence.

II. Les critères de mise en œuvre de l'ordre public en matière de divorce

270. En matière de divorce, le rejet des dispositions du droit marocain porte essentiellement sur la problématique de la 'répudiation' (⁸²⁷). C'est en effet sous l'angle du respect de l'égalité entre époux, principe fondamental en droit belge, que le possible accueil des divorces marocains est analysé. Nous allons voir qu'à l'égard des répudiations, comme dans le cas de la pension de survie sollicitée sur la base d'un mariage polygamique, les conditions de mise en œuvre de l'ordre public sont prédéfinies. Cependant, concernant la dissolution unilatérale du mariage, le degré de proximité justifiant le rejet de l'acte étranger est déterminé par la loi. Il repose, en outre, sur des éléments différents de ceux retenus en matière de polygamie.

271. En ce qui concerne l'application du droit marocain en Belgique, l'article 21 du Codip empêche les cours et tribunaux belges de prononcer une répudiation. Les procédures marocaines reprises, par les autorités belges, sous ce vocable sont le divorce sous contrôle judiciaire et le divorce moyennant compensation. Pour la reconnaissance en Belgique des divorces prononcés au Maroc, nous avons vu que les motifs de refus de reconnaissance des décisions judiciaires étrangères énoncés à l'article 25 du Codip doivent être combinés à la règle de l'article 57 du Codip interdisant, par principe, que les actes de divorce fondés sur la volonté unilatérale du mari produisent des effets en Belgique, sous réserve des conditions cumulatives de son paragraphe 2.

Par ailleurs, le Règlement Rome III (⁸²⁸), en son article 10, contient également une référence explicite aux actes de répudiation. En effet, cette disposition écarte le droit normalement applicable, lorsqu'il permet ce type de dissolution du lien conjugal, en ces termes : « *Lorsque la loi applicable en vertu des articles 5 ou 8 ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps, la loi du for s'applique* ». On constate donc que, tant au niveau du droit applicable qu'au niveau de la reconnaissance, l'égalité entre époux est sauvegardée par une disposition spécifique.

L'analyse du sort réservé en Belgique aux divorces marocains confirme que les critères à l'aune desquels l'ordre public est apprécié répondent à une logique de dépeçage des institutions familiales.

⁸²⁷ Le droit marocain ne fait plus référence à ce terme. Les questions tournent autour des procédures de divorce sous contrôle judiciaire et de divorce moyennant compensation organisées par le Code marocain de la famille et qui présentent un caractère inégalitaire.

⁸²⁸ *Op. cit.* La Cour européenne des droits de l'homme, de son côté, ne s'est malheureusement pas prononcée sur la reconnaissance des répudiations dans son arrêt du 8 novembre 2005, *D.D. c/ France*, req. n° : 03/02.

A. Le refus de reconnaissance des « répudiations »

272. Si une décision de divorce prononcée à l'étranger est qualifiée de *répudiation*, et nous avons vu que l'opération de qualification n'est pas aisée lors de l'analyse de la reconnaissance en Belgique des divorces par consentement mutuel marocains (voir n°180), l'article 57 du Codip s'applique. Il pose une interdiction de principe : un acte de dissolution du mariage fondé sur la volonté unilatérale du mari ne peut en principe pas être reconnu en Belgique (sauf conditions cumulatives très restrictives).

273. En droit marocain, les procédures incriminées sont le *Talak* et, sous réserve de controverses, le *Khol*.

Le *Talak*, ou divorce sous contrôle judiciaire, est la procédure prévue aux articles 78 et suivants du Code marocain de la famille, qui consiste en « *la dissolution du pacte de mariage requise par l'époux ou par l'épouse, selon des conditions propres à chacun d'eux, sous le contrôle de la justice* ». Celui des époux qui souhaite divorcer doit demander au tribunal d'en faire dresser acte par deux *Adouls*. Le tribunal convoque les époux pour une tentative de conciliation et, en cas d'échec de la conciliation, fixe un montant que l'époux consigne au secrétariat-greffe afin de s'acquitter des droits dus à l'épouse et aux enfants. Dès que le montant est consigné par l'époux, le tribunal l'autorise à faire instrumenter l'acte par les *Adouls*. Ensuite, le juge est tenu de l'homologuer. Cette procédure de divorce, réservée au mari, peut être ouverte à l'épouse si un droit d'option lui a été consenti (*Tamlik*) ⁽⁸²⁹⁾.

Dans la traduction française officielle du Code marocain de la famille, le mot *répudiation* a été remplacé par le mot « *divorce* », en y ajoutant les termes « *sous contrôle judiciaire* » ⁽⁸³⁰⁾. Toutefois, bien que le terme '*répudiation*' n'apparaisse plus dans le nouveau Code marocain de la famille, il est encore très largement utilisé en Belgique pour désigner cette procédure permettant au mari de mettre fin unilatéralement à l'union conjugale sans que la femme ne dispose d'un droit équivalent. L'absence d'égalité homme/femme découlant de cette procédure est jugée inacceptable dans l'ordre juridique belge et les nouvelles garanties offertes par le Code marocain de la famille, par la voie de l'encadrement de la procédure par le tribunal, n'y changent rien.

Seule une clause inscrite dans le contrat de mariage ouvrant le droit de dissolution du lien conjugal à l'épouse, dans les mêmes conditions que celles prévues pour le mari, changerait la donne. En effet, le fait de ne pas reconnaître une répudiation en Belgique trouve sa source dans le caractère discriminatoire de cette procédure, lequel disparaît si l'épouse obtient le

⁸²⁹ Possibilité offerte par l'article 89 du Code marocain de la famille.

⁸³⁰ M.-C. FOBLETS, et J.-Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, op.cit., pp. 57-58.

droit de répudier son mari. La pratique ne nous renseigne cependant aucun cas d'utilisation d'une telle clause de *Tamlík* dans les contrats de mariage ⁽⁸³¹⁾.

En ce qui concerne le *Khol*, un débat existe quant à l'opportunité de l'intégrer dans le champ d'application de l'article 57 du Codip. Nous avons vu que les conditions de la reconnaissance des divorces étrangers divergent selon que les époux disposent ou non d'un droit égal d'accès à la procédure. Par conséquent, la question de la qualification du divorce moyennant compensation, *Khol*, en tant que *répudiation* ou non est importante. Les conditions de sa reconnaissance en dépendent.

Deux points de vue s'affrontent dans la jurisprudence. Soit, le *Khol* tombe sous le champ d'application de l'article 57, ce qui entraîne le principe de refus de reconnaissance, soit pas. Il est vrai que, dans le cadre de la procédure de divorce par *Khol*, la femme ne dispose pas d'un droit égal à celui de son époux. Contrairement à ce dernier, elle a besoin de l'accord de son mari pour introduire l'action et elle lui doit une compensation. Cette position s'oppose à une appréciation globale du droit marocain (voir n°284).

Devant les tribunaux, la discussion s'oriente autour du principe d'égalité appliqué dans le cadre strict du *Khol*. Certaines juridictions acceptent de reconnaître l'acte de divorce, d'autres considèrent que le *Khol* est une procédure discriminatoire à l'égard de la femme.

La décision du Tribunal de première instance de Bruxelles, du 13 novembre 2007, constitue une illustration du premier point de vue. En l'espèce, la question de la reconnaissance d'un divorce par *Khol* se posait dans le cadre d'une demande de reconnaissance du deuxième mariage contracté par une femme de nationalité marocaine. L'Office des étrangers avait refusé de reconnaître la seconde union et, par conséquent, de délivrer le visa de regroupement familial au nouvel époux. Le motif de ce refus résidait dans la non-reconnaissance de la dissolution du premier mariage par *Khol*. Afin de se prononcer sur la reconnaissance du mariage, le tribunal était tenu de se pencher sur la question de la reconnaissance du divorce antérieur, prononcé après le 1^{er} octobre 2004. Dans cette affaire, le juge a reconnu le divorce moyennant compensation en raison des circonstances particulières du cas d'espèce : l'épouse avait clairement demandé le divorce de sa propre initiative. Sur la base des termes de la requête, le tribunal conclut « *que le vœu du législateur marocain fut donc véritablement de faire du khol une modalité du divorce par consentement mutuel* » et que ce type de divorce, « *lorsqu'il est véritablement à l'initiative de l'épouse, ne peut en aucun cas être assimilé à l'hypothèse visée par l'article 57 du Code de DIP, lequel s'applique aux divorces où la dissolution trouve sa cause même dans la seule volonté de l'un des époux* » ⁽⁸³²⁾. Une fois le divorce reconnu, aucun obstacle ne s'opposait plus à la reconnaissance du second mariage. En

⁸³¹ Nous n'avons pas non plus trouvé de jurisprudence française sur ce point. Voyez néanmoins sur cette question : G. LARDEUX, « Ordre public international et nouveau droit marocain de la famille », *D.*, 2010, pp. 543 et suiv.

⁸³² Civ. Bruxelles, 13 novembre 2007, *R.T.D.F.*, 2010/1, p. 205. Voyez aussi Civ. Liège, 15 octobre 2010, R.G. : 10/968/B, *inédit* ; Civ. Bruxelles, 19 mai 2008, *Rev. dr. étr.*, 2008, n° 148, p. 289 et Civ. Bruxelles, 13 septembre 2007, *Rev. dr. étr.*, 2007, p. 491, note S. DE BLAERE.

l'espèce, la position du Tribunal de première instance de Bruxelles est assez souple : le *Khol* n'intègre pas le champ d'application de l'article 57 du Codip lorsqu'il est introduit à l'initiative de l'épouse, sans contrainte, et que son intervention est clairement volontaire.

Par opposition, certains tribunaux refusent de reconnaître les divorces moyennant compensation sur la base de l'article 57 du Codip. Par exemple, le Tribunal de première instance de Liège dégage de la lecture des articles 115 et 116 du Code marocain de la famille que le *Khol* est « *une forme de dissolution de mariage acceptée (voire demandée) par l'épouse. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal (article 57 du Codip) puisqu'en aucun cas l'épouse ne pourrait mettre fin au mariage moyennant renonciation par le mari à quelque droit que ce soit. En d'autres termes : le mari peut mettre fin au mariage sans condition et l'épouse peut obtenir que son mari y mette fin moyennant 'compensation'. L'acte rentre donc bien dans le champ d'application de l'article 57 du Codip.* » Le juge se réfère également à l'article 114 du Code marocain de la famille pour considérer qu'il existe en droit marocain « *un divorce par consentement mutuel équivalent au nôtre où les époux se mettent d'accord sur le principe de mettre fin à leur union, soit sans condition, soit avec condition* ». Ensuite, le juge étaye ses dires par référence aux travaux préparatoires qui « *confirment que le législateur a bien envisagé aussi bien la répudiation unilatérale (Talak) que la répudiation moyennant compensation (Khol) qui est l'acte par lequel la femme invite son mari à la répudier moyennant compensation qu'elle lui verse* » pour refuser la reconnaissance de l'acte qui lui est soumis. Selon le tribunal, le législateur belge a voulu « *une approche centrée sur l'examen d'une égalité absolue entre l'homme et la femme. Or, lors du 'Khol', la femme doit une compensation à laquelle l'homme n'est pas tenu lors d'une répudiation 'Talak' (...) Autrement dit, même dans le divorce 'Khol', le mari a un droit absolu sur l'existence du mariage que l'épouse n'a pas* »⁸³³.

274. La reconnaissance ou non du *Khol* en Belgique n'est donc à ce jour pas encore tranchée. La question au départ de laquelle les tribunaux semblent s'affronter tient aux moyens mis en œuvre pour défendre le principe d'égalité homme/femme, certains privilégiant une approche abstraite et générale, d'autres, une analyse concrète de chaque situation. La reconnaissance de certains divorces moyennant compensation provient probablement également du souci de ne pas pénaliser deux fois l'épouse qui, divorcée en ayant dû renoncer à ses droits, se verrait ensuite maintenue en Belgique dans les liens du mariage dissout au Maroc, et ce, contre sa volonté.

275. L'article 57 du Codip ne précise pas si l'égalité dans l'accès au divorce concerne l'accès au divorce en général selon le droit applicable, ou l'accès à telle ou telle procédure de divorce en particulier. En effet, en droit marocain le divorce est désormais ouvert aux deux

⁸³³ Civ. Liège, 31 janvier 2008, *Rev. dr. étr.*, 2009, n° 151, p. 716. Voyez aussi Civ. Liège, 10 juin 2008, R.G. : 2008/1012/B, *inédit* et Civ. Liège, 17 février 2009, R.G. : 09/430/A, *inédit*.

époux, dans des conditions assez souples, depuis l'introduction dans le Code marocain de la famille du *Chiqaq*. Nous reviendrons sur la question d'une appréciation globale du divorce en droit marocain (voir n°284).

La difficulté réside dans la détermination du champ d'application de l'article 57 du Codip. Par contre, une fois l'article 57 du Codip déclaré applicable, il offre aux juridictions une grille d'analyse relativement claire et facile à utiliser. Si l'un des époux était belge ou résidait en Belgique lors de l'homologation de l'acte de répudiation au Maroc, le juge en refuse la reconnaissance (⁸³⁴).

276. Notons que la double nationalité est sans incidence dans l'appréciation des conditions du § 2 de l'article 57 lorsque l'un des ex-époux possède la nationalité belge (voir n°168). La Cour d'appel de Bruxelles l'a justement rappelé : « *S'il est exact que depuis l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions, le mari n'a plus le droit, comme auparavant, de se séparer unilatéralement de sa femme sans introduire une procédure judiciaire, il n'en reste pas moins que le mariage peut toujours être dissous de par la seule volonté du mari, et que la femme ne dispose pas à cet égard de droits égaux à ceux de son mari, puisqu'elle ne peut pour sa part saisir le tribunal d'une demande de 'divorce' que pour autant que son époux lui ait consenti un 'droit d'option'. (...) Il importe peu à cet égard que Monsieur E. ait pu conserver également la nationalité marocaine, dont il s'est prévalu devant les juridictions marocaines* » (⁸³⁵).

277. L'article 57 du Codip, en ce qu'il pose le principe de la non-reconnaissance des répudiations, fut l'une des dispositions les plus discutées lors de l'élaboration du Code de droit international privé belge. Le refus de reconnaître toute répudiation en raison de la nature de l'institution peut en effet conduire à des résultats inéquitables (⁸³⁶), notamment à l'égard

⁸³⁴ Civ. Liège, 13 novembre 2007, R.G. : 07/1328/A et 07/4737/A, *inédit* et Civ. Nivelles, 13 mai 2008, *R.T.D.F.*, 2009/3, pp. 726 et suiv. Par exemple, le Tribunal de première instance de Liège applique le principe dans ces termes : « *Force est de constater que la non-reconnaissance de l'acte du 7 novembre 2006 est conforme à l'article 57 du code de droit international privé. En effet, il s'agit d'un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal et une des conditions qui permettrait la reconnaissance fait défaut : en effet, le demandeur, à l'époque, avait sa résidence en Belgique (article 57, paragraphe, 2, du code de droit international privé)* » (Civ. Liège, 26 mai 2009, *J.L.M.B.*, 2010/38, pp. 1807 et suiv., note P. WAUTELET). Dans cette affaire, le juge va ensuite prononcer le divorce en Belgique sur la base du droit marocain (*Chiqaq*) en invoquant la répudiation comme preuve de la discorde persistante. Il n'est pas rare que les actes de répudiation non reconnus en Belgique servent à prouver certains faits dans le cadre du contentieux conjugal (P. WAUTELET, « Le nouveau régime des décisions étrangères dans le Code de droit international privé belge », *R.D.J.P.*, 2004, p. 212, ainsi que la jurisprudence citée).

⁸³⁵ Bruxelles, 20 juin 2006, *R.T.D.F.*, 2007/3, pp. 722 et suiv.

⁸³⁶ Avis du Comité d'Avis pour l'égalité des chances entre les femmes et les hommes du 4 mars 2004 sur la Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. Parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 3-27/5, p. 27.

des femmes qui ne peuvent revendiquer leur statut d'épouse divorcée pour obtenir des droits patrimoniaux ou pour se remarier ⁽⁸³⁷⁾.

Il n'en demeure pas moins que, par principe, le divorce inégalitaire n'est pas reconnu, conformément au respect du principe d'égalité entre époux.

B. L'exception : les répudiations reconnues

278. L'article 57, § 2, du Codip permet la reconnaissance des actes de répudiation en Belgique si les conditions cumulatives qu'il pose sont rencontrées. Les exigences reprises dans la disposition légale concernée concernent l'obligation d'homologation de l'acte par le tribunal, l'absence de rattachement de la situation avec un État qui ne connaît pas ce mode de dissolution de l'union conjugale et l'accord de l'épouse.

#1 L'intervention du juge

279. Pour que l'acte de répudiation puisse être reconnu en Belgique, il faut, en premier lieu, que celui-ci ait fait l'objet d'une homologation par une juridiction de l'État où il a été établi. Dès lors qu'en droit marocain le divorce sous contrôle judiciaire fait l'objet d'une autorisation et ensuite d'une homologation par le tribunal, cette condition sera toujours rencontrée pour les répudiations marocaines ⁽⁸³⁸⁾.

#2 La proximité

280. La reconnaissance des répudiations en Belgique est permise pour autant qu'aucun des époux n'ait eu la nationalité d'un État ou sa résidence habituelle dans un État dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage au moment de son établissement.

⁸³⁷ J.-Y. CARLIER, « Le reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié ? », *J.T.*, 1985, n° 5326, pp. 101 et suiv. Sur ce point, P. WAUTELET s'exprime de la sorte : « L'effet prohibitif de l'article 57 du code rayonne dès lors bien au-delà des relations entre les époux dont le mariage a pris fin par ce mode particulier de divorce. Il peut toucher autant un mariage ultérieur, qui ne sera pas reconnu, cette non-reconnaissance concernant tant les effets civils que les conséquences administratives, voire fiscales, du mariage, qu'une autre relation familiale qui postule pour sa validité l'existence d'un mariage » (P. WAUTELET, « Le rayonnement de la prohibition de l'accueil des répudiations étrangères », *J.L.M.B.*, 2010/38, pp. 1809 et suiv.). Même si la reconnaissance de la répudiation constitue une question préalable à la demande principale, les conditions de reconnaissance doivent toujours être vérifiées (voyez par exemple, Cass., 18 mars 2013, S.09.0070.F, à consulter sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>).

⁸³⁸ Condition vérifiée notamment dans : Bruxelles, 20 juin 2006, *R.T.D.F.*, 2007/3, pp. 722 et suiv. et Civ. Gand, 12 mars 2009, R.G. : 06/2417/A, *inédit*.

L'objectif de cette exigence vise à éviter de reconnaître une institution inégalitaire lorsqu'un lien de proximité existe avec un État qui ne la connaît pas (⁸³⁹).

Dans l'hypothèse où la situation entretient des liens avec la Belgique, il est aisé de vérifier si la répudiation peut ou non être reconnue.

281. La situation peut s'avérer plus complexe, par exemple lorsqu'il existe un lien, par la nationalité ou par la résidence, avec un État qui ne connaît pas la répudiation mais que cet État a néanmoins reconnu l'acte. Tel fut le cas soumis au Tribunal de première instance de Bruxelles confronté à une demande de reconnaissance d'un mariage célébré au Maroc entre un homme de nationalité marocaine et une femme de nationalité belge. La question que le tribunal avait à trancher était la suivante : le mari marocain avait précédemment répudié sa première épouse de nationalité néerlandaise. La répudiation avait été reconnue aux Pays-Bas et la première épouse était déjà remariée. Toutefois, l'article 57, § 2, du Codip, interdit la reconnaissance des répudiations lorsqu'il existe un lien avec un pays qui ne connaît pas cette institution. Il en est ainsi aux Pays-Bas. Pour le tribunal toutefois, le fait que les Pays-Bas ait reconnu l'acte était déterminant (⁸⁴⁰).

Cette décision n'est pas surprenante du point de vue des règles européennes en matière de libre circulation (⁸⁴¹). Pourtant, le juge n'y a pas fait référence.

La problématique de la proximité avec un autre État européen n'est pas toujours envisagée de manière identique. En effet, lorsque la question de la reconnaissance d'une répudiation se pose pour une personne bipatride, possédant la nationalité marocaine ainsi qu'une autre nationalité européenne que la nationalité belge, la condition de proximité est complexe à trancher.

Par exemple, le Tribunal de première instance de Malines a eu à se prononcer sur le cas d'une répudiation, sollicitée par un homme de nationalité marocaine et néerlandaise, de sa première épouse de nationalité marocaine (⁸⁴²). Par référence à l'article 3, § 2, du Codip, le tribunal a décidé que, lors de l'homologation de la dissolution du mariage, l'époux avait des liens plus

⁸³⁹ Cette condition fut appliquée par le Tribunal de première instance de Liège, dans une situation sans proximité avec la Belgique, ce qui lui permit de reconnaître l'acte de répudiation : « *la situation est née, s'est poursuivie et s'est terminée au Maroc, sans aucun lien avec l'ordre juridique belge dans lequel ces époux n'auraient d'ailleurs pas pu divorcer pour n'avoir eu aucun contact qui entraîne sa compétence internationale* (Civ. Liège, 26 juin 2009, *R.T.D.F.*, 2010/4, pp. 1075 et suiv.)

⁸⁴⁰ Selon le Tribunal : « *tant M. Y que Mme Z sont donc considérés comme divorcés au regard de leur loi nationale ainsi que celle de leur résidence. Qu'il peut être ajouté que si l'article 57 du Code de droit international en son alinéa 2 du § 2 vise le cas où aucune des parties ne réside en Belgique ou n'est belge, le contrôle qu'il institue dans cette hypothèse consiste uniquement à apprécier si la répudiation en tant que telle est susceptible de reconnaissance en fonction de la résidence ou de la nationalité* » (Civ. Bruxelles (Réf.), 3 mars 2006, *Rev. dr. étr.*, 2006, n° 138, pp. 231 et suiv.)

⁸⁴¹ Voyez notamment l'article 80 TUE, ainsi que les arrêts *Grunkin-Paul* et *Garcia Avello*.

⁸⁴² Civ. Malines, 3 novembre 2009, *Revue@dip.be*, 2011/3, p. 66.

étroits avec les Pays-Bas. À cet égard, le tribunal retient le fait que l'époux ait obtenu la nationalité néerlandaise avant l'acte de répudiation et qu'il ait choisi, au moment de l'inscription au registre de population belge, la nationalité néerlandaise pour en déduire un choix pour cette nationalité⁽⁸⁴³⁾. Aux yeux du tribunal, l'une des exigences du paragraphe 2 de l'article 57 du Codip n'était pas remplie et ni le divorce moyennant compensation, ni le mariage subséquent ne pouvaient être reconnus.

Autre exemple, la Cour d'appel de Liège s'est prononcée sur une répudiation intervenue au Maroc alors que, lors de l'homologation de l'acte, l'un des époux avait la double nationalité (française et marocaine) et résidait en France⁽⁸⁴⁴⁾. La Cour a motivé son refus de reconnaissance sur le fait que : « *L'article 57 ne permet plus que la reconnaissance de répudiations prononcées au sein d'un couple composé de conjoints étrangers, ressortissants d'un pays connaissant la répudiation et y résidant. Si la répudiation est prononcée alors qu'un des ex-conjoints réside en France, même si la France reconnaît la dissolution du lien conjugal en certaines circonstances, il ne pourra s'en prévaloir en Belgique puisque la France ne connaît pas la répudiation comme mode de dissolution du lien conjugal* »⁽⁸⁴⁵⁾. Ici, l'analyse de la reconnaissance de l'acte ne s'est pas faite au regard du seul ordre juridique belge. Elle pose la question du respect de la liberté de circulation si la France avait reconnu l'acte. Il n'est pas évident de déterminer si la référence à l'ordre juridique étranger contenue dans l'article 57 du Codip comprend les règles de reconnaissance de l'État concerné. La Cour devait-elle réellement vérifier si la France pouvait accueillir ou non la répudiation ? Une telle lecture de l'article 57 du Codip est probablement plus acceptable en termes de sécurité juridique et de respect des droits acquis. Cependant, selon P. Wautelet, elle « *détricoterait [l'article 57] en déléguant la politique de reconnaissance à un État étranger* »⁽⁸⁴⁶⁾. Sur cette question, la jurisprudence n'est, en tout cas, pas unanime, comme le démontre la décision citée concernant une répudiation reconnue aux Pays-Bas.

L'article 57 étant une mise en œuvre légale de l'exception d'ordre public, une appréciation *in concreto*, notamment dans ces hypothèses, apparaîtrait justifiée. Le législateur n'a, en effet, pas précisé si la non-reconnaissance par l'État étranger devait être évaluée *in abstracto* ou *in concreto*. Il semble que la reconnaissance préalable de l'acte dans l'État de la résidence habituelle ou de la nationalité constitue à cet égard un élément qui devrait être pris en compte en Belgique. Sur ce point, l'appel au droit européen, et principalement à la liberté de circulation, paraît utile à la justification.

⁸⁴³ Traduction libre.

⁸⁴⁴ Pour une vue d'ensemble de la jurisprudence française en matière de reconnaissance de répudiation, voyez : H. BOUCHARREB-CASSAR, *Conséquences des ruptures conjugales entre Nord et Sud de la Méditerranée*, op. cit., pp. 353 et suiv. Notons qu'en France la question se pose sur la base de l'article 5 du protocole 7 additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme et son articulation avec la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire.

⁸⁴⁵ Liège, 9 juin 2009, *J.L.M.B.*, 2010/38, pp. 1795 et suiv.

⁸⁴⁶ P. WAUTELET, « Du bon accueil en Belgique des répudiations étrangères », *J.L.M.B.*, 2010/38, pp. 1800 et suiv.

#3 L'acquiescement de l'épouse

282. L'obligation d'acceptation de la répudiation par l'épouse a fait l'objet de plusieurs décisions (⁸⁴⁷). L'adoption du Codip a modifié cet aspect de la règle antérieure en ce qu'il n'est plus nécessaire que l'épouse ait acquiescé à la répudiation au moment de l'acte (⁸⁴⁸). Dorénavant, il suffit d'établir que l'épouse a accepté de manière certaine et sans contrainte la répudiation, peu importe le moment. Le Tribunal de première instance de Liège fait une application de cette condition en estimant que l'acte peut être reconnu dès lors que l'épouse « *ajoute qu'elle a acquiescé au jugement de divorce qui l'a remplie de ses droits et ce, même si elle était absente lors de l'audience ; sa nouvelle union avec Monsieur A est une preuve supplémentaire de cet acquiescement. Prétendre que ce divorce n'a pas été accepté de manière certaine par Madame est, dans ce contexte, une vue de l'esprit qui ne trouve aucun écho dans la vie concrète de Madame et qui aboutirait à condamner cette dernière à rester mariée indéfiniment avec Monsieur aux yeux de la Belgique* » (⁸⁴⁹).

Une telle motivation doit être approuvée. Elle fait une appréciation concrète de la situation et évite ainsi l'écueil de la double victimisation de l'épouse. Cependant, la problématique de l'acceptation par l'épouse de la répudiation suscite encore des débats au sein du Parlement. À cet égard, une proposition de loi a été déposée afin « *que la répudiation ne soit reconnue en Belgique que dans le cas où la personne contre qui la répudiation est prononcée en fait la demande* ». L'objectif des auteurs de cette proposition est d'éviter toute pression sur l'épouse répudiée pour obtenir son accord même après coup (⁸⁵⁰). Cette proposition semble néanmoins contestable dans la mesure où elle n'anticipe pas les difficultés auxquelles les hommes, qui souhaitent voir leur statut de divorcé reconnu, se trouveraient confrontés si l'épouse répudiée ne réside pas en Belgique. Il importe en effet de veiller à ne pas pénaliser, de manière générale, les hommes qui utilisent le système légal de leur pays d'origine et ce, sans analyser la situation incriminée.

283. Si la condition relative à l'acquiescement de l'épouse est concrète, les autres exigences relèvent d'une appréciation prédéfinie de la teneur de l'exception d'ordre public. Elles ne sont pas modulables par les autorités belges selon les circonstances de la cause. C'est le principe même de la clause d'ordre public positif qui veut cela. Elle assure la sécurité juridique et la prévisibilité mais elle ne permet pas l'adaptation au cas d'espèce.

⁸⁴⁷ Par exemple : Bruxelles, 20 juin 2006, *R.T.D.F.*, 2007/3, pp. 722 et suiv. et Civ. Gand, 12 mars 2009, *Revue@dip.be*, 2010/1, p. 120.

⁸⁴⁸ Avant l'adoption du Codip, la jurisprudence considérait en effet que l'acceptation ultérieure par l'épouse ne couvrait pas la violation des droits de la défense au moment de la procédure. Voyez par exemple : Trav. Mons, 20 décembre 2007, *J.L.M.B.*, 2008/11, pp. 481 et suiv. résumant les différentes décisions de cassation à cet égard (détaillées dans ce chapitre, *infra*).

⁸⁴⁹ Civ. Liège, 26 juin 2009, *R.T.D.F.*, 2010/4, pp. 1075 et suiv.

⁸⁵⁰ Proposition de loi du 8 octobre 2010 modifiant l'article 57 du Code de droit international privé, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., 2010, n° 53 0325/001, pp. 1-9.

P. Lagarde défend, en matière de polygamie et de répudiation, l'établissement de règles d'ordre public positif, préférant ici des critères abstraits de refus⁽⁸⁵¹⁾. Nous soutenons également l'importance d'une position claire de l'ordre juridique belge en la matière. Cependant, celle que nous connaissons apparaît particulièrement rigide. Nous développerons dans la dernière partie de cette étude nos propositions pour concilier la logique de principe avec la nécessaire individualisation de la réponse juridique dans ce domaine.

C. La reconnaissance des répudiations sur la base d'une prise en considération globale du droit marocain du divorce

284. La question de l'application au droit marocain de la règle spécifique prévue pour la reconnaissance des répudiations s'est posée dès l'entrée en vigueur du Codip. En effet, le Code marocain de la famille connaît diverses procédures de divorce, dont certaines (divorce par consentement mutuel et *Chiqaq*) sont accessibles tant à la femme qu'à l'homme. Cette circonstance a poussé M. C. Foblets et J. Y. Carlier à considérer que chaque époux dispose au moins d'une forme de dissolution unilatérale du lien conjugal même si le mari dispose en plus de la répudiation unilatérale (*Talak*)⁽⁸⁵²⁾.

Il résulte de cette interprétation que la possibilité pour le magistrat de s'interroger sur la possibilité de reconnaître le divorce marocain sur la base de l'article 22 du Codip, en vérifiant qu'aucun des motifs de refus de reconnaissance prévus à l'article 25 n'est rencontré, constituerait une garantie suffisante du respect de l'ordre public international belge. « *Ce raisonnement permettrait de soustraire la répudiation prononcée au Maroc au régime sévère de l'article 57, tout en conditionnant sa reconnaissance à un examen in concreto de l'ordre public. Ceci permettrait, par exemple, de réceptionner une répudiation à laquelle la femme a consenti, quand bien même elle résiderait en Belgique. Le débat sous-jacent est alors celui de la possibilité de renoncer à une conception rigide des droits fondamentaux, en faisant prévaloir l'égalité réelle sur l'égalité formelle* »⁽⁸⁵³⁾.

⁸⁵¹ P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à FRANÇOIS RIGAUX*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 263 et suiv. P. LAGARDE, semble, par conséquent, être revenu sur sa critique des clauses d'ordre public positif qu'il faisait dans sa thèse de 1959. À cette époque, l'auteur critiquait le manque de fluidité et l'élasticité de ces clauses qui empêchent l'indispensable pouvoir d'appréciation de la jurisprudence (P. LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé, op. cit.*, p. 127).

⁸⁵² M.-C. FOBLETS, et J.-Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe, op.cit.*, p. 55. *Contra* : G. LARDEUX, « Ordre public international et nouveau droit marocain de la famille », note sous Cass. Fr., 4 novembre 2009, Dalloz, 2010, n° 9, pp. 543 et suiv. Selon cet auteur, la répudiation n'a pas perdu, par l'existence de nouvelles procédures de divorce égalitaires, son caractère marital et discrétionnaire.

⁸⁵³ J.-Y. CARLIER et C. HENRICOT, « Belgique, de l'exception d'ordre public aux accommodements réciproques ? », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord, op.cit.*, p. 2274-275.

Le Tribunal de première instance de Bruxelles a rendu une décision intéressante sur cette question (⁸⁵⁴). Selon celui-ci, « *eu égard au fait que l'acte litigieux révèle que les deux époux se sont présentés pour solliciter ensemble l'introduction de la demande en divorce et au vu de la diversité des modes de divorce au Maroc depuis la réforme du Code de la famille, il ne peut être affirmé que l'acte litigieux ait été établi sans que la femme ait disposé d'un droit égal* ». Le juge, se référant à la réforme du droit du divorce marocain, estime que « *le texte de l'article 57, § 1er, du Code n'exclut pas que l'ensemble du système législatif marocain soit pris en considération pour apprécier si la femme dispose d'un droit égal au divorce, quelle que soit la procédure finalement mise en œuvre par les parties pour dissoudre le lien matrimonial* ».

285. Cette appréhension globale du droit marocain au regard du droit international privé belge demeure cependant marginale. Cette situation est regrettable car l'article 57 du Codip pose des critères de reconnaissance abstraits qui ne permettent pas une réelle prise en compte de la situation particulière de l'épouse concernée, mise à part la vérification de son acquiescement.

286. Observations sur la qualification par les autorités consulaires : le sticker 57.

Les consulats et ambassades belges au Maroc semblent, pour leur part, privilégier une approche différente. La pratique au sein de ces instances veut que les actes de divorce, lorsqu'ils sont présentés pour légalisation, soient qualifiés presque automatiquement de répudiation (*sticker article 57*). Cela s'explique partiellement par la variété des documents produits auprès du consulat. Cependant, les administrations communales en Belgique reprennent parfois cette qualification opérée par les services consulaires sans procéder à une analyse complémentaire, ce qui peut être dommageable pour les intéressés (⁸⁵⁵).

⁸⁵⁴ Civ. Bruxelles, 19 mai 2008, *Rev. dr. étr.*, 2008, n° 148, pp. 289 et suiv.

⁸⁵⁵ En témoigne la décision du Tribunal de première instance de Liège, du 15 octobre 2010, dans laquelle on peut lire : « *La ville de Liège a refusé l'acte au motif que sa légalisation par l'ambassade de Belgique mentionne qu'il s'agit d'une dissolution du mariage basée sur la volonté du mari et que cela étant, c'est l'article 57 CODIP qui s'applique* » (Civ. Liège, 15 octobre 2010, R.G. : 10/968/B, *inédit*). Sur cette question, voyez l'étude de C. HENRICOT, « L'application du Code marocain de la famille, à la croisée des jurisprudences belges et marocaines en matière de dissolution du mariage », Rabat, *E & E*, n°3, 2011, pp. 3 et suiv. Voyez également, sur l'intervention de l'ordre public au stade de la légalisation : P. WAUTELET et J. VERHELLEN, « L'ordre public, la révision au fond et la légalisation : bref commentaire de la circulaire du 14 janvier 2015 relative à la légalisation », *Revue@dipr.be*, 2015/1, pp. 142 et suiv.

D. L'ordre public international belge et le divorce en droit marocain : conclusions

287. Le Codip prévoit une règle unique qui définit, une fois pour toutes, le degré de proximité avec l'ordre juridique belge acceptable et les conditions du respect des droits de la défense permettant la reconnaissance des répudiations.

288. L'ancienne règle de reconnaissance applicable avant le 1^{er} octobre 2004 autorisait, par contre, une approche au cas par cas. En effet, avant l'entrée en vigueur du Codip, la règle applicable aux conditions de la reconnaissance des actes de répudiation figurait à l'article 570 du Code judiciaire belge (⁸⁵⁶). Cette disposition imposait à l'autorité saisie de la demande de reconnaissance de vérifier si l'acte violait l'ordre public international belge ou les droits de la défense de l'épouse répudiée (⁸⁵⁷).

Des critères ont été dégagés par la jurisprudence en vue d'apprécier la violation de ces principes. Trois arrêts de la Cour de cassation doivent être mentionnés ici : l'un de ces arrêts concerne principalement la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, les deux autres traitent du respect des droits de la défense.

D'abord, l'arrêt du 11 décembre 1995, dans lequel la Cour de cassation a pris position contre la reconnaissance des actes de répudiation en Belgique. Selon la Cour, dès lors que le juge du fond avait constaté « *que l'épouse répudiée n'a été ni convoquée ni entendue lors de la procédure de répudiation* », l'arrêt attaqué, en donnant des effets à cette répudiation, viole les droits de la défense (⁸⁵⁸).

Ensuite, dans un arrêt ultérieur, du 29 avril 2002, la haute juridiction belge a précisé les cas dans lesquels cette reconnaissance était néanmoins possible : l'ordre public international belge

⁸⁵⁶ Les conditions prévues sous ce régime impliquaient la vérification de l'authenticité de l'expédition produite, la force de chose jugée, le non-usage du privilège exorbitant de compétence du juge étranger basé sur la nationalité du demandeur, le respect des droits de la défense et la non-contrariété à l'ordre public. Voyez : J.-Y. CARLIER, « Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à l'étranger », *R.T.D.F.*, 1991, pp. 165 et suiv.

⁸⁵⁷ Le respect des droits de la défense pour la reconnaissance des décisions étrangères était donc prévu par le droit belge. Toutefois, si tel n'avait pas été le cas, la Cour européenne des droits de l'homme l'aurait sans doute imposé. En effet, dans le contentieux de l'annulation d'un mariage canonique dont la décision fut reconnue par les juridictions italiennes, la CEDH a admis que le contrôle de l'ordre public procédural s'impose même lorsque la décision émane des juridictions d'un pays qui n'applique pas la Convention. Voyez : CEDH, 20 juillet 2001, *Dame Pellegrini c/ Italie*, *R.C.D.I.P.*, 2004, pp. 106 et suiv., note L.-L. CHRISTIANS.

⁸⁵⁸ Cass. 11 décembre 1995, à consulter sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>. Pour des commentaires, voyez M.-C. FOBLETS, « La répudiation répudiée par la Cour de cassation. Un examen sans mansuétude des conditions de régularité internationale d'un acte de répudiation », *Rev. dr. étr.*, 1996, pp. 185-200 ; J. ERAUW, « Verstoting – echtscheiding is moeilijk erkenbaar », *R. W.*, 1995-96, pp. 1330-1335 et J.-Y. CARLIER, « La reconnaissance des répudiations », *R.T.D.F.*, 1996, pp. 131 et suiv.

doit s'apprécier *in concreto* et non pas *in abstracto* (⁸⁵⁹). La Cour juge que le consentement de l'épouse et l'absence de fraude à la loi belge *couvre* en quelque sorte l'inégalité entre homme et femme inhérente à la procédure de répudiation qui entraînait l'application de l'exception d'ordre public. Dès le prononcé de cet arrêt, le principe devint celui d'un examen au cas par cas de la contrariété à l'ordre public international belge. La Cour a refusé de condamner de manière générale les répudiations au nom du principe d'égalité entre hommes et femmes (⁸⁶⁰).

Enfin, une troisième décision de la Cour de cassation, rendue le 29 septembre 2003 (⁸⁶¹), est venue préciser encore les conditions de reconnaissance des actes de répudiation. En l'espèce, la Cour a refusé de reconnaître une répudiation alors même que l'épouse avait acquiescé de manière certaine à celle-ci et demandait que son statut de femme divorcée soit reconnu. La raison invoquée par la Cour pour éviter que cet acte ne produise des effets en Belgique tient à la violation des droits de la défense : si l'épouse n'a pas été entendue au moment de la procédure au Maroc, l'acte ne peut être reconnu (⁸⁶²).

Il résulte de ces différentes décisions que les exigences fixées par la jurisprudence pour permettre en Belgique la reconnaissance d'un acte de répudiation établi avant le 1^{er} octobre 2004 doivent s'apprécier *in concreto* et tiennent à l'acceptation de la répudiation unilatérale par l'épouse et au degré de proximité de la situation avec l'ordre juridique belge (⁸⁶³).

⁸⁵⁹ Cass. 29 avril 2002, *R.T.D.F.*, 2003, pp. 94 et suiv. Pour un commentaire, voyez J.-Y. CARLIER, « La reconnaissance mesurée des répudiations par l'examen *in concreto* de la contrariété à l'ordre public », *R.T.D.F.*, 2003/1, pp. 35 et suiv.

⁸⁶⁰ F. COLLIENNE, « La reconnaissance des répudiations en droit belge après l'entrée en vigueur du Code de droit international privé », *R.G.D.C.B.*, 2005, pp. 447 et suiv. Selon la Cour, « *Attendu que, si l'arrêt admet que, dans la loi marocaine en conformité de laquelle le lien conjugal a été rompu, 'une discrimination subsiste à l'égard de l'épouse marocaine', il considère qu' 'il convient de vérifier si la décision de répudiation n'est pas contraire à l'ordre public belge 'in concreto' et non 'in abstracto', qu'en l'espèce, 'il est (...) acquis que la première épouse (du défendeur) a accepté la répudiation' et qu' 'on ne peut affirmer que la procédure de répudiation s'est déroulée en fraude de la loi belge' dès lors que 'les époux se sont mariés au Maroc' où la première épouse du défendeur 'réside (...) depuis plus de vingt ans' ».*

⁸⁶¹ Cass. 29 septembre 2003, *R.T.D.F.*, 2004, pp. 317 et suiv.

⁸⁶² Selon la Cour, « *en se fondant sur la circonstance que la défenderesse a " ultérieurement accept(é) la (...) répudiation et (...) revendiqu(é) ses droits d'épouse divorcée " et en en déduisant qu'elle " a indiscutablement acquiescé à la répudiation et, ce faisant, reconn(u) que ses droits n'ont pas été lésés " , l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision que la répudiation litigieuse satisfait à la condition énoncée à l'article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire ».*

⁸⁶³ La Cour d'appel de Bruxelles, le 13 janvier 2005, fait sienne les conditions requises pour la reconnaissance de l'acte dans les termes suivants : « *Bien que cette pratique heurte le principe de l'égalité de l'homme et de la femme reconnu en Belgique en vertu notamment de l'article 5 du protocole et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, il est généralement admis par la doctrine et la jurisprudence récentes que l'éventuelle contrariété à l'ordre public de pareille répudiation, même unilatérale, doit être appréciée 'in concreto', en tenant compte notamment d'un éventuel acquiescement de l'épouse répudiée et de l'intensité du rattachement de la situation particulière à l'ordre juridique étranger* » (Bruxelles, 13 janvier 2005, *R.T.D.F.*, 2005/4, pp. 1132 et suiv., note M. FALLON). Dans cette affaire, le juge va estimer le rattachement de la dissolution du mariage aux juridictions marocaines purement artificiel, ayant pour seul but de permettre à l'époux d'obtenir la dissolution de l'union conjugale dans des conditions inadmissibles sur la base du droit belge. En outre, le fait que l'épouse avait introduit une demande de séparation devant le juge de paix et ensuite une action en divorce en Belgique attestait,

289. En ce qui concerne le *Khol* homologué avant le 1^{er} octobre 2004, la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur du Codip l'assimilait au divorce par consentement mutuel. Elle lui donnait par conséquent des effets en Belgique (⁸⁶⁴).

290. Notons que les exigences posées avant l'entrée en vigueur du Code demeurent intéressantes puisque les répudiations établies avant le 1^{er} octobre 2004 sont toujours soumises aux anciens critères de reconnaissance (⁸⁶⁵). Cela conduit les juridictions belges à appliquer encore fréquemment l'ancien article 570 du Code judiciaire belge (⁸⁶⁶).

selon la Cour, du fait que l'épouse se considérait encore mariée. Or, pour reprendre l'un des attendus de la décision, « *si l'acquiescement implicite à une répudiation peut être admis, encore faut-il que cet acquiescement résulte de manière claire d'actes concordants et non susceptibles d'interprétations diverses* ». En vertu de ces différents éléments, la Cour d'appel de Bruxelles refusa de reconnaître l'acte de répudiation. Le Tribunal du travail de Tournai, dans une décision du 25 avril 2006 (Trib. Travail Tournai, 25 avril 2006, *J.L.M.B.*, 2006/28, pp. 1237 et suiv.), illustre cet examen *in concreto* des conditions de la reconnaissance : « *Deux principes peuvent modaliser le recours à l'ordre public pour discrimination et permettre, dans certaines circonstances, la reconnaissance d'une répudiation. Ce sont le principe de proximité et l'autonomie de la volonté. Le principe de proximité tient compte de la nationalité et de la résidence habituelle des parties pour voir si elles sont proches ou éloignées de l'ordre juridique marocain [...]. Le deuxième principe est l'autonomie de la volonté. La répudiation pourrait être reconnue si l'épouse y consent soit au moment de la répudiation, soit ultérieurement, par exemple parce qu'elle voudrait elle-même se remarier. [...] Que, dans le cas d'espèce, les parties prouvent le critère de rattachement avec le Maroc et Madame B. a confirmé qu'elle est la répudiée de monsieur M.* ». Par conséquent, le tribunal considère que la première épouse a accepté la répudiation et qu'on ne peut affirmer que la procédure de répudiation s'est déroulée en fraude à la loi belge dès lors que les époux, de nationalité marocaine, se sont mariés au Maroc où la première épouse résidait depuis plus de vingt ans. Il octroie donc à l'épouse répudiée une pension de conjoint divorcé et non une pension de conjoint séparé. Le Tribunal fait par ailleurs une référence à l'appréciation globale du droit marocain (voir n°284) : « *Que le tribunal constate que le droit marocain de la famille s'est doté, entre le moment où l'acte de divorce a été prononcé le 7 janvier 1992 et le jugement du 8 juillet 2004, d'une nouvelle forme de divorce appelée « chiqaq », équivalente à une répudiation ; Que cette procédure peut être intentée par les deux époux (la femme disposant d'un droit égal) ; Que cette nouvelle procédure renforce l'idée de l'examen in concreto de l'ordre public permettant de reconnaître la répudiation en cas d'acceptation de l'épouse puisque cette dernière dispose dans son droit interne d'un droit égal à celui de son mari d'intenter pareille action* ».

⁸⁶⁴ Voyez la jurisprudence dans les chroniques de jurisprudence suivantes : V. DE RUYCK et J. ERAUW, « *Overzicht Rechtspraak Internationaal Privaatrecht en nationaliteitsrecht* », *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 2006/3, pp. 1488 et suiv. ; N. WATTE, L. BARNICH et R. JAFFERALI, « *Chronique de jurisprudence belge (1995-2010)* », *JDI*, 2001, p. 1029 et suiv. et voyez par exemple, Liège, 5 février 2002, *R.R.D.*, pp. 548 et suiv. ; Civ. Bruxelles, 9 avril 1997, *Rev. dr. étr.*, 1997, n° : 93, pp. 254 et suiv.

⁸⁶⁵ Article 126, § 2, du Codip. Notons que, en vertu de l'article 126, § 2, du Codip, un acte ou une décision rendue avant son entrée en vigueur peut recevoir des effets en Belgique s'il satisfait aux conditions de cette loi. La Cour du travail de Bruxelles, par exemple, a fait une application de cette possibilité en retenant l'article 57 du Codip relatif aux actes de répudiation pour accepter la reconnaissance d'une répudiation marocaine datant de 1979. En l'espèce, les conditions cumulatives, relatives notamment à l'absence de proximité et à l'acceptation de l'épouse, étant remplies, l'acte pouvait recevoir des effets en Belgique. Selon la Cour, « *L'ordre public international belge ne s'oppose pas en l'espèce à ce que dans la seule perspective de l'octroi de droits en matière de pension de retraite, des effets soient accordés à l'acte de dissolution du mariage du 26 avril 1979* ». La Cour insiste sur le fait qu'il ne s'agit que de contraindre l'Office national des pensions à payer en sus de la pension de retraite au taux ménage accordée à Monsieur, une pension de conjoint divorcée « *comme il en paye à environ 70.000 autres conjoints divorcés* ». Dans la décision, la Cour invoque également la décision de l'Office

Par exemple, la Cour d'appel de Gand, dans un arrêt du 26 novembre 2009 ⁽⁸⁶⁷⁾, a considéré que, puisqu'il ressortait des pièces déposées que les deux époux avaient comparu devant les *Adouls*, que l'épouse déclarait avoir demandé le divorce moyennant compensation, que l'acte était signé par les deux époux et que, depuis lors, la femme n'avait jamais contesté le divorce qui datait de plus de 10 ans, il n'y avait pas de contrainte sur l'un des époux en vue du divorce. Se basant sur la similitude entre le divorce par *Khol* et le divorce par consentement mutuel, elle a considéré qu'il n'y avait pas de violation des droits de la défense. Le divorce moyennant compensation fut reconnu, aucun motif de refus visé à l'ancienne règle de reconnaissance n'étant rencontré en l'espèce. Sur base de l'article 570 du Code judiciaire, la Cour procède donc à une appréciation *in concreto* de la situation, avec une assimilation du *Khol* au divorce par consentement mutuel.

national des pensions relative au refus de reconnaissance de la répudiation prise en 2006, pour appliquer l'article 57 du Codip et non l'article 570 du Code judiciaire. Ce fondement juridique est incorrect puisque, pour déterminer les conditions de reconnaissance, c'est la date de l'acte de répudiation qui doit être prise en considération et non celle de la décision sur la reconnaissance. (Cour Trav. Bruxelles, 9 mars 2012, *J.T.T.*, 2012, pp. 397 et suiv.). Pour une autre application de l'article 57 du Codip aux actes de répudiation antérieure à son entrée en vigueur, voyez : Cour. Trav. Bruxelles, 12 janvier 2011, *Chr. dr. soc.*, 2012/2, p. 89.

⁸⁶⁶ En témoigne la décision de la Cour du travail de Bruxelles, rendu le 27 mai 2010, se prononçant sur un acte marocain de répudiation établi en 1979 et qui fut écarté par l'Office national des pensions. La Cour était tenue de vérifier *in concreto* si l'acte marocain pouvait être reconnu afin d'attribuer ou non le droit à une pension de survie pour l'épouse marocaine d'un travailleur marocain. En l'espèce, la Cour a reconnu l'acte de répudiation au motif que les droits de la défense avaient été respectés, l'épouse ayant touché les droits découlant du divorce, ayant été convoquée à la procédure où elle fut représentée par son père en vertu d'une procuration légalisée. Selon la juridiction saisie, « *S'agissant de l'institution de la répudiation d'origine musulmane, la cour tient à souligner que, de manière fondamentale, tant en 1979 qu'aujourd'hui, le droit belge réprovoque la répudiation en tant qu'institution. Il s'agit d'une institution qui autorise la dissolution du mariage par un acte unilatéral de l'époux, sans droit équivalent de l'épouse, et qui viole, en conséquence, le principe d'égalité de traitement* ». Toutefois, la Cour insiste sur le fait qu'il convient de conjuguer cette approche avec le fait que le statut personnel des époux est régi par leur loi nationale : « *En droit international privé, cette conjugaison est indispensable pour tenir compte de la nécessité d'assurer le respect des droits valablement acquis à l'étranger par le statut personnel des intéressés, ou encore, pour tenir compte de la souveraineté d'un autre État à définir le statut personnel de ses ressortissants et pour assurer la continuité de ce statut au travers de leurs déplacements sur différents États* » (Cour Trav. Bruxelles, 27 mai 2010, *J.L.M.B.*, 2011/ 41, pp. 2019 et suiv.). En sens contraire, le Tribunal de première instance de Hasselt, le 13 janvier 2009, refusa la reconnaissance d'un acte de répudiation établi au Maroc avant le 1^{er} octobre 2004. Si le juge se réfère au nouveau droit belge du divorce qui offre aux époux la possibilité de mettre fin unilatéralement au mariage, il précise que ce droit est ouvert d'une façon équivalente à l'homme et à la femme. La répudiation de droit marocain, quant à elle, ne garantit pas cette égalité des sexes. Par ailleurs, le tribunal considère en l'espèce que les droits de la défense n'ont pas été respectés : l'épouse avait été convoquée au consulat marocain à Anvers et ne s'était pas présentée, ce qui a entraîné un procès-verbal de non conciliation dressé par le consulat. Par la suite, elle ne fut jamais convoquée au Maroc. Le juge relève également qu'au moment de la répudiation, les deux époux résidaient en Belgique pour conclure que le requérant s'est rendu au Maroc uniquement en vue d'obtenir un résultat qu'il n'aurait pas pu obtenir en Belgique et qu'il s'agissait donc d'un « *tourisme du divorce* » que le tribunal ne peut cautionner (Civ. Hasselt, 13 janvier 2009, R.G. : 08/359/B, *inédit*).

⁸⁶⁷ Gand, 26 novembre 2009, *Revue@dip.be*, 2010/1, p. 79.

291. L'avantage d'une appréciation *in concreto* du respect des droits de la défense et de l'absence de contrariété à l'ordre public international belge réside dans la possibilité d'éviter de désavantager doublement la femme qui aurait déjà subi les inconvénients d'une dissolution inégalitaire du lien conjugal et qui ne pourrait pas, ensuite, invoquer cette dissolution pour se remarier⁽⁸⁶⁸⁾. Les règles strictes de reconnaissance, telles que nous les connaissons désormais, ne permettent cependant plus une appréciation à ce point individualisée de la situation de l'épouse.

Aujourd'hui, en effet, la règle est plus précise, en ce sens que les critères de refus de reconnaissance sont objectifs, la simple résidence habituelle en Belgique (ou dans un État qui ne connaît pas la répudiation) de l'un des époux au moment de l'homologation de l'acte au Maroc ou sa nationalité belge (ou d'un autre État qui ne connaît pas la répudiation) empêchant sa reconnaissance⁽⁸⁶⁹⁾.

III. L'ordre public international belge et l'autorité parentale en droit marocain

292. La matière de la responsabilité parentale ne fait pas l'objet d'une large jurisprudence. Le rattachement au droit de la résidence habituelle de l'enfant par le Codip⁽⁸⁷⁰⁾, et ensuite par la Convention de La Haye de 1996 (voir n°222), en constitue certainement le motif principal. Si l'enfant réside en Belgique, c'est le droit belge qui est appliqué.

Au niveau de la reconnaissance du droit marocain de l'autorité parentale, aucune règle légale ou jurisprudentielle prédéfinie n'encadre les critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public international belge. Il semble qu'en la matière, l'appréciation *in concreto* de la contrariété de la situation à l'ordre public soit maintenue.

Nous n'avons cependant recensé qu'une seule décision. Il s'agit de l'arrêt de la Cour d'appel de Liège, du 13 juin 2006⁽⁸⁷¹⁾, qui accepte la reconnaissance d'une décision marocaine confiant la garde au père de l'enfant en raison du déménagement de la mère en Belgique. En l'espèce, la mère était venue en Belgique avec l'enfant sans que le père ou le tribunal

⁸⁶⁸ P. WAUTELET résume très bien cette problématique : la femme est doublement victime car elle subit « *les inconvénients d'une dissolution du mariage imposée par son époux, sans qu'elle ne puisse s'y opposer ou mettre fin de sa propre initiative et selon les mêmes modalités, au mariage. L'épouse serait également désavantagée parce qu'elle ne pourrait invoquer la répudiation à son avantage, par exemple, lorsqu'elle souhaite se remarier : ce remariage ne serait en réalité possible qu'à condition qu'elle obtienne d'abord un divorce en Belgique puisqu'aux yeux du droit belge, les époux seraient encore mariés* » (P. WAUTELET, « La répudiation répudiée », *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, 2004/3, pp. 465-466).

⁸⁶⁹ M. FALLON, note sous Bruxelles, 13 janvier 2005, *R.T.D.F.*, 2005/4, pp. 1138 et suiv.

⁸⁷⁰ En vertu de l'article 35.

⁸⁷¹ Liège, 13 juin 2006, *RTDF*, 2007/3, pp. 775 et suiv.

marocain n'ait donné son accord. Le droit marocain sur ce point diffère sensiblement du droit belge puisqu'il accorde *a priori* la garde de l'enfant à la mère et le devoir de surveillance sur l'enfant au père⁽⁸⁷²⁾. Certaines causes entraînent cependant la déchéance du droit de garde de la mère, comme le déménagement de la mère à l'étranger lorsque cet éloignement du Maroc n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. Conformément à la loi marocaine, la garde de l'enfant avait été confiée au Maroc à la mère et le père jouissait du devoir de surveillance. La Cour d'appel de Liège a reconnu, sur la base de l'article 570 du Code judiciaire ancien, la décision marocaine visant le changement d'attributaire de la garde et la remise de l'enfant au père, qui avait été placé, par le comportement de la mère, dans l'impossibilité d'exercer son droit de visite et de surveillance à l'égard de l'enfant, au motif que : « *Si une discrimination peut exister dans la base légale étrangère, c'est la conformité du résultat concret à l'ordre public qu'il y a lieu de vérifier.* » Cette décision fait une application concrète de l'exception d'ordre public.

Il semble par contre que, si le droit marocain devait régir une situation de responsabilité parentale en Belgique, le traitement différent auquel les deux parents sont soumis se verrait sanctionné au nom du principe d'égalité⁽⁸⁷³⁾. La même réflexion peut également être faite concernant les dispositions marocaines prévoyant une obligation alimentaire à charge du père uniquement et qui recouvre une durée plus étendue à l'égard des filles⁽⁸⁷⁴⁾.

Quant à la cause de déchéance de la garde de l'enfant lorsque la mère n'élève pas celui-ci dans la religion musulmane, le juge belge ne pourrait pas non plus y faire droit en raison de la discrimination qu'elle implique. À cet égard, la Cour d'appel de Bruxelles a d'ailleurs déjà affirmé que : « *Le seul fait que les parties aient une conviction religieuse différente ne constitue pas, en soi, une raison suffisante pour qu'il soit dérogé au principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale* »⁽⁸⁷⁵⁾.

293. La difficulté dans la rencontre des droits belge et marocain dans cette matière tient principalement au fait que le droit belge privilégie l'évaluation concrète de l'intérêt de l'enfant selon les circonstances de la cause et qu'il s'oppose sur ce point au droit marocain qui

⁸⁷² Articles 171 et suiv. du Code marocain de la famille.

⁸⁷³ Probablement en raison de l'application de la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant à la question de la responsabilité parentale, nous n'avons pas trouvé de jurisprudence sur cette question. La recherche de jurisprudence française s'est également avérée infructueuse.

⁸⁷⁴ En vertu de l'article 198 du Code marocain de la famille, « *Le père doit subvenir aux besoins de ses enfants jusqu'à la majorité ou jusqu'à vingt-cinq ans révolus en ce qui concerne les enfants poursuivant leurs études. Dans tous les cas, la fille ne perd pas son droit à la pension alimentaire que si elle dispose de ses propres ressources ou lorsque son entretien incombe à son mari* ». La Cour d'appel de Rouen, le 9 octobre 2008, a écarté le droit marocain en raison de sa contrariété à l'ordre public international français au motif qu'il limitait à 25 ans le devoir d'entretien des parents, indépendamment des circonstances de l'espèce (C.A. Rouen, 9 octobre 2008, n° 06/01895).

⁸⁷⁵ Bruxelles, 25 novembre 1999, A.J.T., 1999/2000, p. 771.

contient un dispositif légal déterminant de manière abstraite cet intérêt⁽⁸⁷⁶⁾. Il semble toutefois que cette situation n'ait pas entraîné un rejet définitif du droit marocain et que la prise en compte des circonstances de l'espèce demeure la règle lors de la mise en œuvre de l'article 21 du Codip.

§ 2 Le refus de critères pour la mise en œuvre de l'ordre public international belge

294. L'analyse de la jurisprudence permet de mettre en évidence un nouvel élément relatif à la mise en œuvre de l'ordre public international belge. Contrairement aux hypothèses que nous venons d'analyser, dans certains cas, l'exception d'ordre public est soulevée sans que ses critères de mise en œuvre liés à la proximité de la situation avec l'ordre juridique belge ou à la gravité de l'effet produit par l'application du droit étranger ne soient précisés. Il est, en effet, des matières qui ne tolèrent aucune relativité de l'ordre public. Tel est le cas lorsqu'il s'agit d'appliquer en Belgique des dispositions discriminatoires. Cet aspect de l'ordre public plein est déjà largement connu. Nous y ferons référence au sujet des empêchements religieux au mariage et à la célébration en Belgique d'un mariage polygamique (I). Moins exploré, le droit d'établir son lien de filiation, qu'il s'agisse de la reconnaissance d'un acte étranger ou de l'application du droit étranger en Belgique, constitue également un exemple d'application absolue de l'ordre public (II).

I. L'ordre public plein : exemples en matière de mariage

295. L'interdiction, en Belgique, d'établir des actes contenant des discriminations sur la base du genre ou de la religion est évidente. Elle ne souffre pas d'exception.

A. Les empêchements religieux à mariage

296. Certains des empêchements à mariage prévus par le droit marocain ne sont pas retenus lors de l'application en Belgique de ce droit. Tel est le cas de la condition de religion qui impose à la femme de n'épouser qu'un homme de confession musulmane alors qu'un

⁸⁷⁶ F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET ET G. GONZALEZ, « Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *op.cit.*, p. 583 et L. GANNAGE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, *op.cit.*, p 259.

homme musulman peut épouser une femme, musulmane, chrétienne ou juive⁽⁸⁷⁷⁾, ainsi que de l'exigence de la présence de deux témoins musulmans au mariage⁽⁸⁷⁸⁾.

Il s'agit de discriminations fondées sur la religion et sur le sexe, ainsi que d'une atteinte à la liberté matrimoniale⁽⁸⁷⁹⁾, qui sont systématiquement écartées lors de la célébration du mariage en Belgique par l'officier de l'état civil, lequel ne vérifie pas la religion des futurs époux, ni celle des témoins⁽⁸⁸⁰⁾. Cette position des autorités belges, qui ressort de l'absence de contestation en la matière et est attestée par une large pratique du Point d'Appui de droit international privé familial de l'Association pour le droit des étrangers, entraîne des situations boiteuses, le Maroc refusant par la suite de reconnaître le mariage ainsi célébré en Belgique⁽⁸⁸¹⁾.

297. Il est extrêmement rare de trouver de la jurisprudence belge pour étayer ces affirmations puisque l'officier de l'état civil belge écarte le droit marocain sur la base de l'exception d'ordre public et célèbre le mariage. Le mariage n'est, par conséquent, pas porté devant les tribunaux⁽⁸⁸²⁾. Nous avons toutefois recueilli une décision de la Cour d'appel de Bruxelles, du 10 février 1998, qui confirme cette position car elle écarte les dispositions du droit algérien en raison de leur contrariété à l'ordre public « *en ce qu'elles introduisaient une discrimination quant à la liberté matrimoniale des époux en fonction de leur sexe et/ou de leur religion, pareille discrimination heurtant les principes de liberté et d'égalité qui sont considérés comme essentiels dans notre ordre moral et politique* »⁽⁸⁸³⁾.

Aucune appréciation concrète de l'ordre public n'est donc effectuée dans cette matière, le principe bafoué étant suffisamment grave pour justifier, dans tous les cas, le rejet de la disposition du droit marocain concernée.

⁸⁷⁷ Article 39 du Code marocain de la famille.

⁸⁷⁸ Imposée par l'article 14 du Code marocain de la famille.

⁸⁷⁹ K. MEZIOU, « Migrations et relations familiales », *op. cit.*, p. 149.

⁸⁸⁰ L'impossibilité pour un homme musulman d'épouser une femme athée subirait le même sort.

⁸⁸¹ Il s'agit de l'un des points d'achoppement entre le droit belge et le droit marocain qui ne trouve de solution que par l'application de sa propre réglementation dans chacun des deux pays. La Cour suprême du Maroc a d'ailleurs jugé que l'étranger qui souhaite épouser une femme marocaine doit apporter la preuve de sa conversion à l'islam. Elle a aussi jugé que la présence de deux témoins musulmans au mariage constitue des règles impératives qui ne peuvent être ignorées (M. LOUKILI, « L'ordre public en droit international privé marocain de la famille », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord, op.cit.*, p. 151, citant une décision de la Cour suprême du Maroc du 8 août 2008). Quelques accommodements existent néanmoins, notamment via la pratique du consulat marocain qui accepte d'établir des actes 'additifs' qui contiennent la preuve de la conversion à l'islam de l'époux et la signature des deux témoins musulmans (*Guide pratique de droit familial étranger*, ADDE, *op.cit.*, p. 38).

⁸⁸² J.-Y. CARLIER et C. HENRICOT, « Belgique, de l'exception d'ordre public aux accommodements réciproques ? », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord, op.cit.*, p. 245.

⁸⁸³ Bruxelles, 10 février 1998, R.G. n° : 96AR1629, www.juridat.be.

B. La célébration d'un mariage polygamique en Belgique

298. Bien que le droit marocain ait, depuis l'adoption du Code, entouré l'union polygamique de garanties⁽⁸⁸⁴⁾, et que certaines conséquences patrimoniales soient acceptées (voir n°240 et suiv.), l'ordre juridique belge demeure fermé à cette pratique en raison de l'inégalité entre les sexes qu'elle suppose⁽⁸⁸⁵⁾. Par conséquent, un mariage polygamique n'est jamais célébré en Belgique.

Si l'égalité des sexes constitue la justification objective donnée au refus de la polygamie, il n'est pas exclu que le caractère monogamique marqué du mariage en Belgique empêcherait la célébration et la reconnaissance d'unions polyandriques. La Cour européenne des droits de l'homme a, en tout cas, reconnu « *l'intérêt de la communauté à promouvoir les mariages monogamiques* » dans le cadre d'une affaire relative à un état de bigamie technique : en l'espèce, la reconnaissance du second mariage d'une femme d'origine maltaise, convertie à l'islam et remariée en Libye après annulation par le juge libyen de son premier mariage, était demandée. Le premier mariage étant toujours valable aux yeux des autorités maltaises, la requérante était en situation de polyandrie⁽⁸⁸⁶⁾. Cette affaire ne permet cependant pas de conclure sur l'hypothèse de la polyandrie dans la mesure où la question posée concernait la reconnaissance de l'annulation du premier mariage et du remariage subséquent, et non une situation de mariages simultanés selon un droit qui le permettrait pour les deux époux.

Partant, il est uniquement possible à ce stade d'affirmer que le refus catégorique des autorités belges saisies d'une demande de célébration en Belgique d'une seconde union avant la dissolution de la première est constant même si le mariage projeté concerne deux époux qui ne possèdent que la nationalité marocaine⁽⁸⁸⁷⁾. Il s'agit d'une application absolue de l'exception d'ordre public⁽⁸⁸⁸⁾.

II. L'ordre public international belge et la filiation en droit marocain

299. L'application de l'exception d'ordre public est fréquente en droit de la filiation. Elle résulte d'une faveur très large pour l'établissement ou la reconnaissance du lien de filiation. Les critères de mise en œuvre de l'article 21 du Codip sont à cette occasion évalués de manière abstraite. L'absence de possibilité d'établir le lien est contraire aux principes fondamentaux de l'ordre juridique belge. Il en résulte que l'exigence de proximité de la

⁸⁸⁴ Articles 40 et suiv. du Code marocain de la famille.

⁸⁸⁵ La polyandrie n'existant pas.

⁸⁸⁶ CEDH, 6 juillet 2010, *Green et Farhat c/ Malte*, R.C.D.I.P., 2011, pp. 665 et suiv., note L. D'AVOUT.

⁸⁸⁷ Lorsque l'un des époux possède la nationalité d'un État qui interdit la polygamie, le refus de célébrer le mariage repose sur une application distributive des lois nationales et de la bilatéralisation de l'empêchement.

⁸⁸⁸ Civ. Bruxelles, 17 novembre 1992, commentée in *TvP*, 1998/4, p. 1393. Voyez également la problématique de la bigamie 'technique' in "Rapport d'activités global du Point d'Appui DIP Familial (2006-2011), *Rev. dr. étr.*, 2011, n° 166, p. 660.

situation avec l'ordre juridique belge n'est, dans ce cadre, que rarement vérifiée et, lorsqu'elle l'est, ce n'est que pour confirmer la nécessité d'écarter le droit marocain. Outre la faveur faite à l'établissement du lien, la matière de la filiation est également l'occasion d'appliquer le principe, largement défendu en droit belge, d'égalité entre les parents.

300. Le droit marocain de la filiation est particulièrement complexe à appréhender pour les juristes belges. Les difficultés résultent principalement de la compréhension de la combinaison entre les différentes dispositions de droit marocain qui, en ne reconnaissant que la filiation légitime, semblent néanmoins organiser une possibilité de reconnaissance de paternité. L'on s'interroge, par conséquent, sur la possibilité d'établir une filiation hors mariage sur la base du droit marocain. Il semble, cependant, qu'en droit marocain seule la filiation légitime soit reconnue, et que, si souplesse il y a, elle se rapporte plutôt à l'interprétation par les autorités marocaines de l'existence d'un mariage⁽⁸⁸⁹⁾ (voir n°303).

L'impossibilité d'établir la filiation hors mariage est, sans exception⁽⁸⁹⁰⁾, considérée comme contraire à l'ordre public international belge⁽⁸⁹¹⁾. Nous avons vu, en effet, que le principe d'égalité des filiations est fondamental en droit familial belge (voir n°51). D'autres dispositions du droit marocain, notamment relatives à la contestation de paternité, heurtent également les valeurs fondamentales de l'ordre juridique belge. Nous allons analyser ces différents aspects du droit marocain de la filiation qui sont écartés par les juridictions belges.

A. La reconnaissance de paternité

301. L'officier de l'état civil belge est largement compétent pour acter une reconnaissance de paternité en Belgique à la demande d'un homme de nationalité marocaine, dès lors qu'un tel acte peut être établi en Belgique si : « 1° l'auteur est belge, est domicilié ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'établissement de l'acte ; 2° l'enfant est né en

⁸⁸⁹ Voyez : Y. LINANT DE BELLEFOND, *Traité de droit musulman comparé*, t. III, Liv. IV, Paris-La Haye Mouton & Co, 1973, pp. 15 et suiv. Voyez également F. SAREHANE, *Jurisque de droit comparé*, Fasc. 20, Maroc, « Statut personnel : droit commun », 18 juin 2013, n° 272 et suiv.

⁸⁹⁰ Notons que le droit français connaît un critère de proximité (Voyez : Cass. Fr., 10 février 1993, *R.C.D.I.P.*, 1993, p. 625, note J. FOYER et G. LARDEUX, « Ordre public international et nouveau droit marocain de la famille », *Dalloz*, 2010, pp. 543 et suiv.). Celui-ci semble toutefois remis en question (Voyez : Cass fr., Civ., 26 oct 2011, n° 09-71/369, *JDI*, 12, pp. 176 et suiv. et D. SINDRES, « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI*, n° 3, juillet 2012, doct. 10).

⁸⁹¹ Les juges écartent la disposition du droit étranger concerné sur la base de l'exception d'ordre public. Pour un exemple relatif au droit algérien voyez : Civ. Bruxelles, 12 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2008/19, pp. 834 et suiv., note P. WAUTELET, « Ordre public international et filiation hors mariage ». Pour des décisions relatives au droit marocain : Civ. Bruxelles, 16 décembre 1992, *Pas.*, 1993, III, p. 3 ; Civ. Bruxelles, 29 juin 1994, *R.T.D.F.*, 1996, p. 231 ; Civ Anvers, 30 juin 1998, *R.W.*, 2000/2001, I, p. 311, note SWERTS. Il s'agit de décisions rendues avant l'entrée en vigueur du Codip mais, sur cette question, cela est sans incidence.

Belgique ; ou 3° l'enfant a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'établissement de l'acte » (⁸⁹²).

La désignation par le Codip du droit national de l'auteur aux conditions d'établissement et de contestation du lien de filiation et la large compétence des officiers d'état civil pour acter une reconnaissance en Belgique conduisent les autorités belges à appliquer fréquemment le droit marocain. Le droit applicable aux formalités de la reconnaissance est, quant à lui, le droit belge si l'acte est établi en Belgique (⁸⁹³), le droit national de l'auteur de la reconnaissance ou le droit belge, indifféremment, si l'acte est établi à l'étranger (⁸⁹⁴).

302. En droit marocain, la filiation est soit légitime, si elle prend place dans le cadre du mariage, soit illégitime. L'article 148 du Code marocain de la famille dispose que : « *La filiation illégitime ne produit aucun des effets de la filiation parentale légitime vis-à-vis du père.* »

Le Code marocain de la famille prévoit différents modes d'établissement de la filiation paternelle (⁸⁹⁵). Il s'agit des rapports conjugaux des parents de l'enfant (*Al Firach*), de l'aveu du père (*Iqrar*) et des rapports par erreur (*Choubha*).

En vertu de l'article 160 du Code marocain de la famille, la filiation paternelle peut être établie par l'aveu du père qui reconnaît l'enfant comme étant le sien. La filiation doit être vraisemblable, l'enfant ne doit pas avoir une autre filiation paternelle établie, il doit y consentir et la mère peut s'y opposer en prouvant que l'homme qui souhaite reconnaître n'est pas le père de l'enfant.

Par ailleurs, l'article 161 du même Code précise que seul le père peut établir la filiation d'un enfant par reconnaissance de paternité, l'article 162 traitant de la forme de la reconnaissance (⁸⁹⁶).

303. Ces dispositions du droit marocain sont difficiles à appréhender. Les autorités belges peinent à déterminer si la reconnaissance de paternité est possible en vertu de celles-ci. La confusion provient du fait que le Code marocain de la famille se prononce explicitement en faveur de la seule filiation légitime à l'égard du père. Toutefois, ce Code contient également des conditions permettant l'établissement d'une reconnaissance de paternité sur base de l'aveu du père. De son côté, le portail du Ministère de la Justice marocain explique,

⁸⁹² Article 65 du Codip.

⁸⁹³ Droit applicable prévu par la Circulaire du 23 septembre 2004 relative aux aspects de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé concernant le statut personnel, *M.B.*, 28 septembre 2004, point N.1.

⁸⁹⁴ En vertu de l'article 64 du Codip.

⁸⁹⁵ À l'article 152 du Code marocain de la famille.

⁸⁹⁶ Qui peut être établie par acte authentique ou par déclaration manuscrite et non équivoque de la personne qui l'a faite.

sur ce point, les innovations du nouveau Code de la famille dans les termes suivants : « garanti[r] à l'enfant le droit à la reconnaissance de la paternité si le mariage de ses parents n'a pas été formalisé par un acte s'il y a des preuves attestant la filiation ». Cette dernière hypothèse laisse planer un doute. Elle semble en réalité renvoyer aux actions en reconnaissance de mariage et en établissement de la filiation dans le cadre des fiançailles⁽⁸⁹⁷⁾, introduites dans le Code marocain de la famille vraisemblablement dans le but d'étendre les situations de filiation légitime. Il s'agit d'actions introduites conjointement, par les deux parents, la femme craignant dans le cas contraire des sanctions pénales pour relations sexuelles hors mariage⁽⁸⁹⁸⁾. Il ne peut donc être déduit de ces dispositions un droit général à l'établissement de la paternité 'naturelle'.

304. Le droit applicable à l'établissement du lien de filiation est celui du pays dont l'auteur possède la nationalité⁽⁸⁹⁹⁾. Partant, le droit marocain déterminera les possibilités pour un homme de nationalité marocaine de reconnaître un enfant.

On constate en pratique que les autorités belges, lorsqu'elles sont saisies d'une demande visant à acter une reconnaissance de paternité à l'égard d'un homme de nationalité marocaine, considèrent que le droit marocain n'autorise pas la reconnaissance de paternité hors mariage. Par conséquent, elles écartent ce droit en tant qu'il provoque une discrimination entre les enfants selon la situation matrimoniale de leurs parents, et appliquent le droit belge⁽⁹⁰⁰⁾. Ici, la pratique et la jurisprudence sont constantes, « une loi étrangère qui n'admet pas

⁸⁹⁷ Article 16 et article 156 du Code marocain de la famille. Il semble que, par ailleurs, la filiation puisse être établie par l'aveu, sans qu'il faille établir le mariage à condition que le père ne précise pas que l'enfant est issu de relations hors mariage (Voyez K. MEZIOU, « Migrations et relations familiales, *op. cit.*, p. 246, citant deux arrêts de la Cour suprême du 8 juin 2005 et du 28 septembre 2005). Par contre, il est impossible d'imposer au père une filiation hors mariage (*idem*, arrêt du 11 juin 2008).

⁸⁹⁸ A. OUNNIR, « Les justiciables dans le circuit judiciaire relatif au contentieux de la famille », in *Le Code de la famille. Perceptions et pratiques judiciaire*, M. BENRADI, H. ALAMI M'CHICHI, A. OUNNIR, M. MOUAQIT, F. Z. BOUKAISSI et R. ZEIDGUY, FRIEDRICH EBERT STIFTUNG (éds.), Fes, 2007, p. 108.

⁸⁹⁹ En vertu de l'article 62 du Codip.

⁹⁰⁰ En témoigne, par exemple la décision du Tribunal de première instance de Liège, du 25 mai 2012, concernant une action en autorisation de reconnaissance de paternité en dehors des liens du mariage. Le tribunal précise que le droit marocain ne permet pas cette action. Le tribunal fonde cette affirmation sur les articles 148 et 152 du Code marocain de la famille et le commentaire disponible sur le site web du portail du Maroc qui confirme que l'établissement de la paternité doit être légitime :

[Http://www.maroc.ma/PortailInst/Fr/MenuGauche/Les+grands+chantiers/Le+code+de+la+famille/Le+code+de+la+famille.htm](http://www.maroc.ma/PortailInst/Fr/MenuGauche/Les+grands+chantiers/Le+code+de+la+famille/Le+code+de+la+famille.htm)

Selon le tribunal : « dans une situation qui a des liens étroits avec la Belgique (la mère et l'enfant sont belges, l'enfant est né en Belgique, le demandeur, la mère et l'enfant vivent en Belgique), un droit qui ne permet pas l'établissement de la filiation hors mariage a des effets contraires à l'ordre public international belge qui garantit l'égalité des filiations. Il y a, dès lors, lieu d'écarter le droit marocain dont aucune disposition ne permet de résoudre ce cas, et d'appliquer le droit belge » (Civ. Liège, 25 mai 2012, R.G. : 11/5154/A, inédit). Voyez aussi : Civ. Namur, 14 mai 2014, *R.T.D.F.*, 2015/1, pp. 86 et suiv. Cette position ne date pas du Code de droit international privé. (S. SAROLEA, « L'ordre public international et la Convention européenne des droits de l'homme en matière de filiation », *R.T.D.F.*, 1996, pp. 141 et suiv.).

l'établissement d'un lien de filiation illégitime est 'contraire aux principes d'égalité des filiations qui régit la matière de la filiation en droit belge et dès lors contraire à une règle d'ordre public belge' » ⁽⁹⁰¹⁾. La réforme du droit belge de la filiation de 1987 a en effet conduit à l'écartement de toute loi étrangère qui ne permet pas l'établissement de la filiation hors mariage et érigé en principe absolu le principe de non-discrimination entre les enfants (voir n°51) ⁽⁹⁰²⁾.

L'arrêt de la Cour d'appel de Liège, du 10 juillet 2008, illustre ce propos, dans une affaire concernant une demande visant à contester la paternité du mari de nationalité tunisienne et à obtenir une autorisation de reconnaissance pour le père marocain. Selon la Cour, « *en droit belge, le fait qu'un enfant soit né de parents mariés ou non mariés n'a plus d'implication significative pour l'établissement de la filiation paternelle et pour l'ordonnancement de ses effets car c'est l'intérêt de l'enfant qui prime ; le droit marocain refuse de reconnaître des effets à la filiation illégitime vis-à-vis du père et ce choix doit être écarté par les autorités judiciaires européennes, car la suppression, dans le droit interne des pays européens, des discriminations entre enfants nés dans le mariage et hors mariage interdit de faire autrement* » ⁽⁹⁰³⁾. Pour justifier le recours à l'exception d'ordre public international belge, la Cour précise que le principe de l'égalité des filiations a été introduit dans l'ordre juridique belge suite à la mise en conformité du droit belge, par la loi belge du 31 mars 1987, aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Par conséquent, « *L'abandon d'un système de valeurs au profit d'un autre justifie que le droit marocain soit considéré comme heurtant notre conception de l'égalité des filiations telle que puisée dans la Convention européenne des droits de l'homme* » ⁽⁹⁰⁴⁾.

Un pas plus loin, la décision du Tribunal de première instance de Namur, du 14 mai 2014 ⁽⁹⁰⁵⁾, autorise le père biologique à établir sa paternité et à la prouver en étendant les modes de preuves prévus pour la filiation dans le mariage ⁽⁹⁰⁶⁾. L'existence de rapports conjugaux pour prouver un lien de filiation ne peut, selon le tribunal, se limiter aux enfants nés du mariage et doit permettre l'établissement du lien hors mariage.

305. La problématique de l'établissement de la filiation hors mariage est l'une de celles qui demeurent les plus délicates. En effet, le risque de situations boiteuses est important dès lors que le Maroc ne reconnaîtra, *a priori*, pas la paternité établie valablement en Belgique. Cette situation peut entraîner également des conséquences en matière de nationalité et de

⁹⁰¹ P. WAUTELET, « Ordre public international et filiation hors mariage », *J.L.M.B.*, 2008/19, p. 835.

⁹⁰² C. HENRICOT, « La titularité de l'action en contestation de paternité face à l'évolution de l'exception d'ordre public sous l'influence du droit interne », *Rev. dr. étr.*, 2009, n° 151, p. 721.

⁹⁰³ La Cour cite ici l'ouvrage de M.-C. FOBLETS et J.-Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, op. cit., p. 85.

⁹⁰⁴ Liège, 10 juillet 2008, *J.T.*, 2009, pp. 538 et suiv.

⁹⁰⁵ Civ. Namur, 14 mai 2014, *R.T.D.F.*, 2015/1, pp. 86 et suiv.

⁹⁰⁶ Sur la base de l'article 158 du Code marocain de la famille.

nom⁽⁹⁰⁷⁾: refus d'attribution de la nationalité marocaine si seul le père était marocain, différence entre le nom attribué au Maroc et celui attribué en Belgique à l'enfant.

Le droit marocain est néanmoins systématiquement écarté sur ce point, sans que l'analyse ne doive porter plus loin que l'existence d'une discrimination entre les enfants selon la nature du lien qui unit les parents. L'application de l'exception d'ordre public se fait donc sans appréciation concrète de la situation, l'impossibilité d'établir le lien étant suffisamment grave pour justifier l'application du droit belge. Il en résulte que la proximité de la situation avec l'ordre juridique belge n'est pas analysée.

B. La présomption de paternité du mari polygame

306. Les enseignements de la jurisprudence sur la reconnaissance du lien de paternité établi dans le cadre d'une union polygamique sont intéressants quant à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public en matière de filiation.

De manière générale, la présomption de paternité du droit marocain est appliquée en Belgique (voir n°183). La règle vaut également au stade de la reconnaissance en Belgique du lien de filiation établi au Maroc. Un enfant né au Maroc dans le cadre du mariage de ses parents sera donc considéré, en Belgique également, comme issu du couple ainsi formé.

Une difficulté peut toutefois se poser lorsque la présomption de paternité du droit marocain découle d'une union polygamique. En effet, dans cette hypothèse, le mariage n'est pas reconnu en Belgique en raison de sa contrariété à l'ordre public international belge. La reconnaissance du lien de filiation établi sur la base de la présomption de paternité du mari de la mère, dans cette hypothèse, connaît cependant un sort différent de celui du mariage.

L'on sait que l'appréciation des critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public diffère selon les conséquences sollicitées de l'application du droit étranger. Par le biais de l'effet atténué de l'ordre public, certaines juridictions ont accepté de reconnaître le lien de filiation établi sur la base d'un mariage polygamique. Ainsi, selon le Tribunal de première instance de Charleroi : « *Au regard du droit marocain qui est en principe applicable (en vertu des articles 46 et 47 du Code de droit international privé), ce second mariage est valable, ce qui n'est pas contesté. Il ne peut toutefois être reconnu en Belgique, la polygamie étant contraire à l'ordre public belge. Cependant, le recours porte sur la reconnaissance non de cet acte de mariage mais de l'acte de naissance de l'enfant issu de cette union* »⁽⁹⁰⁸⁾. Il s'agissait en l'espèce d'un recours introduit contre une décision de refus de reconnaissance d'un acte de naissance marocain établi sur la base de la présomption de paternité découlant d'une union polygamique célébrée au Maroc. Le mariage était valable en droit marocain et la

⁹⁰⁷ Voyez : M.-C. FOLETS et J.-Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille : incidences au regard du droit international privé en Europe*, op.cit., p. 84.

⁹⁰⁸ Civ. Charleroi, 11 décembre 2008, *Rev. dr. étr.*, 2009, n° 151, p. 730, note P. WAUTELET.

situation de l'enfant n'avait qu'un très faible lien avec la Belgique (l'enfant était né au Maroc, il était de nationalité marocaine, vivait au Maroc avec sa mère marocaine et le père, d'origine marocaine, n'avait acquis la nationalité belge que longtemps après la naissance). Pour le tribunal, « *Le fait que le mariage, qui ne peut être reconnu en droit belge mais qui est valable en droit marocain, suffise à établir la filiation de A à l'égard du requérant n'est pas de nature à produire un effet manifestement incompatible avec l'ordre public belge, le droit belge écartant sur base de ses principes fondamentaux, toute discrimination entre les enfants selon que leur filiation est établie sur base du mariage ou en dehors de celui-ci* »⁽⁹⁰⁹⁾.

Que le mariage polygamique ne soit pas reconnu en Belgique n'empêche donc pas de considérer que l'effet que constitue la filiation est valide en droit belge. L'acte de naissance établi sur cette base peut produire ses effets puisque, concrètement, il n'y a pas dans ce cas d'incompatibilité avec l'ordre public international belge. Il s'agit d'une application de la théorie de l'ordre public atténué : malgré l'affirmation de principe du mariage monogame, l'intérêt de l'enfant requiert que les inconvénients inhérents à cette situation boiteuse soient minimisés⁽⁹¹⁰⁾. La fragmentation des situations que pose la demande de reconnaissance – le mariage d'une part, la filiation de l'autre – conduit dans cette hypothèse à un dépeçage des conditions de mise en œuvre de l'exception d'ordre public à la faveur du lien de filiation.

307. Dans le même sens, le Tribunal de première instance de Bruxelles, dans une décision du 8 juin 2010, a autorisé l'acquisition de la nationalité belge par effet collectif⁽⁹¹¹⁾ pour les enfants d'un auteur polygame. Au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, le tribunal reconnaît l'acte de naissance malgré l'absence de validité en droit belge du mariage polygamique, en distinguant, à juste titre, les deux questions : « *Le contrôle de l'acte, imposé par le Code de DIP concerne ici uniquement la loi applicable à ce lien de filiation et pas l'examen de la validité du mariage de M. et de Mme, celui-ci ne pouvant en tout état de cause pas être reconnu en Belgique, la polygamie étant contraire à l'ordre public belge* »⁽⁹¹²⁾. Le Tribunal de première instance de Liège se prononce également dans ce sens dans une affaire concernant la délivrance du passeport et de la carte d'identité belge à un enfant résidant au Maroc suite à la déclaration de nationalité faite par son auteur en Belgique⁽⁹¹³⁾. Le caractère polygamique du mariage de ses parents n'empêche pas la reconnaissance du lien de filiation et, par conséquent, l'attribution de la nationalité belge à l'enfant⁽⁹¹⁴⁾.

⁹⁰⁹ Civ. Charleroi, 11 décembre 2008, *op.cit.*

⁹¹⁰ Voyez : P. WAUTELET, « Quelques réflexions sur le statut des enfants issus d'une union polygamique », *Rev. dr. étr.*, 2009, n° 151, p. 734.

⁹¹¹ Procédure suivant laquelle l'acquisition de la nationalité belge de l'auteur entraîne l'attribution de la nationalité belge pour les enfants si l'auteur exerce l'autorité sur ceux-ci et qu'ils n'ont pas atteint l'âge de 18 ans et qu'ils résident en Belgique (voyez l'article 12 du Code de la nationalité belge).

⁹¹² Civ. Bruxelles, 8 juin 2010, *T. Vreemd.*, 2011/1, pp. 17 et suiv., note J. KUSTERS. Le juge précise par ailleurs que même si le mariage devait être annulé, l'annulation n'aurait pas en soi d'effet sur l'existence du lien de filiation à l'égard du père.

⁹¹³ Sur la base de l'article 8, § 1, 2°, b, du Code de la nationalité belge.

⁹¹⁴ Civ. Liège, 18 octobre 2013, *Newsletter ADDE*, avril 2014, n° 97.

308. Dans un autre contexte, celui de la modification de la loi relative au regroupement familial, la Cour constitutionnelle avait déjà refusé d'assimiler le conjoint polygame et les enfants issus de l'union. C'est à l'occasion de la transposition de la Directive européenne 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial ⁽⁹¹⁵⁾ que le législateur belge a opté pour l'exclusion du droit au regroupement familial tant pour les épouses polygames que pour les enfants issus de ces unions, par une loi du 15 septembre 2006 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ⁽⁹¹⁶⁾. La Cour constitutionnelle a jugé cette modification de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ⁽⁹¹⁷⁾ contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution belge relatifs à l'égalité et la non-discrimination : « *En refusant le droit au regroupement familial aux seuls enfants issus d'un mariage polygame lorsqu'une épouse autre que leur mère réside déjà sur le territoire belge, le législateur établit une différence de traitement entre ces enfants et les autres enfants mineurs de l'étranger, qui bénéficient tous du droit au regroupement familial avec leur auteur, qu'ils soient issus d'un mariage monogame, d'un mariage polygame conclu avec l'épouse présente sur le territoire, d'un précédent mariage dissous, d'une relation entre deux personnes célibataires ou d'une relation extraconjugale. La différence de traitement entre enfants repose donc sur le critère de la nature du lien conjugal de leurs parents* ». L'accès au territoire via le regroupement familial pour les épouses dépend de la validité du lien conjugal établi à l'étranger. Par contre, le regroupement familial des enfants est « *lié à l'établissement de leur lien de filiation. Le critère des circonstances de la naissance de l'enfant et de la situation conjugale de ses parents ne présente aucune pertinence ni avec l'objet de la disposition, ni avec l'objectif de défense de l'ordre public international belge ou européen, dès lors que les enfants concernés ne sont en aucune manière responsables de la situation conjugale de leur parents et que le regroupement familial, en ce qui les concerne, n'est pas un effet du mariage de ceux-ci, mais bien un effet du lien de filiation qui les lie à leur auteur établi ou autorisé à séjourner en Belgique* » ⁽⁹¹⁸⁾.

Selon la Cour, une telle distinction entre les enfants, selon le lien matrimonial de leurs parents, est donc inconstitutionnelle ⁽⁹¹⁹⁾. Par contre, le conjoint d'un étranger polygame n'est pas admis sur le territoire lorsqu'un autre époux de celui-ci séjourne déjà dans le Royaume ⁽⁹²⁰⁾. Le législateur belge a estimé inacceptable le regroupement familial de la

⁹¹⁵ J.O., n° L 251 du 3 octobre 2003.

⁹¹⁶ M.B., 6 octobre 2006.

⁹¹⁷ M.B., 31 décembre 1980.

⁹¹⁸ C. const., 26 juin 2008, arrêt n° 95/2008, attendu B.21, R.T.D.F., 2008/4, p. 1147, note M. FALLON. Voyez aussi : P. WAUTELET, « Quelques réflexions sur le statut des enfants issus d'une union polygamique », *op.cit.*

⁹¹⁹ Même si l'article 4.4, alinéa 2, de la Directive autorise les Etats à imposer des restrictions concernant le regroupement familial des enfants issus d'un mariage polygamique.

⁹²⁰ Interdiction prévue par l'article 10 de la loi du 15 décembre 1980, *op. cit.* La restriction à l'égard du conjoint polygame est autorisée par l'article 4.4 de la Directive 2003/86/CE. Cependant, la Directive est à cet égard plus souple que le droit belge puisqu'elle n'exclut le regroupement familial du second conjoint que lorsque le premier

seconde épouse d'un regroupant même si la première épouse vit à une autre adresse que celui-ci en Belgique (⁹²¹).

Le lien de filiation, indépendamment de ses conditions d'établissement, se voit donc défendu par les juridictions belges. Même lorsqu'il découle d'un mariage polygamique, le lien est reconnu au moyen d'une mise en œuvre de l'ordre public atténué, sans considération pour le degré de proximité avec l'ordre juridique belge.

C. La contestation de paternité

309. Les conditions posées par le droit marocain à la contestation de paternité sont, pour partie, rejetées par les juridictions belges. Il semble qu'en matière de filiation la jurisprudence favorise largement les conditions du droit belge et apparaît très réticente au droit marocain lorsqu'il diffère de celui-ci. Nous confirmerons cette attitude à l'égard de la GPA pratiquée à l'étranger et de l'application du droit étranger en matière d'adoption (voir chapitre IV).

L'action en contestation de paternité est connue du droit belge et appliquée, en son principe, sur la base du droit étranger lorsque celui-ci est désigné par le critère de rattachement pertinent. En vertu de l'article 63 du Codip (⁹²²), le domaine du droit applicable à la filiation couvre les différentes modalités de mise en œuvre de l'action en contestation de paternité, ce qui implique l'application du droit marocain aux conditions de l'exercice de l'action lorsque le mari de la mère est de nationalité marocaine.

310. Nous avons vu que la procédure en contestation de paternité est prévue à l'article 153 du Code marocain de la famille. Selon cette disposition, les rapports conjugaux constituent une preuve irréfutable établissant la filiation paternelle. La filiation ainsi établie ne peut être contestée que par le mari, suivant la procédure du serment d'anathème (*Liâne*) ou par le moyen d'une expertise génétique, à condition que l'époux produise des éléments probants à l'appui de ses allégations et que l'expertise soit ordonnée par le tribunal (voir n°186).

Certaines questions liées à l'application du droit marocain dans cette matière ont suscité des difficultés. Il s'agit de la problématique des titulaires à l'action, des moyens de preuve et des délais d'introduction de l'action en contestation de paternité.

époux vit avec le regroupant. Le droit belge, par contre, ne prévoit pas l'examen d'une telle cohabitation et interdit le regroupement du second conjoint dans tous les cas.

⁹²¹ Doc. Parl., *Ch. Repr.*, 2005-2006, 51-2478/001, 40, et ce, même si la Directive européenne permettait cette ouverture.

⁹²² Article 63 du Codip : « *Le droit applicable en vertu de l'article 62 détermine notamment : 1° qui est admis à rechercher ou à contester un lien de filiation ; 2° la charge et l'objet de la preuve du lien de filiation, ainsi que la détermination des modes de preuve ; 3° les conditions et les effets de la possession d'état ; 4° les délais d'intentement de l'action* ».

#1 Les titulaires à l'action en contestation de paternité

311. Le droit belge offre la possibilité d'agir en contestation de paternité à la mère, au père légal, au père biologique et à l'enfant⁽⁹²³⁾. Par contre, le droit marocain ne permet qu'à une seule personne, à savoir le mari de la mère qui est présumé être le père de l'enfant, d'introduire une procédure en vue de faire tomber la présomption de paternité. Cette situation a été jugée contraire à l'ordre public international belge.

Les critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public ne sont toutefois que très rarement précisés, l'application du droit marocain en la matière étant jugée, par principe, suffisamment grave. En ce qui concerne l'exigence de proximité, les liens entretenus par la situation avec l'ordre juridique belge ne sont énoncés que lorsqu'ils permettent d'appuyer le raisonnement du juge en vue d'écarter le droit marocain. Fréquemment, cette question n'est même pas abordée par le juge.

a) L'introduction de l'action par la mère de l'enfant

312. L'impossibilité pour la mère de l'enfant de contester la paternité de son mari a été, systématiquement, jugée contraire à l'ordre public international belge⁽⁹²⁴⁾.

Ainsi, dans une décision du 17 janvier 2008, le Tribunal de première instance de Dendermonde a écarté l'article 153, alinéa 2, du Code marocain de la famille en ce qu'il ne permet pas à la mère de l'enfant de contester la paternité de son mari. Le tribunal, se fondant sur l'exception d'ordre public, applique le droit belge à cette question⁽⁹²⁵⁾.

Dans le même sens, le Tribunal de première instance de Leuven, le 26 novembre 2007, accepte l'action introduite par la mère de l'enfant, après avoir écarté le droit marocain pour contrariété à l'ordre public international belge. Dans cette dernière décision, le juge affine le raisonnement et évalue, pour mettre en œuvre l'exception d'ordre public, l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge comme le prévoit l'article 21 du Codip. L'intensité du rattachement avec la Belgique est jugée particulièrement forte en l'espèce : la mère et l'enfant étaient de nationalité belge et la mère, l'enfant et le père résidaient en Belgique⁽⁹²⁶⁾.

⁹²³ Article 318 du Code civil belge.

⁹²⁴ Ce qui n'est pas sans créer des situations boiteuses, la Cour suprême du Maroc étant très sévère à l'encontre des décisions étrangères permettant la contestation de paternité (M. LOUKILI, « L'ordre public en droit international privé marocain de la famille », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, op.cit., p. 155).

⁹²⁵ Civ. Dendermonde, 17 janvier 2008, R.G. : 08/867, inédit.

⁹²⁶ Civ. Leuven, 26 novembre 2007, R.G. : 07/1625/A, inédit.

De son côté, le Tribunal de première instance de Charleroi, dans une hypothèse identique, motive le recours à l'ordre public pour écarter l'article 153 du Code marocain de la famille dans les termes suivants : « *Cette disposition est discriminatoire et viole le principe d'égalité inscrit dans la Constitution et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; son application produirait en l'espèce un effet manifestement incompatible avec l'ordre public international belge* »⁽⁹²⁷⁾.

Ces décisions font une application assez évidente du principe d'égalité entre époux. Si le mari peut, selon le droit étranger, contester la présomption légale, la mère doit pouvoir le faire également.

b) L'introduction de l'action par l'enfant

313. La question de l'introduction de l'action en contestation de la paternité du mari de la mère par l'enfant lui-même s'est également posée devant les tribunaux belges. Ce fut le cas devant le Tribunal de première instance de Bruxelles, qui a écarté l'application du droit marocain pour contrariété à l'ordre public dans la mesure où il ne permettait pas à l'enfant de contester la paternité du mari de sa mère. Selon le tribunal, « *Attendu que cette règle si elle était appliquée ici aboutirait à priver K., de nationalité belge et vivant en Belgique avec sa mère, du droit de voir contester une filiation fondée sur une présomption de paternité ; Attendu que ce droit a pourtant été expressément retenu par le législateur belge en 1987 ; qu'il y a dès lors lieu d'écarter la loi marocaine car son application ici aboutirait à méconnaître l'ordre public international belge* »⁽⁹²⁸⁾. Le tribunal écarte l'article 153 du Code marocain de la famille en ce qui concerne le titulaire à l'action en contestation de paternité. Il se réfère par contre à cette disposition pour la question des moyens de preuve. L'application de l'exception d'ordre public implique en effet de ne pas rejeter l'ensemble du droit étranger concerné, mais uniquement les aspects jugés inacceptables.

Une seule décision mais toujours la même logique : le droit marocain est écarté s'il ne permet pas l'application des principes du droit belge de la filiation. En l'espèce, le lien de proximité est précisé afin de confirmer l'opportunité de soulever l'exception d'ordre public international belge.

c) L'introduction de l'action par le père biologique

314. L'écartement du droit marocain par le biais de l'exception d'ordre public international belge, au motif que cette législation refuse au père biologique d'agir en contestation de la paternité du mari de la mère n'allait, contrairement aux deux premières

⁹²⁷ Civ. Charleroi, 7 mai 2009, R.G. : 07/1784/A, inédit.

⁹²⁸ Civ. Bruxelles, 24 octobre 2006, R.G. : 05/5.294/A, inédit.

hypothèses, pas de soi. En effet, l'action en contestation de paternité n'a été ouverte au père biologique, en droit belge, qu'en 2006⁽⁹²⁹⁾. Avant cette modification légale, ni la Cour constitutionnelle, ni la Cour de cassation, ni même la Cour européenne des droits de l'homme, n'avait jugé l'impossibilité d'agir pour le père biologique discriminatoire, contraire à l'intérêt de l'enfant ou aux droits de l'homme⁽⁹³⁰⁾.

Toutefois, certaines juridictions ont, dès l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur la filiation du 1^{er} juillet 2006 (voir n°52), considéré que l'ouverture de l'action en contestation de paternité au père biologique était une règle touchant à l'ordre public international belge. Par exemple, le Tribunal de première instance de Liège, dans une décision du 7 mars 2008, affirme que « *Cette disposition [l'article 318 nouveau du Code civil, qui permet à l'homme qui revendique la paternité de contester la paternité du mari de la mère en établissant sa propre paternité] qui met fin à la discrimination qui touchait le père biologique d'un enfant né d'une femme mariée qui était le seul parent à ne pouvoir établir sa paternité doit être considérée comme d'ordre public international. Il y a lieu d'écarter la loi marocaine et de faire application de la loi belge* »⁽⁹³¹⁾.

Dans le même sens, le Tribunal de première instance de Charleroi, dans une décision du 30 septembre 2010, écarte l'article 153 du Code marocain de la famille pour contrariété à l'ordre public international belge parce que ce droit ne permet pas au père biologique d'agir en contestation de paternité. Selon le tribunal : « *Dans le cas d'espèce, appliquer le droit marocain empêcherait de remettre en cause la paternité du défendeur qui n'est pas le père biologique de l'enfant et s'en désintéresse, et d'établir la véritable filiation de l'enfant. Parce qu'il est né dans le mariage, l'enfant ne pourrait se voir reconnaître sa véritable filiation, alors qu'il n'a jamais eu aucun lien avec son père légal ; de plus, le demandeur ne pourrait établir sa paternité alors que son droit national lui offre cette possibilité. (...) Dans ces circonstances, l'application du droit marocain produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public belge* »⁽⁹³²⁾. Le juge analyse les conditions de mise en œuvre de l'exception d'ordre public telles qu'elles sont inscrites à l'article 21 du Codip et considère, comme cette disposition le requiert, le rattachement à l'ordre juridique belge suffisamment intense : la mère, l'enfant ainsi que le demandeur qui se prétend le père biologique sont belges et nés en Belgique, où ils ont toujours vécu. Le défendeur est de nationalité marocaine mais réside en Belgique où il s'est marié.

⁹²⁹ Loi du 1^{er} juillet 2006 modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, *M.B.*, 29 décembre 2006.

⁹³⁰ Voyez G. MATHIEU, « De la relativité dans le temps et dans l'espace des valeurs qui fondent l'ordre public de droit international privé », *R.T.D.F.*, 2009/2, pp. 481 et suiv.

⁹³¹ Civ. Liège, 7 mars 2008, *Rev. dr. étr.*, 2009, n° 151, note C. HENRICOT, « La titularité de l'action en contestation de paternité face à l'évolution de l'exception d'ordre public sous l'influence du droit interne », pp. 720 et suiv.

⁹³² Civ. Charleroi, 30 septembre 2010, R.G. : 09/3985/A, *inédit*.

315. L'ouverture de l'action en contestation de paternité au père biologique ne reçoit cependant pas de réponse unanime dans la jurisprudence belge, le fait que le droit étranger ne permet pas au père biologique d'introduire une telle action étant parfois accepté et appliqué par les cours et tribunaux (⁹³³).

Nous remarquons néanmoins que, concernant l'application du droit marocain, les décisions recueillies s'orientent toutes en faveur du rejet de ce droit au motif qu'il n'ouvre pas l'action au père biologique. Ce point de vue s'explique probablement par le caractère particulièrement restrictif du droit marocain qui n'ouvre la contestation de paternité qu'au père légal, contrairement à d'autres droits étrangers qui, sans ouvrir l'action au père biologique, connaissent divers titulaires à l'action.

L'empêchement absolu pour le père biologique d'établir sa filiation semble donc devoir être écarté. Les raisons de la violation de l'ordre public ne doivent pas être recherchées dans une préférence accordée à la vérité biologique, mais plutôt dans l'impossibilité pour le père biologique de saisir le tribunal de sa demande.

#2 Les moyens de preuve de la paternité

316. L'application du droit marocain aux moyens de preuve du lien de filiation est habituelle devant les juridictions belges. Si le recours à l'expertise génétique ne pose pas de difficulté, même si nous avons vu qu'elle subissait une sorte d'*'ajustement'* au droit belge (voir n°216), tel n'est pas le cas du serment d'anathème. Le serment d'anathème consiste, pour le mari, à attester quatre fois que sa femme a commis l'adultère et d'ajouter un cinquième serment appelant sur lui la malédiction de Dieu s'il ne dit pas la vérité. Ce mode de preuve est systématiquement écarté en Belgique.

Concernant le serment d'anathème, le Tribunal de première instance de Bruxelles, le 24 octobre 2006, s'est prononcé dans les termes suivants pour désigner un expert chargé de procéder à une expertise génétique : « *Attendu qu'il n'apparaît pas justifié de recourir au serment d'anathème, cette institution étant pratiquement tombée en désuétude et les moyens scientifiques actuels permettant d'avoir des preuves solides* » (⁹³⁴). De manière plus catégorique, le Tribunal de première instance de Liège, le 8 janvier 2010, s'oppose à la demande du mari de pouvoir faire usage de la procédure du serment d'anathème. Selon le tribunal, « *S'agissant d'une procédure fondée sur les déclarations du mari et s'apparentant,*

⁹³³ Voyez par exemple en sens contraire concernant le droit néerlandais : Bruxelles, 4 mai 2010, *Act. dr. fam.*, 2010/ 6, p. 101 et Civ. Gand, 12 mai 2011, *Revue@dip.be*, 2011, n° 4, p. 127.

⁹³⁴ Civ. Bruxelles, 24 octobre 2006, R.G. : 05/5.294/A, *inédit*. Voyez sur ce point M.-C. FOLETS et J.-Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille : incidences au regard du droit international privé en Europe, op.cit.*, pp. 81-82. L'article 153 du Code marocain de la famille, en gardant à côté de l'expertise formelle, le serment d'anathème comme moyen de preuve, illustre la coexistence dans ce Code de la modernité et de la tradition. Sur le serment d'anathème et sa désuétude : Voyez aussi : Y. Linant de Bellefond, *Traité de droit musulman comparé*, t. III, Liv. IV, *op. cit.* pp. 46 et suiv.

comme le demandeur le souligne, au serment litisdécisoire, elle doit être considérée comme étant contraire à l'ordre public international belge, dès lors que l'indisponibilité de l'état des personnes est un principe fondamental de notre droit »⁽⁹³⁵⁾. Par conséquent, le juge fait droit, dans les deux cas, à la demande subsidiaire du demandeur d'ordonner une expertise génétique.

Est-ce réellement parce que l'indisponibilité de l'état des personnes est un principe fondamental de notre droit ou plutôt en raison du pouvoir de décision qui repose uniquement sur le mari que le serment d'anathème doit être exclu dans l'ordre juridique belge ? On l'a vu, dans le cadre de l'analyse du droit familial interne, l'indisponibilité de l'état des personnes connaît des tempéraments. Le refus de prise en considération du serment d'anathème repose probablement sur ces deux motivations qui se rejoignent et se renforcent, et qui témoignent du rejet d'un système juridique offrant de telles prérogatives à l'un des conjoints.

D. L'ordre public international belge et la défense de valeurs absolues : conclusions

317. Les dispositions discriminatoires du droit marocain du mariage ne sont pas appliquées en Belgique. Celles qui concernent le droit de la filiation non plus. L'exception d'ordre public est, en effet, largement utilisée dans cette dernière hypothèse, les critères de mise en œuvre de cette exception semblant automatiquement rencontrés.

Si certains magistrats précisent les circonstances attestant de la proximité de la situation avec la Belgique, la démarche n'est pas systématique. De plus, lorsque la proximité est invoquée, c'est toujours à la faveur du lien de filiation.

Quant à la question de la gravité des effets que produirait l'application du droit étranger, elle est résolue implicitement par l'affirmative en matière de filiation hors mariage : empêcher un enfant de voir son lien de filiation paternel établi heurte, en soi, l'ordre public international belge. La même conclusion peut être dégagée en ce qui concerne le lien de filiation des enfants issus d'unions polygamiques. La protection de l'intérêt de l'enfant l'emporte sur le reste⁽⁹³⁶⁾. La jurisprudence française, quant à elle, ne suivait pas la même voie et n'écartait le droit étranger qui empêche l'établissement de la filiation naturelle sur la base de l'exception d'ordre public que lorsque la situation justifiait d'une proximité suffisante avec l'ordre juridique français, c'est-à-dire si l'enfant est français ou a sa résidence habituelle en

⁹³⁵ Civ. Liège, 8 janvier 2010, R.G. : 09/3894/A, inédit.

⁹³⁶ J.-Y. CARLIER et C. HENRICOT, « Belgique, de l'exception d'ordre public aux accommodements réciproques ? », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, op.cit., p. 256.

France⁽⁹³⁷⁾. Cette jurisprudence française semble cependant remise en question pour refuser également la relativité de l'ordre public en la matière⁽⁹³⁸⁾.

318. En ce qui concerne la jurisprudence sur la contestation de paternité, telle que prévue par le droit marocain, on retrouve une recherche de symétrie avec le droit belge. La contestation est rendue possible par les juridictions belges dans les conditions du droit belge. Il s'agit toutefois d'un autre type de concordance avec le droit belge. Dans le cas de l'application du droit marocain, celui-ci est interprété de manière à correspondre au droit belge. Lorsqu'il s'agit de l'application de l'exception d'ordre public international, le droit marocain est écarté pour faire place au droit belge. Le point commun réside dans le fait que, en matière de filiation, l'écart que produirait l'application du droit marocain par rapport à la réglementation interne n'est pas accepté.

Par ailleurs, la logique, qui répond aux exigences de l'application de l'exception d'ordre public, est surprenante puisque le droit marocain, s'il est écarté dans la désignation des titulaires à l'action, sera retenu pour les délais ou l'expertise génétique, alors même que l'action telle qu'elle est poursuivie en Belgique semble impensable aux yeux du droit marocain. Ce morcellement est cependant inévitable car il tient aux conditions même de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public.

L'analyse de l'accueil du droit marocain de la filiation nous enseigne, par conséquent, qu'il existe une réelle volonté de rester très proche des règles posées par le droit belge lorsqu'il s'agit de se prononcer sur un lien de filiation.

Section III | L'instrumentalisation des techniques de droit international privé à des fins matérielles

319. Le droit international privé est une matière technique. Son application se doit d'être méthodique. Elle n'est pas neutre pour autant. Qu'il s'agisse d'une sorte de *méta-droit* n'empêche pas que l'utilisation de ses procédés poursuive des fins matérielles. Ces objectifs sont cependant atteints, généralement, sous le couvert de raisonnements purement théoriques. Nous allons illustrer ce propos à la lumière de l'exception de fraude à la loi en matière de

⁹³⁷ Cass. Fr., 10 février 1993, *op.cit.*

⁹³⁸ Voyez la décision de la Cour de cassation française (Cass. Fr., 1^{ère} ch. Civ., 26 octobre 2011, n° 09-71.369) qui rejette le pourvoi introduit contre une décision de la Cour d'appel de Paris (4 juin 2009). La Cour d'appel avait écarté la loi ivoirienne empêchant l'action en recherche de paternité à l'égard d'un enfant adultérin pour contrariété à l'ordre public international français. En l'espèce la proximité avec l'ordre juridique français n'est pas réellement analysée. Voyez l'article de D. SINDRES, « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *op. cit.*

mariage (§1), de l'application de l'exception d'ordre public et de la règle de rattachement à l'égard des mariages simulés (§2) ainsi que de la qualification de l'institution de la dot (§3).

§ 1 La fraude à la loi et les mariages célébrés au Maroc

320. Le Codip contient une disposition consacrée à la fraude à la loi. Il s'agit de l'article 18, lequel dispose : « *Pour la détermination du droit applicable en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, il n'est pas tenu compte des faits et des actes constitués dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la présente loi* »⁽⁹³⁹⁾. La théorie de la fraude à la loi vise, dans ce cadre, la désignation du droit applicable.

La portée ne se limite toutefois pas à cet aspect. L'article 27 du Codip s'y réfère également en précisant que, lors du contrôle conflictuel, il doit être spécialement tenu compte de l'article 18 dudit Code. Vu l'exigence posée par l'article 27, lors de la reconnaissance d'un acte authentique étranger, de la vérification de la loi normalement applicable, la référence à l'absence de fraude touche ici uniquement l'obligation de vérifier, en sus, l'intention des parties à l'établissement de l'acte.

Enfin, l'article 25, 3°, du Codip, lorsqu'il traite des motifs de refus de reconnaissance des décisions judiciaires étrangères, précise que celles-ci ne seront ni reconnues, ni déclarées exécutoires lorsque « *la décision a été obtenue, en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la présente loi* ».

Tant au stade de l'application de la règle de conflit en Belgique que lors de la reconnaissance d'un acte étranger, l'absence de fraude à la loi est donc vérifiée. Encore faut-il s'accorder sur ce que recouvre la notion.

321. La fraude à la loi implique d'avoir utilisé volontairement la règle de conflit afin d'éluder la loi normalement applicable. Les éléments permettant de conclure à la fraude à la loi tiennent donc au détournement des règles de conflit, c'est-à-dire une manipulation de la règle de conflit, et à l'intention frauduleuse, soit l'intention d'éluder les dispositions impératives applicables⁽⁹⁴⁰⁾. Doivent être réunis : « *1° une loi normalement compétente sur le rapport de droit en cause (élément légal) ; 2° une modification volontaire de ce rapport de droit par l'une au moins des parties (élément matériel) ; 3° un but exclusif attaché à cette modification : la soustraction du rapport de droit à la compétence de la loi applicable*

⁹³⁹ Article 18 du Codip.

⁹⁴⁰ B. AUDIT, « Fraude à la loi », *Droit international privé français*, JurisClasseur, 1995, Fascicule 535, pp. 1 et suiv. ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, 7^{ème} éd., 1981, pp. 428 et suiv.

(*élément moral*) »⁽⁹⁴¹⁾. Ces éléments de définition appartiennent au droit français mais ils peuvent être transposés à l'article 18 du Codip, applicable notamment à la matière du mariage.

Il n'est pas inutile de préciser, pour la suite de l'exposé, que la fraude à la loi, telle que prévue par le Code de droit international privé belge, ne concerne que la fraude au droit désigné par celui-ci. L'exception ne peut donc pas être soulevée pour invoquer une fraude de manière générale ou la fraude à la législation sur les étrangers en particulier⁽⁹⁴²⁾. Elle sera adéquatement invoquée en cas de détournement intentionnel de la règle de conflit en vue d'obtenir ce qui n'aurait pas été possible selon le droit normalement désigné. À l'égard du droit marocain, l'exception de fraude à la loi a parfois été soulevée en vue de faire obstacle à la reconnaissance de mariages régulièrement célébrés au Maroc.

322. La fraude à la loi, invoquée pour refuser la reconnaissance d'actes de mariage établis au Maroc, concerne généralement le mariage de couples belgo-marocains dont l'un des époux réside au Maroc.

Nous avons vu que la fraude à la loi implique une modification de la règle de conflit en vue, notamment, de se voir appliquer une autre loi que celle normalement désignée par le Codip.

Dans le cas de la célébration au Maroc d'un mariage alors que l'un des époux possède la nationalité marocaine ou réside au Maroc, il est difficile de conclure à la modification du critère de rattachement. En effet, les autorités belges n'ont aucune exclusivité à célébrer les mariages de leurs ressortissants ou résidents et le droit international privé marocain attribue une telle compétence, sans exclusivité non plus, à ses autorités⁽⁹⁴³⁾. Par ailleurs, le Codip retient comme facteurs de compétence pour la célébration des mariages en Belgique, la résidence habituelle, le domicile ou la nationalité des futurs époux⁽⁹⁴⁴⁾. À moins que la résidence au Maroc ne soit fictive ou que la nationalité marocaine n'ait été sollicitée que dans le but de pouvoir se marier au Maroc, – ce qui n'a jusqu'à présent jamais été démontré et qui, par ailleurs semble douteux –, il est difficile de considérer qu'il y a eu '*déplacement*'. En effet, pourquoi considérer que le lieu '*normal*' de la célébration du mariage soit l'État de la résidence habituelle des époux plutôt que celui de la nationalité de ces derniers ? L'article 18

⁹⁴¹ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », *Rep. Internat.*, Dalloz, 1998, p. 5. Les mêmes conditions sont retenues en droit belge. Voyez sur ce point : P. WAUTELET, « La fraude en droit patrimonial international : le cas des successions internationales », Liège, Anthémis, 2015, pp. 285 et suiv.

⁹⁴² Dans ce sens, voyez aussi P. WAUTELET, « Mariages célébrés à l'étranger : la preuve de la fraude à la loi et le moment de son appréciation », *Rev. dr. étr.*, 2008, n° 148, pp. 276 et suiv. ; B. TRUFFIN et S. KONINGS, « Table ronde 1. La reconnaissance des actes et des jugements étrangers et la relation entre le DIP et le droit de séjour » in J. VERHELLEN (dir.), *Loi et pratique en DIP familial. Compte rendu des tables rondes printemps 2013, op.cit.*, pp. 18 et suiv. ; P. WAUTELET, « La fraude en droit patrimonial international : le cas des successions internationales », *op. cit.*, pp. 285 et suiv.

⁹⁴³ Voyez l'article 14 du Code marocain de la famille.

⁹⁴⁴ Article 44 du Codip.

fait référence à la loi « *normalement applicable* ». Il ne nous semble par conséquent pas possible de conclure à la fraude à la loi dans cette hypothèse⁽⁹⁴⁵⁾.

323. Imaginons, cependant, un cas de délocalisation du mariage au Maroc d'époux qui ne possèdent pas la nationalité marocaine et qui n'ont pas de résidence habituelle au Maroc. Encore faudrait-il, pour conclure à la fraude à la loi, que cette délocalisation entraîne une modification de la loi applicable et que telle soit l'unique intention des parties. Or, en matière de mariage, tant le Maroc que la Belgique appliquent le droit national aux conditions de fond⁽⁹⁴⁶⁾. Sur ce point, concernant des époux marocains, il convient d'approuver la jurisprudence qui, si elle ne se prononce pas sur la question du déplacement que nous soulevons, considère que lorsque l'un des conjoints est marocain, réside au Maroc et s'y marie avec un Belge, « *on ne voit pas très bien dans quelle mesure il y aurait modification de la règle de rattachement* »⁽⁹⁴⁷⁾.

324. Les conditions de forme sont par contre régies par la règle *locus regit actum*⁽⁹⁴⁸⁾. Ce n'est donc que dans ce dernier cas que la fraude à la loi pourrait, le cas échéant, être invoquée⁽⁹⁴⁹⁾.

Une telle problématique s'est posée de manière complexe dans la situation suivante : une première demande de mariage avait été introduite en Belgique et refusée par les autorités belges avant la célébration du mariage au Maroc. L'officier de l'état civil belge et le juge saisi sur recours contre la décision de l'officier de l'état civil, ont estimé, sur base des enquêtes préalables à la célébration, que le mariage avait pour unique but l'obtention d'un avantage en matière de séjour ou de nationalité. L'application de l'article 146*bis* du Code civil belge

⁹⁴⁵ Déjà pour certains, le caractère frauduleux d'un déplacement est difficile à caractériser « *lorsqu'il consiste à exercer un choix, une liberté ou une option conférés ou reconnus par le droit du for* » (D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 2014, p. 495). *Contra* : P. WAUTELET, « La fraude en droit patrimonial international : le cas des successions internationales », *op. cit.* Nous allons plus loin dans l'hypothèse que nous traitons dès lors que nous considérons qu'il n'y a, en l'espèce, pas de déplacement.

⁹⁴⁶ En vertu de l'article 8 du Dahir sur la condition civile des français et des étrangers au Maroc du 12 août 1913 (*B.O.*, 12 septembre 1913). Voyez : F. SAREHANE, « Maroc- Conflit de lois – Conflit de juridictions », *JurisClasseur, Droit comparé, V° Maroc*, fascicule 60, p. 14, n° 63. Pour la Belgique, la règle est prévue à l'article 46 du Codip.

⁹⁴⁷ Civ. Verviers, 23 juin 2008, *Rev. dr. étr.*, 2008, n° 149, p. 367. Voyez aussi Civ. Gand, 26 février 2009, R.G. : 07/966/A, *inédit* ; Civ. Dendermonde, 4 novembre 2008, R.G. : 08/1229/B, *inédit*, Bruxelles, 18 février 2013, R.G. : 2012/QR/63, *inédit*, Civ. Liège, 3 avril 2009, R.G. : 08/4442/A, *inédit*.

⁹⁴⁸ En vertu de l'article 11 du Dahir sur la condition civile des français et des étrangers au Maroc du 12 août 1913 (*op. cit.*), le mariage des étrangers au Maroc est soumis à leur loi nationale soit à la règle *locus regit actum*. Pour la Belgique, la règle est prévue à l'article 47 du Codip.

⁹⁴⁹ La fraude aux conditions de forme du mariage fut acceptée par la jurisprudence française. Voyez par exemple les ouvrages précités : B. AUDIT, « Fraude à la loi », *op. cit.*, p. 9 ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, « Fraude à la loi », *op. cit.*, p. 12. Les mêmes conditions sont retenues en droit belge. Voyez sur ce point : P. WAUTELET, « La fraude en droit patrimonial international : le cas des successions internationales », *op. cit.*, pp. 285 et suiv.

empêche, en effet, la célébration du mariage qui ne vise pas la création d'une communauté de vie durable (voir n°122).

Dans cette hypothèse, les époux, en se mariant au Maroc, ont obtenu à l'étranger ce qu'ils ne pouvaient pas obtenir en Belgique. La jurisprudence s'est prononcée à plusieurs reprises sur cette question lors de demandes de reconnaissance d'actes de mariage établis dans de telles circonstances. La position des tribunaux belges n'est pas clairement définie.

Selon le Tribunal de première instance de Bruxelles, condamnant le refus de reconnaissance de l'acte de mariage marocain sur la base de la fraude à la loi : *« le refus antérieur par les autorités belges de célébrer le mariage peut servir d'indice tout comme l'absence d'enquête fouillée par les autorités étrangères avant le mariage mais n'est pas suffisant pour démontrer qu'il y a une union visant un autre but que la célébration d'une communauté conjugale fondée sur des relations affectives. Il n'est pas contesté que les parties n'ont pas échappé à l'application de leur loi nationale respective quant aux conditions de fond et qu'elles n'ont dès lors pas trouvé d'avantage à cet égard en se mariant au Maroc »*⁽⁹⁵⁰⁾.

A contrario, on peut lire dans une décision du même tribunal, que les intéressés *« ont dès lors bel et bien obtenu à l'étranger ce qu'ils n'auraient pu obtenir en Belgique en vertu de droit applicable désigné par le Code de droit international privé et normalement applicable en l'espèce. Les requérants ont en effet contracté un mariage au Maroc, où Mme (...) était représentée, dans le seul but d'éviter les mesures tendant à lutter contre les mariages simulés. Il y donc en l'espèce fraude à la loi »*⁽⁹⁵¹⁾.

Toujours selon ce tribunal : *« il ne peut être contesté que les demandeurs ont, a priori, par la conclusion d'un mariage par procuration au Maroc, alors que l'officier de l'état civil de la ville d'Anvers venait de refuser de célébrer le mariage, obtenu à l'étranger ce qu'ils ne pouvaient obtenir en Belgique, à tout le moins sans recours devant les tribunaux, impliquant un examen approfondi des intentions des parties. (...) Le tribunal ne peut toutefois se contenter seulement de constater que les demandeurs ont ainsi évité de diligenter en Belgique un recours contre la décision de refus de célébration de leur mariage pour en déduire qu'ils auraient agi frauduleusement. (...) Le refus antérieur par les autorités belges de célébrer le mariage peut servir d'indice tout comme l'absence d'enquêtes fouillées par les autorités étrangères avant le mariage, mais n'est en effet pas suffisant pour démontrer qu'il y a une union visant un autre but que la célébration d'une communauté conjugale fondée sur des relations affectives »*⁽⁹⁵²⁾.

⁹⁵⁰ Civ. Bruxelles, 9 février 2010, R.G. : 2008/2687/B, *inédit*. Voyez aussi : Civ. Tongres (*réf.*), 28 avril 2006, R.G. : 05/1671/A, *inédit*. Pour le juge, le mariage célébré au Maroc afin d'éviter de devoir produire les documents requis par la législation belge ne constitue pas en soi une fraude à la loi dès lors que l'officier de l'état civil n'a pas contesté la possibilité pour les intéressés de se marier au Maroc. En outre, selon le tribunal, les parties se sont mariées avec l'intention de créer une communauté de vie durable.

⁹⁵¹ Civ. Bruxelles, 8 janvier 2008, R.G. 2007/1340/B, *inédit*.

⁹⁵² Civ. Bruxelles, 15 janvier 2008, *Rev. dr. étr.*, 2008, p. 274, note P. WAUTELET. Voyez aussi : Civ. Tongres (*ref.*), 28 avril 2006, R.G. : 05/1671/A, *inédit*.

Si, quant au résultat, les décisions qui concluent à l'absence de fraude à la loi doivent être approuvées, le raisonnement pour y parvenir est sujet à critique. D'abord, aucune de ces décisions n'apporte de précisions quant au déplacement de la situation à l'étranger et donc à la possibilité d'appliquer l'article 18 du Codip. Ensuite, même s'il était attesté que les époux n'avaient aucun lien avec le pays de célébration du mariage et qu'il y avait une modification de la loi applicable aux formalités du mariage, ces éléments ne suffiraient pas pour conclure à la fraude à la loi. L'élément intentionnel, incontournable, qui constitue en l'espèce la volonté d'échapper au contrôle de l'authenticité du consentement au mariage, doit être scrupuleusement analysé⁽⁹⁵³⁾.

325. En matière de fraude à la loi, l'élément intentionnel constitue en effet la clé de voûte du système. L'intention des parties est toutefois extrêmement difficile à interpréter. Par conséquent, il importe d'analyser suffisamment d'éléments objectifs avant de conclure à l'existence d'une fraude à la loi.

Nous avons vu que le Maroc retient la même règle de rattachement pour les conditions de fond du mariage que le Codip. Nous avons également souligné qu'il ne peut s'agir d'une fraude à la réglementation sur l'accès au séjour puisque la loi que les intéressés ont souhaité éviter doit être celle normalement applicable en vertu du Codip. L'unique hypothèse qui peut être retenue résulte donc bien du choix par les intéressés du lieu de célébration du mariage au Maroc, choix effectué dans le seul but d'éviter les enquêtes prévues en droit belge pour évaluer la sincérité du consentement.

La décision du Tribunal de première instance de Verviers est sur ce point intéressante et plus précise que les précédentes décisions évoquées. Le tribunal y affirme ce qui suit : « *en l'espèce, l'authenticité du consentement de la requérante prévu tant par l'article 146bis du code civil (...) que par l'article 4 du code marocain de la famille, est mise à mal par les éléments de fait dont question et ce, d'autant plus, qu'en ce qui concerne le droit marocain, on peut se douter qu'il impose un contrôle moins strict de l'authenticité du projet conjugal que celui pratiqué en Belgique par les officiers de l'état civil...* »⁽⁹⁵⁴⁾. Encore faut-il prouver, dans une telle hypothèse, que tel était le seul motif du choix du lieu de célébration. Une telle position a été prise par le Tribunal de première instance de Bruxelles, qui, dans une affaire du 10 février 2009, a motivé son refus de reconnaissance du mariage sur cette base : « *Il résulte des éléments de la cause que les parties ont choisi le Maroc comme lieu de célébration de leur mariage, pour éviter le contrôle de l'officier de l'état civil en Belgique et le risque éventuel pour l'appelant de se voir refuser la délivrance d'un visa de regroupement familial par l'Office des étrangers* »⁽⁹⁵⁵⁾.

⁹⁵³ P. WAUTELET, « La fraude à la loi et les mariages célébrés à l'étranger », note sous Civ. Mons, 27 juin 2007, *Rev. dr. étr.*, 2007, n° : 143, pp. 179 et suiv.

⁹⁵⁴ Civ. Verviers, 23 juin 2008, *Rev. dr. étr.*, 2008, n° 149, p. 370.

⁹⁵⁵ Civ. Bruxelles, 10 février 2009, *J.M.L.B.*, 2010/7, p. 325.

326. Notons que de nombreuses décisions liées à la problématique de la fraude à la loi dans cette matière concernent des mariages célébrés au Maroc par procuration. En effet, les conditions de forme du mariage sont régies par le droit du lieu de célébration⁽⁹⁵⁶⁾. Plus spécifiquement, selon l'article 47, § 2, 4°, du Codip, ce droit détermine notamment si et selon quelles modalités « *le mariage peut avoir lieu par procuration* ». Le mariage par procuration ressort donc de la catégorie des formalités relatives au mariage et peut partant être reconnu en Belgique s'il a été célébré dans un pays qui autorise ce type de mariage. Tel est le cas du droit marocain, sur la base de l'article 17 du Code. Selon cette dernière disposition, la procuration est possible en cas de circonstances particulières et en vertu d'une autorisation du tribunal.

Dans une série de situations, la procuration n'a pas soulevé de difficultés, les juges belges appliquant le droit marocain aux formalités du mariage pour conclure à sa validité⁽⁹⁵⁷⁾. La Cour d'appel de Bruxelles⁽⁹⁵⁸⁾ est allée jusqu'à affirmer que les époux soutiennent qu'il appartient au juge de la famille marocain d'apprécier « *l'existence de circonstances particulières* » justifiant le mariage par procuration, et qu'il n'appartient pas à l'officier de l'état civil belge ou au juge belge de substituer son appréciation à celle du juge marocain. En l'espèce, la procuration était fondée sur la considération que l'époux n'était pas en possession d'une carte de séjour lui permettant d'aller contracter personnellement le mariage au Maroc et de revenir ensuite en Belgique. La Cour affirme que l'on « *ne peut considérer qu'en admettant pareil motif, le juge marocain aurait manifestement détourné la notion de circonstances particulières de sa finalité* ». Selon la Cour, « *il apparaît au contraire que la formalité du mariage par procuration a été maintenue dans le nouveau Code de la famille marocain pour faciliter le mariage des Marocains résidant à l'étranger* »⁽⁹⁵⁹⁾. Cette

⁹⁵⁶ En vertu de l'article 47 du Codip.

⁹⁵⁷ Bruxelles, 14 juillet 2010, R.G. : 2009/AR/2978, *inédit.* ; Civ. Bruxelles, 15 janvier 2008, *Rev. dr. étr.*, 2008, p. 274, note P. WAUTELET.

⁹⁵⁸ Bruxelles, 16 octobre 2008, *Act. dr. fam.*, 2009/7, 131, note J. FIERENS et *R.T.D.F.*, 2009/3, p. 680.

⁹⁵⁹ La Cour renvoyant ici à l'ouvrage suivant : M.-C. FOBLETS et J.-Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, *op.cit.*, p. 22 et suiv. *Contra* : le Tribunal de première instance de Bruxelles s'est opposé à la reconnaissance d'un mariage marocain car les époux restaient en défaut de produire la décision du juge de la famille marocain autorisant la représentation de l'épouse à son mariage. Le respect des conditions de l'article 17 du Code marocain de la famille ne pouvait donc être vérifié (Civ. Bruxelles, 16 février 2010, *ADDE Newsletter*, 2010, n° 52, p. 5). Cette décision est intéressante puisque le Code belge de droit international privé impose la vérification des conditions du droit marocain aux formalités du mariage, ce qui implique un contrôle des modalités imposées par ce droit. En l'espèce, le juge avait ordonné la réouverture des débats afin que les parties produisent la décision du juge marocain de la famille pour lui permettre d'objectiver l'existence de circonstances particulières empêchant le mandant de conclure le mariage en personne. La question posée ici est celle de l'étendue du contrôle du droit appliqué à l'étranger. Si l'acte de mariage marocain mentionne que le mariage a été conclu par procuration, cela implique, en théorie en tous cas, que le juge marocain a préalablement autorisé la procuration en raison de circonstances particulières. Une nouvelle appréciation des faits par le juge belge apparaîtrait à ce stade déraisonnable. Il semble donc que si le principe de la procuration a été jugé acceptable par le législateur belge - ce qui est le cas puisqu'il en a fait une condition de forme soumise au droit du lieu de célébration - les autorités belges ne peuvent plus refuser un mariage par procuration célébré dans un pays qui l'autorise. Pour refuser un droit étranger qui permet le mariage par procuration, par exemple parce que les circonstances requises apparaissent tout à fait exorbitantes, l'autorité belge saisie de la demande de reconnaissance sera tenue de motiver très avant son refus dès lors que le principe

jurisprudence n'est cependant pas unanime et nous avons vu que lorsque la procuration permet qu'un mariage soit célébré à l'étranger en vue d'éviter les enquêtes organisées par le Code civil belge pour déjouer les mariages simulés, la reconnaissance de ce dernier est parfois refusée⁽⁹⁶⁰⁾.

327. La théorie de la fraude à la loi, telle qu'appliquée à la demande de reconnaissance de mariages célébrés au Maroc, semble parfois constituer un outil d'évaluation du consentement sincère des époux au mariage, en dépit des conditions spécifiques de sa mise en œuvre. Cette exception technique peut devenir un instrument en vue du contrôle de la politique migratoire et se voir détournée de sa fonction afin de répondre à certaines fins qui lui sont *a priori* étrangères.

À cet égard, la règle qui autorise expressément le mariage par procuration célébré à l'étranger et la jurisprudence souple en la matière apparaissent particulièrement isolées. D'une part, le droit étranger est ici fondamentalement différent du droit belge et le droit international privé le reconnaît néanmoins, ce qui en pratique n'est pas si fréquent, comme nous l'avons démontré. D'autre part, les législations sont de plus en plus contraignantes dès que des conséquences en termes de droit de séjour peuvent découler d'une situation familiale.

§ 2 La règle de conflit ou l'exception d'ordre public et les mariages simulés

328. Nous avons vu que, sur la base du droit marocain lui-même, les juridictions belges refusent la célébration ou la reconnaissance d'un mariage en raison de l'absence de volonté de créer une communauté de vie durable (voir n°205).

329. La jurisprudence a cependant hésité pour déterminer la base légale applicable au contrôle de la validité des mariages célébrés à l'étranger. Le questionnement sur le raisonnement juridique correct pour refuser en Belgique de donner effet à des unions basées sur la volonté d'obtenir un avantage en matière de séjour ainsi que le fait que la question de la validité du consentement à l'union conjugale donne lieu à une jurisprudence abondante attestent de l'influence de la politique migratoire sur le contentieux de droit international privé.

de la procuration est *a priori* acceptable. L'hypothèse n'est cependant pas exclue puisque l'ordre public est une exception à l'application du droit étranger qui nécessite une appréciation concrète.

⁹⁶⁰ Voyez par exemple : Civ. Bruxelles, 13 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2008/19, p. 841, note P. WAUTELET, « Reconnaissance d'un mariage par procuration célébré à l'étranger ».

Ce contentieux témoigne également d'une certaine instrumentalisation des règles de droit international privé à des fins matérielles. En effet, l'application douteuse de l'article 4 du Code marocain de la famille pour refuser les mariages dits simulés ou de l'exception d'ordre public pour écarter le droit marocain sur ce point semble juridiquement erronée (voir n°209).

330. La qualification de l'article 146*bis* du Code civil belge en loi de police apparaît, par contre, plus honnête. En effet, d'une part, nous l'avons vu, le droit marocain ne connaît pas la nullité du mariage pour simulation. Il semble donc difficile d'utiliser l'article 4 du Code marocain de la famille pour la justifier. D'autre part, il est certain que l'intention des conjoints de créer une communauté de vie durable fait partie de l'exigence, tant en droit marocain qu'en droit belge, de consentir au mariage. Il peut dès lors être difficilement admis de soulever l'exception d'ordre public à l'égard du droit marocain sur ce point. La Cour d'appel de Bruxelles, dans un arrêt du 10 janvier 2011, rappelle d'ailleurs que : « *La législation marocaine telle que décrite ci-dessus ne produisant aucun effet manifestement incompatible avec l'ordre public belge, il n'y a pas lieu d'en écarter l'application en invoquant l'article 21 du Code de droit international privé. Il convient au contraire de vérifier, en application de la législation marocaine, si les appelants, en se mariant, n'ont pas entendu détourner l'institution du mariage de son but naturel étant la création d'une union légale et durable* »⁽⁹⁶¹⁾. C'est en effet la situation qui peut être jugée contraire à l'ordre public international belge et non le droit marocain.

La solution pour déterminer la base légale au refus de célébration ou de reconnaissance du mariage simulé résiderait probablement dans le fait, pour les autorités belges, de considérer que l'article 146*bis* du Code civil est une loi de police. C'est ce que font, en réalité, les juridictions belges de manière implicite ⁽⁹⁶²⁾/⁽⁹⁶³⁾.

⁹⁶¹ Bruxelles, 10 janvier 2011, *R.T.D.F.*, 2011/3, pp. 639-640. La même cour précise d'ailleurs, dans une décision du 25 février 2013, qu' « *il est manifeste que les dispositions précitées du code de la famille marocain (articles 4, 10 et 57) sont tout à fait comparables aux dispositions de droit belge en ce qu'elles exigent un consentement sincère au mariage, qui doit avoir pour but la création d'une union durable ; il ne pourrait donc être question d'écarter ces dispositions pour contrariété à l'ordre public belge, en application de l'article 21 du Code de droit international privé* » (Bruxelles, 25 février 2013, R.G. : 2012/QR/73, inédit).

⁹⁶² Tel n'est pas le cas à l'heure actuelle et la Cour d'appel de Bruxelles a d'ailleurs réformé une décision qui appliquait l'article 146*bis* du Code civil belge dans le cadre de l'annulation d'un mariage entre un marocain et une espagnole (Bruxelles, 29 juin 2009, *R.T.D.F.*, 2010/2, pp. 534 et suiv.). Il est cependant surprenant de constater le flou qui existe parfois à cet égard. La décision de la Cour de cassation du 2 mai 2014 (C.13.0397.F/1) en atteste lorsqu'elle casse une décision rendue par la Cour d'appel de Bruxelles le 8 janvier 2013 au motif que « *l'arrêt n'a pu déduire de ces énonciations que l'intention du demandeur n'était manifestement pas de créer une communauté de vie durable avec la demanderesse mais uniquement d'obtenir un avantage en matière de séjour, de sorte que leur mariage est nul* », sans même préciser si l'article 146*bis* était ou non applicable en l'espèce.

⁹⁶³ Notons que la pratique du mariage arrangé, souvent analysée à tort parallèlement à la question du mariage simulé, constitue une autre question liée à la conformité du droit marocain à l'ordre public international belge. Pour la Cour d'appel de Bruxelles, le mariage arrangé par les familles des époux n'est pas considéré comme étant contraire à l'ordre public belge. Selon la Cour, « *la question de savoir si le mariage était un mariage arrangé, un mariage de raison ou un mariage d'amour n'a pas d'incidence, dès lors que toutes ces formes de*

L'on peut ainsi lire parfois, pour justifier l'annulation d'un mariage marocain, la motivation suivante : « aucune disposition de droit étranger ne pourrait déroger à l'article 146 du Code civil dont l'article 146bis du code civil n'est qu'une application et qui est d'ordre public international, car par cette disposition, le législateur a entendu consacrer un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique établi en Belgique, et qui, pour ce motif, doit nécessairement exclure l'application en Belgique de toute règle contraire ou différente d'un droit étranger »⁽⁹⁶⁴⁾. Cette motivation a pour mérite d'assumer la qualification de l'article 146bis du Code civil belge en loi de police.

331. Nombreuses sont les décisions qui refusent la reconnaissance des mariages parce qu'elles considèrent que le mariage est contracté en vue d'obtenir un avantage en matière de séjour⁽⁹⁶⁵⁾. Les refus reposent soit sur l'application de l'article 4 du Code marocain de la famille, soit sur l'exception d'ordre public, soit encore sur la fraude à la loi. L'ampleur de la problématique atteste des rapports étroits entre l'application du droit international privé et la politique migratoire menée par les autorités. Elle témoigne également d'une instrumentalisation des techniques de droit international privé en faveur d'une politique migratoire restrictive.

§ 3 Les enjeux de la qualification : l'exemple de la dot

332. Un nouvel exemple d'instrumentalisation des techniques de droit international privé à des fins matérielles peut être proposé sur le terrain de la qualification. La question de la qualification des rapports de droit est primordiale en droit international privé car elle permet de déterminer le critère de rattachement qui sera utilisé pour désigner la loi applicable. En d'autres termes, l'opération permet de choisir la catégorie du droit du for dans laquelle ranger la situation en cause et donc de faire correspondre des faits à une hypothèse légale en vue de déterminer la règle applicable. Selon la définition de MM. Rigaux et Fallon, « *Le problème de la qualification s'identifie avec l'opération logique par laquelle le tribunal saisi classe les faits, en vue de la détermination du droit applicable en vertu de la règle de rattachement, sous l'hypothèse légale pertinente, appelée catégorie de rattachement* »⁽⁹⁶⁶⁾.

mariage sont compatibles avec la volonté sincère de créer une communauté de vie durable » (Bruxelles, 9 février 2012, R.T.D.F., 2012/3, p. 622).

⁹⁶⁴ Civ. Charleroi, 10 juin 2010, R.G. : 09/3374/A, *inédit*. Voyez aussi par exemple Gand, 26 février 2009, R.G. : 2008/EV/52, *inédit* et Civ. Louvain, 2 février 2009, R.G. : 08-1473-A, *inédit*.

⁹⁶⁵ Voyez par exemple : Civ. Anvers, 23 décembre 2005, R.G. : 05/3266/B, *inédit* ; Civ. Anvers, 6 mars 2006, R.G. : 05/5655-B, *inédit* et Civ. Anvers, 26 septembre 2007, R.G. : 2007/EV/11, *inédit*. Sur cette question, il existe de nombreuses décisions, de différentes juridictions, qui concernent des mariages célébrés dans divers pays. Voyez : J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk, op.cit.*, pp. 276 et suiv.

⁹⁶⁶ F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé, op.cit.*, p. 285, n° : 7.8.

L'opération qui semble relativement évidente, d'autant qu'elle est mise en œuvre dès qu'un juge est saisi d'une question de droit international privé, peut s'avérer complexe. En effet, un conflit de qualifications peut surgir lorsqu'une institution est rangée dans des catégories de rattachement différentes selon les droits en cause. Par ailleurs, les juges belges peuvent avoir à connaître d'institutions inconnues du droit du for et devoir malgré tout les classer parmi les catégories de rattachement du droit interne. Tel est le cas de la dot.

333. Une première difficulté apparaît à ce stade puisque l'alternative suivante est offerte au juriste chargé de qualifier l'institution : la qualification doit-elle s'opérer selon les catégories du droit étranger ou se baser sur celles du droit du for⁽⁹⁶⁷⁾ ? La première option consiste à respecter, en droit interne, la qualification donnée à l'institution dans l'État d'origine. C'est ce que l'on nomme la qualification *lege causae*⁽⁹⁶⁸⁾. L'interprétation *lege causae* repose sur l'idée que la loi étrangère doit entrer en jeu avec ses propres qualifications⁽⁹⁶⁹⁾. La seconde possibilité revient à qualifier l'institution étrangère selon la loi du for, dite qualification *lege fori*, ce qui recouvre une démarche fonctionnaliste proposant une analyse de l'institution étrangère selon le but qui lui est assigné en fonction du cas d'espèce. Cette deuxième solution était initialement retenue afin de respecter la souveraineté des États saisis d'une situation internationale. La justification a évolué pour reposer sur l'idée que l'interprétation de la règle de conflit ne peut se faire que sur la base des conceptions de son auteur⁽⁹⁷⁰⁾. La Cour de cassation française s'est prononcée sur la question⁽⁹⁷¹⁾ comme suit : « *La règle de conflit est une règle du for. Elle ne peut en conséquence être interprétée qu'au regard des conceptions de l'ordre juridique du for, dont elle émane* ». Il s'agit également de la solution dominante en droit positif belge⁽⁹⁷²⁾. C'est donc en ce sens que se règle ce que l'on pourrait nommer le '*problème de qualification*', c'est-à-dire la situation dans

⁹⁶⁷ M.-C. NOBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, L.G.D.J., Paris, 2007, p. 161. Sur la théorie de la qualification, voyez : F. RIGAUX, *La théorie des qualifications en droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1956 ; J. ERAUW, *Internationaal Privaatrecht*, Bruxelles, Kluwer, 2009, pp. 352 et suiv.

⁹⁶⁸ Quelques fois appliquée en Belgique : Comm.bxl, 15 février 1983, *Rev.dr.com.belge*, 1984, p. 61 en matière de prescription ; Liège, 4 novembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, II, p. 1191 en matière de time-sharing. Le Codip a cependant diminué les difficultés de qualification par l'incorporation de dispositions déterminant le champ d'application du droit applicable (ex : articles 63 en matière de filiation et 47 pour les formalités au mariage) : F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, op.cit., p. 296, n° : 7.22.

⁹⁶⁹ À cet égard, B. AUDIT, à propos du droit français, précise : « *dès lors que le droit français déclare le statut personnel soumis à la loi nationale, il doit comprendre dans le statut personnel d'un étranger tout ce que sa loi nationale y inclut, y compris, le cas échéant, des questions que le droit français fait entrer dans une autre catégorie* » (*Droit international privé*, op. cit., p. 190).

⁹⁷⁰ B. AUDIT, *Droit international privé*, op. cit., pp. 181 et suiv. Et G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *Droit international privé*, t. 1, YVON BLAIS inc. éd., Québec, 1998, p. 135.

⁹⁷¹ Cass. Fr., 1^{ère} sect. civ., 22 juin 1955, p. 723, note BATIFFOL. Dans cette affaire (arrêt Caraslanis), la Cour considère que le mariage civil contracté en France entre un Grec et une française est valable conformément à la règle '*locus regit actum*', même si la loi grecque qui exige la célébration religieuse y voit une condition de fond.

⁹⁷² F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, op.cit., p. 290, n° 7.17.

laquelle il n'existe pas deux conceptions qui se rencontrent mais plutôt un droit du for qui ne comprend pas de catégorie pertinente puisqu'il ne connaît pas l'institution étrangère⁽⁹⁷³⁾.

La qualification selon les catégories retenues par l'ordre juridique du for à l'égard d'institutions qui lui sont inconnues n'est pas à première vue problématique, puisque les catégories de droit international privé sont autonomes par rapport aux concepts de droit interne. Elles reposent sur des notions plus souples et plus synthétiques afin de permettre l'incorporation des situations étrangères. Pour reprendre les termes de MM. Rigaux et Fallon, « *La méthode des conflits de lois repose (...) sur un postulat, à savoir que les concepts utilisés par la norme primaire de droit international privé, notamment ceux de la catégorie de rattachement, soient en mesure d'appréhender des situations 'étrangères', c'est-à-dire des rapports de droit étranger, l'opération de qualification consistant alors à mettre en présence les termes suffisamment larges de la catégorie de rattachement et les institutions juridiques des divers droits étrangers* »⁽⁹⁷⁴⁾.

Il n'empêche qu'il y a traduction des concepts d'un système juridique à un autre. Si une telle opération n'est pas compliquée lorsque l'institution de droit étranger connaît un équivalent ou un rapport de droit très proche dans le droit interne sollicité, cela nécessite parfois d'élargir quelque peu la catégorie du droit interne afin d'y faire entrer l'institution⁽⁹⁷⁵⁾. Tel est le cas par exemple pour le mariage polygame qui, bien que très éloigné des conceptions européennes du mariage, constitue une modalité de gestion des relations de couple qui, avec un peu de souplesse, trouvera sa place dans la catégorie *mariage*. La tâche est, par contre, beaucoup plus ardue si l'institution étrangère est totalement inconnue du droit du for, à l'instar de la dot⁽⁹⁷⁶⁾. Dans cette hypothèse, la phase de qualification est précédée d'une

⁹⁷³ G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé, op. cit.*, p. 142 ; E. FOHRER-DEDEURWAERDER, « Qualification en droit international privé », *Jurisclasseur*, Fasc. 531, 1^{er} septembre 2012, n° 1 et suiv.

⁹⁷⁴ F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 176 et suiv., n° 5.10 et 5.11.

⁹⁷⁵ Voyez sur ce point : C. ENGEL, « L'utilité du concept d'équivalence en droit international privé », *Annales dr. Louvain*, vol. 66, 2006, n° 1-2, pp. 55 et suiv. Notons que la notion d'équivalence en droit international privé connaît plusieurs fonctions. On parle d'équivalence en matière d'exequatur des jugements étrangers lorsque le juge étranger a appliqué une loi qui n'était pas celle désignée par la règle de conflit mais que le résultat auquel il aboutit est équivalent à celui qui aurait été obtenu par l'application de cette loi. L'équivalence est également le terme utilisé pour viser le cas où le juge applique sa loi alors même que la règle de conflit désignait une loi étrangère dès lors qu'il y aurait 'équivalence' entre ces lois. Enfin, l'équivalence vise également, dans le cadre de l'Union européenne, l'écartement d'une loi de police du for lorsque qu'une loi de police étrangère équivalente a été respectée. Voyez : H. GAUDEMET-TALLON, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », in *Droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE, op. cit.*, pp. 303 et suiv.

⁹⁷⁶ Le trust est l'exemple donné habituellement. Concernant la dot, P. FOURNIER, nous expose la difficulté que recèle cette opération dans un article intitulé « *La femme musulmane au Canada : profane ou sacrée ?* » qui commente une décision canadienne refusant de rendre exécutoire un contrat de mariage musulman contenant une clause de dot. Dans cette affaire, la Cour compare l'obligation de dot aux vœux exprimés lors d'un mariage chrétien, « *tels la promesse de s'aimer fidèlement dans le bonheur ou les épreuves, ou de se soutenir l'un l'autre tout au long d'une vie* » et conclut qu'il s'agit de principes moraux relevant de la foi auxquels aucune obligation d'exécution par le droit civil ne peut être donnée. Cet exemple montre comment les concepts étrangers, inconnus dans le pays d'accueil, peuvent être relégués en dehors du champ du droit en raison de leur difficile traduction au

analyse de l'institution étrangère permettant sa classification dans les catégories du for⁽⁹⁷⁷⁾ ; une telle classification n'est pas neutre⁽⁹⁷⁸⁾.

334. Une qualification *lege fori* ou fonctionnelle de la dot est généralement rencontrée dans la jurisprudence étrangère recensée. Vu le peu de jurisprudence belge en la matière et son absence de motivation en termes de qualification, nous ferons un détour par le droit comparé pour expliciter notre propos relatif à l'instrumentalisation des techniques de droit international privé.

En droit comparé, selon l'approche fonctionnelle, la dot est alors tantôt traitée comme un élément du régime matrimonial, comme une obligation alimentaire, en tant qu'obligation contractuelle, voire rangée parmi les successions selon la situation soumise au juge saisi : « *une fois délimité le rôle que la dot joue en droit islamique, il s'agira de trouver une institution qui remplisse une fonction similaire et qui pourrait même exister dans différents ordres juridiques européens* »⁽⁹⁷⁹⁾. On s'attache donc à la question de droit portée en justice.

Par exemple, la Cour suprême d'Allemagne⁽⁹⁸⁰⁾ s'est prononcée dans une affaire relative à la dot en qualifiant celle-ci d'obligation alimentaire, suivant ainsi une approche fonctionnelle de la règle de conflit. La Cour a considéré que la dot avait dans le cas d'espèce pour fonction de maintenir le niveau de vie de l'épouse après le divorce. Cette méthode de qualification, selon le contexte dans lequel l'institution apparaît, est habituelle pour la doctrine allemande⁽⁹⁸¹⁾.

Les cours et tribunaux français ont également été sollicités à plusieurs reprises concernant la question de la dot. À ces occasions, la dot a été rattachée au régime matrimonial, la clause de

moyen des concepts du for. La dot est un rapport de droit entre les époux prévus par de multiples droits étrangers. La relativité des conceptions qui sous-tend l'existence même de règles de droit international privé doit conduire le juriste à trouver des moyens pour donner du sens aux institutions inconnues du droit interne, pour autant toutefois qu'elles ne heurtent pas les principes jugés essentiels à celui-ci. Le raisonnement de la juridiction canadienne n'est, par conséquent, pas réellement satisfaisant au regard de la nature de la dot dans les droits concernés. (P. FOURNIER, « La femme musulmane au Canada : profane ou sacrée », *Projet MUSE, Scrolary journals online, CJWL/RFD*, pp. 231 et suiv.).

⁹⁷⁷ B. AUDIT, *Droit international privé*, 6ème éd., Economica, Paris, 2010, pp. 181 et suiv.

⁹⁷⁸ Sur l'implication des valeurs du droit matériel au stade de la qualification, voyez : R. BOUKHARI, « La qualification en droit international privé », *Les Cahiers de droit*, vol. 51, n°1, 2010, pp. 159 et suiv.

⁹⁷⁹ M. DEL P. DIAGO DIAGO, « *La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol* », *op. cit.*, p. 427.

⁹⁸⁰ BGH, 28 janvier 1987, *IPRax*, 1988, pp. 109 et suiv. Voyez : E. JAYME, « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *Recueil des cours*, 1995, pp.114-115.

⁹⁸¹ A. ARONOVITZ, O. DUBOIS, A. GERBER, R. LENZ, B. METRAUX, A.-S. RIEBEN SCHIZAS, G. SCHNEIDER ET M. SYCHOLD, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, *op.cit.*, p.92.

dot inscrite dans des actes de mariage étrangers étant analysée comme posant la question de la volonté des époux dans le choix de leur régime matrimonial (⁹⁸²).

La qualification d'un acte de mariage avec clause de dot par la jurisprudence française recelait une importance spécifique puisque, selon le droit français en vigueur à l'époque, en l'absence de production d'un contrat de mariage, le droit applicable au régime matrimonial devait être déduit de la volonté présumée des époux au moment du mariage. La combinaison de cette règle de droit français et du droit musulman qui ne connaît pas réellement de régime matrimonial montre la difficulté d'appliquer les règles du droit du for à la reconnaissance d'un acte étranger lorsque les institutions sont si différentes. En l'espèce, le juge français recherchait, en quelque sorte, une intention qui n'existait pas dans le chef des époux (⁹⁸³). En effet, « *La stipulation d'une dot est seulement une condition du mariage. De la sorte, cette stipulation est étrangère à la détermination du régime matrimonial, notion que le droit musulman ignore d'ailleurs* » (⁹⁸⁴). La résolution de cette problématique ne pose toutefois plus les mêmes questions depuis l'entrée en vigueur en France, en 1992, de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux.

335. Bien que largement utilisée par les juridictions européennes, l'approche fonctionnelle connaît deux bémols : d'une part, elle risque de dénaturer l'institution en la qualifiant selon les besoins de la cause. D'autre part, elle a pour conséquence que la qualification n'est pas étrangère au choix de la règle de rattachement. L'opération de

⁹⁸² Par exemple : Cass. fr., 2 décembre 1997, *Rev. Crit. dr. Int. pr.*, 1998, pp. 632 et suiv. Dans cette affaire concernant un couple marié au Liban et ayant établi un contrat marquant acceptation d'un régime de séparation de biens avec clause de dot, la Cour de cassation française fut amenée à se prononcer sur la question de la portée de l'acte. Il s'agissait de déterminer si l'acte emportait le choix d'un régime matrimonial. La Cour de Cassation considéra que « *l'existence d'une dot est exclusive d'un régime de communauté et qu'en signant ce contrat de mariage M.X. et M. Y. ont exprimé la volonté de se placer sous le régime de la séparation de biens seul reconnu par la loi musulmane avec clause de dot, conformément d'ailleurs à la législation en vigueur au Liban selon laquelle le régime matrimonial est celui de la séparation de biens* ». Pour P. GANNAGE (note sous Cass. fr., 2 décembre 1997, *Rev. Crit. dr. Int.pr.*, 1998, pp. 632 -637) la décision rendue a déformé « *la clause de stipulation de dot dont les origines et la signification, en droit musulman, sont spécifiques, et qui ne saurait être interprétée comme manifestant la volonté expresse des époux d'adhérer à un quelconque régime matrimonial* ». Cette critique n'est pas partagée par tous (voyez par exemple : P. SIMLER, M. STORCK, A. TISSERAND-MARTIN, G. WIEDERKEHR, « Régimes matrimoniaux », *Sem. Jur., Ed. Gén.* N° 20, 13 mai 1998, I, 135, p. 4-5). La règle de conflit désignée sur base du contrat conclu par les époux emportant stipulation de dot peut également être considérée comme constituant le mode de désignation le plus opportun, s'agissant de la loi que les époux connaissent, déterminée par eux dès le moment où ils se marient et qui, en outre, correspond potentiellement le mieux à la vie qu'ils choisissent.

⁹⁸³ M. REVILLARD, *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 556, Régimes matrimoniaux, 2008, pp. 8 et 9.

⁹⁸⁴ M. FARGE, « Notion de contrat de mariage et incertitudes sur le poids de la première domiciliation conjugale », *Droit de la famille* n° 7, Juillet 2012, comm. 129. Quelques années plus tard, la Cour de cassation française va d'ailleurs se prononcer dans un sens contraire en considérant, dans une espèce concernant un couple de marocains mariés au consulat du Maroc et résidant habituellement en France déjà avant leur mariage, « *que le mariage au consulat du Maroc des époux alors de nationalité marocaine, selon les préceptes musulmans imposant une dot au mari, ne constitue pas, à lui seul, une option expresse des époux pour le régime matrimonial marocain* » (Cass. fr., 1re civ., 22 mai 2007, *Sem. Jur.*, 4 juillet 2007, IV, 2321).

qualification est pensée en fonction du résultat que l'on souhaite atteindre. De ce fait, la contrariété éventuelle de l'institution étrangère à l'ordre public du for est détournée par le choix de la catégorie de rattachement.

L'arrêt du 7 avril 1998 de la Cour de cassation française est intéressant à ce titre. Dans cette affaire, la Cour a considéré que la dot, en sa qualité de condition de validité du mariage, était contraire à l'ordre public mais que, rattachée aux effets patrimoniaux du mariage, elle ne l'était pas⁽⁹⁸⁵⁾. Il en résulte que, « *outre sa fonction d'éviction de la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for, l'ordre public assurerait un rôle de 'calibrage' des institutions étrangères préalable à toute qualification* »⁽⁹⁸⁶⁾. Cette démarche conduit d'une certaine manière à instrumentaliser la qualification. Or, l'ordre public est une exception à l'application d'une règle de droit étranger qui doit, par définition, être invoquée, dans un second temps, une fois le droit étranger désigné par la règle de conflit.

⁹⁸⁵ Cass. fr. (1er ch. Civ.), 7 avril 1998, *Rev. Crit. dr. Int. pr.*, 1998, pp. 644 et suiv. Il s'agit d'une affaire dans laquelle la Cour était tenue de se prononcer suite à un pourvoi contre une décision de la Cour d'appel de Lyon qui avait considéré qu'un acte de mariage indien indiquant qu'il s'agissait d'un mariage dit '*Nickah*' selon le rite hanéfite et comprenant une clause de '*Maher*' - Le '*Maher*' dans le droit musulman de l'Inde constitue « *une somme que le mari consent à verser à sa femme pour cause de mariage et qui est destinée à lui garantir sa subsistance en cas de rupture des liens conjugaux et plus particulièrement à prévenir les divorce capricieux. C'est un contrepoids à l'inégalité des époux. Il s'effectue au moyen d'une promesse faite par l'époux et acceptée par le représentant de l'épouse en présence des témoins. Le montant est soit payé immédiatement, soit payable sur demande, soit au moment de la dissolution du mariage. L'engagement oblige les héritiers* » (D. ANNOUSSAMY, note sous Cass., 7 avril 1998, *idem*, pp. 646 et suiv.). Aujourd'hui le '*Maher*' est surtout symbolique, ce qui a poussé des épouses à demander des pensions alimentaires après divorce. La Cour suprême de l'Inde a considéré que si le '*Maher*' est insuffisant pour couvrir son but, la femme a droit à une pension alimentaire. Le Parlement est alors intervenu pour déclarer que la femme musulmane divorcée ne peut prétendre à une pension alimentaire. Mais la tendance au '*Maher*' symbolique est restée. « *On peut retenir que le 'maher' réel n'a aucun retentissement sur les liens patrimoniaux au cours du mariage, les biens acquis ou les dettes contractées. Le 'maher' symbolique qui est d'usage maintenant est tout simplement une indication qu'on reste dans la tradition du mariage musulman* » (D. ANNOUSSAMY, note sous Cass., 7 avril 1998, *idem*, pp. 646 et suiv.) - n'emportait pas le choix par les époux d'un régime matrimonial. La Cour de Cassation va reprocher à la Cour d'appel de Lyon de ne pas avoir examiné si les mentions figurant dans l'acte de mariage n'emportaient pas l'adoption d'un régime matrimonial. La Cour casse et renvoie l'affaire à la Cour d'appel de Lyon, à nouveau saisie. Ce deuxième arrêt va également refuser la prise en compte de l'acte indien comme élément déterminant du régime matrimonial mais selon une nouvelle motivation qui fait appel à l'exception d'ordre public. Selon la Cour d'appel nouvellement composée, « *l'acte de mariage comporte un contrat préalable qui se réduit à cette clause unique de 'maher'. La clause, tout en étant contenue dans un contrat de mariage, affecte l'acte de mariage lui-même, en faisant de celui-ci une opération de vente de la femme à son mari* » (V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La clause de « maher » dans un mariage indien : vente d'être humain ou simple dot ? », note sous cass. fr. 1re ch. Civ. 22 nov. 2005, *Droit de la famille* n° 2, Février 2006, comm. 20, p. 2). L'affaire a été portée une deuxième fois devant la Cour de Cassation. Dans son second arrêt, la Cour de cassation française, insistera sur « *la dissociation dans l'acte de 'maher' de deux éléments distincts : le consentement des époux au mariage d'une part et la somme d'argent (ou toute autre forme de propriété) payable par le mari au moment du mariage ou même postérieurement, d'autre part, qu'elle analyse comme le versement d'une dot et qui n'est donc pas contraire à l'ordre public international français* ».

⁹⁸⁶ Y. LEQUETTE, note sous Cass. fr., 1ère ch., 4 avril 1978, *J.D.I.*, 1979, p. 356.

La détermination du critère de rattachement adéquat sur la base des classifications du droit international privé belge, alors que l'institution est inconnue dans cet ordre juridique, n'est donc pas exempte d'enjeux idéologiques. Lorsqu'il s'agit de procéder à la qualification de la dot en vue de l'intégrer dans l'une des catégories de rattachement que connaît le droit international privé belge, le praticien n'est pas à l'abri d'en instrumentaliser le procédé en vue du résultat qu'il souhaite obtenir. En effet, selon une qualification *lege fori*, la dot peut consister en une condition de validité du mariage lorsque la demande porte sur la nullité du mariage, un effet du mariage s'il s'agit du paiement d'une dette à prélever sur le patrimoine du conjoint, ressortir du régime matrimonial lors de la demande d'une attribution de propriété à l'occasion de la liquidation de celui-ci...

Une telle qualification fonctionnelle conduit nécessairement l'intéressé à se poser la question de l'objet et de la cause de sa demande, ainsi que, par conséquent, de la loi qui sera désignée selon la prétention formulée. En effet, le droit belge ne connaissant pas l'institution de la dot, il sera plus utile à celui qui en réclame les effets de voir appliquer le droit étranger à sa requête.

336. Pour éviter ces écueils, la solution ne résiderait-elle pas dans le choix d'une qualification *lege causae*, le droit étranger classant explicitement la dot, soit comme une condition de validité du mariage, soit en tant qu'effet de celui-ci⁽⁹⁸⁷⁾? Cette voie n'est certainement pas sans intérêt lorsque l'institution à qualifier est inconnue du droit du for.

En vertu d'une qualification *lege causae*, lorsque la dot est considérée comme une condition de validité du mariage, les litiges portés devant les juridictions belges devraient être régis par la loi nationale des intéressés en sa qualité de loi applicable aux conditions de fond du

⁹⁸⁷ En effet, en droit musulman, la dot est qualifiée différemment selon les écoles. La dot est qualifiée par certains États comme un effet du mariage (écoles Hanafi, Shafi'i et Hanbali – par exemple dans les codes syrien, jordanien, irakien, ...). Il en résulte que le contrat de mariage peut être muet sur la dot ou comporter son exclusion, il n'en est pas nul pour autant. Dans cette hypothèse, la femme a droit à la dot d'équivalence. Dans d'autres États, la dot est considérée comme une condition de validité du mariage (école Malikite – par exemple dans les codes tunisien (qui a maintenu la dot malgré l'abrogation des autres institutions considérées comme inégalitaires telles la polygamie, la répudiation et la tutelle matrimoniale (art. 3 du Code de statut personnel tunisien) marocain et algérien (art. 26 et suiv. du code marocain de la famille et 9bis et suiv. du Code algérien de la famille). Il en résulte qu'une exclusion de la dot emporte la nullité du mariage. Cette règle est cependant tempérée, le mariage demeurant valable en l'absence de dot et la femme percevant dans ce cas une dot de parité. La nullité du mariage n'intervient que si l'acte exclu la dot et que le mariage n'a pas été consommé (Voyez : J. POUSSON-PETIT (*dir.*), *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, L'Harmattan, Paris, 2009, p. 39, L. MILLIOT et F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, *op. cit.*, p. 297. Voyez aussi : Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Traité de droit musulman comparé : le mariage, la dissolution du mariage*, *op. cit.*, p. 202, M. DEL P. DIAGO DIAGO, "La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol", *op. cit.*, p. 412-413, A. ARONOVITZ, O. DUBOIS, A. GERBER, R. LENZ, B. METRAUX, A.-S. RIEBEN SCHIZAS, G. SCHNEIDER ET M. SYCHOLD, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, S. ALDEEB et A. BONOMI éd., Zürich, 1999, p.91.).

mariage⁽⁹⁸⁸⁾. La jurisprudence belge, lorsqu'elle s'est prononcée sur la dot, semble s'être appuyée sur cette interprétation lorsqu'il s'agissait de litiges portant sur le droit marocain, sans pour autant l'affirmer de manière expresse. Les décisions recensées s'intéressent principalement à la compatibilité de l'institution avec l'ordre public belge, et l'ont donc implicitement considérée comme une condition de validité du mariage (voir n°261). Elles ne motivent cependant jamais le choix de la catégorie de rattachement. Les juridictions seraient toutefois contraintes de se prononcer clairement sur la qualification si une procédure d'exécution d'un acte de mariage étranger contenant mention d'une dot était introduite par l'épouse sur la base de l'article 23 du Codip. Il s'agirait d'une procédure apparemment inédite⁽⁹⁸⁹⁾.

337. L'exemple de la dot témoigne de la complexité de l'opération de qualification, surtout lorsque le rapport de droit en cause est totalement étranger à l'ordre juridique du for. La même conclusion que celle posée sous l'analyse de l'ordre public s'impose : l'obligation de se référer à une catégorie de rattachement ne permet pas de prendre en compte le système juridique étranger dans son ensemble et conduit à scinder les éléments interdépendants du modèle familial étranger. À cet égard, pour reprendre les termes de P. Gannagé, un certain « *trouble résulte (...) du fonctionnement du système de conflit qui conduit à soumettre les éléments nécessairement solidaires d'une situation juridique à des droits émanant d'autorités différentes* »⁽⁹⁹⁰⁾. Par ailleurs, le morcellement, en fonction de catégories précises et multiples, en rompant l'unité du droit étranger normalement indivisible, entraîne des situations boiteuses et des incohérences⁽⁹⁹¹⁾.

⁹⁸⁸ En application de l'article 46 du Codip. Nous plaçons la dot dans les conditions de fond et non de forme puisqu'un acte de mariage ne faisant aucune mention de la dot est valable. Pour les époux qui possèdent des nationalités différentes, une application cumulative des lois nationales se justifierait au motif que l'institution de la dot concerne la conception même du mariage. Toutefois, l'application de la loi nationale de l'épouse se comprendrait également parce que l'institution a pour objet principal sa protection (M. DEL P. DIAGO DIAGO, « La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol », *op. cit.*, pp. 407 et suiv. ; Y. LEQUETTE, note sous Cass. fr., 1ère ch., 4 avril 1978, *J.D.I.*, 1979, pp. 353 et suiv.).

⁹⁸⁹ Par exemple dans la situation suivante : Madame T s'est présentée le 18 novembre 2008 à la consultation de droit international privé de l'Association pour le droit des étrangers. Elle souhaite obtenir des informations concernant la possibilité de récupérer la partie impayée de la dot qui lui a été octroyée lors de son mariage auprès du consulat marocain en Belgique en 1989 avec l'un de ses compatriotes marocains. Le contrat de mariage prévoit le paiement d'une dot de 150 000 FB dont 70 000 FB furent perçus avant la célébration du mariage et dont le reliquat de 80 000 FB est payable à terme. Madame T, entre-temps devenue belge, divorce devant les juridictions belges en 2002 sur base du droit belge. Elle réclame à l'occasion de cette procédure le solde de la dot. Le tribunal de première instance de Turnhout (Civ. Turnhout, 17 octobre 2002, A.R. : 01-1411-A, *inédit*) refuse de traiter cette question dans le cadre de la dissolution du lien conjugal et désigne les notaires instrumentant pour procéder à la liquidation du régime matrimonial. Le tribunal précise que la question du paiement du reliquat de la dot pourra éventuellement être tranchée à ce stade ultérieur de la procédure. Des dernières informations en notre possession, Madame T n'a toujours pas récupéré le montant impayé de la dot sans qu'un juge ne se soit réellement prononcé sur cette question.

⁹⁹⁰ P. GANNAGE, note sous Cass. fr., 2 décembre 1997, *op. cit.*, p. 635.

⁹⁹¹ S. JAHEL, « La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français », *R.I.D.C.*, 1-1994, p. 34.

338. L'absence de motivation des cours et tribunaux belges quant à la qualification de la dot et l'invocation automatique de l'exception d'ordre public pour éviter que cette dernière puisse justifier l'annulation du mariage (voir n°265) tend à démontrer la prise en considération du résultat souhaité dans l'application des règles de droit international privé.

Section IV | Conclusions sur l'accueil du droit familial marocain en Belgique au regard des principes qui sous-tendent le droit belge de la famille

339. L'état des lieux de l'application et de la réception du droit marocain de la famille dressé sous le titre précédent est basé, principalement, sur les décisions de jurisprudence recueillies. L'objectif de cette cartographie, au départ de la pratique, consiste à évaluer concrètement les institutions de ce droit étranger auxquels les autorités belges acceptent de donner des effets. L'analyse du droit marocain et du droit international privé n'est par conséquent pas exhaustive et demeure peu théorique⁽⁹⁹²⁾. Elle a été sciemment concentrée, pour la majorité des points traités, sur les questions rencontrées par les autorités belges.

Précisons, par ailleurs, qu'il n'a pas toujours été aisé d'analyser les décisions de justice utilisées dans ce chapitre, notamment parce qu'elles ne contiennent pas nécessairement de motivation quant aux raisons de l'application ou du rejet du droit marocain. La réponse donnée par le tribunal est parfois tout à fait circonscrite au cas d'espèce et vise de manière pragmatique à trouver une solution au litige, sans que les questionnements juridiques n'aient réellement été approfondis. Il est cependant possible de mettre en évidence certains fils conducteurs dans le traitement par les autorités belges du droit marocain.

340. L'analyse de l'accueil du droit marocain de la famille en Belgique permet de constater qu'un certain nombre de dispositions de ce droit pénètrent, sans difficulté, l'ordre juridique belge. Il s'agit des dispositions auxquelles une règle similaire fait écho en droit belge.

De manière schématique, nous pouvons résumer ce constat dans les termes suivants : en ce qui concerne le mariage, le droit marocain est appliqué en Belgique au refus de célébrer des mariages simulés, à l'annulation de tels mariages et à leur reconnaissance. La majorité des décisions belges citant le droit marocain concernent d'ailleurs cette question. Nous avons mis en lumière toute l'ambiguïté que recèle une telle application du droit marocain. L'importance

⁹⁹² Une telle analyse a déjà été réalisée par M.-C. FOGLETS, et J.-Y. CARLIER, in : *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe, op.cit.*

accordée à la similitude des réglementations vaut, en effet, dans cette hypothèse, *a contrario*, c'est-à-dire que, lorsque le droit étranger peut être considéré comme équivalent au droit belge, son analyse n'est pas réellement poussée plus loin. C'est le cas de l'article 4 du Code marocain de la famille, qui est vu comme le pendant de l'article 146*bis* du Code civil belge, qui proscrit le mariage simulé dès lors qu'il ressort des termes de la disposition de droit marocain que le mariage implique un consentement à une union stable et durable. L'article 4 du Code marocain de la famille est cependant nettement plus large et définit le mariage de manière beaucoup plus précise que ne le fait le droit belge. Toutefois, aucune autorité belge ne semble avoir jamais cherché à vérifier l'ensemble des conditions du droit marocain. D'autre part, la question du mariage blanc n'est pas traitée dans la pratique par les autorités marocaines. À cet égard, nous avons d'ailleurs relevé qu'il n'apparaît pas que les décisions belges d'annulation de mariage pour simulation reçoivent des effets au Maroc.

Les autres règles, proches du droit belge, comme l'âge de la nubilité et les dispenses éventuelles ou encore les empêchements à mariage en raison du lien de parenté, ne soulèvent apparemment pas de difficulté puisque aucune décision jurisprudentielle n'a été recensée à ce sujet.

Les effets du mariage, généralement soumis à l'application du droit belge, ne font l'objet que de très peu de décisions appliquant le droit marocain. Notons toutefois que, désormais, l'absence de pension alimentaire à l'égard de l'ex-épouse ne constitue plus une règle de droit qui viole l'ordre public international belge. L'effet d'entraînement du droit interne sur le contenu de l'exception d'ordre public est ici particulièrement évident. On constate, dans ce cas, que la modification de la règle de droit interne a entraîné une réponse adaptée à la réception de la disposition de droit marocain. Par exemple, lorsque la législation belge en matière de divorce a été réformée, limitant drastiquement les possibilités d'octroi d'une pension alimentaire après divorce, l'absence d'une telle pension alimentaire en droit marocain a cessé d'être considérée par les juridictions belges comme contrevenant à l'ordre public international belge. Le même effet d'entraînement du droit interne a pu être observé concernant l'ouverture de l'action en contestation de paternité au père biologique.

De son côté, le divorce peut être prononcé en Belgique pour discorde, selon les termes du droit marocain, et pourrait l'être par consentement mutuel. Lorsqu'ils sont prononcés au Maroc, ces divorces sont par ailleurs reconnus en Belgique, si l'on excepte les difficultés liées à leur qualification. La Belgique se montre particulièrement souple en matière de dissolution du lien conjugal pour autant que les époux connaissent des droits égaux. Les deux procédures de droit marocain en question ressemblent en outre au divorce par consentement mutuel et au divorce pour désunion irrémédiable de droit belge. Les difficultés soulevées dans le cadre de la qualification des divorces illustrent malgré tout les obstacles pratiques à la réception du droit étranger : difficultés pour appréhender les sources, pour les interpréter et, enfin, pour utiliser à bon escient les traductions.

En matière de filiation, la présomption de paternité du mari de la mère est appliquée selon les termes du droit marocain et peut être contestée par le mari, le cas échéant au moyen d'une expertise génétique, toujours par référence au Code marocain de la famille. Nous avons

montré que, sur ce point, les dispositions du droit marocain sont ‘*décontextualisées*’ afin de permettre leur application en Belgique. Faisant fi de la logique générale du droit marocain de la filiation, les rares articles du Code qui ne heurtent pas la conception occidentale de la filiation sont appliqués. Les limites posées à l’ouverture au droit étranger sont, dans cette matière, éclairantes. Deux situations peuvent être citées à titre d’exemple : la mère d’un enfant pourra saisir le tribunal d’une contestation de la paternité de son mari, neuf mois après la naissance de son enfant, afin de permettre l’établissement de la filiation biologique à l’égard du père et l’expertise génétique sera ordonnée sur la base du droit marocain. Une telle action n’est pas envisageable au Maroc. Par contre, le droit marocain sera écarté pour contrariété à l’ordre public lorsqu’un père biologique souhaite reconnaître son lien de filiation à l’égard de l’enfant né de sa compagne avec laquelle il vit depuis des années. Au Maroc, une telle situation entraînerait vraisemblablement l’autorisation d’acter la paternité pour autant que personne n’énonce pas le caractère ‘*illégitime*’ de la filiation. Nous avons vu, en effet, que le droit marocain tente au maximum de permettre l’établissement du lien de filiation en élargissant les hypothèses de filiation ‘*légitime*’.

Que ce soit en matière de mariage, de filiation, de divorce ou d’obligations alimentaires entre ex-époux, la jurisprudence apporte un éclairage intéressant sur l’accueil du droit marocain en Belgique. Nous l’avons relevé, indépendamment du système global mis en place par le droit étranger – d’une manière générale pour l’ensemble des relations familiales ou au sein même d’une institution, comme la filiation par exemple –, les règles qui trouvent une correspondance dans le droit interne pénètrent, sans difficulté, l’ordre juridique belge. L’application du droit étranger fonctionne par la prise en compte de la disposition pertinente moyennant son isolement du reste du dispositif mis en place. L’ordre juridique belge s’ouvre selon un ‘*effet de symétrie*’ avec le droit étranger.

341. Lorsque la règle étrangère diffère quelque peu du droit interne, son application est parfois également prise en compte. Tel est le cas lorsque la règle peut être associée aux principes défendus en droit belge – c’est-à-dire si son application aboutit à une situation conforme à ce qu’aurait entraîné l’application de ce dernier -, comme par exemple en ce qui concerne l’absence de pension alimentaire entre ex-époux (même si le fondement de cette absence est différent dans les deux droits), ou si d’autres impératifs dictent cette application. Le consentement au mariage est notamment interprété à la lumière du droit belge et le certificat d’aptitude au mariage est soumis à des considérations de politique migratoire. La symétrie demande parfois quelques ajustements.

Les exemples relatifs à la dot et à la *Kefala* illustrent, de leur côté, les complications générées par le sort à réserver aux institutions inconnues. Nous avons constaté à cet égard une certaine volonté de simplification. Nous nous situons ici au cœur même de deux enjeux du droit international privé contemporain : comment appréhender l’inconnu, d’une part, et comment résister à l’instrumentalisation du droit international privé, d’autre part.

Cependant, la rareté des décisions portant sur des institutions juridiques inconnues du droit belge, comme la question des droits dus à l'épouse après la dissolution du lien conjugal ou la dot, ainsi que le caractère laconique de leur motivation lorsqu'elles existent, rendent difficile l'analyse de l'accueil de ces institutions dans l'ordre juridique belge.

342. Ensuite, c'est à la lumière des exceptions prévues par le droit international privé à l'application du droit étranger que la question de la réception en Belgique du droit marocain se pose. L'ordre public s'oppose à la reconnaissance des mariages polygamiques, sous réserve de ses conséquences patrimoniales ou filiales, à l'annulation du mariage pour défaut de paiement de la dot, aux empêchements à mariage à caractère religieux, aux divorces inégaux (par la voie de la clause d'ordre public positif inscrite à l'article 57 du Codip), à l'interdiction d'établir un lien de filiation hors mariage et aux limitations des titulaires à l'action en contestation de paternité. La fraude à la loi, de son côté, fait barrage aux tentatives de mariage célébré à l'étranger en vue d'échapper aux contrôles de l'intention des futurs époux.

Certaines questions poussent, en effet, les autorités belges à prendre position sur la base de principes et à dépasser le cadre de la mise en adéquation du droit étranger avec le droit du for. Tel est le cas de la discrimination sur la base de l'appartenance religieuse, qui ne peut être tolérée, comme en témoigne le refus des empêchements à mariage en raison de la religion⁽⁹⁹³⁾. L'exemple de la reconnaissance de la présomption de paternité de droit marocain à l'égard des enfants issus de couples polygames est plus éclairant encore : si le droit belge ne connaît pas ce type de mariage, la Belgique connaît le principe d'égalité des filiations. La problématique de la reconnaissance du lien de filiation des enfants issus de couples polygames a permis aux autorités belges d'affirmer la prévalence des principes d'égalité et de non-discrimination entre les enfants sur toute autre considération.

343. La matière de la filiation est à cet égard représentative de principes défendus avec vigueur dans l'ordre juridique belge : la différence de traitement entre la filiation '*légitime*' et '*illégitime*' n'est pas tolérable et les limitations à l'établissement de la filiation '*naturelle*' sont donc écartées sur la base de l'exception d'ordre public international belge. Notons que lors de l'application de l'exception d'ordre public à l'égard des enfants, les critères de mise en œuvre de l'article 21 du Codip ne sont presque jamais vérifiés. Par définition, la gravité des effets du droit étranger est présumée établie, l'enfant étant privé de lien de filiation paternel. Par ailleurs, la condition de proximité n'est ici prise en considération que dans un sens positif. En effet, lorsque les liens de proximité de la situation avec la Belgique sont analysés, ce n'est que pour appuyer la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, jamais pour la refuser.

Le principe d'égalité, quant à lui, est, dans d'autres matières aussi, largement invoqué. Entre époux, notamment par la voie du refus d'annulation de mariage en raison du non-paiement de

⁹⁹³ Discrimination par ailleurs intolérable par application de l'article 14 de la CEDH.

la dot, mais surtout en matière de polygamie et de répudiation : la polygamie ne peut être acceptée, en principe, et la répudiation ne peut être reconnue. Les conséquences de la polygamie sur la pension de survie à l'égard des différentes épouses sont néanmoins acceptées sur le territoire belge pour autant qu'aucune épouse ne possède la nationalité belge. Pour que la répudiation puisse produire des effets en Belgique, il faut prouver l'absence de proximité avec l'ordre juridique belge, laquelle implique, dans ce cadre, l'absence de nationalité mais également de résidence habituelle sur le territoire d'un État qui ne connaît pas la répudiation.

Ici aussi, on constate que des nuances dans les critères d'application de l'exception d'ordre public peuvent être mises en lumière. Il est possible de s'interroger sur la motivation qui justifie une telle différence de traitement entre ces deux institutions, tout aussi discriminatoires à l'égard des femmes l'une que l'autre. En effet, l'appréciation des critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public semble répondre à des conditions distinctes selon la question posée : la proximité est limitée à la nationalité pour le partage de la pension de survie, elle s'étend à la résidence pour la reconnaissance des répudiations alors que l'ordre public n'est jamais atténué lorsque les conséquences du mariage polygamique concernent la fixation du taux de la pension de retraite⁽⁹⁹⁴⁾.

La limitation du principe de proximité à la seule question de la nationalité dans le cadre de la problématique de la pension de survie est, nous l'avons souligné, surprenante. On l'a dit, elle ne correspond pas à la définition qui en est faite à l'article 57 du Codip concernant la répudiation. Par ailleurs, elle ne prend en compte que l'une des hypothèses proposées par la Résolution de l'Institut de droit international⁽⁹⁹⁵⁾. Peut-on en conclure que l'ordre juridique belge est plus ouvert à la polygamie qu'à la répudiation ? Ou faut-il plutôt se référer aux demandes invoquées par les intéressés pour en déduire que lorsque les effets sont patrimoniaux, les liens avec la Belgique peuvent être plus forts que lorsque la question porte sur l'état même des personnes, de tels effets ayant une portée moins choquante ? Ou encore, que les effets de la polygamie, généralement ancrés dans le temps, commandent de prendre en compte les attentes légitimes des intéressés plus largement que dans le cadre de la répudiation, dont la situation n'a pas nécessairement eu d'autres répercussions que la dissolution du lien conjugal⁽⁹⁹⁶⁾ ? Ou, plus simplement, que la Cour de cassation entend influencer le législateur afin qu'il dénonce la Convention belgo-marocaine permettant le partage de la pension de survie ?

Par ailleurs, en matière de pension alimentaire, la Cour de cassation n'a préconisé aucune analyse *in concreto* de l'ordre public, notamment sur la base du critère de proximité. La logique qui voudrait que l'ordre public soit '*plus fort*' dans l'hypothèse de la pension

⁹⁹⁴ En matière de pension de retraite, la jurisprudence est assez anecdotique et peu claire (nous avons relevé une décision accordant le partage et une autre décision le refusant, sans qu'aucune motivation sur l'ordre public atténué ou de proximité n'ait été développée).

⁹⁹⁵ Résolution de l'Institut de droit international, neuvième commission, rapport de P. LAGARDE, « Différences culturelles et ordre public international privé de la famille », *op. cit.*

⁹⁹⁶ Dans ce sens, voyez : L. GANNAGE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, *op. cit.*, p. 165.

alimentaire, où le droit marocain est appliqué en Belgique, et ‘atténué’ lors de la reconnaissance d’une situation créée à l’étranger n’est donc pas, en l’occurrence, vérifiée⁽⁹⁹⁷⁾.

344. Cette mise en perspective démontre l’intérêt de se pencher sur une approche globale plutôt que de se focaliser sur l’une ou l’autre institution en particulier. Elle permet de constater le dépeçage institutionnel auquel la politique d’accueil du droit marocain aboutit. Nous avons constaté, lors de l’analyse du droit interne de la famille, un découpage important des différents liens juridiques selon la situation familiale concernée. Nous constatons ici que ce morcellement est également à l’œuvre à l’égard des différentes institutions familiales à l’occasion de leur accueil dans l’ordre juridique belge.

345. Par ailleurs, le fait que la solution soit ainsi définie une fois pour toutes, que ce soit par la jurisprudence ou par la loi, en prônant des critères d’appréciation potentiellement discriminatoires, semble en contradiction avec l’évolution du droit belge vers un maximum d’égalité entre tous les citoyens et une appréciation différenciée de chaque situation concrète⁽⁹⁹⁸⁾. En effet, aujourd’hui en droit belge, il n’est « *plus possible de fonder des décisions sur des principes généraux et abstraits applicables à tous indépendamment de la situation des intéressés* » (voir n°137). Or, les exemples repris ci-dessus, et qui traitent de l’ordre public international belge, semblent attester d’un certain durcissement de celui-ci, peut-être sous l’influence des droits fondamentaux⁽⁹⁹⁹⁾. L’ordre public ne vise plus la cohésion, fonction chère à P. Lagarde, mais impose une vision des choses, des principes. Le juge ne serait plus prié de s’intéresser aux applications concrètes de ses décisions mais doit décider, de manière générale, si telle situation est contraire à l’égalité ou à l’intérêt de l’enfant et peu importe si, dans les faits, l’inégalité est couverte. À cet égard, certains privilégient la

⁹⁹⁷ Voyez sur les liens entre ces deux arrêts : J.-Y. CARLIER, « Quand l’ordre public fait désordre. Pour une interprétation nuancée de l’ordre public de proximité en droit international privé. À propos de deux arrêts de cassation relatifs à la polygamie et à la répudiation », *R.G.D.C.B.*, 2008, pp. 525 et suiv.

⁹⁹⁸ *A contrario*, P. COURBE considère que l’ordre public de proximité est « *un instrument favorable à la recherche d’une solution juste dans chaque cas* », ainsi qu’un instrument de relativité supplémentaire de la mise en œuvre de l’exception. L’auteur estime que les institutions ne sont plus jugées en tant que telle mais selon une appréhension individuelle. Par exemple, on ne protège plus la famille légitime, mais le droit de l’enfant à une filiation. Dans le même sens, le mariage polygamique ne serait pas écarté parce qu’il heurterait notre modèle de mariage, mais parce que la femme française mérite une protection particulière, individuelle. (P. COURBE, « L’ordre public de proximité », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l’honneur de P. LAGARDE*, Paris, Dalloz, 2005, p. 237). Cette affirmation est cependant liée au contexte français qui, sur ces questions, n’est pas assimilable au droit belge. Il nous semble, en effet, possible d’affirmer l’inverse lorsque, comme nous venons de le faire, l’on étudie les critères de proximité tels qu’appliqués en droit belge. L’ordre public de proximité est également défendu par M.-C. NAJM qui le considère comme le mode de conciliation le plus approprié entre les principes à finalité interne et les principes à finalité internationale (M.-C. NAJM, *Principes directeurs en droit international privé et conflit de civilisations*, Paris, Dalloz, 2005, p. 466).

⁹⁹⁹ À cet égard, A. BUCHER écarte l’ordre public de proximité puisque les droits fondamentaux s’appliquent à toute personne relevant de la juridiction liée par ceux-ci, sans distinction selon les liens entretenus avec le for (A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *op. cit.*, p. 85).

notion de l'ordre public atténué, entendue largement, laquelle prend en compte les exigences de sécurité juridique par la voie du respect des droits acquis, la gravité des effets produits par l'application du droit étranger et se décline selon la valeur du principe bafoué, car elle serait plus respectueuse de l'égalité¹⁰⁰⁰). Il est certain toutefois que, au vu de la facilité des déplacements que nous connaissons désormais, il importe d'éviter que des droits incompatibles avec les valeurs du for, obtenus à l'étranger, par la voie d'un *aller-retour* express, ne produisent des effets en Belgique. Si nous avons vu que la fraude à la loi ne peut pas toujours être invoquée dans la mesure où la condition de déplacement qu'elle exige n'est pas nécessairement rencontrée, l'ordre public doit pouvoir intégrer cet aspect de la proximité. Il ne peut cependant rester cantonné à des critères abstraits, aveugles aux circonstances particulières de l'espèce. Nous reviendrons sur la manière dont une certaine balance des intérêts pourrait être réintroduite dans l'application des règles de droit international privé et sur la manière dont la réponse des autorités belges à l'inégalité introduite par le droit étranger pourrait être uniformisée (voir les §§ 494 et suiv).

En résumé, nous constatons que le droit belge a évolué vers une prise en compte très individualisée des situations, prônant une appréciation au cas par cas et une possibilité de saisine du tribunal la plus ouverte possible. Par contre, l'application des règles de droit international privé à la réception en Belgique du droit marocain indique la tendance inverse. Il semble donc que les logiques de droit interne et de droit international soient opposées sur ce terrain. L'égalité, appliquée à la famille internationale, serait une égalité formelle et l'accueil du droit marocain serait fondé sur une logique de principe.

Si en droit familial interne, l'égalité est également un principe formel largement défendu, son application pourra toutefois être appréciée de façon concrète par les tribunaux, comme en témoigne la matière de l'obligation alimentaire entre ex-époux ou de la médiation. En effet, les époux sont libres d'adapter les conséquences de leur divorce selon les conventions qu'ils jugeront appropriées et le juge peut moduler ces conséquences lorsque la situation le requiert. L'égalité est, d'une certaine manière, assouplie par l'autonomie de volonté et par le pouvoir d'appréciation du tribunal. Le rejet total d'une appréciation par le tribunal à l'occasion de l'accueil d'un acte étranger concernant la vie familiale et l'impossibilité de faire entendre leur volonté pour les intéressés se trouvent donc en contradiction avec les valeurs défendues à l'égard des familles internes.

¹⁰⁰⁰ Voyez dans ce sens : L. GANNAGE, *Les méthodes de droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, *op. cit.* p. 181 et « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *Travaux du Comité français de droit international privé*, Pédone, 2006-2008, pp. 205 et suiv. Pour cet auteur, l'ordre public atténué constitue un moyen plus nuancé pour gérer le conflit créé par la norme étrangère que l'ordre public de proximité dès lors qu'il permet la prise en compte de l'ancienneté de la situation, de l'importance des valeurs violées et de l'intensité de la violation. K. MEZIOU critique, de son côté, l'ordre public atténué qui ne serait plus adapté au monde moderne. L'effet pervers résiderait dans le fait qu'il a pour objet de protéger les prévisions légitimes alors que les conditions actuelles impliquent une grande facilité de déplacement. Puisqu'il est possible d'aller chercher très rapidement un droit à l'étranger, la théorie n'a plus de lien avec le respect des droits acquis. L'ordre public doit donc continuer à jouer, pour cet auteur, lorsqu'il y a fraude (K. MEZIOU, « Migrations et relations familiales », *op. cit.*, pp. 164, 182, 183, 209).

346. Le principe de l'autonomie de la volonté, largement présent en droit belge et en droit marocain, semble plus difficilement pris en compte lorsqu'il s'agit de faire coexister les systèmes juridiques. Si les questions patrimoniales y sont soumises sans difficulté, la pratique est cependant extrêmement pauvre de cas d'application. Au niveau des effets personnels du droit familial, les exemples montrent que certains principes sont défendus, indépendamment des déclarations de volonté des protagonistes. À titre d'exemple, le cas de la répudiation est éclairant : si l'épouse répudiée demande la reconnaissance de l'acte de répudiation, l'article 57 du Codip y fera néanmoins obstacle dans la majorité des cas.

Cette logique est à l'opposé de celle du droit belge. Nous avons vu que le droit belge de la famille évoluait dans le sens d'une plus grande ouverture à la contractualisation. Cette constatation ressort notamment de la possibilité de choisir l'officialisation ou non de son couple et le mode de formalisation de celui-ci. Tel est également le cas de la plus grande facilité faite au divorce et de l'encouragement à la négociation d'accords dans ce cadre. Or, dans le cadre de la reconnaissance des répudiations, la place qui était, d'une certaine manière, consacrée à l'autonomie de la volonté par la possibilité de choisir le pays de son divorce (et donc le droit applicable), lequel pouvait être accepté moyennant le consentement de l'épouse (¹⁰⁰¹), n'existe plus depuis l'adoption de l'article 57 du Codip.

347. Le morcellement du statut personnel constitue probablement l'une des causes de l'absence de prise en considération du droit étranger dans son ensemble et des réponses ponctuelles apportées, parfois sans cohérence générale, aux effets des différentes institutions étrangères postulés dans l'ordre juridique belge.

Cette conclusion peut, à l'inverse de ce qui a été dit sur le caractère individuel ou général des réponses apportées aux questions de droit selon qu'elles ressortissent d'une logique de droit interne ou de droit international privé, être comparée à la logique actuellement prônée en droit civil belge qui tend également à une division des différents aspects de la vie familiale. Cependant, en droit familial interne, des efforts sont faits en vue d'assurer plus de cohérence dans le traitement des affaires familiales, comme en atteste la création relativement récente du tribunal de la famille. Nous développerons cette idée de morcellement dans la troisième partie de cette thèse.

348. À l'égard des enfants, le constat est différent et permet de rappeler que le principe d'égalité entre les enfants dépasse tout autre principe jugé, dans d'autres circonstances, également essentiel. L'intérêt de l'enfant, lorsqu'il s'agit de reconnaître l'existence de son lien de filiation, constitue une valeur abstraite inébranlable.

¹⁰⁰¹ J.-Y. CARLIER, « Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à l'étranger », *op. cit.*, pp. 166 et suiv.

À l'instar de la position de la Cour constitutionnelle en matière de filiation, les décisions relatives à l'accueil du droit marocain se centrent autour de l'enfant et de son intérêt à voir son lien de filiation établi. Les empêchements absolus à l'accès au tribunal lorsqu'il s'agit de pouvoir établir ou contester la filiation, sont écartés tant à l'égard de la famille interne que de la famille internationale.

Par ailleurs, la possibilité de faire la lumière sur la filiation biologique et de la faire correspondre à la vérité juridique constitue une valeur que les tribunaux belges s'attachent à défendre, comme en attestent le refus d'admettre les limites du droit marocain aux actions en contestation de paternité et l'application des seuls modes de preuve scientifiques. La position générale semble donc correspondre en droit civil et en droit international privé dès lors que la possession d'état est, en droit interne, également fort malmenée.

Les raisons de l'écartement du droit étranger en matière de filiation biologique ne sont cependant pas évidentes. Il n'est pas certain qu'elles doivent être recherchées dans une préférence accordée à la vérité biologique, mais nous pensons plutôt qu'elles résident dans l'impossibilité pour le père biologique de saisir le tribunal de sa demande. La logique apparaît, par conséquent, la même que celle qui a présidé ensuite à la déconstruction du droit de la filiation par la Cour constitutionnelle. La concentration du droit de la filiation autour de l'enfant est donc identique en droit international privé et en droit interne.

349. Nous avons également relevé l'instrumentalisation du droit international privé à des fins matérielles. Il est vrai que certains refus de reconnaissance d'actes étrangers reposent sur une réelle opposition de principe. D'autres toutefois semblent tenir à des considérations liées à la politique migratoire. Suivant cette logique, diverses problématiques permettent de mettre en lumière les liens qu'entretient le droit international privé avec la politique migratoire. Nous avons vu en effet que le mariage célébré à l'étranger passe la frontière pour autant que les procédures liées au contrôle migratoire (lien que la nouvelle loi sur les mariages simulés et les cohabitations légales de complaisance a encore intensifié notamment par la délivrance du certificat de non-empêchement à mariage) soient respectées. L'utilisation de la fraude à la loi à l'égard des mariages célébrés au Maroc atteste également de cette influence. Quelque peu à la marge, le mariage par procuration est soumis au droit du lieu de célébration, ce qui implique une grande souplesse au stade de sa reconnaissance en Belgique. La logique purement déipiste qui en découle est isolée du reste de la réglementation liée à la migration familiale.

Chapitre 3 Les institutions exorbitantes du droit de la filiation (études de cas n° 2 et 3)

350. L'analyse de l'accueil du droit marocain en Belgique nous a permis de développer des conclusions mettant en lumière différents éléments : la recherche de symétrie entre le droit étranger et le droit belge – laquelle entraîne parfois des '*ajustements*' du droit étranger –, le dépeçage institutionnel lié aux critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public et l'instrumentalisation des techniques de droit international privé à des fins matérielles. Ces différents éléments nous permettent d'apercevoir un morcellement dans la prise en compte du droit familial étranger et dans son application en Belgique. Nous y avons également décelé un traitement des familles internationales selon une logique abstraite, reposant sur des critères prédéfinis. Nous avons, par ailleurs, repéré la faveur très large faite aux règles du droit belge de la filiation.

Nous allons à présent examiner les critères d'accueil en Belgique du lien de filiation établi à l'étranger à la suite d'une gestation pour autrui (GPA), d'une part, et de l'adoption internationale, d'autre part. L'objectif de cette étude réside dans le nouvel angle d'approche qu'elle permet pour analyser la manière dont les règles de droit familial sont appliquées aux familles internationales. Nous avons largement expliqué, dans l'introduction de ce chapitre consacré aux familles internationales, les raisons du choix de ces deux institutions, aux côtés du droit marocain. Nous n'y reviendrons pas et renvoyons le lecteur au n° 160 de ce texte.

L'analyse de l'accueil de la GPA pratiquée à l'étranger et du droit étranger applicable en matière d'adoption internationale nous permet de dégager les conditions de la perméabilité de l'ordre juridique belge à l'égard de ces institutions. Les critères mis en lumière sont à la fois proches mais aussi distincts de ceux retenus de l'étude de l'accueil du droit marocain de la famille en Belgique. Notamment, la faveur accordée au droit belge de la filiation est largement confirmée. Les notions de dépeçage et d'instrumentalisation apparaissent aussi, à nouveau, à l'égard du traitement par les autorités belges du processus de GPA mené à l'étranger. Dépeçage et instrumentalisation présentent cependant, dans cette hypothèse, une autre forme. En effet, si le dépeçage est institutionnel lors de la réception du droit marocain de la famille, il est juridique en matière de GPA, en ce sens qu'il vise à morceler les rapports de droit de manière à obtenir le résultat souhaité.

Nous mettrons en évidence ces différentes tendances et, dans un second temps, nous les confronterons aux principes proposées suite à l'analyse du droit familial belge. Nous étayerons ou infirmerons ainsi les éléments dégagés de l'étude de l'accueil en Belgique du droit marocain de la famille.

Section I | Les critères d'accueil en matière de gestation pour autrui pratiquée à l'étranger (étude de cas n° 2)

351. La gestation pour autrui, ou maternité de substitution (¹⁰⁰²), fait l'objet de nombreux écrits, tant sur les aspects juridiques que psychologiques, philosophiques ou médicaux (¹⁰⁰³). Elle a ses partisans et ses opposants, souvent au nom d'arguments qui prennent leur source dans les mêmes principes : féminisme, intérêt de l'enfant, liberté... (¹⁰⁰⁴).

Ces réflexions se sont développées au vu des possibilités qu'offrent aujourd'hui les techniques médicales d'aide à la procréation et suite à la mise en place, à l'étranger, de cliniques spécialisées dans la maternité de substitution (¹⁰⁰⁵). En pratique, cependant, le recours à la GPA demeure à ce jour relativement marginal. En témoigne le nombre restreint de décisions judiciaires prononcées sur cette question.

Malgré le caractère quelque peu marginal du recours à la GPA, l'intérêt de traiter la problématique dans cette recherche est évident. Il découle, d'une part, des liens que la GPA entretient tant avec le droit de la famille qu'avec le droit international privé et, d'autre part,

¹⁰⁰² Termes utilisés dans ce texte indépendamment du procédé médical utilisé, qu'il soit de haute ou de basse technologie. N. MASSAGER propose les distinctions suivantes : lorsque la mère porteuse est également la mère génétique ou que l'enfant est conçu au départ d'un don d'ovule, il s'agit de maternité de substitution (procédé dit de '*haute technologie*'). Par contre, si l'enfant est conçu avec les propres gamètes de la mère d'intention, on parle de « mère porteuse », laquelle se limite à porter l'enfant (procédé dit de '*basse technologie*'). Voyez : N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 51-54. Pour d'autres, la première hypothèse constitue ce que l'on nomme la gestation pour autrui et la deuxième, la maternité de substitution. Voyez : C. AUTIN, « Gestation pour autrui : expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 9. Nous ne rentrerons pas ici dans des débats sémantiques et utiliserons les différentes expressions indifféremment en précisant, le cas échéant, le procédé utilisé.

¹⁰⁰³ Voyez par exemple les excellents ouvrages récents qui contiennent les contributions de spécialistes des différentes disciplines concernées par la problématique : G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013 et H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013 et pour un tour de la question juridique, tant en droit interne qu'en droit international privé : G. VERSCHULDEN and J. VERHELLEN, « Belgium », in *International surrogacy arrangements*, K. TRIMMINGS and P. BEAUMONT (éds.), Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 49 et suiv. ; L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Bruxelles, Larcier, 2014. Voyez également le Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité du 4 décembre 2015, *Doc. Parl.*, Sénat, Session Ord., 2015/2016, n° 6-98/2.

¹⁰⁰⁴ Voyez : P. RICHE, « GPA : le débat qui rend fou », *Le nouvel observateur*, 03/10/2014.

¹⁰⁰⁵ La maternité de substitution est, par exemple, règlementée en Ukraine, en Inde, dans différents États des États-Unis comme l'Illinois et la Californie, en Grèce, en Afrique du Sud, au Royaume-Unis et en Israël, selon des modalités propres quant à la procédure, aux conditions et aux conséquences. Voyez : G. WILLEMS et J. SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères de droit comparé et de droit international », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, op. cit., pp. 239 et suiv. Et C. HENRICOT, « Le droit international privé à l'épreuve d'un nouveau mode d'établissement de la filiation : le cas de la gestation pour autrui », in *Actualité de droit familial*, N. GALLUS (dir.), coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.50-51.

des difficultés rencontrées par les enfants nés d'une mère porteuse pour avoir accès au territoire belge. Dans cette optique, l'objet de ce chapitre consiste à dégager les critères d'accueil dans l'ordre juridique belge des décisions judiciaires recensées.

Précisons que les développements liés au droit belge ont été analysés dans le chapitre qui lui est consacré (voir n°97). Nous allons nous concentrer, à présent, sur la situation dans laquelle l'enfant a été conçu à l'étranger dans le cadre d'un contrat de mère porteuse et définir comment les juridictions belges traitent de la reconnaissance du lien de filiation. Cette analyse porte sur la réglementation et les décisions judiciaires belges, lorsque le lien a été établi à l'étranger à l'égard de parents commanditaires de nationalité belge. Cette hypothèse constitue d'ailleurs celle pour laquelle nous disposons d'un nombre significatif de décisions judiciaires (¹⁰⁰⁶).

Une telle étude nous permet d'apporter un nouvel éclairage sur la manière dont l'ordre juridique belge accueille une institution étrangère non réglementée spécifiquement par le droit interne et qui met en jeu ses fondements. L'intérêt de cette section consacrée à la maternité de substitution réside en effet dans l'élargissement de la perspective de l'accueil du droit marocain de la famille dans l'ordre juridique belge à une institution que ce droit ne connaît pas.

Il en ressort deux éléments majeurs : d'une part, une instrumentalisation des techniques de droit international privé par l'intermédiaire d'un dépeçage juridique aux fins de privilégier l'application des règles du droit belge de la filiation (§1). D'autre part, l'affirmation de la primauté de l'intérêt de l'enfant, lequel permet de mettre en échec les règles de droit prédéfinies (§2).

§ 1 Un dépeçage juridique qui privilégie les règles du droit belge de la filiation

352. Nous l'avons souligné, en Belgique, la GPA se pratique en dehors de toute réglementation, et des enfants naissent, généralement, du ventre d'une amie, d'une sœur ou d'une mère des parents d'intention. Ces enfants sont conçus dans l'intimité ou par l'entremise

¹⁰⁰⁶ Pour une affaire en Belgique concernant une GPA des parents commanditaires néerlandais, voyez : Civ. Gand, 24 décembre 2009, *Revue@dipr.be*, 2010/4, pp. 133, J. VERHELLEN, « Draagmoederschap : het internationaal privaatrecht uitgedaagd », pp. 164 et suiv. et note G. VERSCHULDEN, « Nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap in België, met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten », *T. Fam.*, 2010/4, pp. 69 et suiv. ; Gand, 4 décembre 2013, *T.J.K.*, 2014/1, pp. 80 et suiv., note L. PLUYM, « Commercieel draagmoederschap is geen mensonterende behandeling van het kind baby D. door intiële wensouders ».

des centres de procréation médicalement assistée qui, selon des procédures établies en interne, acceptent, dans certaines circonstances, de recourir aux mères porteuses (¹⁰⁰⁷).

À l'étranger également, des enfants sont portés par des mères de substitution. Dans certains États, ces mères porteuses sont contractuellement engagées dans le projet. Les parents commanditaires qui résident habituellement en Belgique et recourent de la sorte à une mère porteuse, tentent ensuite de faire reconnaître, auprès des autorités belges, le lien de filiation établi à l'étranger.

Lorsqu'un enfant naît à l'étranger, postérieurement à la conclusion par des parents commanditaires de nationalité belge d'une convention de maternité de substitution, la question de la reconnaissance du lien de filiation entre les parents d'intention et l'enfant se pose, pour partie, dans les mêmes termes que lorsque l'enfant naît en Belgique. En effet, dans l'hypothèse où le lien de filiation est démontré à l'aide d'un acte de naissance étranger (ce qui est le cas des maternités de substitution pratiquées en Inde ou en Ukraine (¹⁰⁰⁸) par exemple), l'article 27 du Codip impose de vérifier si le lien de filiation est valablement établi selon le droit normalement applicable en vertu de ce Code. À cet égard, en matière de filiation, l'article 62 du Codip désigne le droit de la nationalité de la personne qui souhaite établir son lien de filiation. Si les parents renseignés comme tels dans l'acte de naissance possèdent la nationalité belge, le droit belge de la filiation s'applique et sa validité dépendra du respect des conditions de fond de ce droit.

Lorsque le lien de filiation découle d'une décision judiciaire (c'est le cas des naissances dans l'État de Californie (¹⁰⁰⁹) notamment), le contrôle conflictuel de l'acte n'est plus requis et le lien de filiation est valablement établi pour la Belgique lorsqu'aucun motif de refus de reconnaissance prévu à l'article 25 du Codip ne s'y oppose (voir n°166 la différence entre la reconnaissance des actes authentiques et des décisions judiciaires). Cette situation ne vaut toutefois que pour autant que le juge estime qu'il faut avoir égard à la décision judiciaire et non à l'acte de naissance dressé sur la base de la décision. Par ailleurs, la reconnaissance du lien de filiation n'est possible que parce qu'elle est analysée au départ de l'acte de naissance ou de la décision judiciaire et non de la convention de maternité de substitution. Cette

¹⁰⁰⁷ C'est le cas du Centre hospitalier universitaire (C.H.U.) Saint-Pierre et de l'hôpital de la Citadelle à Liège (G. WILLEMS, « La gestation pour autrui : brève synthèse des réflexions relatives à un éventuel encadrement législatif », *Ann. Dr.*, vol. 74, 2014, n°1, p.114).

¹⁰⁰⁸ En droit ukrainien, l'acte de naissance reprend les noms des parents d'intention, sans qu'une procédure judiciaire ne soit nécessaire. Voyez : <http://fr.surrogacy-ukraine.com>

¹⁰⁰⁹ Dans le droit de l'État de Californie (*Family Act*), il faut une autorisation judiciaire pour que les parents commanditaires figurent dans l'acte de naissance. Il s'agit du fruit d'une évolution jurisprudentielle au départ de l'arrêt *Johnson v. Calvert*, rendu par la Cour suprême de Californie en 1993. La Cour suprême, en vue de déterminer qui est la mère de l'enfant, se place au moment de la conception pour décider que seule la mère d'intention (biologique) avait l'intention de devenir la mère. Dans l'Illinois par contre, l'établissement de la filiation à l'égard des parents d'intention se fait dès la naissance, sans aucune autorisation judiciaire. Sur le droit comparé voyez : G. WILLEMS et J. SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères de droit comparé et de droit international », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op.cit.*, pp. 239 et suiv.

dernière est mise à l'écart afin de ne pas entamer l'acceptation du lien. Nous voyons donc que des choix peuvent être posés afin de déterminer les conditions de la reconnaissance des actes de naissance.

Nous allons analyser le dépeçage juridique auquel se sont livrées les juridictions belges afin de favoriser l'application du droit belge de la filiation. Cette démonstration implique de préciser la place accordée à la convention de GPA (I), de s'intéresser à la jurisprudence relative à la reconnaissance des actes de naissance par application du contrôle conflictuel (II) et à celle consacrée aux jugements préalables à la naissance de l'enfant (III).

I. La scission entre la convention de GPA et l'acte de naissance

353. Le premier élément de dépeçage juridique tient à la mise à l'écart de la convention de GPA en tant que telle. En effet, et nous étudierons cette question plus avant lorsque nous traiterons du refus de mise en œuvre de l'exception d'ordre public (voir n°365), l'accord entre les parents commanditaires et la mère porteuse n'est pas pris en considération dans l'analyse juridique de la reconnaissance du lien de filiation.

Les juridictions belges raisonnent au départ de la reconnaissance de l'acte de naissance établi à l'étranger ou du jugement préalable autorisant un tel acte avec mention des parents commanditaires. Même si les juridictions belges sont parfois sèches dans leurs décisions et condamnent clairement le recours à la maternité de substitution (¹⁰¹⁰), elles ne procèdent à aucune analyse juridique de la convention de GPA en tant que telle. Il s'agit du premier élément permettant l'application du droit belge de la filiation.

II. L'application des principes du droit belge de la filiation grâce au contrôle conflictuel

354. Par le biais de l'article 27 du Codip, appliqué à la question de la reconnaissance des actes de naissance, l'établissement de la filiation à l'égard des parents commanditaires de nationalité belge doit avoir respecté les conditions de fond du droit belge. Sur cette base, la jurisprudence s'est globalement prononcée en faveur de la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant conçu dans le cadre d'une convention de maternité de substitution et son père biologique, parent commanditaire. La reconnaissance de paternité n'étant soumise, en droit belge, qu'à la condition du consentement de la mère, ce qui est le cas en général lorsqu'il

¹⁰¹⁰ Voyez par exemple : Civ. Bruxelles, 18 décembre 2012, *R.T.D.F.*, 2014/3, pp. 544 et suiv., note J. SOSSON et J. MARY, « Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique ? ».

s'agit d'une mère porteuse, les cours et tribunaux belges ont considéré que la paternité pouvait recevoir des effets dans l'ordre juridique belge (¹⁰¹¹).

L'absence de consentement de la mère entraînerait par contre une difficulté si la filiation à l'égard du père commanditaire ne correspond pas à une réalité biologique. Dans cette dernière hypothèse, le tribunal ne peut en effet passer outre au consentement de la mère que si le demandeur est le parent biologique (voir n°92). Une telle hypothèse ne s'est toutefois encore jamais présentée en pratique.

355. En ce qui concerne le lien de filiation maternelle, le droit belge ne permet pas de désigner une autre mère légale que celle qui a accouché. Les actes de naissance établis à l'étranger et mentionnant le nom de la mère commanditaire ne sont, par conséquent, pas reconnus sur ce point et la mère d'intention se voit contrainte d'introduire une procédure en vue d'adopter l'enfant. La jurisprudence accepte largement la mise en œuvre de ces principes dans les situations de reconnaissance de liens créés à l'étranger, à l'instar de sa position majoritaire dans les hypothèses de maternité de substitution purement interne. La même logique prévaut en ce qui concerne l'établissement du lien de filiation à l'égard du conjoint de même sexe masculin.

Ces principes ont été rencontrés à l'égard de naissances en Ukraine et en Inde principalement, et ont fait l'objet de plusieurs décisions de jurisprudence. Le Tribunal de première instance de Nivelles, par exemple, a procédé à l'analyse du respect des conditions du droit belge dans une décision du 6 avril 2011 (¹⁰¹²). La situation concernait deux enfants nés en Inde de mère porteuse et pour lesquels, conformément à la législation indienne, seul le nom du père figurait dans les actes de naissance. Selon le tribunal, suivant le droit belge, retenu par application de l'article 27 du Codip, le lien établi à l'égard du père biologique doit être reconnu, ce lien, confirmé par test ADN, ne pouvant d'ailleurs pas faire l'objet d'une contestation judiciaire. Le tribunal estime également que la mère porteuse a consenti à la reconnaissance de paternité dans le contrat de maternité de substitution. Toutefois, le tribunal précise que, puisque les actes de naissance ne contiennent pas le nom de la mère porteuse, ils sont contraires aux articles 57 et 312 du Code civil belge et ne peuvent, par conséquent, pas être reconnus. En l'espèce, ces actes ne sont donc acceptés dans l'ordre juridique belge qu'en tant qu'actes authentiques contenant une reconnaissance de paternité.

356. Notons ici que la motivation concernant l'absence de lien maternel est sujette à discussion. En effet, pourquoi appliquer le Code civil belge alors que la mère porteuse n'est pas belge ? C'est, en effet, sur la base de l'application du droit national de la mère porteuse qu'il aurait fallu raisonner et, le cas échéant, juger celui-ci contraire à l'ordre public international belge. De manière plus convaincante sur ce point, mais concernant un acte de

¹⁰¹¹ Voyez les décisions citées dans les trois notes ci-dessous.

¹⁰¹² Civ. Nivelles, 6 avril 2011, *R.T.D.F.*, 2011/3, pp. 695 et suiv.

naissance ukrainien dans lequel figurait le nom de la mère d'intention, le Tribunal de première instance d'Anvers s'était déjà prononcé, le 19 décembre 2008. Dans cette affaire, le tribunal a refusé la reconnaissance de l'acte de naissance en raison de l'absence d'établissement de la filiation maternelle à l'égard de la femme qui a accouché mais le reconnaît comme acte authentique dont il ressort la reconnaissance de paternité à l'égard du père biologique (¹⁰¹³).

357. Si la vérification des conditions du droit belge de la filiation est évidente lorsque seul un acte de naissance est établi, l'opportunité de procéder au contrôle conflictuel à l'égard des actes établis suite à une autorisation judiciaire est moins claire.

En atteste par exemple la décision de la Cour d'appel de Liège, du 6 septembre 2010 (¹⁰¹⁴), qui a reconnu partiellement les actes de naissance de deux jumelles nées en Californie. La Cour fait en l'espèce une application de l'article 27 du Codip en décidant qu'il lui revient de reconnaître les actes de naissance et non la décision judiciaire de la Cour suprême de Californie qui les précédait. Elle décide, en conséquence, que la reconnaissance du lien de filiation paternelle à l'égard du père biologique de nationalité belge est conforme au droit belge. Aucune contestation d'un tel lien n'est d'ailleurs possible. Par contre, la cour refuse la reconnaissance du double lien de filiation monosexué, celui-ci étant, dans une telle hypothèse, inconnu du droit belge applicable en l'espèce. Le conjoint se voit, par voie de conséquence, contraint de recourir à l'adoption.

358. Ce premier aperçu de jurisprudence témoigne d'un attachement aux règles du droit belge de la filiation. La reconnaissance du lien de filiation d'un enfant issu d'une GPA est isolée du contexte qui l'entoure et la convention de maternité de substitution n'est pas soumise aux règles de reconnaissance. Le raisonnement se place sur le terrain technique de la mise en œuvre du contrôle conflictuel, permettant que le lien de filiation du père biologique à l'égard de l'enfant né d'une mère porteuse à l'étranger puisse être accueilli en Belgique. Par conséquent, lorsque le père biologique est belge, les tribunaux belges appliquent le droit belge et, à l'instar de ce qui a été étudié dans les cas de GPA internes (voir n°98), acceptent la reconnaissance de paternité. En ce qui concerne le lien de filiation à l'égard de la mère d'intention de nationalité belge, l'application du contrôle conflictuel empêche par contre une reconnaissance du lien établi *ab initio* à l'étranger. Ces règles ont été appliquées même lorsque l'existence d'une décision judiciaire ouvrait la voie à une approche plus large des règles de la filiation.

¹⁰¹³ Civ. Anvers, 19 décembre 2008, *Revue@dipr.be*, 2010/4, pp140 et suiv., note J. VERHELLEN, « draagmoederschap : het internationaal privaatrecht uitgedraagd », pp. 164 et suiv.

¹⁰¹⁴ Liège, 6 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011/2, pp. 52 et suiv., note P. WAUTELET, « Un nouvel épisode dans la saga de la gestation pour autrui transfrontière » ; *R.T.D.F.*, 2010/4, pp. 1125 et suiv., note C. HENRICOT, J. SOSSON et S. SAROLEA, « La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger ».

III. La reconnaissance d'une décision judiciaire consacrant le double lien de filiation monosexué inconnu du droit belge : une ouverture exceptionnelle ?

359. L'application de l'article 27 du Codip à la reconnaissance des actes de naissance établis à l'étranger dans le cadre des conventions de GPA, permettant ainsi la reconnaissance du lien de filiation à l'égard du père biologique et l'adoption de l'enfant par la mère d'intention ou le conjoint homosexuel, semblait constituer la position jurisprudentielle majoritaire. Une décision du 15 mars 2013 (¹⁰¹⁵), rendue par le Tribunal de première instance de Liège, laisse toutefois entrevoir des évolutions possibles quant à la reconnaissance en Belgique d'un double lien de filiation monosexué dans le contexte des maternités de substitution.

Cette décision repose sur une approche différente en droit international privé. Selon le Tribunal de première instance de Liège, lorsque l'acte de naissance est rédigé sur la base d'une décision judiciaire établissant le lien de filiation, comme c'est le cas des GPA pratiquées en Californie, c'est la décision judiciaire qui doit être reconnue et non l'acte de naissance (¹⁰¹⁶). Or, nous avons vu que les critères de reconnaissance pour les décisions judiciaires divergent de ceux qui président à la reconnaissance des actes authentiques.

En l'espèce, le Tribunal de première instance de Liège fut saisi de la question de la reconnaissance du lien de filiation d'un enfant mis au monde par une mère porteuse à Los Angeles. Pour la première fois, le tribunal a estimé être saisi de la demande de reconnaissance de la décision de la Cour supérieure de Californie et non de la reconnaissance de l'acte de naissance rédigé à sa suite. En analysant le contenu de la décision judiciaire, le tribunal a, en effet, considéré que le lien de filiation à l'égard des parents d'intention a été établi par l'autorité judiciaire américaine. Il s'agit d'un jugement prénatal désignant les personnes à l'égard desquelles la filiation de l'enfant à naître devra être établie, à savoir, les parents d'intention et non la mère porteuse.

Cette position n'est pas sans incidence : le contrôle conflictuel obligatoire dans le cadre de la reconnaissance des actes authentiques étrangers n'est plus de mise. Seule la vérification des motifs de refus de reconnaissance de l'article 25 du Codip doit être effectuée. De cette distinction résulte le déplacement du débat sur le terrain de l'exception d'ordre public international belge et de la fraude à la loi.

En l'espèce, après avoir conclu que l'ordre public international belge avait été respecté et qu'il n'y avait pas eu de fraude à la loi (voir n°373), le Tribunal de première instance de Liège

¹⁰¹⁵ Civ. Liège, 15 mars 2013, *R.T.D.F.*, 2013/3, pp. 714 et suiv., note C. HENRICOT, « Gestation pour autrui transfrontière. Reconnaissance d'un double lien de filiation monosexuée : une première en Belgique ! ».

¹⁰¹⁶ Pour un traitement de cette distinction dans le cadre de la reconnaissance des jugements supplétifs d'acte de naissance, voyez : P. WAUTELET, « De quelques difficultés liées à la reconnaissance en Belgique d'un acte de l'état civil étranger », obs. sous Liège, 19 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 833 et suiv.

reconnaît, pour la première fois en Belgique, un double lien de filiation monosexué, évitant ainsi le passage par une procédure d'adoption. Les règles de droit international privé choisies pour analyser la situation sont déterminantes quant à la solution qui peut être apportée et le double lien de filiation monosexué *ab initio* à l'égard de deux hommes ne pouvait, en l'espèce, être reconnu qu'en plaçant le débat sur le terrain de la reconnaissance de la décision judiciaire.

360. En l'état actuel de la jurisprudence, cette décision reste isolée. Elle s'écarte du droit belge de la filiation pour autoriser une double filiation paternelle *ab initio*. Il conviendra d'être attentif aux décisions ultérieures afin d'évaluer si une telle position se confirme dans la jurisprudence.

IV. Conclusions sur le dépeçage juridique qui entraîne l'application des principes du droit belge de la filiation

361. La GPA n'est pas encadrée de manière identique dans les différents pays qui la règlementent. Certains États prévoient uniquement la rédaction d'un acte de naissance (en Ukraine par exemple); d'autres imposent une décision judiciaire préalable autorisant l'établissement de l'acte de naissance mentionnant les parents d'intention (État de Californie).

Le choix de l'acte soumis à reconnaissance en Belgique (acte de naissance ou décision judiciaire préalable), apparemment technique, est chargé d'enjeux politiques. En effet, si l'objet de la reconnaissance est l'acte authentique et que les parents commanditaires sont belges, le droit belge doit avoir été respecté en vertu de l'article 27 du Codip. Cela entraîne la validité du lien de filiation paternelle établi à l'étranger (que son lien soit biologique ou non), mais également l'obligation d'une adoption pour le conjoint de celui-ci ou la mère intentionnelle. Par contre, la reconnaissance de la décision judiciaire permet de faire une place en Belgique à des institutions qui lui sont inconnues pour autant que l'on considère que l'ordre public international belge n'a pas été contrarié et qu'il n'y a pas eu de fraude à la loi.

Concernant la filiation d'enfants nés de mères porteuses aux États-Unis, nous avons vu que la Cour d'appel de Liège a, dans sa décision du 6 septembre 2010 (voir n°357), jugé qu'elle devait se prononcer sur la reconnaissance de l'acte de naissance et non de la décision judiciaire et, par conséquent, procéder au contrôle du droit applicable. En revanche, dans un jugement du 15 mars 2013 (voir n°359), le Tribunal de première instance de Liège a estimé devoir se prononcer sur la reconnaissance de la décision judiciaire et non de l'acte de naissance, ce qui lui a permis de reconnaître le double lien de filiation monosexué. Ces deux affaires attestent de l'importance concrète de cette distinction et témoignent de la position plus réservée prise à l'époque par la Cour d'appel de Liège par rapport à la décision du Tribunal de première instance quelques années plus tard.

Lorsque le processus de GPA mené à l'étranger implique qu'une décision judiciaire soit prononcée avant la rédaction de l'acte de naissance, la doctrine a suivi la même évolution que la jurisprudence. Si, dans un premier temps, l'application du contrôle conflictuel à la reconnaissance du lien de filiation a été défendu⁽¹⁰¹⁷⁾, les auteurs semblent aujourd'hui en faveur de la reconnaissance de la décision judiciaire et non de l'acte de naissance⁽¹⁰¹⁸⁾ : « *En effet, la filiation établie à l'égard des parents d'intention découle bien du jugement et non de l'acte de naissance qui, à défaut de jugement et en l'absence d'une loi en disposant autrement, aurait mentionné la femme ayant accouché comme la mère légale des enfants. Autrement dit, c'est bien le jugement qui a 'créé' le lien de filiation à l'égard des parents d'intention* »⁽¹⁰¹⁹⁾.

362. La question de la détermination de l'acte soumis à reconnaissance n'est cependant pas évidente. Elle s'est d'ailleurs déjà posée dans le cadre de la reconnaissance des jugements supplétifs d'actes de naissance et avait suscité les mêmes interrogations⁽¹⁰²⁰⁾. Elle semble, par ailleurs, sujette à évolution. Aujourd'hui, nous pouvons encore affirmer que les juridictions belges ont privilégié, par ce biais, l'application des principes du droit belge de la filiation. À l'avenir, si l'option qui consiste à raisonner en termes de reconnaissance au départ de la décision judiciaire préalable à l'acte de naissance se confirme, ce sera le sort réservé aux exceptions d'ordre public et de fraude à la loi qui permettront, le cas échéant, de privilégier le

¹⁰¹⁷ P. WAUTELET, « La filiation biologique », in *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique*, CUP, Vol. 118, Liège, Anthémis, 2010, p. 148.

¹⁰¹⁸ C. HENRICOT, « Gestation pour autrui transfrontière. Reconnaissance d'un double lien de filiation monosexuée : une première en Belgique ! », *R.T.D.F.*, 2013/3, pp. 721 et suiv. ; C. HENRICOT, « Le droit international privé à l'épreuve d'un nouveau mode d'établissement de la filiation : le cas de la gestation pour autrui », in *Actualité de droit familial*, N. GALLUS (dir.), coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 45 ; J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, Die Keure, 2012, pp. 265-266, n° 424 ; J. VERHELLEN, « Draagmoederschap en de grenzen van het Belgisch IPR », *T.P.R.*, 2011, (1511), 1522-1523, n° 22 ; P. WAUTELET, « La filiation issue d'une gestation pour autrui. Quelles règles de droit international privé pour la Belgique ? », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, p. 216, note 11. Cette position avait déjà été retenue par les juridictions françaises dans le cadre de l'affaire Mennesson (voir *infra*), lesquelles s'étaient inspirées de la position de F. Monéger, conseiller à la Cour de cassation française, qui affirme que lorsqu'« un acte de l'état civil étranger est dressé en exécution d'un jugement étranger, il en est indissociable et les magistrats doivent vérifier que les conditions de la régularité internationale de ce jugement sont remplies : compétence du juge, absence de contrariété du jugement avec l'ordre public international français et absence de fraude » (M. ANDRE, A. MILON et H. DE RICHEMONT, « Rapport d'information fait au nom de la Commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail sur la maternité pour autrui », Sénat français, n° 421, Sess. Ord., 2007-2008, p. 49).

¹⁰¹⁹ C. HENRICOT, « Gestation pour autrui transfrontière. Reconnaissance d'un double lien de filiation monosexuée : une première en Belgique ! », *op. cit.*, p. 722.

¹⁰²⁰ P. WAUTELET, « De quelques difficultés liées à la reconnaissance en Belgique d'un acte d'état civil étranger », obs. sous Liège, 19 février 2008, *op. cit.*, p. 830 ; voyez aussi : B. LANGHENDRIES, « Questions relatives à la réception du jugement supplétif d'acte de naissance étranger dans l'ordre juridique belge », *Rev. dr. étr.*, 2012, pp. 169 et suiv.

droit belge (¹⁰²¹). Il conviendra, dans cette hypothèse, de vérifier si la faveur au droit belge se poursuivra.

§ 2 *La primauté de l'intérêt de l'enfant*

363. La gestation pour autrui pose de manière particulièrement aiguë une série de questions éthiques. Ces questions éthiques sont relayées sur le plan juridique sous la forme de différents principes dont la portée est interrogée au cours du temps. Nous avons déjà évoqué ces principes : indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, dignité de la mère porteuse, principalement (voir n°97). En effet, la GPA interroge la disponibilité du corps humain, laquelle touche directement à la question de la dignité de la mère porteuse, surtout

¹⁰²¹ Notons à cet égard que le choix de l'acte à reconnaître emporte également des conséquences sur ces exceptions. Tel est le cas des conditions de mise en œuvre de l'exception d'ordre public à la réception du droit étranger, laquelle se pose différemment lorsque c'est l'acte de naissance qui doit être reconnu et non le jugement. A moins de considérer que c'est la convention de maternité de substitution qui est soumise au tribunal, ce que les juges semblent majoritairement se refuser à faire, le détour par le droit belge empêche d'invoquer l'exception d'ordre public. L'ordre public constitue en effet une exception déclenchée par l'application du droit étranger et la désignation du droit belge en neutralise donc l'invocation. Par conséquent, lorsque la reconnaissance porte sur l'acte authentique et que l'article 27 du Codip emporte la vérification de la validité de l'acte selon le droit belge, la loi appliquée ne peut être considérée comme contraire à l'ordre public international belge. C'est, dans cette hypothèse, le contrôle conflictuel qui constitue le rempart contre l'application d'un droit étranger contraire aux valeurs du for puisqu'il permettra le contrôle des conditions du droit belge. En d'autres termes, dans l'hypothèse de la reconnaissance de l'acte de naissance établissant les liens de filiation à l'égard de parents belges, ce sont les règles du droit belge de la filiation qui sont appliquées et ce n'est que l'ordre public de droit belge qui peut être soulevé. L'ordre public ne pourrait, donc, être invoqué que si l'on décide de se prononcer sur la validité de la convention de GPA elle-même. Notons que, même dans cette dernière hypothèse, à défaut d'interdiction dans le droit interne et au vu de la pratique qui existe auprès de certains hôpitaux, la contrariété à l'ordre public interne n'est pas évidente. (voyez : C. HENRICOT, « Contrat de gestation pour autrui : incidence de l'absence de mention du nom de la mère porteuse sur la (dis)qualification des 'actes de naissance' », note sous Civ. Nivelles, 6 avril 2011, *R.T.D.F.*, 2011/3, pp. 700 et suiv. ; C. HENRICOT, S. SAROLEA et J. SOSSON, « La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger », note sous Liège, 6 septembre 2010, *R.T.D.F.*, 2010/4, p. 1144. Contre cette interprétation: J. VERHELLEN, « Draagmoederschap en de grenzen van het belgisch IPR », *op. cit.*, p. 1530, n° 32. Notons que si les parents commanditaires possèdent une autre nationalité que la nationalité belge, telle la nationalité du pays où l'enfant est conçu, l'application du droit étranger pourra entraîner la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international belge. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, la question de la proximité avec l'ordre juridique belge se posera si la situation est exclusivement rattachée à un État étranger (ex : parents commanditaires, mère porteuse, enfant ukrainiens et naissance en Ukraine)). En ce qui concerne l'impact de la distinction acte authentique / décision judiciaire sur le mécanisme de la fraude à la loi, on peut également remarquer, à ce stade, que le contrôle conflictuel imposé par l'article 27 du Codip réduit la portée de cette exception. Ainsi, pour reprendre les termes de P. Wautelet, « *Lorsque les parents commanditaires sont [...] des ressortissants belges, comme ce sera le plus souvent le cas, le test conflictuel épuise d'emblée et en grande partie les ressources que l'ordre juridique belge peut opposer à la filiation constatée dans l'acte dressé à l'étranger* » (P. WAUTELET, « Gestation pour autrui transfrontière : le désir d'enfant à l'épreuve du droit international privé », note sous Civ. Huy, 22 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2010/38, p. 1826). La question se pose quelque peu autrement lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la reconnaissance de la décision judiciaire puisque, dans cette hypothèse, aucun contrôle du droit applicable n'est requis. Ce sont les exceptions à la reconnaissance, dont l'ordre public et la fraude à la loi font partie, qui peuvent le cas échéant faire obstacle à la production en Belgique des effets de la décision étrangère.

lorsqu'elle est pratiquée à titre onéreux. La GPA ébranle également le droit de la filiation, notamment par la problématique de l'établissement *ab initio* du lien de filiation à l'égard des parents d'intention (¹⁰²²).

Les réponses apportées à ces questionnements ne sont pas univoques. La dignité peut recevoir divers contenus : un contenu objectif et général ou un contenu subjectif laissé à l'appréciation de l'intéressé. Quant à l'indisponibilité du corps humain, elle fait déjà l'objet de tempéraments (dons d'organes, de sang, de gamètes), à l'instar du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes (possibilité de changement de sexe, de modification du nom...) (¹⁰²³). Toutes ces notions ont donc un contenu variable et sont sujettes à interprétation. Par conséquent, la manière dont les juridictions mettent ou non en œuvre l'exception d'ordre public à l'égard de la GPA est éclairante quant à la valeur qui leur est donnée aujourd'hui dans l'ordre juridique belge. L'approche de la fraude à la loi qui est effectuée dans ce cadre est également illustrative des valeurs défendues par les juridictions belges.

Le flou du droit interne en matière de GPA (I) permet une certaine instrumentalisation des techniques de DIP que sont les exceptions d'ordre public international belge (II) et de fraude à la loi (III) aux fins de favoriser la reconnaissance du lien de filiation au nom de l'intérêt de l'enfant.

I. Le flou du droit interne en matière de GPA

364. Nous avons vu que le droit belge, à ce jour, ne connaît pas de réglementation spécifique consacrée à la GPA, même si des débats ont émergé quant à la nécessité de légiférer et que diverses propositions de loi ont été déposées (¹⁰²⁴).

La question de la licéité du procédé, dans le cadre de l'application des règles de droit commun, impliquant une interprétation de l'article 6 du Code civil, en vertu duquel « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* » et de l'article 1128 du même code qui prévoit qu'« *Il n'y a que les choses qui*

¹⁰²² Voyez : G. WILLEMS, « La gestation pour autrui : brève synthèse des réflexions relatives à un éventuel encadrement législatif », *Ann. Dr.*, vol. 74, 2014, n°1, pp. 113 et suiv.

¹⁰²³ Voyez sur ces questions : M.-C. PINSART, « La gestation pour autrui dans les avis des comités de bioéthique belge et français » in *Droit des familles genre et sexualité*, Limal, Anthémis, 2012, p. 189 et X. DIJON, « Chronique d'une avalanche annoncée : Les présupposés philosophiques de la gestation pour autrui », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op.cit.*, pp. 61 et suiv.

¹⁰²⁴ Voyez par exemple : Proposition de loi réglementant la maternité de substitution, déposée par B. TOMMELEIN et consorts, *Doc. parl.*, Sén., Sess. Extr. 2010, n° 5-130 ; Proposition de loi relative aux mères porteuses, déposée par C. DEFRAIGNE, *Doc. Parl.*, Sén., Sess. Extr. 2010, n° 5-160 ; Proposition de loi relative à la maternité pour autrui, déposée par P. MAHOUX, *Doc. Parl.*, Sén., Sess. Extr. 2010, n° 5-236 et Proposition de loi portant organisation des centres de maternité de substitution, déposée par M. TEMMERMAN et G. SWENNEN, *Doc. Parl.*, Sén., Sess. Ord. 2010-2011, n° 5-929. Pour une analyse comparée : *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, pp. 288 et suiv. Voyez aussi : *Rapport d'information concernant l'examen des possibilités de créer un régime légal de coparentalité*, *Doc. Parl.*, Sénat, Session Ord., 2015/2016, n° 6-98/2.

sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions », est sujette à débat quant à la place à accorder aujourd'hui aux principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état civil (voir n°97).

Les auteurs s'accordent cependant sur l'impossibilité, en droit positif belge, d'imposer à la mère porteuse la remise de l'enfant (¹⁰²⁵). En droit belge, les règles relatives à l'établissement du lien de filiation sont en effet d'ordre public et le droit de la mère porteuse d'établir sa filiation est, par conséquent, indisponible. Ce principe l'empêche de renoncer à l'établissement du lien de façon anticipée et seul un consentement à l'adoption, donné deux mois après la naissance, est autorisé (¹⁰²⁶).

Toutefois, nous l'avons vu, la question de la validité de la convention de GPA est dissociée de celle relative à l'établissement des liens de filiation. Les autorités belges acceptent la reconnaissance de paternité à l'égard du père biologique et l'adoption de l'enfant en Belgique par la mère d'intention (¹⁰²⁷). La possibilité d'établir directement la maternité de la mère commanditaire, lorsqu'elle est également la mère génétique, fait par contre débat (¹⁰²⁸).

Ce cadre juridique permet en effet à la jurisprudence de refuser la mise en œuvre des exceptions d'ordre public international belge et de fraude à la loi aux fins de permettre la reconnaissance du lien paternel et l'établissement de l'adoption. Le flou quant à l'application de ces exceptions est permis dès lors qu'aucune norme de droit international ne sanctionne la GPA (¹⁰²⁹). On notera en tout cas que le Codip, contrairement à la position prise sur d'autres questions comme la répudiation ou le mariage homosexuel (¹⁰³⁰), ne s'est pas prononcé sur les maternités de substitution, le sujet n'étant pas mûr. Il s'ensuit que le droit international privé ne peut s'appuyer sur aucune position claire du droit interne.

¹⁰²⁵ Voyez notamment : N. GALLUS, *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, *op.cit.*, pp. 357 et suiv. ; N. MASSAGER, *Les droits de l'enfant à naître*, pp. 860 et suiv. ; L. PLUYM, *Draagmoederschap*, Bruxelles, Larcier, 2014, p.34 ; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op.cit.*, pp. 164 et suiv.

¹⁰²⁶ En vertu de l'article 348-4 du Code civil.

¹⁰²⁷ G. VERSCHOLDEN et L. PLUYM, « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne) », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, pp. 195 et suiv.).

¹⁰²⁸ Voyez : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op. cit.*, p. 166 ; J. SOSSON, « Le droit de la filiation nouveau est arrivé ! », *op. cit.*, pp. 124-125 et N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, *op. cit.*, pp. 51-54.

¹⁰²⁹ Voyez : F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 7.46 p 316, les avis du Comité de bioéthique cités *supra* et C. HENRICOT, « Le droit international privé à l'épreuve d'un nouveau mode d'établissement de la filiation : le cas de la gestation pour autrui », in *Actualité de droit familial*, *op. cit.*, p. 50.

¹⁰³⁰ Par les articles 57 et 46, 2, du Codip.

II. L'absence de mise en œuvre de l'exception d'ordre public

365. Les juridictions belges, confrontées à l'absence de position prédéfinie de l'ordre juridique interne sur la validité des accords de GPA, ne disposent pas de repères évidents pour appliquer, comme les nomme P. Wautelet, les « *mécanismes classiques qui verrouillent l'accès à l'ordre juridique belge – fraude à la loi et ordre public* »⁽¹⁰³¹⁾. La position de l'ordre juridique interne est ambiguë et, par conséquent, le maniement de l'exception d'ordre public, difficile. La marge de manœuvre du droit international privé est en effet fonction de la netteté de la position du droit interne⁽¹⁰³²⁾.

Selon certains, la tolérance interne à l'égard de la GPA semble autorisée car divers pays encadrent le processus, « *comme si l'acceptation des gestations pour autrui externes avait une sorte d'effet domino sur la possibilité d'envisager une acceptation de celles-ci en interne* »⁽¹⁰³³⁾. En réalité, la jurisprudence belge, dans les situations purement internes, avait déjà accepté dans une très large mesure l'établissement des liens de filiation à l'égard des parents d'intention (voir n°98)⁽¹⁰³⁴⁾. L'argument du droit comparé ne semble donc pas déterminant pour justifier la souplesse des juridictions belges dans ce domaine.

366. Dans un contexte international, si la question de la fraude à la loi est évacuée – et nous verrons que c'est généralement le cas –, il semble difficile de décider que la GPA viole l'ordre public international belge. C'est, en tout cas, la position de la jurisprudence majoritaire.

En effet, bien que l'une des premières décisions abordant cette question avait refusé de reconnaître le lien de filiation entre deux jumelles nées suite à une convention de maternité de substitution en Californie à l'égard d'un couple formé par deux hommes, et ce sur la base de la violation de l'ordre public international belge, tel ne fut plus le cas des décisions ultérieures.

Il s'agissait, en l'espèce, d'une décision du Tribunal de première instance de Huy, du 22 mars 2010⁽¹⁰³⁵⁾, saisi de la demande de reconnaissance d'un jugement de la Cour supérieure de l'État de Californie déclarant les requérants « *parents légaux* » et de l'acte de naissance rédigé à sa suite. Dans cette affaire, le tribunal a estimé que la question était celle de la validité de la

¹⁰³¹ P. WAUTELET, « La filiation issue d'une gestation pour autrui : quelles règles de droit international privé pour la Belgique », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, op. cit., p. 222.

¹⁰³² *Idem*, p. 224.

¹⁰³³ G. WILLEMS et J. SOSSON, « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères de droit comparé et de droit international », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, op.cit., p. 268.

¹⁰³⁴ Via une reconnaissance de paternité et une adoption par le conjoint (voyez la jurisprudence citée en note 306 à 310).

¹⁰³⁵ Civ. Huy, 22 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2010/38, pp. 1815 et suiv., note P. WAUTELET, « Gestation pour autrui transfrontière : le désir d'enfants à l'épreuve du droit international privé » ; N. GALLUS, « Gestation pour autrui et reconnaissance des actes civils étrangers », *J.T.*, 2010, pp. 420 et suiv.

convention de GPA (¹⁰³⁶). Il justifie cette position au motif que « *La reconnaissance de ces actes de naissance n'est que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'enfants conçus en exécution d'un contrat de gestation pour autrui. Il serait totalement artificiel de feindre d'ignorer que les actes de naissance ont été pris ensuite d'une telle convention, avalisée par une décision de justice. Le tribunal considère donc que l'un des effets, au sens de l'article 21 du code, des actes dont la transcription est demandée est de reconnaître en droit les conséquences d'une convention de gestation pour autrui. Il s'estime par conséquent compétent pour examiner la compatibilité avec l'ordre public d'une telle convention* ». Ensuite, le tribunal juge que, même si la GPA ne constitue pas une infraction pénale, elle n'en est pas pour autant licite en droit belge dès lors qu'elle est contraire aux principes de l'indisponibilité de l'état des personnes et du corps humain. À cet égard, le juge précise que seules les choses dans le commerce peuvent faire l'objet de convention, ce qui implique que la convention de maternité de substitution conclue à titre onéreux est contraire à l'ordre public. D'autre part, le tribunal considère que les requérants ont eu recours « *aux ressources de l'ordre juridique de l'État de Californie afin de contourner les principes de droit belge applicables en la matière* », ce qui constitue une fraude à la loi.

Cette décision, catégorique et isolée, sera réformée en appel par une décision de la Cour d'appel de Liège, du 6 septembre 2010 (¹⁰³⁷). Dans cet arrêt, la Cour place l'intérêt des enfants au centre de la motivation : « *En ce qui concerne le lien de filiation à l'égard du père biologique, Aymeric J., on peut toutefois considérer que l'illicéité du contrat de gestation pour autrui – dont découle les actes de naissance dont la reconnaissance est postulée – ne peut porter atteinte à l'intérêt supérieur des enfants Maïa et Maureen garanti tant par l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant que par l'article 22bis de la Constitution. (...) Le refus de reconnaissance des actes de naissance en tant qu'ils concernent l'établissement du lien de filiation avec le père biologique priverait les enfants de tout lien à son égard alors que le lien de filiation maternelle n'est pas reconnu dans le pays de la mère gestatrice. Cette situation leur serait dès lors hautement préjudiciable.* »

D'autres juridictions se sont prononcées en faveur de la reconnaissance du lien de filiation paternelle. Par exemple, selon le Tribunal de première instance de Nivelles (¹⁰³⁸), l'ordre public ne doit pas entrer en ligne de compte dès lors qu'il est conditionné par l'application du droit étranger, lequel n'intervient pas en l'espèce. En effet, le juge s'estime saisi de la question de la validité du lien de filiation, lequel est analysé selon le droit applicable en vertu du Codip, et non du contrat de GPA. Le tribunal conclut également sur l'intérêt des enfants en considérant qu'« *il est admis que l'illicéité du contrat de gestation pour autrui ne peut porter atteinte à l'intérêt supérieur des enfants. (...) Refuser de reconnaître les actes de naissance d'A. et de N. en tant qu'ils établissent un lien de filiation avec leur père biologique serait contraire à leur intérêt supérieur car cela reviendrait à les priver de tout lien avec lui et de*

¹⁰³⁶ Le tribunal refuse de se prononcer sur la distinction entre la reconnaissance de l'acte de naissance et celle du jugement, en estimant qu'en toutes hypothèses, il y a lieu de procéder au contrôle du respect de l'ordre public et de l'absence de fraude à la loi.

¹⁰³⁷ Liège, 6 septembre 2010, *op. cit.*

¹⁰³⁸ Civ. Nivelles, 6 avril 2011, *op. cit.*

tout état civil, le lien de filiation maternelle n'étant pas reconnu en Inde à l'égard de la mère porteuse. »

De la même manière, le Tribunal de première instance de Bruxelles, dans une décision du 15 février 2011⁽¹⁰³⁹⁾, reconnaît le lien de filiation paternelle à l'égard d'un enfant né en Ukraine de parents commanditaires belges. En l'espèce, le juge estime par ailleurs ne pouvoir recourir à la notion d'ordre public au motif qu'il est indéniable que le requérant est le père biologique.

367. En ce qui concerne le refus de reconnaissance de la filiation maternelle, nous avons vu que les juridictions permettent l'adoption ultérieure en Belgique par la mère d'intention (voir n°98). Par exemple, dans le cas du refus de reconnaissance de la filiation maternelle inscrite dans un acte de naissance ukrainien, le tribunal de la jeunesse d'Anvers⁽¹⁰⁴⁰⁾, conformément à la jurisprudence relevée dans le chapitre consacré au droit familial belge, a autorisé l'adoption dans l'intérêt de l'enfant. Selon le tribunal, « *Considérer qu'en raison du contrat de mère porteuse, l'adoption serait contraire à l'ordre public reviendrait à sanctionner l'enfant, qui n'a pas eu le choix du mode de sa venue au monde. En l'état actuel du droit, rien n'empêche de faire droit à la demande d'adoption* »⁽¹⁰⁴¹⁾.

368. Enfin, plus innovante, la décision du Tribunal de première instance de Liège, du 15 mars 2013⁽¹⁰⁴²⁾, considère que l'établissement du double lien de filiation monosexué *ab initio* à l'égard de deux hommes ne viole pas l'ordre public international belge. En l'espèce, pour justifier la reconnaissance du double lien de filiation monosexué établi aux États-Unis, le tribunal va développer les différentes questions que pose la GPA. Considérant que l'ordre public peut recevoir un effet atténué dès lors que la situation a été créée à l'étranger, le tribunal analyse, sous cet angle, les différentes questions que pose la GPA. La situation de la mère porteuse est analysée sur la base de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. Sur ce point, le tribunal estime que la dignité de la mère porteuse est sauvegardée par le fait qu'elle est mariée, travaille et qu'elle a déjà des enfants. La question de l'intérêt de l'enfant est également évaluée, au regard des articles 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant et 22*bis* de la Constitution. Selon le tribunal, l'enfant a un intérêt supérieur à la reconnaissance des liens qu'il a noués avec ses « *parents* » et à la sécurité juridique. Le tribunal procède donc à une analyse très concrète des principes potentiellement violés. Le juge constate ensuite que des propositions de loi en vue de régler en Belgique la GPA sont sur la table et que la jurisprudence n'oppose pas l'exception d'ordre public à la reconnaissance du lien avec le père biologique et à l'adoption par le conjoint. Selon le tribunal, « *L'important est de constater qu'en matière de gestation pour autrui, au bout d'un*

¹⁰³⁹ Civ. Bruxelles, 15 février 2011, *Revue@dipr.be*, 2011/1, pp. 125 et suiv.

¹⁰⁴⁰ Civ. Jeun. Anvers, 22 avril 2010, *T. Fam.*, 2012, p. 43, note L. PLUYM, « *Adoptie na internationaal draagmoederschap* ».

¹⁰⁴¹ Traduction reprise de : « *Sommaire de jurisprudence néerlandophone* », *R.T.D.F.*, 2012/3, p. 874.

¹⁰⁴² Liège, 15 mars 2013, *op.cit.*

processus qui se réalise en deux temps, le double lien de filiation monosexué est bel et bien confirmé juridiquement, en toute harmonie avec nos principes d'ordre public. La situation étant telle actuellement, on voit mal les raisons pour lesquelles il faudrait, dans le cadre de la présente procédure de reconnaissance d'une décision judiciaire étrangère, 'détricoter' partiellement la décision américaine, avec toutes les incidences négatives qu'une telle opération implique sur le plan de l'intérêt des enfants, de la cohérence et de la permanence de leur statut personnel – objectifs fondamentaux en la matière – dès lors qu'il est certain que le lien sera rétabli grâce à une procédure ultérieure d'adoption ». Le tribunal précise aussi que les capacités physiques et psychologiques des parents ont été vérifiées sérieusement avant la signature de la convention de maternité de substitution et que la procédure ultérieure d'adoption perd dès lors son objet. Le Tribunal de première instance de Liège admet, par conséquent, que le double lien de filiation monosexué établi à l'étranger dans le cadre d'un contrat de GPA n'est pas contraire à l'ordre public international belge.

369. On le voit, la jurisprudence semble, peut-être un peu à contrecœur, accepter de reconnaître le lien de filiation, en tout cas paternelle, établi suite à une GPA. Cette conclusion n'est toutefois pas complète si l'on ne se penche pas sur l'éventuel caractère onéreux de la convention.

En ce qui concerne la GPA pratiquée à titre gratuit, il est vrai qu'une partie de la doctrine⁽¹⁰⁴³⁾, le Comité de bioéthique⁽¹⁰⁴⁴⁾, les diverses propositions de loi⁽¹⁰⁴⁵⁾ ainsi que, comme nous venons de le préciser, la majorité des juridictions qui ont été saisies de la question, estiment que celle-ci n'est pas contraire à l'ordre public international belge : « *s'il s'avère que la gestation pour autrui a été pratiquée à titre gratuit, la mise en œuvre de l'exception d'ordre public se heurterait à l'absence d'ordre juridique de référence puisque la prohibition ne trouverait de fondement ni dans l'ordre juridique international ni dans une politique législative interne puisqu'en l'état actuel du droit belge, aucune disposition n'interdit explicitement le recours à la gestation pour autrui* »⁽¹⁰⁴⁶⁾. En l'état du droit belge, l'autonomie de la volonté permettrait donc bien à la mère porteuse de disposer de son corps,

¹⁰⁴³ G. GENICOT, « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op.cit.*, p. 157. Cet auteur est cependant particulièrement libéral dès lors qu'il semble autoriser également la GPA à titre onéreux.

¹⁰⁴⁴ Le Comité de bioéthique (avis n° 30, *op.cit.*) ne prône pas une interdiction absolue de la GPA mais suggère, selon des positions nuancées, un encadrement raisonnable de celle-ci lorsque des indications médicales le justifient et à des fins non commerciales.

¹⁰⁴⁵ *Op.cit.*, note 1022. Voyez également le projet du Bureau permanent de la Conférence de La Haye relatif à la filiation et la maternité de substitution qui entend entreprendre des travaux afin de dégager un encadrement multilatéral de la GPA (Doc. Préliminaire n° 3A de février 2015).

¹⁰⁴⁶ C. HENRICOT, S. SAROLEA et J. SOSSON, « La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger », *op.cit.*, p. 1146.

pour autant toutefois qu'elle puisse refuser de remettre l'enfant qu'elle s'est engagée à porter dans le cadre d'un contrat de maternité de substitution (¹⁰⁴⁷).

Par contre, la gestation pour autrui à titre onéreux est largement désapprouvée en doctrine (¹⁰⁴⁸). En jurisprudence, la position est cependant plus souple et n'apparaît d'ailleurs presque jamais clairement. Les juridictions évacuent d'ailleurs la question du paiement d'une somme d'argent sans même y faire référence. Par conséquent, même dans le cadre d'une gestation pour autrui à titre onéreux, les liens de filiation établis à sa suite ont déjà été reconnus au nom de l'intérêt de l'enfant (¹⁰⁴⁹). Certains auteurs s'insurgent contre une telle neutralité, qui ne se retrouve pas dans d'autres domaines (¹⁰⁵⁰).

Comment expliquer une telle souplesse ? Est-ce l'absence de position du droit interne, la valeur prépondérante accordée à l'intérêt de l'enfant, ou encore le faible enjeu migratoire de la problématique ? Les cours et tribunaux prennent en tout cas soin de ne pas se prononcer directement sur la convention de GPA mais bien sur les liens de filiation qui en découlent (¹⁰⁵¹).

¹⁰⁴⁷ La convention qui impose la remise de l'enfant est certainement illicite car elle revient à disposer de la personne de l'enfant (la remise du corps de l'enfant est l'objet du contrat) et que le droit d'établir sa maternité est inaliénable et indisponible (N. GALLUS, « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op.cit.*, pp. 183 et suiv.).

¹⁰⁴⁸ Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, *op.cit.*, p. 115 ; C. HENRICOT, S. SAROLEA et J. SOSSON, « La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger », *op.cit.*, p. 1147 ; C. HENRICOT, « Le droit international mars privé à l'épreuve d'un nouveau mode d'établissement de la filiation : le cas de la gestation pour autrui », in *Actualité de droit familial*, *op. cit.*, p. 57 ; Avis du Comité de bioéthique n° 30, *op.cit.* ; Ainsi que l'ensemble des propositions de loi en la matière, *op. cit.* Par ailleurs, le Tribunal de première instance de Huy, dans sa décision du 22 mars 2010 (*op.cit.*), se réfère à l'article 21 de la Convention européenne sur les droits de l'homme et la biomédecine, signée à Oviedo le 4 avril 1997 mais non ratifiée par la Belgique. Voyez aussi la loi du 6 juillet 2007 sur la procréation médicalement assistée et la destination des embryons surnuméraires (*op.cit.*), qui impose la gratuité des dons.

¹⁰⁴⁹ Par exemple : Liège, 6 septembre 2010, *op. cit.* et Civ. Nivelles, 6 avril 2011, *op.cit.*

¹⁰⁵⁰ J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken. Wetgevende doelstellingen getoetst aan de praktijk*, *op.cit.*, p. 353 et suiv., n° 545 et suiv.

¹⁰⁵¹ Dans la chronique de jurisprudence consacrée au droit interne proposée par L. PLUYM et G. VERSHELDEN (G. VERSCHELDEN et L. PLUYM, « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne) », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, pp. 195 et suiv.), les auteurs concluent que la place faite en Belgique à la GPA dépend, dans une large mesure, de la donnée génétique. S'il s'agit d'une GPA de basse technologie, les juridictions semblent tentées de refuser la reconnaissance du lien de filiation qui en découle (les auteurs soulignent cependant ici que le refus de la Cour d'appel de Gand en 2012 concernait une GPA commerciale et que, par conséquent, la réponse aurait peut-être été différente si la convention avait été conclue à titre gratuit). Par contre, lorsque la GPA est de haute technologie, les cours et tribunaux accepteraient plus facilement le lien à l'égard du père et l'adoption à l'égard de la mère d'intention, même lorsqu'une somme d'argent a été payée. Ce serait donc le lien génétique avec la mère porteuse qui déterminerait la possibilité de reconnaissance des liens ainsi créés et non le caractère onéreux. Les auteurs soulignent qu'une telle situation entraîne, par conséquent, une discrimination entre les enfants selon le mode de leur conception. Si cette analyse est particulièrement intéressante, il est extrêmement difficile, à ce jour, de dégager une conclusion générale, tant les situations et les juridictions saisies sont différentes. D'abord, les actes déposés en Belgique ont des caractéristiques diverses, ce qui, on l'a vu, entraîne des conséquences en termes de reconnaissance. Ensuite, les juridictions n'ont pas été saisies suffisamment des différentes questions que posent la GPA pour que des

370. Malgré ces interrogations, certaines lignes directrices, tracées par la jurisprudence majoritaire, peuvent être retenues quant à l'application de l'ordre public international belge. Ces lignes sont simples : l'établissement des liens de filiation dans le cadre d'un processus de maternité de substitution ne heurte pas l'ordre public international belge lorsqu'il s'agit de la reconnaissance de paternité. Fréquemment, cette question est esquivée. L'adoption par le second parent d'intention est fondée sur de justes motifs. Peut-être même que, bientôt, le double lien de filiation monosexué trouvera sa place dans ce cadre. Si l'acte n'est pas déclaré valable sur la base du droit belge applicable à l'établissement des liens de filiation lorsque les parents sont belges, c'est généralement sur la base de l'intérêt de l'enfant que les actes de naissance reçoivent des effets en Belgique.

III. Le refus de mise en œuvre de la fraude à la loi

371. Une ligne générale ressort également concernant la fraude à la loi. Hormis dans la décision du Tribunal de première instance de Huy (voir n°366), elle n'est pas retenue en matière de GPA. La plupart des décisions ne s'attardent toutefois pas sur les raisons du rejet de cette exception aux règles de droit international privé (¹⁰⁵²).

372. Nous avons vu les critères de mise en œuvre de la fraude à la loi (voir n°319). À l'occasion d'une GPA, les parents d'intention de nationalité belge qui recourent aux services d'une mère porteuse à l'étranger n'ont généralement aucun lien avec l'État qui dressera l'acte de naissance de l'enfant. Les parents commanditaires font appel à un service à l'étranger parce que celui-ci n'est pas disponible dans les mêmes conditions en Belgique et obtiennent un résultat qui ne leur était pas accessible en Belgique (sous réserve des situations acceptées en interne dans les centres de fertilité). Certains auteurs y voient une fraude à la loi selon l'article 18 du Codip, estimant qu'il suffit, pour en déclencher la mise en œuvre, que la situation ait été modifiée en vue d'obtenir un droit recherché (¹⁰⁵³). Plus précisément, il

conclusions générales de ce type puissent être tirées. Enfin, les positions semblent évoluer avec le temps, le phénomène devenant plus courant et dès lors plus acceptable. À ce jour, ce serait surtout les sensibilités des magistrats et l'absence de position claire du droit belge qui déterminent la décision finale sur la reconnaissance.

¹⁰⁵² Si ce n'est la décision du Tribunal de première instance de Liège du 15 mars 2013 (voir n°368) qui précise qu'il n'y a pas de fraude à la loi dès lors que les parties n'ont pas changé de nationalité en vue de modifier le droit applicable et que ni le droit belge ni le droit néerlandais (droits nationaux des parents commanditaires) ne prohibent spécifiquement la GPA.

¹⁰⁵³ Cette position est par ailleurs défendue par J. VERHELLEN, « Draagmoederschap en de grenzen van het belgisch IPR », *op. cit.*, pp. 1530 et suiv., n° 32-34 ; J. VERHELLEN, « Draagmoederschap : het internationaal privaatrecht uitgedaagd », *Revue@dipr.be*, 2010/4, pp. 164 et suiv. ; J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken*, *op. cit.*, pp. 297 et suiv. n° 469 et suiv. ; C. HENRICOT, « La gestation pour autrui transfrontière », in *Gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, *op. cit.*, pp. 444 et suiv. ; P. WAUTELET, « La fraude en droit patrimonial international : le cas des successions internationales », *op. cit.*, pp. 285 et suiv. ; P. WAUTELET, « La

s'agirait ici d'une fraude au jugement (ou à l'acte) car la notion vise précisément le « *procédé visant à obtenir d'une juridiction étrangère le prononcé d'une décision qui n'aurait pu être obtenue dans le for dont la situation aurait normalement dû dépendre, avec pour objectif principal, de faire reconnaître cette décision dans le for naturellement compétent* »⁽¹⁰⁵⁴⁾.

373. Reprenons la disposition du Codip concernée : « *Pour la détermination du droit applicable en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, il n'est pas tenu compte des faits et des actes constitués dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la présente loi* »⁽¹⁰⁵⁵⁾. Plusieurs arguments militent pour une application mesurée de la fraude à la loi.

D'abord, pour les parents de nationalité belge, seule la filiation maternelle n'est pas conforme au droit belge et son établissement, *ab initio*, suite à un contrat de maternité de substitution peut constituer une fraude à la loi. Encore faut-il établir, dans ce cas, que la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance, et, par conséquent, l'établissement de son lien de filiation, est une règle impérative de droit belge⁽¹⁰⁵⁶⁾. Nous rejoignons S. Clavel sur ce point, qui considère que pour qu'il y ait fraude à la loi, la règle évincée doit être impérative⁽¹⁰⁵⁷⁾.

Précisons également que si la mère porteuse est mariée à un homme de nationalité étrangère, l'application du droit étranger permet également d'éviter la présomption de paternité. Cependant, dans cette deuxième hypothèse, le mari de la mère porteuse est généralement de nationalité étrangère et l'absence d'établissement du lien de filiation à son égard dépend du droit normalement applicable. Cette dernière situation ne constitue donc pas une fraude à la loi.

Par ailleurs, l'intention des parents commanditaires réside principalement dans le fait d'avoir un enfant et non dans la manière dont l'acte de naissance pourra, suite à la naissance, être rédigé. L'intention étant un élément déterminant pour la mise en œuvre de la fraude à la loi, il conviendrait également de décider que cette intention-là, qui ne vise pas les effets juridiques de la naissance, constitue une fraude à la loi. Cette question est spécifique à la GPA dès lors

filiation biologique », in *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique*, P. WAUTELET (dir.), CUP, vol. 118, Liège, Anthémis, 2010, p. 152 et C. HENRICOT, « Gestation pour autrui transfrontière. Reconnaissance d'un double lien de filiation monosexuée : une première en Belgique ! », *op. cit.*, p. 728. Sur ce point, selon P. MAYER et V. HEUZE, « *la fraude peut porter sur un élément quelconque du raisonnement par lequel le juge applique la règle de conflit de lois* » (P. MAYER ET V. HEUZE, *Droit international privé*, 11ème éd., LGDJ, 2014, p. 194, n° 280). *Contra* : R. VANDER ELST qui défendait une conception beaucoup plus restrictive de la fraude à la loi, laquelle nécessiterait une simulation du critère de rattachement (voyez : R. VANDER ELST, « Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé », *R.C.J.B.*, 1981, pp. 347 et suiv.).

¹⁰⁵⁴ S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2010-2012, Pédone, p. 256.

¹⁰⁵⁵ Article 18 du Codip.

¹⁰⁵⁶ Il semble, à cet égard, qu'il ne s'agit en tous cas pas d'une règle d'ordre public international belge. Voir *supra*, n° 383. Cela ne l'empêche toutefois pas d'être considérée comme une règle impérative de droit interne.

¹⁰⁵⁷ S. CLAVEL, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *op. cit.*, p. 262 et suiv.

que, généralement, le détournement du droit applicable vise un effet juridique (être marié par exemple), alors que, dans le cadre des maternités de substitution, plus que l'effet relatif à l'établissement du double lien de filiation à l'égard des parents d'intention, c'est le fait d'avoir un enfant biologiquement apparenté qui est recherché.

Enfin, en ce qui concerne la reconnaissance du lien de filiation établi dans l'acte authentique étranger, le contrôle via le test conflictuel des conditions du droit belge suffira à refuser que le lien de filiation ne produise des effets en Belgique, rendant ainsi inutile le recours à la fraude à la loi.

374. Pourtant, la GPA telle que pratiquée dans les pays qui l'organisent (industrie de la maternité de substitution, rémunération...) incite à conclure à la fraude, d'autant que les intéressés qui se rendent à l'étranger en vue de recourir à l'une de ces cliniques spécialisées n'auraient pas trouvé un tel service dans leur pays de résidence. Mais est-ce réellement une fraude à la loi ? Il est certain que pour la mère d'intention de nationalité belge, le contrôle conflictuel empêche la reconnaissance de l'acte. Par ailleurs, une fraude à la loi pourrait lui être reprochée dès lors qu'elle n'aurait pu obtenir l'établissement du lien en Belgique si la règle *mater semper certa* est impérative et que l'intention frauduleuse est retenue. Par contre, la situation est différente pour le père d'intention. Pour ce dernier, l'établissement du lien de filiation paternelle rencontre les conditions du droit belge, n'est pas contraire à l'ordre public et ne constitue pas une fraude à la loi.

Il nous semble que la confusion provient du fait que les cours et tribunaux détachent presque systématiquement la convention de GPA de l'établissement du lien de filiation. Ne faudrait-il pas, en réalité, considérer que le lien de filiation est contraire à l'ordre public car il repose sur une convention elle-même contraire à cet ordre public mais que l'intérêt de l'enfant constitue un principe fondamental qui doit primer sur les autres principes, le cas échéant bafoués, à savoir principalement la dignité de la mère porteuse et la commercialisation de l'enfant ?

375. La question se pose quelque peu différemment lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la reconnaissance de la décision judiciaire puisque, dans cette hypothèse, aucun contrôle du droit applicable n'est prévu. Ce sont les exceptions à la reconnaissance, dont l'ordre public et la fraude à la loi font partie, qui sont susceptibles de faire obstacle à la production en Belgique des effets de la décision étrangère.

En ce qui concerne l'ordre public international belge, nous avons vu que les juridictions belges ne l'appliquent pas même si cette position peut être, comme nous venons de le mentionner, discutée.

S'agissant de la notion de fraude à la loi dans le cadre de la reconnaissance d'une décision judiciaire, elle s'entend en réalité comme une fraude au jugement. En effet, « *La seule manière d'être cohérent avec la formulation adoptée par le législateur belge à l'article 25,*

§ 1^{er}, 3^o du Code de DIP, est de considérer que le juge, saisi d'une demande de reconnaissance d'un jugement étranger, doit vérifier si en se rendant à l'étranger les parties ont obtenu un droit qu'elles n'auraient pu obtenir sur le territoire belge »⁽¹⁰⁵⁸⁾. Toutefois, indirectement, la notion se rapproche de celle contenue à l'article 27 du Codip puisque cela revient à procéder à un certain contrôle du droit applicable : pour vérifier si le droit n'aurait pas été obtenu sur le sol belge, il faut analyser comment la situation se serait présentée en Belgique.

Lorsqu'il s'agit de la reconnaissance d'une décision judiciaire, l'exception de fraude à la loi recouvre, par conséquent, un enjeu plus important. En effet, nous avons vu que lorsqu'il s'agit de reconnaître un acte authentique, le contrôle conflictuel épuisait la question de la reconnaissance du lien de filiation à l'égard de la mère d'intention ou, d'ailleurs, du conjoint de même sexe. Par contre, si ce lien est inscrit dans une décision judiciaire, la question de la fraude à la loi refait surface. En effet, la mère commanditaire ou le conjoint du père a obtenu à l'étranger ce qui lui était impossible en Belgique. Cela constitue par conséquent une fraude à la loi.

La majorité des juridictions ne la retiennent cependant pas en matière de GPA⁽¹⁰⁵⁹⁾. L'explication réside probablement dans le fait qu'elles se prononcent, dans la majorité des cas, sur la reconnaissance d'actes authentiques étrangers et qu'elles n'en ont donc pas besoin pour faire application des principes du droit belge. Le lien de filiation maternelle est écarté sur la base du contrôle conflictuel et le lien paternel, accepté avec la même motivation⁽¹⁰⁶⁰⁾. L'intérêt de l'enfant vient par ailleurs au secours d'éventuelles hésitations liées à l'intervention de l'ordre public international.

Le flou du droit interne au sujet de la GPA permet d'ailleurs cette souplesse de la jurisprudence, laquelle semble vouloir favoriser la reconnaissance du lien de filiation afin de faire prévaloir l'intérêt de l'enfant, comme nous l'avons étudié également concernant le traitement qui est fait dans cette matière de l'exception d'ordre public.

¹⁰⁵⁸ C. HENRICOT, « Gestation pour autrui transfrontière. Reconnaissance d'un double lien de filiation monosexué : une première en Belgique ! », *R.T.D.F.*, 2013/3, p. 728.

¹⁰⁵⁹ À cet égard, la décision du Tribunal de première instance de Anvers, du 19 décembre 2008 (voir n°356) est intéressante dès lors que le juge met en lumière le parcours particulièrement éprouvant des parents d'intention pour concevoir un enfant qui leur soit génétiquement relié, avec en dernier recours l'appel à une mère porteuse en Ukraine, pour conclure à l'absence de fraude à la loi. Pour le juge, l'objectif était l'enfant et non l'acte de naissance mentionnant le nom de la mère d'intention.

¹⁰⁶⁰ En ce qui concerne la reconnaissance des décisions judiciaires, nous n'avons relevé que deux affaires : dans le premier (Bruxelles, 6 avril 2010), seul le lien de filiation paternelle était établi dans l'acte (acte de naissance indien), dans l'autre (Civ. Liège, 15 mars 2013), le tribunal a retenu une vision très restrictive de la fraude à la loi et considéré qu'il n'y avait pas eu de modification du critère de rattachement puisque les époux n'avaient pas changé de nationalité. Or, si cette définition de la fraude à la loi semble dépassée, elle est également développée sur la base de l'article 18 du Codip. S'agissant de la reconnaissance d'une décision judiciaire, le tribunal aurait pourtant dû se référer à la notion découlant de l'article 25 du Codip, laquelle est probablement moins dépendante du contrôle de la loi applicable. Cette position s'explique peut-être par la volonté du tribunal de reconnaître, en l'espèce, le double lien de filiation monosexué.

IV. La primauté de l'intérêt de l'enfant sur les règles de droit prédéfinies

376. L'intérêt de l'enfant constitue l'un des motifs, sinon le principal, qui poussent les juridictions à reconnaître le lien de filiation à l'égard d'enfants conçus au moyen d'une GPA⁽¹⁰⁶¹⁾.

Au fil des décisions rendues par les juridictions belges, tant les magistrats que les commentateurs semblent faire primer cet intérêt et s'ouvrir, en son nom, à la maternité de substitution.

Il est certain que l'intérêt de l'enfant constitue un enjeu central dans la reconnaissance des actes de naissance établis à l'étranger. C'est d'ailleurs pour ce motif que les objections liées au processus de la maternité de substitution, y compris son caractère onéreux, sont évincées. Dans la majorité des situations, les tribunaux neutralisent l'éventuelle illicéité de la convention de GPA en invoquant l'intérêt supérieur de l'enfant⁽¹⁰⁶²⁾. Ensuite, sur la base des règles du droit belge de la filiation, les juridictions admettent le droit du père commanditaire à la reconnaissance de l'enfant. Le refus de reconnaissance du lien de filiation en raison de l'éventuelle fraude à la loi que constitue le recours à la maternité de substitution telle qu'organisée à l'étranger n'est, nous l'avons vu, pas non plus retenu. La sanction ne pourrait, en effet, toucher les parents sans avoir d'incidence directe sur la situation des enfants.

Il existe des décisions plus critiques, comme celle du Tribunal de première instance de Bruxelles, du 18 décembre 2012⁽¹⁰⁶³⁾, concernant un enfant né d'une mère porteuse en Inde. En l'espèce, conformément à la législation indienne, seul le nom du père est inscrit dans l'acte de naissance. Le juge affirme que « *la convention de gestation pour autrui méconnaît le principe de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, la mère porteuse 'prêtant' son ventre à autrui et renonçant d'avance à sa maternité. Elle méconnaît également le principe de non négociabilité de l'être humain, l'enfant à naître étant l'objet d'une transaction commerciale au terme de laquelle des parties s'entendent pour que l'une 'produise' un enfant pour l'autre* », ce qui en fait une convention contraire à l'ordre public. Le tribunal poursuit, en affirmant que l'acte de naissance ne peut être isolé de son contexte et que le requérant n'aurait pas pu, en vertu de la loi belge, faire établir sa paternité par l'intermédiaire d'une convention de maternité de substitution ni d'ailleurs se faire délivrer un

¹⁰⁶¹ E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, « La maternité de substitution », in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, op.cit. , p. 181.

¹⁰⁶² Voyez par exemple : Civ. Bruxelles, 6 avril 2010, op. cit. ; Liège, 6 septembre 2010, op. cit. ; Civ. Nivelles, 6 avril 2011, op. cit. ; Civ. Liège, 15 mars 2013, op. cit.

¹⁰⁶³ Civ. Bruxelles, 18 décembre 2012, op. cit., note J. SOSSON et J. MARY, « Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique ? ».

acte de naissance identique⁽¹⁰⁶⁴⁾. Par conséquent, le tribunal en déduit que « *La loi nationale du requérant n'a dès lors nullement été respectée et la législation étrangère en vertu de laquelle l'acte de naissance a été dressé contient des prescriptions dont l'application est inconciliable avec les normes fondamentales du for* ». Quant à l'absence de filiation maternelle dans l'acte de naissance, le juge l'estime contraire aux articles 57 et 312 du Code civil, qui imposent la mention de la femme qui a accouché dans l'acte de naissance. Par conséquent, le tribunal juge que l'acte de naissance est contraire à l'ordre public⁽¹⁰⁶⁵⁾. Par ailleurs, et ceci est assez exceptionnel en la matière, ou, à tout le moins à contre-courant de la jurisprudence, selon le juge : « *Le principe supérieur de l'intérêt de l'enfant, aussi essentiel soit-il, ne constitue néanmoins pas un fondement juridique autonome en matière de filiation. Il ne permet pas de justifier l'écartement ou la non application des règles du Code civil. Il ne s'impose pas comme un principe directeur du droit de la filiation. Cette matière obéit à des équilibres propres élaborés par le législateur dans le sens d'une protection de l'intérêt de l'enfant par le biais de normes particulières et d'institutions juridiques spécifiques. (...) En outre, le tribunal considère qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant Corentin de voir établir sa filiation sur la base des actes dressés en Inde, ceux-ci heurtant des principes fondamentaux visant à protéger l'intérêt de tous les enfants, ayant été établis en exécution d'une transaction commerciale et en dehors de toute préoccupation de l'intérêt de l'enfant* ». Toutefois, après s'être exprimé de la sorte et avoir considéré l'acte de naissance contraire à l'ordre public⁽¹⁰⁶⁶⁾ et non conforme au droit belge applicable sur la base du contrôle conflictuel, le juge accepte néanmoins de reconnaître le lien de filiation paternelle au motif qu'il correspond à la réalité génétique, au lien établi en Inde, à la possession d'état et à l'intérêt de l'enfant. L'intérêt de l'enfant est, dans cette affaire, clairement l'élément qui a permis de contourner l'application que le tribunal a fait des règles de droit.

¹⁰⁶⁴ Le tribunal entame son raisonnement sur la base du contrôle conflictuel imposé par l'article 27 du Codip et vérifie le droit belge en ce qui concerne le père et le droit indien en ce qui concerne la mère, en se basant sur le procédé de la GPA et non uniquement sur les liens de filiation en tant que tels.

¹⁰⁶⁵ Le tribunal analyse ensuite l'acte de reconnaissance établi par un notaire indien à la demande du père commanditaire. Le tribunal estime que cet acte est également non conforme au droit belge, la mère porteuse étant mariée, ce qui aurait dû impliquer une contestation de la présomption de paternité de son mari et l'accord explicite de la mère porteuse à la reconnaissance, ce qui, toujours selon le tribunal, ne peut ressortir de la convention de maternité de substitution. Notons cependant que le juge omet ici de procéder à une analyse du droit indien applicable si le mari de la mère porteuse est de nationalité indienne.

¹⁰⁶⁶ Le juge, sur la base du contrôle conflictuel, considère donc que le droit belge n'aurait pas permis l'établissement de la filiation parce qu'elle repose sur une convention entachée de nullité. Le contrôle conflictuel entraîne donc l'application de l'ordre public de droit interne. Il constate également que l'absence du nom de la mère dans l'acte de naissance est contraire à l'ordre public belge. Le juge ne se réfère donc pas à l'ordre public international. S'il est exact que, dans l'hypothèse de la reconnaissance de l'acte de naissance établissant les liens de filiation à l'égard de parents belges, ce sont les règles du droit belge de la filiation qui sont appliquées et, par conséquent, que seul l'ordre public de droit belge peut être soulevé dans ce cas, tel n'était pas l'hypothèse en l'espèce. En effet, l'absence d'établissement de la maternité de la mère porteuse devait être analysée sur la base du droit indien, ce qui ne permettait que de décider si la règle étrangère était ou non contraire à l'ordre public international belge.

377. Si l'intérêt de l'enfant est une notion sans contenu prédéterminé, il a déjà, dans l'hypothèse de la GPA, été entendu dans des sens différents. Par exemple, la reconnaissance de l'acte de naissance a été refusée au nom de cet intérêt, le juge estimant qu'il était préférable pour l'enfant d'être élevé dans son milieu d'origine⁽¹⁰⁶⁷⁾. Cette décision a été critiquée au motif qu'à défaut de reconnaissance de l'acte, l'enfant se voit privé de parents, ce qui n'est certainement pas dans son intérêt⁽¹⁰⁶⁸⁾. Sur ce thème, la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà affirmé la prévalence de la réalité sociale sur l'application stricte des règles de droit pour autant qu'il y ait une vie familiale réelle entre les personnes concernées, à l'occasion de l'affaire *Wagner*⁽¹⁰⁶⁹⁾.

Par ailleurs, dans un premier temps, le recours à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant a permis d'écarter l'éventuelle contrariété à l'ordre public de la reconnaissance des actes de naissance établis à l'étranger suite à une GPA⁽¹⁰⁷⁰⁾. Cet intérêt a également été utilisé, quelques années plus tard, pour justifier la reconnaissance d'un double lien de filiation monosexué⁽¹⁰⁷¹⁾. On le voit, le contenu de la notion offre aux juridictions une large marge d'appréciation.

La décision du Tribunal de première instance de Liège, du 15 mars 2013 (voir n°359), est très intéressante à ce propos puisque le tribunal considère que l'intérêt de l'enfant a suffisamment été pris en compte et vérifié par les autorités américaines, avant la signature de la convention de GPA, et qu'il en résulte l'inutilité de la procédure d'adoption par le conjoint du père biologique. Outre que cela témoigne d'une grande confiance accordée par le juge belge au juge américain – et il n'est pas certain que tous les États en auraient bénéficié de la sorte –, le lien entre l'exception d'ordre public et l'intérêt de l'enfant est, dans ce cadre, très clair : l'adoption nécessite le contrôle par le tribunal des justes motifs et de l'intérêt de l'enfant, ce qui, notamment, la différencie de la filiation. La décision du Tribunal de première instance de Liège fait référence à cette distinction. Le juge relève d'ailleurs que l'adoption suppose l'examen de l'intérêt de l'enfant et que, « À cet égard, il faut relever que les explications d'audience ont révélé que des examens sérieux tant au niveau physique qu'au niveau psychologique ont été menés à l'égard des deux requérants en préalable à la signature de la convention de gestation pour autrui ; l'utilité impérieuse d'une procédure d'adoption plénière ultérieure n'apparaît nullement en l'espèce »⁽¹⁰⁷²⁾. Notons cependant que la décision du

¹⁰⁶⁷ Civ. Huy, 22 mars 2010, *op.cit.* ; Civ. Bruxelles, 18 décembre 2012, *op. cit.*

¹⁰⁶⁸ N. GALLUS, note sous Civ. Huy, 22 mars 2010, *op.cit.* ; Par ailleurs, C. HENRICOT, sur cette question affirme, dans ce sens, qu' « *Il ne s'agit pas de raisonner à partir des parents pour conclure qu'il n'est pas de l'intérêt de l'enfant d'être instrumentalisé mais bien de réfléchir à partir du constat qu'un enfant a été conçu, est né, a été déplacé de son pays d'origine et grandit au sein d'un projet parental* » (C. HENRICOT, « Le droit international privé à l'épreuve d'un nouveau mode d'établissement de la filiation : le cas de la gestation pour autrui », *in Actualité de droit familial*, N. GALLUS (dir.), *op.cit.*, p. 55).

¹⁰⁶⁹ CEDH, *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, 28 juin 2007, req. n° : 76240/01

¹⁰⁷⁰ Par exemple dans les décisions citées *supra* : Civ. Bruxelles, 6 avril 2010, *op. cit.* ; Liège, 6 septembre 2010, *op. cit.* ; Civ. Nivelles, 6 avril 2011, *op. cit.*

¹⁰⁷¹ Civ. Liège, 15 mars 2013, *op. cit.*

¹⁰⁷² Civ. Liège, 15 mars 2013, *op. cit.*, p. 719.

tribunal est antérieure à la loi sur la coparenté. Il serait intéressant de disposer de décisions sur cette question aujourd'hui, car la coparenté à l'égard de deux femmes est désormais calquée sur les règles applicables à la filiation biologique. La motivation de la reconnaissance du double lien monosexué serait, dès lors, certainement modifiée.

378. Il semble, en tout cas, que, dans le domaine de la GPA, l'intérêt de l'enfant triomphe de l'ordre public dès lors que les tribunaux, peu enthousiastes à admettre la GPA, font néanmoins primer l'intérêt de l'enfant dans toutes les situations. D'ailleurs, les règles techniques liées à la distinction entre les actes et les jugements perdent de leur importance dès que l'intérêt de l'enfant entre en jeu. Ce qui est défendu avec ferveur est le principe suivant : le mode de procréation doit demeurer étranger à l'enfant et ne pas influencer sur son droit à l'établissement et à la protection du lien. Même le caractère commercial du processus de conception de l'enfant n'entame pas cette affirmation. N. Gallus soutient cette position jurisprudentielle dans ces termes : « *Priver l'enfant de tout statut au motif que le même projet parental a été mis en œuvre à l'étranger ne correspond pas à l'exigence du respect de son intérêt supérieur. La circonstance que la gestation pour autrui à l'étranger présente un caractère commercial contraire à notre conception de la dignité et de la non-patrimonialisation du corps humain ne doit pas modifier cette appréciation* »⁽¹⁰⁷³⁾. À l'instar des évolutions du droit belge, l'intérêt de l'enfant ne peut donc pas, en matière de GPA, être atteint par les choix de vie de ceux qui exercent les fonctions parentales.

379. La place de l'intérêt de l'enfant est particulièrement singulière en matière de filiation dès lors que, au départ, en droit belge de la filiation, il ne s'agit pas d'un principe général de droit⁽¹⁰⁷⁴⁾. Il s'agit, initialement, d'un intérêt évalué uniquement dans certains cas spécifiques, constituant une sorte de garde-fou⁽¹⁰⁷⁵⁾. Cependant, les différentes juridictions – Cour européenne des droits de l'homme, Cour constitutionnelle, juridictions du fond – ne semblent pas l'entendre de cette oreille et érigent l'intérêt de l'enfant en principe directeur, même lorsqu'il s'agit de problématiques liées à l'établissement des liens de filiation. Elles se conforment, à cet égard, aux exigences posées par l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, lequel stipule : « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants,*

¹⁰⁷³ N. GALLUS, note sous Civ. Huy, 22 mars 2010, *op.cit.* Voyez aussi : N. GALLUS, « L'adoption par les parents intentionnels de l'enfant né d'une mère porteuse », note sous Civ. Jeun. Bruxelles, 23 août 2012 et Civ. Jeun. Namur, 7 janvier 2011, *Act. dr. Fam.*, 2013/5, pp. 100 et suiv.

¹⁰⁷⁴ N. MASSAGER, *Droit familial de l'enfance*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 26 et suiv.

¹⁰⁷⁵ CAROLINE HENRICOT, de son côté, démontre qu'il ne s'agit pas non plus d'un principe général de droit international (C. HENRICOT, « Le droit international privé à l'épreuve d'un nouveau mode d'établissement de la filiation : le cas de la gestation pour autrui », in *Actualité de droit familial, op. cit.*). La Convention internationale relative aux droits de l'enfant prévoit cependant, déjà depuis 1989, en son article 3, que « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». Voyez sur ce sujet : N. CANTWELL, « La genèse de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention relative aux droits de l'enfant », *J. dr. jeun.*, 2013, liv.323, pp. 8 et suiv.

qu'elles soient le fait d'institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » (¹⁰⁷⁶). L'autorité qui envisage de s'opposer à la reconnaissance d'un élément du statut personnel d'un enfant doit, dès lors, accorder une importance primordiale au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant concerné¹⁰⁷⁷.

La jurisprudence actuelle de la Cour européenne des droits de l'homme est éclairante. Dans deux affaires concernant la France – pays qui interdit explicitement la GPA (¹⁰⁷⁸) –, la Cour a rendu des arrêts très intéressants. Si ces décisions, à savoir les arrêts *Mennesson c/ France* (¹⁰⁷⁹) et *Labassée c/ France* (¹⁰⁸⁰), ne peuvent être transposées telles quelles à la Belgique, car les droits internes belge et français diffèrent sensiblement en la matière, elles sont extrêmement utiles à l'étude des notions de vie privée et familiale ainsi que de l'intérêt de l'enfant. Selon la Cour, il semble en effet que l'intérêt de l'enfant ait vocation à jouer un rôle important dans l'appréciation par les États de l'ordre public.

Ayant validé la législation autrichienne interdisant la fécondation *in vitro* selon certaines techniques dans son arrêt *SH c/ Autriche* (¹⁰⁸¹), on pouvait s'attendre à ce que la Cour n'entame pas la position d'interdiction de la GPA du droit français. En réalité, la Cour ne condamne pas la position française d'interdiction et souligne la marge d'appréciation des

¹⁰⁷⁶ CIDE, *op. cit.*

¹⁰⁷⁷ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen. De l'émergence d'un droit fondamental à l'élaboration d'une méthode de la reconnaissance*, *op. cit.*, p. 447.

¹⁰⁷⁸ Voyez les articles 16-7 et 16-9 du Code civil français. Sur la question des certificats de nationalité française délivrés sur la base d'un acte de naissance établi suite à une GPA pratiquée à l'étranger, la position du Conseil d'État français est dans la lignée de la CEDH en ce qu'elle refuse d'annuler la circulaire qui en imposait la délivrance. Voyez sur ce sujet : C. LENGREND et A. PLANCHARD, « Vers un renforcement en France du statut juridique de l'enfant issu d'une GPA effectuée à l'étranger ? », *Le Revue des droits de l'homme, Actualité Droits-Libertés*, mis en ligne le 2 février 2015.

¹⁰⁷⁹ CEDH, *Mennesson c / France*, 26 juin 2014, req. n° : 65192/11. Voyez par exemple les commentaires suivants : L. PLUYM, « Mennesson v. France and Labassée v. France : Surrogate Motherhood Across Borders », *Strasbourg Observers*, 1 octobre 2014, <http://strasbourgobservers.com> ; L. PLUYM, « Sociale werkelijkheid en belang van het kind primeren op internationaalprivaatrechtelijke bescherming van intern verbod op draagmoederschap », *Revue@dipr.be*, 2014/3, pp. 183 et suiv. ; I. ISAILOVIC, « The ECtHR and the Regulation of Transnational Surrogacy Agreements », <http://www.ejiltalk.org>, 1 octobre 2014 ; N. HERVIEU, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratégie juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 8 septembre 2014 ; F. KRENC et S. VAN DROOGHENDROECK, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 1^{er} janvier-30 juin 2014 », *J.T.*, 2014, n° 6579, pp. 669 et suiv. ; E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Chroniques. Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2015/2, pp. 223 et suiv. ; A. GOUTTENOIRE, « Convention de gestation pour autrui : la primauté de l'intérêt de l'enfant, enfin ! », *Lexbase, La lettre juridique*, n° 577, 3 juillet 2014 ; J. SOSSON, « La jurisprudence européenne et la gestation pour autrui », *JDE*, 2015, pp. 52 et suiv. ; L. VAN BUNNEN, « La gestation pour autrui et les droits de l'homme », *R.C.J.B.*, 2015/1, pp. 32 et suiv. ; L. D'AVOUT, « La 'reconnaissance' de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée », *D.*, 2014, pp. 1806 et suiv. ; F. CHENEDE, « Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *D.*, 2014, pp. 1797 et suiv.

¹⁰⁸⁰ CEDH, *Labassée c/ France*, 26 juin 2014, req. n° : 65941/11.

¹⁰⁸¹ CEDH, *SH et autres c. Autriche*, 3 novembre 2011, Req. n° : 57813/00.

États dans le domaine de la maternité de substitution⁽¹⁰⁸²⁾. En effet, les deux décisions rendues en la matière ne peuvent être interprétées comme empêchant clairement les États d'interdire la GPA ou comme « *consacrant un droit conventionnel à une technique de procréation* »⁽¹⁰⁸³⁾. Toutefois, procédant à une analyse différenciée de la situation des parents commanditaires et de la cellule familiale de l'enfant, la Cour va imposer la reconnaissance du lien de filiation paternelle. Nous allons détailler plus avant ces arrêts.

Dans l'affaire *Labassée c/ France*, du 26 juin 2014, l'enfant est issu d'une GPA menée au Minnesota. Le Tribunal de l'État du Minnesota, dans un premier temps, déchoit la mère porteuse de ses droits parentaux et, ensuite, octroie au père biologique la garde légale et physique de l'enfant et l'autorise à rentrer en France avec ce dernier. L'acte de naissance rédigé ensuite indique que l'enfant est celui des deux parents commanditaires (mari et femme). De retour en France, le Parquet de grande instance de Nantes refuse de transcrire l'acte de naissance au motif qu'il serait contraire à l'ordre public français. En vertu des articles 16-7 et 16-9 du Code civil français : « *toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle* » et « *les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public* ». Saisi par les requérants, le juge des tutelles du Tribunal de grande instance de Tourcoing rédige un acte de notoriété mais le Parquet de Nantes refuse de porter la mention marginale de cet acte à l'état civil. C'est alors le Tribunal de grande instance de Lille qui, saisi de la demande de transcription de l'acte de notoriété, s'oppose à celle-ci, considérant la convention de GPA nulle puisqu'elle a été conclue en violation de la loi française. La Cour d'appel de Douai confirme le jugement et la Cour de cassation, le 6 avril 2011⁽¹⁰⁸⁴⁾, rejette le pourvoi.

La requête soumise à la Cour européenne des droits de l'homme est certes recevable : « *Il est certain en l'espèce que les premiers requérants s'occupent comme des parents de la troisième requérante depuis sa naissance, et que tous les trois vivent ensemble d'une manière qui ne se distingue en rien de la 'vie familiale' dans son acceptation habituelle. Cela suffit pour établir que l'article 8 trouve à s'appliquer dans son volet 'vie familiale'* »⁽¹⁰⁸⁵⁾. Par ailleurs, « *Il y a une 'relation directe' entre la vie privée des enfants nés d'une gestation pour autrui et la détermination juridique de leur filiation. L'article 8 trouve donc également à s'appliquer en l'espèce dans son volet 'vie privée'* »⁽¹⁰⁸⁶⁾.

L'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale est constatée mais prévue par la loi. Elle vise, selon la Cour, des buts légitimes que sont la « *protection de la santé* » et la « *protection des droits et libertés d'autrui* ». L'analyse ne s'arrête évidemment pas là et, si la Cour relève qu'il n'existe pas de consensus européen ni sur la légalité de la GPA, ni sur la

¹⁰⁸² Voyez les §§ 79 et 84 de l'arrêt *Mennesson* ainsi que 54 et 58 de l'arrêt *Labasee*.

¹⁰⁸³ N. HERVIEU, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratège juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *Revue des droits de l'homme*, mercredi 1^{er} octobre 2014, <http://revdh.revue.org/870>, pp. 1-31 (citation p. 6).

¹⁰⁸⁴ Cass. Fr., 1^{ère} ch. c., 6 avril 2011, n° : 09-17-130.

¹⁰⁸⁵ § 37.

¹⁰⁸⁶ § 38.

reconnaissance juridique du lien de filiation entre les parents d'intention et les enfants légalement conçus à l'étranger, « *Il faut toutefois également prendre en compte la circonstance qu'un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation. Il convient donc d'atténuer la marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur en l'espèce* »⁽¹⁰⁸⁷⁾.

Ladite ingérence est-elle proportionnelle ? Lors de l'analyse de l'équilibre entre les différents intérêts en présence, la Cour porte son attention principalement sur l'intérêt de l'enfant car, chaque fois qu'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer, selon les termes de la Cour⁽¹⁰⁸⁸⁾. D'ailleurs, focalisant son analyse sur la situation de l'enfant, la Cour considère que, pour les requérants, les difficultés administratives liées au refus de reconnaissance de l'acte de naissance n'ont pas été insurmontables et ne montrent pas que le refus de reconnaissance fait obstacle au respect de la vie familiale des intéressés. Ces difficultés pratiques ne dépassent pas les limites qu'impose le respect de l'article 8 de la Convention et, par conséquent, un juste équilibre a été ménagé en ce qui concerne le respect de la vie familiale⁽¹⁰⁸⁹⁾. Par contre, pour ce qui a trait au respect de la vie privée de l'enfant, laquelle exige que chacun puisse établir les détails de son identité et donc de sa filiation, la conclusion est différente. L'enfant, laissé dans une situation d'incertitude juridique concernant son lien de filiation et la possibilité d'obtenir la nationalité française, voit son droit au respect de sa vie privée violé. Selon la Cour, « *Au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun, on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance* »⁽¹⁰⁹⁰⁾.

Dans l'affaire *Mennesson c/ France*, dont la décision a été rendue le même jour, la conclusion est strictement identique. Il s'agissait en l'espèce d'un couple hétérosexuel qui avait mené en Californie un processus de GPA. Deux jumelles naissent de la mère porteuse et la Cour suprême de Californie établit la filiation des enfants à l'égard des parents commanditaires. Le jugement précise par ailleurs les mentions devant figurer dans l'acte de naissance. Une fois les actes de naissance établis, l'administration américaine délivre des passeports américains aux enfants, passeports qui mentionnent les parents d'intention en qualité de parents légaux. La famille rentre en France. Dans un premier temps, les actes de naissance sont transcrits au registre central de l'état civil à Nantes. Toutefois, le Parquet de Créteil va diligenter une procédure en annulation de la transcription. Par jugement du Tribunal de grande instance de Créteil du 13 décembre 2005, la demande est jugée irrecevable, le parquet n'étant pas habilité à agir dès lors qu'il est à l'origine de la transcription. La Cour d'appel de Paris, le 25 octobre 2007, confirme la décision mais sur la base d'un autre motif : la foi due au jugement étranger.

¹⁰⁸⁷ § 59.

¹⁰⁸⁸ § 60.

¹⁰⁸⁹ § 73.

¹⁰⁹⁰ § 79.

Cependant, la Cour de cassation, par un arrêt du 17 décembre 2008 ⁽¹⁰⁹¹⁾, casse la décision et renvoie l'affaire à la Cour d'appel de Paris. Cette dernière se prononce le 18 mars 2010 ⁽¹⁰⁹²⁾ et annule la transcription des actes de naissance pour violation de l'ordre public en raison de la convention de GPA.

Avec une motivation exactement identique à celle retenue dans l'affaire *Labassée*, la Cour note que l'intérêt de l'enfant constitue un principe essentiel et qu'il doit primer sur l'ensemble des intérêts en présence ⁽¹⁰⁹³⁾. Cependant, la Cour souligne que « *les requérants ne prétendent pas que les difficultés qu'ils évoquent ont été insurmontables et ne démontrent pas que l'impossibilité d'obtenir en droit français la reconnaissance d'un lien de filiation les empêche de bénéficier en France de leur droit au respect de leur vie familiale. À ce titre, elle [la Cour] constate qu'ils ont pu s'établir tous les quatre en France peu de temps après la naissance des troisième et quatrième requérantes, qu'ils sont en mesure d'y vivre ensemble dans des conditions globalement comparables à celles dans lesquelles vivent les autres familles et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'il y a un risque que les autorités décident de les séparer en raison de leur situation au regard du droit français* » ⁽¹⁰⁹⁴⁾. Il en résulte que les autorités françaises ont procédé à un examen concret de la situation et qu'il ne peut en être déduit une violation du droit au respect de la vie familiale.

Toutefois, à l'instar de l'arrêt commenté ci-dessus, la Cour constate une violation du droit au respect de la vie privée de l'enfant. Selon la Cour, « *Il est concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire. Il résulte toutefois de ce qui précède que les effets de la non reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les enfants ainsi conçus et les parents d'intention ne se limitent pas à la situation de ces derniers, qui seuls ont fait le choix des modalités de procréation que leur reprochent les autorités françaises : ils portent aussi sur celle des enfants eux-mêmes, dont le droit au respect de la vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, y compris sa filiation, se trouve significativement affecté. Se pose donc une question grave de compatibilité de cette situation avec l'intérêt supérieur des enfants, dont le respect doit guider toute décision les concernant* » ⁽¹⁰⁹⁵⁾.

Dans les deux arrêts, la Cour juge donc que le refus d'établissement du lien de filiation, à l'égard du père biologique, constitue une violation du droit au respect de la vie privée des enfants ⁽¹⁰⁹⁶⁾. Elle indique que l'insécurité quant au lien de filiation constitue une atteinte à la vie privée de l'enfant concerné ⁽¹⁰⁹⁷⁾.

¹⁰⁹¹ Cass. Fr., 1^{ère} ch. Civ., 17 décembre 2008, n° : 07-20-468.

¹⁰⁹² CA. Paris, 18 mars 2010, n° : 09-11017.

¹⁰⁹³ § 81.

¹⁰⁹⁴ § 92.

¹⁰⁹⁵ § 99.

¹⁰⁹⁶ §§ 79 pour l'arrêt *Labassée* et 100 pour l'arrêt *Mennesson*.

¹⁰⁹⁷ Cette position fut encore confirmée dans l'arrêt *Foulon et Bouvet c/ France* du 21 juillet 2016, req. : 9063/14 et 10410/14.

Relevons cependant la prudence de la Cour, dans ces deux affaires, quant à la question de la dimension familiale de ces situations. En effet, contrairement à la position de la Cour dans les arrêts *Wagner* (voir n°399) et *X et autres c/ Autriche* (voir n°58), dans les affaires *Menesson* et *Labassée*, la violation du droit au respect de la vie familiale n'est pas retenue. Dans l'affaire *Wagner*, la bonne foi semble toutefois avoir joué un rôle décisif dans la décision de la Cour ; dans l'arrêt *X et autres c/Autriche*, c'est probablement la question de la discrimination qui a été déterminante. Mais dans les affaires *Menesson* et *Labassée*, comme dans l'affaire *Harroudj c/ France* (voir n°407), le fait de pouvoir vivre dans des conditions comparables aux autres familles suffit pour que la Cour ne retienne pas la violation du droit au respect de la vie familiale.

La jurisprudence de la Cour est-elle encore en train d'évoluer sur cette question ? Un arrêt ultérieur sur la GPA, *Paradiso et Campanelli c. Italie* (¹⁰⁹⁸), du 27 janvier 2015, permet de se poser la question. En l'espèce, la Cour a conclu à une violation du droit au respect de la vie familiale des parents d'intention. Il s'agissait de parents commanditaires non biologiques ayant eu recours à une mère porteuse en Russie. Les autorités italiennes avaient placé l'enfant dans une famille d'accueil en raison de la violation de la loi italienne dont s'étaient rendus coupables les parents d'intention en recourant aux services d'une mère porteuse à l'étranger. Alors même qu'elle n'est pas saisie par l'enfant (les requérants n'ayant plus l'autorité parentale à l'égard de ce dernier), la Cour considère que son intérêt n'a pas été suffisamment respecté (¹⁰⁹⁹). Elle conclut, dans cette affaire, à une violation de la vie familiale des requérants tout en précisant, cependant, que cette condamnation n'implique pas de leur remettre l'enfant, qui vit dans une autre famille avec laquelle il a tissé des liens. Cet arrêt pose donc la question d'une évolution possible de la jurisprudence de la Cour vers la reconnaissance d'une violation de la vie familiale dans le cas du refus de reconnaissance des liens de filiation établis dans le cadre d'une GPA.

La manière dont l'intérêt de l'enfant est traité dans les affaires relatives à la GPA constitue une bonne illustration de la place qui lui est désormais accordée. Cet intérêt doit 'primer', comme le soutient la Cour, sur les autres intérêts en présence. Par ailleurs, son intérêt semble pouvoir être 'détaché' de celui des parents d'intention dès lors que la Cour ne conclut à la violation de la Convention que sous le volet du respect de la vie privée de l'enfant dans les affaires *Menesson* et *Labassée*. Il y a, selon les termes de N. Hervieu, une dissociation entre le sort global de la cellule familiale et la situation individuelle des enfants (¹¹⁰⁰). Cet état d'esprit n'est pas sans rappeler les décisions de la Cour constitutionnelle en droit belge de la filiation. Le centre névralgique de la famille est donc, lorsqu'un enfant est en jeu, celui-ci. Par ailleurs, cela rappelle l'idée de morcellement que nous avons déjà évoquée à différentes reprises.

¹⁰⁹⁸ CEDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, *Revue@dipr.be*, 2015/1, pp. 4 et suiv.

¹⁰⁹⁹ § 85 et suiv.

¹¹⁰⁰ N. HERVIEU, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratège juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, op. cit., p. 10.

380. Observations sur l'accès au territoire belge des enfants issus d'une GPA pratiquée à l'étranger. La pratique de la GPA à l'étranger, dans les États à l'égard desquels une exigence de visa pour la Belgique existe, pose des difficultés supplémentaires. En effet, tant que l'acte de naissance n'est pas reconnu, l'enfant ne possède pas la nationalité belge de ses parents d'intention. Il lui incombe, par conséquent, d'obtenir un visa pour les accompagner en Belgique. À l'occasion de cette demande de visa, les autorités belges refusent parfois de donner des effets à l'acte de naissance au motif que la GPA est illicite aux yeux du droit belge. Une affaire soumise à la Cour européenne des droits de l'homme illustre la problématique. En l'espèce, les autorités belges avaient refusé la délivrance d'un visa pour un enfant né d'une GPA en Ukraine. Les parents commanditaires avaient alors saisi les juridictions belges, en référé, aux fins d'obtenir des documents de voyage pour faire venir l'enfant en Belgique. La Cour d'appel de Bruxelles, dans sa décision du 31 juillet 2013 ⁽¹¹⁰¹⁾, amenée à se prononcer sur l'affaire, reconnaît qu'en apparence le père commanditaire est le père biologique de l'enfant et que de lui imposer d'attendre l'issue d'une procédure sur le fond concernant la reconnaissance de l'acte de naissance ukrainien ne respecterait pas son droit à la vie privée et familiale. La Cour européenne des droits de l'homme, qui avait été saisie de cette affaire avant la décision de délivrance des documents de voyage, va poursuivre l'examen de la requête et se prononcer sur les inconvénients subis par les intéressés du fait du délai qui leur a été imposé avant la venue de l'enfant. Il s'agit de l'arrêt *D. et autres c. Belgique*, rendu le 8 juillet 2014 ⁽¹¹⁰²⁾. Selon la Cour, « *l'État belge a agi dans les limites de la marge d'appréciation dont il bénéficie en refusant – jusqu'au 31 juillet 2013 – d'autoriser la venue de l'enfant A. sur le territoire belge* ». Il est intéressant de relever que la Cour prend en considération, selon ses termes, le fait que « *en première instance, le président du tribunal avait admis le caractère urgent et provisoire de la demande, mais avait estimé qu'il ne disposait pas de suffisamment d'éléments pour établir prima facie le lien de filiation biologique de l'enfant A. avec les requérants* ». L'importance du lien biologique est donc une nouvelle fois à l'honneur dans le cadre de décisions liées à la possibilité d'entrer sur le territoire belge. Pourtant, l'apparence de droit aurait pu uniquement découler des actes d'état civil déposés.

§ 3 Conclusion sur la réception des liens de filiation établis à l'étranger suite à une GPA au regard des principes qui sous-tendent le droit familial belge

381. Il ressort de la jurisprudence recensée que les juridictions belges sont relativement tolérantes en matière de GPA. Si le droit belge ne règlemente pas encore la pratique, et si certains considèrent que les conventions de maternité de substitution contreviennent au droit commun, l'application des règles de droit international privé ainsi que la prise en compte de l'intérêt de l'enfant conduisent généralement les cours et tribunaux à '*régulariser*' la filiation

¹¹⁰¹ Bruxelles, 31 juillet 2013, *Revue@dipr.be*, 2013/4, pp. 49 et suiv.

¹¹⁰² CEDH, *D. et autres c. Belgique*, 8 juillet 2014, req. : 29176/13.

de celui-ci. La reconnaissance de paternité inscrite dans l'acte de naissance étranger est validée et l'adoption par le conjoint ou la mère d'intention, considérée comme fondée sur de justes motifs.

Les juridictions semblent en effet peu enclines à faire rejaillir l'éventuelle irrégularité de la convention de GPA sur l'enfant né du processus et ne font, par conséquent, pas jouer l'exception d'ordre public pour éviter la reconnaissance de l'acte. Cela rappelle, à coup sûr, la position jurisprudentielle à l'égard des enfants issus d'unions polygamiques.

La volonté de ne pas discriminer l'enfant est, en effet, une préoccupation que nous avons retrouvée tant dans l'analyse de l'accueil du droit marocain de la famille que dans les situations purement internes de GPA.

Par ailleurs, cet objectif est probablement, aussi, à la base du peu de développements consacrés dans les décisions judiciaires à la problématique de la fraude à la loi. Ce dernier point est cependant plus obscur dès lors que les aspects techniques de cette exception de DIP semblent évités. Il est donc difficile de déterminer les motivations qui sous-tendent la non-prise en considération de la fraude en la matière.

382. Les questions éthiques⁽¹¹⁰³⁾ que pose le recours aux mères porteuses ne sont cependant pas absentes des décisions recensées. Le lien de filiation à l'égard du père biologique et la demande d'adoption par la mère d'intention ont d'ailleurs déjà été refusés par les autorités judiciaires, se basant sur l'illicéité affirmée du processus⁽¹¹⁰⁴⁾. Considérer que le contrat de GPA est indissociable de l'établissement du lien de filiation, et refuser la reconnaissance des actes de naissance sur cette base, vise à décourager le recours à ce type de montage. Une telle position semble cependant éloignée d'une analyse de l'intérêt de l'enfant apprécié *in concreto*⁽¹¹⁰⁵⁾.

Or, nous avons vu que l'intérêt de l'enfant est désormais une valeur primordiale dans la solution que les juridictions apportent aux situations impliquant des enfants. Ces derniers sont devenus, tant pour la Cour constitutionnelle, lorsqu'elle s'est prononcée sur le droit belge de

¹¹⁰³ Voyez les avis du Comité consultatif de bioéthique : Avis n° 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation-pour-autrui et Avis n° 27 du 8 mars 2004 relatif au don de sperme et d'ovules.

¹¹⁰⁴ Civ. Huy, 22 mars 2010, *op. cit.* ; Gand, 30 avril 2012, *R.G.D.C.*, 2012/8, pp. 372 et suiv. Dans cette dernière affaire, selon la Cour d'appel « *La dissimulation, via l'adoption, de l'achat/vente d'un enfant est un motif illicite qui rend entièrement illégitime l'adoption. La personne humaine ne peut jamais être rabaissée au niveau d'un objet monnayable. C'est pourquoi l'actuelle maternité de substitution est contraire à la dignité humaine. Les données antérieures à la procédure d'adoption doivent certainement être prises en compte par le jugement déterminant si l'adoption repose sur de justes motifs. [...] Le fait que l'enfant à adopter possède déjà l'état à l'égard de la candidate adoptante et que, dans les relations sociales, il passe pour l'enfant de celle-ci, n'entame en rien le jugement selon lequel l'adoption projetée ne repose pas sur de justes motifs* ».

¹¹⁰⁵ Voyez : E. DOS REIS, G. RUFFIEUX, J. TEREL et G. WILLEMS, « La maternité de substitution », in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 181.

la filiation, que pour la Cour européenne des droits de l'homme, le centre de la famille dont l'intérêt doit être prioritairement protégé. Cet intérêt, selon les différentes instances juridictionnelles, peut même empêcher l'application de règles de droit prédéfinies et permettre d'écarter l'éventuelle illicéité de la GPA. Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme à l'encontre de la France en la matière sont éclairants sur ce point.

Une évolution vers la défense des individus plus que vers celle du groupe familial ou d'une politique familiale générale est donc perceptible. Cette tendance au morcellement de la famille a déjà été rencontrée à l'occasion de l'analyse du droit belge et de l'accueil du droit marocain. Nous y reviendrons dans la troisième partie de cette étude.

383. La GPA pose également différentes questions liées entre elles et relatives au sens donné aujourd'hui à la parenté. Elle ébranle certainement les notions de maternité et de paternité. Ces questions peuvent se résumer comme suit : quelle est la place du projet parental dans le lien de filiation ? Celui-ci peut-il être privilégié au point de mettre de côté la parenté génétique ou gestationnelle ? Le droit belge est-il aujourd'hui ouvert à l'établissement *ab initio* de la double filiation monosexuée ?

Si le choix du législateur en 2003⁽¹¹⁰⁶⁾ et 2006⁽¹¹⁰⁷⁾ était de ne pas créer de double lien de filiation monosexué en dehors de la voie de l'adoption, les positions ont évolué depuis lors. La décision du Tribunal de première instance de Liège du 15 mars 2013⁽¹¹⁰⁸⁾ (voir n°359) en atteste ; la loi du 5 mai 2014 portant établissement de la filiation de la coparenté⁽¹¹⁰⁹⁾ également.

En 2010, lorsque le Tribunal de première instance de Huy refusait la reconnaissance du lien de filiation établi à l'égard d'enfants nés d'une GPA en Californie, on a pu lire qu'« *il paraît exclu, en droit actuel, de reconnaître un quelconque lien de 'parenté', fût-ce sans indication de genre, vis-à-vis de l'homme qui a certes participé avec son époux à la mise en œuvre du projet parental, mais qui n'est pas le père biologique de l'enfant* »⁽¹¹¹⁰⁾ car « *Il s'agirait d'une 'catégorie nouvelle' qui n'existe aucunement dans notre arsenal juridique et qu'une juridiction n'a pas le pouvoir de créer ex nihilo* »⁽¹¹¹¹⁾. En réalité, lorsque la reconnaissance porte sur une décision judiciaire, ce raisonnement n'est pas exact et la reconnaissance d'institutions inconnues de l'ordre juridique interne est possible⁽¹¹¹²⁾. C'est d'ailleurs l'un des intérêts des techniques du droit international privé, qui, de ce fait, favorisent l'harmonie

¹¹⁰⁶ Ouverture du mariage aux personnes de même sexe.

¹¹⁰⁷ Ouverture de l'adoption aux couples de même sexe.

¹¹⁰⁸ Civ. Liège, 15 mars 2013, *op. cit.*

¹¹⁰⁹ *M.B.*, 7 juillet 2014. Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015.

¹¹¹⁰ N. GALLUS, note sous Civ. Huy, 22 mars 2010, *J.T.*, 2010, p. 423, n° 6.

¹¹¹¹ C. HENRICOT, S. SAROLEA et J. SOSSON, « La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger », *op.cit.*, p. 1151.

¹¹¹² Voyez *supra* les développements relatifs à la dot et à la *Kefala*.

internationale en réceptionnant des situations nées à l'étranger. Comme le relève justement C. Henricot, « *S'il fallait conditionner cette réception à l'exigence que le droit positif belge permette également cette situation, le droit international privé serait privé de tout effet utile* »⁽¹¹¹³⁾.

Cette réflexion permet toutefois de mettre en évidence la difficulté d'accepter, dans l'ordre juridique belge, des situations nées à l'étranger, sous l'emprise d'un droit étranger, et qui ne correspondent pas aux possibilités du droit interne. Cela rejoint une partie des conclusions apportées à l'analyse de la perméabilité de l'ordre juridique belge au droit marocain. Nous y avons en effet constaté la volonté de rapprochement des dispositions du droit marocain lorsqu'une certaine proximité peut être dégagée entre les deux droits. Si la situation est différente en matière de GPA dès lors que dans cette dernière hypothèse la faveur est faite directement à l'application du droit belge, il en va d'un même mouvement. En matière de filiation, les juridictions ne semblent pas perméables à des règles de droit étranger éloignées des principes du droit belge.

À cet égard, il sera intéressant d'évaluer l'impact de l'introduction, au sein de l'ordre juridique belge, du double lien de filiation monosexué *ab initio*, par l'adoption de la loi sur la coparenté. Cette loi, qui assied une ouverture en faveur de la double parenté homosexuelle en institutionnalisant la filiation à l'égard de deux mères, facilitera peut-être, pour les couples de même sexe masculin, la reconnaissance d'un double lien de filiation. En effet, pourrait-on encore considérer la reconnaissance des décisions étrangères établissant un lien de filiation à l'égard de deux hommes contraire à l'ordre public international belge ? La question mérite en tout cas d'être posée. Elle ne pourrait, en toute hypothèse, recevoir une réponse négative que sous l'angle du procédé de la maternité de substitution en tant que tel.

En effet, la loi belge relative à la coparenté modifie la marge de manœuvre des juridictions sur la question puisqu'elle fait sortir la double filiation à l'égard d'un couple de même sexe du champ d'intervention de l'exception d'ordre public. Elle ne supprime cependant pas la problématique dès lors que les modes de conception sont distincts. Dans l'hypothèse du couple de femmes, la première est inséminée artificiellement et accouche de l'enfant, et la deuxième est légalement la coparente. Dans l'hypothèse du couple d'hommes, le désir d'avoir un enfant biologiquement attaché à l'un des membres du couple impose de recourir à une tierce personne pour procréer. Si ce n'est plus sur le terrain de la double filiation monosexuée que l'on peut se situer pour refuser la reconnaissance d'un lien de filiation issu d'une mère porteuse, il reste cependant la question du procédé de la mère porteuse lui-même. Cette conclusion renvoie par conséquent aux développements consacrés *supra* à l'exception d'ordre public et à la question de la dignité de la mère porteuse et de l'indisponibilité du corps humain, ainsi que de l'état des personnes.

La GPA pose également une autre question quant au rapport à la maternité. On constate, dans les différentes décisions judiciaires rendues en la matière, que le lien entre l'accouchement et

¹¹¹³ C. HENRICOT, « Gestation pour autrui transfrontière. Reconnaissance d'un double lien de filiation monosexuée : une première en Belgique ! », *op. cit.*, p. 726-727.

la maternité semble difficilement dissociable : en droit belge, on est mère parce qu'on accouche, et il n'est pas encore possible, même dans le cadre de la reconnaissance de situations créées à l'étranger, d'y déroger. Cette règle, pour la majorité des cours et tribunaux, justifie la disqualification de l'acte de naissance lorsque le nom de la mère porteuse ne figure pas dans l'acte⁽¹¹¹⁴⁾.

L'absence de mention du nom de la mère dans l'acte est-elle contraire à l'ordre public international belge ? Ou, plus précisément, « *la disposition de droit indien permettant d'omettre le nom de la mère de l'acte de naissance produit-elle un effet manifestement incompatible avec l'ordre public ?* »⁽¹¹¹⁵⁾. Il semble que la réponse à apporter à cette question soit négative. En effet, déjà en 1993, la Cour de cassation, dans une affaire relative à un accouchement sous X en France, a accepté la reconnaissance de l'acte de naissance ne mentionnant pas le nom de la mère⁽¹¹¹⁶⁾. Si cette jurisprudence se confirme, il est possible de considérer que la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance n'est pas une règle d'ordre public international belge et que son absence ne justifie pas la disqualification de l'acte. Pourtant, les juridictions ne procèdent pas à une telle analyse et défendent clairement l'application des règles du droit belge de la filiation.

Le lien fait par le droit belge entre maternité et gestation est remis en question dans les maternités de substitution. La question a déjà été posée devant un tribunal lorsque, à l'occasion d'une procédure d'adoption d'un enfant né de mère porteuse, le parquet soutenait qu'il s'agissait d'une procédure qui devait être menée sur le plan de la filiation et non de l'adoption⁽¹¹¹⁷⁾. Le tribunal saisi de la question a cependant estimé que, même si la femme qui accouche n'est pas la mère génétique, la maternité n'est pas mensongère à son égard, ce

¹¹¹⁴ Voyez par exemple : Civ. Nivelles, 6 avril 2011, *op.cit.* ; Civ. Anvers, 19 décembre 2008, *op.cit.* et C. HENRICOT, « Contrat de gestation pour autrui : incidence de l'absence de mention du nom de la mère porteuse sur la (dis)qualification des 'actes de naissance' », *op.cit.* La disqualification de l'acte de naissance découle de l'application du droit belge. L'absence, dans l'acte de naissance, du nom de la femme qui a accouché ne respecte pas les articles 57 et 312 du Code civil belge. Ce raisonnement est toutefois sujet à critique. Il convient en effet d'évaluer, dans un premier temps si ces dispositions sont applicables (mère de nationalité belge). Or, lorsque la mère porteuse est de nationalité étrangère, c'est l'absence de lien de filiation maternel sur la base du droit étranger qui doit être confronté à l'ordre public international belge. Par ailleurs, la question des mentions que doit contenir l'acte doit être conforme au droit du lieu de l'établissement de l'acte afin qu'elles aient une force probante en Belgique, par application de l'article 28 du Codip. C. HENRICOT, S. SAROLEA et J. SOSSON ont précisé à cet égard les contours juridiques de la reconnaissance de l'acte de naissance : « *l'établissement de la filiation à l'égard du père biologique dans l'acte de naissance s'analyse comme une déclaration de volonté unilatérale créant un lien de filiation (negotium), constatée dans un acte instrumentaire, l'acte de naissance (instrumentum), et dont l'effet juridique est soumis au droit applicable. En revanche, les constatations de fait indiquées dans l'acte de naissance (lieu et date de l'accouchement, identité de la femme qui accouche, etc.) relèvent de la force probante intrinsèque qui s'attache à l'acte authentique (article 28 du Codip)* » (C. HENRICOT, S. SAROLEA et J. SOSSON, « La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger », *op.cit.*, p. 1143). L'analyse de DIP faite sur cette question est donc généralement simplifiée par les juridictions.

¹¹¹⁵ C. HENRICOT, « Contrat de gestation pour autrui : incidence de l'absence de mention du nom de la mère porteuse sur la (dis)qualification des 'actes de naissance' », *op.cit.*, p. 704.

¹¹¹⁶ Cass., 29 janvier 1993, *Pas.*, I, 1993, p 121.

¹¹¹⁷ Trib. Jeun. Bruxelles, 6 mai 2009, *R.T.D.F.*, 2011/1, pp. 172 et suiv.

qui empêche toute action en contestation de maternité et oblige la mère d'intention à recourir à l'adoption⁽¹¹¹⁸⁾.

Il semble cependant qu'aujourd'hui d'autres critères puissent être pensés pour définir la maternité. Le caractère gestationnel certes, mais également le critère génétique ou intentionnel⁽¹¹¹⁹⁾. L'évidence du lien entre la femme qui accouche et l'enfant étant remise en question par les nouvelles technologies, un questionnement est à l'ordre du jour sur les éléments déterminants ou prépondérants de la maternité. Les positions retenues jusqu'ici sont en effet susceptibles d'évoluer, comme en atteste l'adoption toute récente de la loi sur la coparenté.

Cette évolution, qui se retrouve dans le droit familial interne et qui touche au morcellement de la maternité, voire de la parenté, a donc été également encouragée par le développement de la GPA pratiquée en contexte international.

Les évolutions touchent par ailleurs la limitation à deux parents du lien de filiation à l'égard de l'enfant. Aujourd'hui, en effet, l'établissement de la filiation à l'égard des parents d'intention et de la mère porteuse ne peut être additionné. Nous avons déjà souligné sur ce point que les contours de la famille en droit interne sont sujets à questionnement et évolutions (voir n°35 et suiv.). La décomposition du droit de l'autorité parentale en était un exemple. La GPA en est un autre.

¹¹¹⁸ J. SOSSON, « La création d'un lien légal avec la mère génétique d'un enfant conçu par gestation pour autrui : une question de filiation ou d'adoption ? », note sous Trib. Jeun. Bruxelles, 6 mai 2009, *R.T.D.F.*, 2011/1, pp. 176 et suiv.

¹¹¹⁹ Sur cette question voyez : M.-G. PINSART, « La gestation pour autrui dans les avis des comités belges et français », *op.cit.*, p. 179.

Section II | Les critères d'accueil du droit étranger en matière d'adoption internationale (étude de cas n° 3)

384. La loi belge relative à l'adoption internationale a été profondément réformée en 2003 (¹¹²⁰). Cette réforme visait à transposer dans l'ordre juridique belge la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (¹¹²¹). Divers éléments de cette législation ont déjà été exposés dans le chapitre relatif au droit belge de la famille (voir n°57). Pour rappel, ces instruments, centrés sur l'intérêt de l'enfant, ont mis fin à la possibilité d'adopter en filière libre, prévu des mécanismes de coopération entre États parties et des procédures d'encadrement par les autorités compétentes, ainsi que créé une autorité centrale chargée de la reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger.

La Convention de La Haye et le Code civil belge se combinent, par ailleurs, avec le Code de droit international privé. En vertu de ce dernier, l'adoption prononcée en Belgique peut être soumise au droit étranger. L'application du droit étranger à l'adoption prononcée en Belgique découle de l'article 67 du Codip qui renvoie au droit national de l'adoptant ou des adoptants lorsque ceux-ci possèdent une nationalité commune.

La désignation du droit étranger doit cependant être nuancée dès lors que, quel que soit le droit applicable, certaines règles prévues par la loi belge s'appliquent à toutes les adoptions. En effet, en vertu des articles 67 et 68 du Codip (¹¹²²), l'adoption doit reposer sur de justes motifs et, si elle concerne un enfant, être dans son intérêt supérieur et respecter ses droits fondamentaux. Ensuite, les adoptants doivent être qualifiés et aptes à adopter (¹¹²³) et le consentement de l'adopté de plus de 12 ans est obligatoire. Il s'agit en quelque sorte de « *règles d'ordre public positif* » (¹¹²⁴). L'encadrement de l'adoption n'est, par contre, pas prévu lorsqu'il s'agit d'adoptions de personnes majeures ou si les adoptants résidaient habituellement à l'étranger au moment de l'adoption.

¹¹²⁰ Voyez les références note 183 (partie 1 sur le droit familial belge).

¹¹²¹ Loi du 24 juin 2004 portant assentiment à la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, faite à La Haye le 29 mai 2003, *M.B.*, 6 juin 2005.

¹¹²² Lesquelles renvoient aux dispositions 357, 344-1, 358 et 348-1 du Code civil.

¹¹²³ L'aptitude à adopter ne doit pas obligatoirement être accordée selon la procédure du droit belge. L'article 67 du Codip renvoie à l'article 357 du Code civil et non aux articles 346-1 et 346-2 de ce même Code, lesquels déterminent la procédure de préparation et d'aptitude. La Cour d'appel de Bruxelles s'est d'ailleurs prononcée en ce sens, le 14 mai 2014 (RG 2014/JA/1, *inédit*), en confirmant l'aptitude des candidats adoptant obtenue sur la base de l'application du droit espagnole. En l'espèce, la Cour a considéré que les intéressés ne devaient pas se soumettre à la préparation telle qu'organisée par la communauté française vu que les conditions de la loi espagnol sur ce point étaient remplies.

¹¹²⁴ S. SAROLEA, « L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.F.*, 2009/1, pp. 12-17.

385. L'article 67, alinéa 3, du Codip prévoit par ailleurs un deuxième tempérament à l'application du droit étranger. Selon cette disposition, « *si le juge considère que l'application du droit étranger nuirait manifestement à l'intérêt supérieur de l'adopté et que l'adoptant ou les adoptants ont des liens manifestement étroits avec la Belgique, il applique le droit belge* ». Il s'agit d'une clause d'exception à l'application du droit étranger prévue spécifiquement pour la matière de l'adoption et qui supplante, par conséquent, l'article 19 du Codip dans ce domaine. L'analyse de son application dans la pratique permet de se pencher sur l'ouverture de l'ordre juridique belge au droit étranger. En effet, son invocation conduit au rejet du droit étranger, considéré comme inapproprié à l'espèce.

La jurisprudence rendue sur cette disposition constitue notre premier angle d'approche pour déterminer les critères d'accueil du droit étranger en matière d'adoption.

386. Notre deuxième angle d'approche consiste en une analyse des possibilités de reconnaissance en Belgique, des adoptions prononcées à l'étranger. La Convention de La Haye et le Code civil belge ont mis, en effet, en place un système spécifique de reconnaissance des décisions d'adoption étrangères.

Si nous avons retenu ces deux aspects du droit de l'adoption internationale dans cette étude, à savoir la mise en œuvre de la clause d'exception à l'application du droit étranger et la reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger, c'est parce qu'elles constituent les points de pénétration du droit étranger dans l'ordre juridique belge. Notre analyse porte donc sur ces deux aspects du droit de l'adoption internationale en vue d'étendre notre champ d'investigation des critères d'accueil du droit étranger en Belgique. Ces critères seront ensuite mesurés aux principes qui sous-tendent le droit familial belge afin de compléter l'analyse relative à la gestation pour autrui.

§ 1 La faveur aux conditions du droit belge de l'adoption

387. Lorsque les juridictions belges sont sollicitées pour prononcer en Belgique une adoption qui présente un élément d'extranéité, elles recourent largement à la clause d'exception de l'article 67, alinéa 3, du Codip afin d'écarter le droit étranger. Une faveur aux conditions du droit belge de l'adoption peut, en effet, être dégagée de la jurisprudence. En témoignent un refus des entraves posées par le droit étranger (I) et une approche très concrète de la condition de proximité avec l'ordre juridique belge (II).

I. Le refus des entraves posées par le droit étranger

388. Nous l'avons vu, le Codip prévoit l'application de la loi nationale du ou des adoptants aux conditions de l'adoption en son article 67. L'alinéa 3 de cette disposition permet cependant aux juridictions belges d'écarter l'application du droit étranger et d'appliquer le droit belge si le tribunal considère que le droit étranger nuirait à l'intérêt supérieur de l'enfant et que le ou les adoptants ont des liens étroits avec la Belgique (¹¹²⁵). Cette possibilité est utilisée lorsque le juge l'estime opportun, c'est-à-dire, en pratique, lorsque le droit étranger est plus restrictif que le droit belge quant aux conditions exigées pour permettre l'établissement d'une adoption.

A. Le droit étranger qui interdit l'adoption

389. Lorsque la règle de rattachement aboutit à l'application d'un droit qui ne connaît pas l'adoption, différentes difficultés se posent. D'abord, des conditions spécifiques sont

¹¹²⁵ L'utilité de l'article 67, alinéa 3, du Codip en ce qu'il protège l'intérêt supérieur de l'adopté a déjà pu être remise en question. En effet, l'intérêt supérieur de l'enfant est déjà largement pris en compte par diverses dispositions législatives tels les articles *22bis* de la Constitution ou 3 de la CEDI. Ces dispositions font certainement partie intégrante de l'ordre public international belge et suffiraient, à elles seules, à protéger l'intérêt supérieur de l'adopté (voyez : S. PFEIFF, « L'écartement de la loi étrangère au profit du droit belge en matière d'adoption », *Rev. dr. étr.*, 2009, n° 151, pp. 709 et suiv.). Par ailleurs, la clause d'exception de l'article 19 du Codip, qui a une vocation générale, permet, de son côté, d'appliquer un droit qui présente des liens plus étroits avec la situation que celui désigné par la règle de conflit de lois. La combinaison de ces différentes dispositions rend-elle inutile l'article 67, alinéa 3, du Codip ? La réponse à cette question est négative. D'une part, par cette clause d'exception spécifique à l'adoption, le législateur a souligné le fait que l'intérêt de l'enfant est une disposition d'ordre public positif en matière d'adoption. D'autre part, l'article 67, alinéa 3, du Codip conserve son intérêt lorsque l'adoption vise une personne majeure. Par conséquent, la notion d'intérêt supérieur de l'adopté ne se confond pas entièrement avec celle d'intérêt supérieur de l'enfant (à cet égard, avant l'entrée en vigueur du Codip et de la nouvelle loi sur l'adoption, la Cour de cassation s'était prononcée, dans une décision du 10 avril 2003 (Cass., 10 avril 2003, *R.T.D.F.*, 2004/1, pp. 180 et suiv.), sur l'application en Belgique d'un droit étranger qui ne permettait pas l'adoption d'un adulte. Selon la Cour, le refus du juge du fond d'homologuer l'adoption d'un majeur sur la base de la loi moldave qui ne permet pas ce type d'adoption ne viole pas les articles 8 et 14 de la CEDH. La question de l'application en Belgique d'un droit étranger qui interdit l'adoption de majeur fut également largement débattue devant les juges du fond (Voyez F. COLLIENNE, « Ordre public, adoption internationale et Convention européenne des droits de l'homme », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2004/4, pp. 575 et suiv. et le relevé de jurisprudence repris dans cet article sur l'ancienne règle du Code civil qui prévoyait l'application cumulative des lois nationales aux conditions de l'adoption. Exemple : Bruxelles, 30 mai 2000, qui refuse d'écarter le droit étranger (algérien) qui interdit l'adoption pour un majeur (*R.T.D.F.*, 2002/3, pp. 476 et suiv.) ; même conclusion sur le droit roumain, selon le tribunal de première instance de Bruxelles, dans une décision rendue le 21 novembre 2000 (*R.T.D.F.*, 2002/3, pp. 484). *Contra* : Civ. Anvers, 25 janvier 2002, qui écarte le droit néerlandais pour contrariété à l'ordre public en raison de l'impossibilité d'adopter une personne majeure (*R.W.* 2002-2003, pp. 1395 et suiv.) et Civ. Gand, 25 mars 2004, qui écarte le droit tunisien qui ne connaît pas l'adoption de majeur (*T.G.R.*, 2004, pp. 102). La question était, on le voit, controversée. L'article 67, alinéa 3, du Codip, offre un nouveau critère d'appréciation pour déterminer si l'application du droit étranger doit être écartée, lequel est désormais l'intérêt supérieur de l'adopté).

exigées pour pouvoir adopter un enfant résidant dans un État qui ne connaît pas l'adoption, comme c'est le cas du Maroc ou de l'Algérie notamment. Le Code civil impose, en effet, que l'enfant soit un enfant abandonné et placé sous la tutelle de l'autorité publique ou que les parents de celui-ci soit décédés (¹¹²⁶).

Ensuite, une autre difficulté découle du critère de rattachement prévu par le Codip. En effet, nous avons vu que le Codip désigne la loi nationale pour régir les conditions de l'adoption. Par conséquent, si, par exemple, la loi applicable aux conditions de l'adoption est la loi marocaine, loi nationale de l'adoptant ou des candidats adoptants, l'adoption n'est en principe pas possible, le droit marocain interdisant l'adoption (voir *supra*). Dans cette hypothèse, le Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, pour un enfant confié aux adoptants avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur l'adoption mais après celle du Codip, a écarté le droit marocain, eu égard à la situation de l'enfant, sans famille, déclaré abandonné au Maroc et confié aux intéressés depuis son plus jeune âge (¹¹²⁷).

390. Le Tribunal de la jeunesse de Charleroi (¹¹²⁸) a, de son côté, écarté l'application du droit thaïlandais qui ne connaît qu'un régime d'adoption dans lequel les liens avec la famille d'origine sont conservés. En l'espèce, le tribunal affirme simplement que l'adoption plénière est dans l'intérêt supérieur de l'enfant et fondée sur des justes motifs.

391. Le nombre de décisions recensées est faible. Néanmoins, ces décisions attestent que la possibilité d'écarter le droit étranger qui interdit l'adoption est utilisée. Nous n'avons par ailleurs relevé aucune décision refusant l'adoption sur la base de l'interdiction contenue à cet égard dans le droit étranger.

B. Le droit étranger qui prévoit des conditions au niveau de la relation parent-enfant

392. Différentes décisions ont sanctionné des dispositions étrangères posant des conditions restrictives à l'adoption. Par exemple, le Tribunal de première instance de Bruxelles (¹¹²⁹) a écarté la disposition du droit congolais qui exige que les candidats adoptants aient moins de trois enfants en vie pour être autorisés à adopter (¹¹³⁰). En l'espèce, le juge

¹¹²⁶ En vertu de l'article 361-5 du Code civil.

¹¹²⁷ Civ. Bruxelles, 20 novembre 2008, *Rev. dr. étr.*, 2009, n° 151, pp. 726 et suiv. La décision ne donne aucune précision quant au contexte de la prise en charge de l'enfant par les candidats adoptants. Il n'est donc pas possible de déterminer si l'enfant avait été confié via une *Kefala* ou en dehors de tout cadre juridique.

¹¹²⁸ Civ. Charleroi, 24 décembre 2013, *RTDF*, 2014/3, pp. 605 et suiv.

¹¹²⁹ Civ. Bruxelles, 27 octobre 2011, RG : 1579/2010/14C, *inédit*.

¹¹³⁰ Sur la base de l'article 656 du Code de la famille congolais.

considère que le droit congolais nuirait manifestement à l'intérêt de l'enfant s'il ne pouvait être adopté alors qu'il est orphelin de mère.

393. Dans trois autres affaires, au moins, les conditions de l'adoption fixées par le droit italien ont été écartées au profit du droit belge. La première des affaires recensées⁽¹¹³¹⁾ concernait un adoptant qui n'avait que 15 ans de plus que l'adopté alors que le droit italien exigeait une différence d'âge de 18 ans⁽¹¹³²⁾. En l'espèce, le tribunal a jugé que l'application du droit italien nuisait manifestement à l'intérêt de l'adopté, qui se considérait comme l'enfant de l'adoptant et dont il voulait porter le nom.

La deuxième et la troisième affaires relatives au droit italien⁽¹¹³³⁾ concernaient l'interdiction d'adopter pour une personne ayant des descendants⁽¹¹³⁴⁾. Cette interdiction a également été sanctionnée et le droit belge, par conséquent, appliqué. Dans la première de ces deux décisions, le juge a considéré que le droit italien nuisait manifestement à l'intérêt supérieur de l'adopté au vu de ses liens avec le mari de sa mère, lequel l'avait élevé depuis ses 12 ans. Le juge a relevé que le refus de prononcer une adoption empêchait que l'enfant soit mis sur le même pied que son demi-frère sur le plan successoral, contrairement au souhait familial. De son côté, la seconde décision a fait reposer l'intérêt des enfants à voir l'adoption prononcée sur une possession d'état largement établie.

394. Dans le cadre de l'adoption d'un jeune adulte, le Tribunal de première instance de Hasselt⁽¹¹³⁵⁾ a refusé l'application du droit espagnol, qui imposait, pour l'adoption de majeurs ou de mineurs émancipés, la cohabitation entre l'adoptant et l'adopté avant les 14 ans de ce dernier⁽¹¹³⁶⁾. En l'espèce, l'adoptant était le père biologique mais n'avait pas pu établir sa paternité en raison d'une présomption de paternité qui avait joué à la naissance de l'enfant en faveur du mari de la mère. Au décès de celle-ci ainsi que du père légal, le père biologique, qui avait entretenu et visité régulièrement l'enfant, a introduit une action en vue de voir l'adoption prononcée. Selon le tribunal, dans ce cas-ci, l'application du droit espagnol nuirait à l'intérêt de l'adopté. Le juge prend soin de préciser que l'application de l'article 67, alinéa 3, du Codip ne se justifierait pas si l'écartement du droit étranger était motivé par des raisons fiscales ou successorales. Il estime cependant que, en l'espèce, les motivations de l'adoptant ne sont pas uniquement matérielles car il souhaite en réalité concrétiser juridiquement un lien affectif réel et une relation de fait. Pour ces raisons, le tribunal applique le droit belge.

¹¹³¹ Civ Liège, 30 novembre 2007, RQ : 07/547/B – 8/ADOP/2007, *Rev. dr. étr.*, n° 151, 2009, p. 707.

¹¹³² En vertu de l'article 291 du Code civil italien.

¹¹³³ Civ. Liège, 9 mai 2008, R.Q. : 07/2966/B, *inédit* et Liège, 4 septembre 2013, *Act. dr. Fam.*, 2015/3, pp. 52 et suiv., note A. GILLARD.

¹¹³⁴ Toujours en vertu de l'article 291 du Code civil italien.

¹¹³⁵ Civ. Hasselt, 16 février 2010, *inédit*.

¹¹³⁶ En vertu de l'article 175, 2° du Code civil espagnol.

395. De cette jurisprudence, il peut donc être déduit que lorsque le tribunal estime que l'intérêt de l'enfant implique le prononcé de l'adoption, les conditions restrictives posées par le droit étranger sont écartées. Il s'agit, dans les cas recensés, de conditions liées à l'existence ou non d'enfants *légitimes* affiliés au candidat adoptant, d'âge ou de vie commune. L'intérêt de l'enfant qui justifie cette mise à l'écart du droit étranger semble d'ailleurs rencontré dès que l'application du droit belge permet, de manière plus souple, l'établissement du lien d'adoption. Les conditions du droit belge sont en effet largement (¹¹³⁷) préférées aux conditions du droit étranger par les juridictions belges.

C. Le droit étranger qui prévoit des conditions liées au type de couple formé par les candidats adoptants

396. Le droit français a déjà été écarté via l'exception de l'article 67, alinéa 3, du Codip parce qu'il ne permet l'adoption que par un couple marié (¹¹³⁸). Le Tribunal de la jeunesse de Bruxelles (¹¹³⁹) et, à sa suite, la Cour d'appel de Bruxelles (¹¹⁴⁰) furent saisis par un homme souhaitant adopter l'enfant précédemment adopté par sa cohabitante légale. En l'espèce, les autorités françaises, conformément au droit français, avaient donné l'agrément en vue de l'adoption à la candidate adoptante, mais pas à son cohabitant, alors que le couple vivait déjà ensemble et que le projet d'adoption était commun. Face à cette situation bancale, les juridictions belges ont estimé que l'application du droit français nuisait manifestement à l'intérêt de l'enfant.

Dans cette affaire, la Cour d'appel précise également que l'adoption confirme une situation familiale qui existe en fait et qu'il est manifestement de l'intérêt de l'enfant d'être adopté dès lors que cela lui confèrera des droits qu'il ne pourrait, à défaut, revendiquer. L'argument du Procureur du Roi, en vertu duquel il suffisait au couple de se marier pour respecter les conditions du droit français, a été écarté en raison du caractère étranger de ces considérations par rapport à l'intérêt de l'enfant.

¹¹³⁷ Nous avons cependant relevé une décision du Tribunal de première instance de Bruxelles qui, en application de la loi togolaise, refuse une adoption au motif que le requérant n'était pas âgé de plus de 35 ans que le candidat à l'adoption et que le couple avait donné naissance à un enfant antérieurement à l'adoption. Ces deux conditions découlaient du droit étranger applicable (Civ. Bruxelles, 10 avril 2008, R.G. : 1449/2007/14C, *inédit*). Il semble cependant que la possibilité d'établir, en l'espèce, une filiation biologique qui correspondait à la réalité soit à la base du rejet prononcé par le juge. C'était, en tous cas, le contenu de l'avis du Ministère public donné au tribunal.

¹¹³⁸ Sur la base de l'article 346 du Code civil français qui stipule que « nul ne peut être adopté par plusieurs personnes se ce n'est des époux ».

¹¹³⁹ Civ. Bruxelles, 8 avril 2009, R.T.D.F., 2009/3, pp. 835 et suiv.

¹¹⁴⁰ Bruxelles, 16 septembre 2009, R.T.D.F., 2010/3, pp. 914 et suiv.

Par contre, face à la même règle du droit français interdisant l'adoption aux couples non mariés (¹¹⁴¹), l'impossibilité d'adopter l'enfant de sa compagne pour la cohabitante de même sexe n'a pas été écartée par la Cour d'appel de Bruxelles (¹¹⁴²). Selon la Cour, il n'est pas prouvé que la loi française nuise manifestement aux intérêts de l'enfant. Conclure *a contrario* reviendrait à écarter le droit étranger dès qu'il peut être qualifié de plus strict que le droit belge. La Cour estime que « *Le législateur n'a pas simplement prévu que, lorsque l'adoptant de nationalité étrangère a des liens manifestement étroits avec la Belgique, le juge belge écartera la loi étrangère chaque fois que l'application de la loi belge lui semble préférable dans l'intérêt de l'adopté ; autrement dit, que le juge belge appliquera la loi qui lui semble la plus conforme à l'intérêt de l'adopté. Il faut plus spécifiquement, pour écarter la loi étrangère, que son application pose un problème évident pour l'adopté dans la situation particulière de l'espèce* ». Nous remarquons que cette motivation est isolée et ne coïncide pas avec la tendance générale qui vise à permettre l'adoption sur la base du droit belge chaque fois que le droit étranger est plus restrictif.

La position à l'égard de la disposition du droit français empêchant l'adoption au sein ou par un couple non marié semble, au vu de ces deux décisions, plus délicate. Les circonstances de fait des deux affaires sont très différentes. Dans le premier cas, l'adoption envisagée est un projet de couple, dans le second, il s'agit d'une adoption intrafamiliale. Par ailleurs, la première affaire concerne un couple hétérosexuel et la seconde, un couple de même sexe. Probablement, ce deuxième élément a joué un rôle dans le refus d'écarter le droit étranger posé par la Cour d'appel de Bruxelles. Il n'est, en effet, pas certain que les juridictions belges, en 2010, se soient senties justifiées à permettre une adoption à l'égard d'un couple de même sexe de ressortissants dont le droit national interdit l'adoption.

II. Une large reconnaissance de la proximité avec l'ordre juridique belge

397. La question de la détermination du degré de proximité requis pour la mise en œuvre des différentes dispositions permettant de faire échec à l'application du droit normalement applicable est intéressante. Il semble en effet que, confirmant la volonté d'appliquer le droit belge de l'adoption, les tribunaux belges retiennent largement une proximité suffisante pour justifier l'application du droit belge.

L'application de l'article 67, alinéa 3, du Codip implique, pour écarter le droit étranger, de justifier les liens manifestement étroits avec la Belgique. À la lecture des décisions, l'on constate que le degré de proximité nécessaire à la mise en œuvre de l'exception de l'article 67, alinéa 3, du Codip, est analysé *in concreto* par le juge. Si « *La nationalité belge de l'un des adoptants ou la résidence habituelle en Belgique sont des éléments classiquement pris en*

¹¹⁴¹ Toujours sur la base de l'article 346 du Code civil français.

¹¹⁴² Bruxelles, 21 avril 2010, *R.T.D.F.*, 2012/2, pp. 375 et suiv.

considération »⁽¹¹⁴³⁾, les cours et tribunaux procèdent, dans cette matière, à une analyse particulièrement concrète de la proximité.

Le juge tiendra compte, par exemple, de la résidence en Belgique des candidats adoptants, de leur volonté de s'y établir à long terme⁽¹¹⁴⁴⁾, de l'emploi du candidat adoptant en Belgique⁽¹¹⁴⁵⁾, de la scolarisation des enfants en Belgique⁽¹¹⁴⁶⁾, du mariage du candidat adoptant avec la mère de l'adopté de nationalité belge, de la nationalité de l'adopté et de la fille de l'adoptant⁽¹¹⁴⁷⁾, de la situation de copropriétaire du candidat adoptant d'une maison en Belgique⁽¹¹⁴⁸⁾, de la résidence en Belgique des frères, sœurs et enfants du candidat adoptant⁽¹¹⁴⁹⁾, de l'introduction auprès des autorités belges d'une demande de naturalisation⁽¹¹⁵⁰⁾ et de l'importance des activités professionnelles et culturelles en Belgique⁽¹¹⁵¹⁾. Différents éléments, très concrets, sont donc pris en compte.

398. La proximité dans le cadre des « *liens étroits avec la Belgique* » de l'article 67, alinéa 3, du Codip, ne rencontre pas tout à fait la notion de proximité de l'article 21 du Codip. Nous l'avons vu (*supra* dans le chapitre sur l'application du droit marocain), à l'occasion de l'application de l'exception d'ordre public, l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge renvoie uniquement aux critères de résidence habituelle⁽¹¹⁵²⁾ ou de nationalité, de manière nettement moins concrète. Parfois même, la question du rattachement à l'ordre juridique belge n'est pas analysée du tout⁽¹¹⁵³⁾.

Les éléments de proximité retenus à l'occasion de la mise en œuvre de l'article 67, alinéa 3, du Codip semblent par contre plus proches des critères d'application de la clause d'exception

¹¹⁴³ S. PFEIFF, « L'écartement de la loi étrangère au profit du droit belge en matière d'adoption », *op.cit.*, p. 712.

¹¹⁴⁴ Civ. Hasselt, 16 février 2010, *op. cit.*

¹¹⁴⁵ Civ. Bruxelles, 20 novembre 2008, *op. cit.*, et Civ. Bruxelles, 8 avril 2009, *op. cit.*

¹¹⁴⁶ Civ. Bruxelles, 27 octobre 2011, *op. cit.*

¹¹⁴⁷ Civ. Liège, 30 novembre 2007, *op. cit.*, Civ. Liège, 9 mai 2008, *op. cit.*, et Liège, 4 septembre 2013, *op. cit.*

¹¹⁴⁸ Civ. Liège, 9 mai 2008, *op. cit.*, et Liège, 4 septembre 2013, *op. cit.*

¹¹⁴⁹ Civ. Liège, 9 mai 2008, *op. cit.* et Liège, 4 septembre 2013, *op. cit.*

¹¹⁵⁰ Civ. Bruxelles, 8 avril 2009, *op. cit.*

¹¹⁵¹ Bruxelles, 16 septembre 2009, *op. cit.*

¹¹⁵² Élément pris en considération dans le cas de l'application de l'article 57 du Codip.

¹¹⁵³ Pour rappel, en ce qui concerne la polygamie, la pension de survie n'est pas divisée si la première épouse était belge au moment du premier mariage. En ce qui concerne la reconnaissance du lien de filiation, les liens de rattachement sont très peu développés dans les décisions rendues sur ce point, lesquelles se contentent de considérer que la reconnaissance de l'acte de naissance ne porte pas 'gravement' atteinte à l'ordre public international belge. Par ailleurs, lors de l'application du droit marocain en Belgique, nous avons constaté que les actions en faveur de l'établissement ou de la contestation du lien de filiation sont généralement acceptées dans les conditions du droit belge. La contrariété du droit marocain de la filiation est soulevée au moyen de l'exception d'ordre public sans analyse véritable du degré de proximité de la situation avec l'ordre juridique belge.

de l'article 19 du Codip, même si l'analyse de celle-ci est limitée vu son peu d'utilisation à l'égard du droit marocain, de la GPA ou de l'adoption (¹¹⁵⁴).

Les décisions rendues sur l'article 19 du Codip sont en effet très peu nombreuses. Nous avons relevé, d'une part, une décision du Tribunal de première instance de Leuven (¹¹⁵⁵), qui retient, pour écarter le droit marocain qui n'autorise pas le père biologique à agir en contestation de la paternité du mari de la mère, que l'enfant est né en Belgique, qu'il y vit, ainsi que son père biologique, sa mère et le mari de celle-ci, et que le père biologique et la mère sont belges, ainsi que l'enfant. Il n'y avait donc, selon le tribunal, que la nationalité marocaine du père légal qui rattachait la situation au droit marocain. D'autre part, nous avons trouvé une décision du Tribunal de première instance de Charleroi (¹¹⁵⁶) qui fait également référence à l'article 19 du Codip pour écarter le droit marocain au motif que la mère et l'enfant sont belges, que les parties se sont mariées et ont divorcé en Belgique.

Dans les cas, très peu nombreux, d'application de la clause générale d'exception, les critères permettant de conclure à la proximité de la situation avec l'ordre juridique belge sont donc, à l'instar de ce qui prévaut en matière d'adoption, relativement bien développés. Ils sont toutefois plus évidents.

L'analyse des critères de proximité retenus lors de la mise en œuvre de l'article 67, alinéa 3, du Codip traduit la volonté affichée par les juridictions belges de trouver des éléments de rattachement suffisants avec la Belgique. Par ailleurs, la comparaison à laquelle nous venons de procéder concernant les diverses dispositions du Codip qui traitent de cette question permet d'avancer que seul l'article 21 du Codip, qui pourtant renvoie également à la notion d'intensité de rattachement à l'ordre juridique du for, n'est pas interprété par les juridictions comme impliquant un examen détaillé et concret de cette éventuelle proximité.

III. Conclusions quant aux critères d'accueil du droit étranger lorsque la procédure d'adoption est poursuivie en Belgique

399. À la lecture des décisions rendues sur l'article 67, alinéa 3, du Codip, nous constatons la grande faveur faite aux conditions du droit belge de l'adoption. Ce constat résulte, d'une part, du fait que nous n'avons pas relevé de décision mettant en œuvre la clause

¹¹⁵⁴ L'article 19 du Codip dispose, en son paragraphe 1^{er}, « *Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable lorsqu'il apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'État dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre État. Dans ce cas, il est fait application du droit de cet autre État. Lors de l'application de l'alinéa 1^{er}, il est tenu compte notamment : - du besoin de prévisibilité du droit applicable, et - de la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles de droit international privé des États avec lesquels cette relation présentait des liens au moment de son établissement* ».

¹¹⁵⁵ Civ. Leuven, 27 octobre 2008, R.G. : 08/1637/A, inédit.

¹¹⁵⁶ Civ. Charleroi, 7 mai 2009, R.G. : 07/1784/A, inédit.

d'exception à l'encontre d'un droit étranger qui serait plus souple que le droit belge. Cela s'explique probablement par le fait que le droit belge est déjà très ouvert en matière d'adoption, notamment quant aux personnes qui peuvent formuler une demande (couple homosexuel ou hétérosexuel, marié ou non, personne seule...) et à l'inexistence de conditions spécifiques (avoir ou non déjà des descendants...).

D'autre part, le droit étranger est écarté régulièrement lorsqu'il est plus restrictif que le droit belge. Différentes décisions judiciaires appliquent en effet le droit belge lorsque le droit étranger désigné par la règle de conflit impose des restrictions, par exemple, quant à l'âge, la cohabitation et la situation familiale des intéressés. Les cours et tribunaux semblent, en effet, peu enclins à refuser des adoptions que le droit belge autoriserait. Par ailleurs, dans la ligne de l'arrêt *Wagner* de la CEDH⁽¹¹⁵⁷⁾, la volonté est généralement de faire correspondre la situation de fait avec la situation de droit.

Une nuance doit néanmoins être relevée : l'adoption intrafamiliale au sein des couples de même sexe non mariés n'est pas considérée nécessairement comme relevant de l'ordre public international belge⁽¹¹⁵⁸⁾. Nous avons en tout cas relevé une décision qui apporte une limite sur ce point à l'importance du principe d'égalité, largement défendu en droit belge ainsi que dans la mise en œuvre des règles de droit international privé⁽¹¹⁵⁹⁾.

400. En outre, le rejet du droit étranger sur la base de l'article 67, alinéa 3, du Codip rappelle la tendance des juridictions belges à appliquer des règles de droit qui leur sont familières. En outre, la pratique liée à l'application de cette disposition constitue un exemple

¹¹⁵⁷ CEDH, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, 28 septembre 2007, *R.T.D.F.*, 2008/3, pp. 871 et suiv. En l'espèce, une femme luxembourgeoise avait adopté un enfant au Pérou et demandé ensuite la reconnaissance de cette adoption au Luxembourg. Sa demande avait été refusée au motif que les règles de conflit de lois luxembourgeoises, qui aboutissent à l'application du droit luxembourgeois, ne permettaient pas à une personne célibataire d'adopter. Voyez par exemple : P. KINSCH, « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », *R.C.D.I.P.*, 2007, pp. 807 et suiv. ; J.-P. MARGUENAUD, « L'état civil dans tous ses états : la transcription des jugements étrangers d'adoption plénière par une personne célibataire », *R.T.D. Civ.*, 2007, pp. 738 et suiv. ; F. MARCHADIER, « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *Rec. Dalloz*, 2007, pp. 2700 et suiv. ; S. CORNELOUP, « Le contrôle de l'ordre public par la Cour européenne des droits de l'homme », *J.E.D.H.*, 2013/3, pp. 381 et suiv.

¹¹⁵⁸ Voyez Bruxelles, 21 avril 2010, *op. cit.*

¹¹⁵⁹ Un droit étranger qui ne permet pas l'adoption au sein d'un couple homosexuel n'est, en effet, pas automatiquement écarté. S. SAROLEA dans son analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'adoption, questionnait l'impact de l'arrêt *EB c. France* par lequel la France fut condamnée alors qu'elle avait refusé l'agrément en vue d'adoption à une personne célibataire homosexuelle, refus lié à son orientation sexuelle (voir *supra*). Il est certain que cet arrêt n'a pas d'incidence directe sur le droit belge, dès lors que le droit belge permet l'adoption aux homosexuels, seuls ou en couple. Cependant, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme pourrait avoir un impact sur l'application, en Belgique, d'un droit étranger qui interdit de telles adoptions en constituant une motivation pour écarter le droit étranger (S. SAROLEA, « L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 30-32).

supplémentaire de la volonté des autorités belges de mettre l'accent sur l'intérêt de l'enfant, intérêt considéré comme sauvegardé dès lors que les règles du droit belge sont appliquées.

§ 2 Adoptions prononcées à l'étranger : l'intérêt de l'enfant répond à des critères prédéfinis

401. Le deuxième axe de rencontre entre le droit étranger et l'ordre juridique belge en matière d'adoption intervient lorsque l'autorité centrale fédérale est tenue de décider si elle accepte ou non de reconnaître une adoption prononcée à l'étranger.

Si la procédure est introduite en Belgique par des personnes résidant habituellement en Belgique, la reconnaissance de l'adoption, dans l'hypothèse où celle-ci a été prononcée à l'étranger (¹¹⁶⁰), se passe généralement sans heurt. En effet, l'ensemble des conditions et de la procédure a été encadré par les autorités communautaires compétentes en amont du prononcé de l'adoption (¹¹⁶¹). Par contre, lorsque l'adoption a été prononcée alors que les adoptants résidaient habituellement à l'étranger ou si elle concerne des adoptés majeurs, les garanties prévues par le droit belge n'auront pas été appliquées. Dans cette hypothèse, le contrôle de l'Autorité centrale fédérale (ACF) au stade de la reconnaissance est minutieux (¹¹⁶²).

Les critères de reconnaissance des adoptions sont définis aux articles 364-1 et suivants du Code civil. L'article 364-1 à 3, régit le sort des adoptions dites *La Haye*. Ces adoptions sont celles qui se déroulent entre deux États contractants de la Convention de La Haye (l'État d'origine de l'enfant et l'État d'accueil). Dans ce cadre, l'adoption sera reconnue si les adoptants produisent le certificat qui garantit que l'adoption est conforme à la Convention. Par ailleurs, l'adoption ne peut être refusée que « *si [elle] est manifestement contraire à l'ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant et des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en vertu du droit international* » (¹¹⁶³). La procédure est donc simplifiée. Pour les adoptions non *La Haye*, les articles 365-1 et 365-2 du Code civil prévoient une série

¹¹⁶⁰ Ce qui est généralement le cas sauf pour certains États qui prévoient que l'adoption est prononcée dans l'État d'accueil ou si l'État d'origine ne connaît pas l'adoption.

¹¹⁶¹ Sur la base des articles 346-1 et suiv. du Code civil. Lorsque les conditions dans le pays de résidence de l'enfant ne sont pas jugées suffisantes pour garantir le bon déroulement de l'adoption, l'autorité communautaire peut en refuser l'encadrement. Voyez sur ce point : CE, 24 octobre 2007, *Rev. dr. étr.*, n° 151, 2009, pp. 661 et suiv., note S. SAROLEA, concernant un refus d'encadrement par l'ACC pour une adoption au Cambodge.

¹¹⁶² Sur le nouveau dispositif mis en place, voyez par exemple : I. LAMMERANT, A. OTTAVARE et M. VERWILGHEN, « Le nouveau droit fédéral de l'adoption », *RTDF*, 2006/1, pp. 77 et suiv. À cet égard, les refus de reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger concernent principalement les adoptions de majeurs, celles qui ont été prononcées sans qu'un jugement d'aptitude n'ait été rendu et sans l'encadrement du processus par les autorités compétentes, les adoptions considérées comme contraire à l'ordre public ou celles qui détournent les dispositions légales relatives à la nationalité ou à l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.

¹¹⁶³ Article 364-1 du Code civil.

de conditions qui encadrent, de manière drastique, la reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger (¹¹⁶⁴).

402. Nous avons vu que, au stade du prononcé de l'aptitude (¹¹⁶⁵) ou de l'adoption en Belgique, les autorités belges écartent largement le droit étranger plus restrictif que le droit belge, faisant ainsi exception à la règle de conflit. Tel n'est, par contre, pas le cas lorsqu'il s'agit de reconnaître un acte d'adoption établi à l'étranger. Les règles de reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger sont en effet assez strictes et les vérifications menées par l'ACF, très poussées.

Cette rigidité dans le contrôle du droit étranger, appliqué à l'étranger, est spécifique à la matière de l'adoption internationale. En effet, nous avons vu, à l'occasion de notre analyse de l'accueil du droit marocain de la famille, que l'exception d'ordre public intervient de manière atténuée lorsqu'il s'agit de reconnaître une situation créée à l'étranger. *A contrario*, l'ordre public est plein si le droit étranger doit être appliqué en Belgique. Or, le dispositif légal mis en place en matière d'adoption internationale et son application en pratique par l'ACF témoignent au contraire d'une volonté de contrôle très poussée lorsque le lien de famille est établi à l'étranger. Deux éléments peuvent, en partie, expliquer cette particularité : l'impact du contexte migratoire (A) et la priorité accordée aux liens biologiques (B).

Précisons que nous ne disposons pas des décisions de l'Autorité centrale fédérale qui n'ont pas fait l'objet d'un recours devant le tribunal. La majorité des informations reprises ci-dessous proviennent d'un entretien mené auprès de l'ACF au mois de décembre 2014.

A. L'impact de la politique migratoire

403. La politique migratoire constitue un élément important en matière d'adoption internationale. La reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger est refusée lorsque les règles du droit des étrangers semblent avoir été détournées par le biais de l'établissement d'un

¹¹⁶⁴ Nous avons très peu de jurisprudence concernant les recours contre les refus de reconnaissance de l'Autorité centrale fédérale. Les principales informations à ce sujet proviennent d'une étude publiée en 2008, sous la forme d'un bilan des premières années de pratique de l'Autorité (A. OTTEVAERE, « Adoptions internationales et intérêt supérieur de l'enfant », *J.T.*, 2008, pp. 309 et suiv.) que avons, par ailleurs, actualisé par un entretien mené auprès de l'Autorité centrale fédérale en décembre 2014. Par ailleurs, précisons que les décisions positives ne sont pas motivées et ne sont pas non plus publiées, ce qui implique que les motivations ne sont pas accessibles.

¹¹⁶⁵ Notons, en outre, sur ce point, que, au stade de l'aptitude, l'enfant n'est pas encore désigné. Il en découle que son intérêt ne pourra pas être apprécié *in concreto* à ce moment-là. Pour F. COLLIENNE, « Dans ces hypothèses, seuls les intérêts des candidats pourraient être considérés comme lésés. Ceux-ci ne suffiront toutefois pas à justifier que l'on écarte le droit désigné sur la base de l'article 67 du code de droit international privé ». La réponse pourrait toutefois être différente si l'enfant est élevé par le couple depuis plusieurs années et que, par conséquent, l'enfant à adopter est connu. L'appréciation concrète de la situation peut, dans cette dernière hypothèse, être opérée sur la base de l'article 67, alinéa 3, du Codip (F. COLLIENNE, « L'adoption par des couples homosexuels dans les cas internationaux : Une perspective réaliste ? », *R.T.D.F.*, 2006/4, p. 973).

lien de filiation (#1). De par ses contours restrictifs, cette politique a également une incidence sur le jeu des règles du droit international privé (#2).

#1 Le détournement de la loi sur le séjour des étrangers

404. Le détournement de la loi sur le séjour des étrangers constitue un motif de refus de reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger (¹¹⁶⁶). Certains refus de reconnaissance des adoptions sont donc liés au détournement des dispositions légales relatives à la nationalité ou à l'accès au territoire, au séjour, à l'établissement et à l'éloignement des étrangers. La majorité des refus de reconnaissance pour des adoptions concernant des personnes majeures est d'ailleurs fondée sur ce motif (¹¹⁶⁷). La volonté de créer un lien de filiation est, en effet, toujours vérifiée et constitue l'élément clé permettant d'éviter ce motif de refus de reconnaissance. Il en résulte que les motivations qui ont présidé à la décision d'adopter sont décortiquées afin d'éviter de donner des effets à des adoptions qui visent à permettre à l'adopté de venir faire des études en Belgique, de bénéficier de la sécurité sociale belge, ou encore de bénéficier de conditions matérielles plus favorables.

Sur ce point, la jurisprudence suit la position de l'Autorité centrale fédérale (¹¹⁶⁸). Par exemple, la Cour d'appel de Bruxelles, le 6 janvier 2009 (¹¹⁶⁹), a considéré que « *La situation précaire de la famille d'origine de l'enfant n'est pas un élément pertinent permettant de fonder le projet d'adoption bien qu'elle puisse justifier une prise en charge matérielle de l'enfant* ». En l'espèce, il s'agissait d'une famille qui résidait au Maroc dans des conditions de vie précaires. Ces conditions, selon la Cour, ne justifient pas de créer un nouveau lien de filiation. Dans le même sens, le Tribunal de première instance de Bruxelles s'était déjà prononcé, le 15 avril 2008, sur un refus de reconnaissance pour une adoption établie au Burundi. Selon le tribunal, l'adoption ne rencontre pas l'intérêt de l'enfant car « *le premier souci des requérants est d'assurer aux adoptés une 'scolarité digne de ce nom'. Ils soutiennent qu'ils ont constaté que les enfants ne bénéficiaient pas de conditions élémentaires permettant le suivi de la scolarité au Burundi. Ils font état de la situation de précarité extrême et de l'analphabétisme des parents ainsi que du système scolaire au Burundi, rendant toute scolarité hasardeuse. Le souci des requérants est également de soustraire leurs neveux à l'instabilité politique au Burundi et d'offrir aux enfants des conditions de vie meilleures. (...) La volonté d'offrir aux adoptés de meilleures conditions de vie et de scolarité, bien que louable, ne constitue pas un critère suffisant pour répondre à l'objectif de l'adoption d'établir un nouveau lien de filiation entre les adoptants et les adoptés. De plus, les enfants vivent au*

¹¹⁶⁶ Sur la base de l'article 365-2, 3° du Code civil.

¹¹⁶⁷ Information obtenue lors de l'entretien auprès de l'ACF en décembre 2014.

¹¹⁶⁸ Sur l'adoption pour des raisons économiques, voir : déclaration faite par le saint siège reprise dans le rapport explicatif de la convention, p. 32, § 47 et le Rapport du service social international « les droits de l'enfant dans l'adoption nationale et internationale. Fondement éthiques – orientation pour la pratique », Genève 2004, p 4.

¹¹⁶⁹ Bruxelles, le 6 janvier 2009, *Rev. dr. étr.*, 2009, n° 151, pp. 676 et suiv., note F. COLLIENNE, « L'adoption 'économique' sanctionnée au nom de l' 'intérêt de l'enfant' », pp. 678 et suiv.

sein de leur famille d'origine et rien n'établit que tel pourrait ne plus être le cas, ni qu'une mesure de prise en charge ne puisse, au besoin, être mise en œuvre directement au Burundi »⁽¹¹⁷⁰⁾. Les adoptions pour des raisons économiques ou humanitaires sont donc refusées tant par l'Autorité centrale fédérale que par les cours et tribunaux.

Il se peut cependant que l'intérêt de l'enfant commande de reconnaître l'adoption, malgré le détournement de la législation sur le séjour des étrangers. La décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 14 mai 2014⁽¹¹⁷¹⁾, qui ne s'arrête pas sur la motivation initiale de l'adoption, témoigne de cette possibilité. En l'espèce, la Cour estime que « *compte tenu de l'ensemble des intérêts légitimes à prendre en considération, l'adoption sollicitée repose sur des justes motifs, bien qu'elle ait initialement été sollicitée pour des raisons essentiellement administratives* ». Il s'agit toutefois d'une décision assez isolée⁽¹¹⁷²⁾.

#2 *Le cas de la Kafala – la mise en échec des règles de DIP*

405. Nous l'avons vu, la *Kefala* n'est pas une adoption dès lors qu'elle ne crée pas de lien de filiation à l'égard de l'enfant pris en charge. Elle a néanmoins été invoquée devant les tribunaux pour obtenir des droits découlant de l'établissement d'une adoption. La jurisprudence a systématiquement refusé une telle assimilation, refus conforme à la fonction de l'institution en droit marocain. La question s'est posée en ce qui concerne l'octroi d'une prime d'adoption⁽¹¹⁷³⁾ et la nécessité d'obtenir le consentement des parents biologiques à

¹¹⁷⁰ Civ. Bruxelles, 15 avril 2008, *Rev. dr. étr.*, 2009, n° 151, pp. 725 et suiv.

¹¹⁷¹ Bruxelles, 14 mai 2014, *Rev. dr. étr.*, 2014, n° 180, pp. 590 et suiv., note C. APERS, « Adoption en Dip : quelle articulation entre l'application du droit étranger et le respect des garanties du droit belge ? ».

¹¹⁷² Notons les décisions précitées du Tribunal de première instance de Charleroi (Civ. Charleroi, jeun, 5 novembre 2013, *op. cit.*, et Civ. Charleroi, 18 février 2014, *op. cit.*).

¹¹⁷³ Par deux arrêts, la Cour du travail de Mons a rappelé que la *Kefala* ne pouvait être assimilée à une adoption. Dès lors, la prime d'adoption ne peut être octroyée puisque « *l'article 73 quater des lois coordonnées relatives aux allocations familiales pour travailleurs salariés du 19 décembre 1939, au travers de son § 1^{er}, subordonne l'octroi d'une prime d'adoption à la signature d'un acte d'adoption* » (Trav. Mons, 3 décembre 2009, *Rev. dr. étr.*, 2009, n° 154, pp. 369 et suiv.). La Cour précise que, même si « *L'article 22 de la loi marocaine n° 15-01 dispose certes que la personne qui assure la Kafala bénéficie des indemnités et des allocations sociales allouées aux parents pour leurs enfants par l'État, les établissements publics ou privés, ou encore les collectivités locales, Il n'en reste pas moins que la Kafala se situe sur un tout autre plan que celui de l'adoption, et qu'elle ne peut être comparée qu'à une tutelle officielle ou à une prise en charge d'enfant, situation de fait qui a d'ailleurs permis à la partie intimée de percevoir des allocations familiales sur le territoire belge. Il n'est ainsi pas possible d'assimiler la Kafala à une adoption simple dans la mesure où, pour cette dernière institution, si le lien avec les parents d'origine subsiste, il y a néanmoins également un autre lien qui s'instaure entre l'enfant et l'adoptant. Concernant la comparaison avec une adoption plénière, on remarquera que cette dernière confère à l'enfant et à ses descendants le même statut ainsi que les mêmes droits et obligations qu'ils auraient eus si l'enfant était né de ceux qui ont adopté de façon plénière. Le lien qui existe avec la famille d'origine est en ce cas complètement coupé. Toujours est-il que dans les deux cas, qu'il s'agisse de l'adoption simple ou de l'adoption plénière, un lien s'établit entre l'adoptant et l'adopté, ce qui n'est aucunement le cas pour la Kafala* » (Trav. Mons, 10 décembre 2009, *R.T.D.F.*, 2010/4, pp. 1091 et suiv.). La Cour Constitutionnelle, de son côté,

l'adoption (¹¹⁷⁴). Puisque la *Kefala* n'entraîne pas l'établissement d'un lien de filiation, elle ne peut donc donner droit à une prime d'adoption (¹¹⁷⁵). La question du consentement des parents biologiques à l'adoption constitue un autre exemple du refus d'assimilation de la *Kefala* à l'adoption (¹¹⁷⁶). Par ailleurs, nous avons vu que, si la *Kefala* ne peut être assimilée à une adoption, elle est généralement assimilée à une tutelle officieuse (voir n°222).

Le refus d'assimilation de la *Kefala* à l'adoption semble correct, la *Kefala* ne créant pas de lien de filiation, caractéristique essentielle de l'adoption. Certaines questions demeurent toutefois ouvertes. En effet, dans les pays qui ne connaissent pas l'adoption, comme c'est le cas du Maroc par exemple, la *Kefala* constitue la procédure qui apporte la protection maximum offerte aux enfants abandonnés. Il est possible de s'interroger sur la validité de la position qui consiste à ne pas accorder en Belgique à l'accueil d'un enfant sous *Kefala* de réels effets sociaux ou à ne pas leur permettre de rejoindre leurs *tuteurs* en Belgique (¹¹⁷⁷), position qui amoindrit la protection de ces enfants dès qu'elle intervient dans un contexte

saisie sur question préjudicielle, a estimé que le refus d'octroi d'une prime d'adoption lors de la prise en charge d'un enfant dans le cadre d'une *Kefala* ne constituait pas une violation des principes d'égalité et de non-discrimination, de la Convention relative aux droits de l'enfant ou de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (C. Const., 19 juin 2013, arrêt n° 92/2013).

¹¹⁷⁴ La législation belge sur l'adoption prévoit la nécessité du consentement des parents biologiques à l'adoption (article 348-3 du Code civil. Pour des références de doctrine concernant la réforme du droit de l'adoption).

¹¹⁷⁵ La Cour de cassation s'est clairement positionnée sur le droit aux allocations familiales pour les enfants pris en charge par une *Kefala*. En l'espèce, pour refuser le bénéfice des allocations familiales sollicitées sur la base d'une *Kefala*, la Cour du travail avait considéré que « *la Kefala ne présente pas suffisamment de garanties notamment sur le plan juridique en manière telle qu'elle ne saurait être assimilée à une adoption ou à une tutelle officieuse* » (Cour Trav. Bruxelles, 14 septembre 2005, R.G. : 05/1537, *inédit*). Les allocations familiales étant attribuées aux enfants qui font partie du ménage, ce qui est le cas dans le cadre d'une prise en charge sur base d'une *Kefala*, la Cour de cassation a cassé la décision au motif que la réglementation relative aux allocations familiales pour travailleurs salariés ne requiert pas de lien de filiation (Cass, 23 octobre 2006, S.05.0133.F, www.rkw.be/NL/Documentation/Events/2007/Actu_jurid_news_125_01.pdf, cité in S. SAROLEA et C. HENRICOT, « Droit international privé et droit de la famille », *Recyclage en droit*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, pp. 166 (non disponible sur www.juridat.be). Voyez les développements sur la *Kefala* et la loi relative aux allocations familiales dans la fiche pratique de l'ADDE, *La Kefala en droit marocain*, www.adde.be).

¹¹⁷⁶ Sur ce point, la Cour d'appel de Bruxelles a jugé que « *la Kefala adoulaire officialise une convention de prise en charge qui s'apparente à la tutelle officieuse et ne peut évidemment être assimilée à une adoption ni contenir un consentement à l'adoption* » (Bruxelles, 16 février 2010, R.T.D.F., 2011/1, pp. 147 et suiv.). Par conséquent, l'acte de *Kefala* ne constitue pas un acte suffisant pour démontrer le consentement des parents biologiques à l'adoption. La Cour d'appel de Gand, saisie d'une demande d'adoption relative à un enfant confié aux candidats adoptants par un acte de *Kefala* judiciaire, a suivi le même raisonnement et estimé que les parents biologiques n'avaient pas consenti à l'adoption (Gand, 13 mars 2013, R.A.B.G., 2013, pp. 915 et suiv.). Même conclusion déjà pour la Cour d'appel de Bruxelles, le 29 septembre 2009 (Bruxelles, le 29 septembre 2009, RG 2009/JA/4, *inédit*). Dans cette affaire, différentes démarches avaient été effectuées auprès du consulat du Maroc afin de localiser la mère biologique et lui demander son consentement à l'adoption. Les démarches furent sans succès, la mère considérée sans demeure connue et un tuteur *ad hoc* désigné en vue de donner le consentement manquant pour que l'adoption puisse avoir lieu. Notons que c'est bien sur la base du droit belge que le consentement à l'adoption est requis. Par application de l'article 68, 2°, du Codip le recours au droit belge est en effet prévu, en ce qui concerne la question du consentement, lorsque le droit applicable ne connaît pas l'adoption.

¹¹⁷⁷ La loi belge ne permet en effet pas le regroupement familial dans cette hypothèse.

migratoire. C'est d'autant plus le cas que la *Kefala* ne peut être convertie en adoption que lorsque les parents de l'enfant sont décédés ou que l'enfant est abandonné et placé sous la tutelle de l'autorité publique (voir n°389).

406. Observations sur le droit de séjour en Belgique sur la base d'une *Kefala*.

La *Kefala* pose d'importantes difficultés pratiques notamment parce qu'elle n'ouvre pas le droit au regroupement familial en raison de l'absence de lien de filiation entre les enfants sous *Kefala* et les adultes qui les ont pris en charge. La procédure à suivre pour obtenir le droit de séjourner en Belgique est la demande de régularisation pour des raisons humanitaires (¹¹⁷⁸).

Contrairement au regroupement familial qui ouvre un droit dès que les conditions prévues sont remplies, le séjour humanitaire dépend d'une décision discrétionnaire du ministre de l'Intérieur. Deux cas de figure peuvent se présenter : soit la procédure est introduite depuis la Belgique, soit la demande est faite à l'étranger via le poste diplomatique ou consulaire belge.

Dans la première hypothèse, pour introduire une demande de séjour depuis le territoire belge, il faut prouver l'existence de circonstances exceptionnelles empêchant l'intéressé de retourner demander l'autorisation auprès du poste diplomatique ou consulaire belge compétent pour le lieu de sa résidence ou de son séjour à l'étranger (¹¹⁷⁹). Or, généralement, les juridictions administratives ne reconnaissent pas ces circonstances exceptionnelles permettant d'introduire, au départ de la Belgique, une demande d'autorisation de séjour sur base d'un acte de *Kefala*.

Le Conseil du contentieux des étrangers s'est prononcé à plusieurs reprises sur cette question et, le plus souvent, n'annule pas les décisions de refus de séjour rendues par l'Office des étrangers. On a pu lire, par exemple, dans un arrêt du 11 décembre 2009 (¹¹⁸⁰), que la *Kefala* ne constitue pas une circonstance exceptionnelle, et ce même si l'enfant est scolarisé en Belgique et malgré l'absence d'autorité parentale dans le chef des parents biologiques chez qui l'enfant est renvoyé au Maroc. Depuis 2014 toutefois, certaines décisions consacrent une position différente. Dans ces affaires récentes, le Conseil du contentieux des étrangers reproche à l'administration de ne pas avoir répondu à l'argument selon lequel la *Kefala* met fin à l'autorité des parents biologiques sur l'enfant au Maroc. L'administration avait ordonné le retour de l'enfant au pays pour demander un visa, sans analyse concrète de la situation alors que les *Kafils* de l'enfant

¹¹⁷⁸ Articles 9 et 9bis de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour et l'établissement et l'éloignement des étrangers, *op. cit.*

¹¹⁷⁹ Article 9 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour et l'établissement et l'éloignement des étrangers, *op. cit.*

¹¹⁸⁰ CCE, 11 décembre 2009, arrêt n° 35.718, à consulter sur www.rvv-ccce.be. La même décision fut prise à l'égard d'un enfant qui résidait depuis plus de cinq ans en Belgique chez ses tuteurs : CCE, 30 avril 2009, arrêt n° 26.847. *Contra* : CCE, 16 janvier 2009, arrêt n° 21.532, pour un enfant né de père inconnu, abandonné par sa mère et dont la tutrice était dans l'impossibilité de se rendre au Maroc avec lui pour solliciter le visa, ayant un enfant mineur en Belgique.

étaient en Belgique. La non-prise en compte de la *Kefala* a justifié, dans ces cas, l'annulation des décisions d'irrecevabilité de la demande (¹¹⁸¹).

Notons que le droit marocain n'est pas toujours analysé avec précaution, comme en témoigne la jurisprudence du Conseil du contentieux des étrangers. Par exemple, dans une décision du 30 avril 2009 (¹¹⁸²), on peut lire : « *En ce qui concerne plus particulièrement la kafala, qui serait analysée comme une délégation de l'autorité parentale, le Conseil observe que si l'institution de la kafala, en droit marocain, peut s'étendre aussi bien aux enfants abandonnés qu'aux enfants non abandonnés, il n'existe pas de cadre juridique précis relatif à la prise en charge de ces derniers. Contrairement à ce qu'avance la partie requérante (...), il apparaît également que cette 'Kafala' des enfants non abandonnés, quand bien même l'acte adoulaire aurait fait l'objet d'un jugement d'authentification par le tribunal de première instance compétent, ne fait pas disparaître les droits et obligations des parents légitimes à l'égard de l'enfant ainsi confié à un tiers, en ce compris l'autorité parentale* ». Cette affirmation permet à la juridiction administrative de confirmer la décision de l'Office des étrangers refusant le droit à l'enfant d'introduire sa demande depuis la Belgique. Dès lors que l'autorité parentale subsiste à l'égard des parents d'origine, il n'y avait pas d'empêchement à renvoyer l'enfant chez ces derniers au Maroc. Aucune référence correcte au droit marocain n'est apportée pour justifier cette position.

Dans la seconde hypothèse, lorsque l'enfant réside toujours à l'étranger et qu'il a été confié par *Kefala* à des adultes résidant en Belgique, le Conseil du contentieux des étrangers est également peu enclin à sanctionner les décisions de refus de visa. Par exemple, dans une décision rendue le 28 mai 2009, le Conseil juge la décision de l'Office des étrangers correctement motivée (¹¹⁸³). Le refus de visa avait été délivré à un enfant orphelin vivant au Maroc avec ses deux frères indigents. Selon le Conseil, il existe une vie familiale effective au Maroc entre l'enfant et ses frères et il n'est pas opportun de protéger davantage « *une vie familiale virtuelle* » en Belgique qui se constituerait avec le couple formé par la sœur de l'enfant et son époux, engagé par *Kefala* judiciaire à prendre l'enfant en charge.

En réalité la situation des enfants confiés par *Kefala* à des adultes résidant en Belgique reste extrêmement précaire : on constate que très peu de décisions administratives octroient le séjour en Belgique sur cette base. En pratique, « *l'Office des étrangers n'accepte de délivrer un permis de séjour que lorsque l'enfant est orphelin ou lorsque des circonstances tout à fait particulières rendent l'accueil par les parents d'origine, en ce compris la famille élargie, impossible* » (¹¹⁸⁴).

Il nous semble cependant que le regroupement familial des enfants sous *Kefala* pourrait être autorisé par référence à la Convention belgo-marocaine du 17 février 1964 relative à l'occupation de travailleurs marocains en Belgique (¹¹⁸⁵). D'une part, l'article 13 de cette convention prévoit un regroupement familial pour les « *mineurs d'âge à charge* » et,

¹¹⁸¹ CCE, 18 décembre 2014, arrêts n° 135 126 et 135 420, à consulter sur www.rvv.cce.be.

¹¹⁸² CCE, 30 avril 2009, arrêt n° 26847, à consulter sur www.rvv-cce.be.

¹¹⁸³ CCE, 28 mai 2009, arrêt n° 28.068.

¹¹⁸⁴ S. SAROLEA et C. HENRICOT, « Droit international privé et droit de la famille », *Recyclage en droit*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, pp. 165 et suiv.

¹¹⁸⁵ M. B., 17 juin 1977.

d'autre part, l'article 10, § 1, 1^o, de la loi du 15 décembre 1980 sur le séjour des étrangers, dispose que « *l'étranger dont le droit de séjour est reconnu par un traité international* » est « *de plein droit admis à séjourner plus de trois mois* » en Belgique. La combinaison de ces deux dispositions devrait ouvrir, à notre sens, un droit qui permettrait d'éviter le passage par la procédure de régularisation humanitaire. Le Conseil du contentieux des étrangers a toutefois refusé cette « *interprétation grammaticale* » de la Convention, jugeant que le terme *mineur*, tel qu'utilisé dans le texte, implique un lien de filiation (¹¹⁸⁶).

Dans le même ordre d'idées, on pourrait également invoquer l'article 3.2.1 (a) de la Directive 2004/38/CE relative aux droits des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (¹¹⁸⁷). En effet, selon cette disposition, l'État membre d'accueil doit favoriser l'entrée et le séjour des membres de la famille si, dans le pays de provenance, ils sont à charge ou font partie du ménage du citoyen de l'Union européenne bénéficiaire du droit de séjour à titre principal. Cette directive a été invoquée devant le Conseil du contentieux des étrangers qui a annulé la décision de l'Office des étrangers pour défaut de motivation sur ce point notamment (¹¹⁸⁸).

407. La Cour européenne des droits de l'homme, qui avait défendu, dans ses arrêts *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg* (¹¹⁸⁹) et *Negreptis-Giannisis c/ Grèce* (¹¹⁹⁰), la continuité des situations familiales créées à l'étranger en imposant la reconnaissance d'adoptions prononcées à l'étranger, refuse cependant d'imposer la conversion de la *Kefala* valablement établie à l'étranger en adoption. En effet, dans l'affaire *Harroudj c/ France* (¹¹⁹¹), la France a refusé, sur la base de son droit interne, l'adoption d'une enfant abandonnée et vivant en France avec sa tutrice dans le cadre d'une *Kefala* prononcée en Algérie. La Cour ne condamne pas la France et s'arrête sur le fait que le droit français permet des assouplissements à l'interdiction d'adopter un enfant lorsque son droit national ne le permet pas, notamment par l'acquisition de la nationalité française passé un certain délai. La Cour estime « *qu'en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, l'État défendeur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper*

¹¹⁸⁶ CCE, 28 mai 2009, arrêt n° 28.068, à consulter sur www.rvv-ccce.be.

¹¹⁸⁷ *J. O.*, n° L 158, 30 avril 2004.

¹¹⁸⁸ CCE, 10 septembre 2012, arrêt n° 87.159, à consulter sur www.rvv-ccce.be.

¹¹⁸⁹ CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, req. n° : 76240/01 (voyez les commentaires de cette décision cités *infra*).

¹¹⁹⁰ CEDH, 3 mai 2011, *Negreptis-Giannisis c/ Grèce*, req. n° : 56759/08 (voyez les commentaires de cette décision cités *infra*).

¹¹⁹¹ CEDH, 4 octobre 2012, *Harroudj c/ France*, req. n° : 43631/09, voyez notamment sur cette décision : S. CORNELOUP, « Impossibilité d'adopter un enfant recueilli par *Kefala* et convention européenne des droits de l'homme », *R.C.D.I.P.*, 2013, pp. 146 et suiv. ; J.-P. MARGUENAUD, « La réception européenne de la Kafala », *R.T.D. Civ.*, 2012, pp. 705 et suiv.

immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante »⁽¹¹⁹²⁾.

La décision peut, en effet, se comprendre en raison du refus systématique de la Cour de reconnaître un droit à l'adoption (voir n°58) et par respect pour la diversité culturelle. Elle laisse néanmoins quelque peu perplexe. Dans le cas d'espèce français soumis à la Cour, l'enfant réside en France et pourra vraisemblablement se voir offrir à terme les protections découlant de l'établissement d'un lien de filiation. Cependant, qu'en serait-il si la situation se présentait en Belgique où l'enfant pourrait, dans une telle hypothèse, ne pas disposer du droit de résider avec l'adulte qui l'a pris en charge ?

Dans l'affaire *Chibihi Loudoudi et autres c. Belgique*⁽¹¹⁹³⁾, la Cour a toutefois confirmé sa jurisprudence. En l'espèce, elle ne condamne pas la Belgique qui avait refusé de prononcer une adoption à l'égard d'un enfant bénéficiant d'une *Kefala* au motif que les dispositions transitoires de la loi sur l'adoption, permettant la conversion de la *Kefala* en adoption, ne pouvaient s'appliquer puisque l'enfant n'avait pas été confié aux candidats adoptants par l'autorité compétente dans l'État d'origine (voir n°389). La Cour précise qu'il s'agit d'une demande de constitution d'une situation juridique nouvelle⁽¹¹⁹⁴⁾ et que les autorités nationales ont valablement évalué, *in concreto*, si l'adoption rencontrerait ou non l'intérêt de l'enfant⁽¹¹⁹⁵⁾. Dans la situation soumise à la Cour, l'enfant bénéficiait d'un titre de séjour, même si celui-ci avait été pendant longtemps délivré à titre provisoire. Un tel titre n'est cependant pas toujours délivré.

408. Le refus d'assimilation ou de transformation de la *Kefala* en adoption n'est pas dénué de conséquences, principalement quant au droit de séjourner en Belgique. Or, les intéressés sont parfois dans l'impossibilité de prendre en charge un enfant sous un cadre juridique différent puisqu'il s'agit, dans certains Etats, de la seule institution juridique proposée. L'absence de protection accordée à la *Kefala* interroge donc la possibilité de circuler avec sa famille telle que constituée dans le pays d'origine. Elle pose, de ce fait, la question du respect des principes de droit international privé lorsque la situation présente un aspect migratoire.

¹¹⁹² § 51. S. BOLLEE, commentant cette décision, estime que l'opposition entre les différents arrêts n'est qu'apparente. Selon cet auteur, dans l'affaire *Harroudj*, la demande ne reposait pas sur la continuité d'une situation acquise à l'étranger, mais tendait en réalité à la transformation d'une situation étrangère en une nouvelle '*figure juridique*', provoquant ainsi une rupture avec l'ordre juridique d'origine (S. BOLLEE, « La conformité à la convention européenne des droits de l'homme de l'interdiction d'adopter un enfant recueilli en Kafala », *Rev. trim. dr. h.*, 2013/95, pp. 717 et suiv.).

¹¹⁹³ CEDH, 16 décembre 2014, *Chibihi Loudoudi et autres c/Belgique*, req. n° : 52265/10.

¹¹⁹⁴ § 91.

¹¹⁹⁵ § 100.

B. La priorité concédée aux liens biologiques

409. Le non-respect du principe de subsidiarité constitue un autre motif de refus de reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger⁽¹¹⁹⁶⁾. La Convention de La Haye⁽¹¹⁹⁷⁾, comme la loi belge⁽¹¹⁹⁸⁾, repose sur ce principe qui entend privilégier le maintien de l'enfant dans la famille d'origine et, à défaut, l'accueil ou l'adoption dans le pays d'origine. Ce n'est que si ces deux situations ne peuvent être rencontrées que l'adoption internationale peut être envisagée. L'Autorité centrale fédérale vérifie que cet ordre de priorité est respecté et refusera l'adoption si des membres de la famille élargie sont présents dans le pays d'origine et qu'ils sont en mesure de s'occuper de l'enfant. *A contrario*, « le seul lien de parenté avec l'enfant ne suffit pas à justifier un projet d'adoption internationale par un membre de la famille élargie »⁽¹¹⁹⁹⁾.

Selon l'ACF, de nombreux refus de reconnaissance sont motivés par l'existence d'une solution durable de prise en charge dans le pays. Ce sera par exemple le cas lorsque l'enfant est confié à un membre de sa famille élargie dans le pays d'origine, qu'il y est scolarisé et qu'il n'a pas de liens affectifs particuliers avec les adoptants⁽¹²⁰⁰⁾. La Cour d'appel de Bruxelles rappelle, cependant, que « toute décision doit être prise au cas par cas, en tenant compte de l'enfant concerné et de sa famille »⁽¹²⁰¹⁾, ce qui implique de ne pas privilégier 'aveuglément' le principe de double subsidiarité.

¹¹⁹⁶ Outre le détournement de la loi sur le séjour ou la nationalité, le Code civil prévoit également, comme motif de refus de reconnaissance, la fraude et le non respect des formes et procédures (sur la base de l'article 365-1 du Code civil). Il s'agit des formes et procédures prévues dans l'État d'origine. Selon l'Autorité centrale fédérale, cette motivation est par exemple rencontrée si de faux documents ont été produits, ou lorsque les adoptants ne produisent pas de document attestant formellement de la décision d'adoption, ou encore lorsqu'en raison de la situation politique du pays, il n'y a pas d'autorité compétente pour prononcer l'adoption, ainsi que si des irrégularités dans l'application de la loi étrangère sont constatées. L'Autorité centrale fédérale affirme passer, dans certains cas, au-dessus de ces manquements pour des raisons liées à l'intérêt de l'enfant. Elle précise également être souple dans l'appréciation de la loi étrangère et des formes que cette législation requiert. Par exemple, les documents manquant peuvent être rapportés lors de l'examen de la demande. Les refus ne seraient, par ailleurs, jamais fondés uniquement sur les conditions de procédure à l'étranger (information recueillie lors de l'entretien mené auprès de l'ACF en décembre 2014). D'autres refus sont liés à la violation de l'ordre public (sur la base de l'article 365-2 du Code civil). Différents critères sont invoqués par l'Autorité centrale fédérale pour justifier le refus de reconnaissance en raison de la violation de l'ordre public : l'intérêt de l'enfant d'abord, la vente d'enfants et le bouleversement de l'ordre des familles ensuite.

¹¹⁹⁷ Voyez l'article 4 de la Convention.

¹¹⁹⁸ Voyez l'article 361-4, 3°, b) du Code civil.

¹¹⁹⁹ SSI/CIR, « Le principe de subsidiarité et la prise en charge par la famille élargie », *Bull. mens.*, 2005/3, mars 2005, p 2.

¹²⁰⁰ Propos tenus par l'ACF lors de l'entretien mené en décembre 2014.

¹²⁰¹ Bruxelles, 10 mars 2010, *R.T.D.F.*, 2011/1, pp. 158 et suiv.

410. L'intérêt de l'enfant est, dans le dispositif mis en place, très sérieusement examiné (¹²⁰²). Cependant, si son évaluation est liée aux circonstances de l'espèce, les critères qui le déterminent répondent à une vision 'interne'. Cette qualification d''interne' résulte d'une prédilection pour la famille biologique.

Nous avons vu, dans les différents chapitres qui précèdent, que, tant lors de l'application du droit belge que de l'application des règles de droit international privé en matière de filiation, l'intérêt de l'enfant est considéré comme une valeur fondamentale dont l'appréciation doit être faite selon les circonstances spécifiques de la situation. Il nous semble toutefois que lorsque la question qui se pose tient à la reconnaissance d'une adoption prononcée à l'étranger, l'intérêt de l'enfant prend une autre couleur (¹²⁰³).

En effet, les liens de famille, tels qu'ils se tissent à l'étranger, ne sont pas réellement pris en compte dans les décisions recensées, qui font référence à une notion 'occidentale' de la famille. Le fait pour l'enfant de vivre avec ses parents biologiques est largement privilégié,

¹²⁰² En ce qui concerne l'intérêt de l'enfant, les refus de reconnaissance pour ce motif interviennent généralement si le consentement de l'adopté n'est pas jugé valable ou éclairé. Il arrive en effet que l'Autorité centrale fédérale demande à l'ambassade d'entendre l'enfant et refuse ensuite la reconnaissance de l'adoption suite au contenu de cet entretien qui éclaire sur les circonstances et les motifs de l'adoption. Le refus peut également découler des conditions de vie de l'adopté, notamment s'il vit avec ses parents biologiques. Est également pris en compte le fait que l'adopté est scolarisé dans son pays d'origine ou qu'il est inséré dans un réseau social dans son pays d'origine, ou parce que l'adoption conduit à séparer une fratrie. Les conditions d'accueil de l'adopté sont, elles aussi, prises en considération. L'Autorité centrale fédérale vérifie, en outre, si l'adoption offre une continuité culturelle, éthique et linguistique, les conditions psychologiques et matérielles des adoptants (si les conditions matérielles des adoptants sont très mauvaises, il arrive que l'ACF refuse la reconnaissance de l'adoption), le potentiel d'intégration sociale, affective et scolaire de l'adopté selon son âge, la réaction de l'entourage tel le conjoint ou le partenaire et les motivations de l'adoption. Dans un autre ordre d'idée, lorsque les motivations de l'adoption reposent sur l'intérêt des adoptants d'avoir un enfant à domicile, les adoptions sont également refusées. Ce fut le cas par exemple si le but était d'adopter une jeune fille en vue de lui faire faire le ménage ou de s'occuper des enfants ainsi que lorsque la décision visait à libérer les parents biologiques désireux de 'refaire leur vie' (A. OTTEVAERE, « Adoptions internationales et intérêt supérieur de l'enfant », *J.T.*, 2008, *op. cit.*, actualisé par un entretien mené auprès de l'Autorité centrale fédérale en décembre 2014). Enfin, une attention spécifique est également portée au bouleversement de l'ordre des familles, considéré comme contraire à l'intérêt de l'enfant (Voyez ici aussi Bruxelles, 5 novembre 2008, RG 2008/JA/8, www.juridat.be et H. ENGLERT, « L'adoption internationale : le bilan 7 ans après la réforme », *Dossier thématique ADDE*, septembre 2010, www.adde.be). L'Autorité centrale fédérale se fonde donc sur différents éléments pour apprécier l'intérêt de l'enfant. Notamment, comme nous l'avons souligné, elle prête attention à la situation de la famille élargie dans le pays d'origine, aux contacts et au lien affectif entre l'enfant et les adoptants, à l'âge et à la situation de l'enfant ainsi qu'au laps de temps écoulé entre l'adoption et la demande de reconnaissance. L'Autorité centrale fédérale complète les informations fournies par les intéressés en faisant appel au Parquet, qui peut auditionner les adoptants, à l'Office des étrangers pour obtenir les informations administratives, en ce compris les déclarations concernant les enfants adoptés faites par les adoptants dans le cadre de leur procédure de séjour éventuelle, et à l'Ambassade, laquelle est en mesure d'auditionner les enfants. L'Autorité centrale fédérale sollicite ensuite, le cas échéant, les adoptants pour qu'ils s'expliquent sur les éventuelles demandes d'explications complémentaires. L'ACF affirme appréhender de manière de plus en plus individuelle et concrète les dossiers et ne pas avoir prédéterminé de critères constituant une violation de l'ordre public ou d'éléments considérés comme systématiquement contraire à l'intérêt de l'enfant.

¹²⁰³ De manière plus globale sur le sujet, voyez : X. « Déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre de l'adoption internationale », *J. dr. jeun.*, 2014, liv. 340, pp. 9 et suiv.

parfois même lorsque les liens avec la famille élargie, ou d'autres adultes liés à l'enfant, qui se trouvent en Belgique, sont plus importants. Or, toutes les sociétés n'envisagent pas la filiation biologique de la même manière (¹²⁰⁴). Dès lors, pour analyser *in concreto* l'intérêt de l'enfant, il serait intéressant de se placer en contexte.

C. L'absence d'une définition unique de la famille

411. Nous avons vu, à l'occasion de l'analyse du droit belge de la famille, que cette dernière n'était nulle part définie (voir n°4). Tel n'est pas le cas en matière d'adoption où, afin de déterminer les membres de famille susceptibles d'intégrer le champ des dispositions consacrées aux adoptions intrafamiliales, la famille a été définie par le législateur. Cependant, selon la question qui se pose, la définition de la famille diverge. Une nouvelle fois, un morcellement du droit de la famille peut être constaté.

412. La loi du 11 avril 2012 visant à permettre la régularisation des procédures d'adoption réalisées à l'étranger par des personnes résidant habituellement en Belgique (¹²⁰⁵) a inséré un § 2/1 à la section 3 du Code civil, intitulé « *Disposition dérogatoire en matière de reconnaissance des adoptions dans l'intérêt supérieur de l'enfant* », le nouvel article 365-6. Jusque là, les adoptions prononcées à l'étranger sans avoir respecté les procédures d'encadrement n'étaient pas reconnues en Belgique. Dorénavant, le dossier est instruit et il existe une possibilité de régulariser après coup « *à titre dérogatoire et tout à fait exceptionnel* », ce qui signifie que l'Autorité centrale fédérale pourra autoriser les adoptants qui n'ont pas suivi la préparation et obtenu l'aptitude avant d'adopter à l'étranger un membre de leur famille à suivre cette procédure (¹²⁰⁶). Cette loi de régularisation atténue donc quelque

¹²⁰⁴ M. CAILLIAU, « Le point de vue du psychologue quant à ces deux décisions récentes des cours et tribunaux », *Rev. dr. étr.*, 2009, n° 151, pp. 682 et suiv. qui fait référence au don d'enfant en Afrique noire. Voyez par exemple le rôle de la possession d'état en droit sénégalais qui suffit à établir la filiation à défaut d'acte de naissance (M. DIOUF, *Jursiclasqueur de droit comparé*, Fasc. 1 : Sénégal.- Personnes, famille, 1^{er} décembre 2006, n° 311 et suiv.). Pour un aperçu plus général voyez : R. DELIEGE, *Anthropologie de la famille et de la parenté*, 2^{ème} éd., Paris, Armand Colin, 2005.

¹²⁰⁵ *M.B.*, 5 mai 2012. Voyez sur cette loi : H. ENGLERT et F. COLLIENNE, « Du nouveau dans les adoptions internationales : une procédure de régularisation », *Revue@dipr.be*, 2012/2, pp. 99 et suiv ; CAROLINE APERS, « Régularisation des adoptions intrafamiliales prononcées à l'étranger : fin du casse-tête ! », *Newsletter ADDE*, juin 2012, n° 77 ; T. KRUGER, « Kanttekening », *R.W.*, 2012-2013, n° 40, pp 1598 et suiv.

¹²⁰⁶ Cette possibilité de régularisation des adoptions '*irrégulières*' ne vaut que de manière exceptionnelle, lorsqu'il s'agit d'un enfant de la famille des adoptants ou d'un enfant lié affectivement aux adoptants avant le prononcé de l'adoption. La procédure s'applique que l'adoption ait été ou non prononcée dans un État partie à la Convention de La Haye. Il faut toutefois que les adoptants soient de bonne foi et n'aient pas voulu contourner les dispositions légales belges. Cinq conditions cumulatives doivent être rencontrées : 1° - L'adoption ne doit pas avoir été établie dans un but de fraude à la loi. La fraude à la loi fait ici référence à la bonne foi et non à la notion de fraude à la loi de l'article 18 du Codip (cette notion de bonne foi fut déjà appliquée dans l'arrêt *Wagner* de la CEDH : la requérante avait entrepris les démarches d'adoption au Pérou de bonne foi, les pratiques antérieures permettant la transcription de telles adoptions dans les registres de l'état civil). 2° - L'enfant doit être apparenté

peu la rigidité des règles de reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger dans les cas de liens familiaux préexistants.

En effet, dans la loi sur la régularisation des adoptions intrafamiliales, la définition de la famille s'articule autour de deux pôles alternatifs. Selon l'article 365-6, § 2, 2°, du Code civil, l'adoption est intrafamiliale si « *l'enfant est apparenté, jusqu'au quatrième degré, à l'adoptant, à son conjoint ou à son cohabitant, même décédé, ou l'enfant a partagé durablement la vie quotidienne de l'adoptant ou des adoptants dans une relation de type parental avant que ceux-ci n'aient accompli quelque démarche que ce soit en vue de l'adoption* ». La première partie de la définition est objective et fixe les contours de la famille à quatre degrés de parenté. La deuxième partie de la définition est d'un autre ordre puisqu'elle n'est pas fondée sur un lien de parenté. « *Elle est au contraire fondée sur une notion de durée et est relative à la qualité de la relation* »⁽¹²⁰⁷⁾ et est donc sujette à interprétation⁽¹²⁰⁸⁾, ce qui pourrait permettre une prise en considération des liens familiaux tels que vécus dans des cultures étrangères⁽¹²⁰⁹⁾ (nous ne disposons à ce stade toutefois que de peu de recul et d'aucune décision judiciaire rendue sur un recours contre un refus de prise en considération de cette condition par l'ACF).

413. Par contre, la famille telle qu'entendue dans la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption est différente. C'est à l'article 346-2 du Code civil, qui concerne les hypothèses de dispense d'enquête sociale, que les contours de la famille sont définis. Le troisième alinéa de la disposition stipule que l'enquête sociale n'est pas obligatoire lorsque l'adoptant désire adopter un enfant « *1° apparenté jusqu'au troisième degré, à lui-même, à son conjoint ou à son cohabitant, même décédés ; ou 2° dont il partage la vie quotidienne ou avec lequel il entretient déjà un lien social et affectif* ». La définition est par conséquent plus large que celle contenue dans la loi de régularisation, puisqu'elle inclut le partage de la vie quotidienne ainsi

jusqu'au 4^{ème} degré à l'adoptant, son conjoint, son cohabitant ou avoir partagé quotidiennement la vie de l'adoptant dans une relation de type parental avant que ne soit prononcé l'adoption. Seules les adoptions intrafamiliales peuvent donc être régularisées. 3° - Au moment où la demande de régularisation de l'adoption est soumise à l'Autorité centrale fédérale, il ne doit pas exister pour l'enfant de solution durable de prise en charge de type familial autre que celle de l'adoption internationale ; 4° - Les conditions générales de la reconnaissance doivent pouvoir être remplies après la régularisation de l'adoption (notamment l'adoption doit avoir été prononcée par l'autorité étrangère compétente, dans les formes prescrites par le droit étranger, la décision doit être définitive, ne pas être contraire à l'ordre public et ne pas avoir pour but de détourner les règles en matière de séjour et de nationalité) ; 5° - L'autorité centrale communautaire doit rendre un avis motivé au regard de la situation de l'enfant et des articles 361-3 et 361-4 du Code civil. Cet avis non contraignant se prononce sur l'adoptabilité et sur le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant.

¹²⁰⁷ H. ENGLERT et F. COLLIERNE « Du nouveau dans les adoptions internationales : une procédure de régularisation », *op.cit.*, p. 102.

¹²⁰⁸ Selon travaux préparatoire, quelques semaines de vie commune ne suffiront pas à fonder la relation. Doc. parl. *Ch. Repr.*, Sess. Ord., 2011-2012, doc. 53, 1730/003, p. 5.

¹²⁰⁹ Il ressort toutefois de l'entretien mené auprès de l'ACF en décembre 2014, que l'appréciation de ce qui constitue un '*lien de type parental*' est restrictive. Il s'agirait, par exemple, du cas d'un réfugié qui élevait un enfant non biologique depuis des années au pays avant de venir en Belgique.

que le lien social et affectif, mais également plus restrictive, dès lors qu'elle englobe les parents jusqu'au troisième degré.

414. Les définitions divergent et la cohérence fait défaut. Or, une prise en compte d'une vision large et souple de la famille, plutôt que des définitions manquant de cohérence, permettrait une approche plus adaptée, selon la situation, du respect des conditions du droit belge. Cela emporterait, par conséquent, une possibilité réellement concrète de prise en compte de l'intérêt de l'enfant, en ce compris lorsqu'il répond à des schémas différents de ceux habituels dans l'ordre juridique du for.

D. Une rigidité spécifique à la matière de l'adoption

415. Une certaine rigidité ressort de la réglementation de l'adoption. Tout d'abord, les personnes qui résident habituellement en Belgique doivent avoir suivi la procédure organisée par le Code civil belge pour adopter. Cela implique qu'ils doivent avoir suivi une préparation à l'adoption, obtenu un jugement d'aptitude à adopter et avoir été encadré par l'autorité communautaire compétente. À défaut, et peu importe le motif, l'adoption prononcée à l'étranger ne pourra être reconnue⁽¹²¹⁰⁾. Par ailleurs, le Code civil prévoit une interdiction totale de contacts entre les candidats adoptants et l'enfant ou toute personne devant donner son consentement à l'adoption, sauf dans le cas des adoptions intrafamiliales naturellement⁽¹²¹¹⁾. Ces règles strictes, prévues initialement pour sauvegarder l'intérêt de l'enfant, peuvent mettre en échec la prise en compte de l'intérêt concret de celui-ci dans une situation déterminée.

416. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, rendue en matière d'adoption, impose cependant aux États de ne pas appliquer des règles de droit rigides au détriment de la réalité sociale des personnes concernées. Son célèbre arrêt *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*⁽¹²¹²⁾ est sur ce point édifiant. En effet, la Cour condamne, en l'espèce, le raisonnement des juridictions luxembourgeoises qui avaient refusé de reconnaître une adoption réalisée au Pérou par une femme célibataire, selon différents motifs⁽¹²¹³⁾ dont l'importance de la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, de la réalité sociale et des

¹²¹⁰ Sur la base des articles 365-1 et 365-2 du Code civil.

¹²¹¹ En vertu de l'article 363-1 du Code civil.

¹²¹² CEDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c/ Luxembourg*, *op. cit.*

¹²¹³ Notamment au motif que Madame Wagner s'était rendue de bonne foi au Pérou, se basant sur une pratique administrative qui permettait, jusque-là, la reconnaissance de ce type d'adoption, pratique qui fut entre temps abrogée, ainsi que sur le consensus quant à l'adoption par des personnes célibataires - adoptions désormais largement acceptées dans les différents États membres - semblant ainsi restreindre sur ce point la marge d'appréciation des États.

liens de fait. Selon la Cour, « *c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans ce genre d'affaires, la Cour estime que les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention. Cependant, les autorités nationales ont refusé une reconnaissance de cette situation en faisant prévaloir les règles de conflit luxembourgeoises sur la réalité sociale et sur la situation des personnes concernées, pour appliquer les limites que la loi luxembourgeoise pose à l'adoption plénière* »⁽¹²¹⁴⁾, alors que, « *en l'espèce les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement refuser la reconnaissance des liens familiaux qui préexistaient de facto entre les requérantes et se dispenser ainsi d'un examen concret de la situation* »⁽¹²¹⁵⁾.

L'affaire *Negrepointis-Giannisis c/ Grèce*⁽¹²¹⁶⁾ constitue un autre exemple de l'influence des droits de l'homme en la matière. En l'espèce, la Cour a estimé que le refus des autorités grecques de donner effet à une adoption prononcée aux États-Unis, au motif qu'elle était le fait d'un membre du clergé, ne répondait pas à un besoin social impérieux et n'était pas proportionnel à l'objectif poursuivi. La Cour intervient donc sur les contours de l'ordre public international grec⁽¹²¹⁷⁾. Dans cette affaire-ci également, la Cour favorise la circulation des décisions en matière familiale et atténue la rigidité du droit interne.

Il en résulte que la Cour européenne des droits de l'homme permet d'introduire la question de la proportionnalité dans la loi belge sur l'adoption internationale⁽¹²¹⁸⁾. Elle enjoint les États à prendre en compte la situation concrète dans l'intérêt de l'enfant. Cela pourrait s'avérer utile pour sortir, dans certaines hypothèses, du carcan très strict de la loi sur l'adoption. Par exemple, l'interdiction d'adopter un enfant déjà connu⁽¹²¹⁹⁾ pourrait être mise à mal si l'intérêt de l'enfant l'exige. D'ailleurs, le droit belge permet, en vertu de l'article 363-3 du

¹²¹⁴ § 133.

¹²¹⁵ § 135.

¹²¹⁶ CEDH, *Negrepointis-Giannisis c/ Grèce*, 3 mai 2011, req. n° : 56759/08. L'affaire concernait l'adoption, par un membre de clergé, de son neveu. Cette adoption fut considérée par les autorités grecques comme contraire à l'ordre public international grec au motif qu'un moine ne peut adopter. Voyez sur cet arrêt : P. KINSCH, « La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.C.D.I.P.*, 2011, pp. 817 et suiv.

¹²¹⁷ La Cour affirme que la position de refus de reconnaissance de l'adoption par la Cour de cassation grecque, basée sur des règles ecclésiastiques datant du 7^{ème} et 9^{ème} siècles, alors que le droit grec a introduit le droit pour les moines de se marier, est injustifiée.

¹²¹⁸ S. SAROLEA, « L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.F.*, *op.cit.*, p. 57.

¹²¹⁹ Pour reprendre les termes de S. SAROLEA concernant les conditions très strictes du droit belge pour considérer qu'une adoption est intrafamiliale et dès lors éviter son refus sur la base de l'interdiction de contacts préalables à l'adoption entre les adoptants et l'enfant prévue par l'article 363-1 du Code civil, « *Si un lien familial existe, l'arrêt Wagner pourrait venir au secours d'un adoptant confronté à une décision négative motivée par le fait que le degré de parenté serait trop faible ou ne serait pas reconnu comme tel. La notion de famille peut être large dans certains pays d'origine et une personne éloignée ou proche au sens social uniquement et non sanguin pourrait éprouver des difficultés à faire admettre l'existence d'un 'lien familial'. L'arrêt Wagner invite à la prise en compte des liens réels et pourrait militer en faveur de la reconnaissance de liens de facto* » (*Idem*, pp. 52-53).

Code civil, que, lorsque les dispositions légales n'ont pas été respectées, l'adoption puisse néanmoins être reconnue si des motifs liés au respect des droits de l'enfant le commandent. Cette dernière possibilité, rarement utilisée par les juridictions belges, a été appliquée, exceptionnellement, dans des hypothèses où l'enfant avait été confié par *Kefala* au Maroc aux candidats adoptants, au mépris de la procédure⁽¹²²⁰⁾. Il pourrait y être plus largement fait appel, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

417. Nous avons vu également que la loi sur les étrangers influence aussi la matière de l'adoption. Il est possible d'interroger les décisions qui considèrent que le projet d'adoption qui vise à fournir un meilleur cadre de vie à des enfants vivant auprès de leurs parents biologiques dans une situation de grande pauvreté est contraire à l'intérêt des enfants concernés. L'idée qui sous-tend la jurisprudence est que l'adoption vise à offrir une famille à un enfant qui en est dépourvu, ce qui implique qu'elle ne se justifie pas lorsque les enfants ont un foyer dans lequel ils ont grandi. La position de cette jurisprudence se défend certainement. Sa motivation par contre laisse perplexe. En effet, peut-on réellement affirmer que l'adoption n'est pas dans l'intérêt de l'enfant lorsqu'il s'agit d'enfants de 16 ans qui vivent dans des conditions extrêmement difficiles et que l'on sait que la politique de l'Office des étrangers en matière de visa humanitaire est particulièrement restrictive. Sur ce point, Fleur Collienne propose, à juste titre, d'éviter le recours à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant dans ce cadre et de se référer plutôt au critère des justes motifs et au respect du principe de double subsidiarité pour refuser l'adoption⁽¹²²¹⁾. Cette problématique rejoint la notion qualifiée d'*'interne'* de l'intérêt de l'enfant lequel, dans ces situations, résiderait probablement dans le fait pour l'enfant de pouvoir rejoindre les membres de famille résidant en Belgique. Passer par l'adoption constitue, dans ces cas-là, un détournement de l'institution. Ces situations attestent des liens qu'entretiennent le droit international familial et le droit des étrangers, ce dernier mettant à mal les logiques de droit international privé.

418. La rigidité des règles relatives à la reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger pourrait également être atténuée via une définition plus souple de la notion de famille. Si la notion de famille est particulièrement importante en matière d'adoption dès lors qu'elle définit les conditions de celle-ci – c'est-à-dire s'il s'agit d'une adoption intrafamiliale ou non et si des contacts préalables à l'apparement peuvent avoir lieu –, elle n'est pas très claire pour autant. Une définition souple permettrait une prise en considération réellement '*concrète*' de l'intérêt de l'enfant.

¹²²⁰ Civ. Charleroi, 5 novembre 2013, *R.T.D.F.*, 2014/3, pp. 572 et suiv. et Civ. Charleroi, 18 février 2014, *R.T.D.F.*, 2014/3, pp. 578 et suiv.

¹²²¹ F. COLLIENNE, « L'adoption 'économique' sanctionnée au nom de l' 'intérêt de l'enfant' », *op.cit.*, p. 679.

§ 3 Conclusion sur l'adoption internationale au regard des principes qui sous-tendent le droit familial belge

419. La première partie de cette étude sur l'adoption internationale, relative à l'application de la clause d'exception prévue à l'article 67, alinéa 3, du Codip nous a permis de conclure à la prévalence donnée, par les juridictions belges, aux conditions du droit belge de l'adoption. En effet, les conditions contenues dans le droit étranger applicable en vertu de la règle de conflit de loi sont écartées lorsqu'elles sont plus restrictives que les exigences posées par le droit belge.

Cette réflexion nous amène à une seconde remarque, qui découle de la première. Pour les autorités belges, l'intérêt de l'enfant réside dans le fait de voir le lien de filiation établi, même si cet établissement est contraire au droit de sa nationalité ou de celle de ses parents. En effet, toutes les conditions qui empêchent d'établir ce lien sont généralement écartées.

Ces deux éléments – faveur à ce qui est connu en droit belge et priorité à l'établissement du lien de filiation – ont déjà été rencontrés à propos de l'accueil du droit marocain en Belgique, ainsi que, en ce qui concerne le second point, en matière de GPA. Il semble donc que ces principes soient déterminants dans l'accueil ou le rejet du droit étranger.

420. S'agissant de la reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger, deux éléments doivent, dans le cadre de cette recherche, également être relevés. Il s'agit, d'une part, de l'interprétation '*interne*' donnée à la notion de l'intérêt de l'enfant et, d'autre part, des différences pointées quant à la définition du cercle familial.

En ce qui concerne la notion d'intérêt de l'enfant, nous avons déjà précisé qu'il s'agit d'une notion '*sans contenu prédéfini*' (¹²²²). Selon le Comité des droits de l'enfant (¹²²³), le concept réunit trois fonctions. D'abord, il s'agit d'un droit matériel : celui pour l'enfant de voir son intérêt évalué de manière primordiale. Il doit faire l'objet d'une appréciation au cas par cas. A cet égard, le Comité indique que parmi les éléments à prendre en compte figurent « *la présence ou l'absence de ses parents, le fait que l'enfant vit ou non avec eux, la qualité de la relation entre l'enfant et sa famille ou ses pourvoyeurs de soin* » (¹²²⁴). En ce qui concerne la question qui nous occupe, notons que l'appréciation concrète de cet intérêt implique donc une vision large des personnes qui prennent en charge l'enfant, bien au-delà la famille biologique dès lors que l'on vise également ses '*pourvoyeurs de soin*'. Par ailleurs, toujours selon le Comité, « *le terme 'famille' doit s'interpréter au sens large en englobant les parents*

¹²²² Sur la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, voyez : T. MOREAU, « Intérêt et droits de l'enfant ou les deux éléments constitutifs du droit de l'enfant au respect », in T. Moreau (dir.), *Le droit de l'enfant au respect*, Limal, Anthémis, 2013, p. 155.

¹²²³ Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, 29 mai 2013, http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.14_fr.pdf

¹²²⁴ *Idem*, p. 13.

biologiques et les parents adoptifs ou les parents nourriciers » (¹²²⁵). Ensuite, il s'agit d'un principe juridique interprétatif fondamental : lorsqu'une disposition juridique se prête à plusieurs interprétations, le choix doit se porter sur celle qui protège le plus efficacement l'intérêt supérieur de l'enfant. Enfin, le concept recouvre une fonction procédurale. Il en résulte que l'autorité amenée à prendre une décision concernant un enfant doit s'expliquer sur les critères pris en compte et sur leur évaluation à l'aune de l'intérêt de l'enfant. Ces différentes acceptations de la notion impliquent, par conséquent, une appréciation concrète de chaque situation impliquant un enfant.

Les particularités que recouvre la notion d'intérêt de l'enfant, dans le domaine de l'adoption internationale, découlent probablement de la double acception que la notion peut avoir en droit international privé. En effet, les instruments internationaux qui régissent des questions liées à l'autorité parentale se fondent, en général, sur l'intérêt de l'enfant pour déterminer les règles qui y figurent (compétence des autorités du lieu de résidence de l'enfant par exemple ou mise en place d'une coopération entre autorités centrales). La Convention de La Haye sur l'adoption internationale est d'ailleurs clairement fondée sur le souci de protéger l'intérêt de l'enfant, ce qui a déterminé, d'une part, le système de coopération mis en place entre les États, et, d'autre part, le principe de double subsidiarité. Un tel intérêt, nommé '*intérêt*' par P. Hammje (¹²²⁶), permet de rapprocher les ordres juridiques dès lors que des solutions générales sont trouvées pour améliorer la coopération des États et la reconnaissance des décisions.

Cependant, l'intérêt substantiel de l'enfant peut ne pas coïncider avec les principes adoptés, de manière abstraite, lors de l'établissement de la réglementation (¹²²⁷). Par exemple, en matière d'adoption internationale, il se peut que l'intérêt concret, ou substantiel, de l'enfant ne réside pas dans le respect du principe de double subsidiarité. Cette double acception de la notion explique donc, en partie en tout cas, l'approche quelque peu paradoxale du droit belge en la matière. Nous avons vu, en effet, que les conditions de reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger sont particulièrement rigides. Dans ce contexte, l'ACF tente d'analyser concrètement l'intérêt de l'enfant adopté mais demeure limitée par un cadre légal plus contraignant que dans d'autres matières.

En droit interne belge, par contre, l'intérêt de l'enfant semble être une notion cadre qui place les choix législatifs au second plan, comme en témoigne la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière de filiation. Si en droit interne on est passé de « *l'intérêt abstrait de tout enfant, clairement matérialisé dans un choix de fond, (...) à l'intérêt concret de chaque enfant, notion factuelle individualisée au cas par cas* » (¹²²⁸), la notion demeure plus abstraite dans le droit de l'adoption internationale et ce, malgré les recommandations du Comité des droits de l'enfant. Elle semble en tout cas détachée, comme nous l'avions relevé,

¹²²⁵ *Idem*, p. 14.

¹²²⁶ P. HAMMJE, « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, op. cit., pp. 365 et suiv.

¹²²⁷ *Idem*, p. 376.

¹²²⁸ *Idem*, p. 366.

d'une appréciation liée à la manière dont un tel intérêt est perçu dans le pays d'origine de l'enfant ou influencée par l'impact éventuel de la politique migratoire.

421. Le deuxième élément que nous souhaitons mettre en évidence tient à l'absence de définition cohérente de la famille. En effet, les contours de l'adoption intrafamiliale sont différents selon qu'il s'agit des règles relatives à l'enquête sociale ou de celles permettant la régularisation des adoptions prononcées à l'étranger sans que la procédure prévue par le droit belge n'ait été respectée.

Cette situation n'est pas sans rappeler la conclusion posée lors de l'analyse des membres de la famille reconnus par le droit civil belge. Le législateur définit les contours de la famille, selon le rapport de droit en cause, de manière tout à fait indépendante sans que les cercles de parents ou le type de relation ne reçoivent une définition générale⁽¹²²⁹⁾. Nous avons, à cet égard, identifié également des rapports de droit incluant les membres de la famille jusqu'au troisième degré (en matière d'empêchements à mariage par exemple) et d'autres jusqu'au quatrième (comme en droit des successions), à l'instar de ce qui a été relevé dans le domaine de l'adoption intrafamiliale.

Les enjeux de cette construction juridique peuvent apparaître assez faibles lorsque les droits en cause sont très différents. Ne pas pouvoir se marier, être titulaire d'une obligation alimentaire ou désigné comme héritier semblent en effet des questions distinctes. Tel n'est pas le cas lorsque l'on est face à des définitions de la famille différentes au sein d'une même question juridique. C'est pourtant ce que nous rencontrons en matière d'adoption puisqu'il existe plusieurs définitions de l'adoption intrafamiliale.

Ce manque de parallélisme entre les différentes acceptions des notions de famille témoigne d'une absence de vision générale de la famille portée par le législateur belge et d'une prise en considération morcelée des différentes questions qui concernent la vie familiale.

¹²²⁹ K. MEZIOU, sur les règles applicables au regroupement familial selon qu'il s'agisse de ressortissants de l'Union européenne ou de ressortissants d'États tiers, fait la même remarque selon ces termes : « *La famille ne renvoie pas toujours à un même groupe de personnes déterminées, mais chaque norme la définit en fonction de son but* » (K. MEZIOU, « Migrations et relations familiales », *op. cit.*, p. 57).

Partie 3

Familles internes et familles internationales : quelle cohérence juridique ?

Chapitre 1 *Le morcellement comme définition commune*

422. La famille interne et la famille internationale ne peuvent être classées comme deux ensembles aisément comparables. Leur constitution, leur existence et leurs enjeux sont clairement distincts. Les règles de droit qui leur sont appliquées sont également différentes, ne fût-ce que parce que la dimension internationale d'une situation emporte des conséquences juridiques spécifiques.

Nous avons néanmoins décidé de comparer les principes qui sous-tendent la famille interne aux critères d'accueil des institutions familiales étrangères. Cette comparaison est possible dès lors que, dans les deux hypothèses, il s'agit de mettre en miroir la manière dont le droit s'intéresse à *la famille*. Pertinente, elle l'est aussi, parce que, lorsqu'il s'agit de conceptualiser une réponse juridique, l'approche transversale apporte souvent un éclairage nouveau. C'est ce que nous allons démontrer dans cette troisième partie, en nous concentrant sur les notions de morcellement et d'individualisation.

423. Au départ de l'analyse du droit familial belge, nous avons défini différents cercles familiaux, dégagé des principes et leurs évolutions, mis en exergue une nouvelle tendance méthodologique dans l'appréhension des situations familiales. Nous avons ensuite confronté cette analyse à la manière dont le droit international privé est appliqué aux situations familiales, à travers l'étude des interactions entre le droit marocain et le droit belge, la GPA pratiquée à l'étranger et l'adoption internationale.

Un trait commun apparaît : le droit de la famille, pour ne pas dire la famille – nous laissons aux sociologues le soin d'apprécier cette question –, est morcelé. Qu'il s'agisse du traitement par le droit de la famille interne ou de la famille internationale, l'unité de la notion fait défaut. Dans ces deux matières, l'intérêt se porte sur le particulier plutôt que sur le général. Nous allons détailler, dans un premier temps, les éléments qui permettent de conclure à ce morcellement ou, en d'autres termes, à cette primauté donnée au *particulier*.

Toutefois, le morcellement que nous constatons n'a pas la même signification dans l'une ou l'autre de ces branches du droit. Si le morcellement familial emporte à l'égard de la famille de droit interne un effritement des institutions et une prise en compte de plus en plus importante de l'individu, il conduit, en droit international privé, au phénomène inverse. Dans cette deuxième matière, les institutions familiales sont au centre des règles de droit, lesquelles ne laissent plus beaucoup de place à une appréciation casuistique des situations (¹²³⁰). Cette inversion des conséquences du morcellement opéré par le droit est le fruit d'une évolution qui s'est réalisée de façon opposée en droit familial belge et en droit international privé. Nous avons vu, en effet, que le droit belge de la famille a été de plus en plus influencé par la place

¹²³⁰ Nous avons vu, en effet, que la jurisprudence était plus nuancée avant l'adoption du Codip, notamment à l'égard de la répudiation.

accordée à l'autonomie de la volonté ainsi que par la position *individualiste* défendue par la Cour constitutionnelle. Le droit international privé, à la suite de modifications législatives ou de bouleversements jurisprudentiels, s'est, par contre, recentré sur des principes, diminuant de ce fait la marge laissée à une appréciation concrète des situations (¹²³¹). Cette conclusion globale devra, bien évidemment, être envisagée avec toutes les nuances qui s'imposent.

Nous ne nous arrêterons pas à ce constat et remettrons en question la validité du positionnement pris à l'égard des familles internationales. Le propos n'est toutefois pas de dénoncer une différence de traitement qui serait jugée inacceptable entre ces deux réponses juridiques distinctes. En effet, il serait difficile, mais peut-être pas impossible, de justifier l'existence d'une discrimination car les situations sont certainement différentes (¹²³²) et leur comparaison repose sur une vision transversale des thématiques abordées et non sur l'analyse d'une question juridique spécifique. Il n'empêche que la justification, d'une part, et la proportionnalité, d'autre part, du refus d'appréciation *in concreto* dans l'application des règles de droit international privé à l'égard des familles internationales (pour les cas que nous avons traités) apparaissent trop faible pour l'une, et non établie par l'autre.

Nous proposerons dès lors de réintroduire en droit international privé, au moyen d'une modification des règles de droit existantes, une possibilité, pour certaines hypothèses, d'évaluation, au cas par cas, des différents intérêts en présence (voir chapitre 2).

Section I | Le morcellement vu sous l'angle de la famille interne

424. Le morcellement du droit familial belge peut être observé à différents égards. Au sein des rapports entre adultes, lesquels sont soumis à différents cadres selon les souhaits de chacun. Dans la fracture de plus en plus évidente entre les liens de couple et ceux qui se nouent avec les enfants. Enfin, à travers la diversification des rapports qui s'établissent entre les adultes et les enfants. Nous allons détailler ces divers découpages de la vie familiale, en faisant la synthèse des enseignements de la première partie.

§ 1 Distinction entre rapports horizontaux et verticaux, et au sein de ceux-ci

425. La distinction, au sein du droit de la famille, entre les rapports horizontaux (c'est-à-dire entre adultes) et les rapports verticaux (entre adultes et enfants) n'est pas neuve.

¹²³¹ Bien que l'on puisse penser que l'article 19 du Codip ouvre la porte à une telle appréciation, nous avons constaté qu'il était peu utilisé dans les matières que nous avons analysées.

¹²³² Sur la base des articles 8 et 14 de la CEDH.

L'évolution du droit conduit toutefois à une césure de plus en plus importante entre le groupe conjugal et le groupe parental.

En effet, d'une part, un couple peut choisir, par le biais du type de rapport qu'il revêt, la nature des conséquences juridiques qu'il supporte. Cela, sans que les enfants ne puissent en subir de répercussions. D'autre part, le lien de filiation et le droit de l'autorité parentale ne sont pas affectés par une rupture du couple, laquelle doit être libre. En d'autres termes, les enfants sont égaux indépendamment des circonstances de leur naissance et, lorsqu'ils sont le fruit d'un couple, le couple parental survit au couple conjugal.

Cet état du droit est le résultat d'une évolution continue depuis les années 1970. Ce qui semble en revanche plus récent tient à la place de l'autonomie de la volonté et, par conséquent, à la possibilité d'établir des liens affectifs protégés par le droit au départ d'un projet parental, projet élaboré parfois en dehors d'un couple. L'ouverture de l'adoption et de la procréation médicalement assistée aux célibataires en est un exemple. L'évolution des techniques permettant désormais la dissociation entre la filiation génétique et la filiation intentionnelle en est un autre. Certes, sur ce dernier point, il importe de relever que l'adoption repose également sur une telle dissociation et qu'elle est pratiquée depuis longtemps en Belgique.

L'apparition des techniques de PMA, en ce compris la GPA, permet néanmoins le franchissement d'un pas supplémentaire dans la distinction entre le couple qui procrée et le ou les parents de l'enfant puisque, dans cette seconde hypothèse, l'enfant est conçu pour répondre au projet parental. Le droit permet cette scission entre le couple qui procrée au sens génétique du terme et les personnes qui s'occuperont de l'enfant. Il intègre d'ailleurs de plus en plus cette réalité.

Ces divers éléments attestent de l'indépendance relative, d'une part, entre le lien de filiation et le lien de couple et, d'autre part, entre le lien génétique et le lien affectif. La pérennité des rapports entre l'enfant et ses parents est détachée des relations que les adultes entretiennent entre eux. Elle peut l'être également des considérations biologiques.

Le lien parental est par contre fortement institutionnalisé. Les règles encadrant l'autorité parentale relèvent de l'ordre public et seul l'exercice de celle-ci est laissé, dans une certaine mesure, à l'autonomie de la volonté.

426. Il faut toutefois nuancer quelque peu cette conclusion générale. Les règles relatives à la présomption de paternité ou de maternité confèrent encore un statut spécifique au mariage, statut au travers duquel un lien subsiste entre le couple et les enfants. Le mariage fait notamment barrage au contrôle de l'intérêt de l'enfant et à l'éventuel refus de consentement de la mère lors de l'établissement du lien de filiation, alors que tel n'est pas le cas lorsque le lien est établi en dehors d'un couple marié (voir n°105). Par ailleurs, en matière de PMA, le mariage du couple au départ du processus constitue une donnée particulière qui empêche la contestation du lien en cas d'accord préalable. Tel n'est pas le cas de la mère non mariée qui

est dans l'impossibilité d'obliger son compagnon à reconnaître l'enfant ainsi conçu (voir n°108).

Ces nuances ne permettent cependant pas de remettre en cause le constat général.

427. Nous l'avons déjà souligné, le couple a le choix de son institutionnalisation ou non et, dans le premier cas, de la nature de l'institution pour laquelle il opte : mariage ou cohabitation légale. Par ailleurs, toutes ces hypothèses sont ouvertes aux couples de sexes différents ou de même sexe. En outre, chaque individu a bien évidemment le droit de ne pas former de couple.

Les rapports entre adultes sont soumis à la logique de l'autonomie et celle-ci est protégée par l'égalité (¹²³³) qui est assurée dans l'accès aux différentes formes de vie de couple.

428. En ce qui concerne la distinction au sein des rapports verticaux, nous avons déjà évoqué une dissociation possible entre la parenté juridique et la parenté biologique. Cette distinction ressort de la possibilité d'établir (par reconnaissance) ou de ne pas contester (en maintenant la présomption de paternité) des filiations non biologiques. Elle découle également de la possibilité d'établir une filiation qui est, par définition, non biologique, soit par adoption, soit via la coparenté, soit encore dans le cadre de la PMA dès lors que le don de matériel génétique ne peut recevoir aucune conséquence juridique en termes de filiation.

429. Le morcellement, en matière de filiation, va encore plus loin. La gestation pour autrui, telle qu'elle est tolérée en Belgique, est à cet égard une situation intéressante pour notre propos. Cela, même si, en droit belge, aucune autonomie n'est accordée pour l'établissement du lien de filiation à la mère qui accouche.

Si la GPA est intéressante, c'est tout d'abord parce que l'établissement du lien de filiation à l'égard du père, d'une part, et à l'égard de la mère, d'autre part, reçoit un traitement différent. En effet, le lien établi entre l'enfant né de mère porteuse, que ce soit en Belgique ou à l'étranger, et le père commanditaire est largement accepté, alors que le lien avec la mère d'intention ne l'est pas *ab initio* et nécessite une procédure d'adoption (voir n°98).

Ensuite, parce que la GPA posera, si et lorsqu'une réglementation spécifique du processus sera élaborée, une différenciation entre la maternité gestatrice, la maternité génétique et la maternité institutionnelle.

¹²³³ Même si, selon Cour européenne des droits de l'homme, la convention ne garantit pas, contrairement au droit belge, cette égalité totale puisqu'elle n'impose pas l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe (voir n°45).

Enfin, et dans un autre registre, parce que la convention de GPA est dissociée de l'établissement des liens de filiation afin de permettre, au nom de l'intérêt de l'enfant, la reconnaissance ou l'établissement de ceux-ci. Si ce type de morcellement est différent des précédents, il témoigne cependant d'un souci commun : celui d'individualiser la réponse apportée à la situation familiale et d'éviter de la traiter sous l'angle de principes.

430. Les débats juridiques actuels posent parallèlement la question de la distinction entre la parenté juridique et la parenté sociale. Si l'exercice de l'autorité parentale ne peut pas, aujourd'hui, être attribué à plus de deux personnes, à l'instar du lien de filiation d'ailleurs, il peut être confié à d'autres personnes que les parents. Tel est l'objet des institutions de la tutelle civile ou de la tutelle officieuse (voir n°22).

Par ailleurs, nous avons vu que des propositions de loi existent afin d'instaurer un régime de parenté sociale. Le langage juridique connaît les termes de parenté et de parentalité, lesquels recouvrent deux réalités différentes. Cette désolidarisation entre l'autorité parentale et la filiation a également été soutenue par la Cour constitutionnelle, qui enjoint le législateur à accorder des droits à l'égard de l'enfant au conjoint, séparé du parent, qui s'en est occupé de manière stable et durable (voir n°58).

Enfin, le Code civil offre la possibilité de donner une place à une pluralité d'adultes dans la vie d'un enfant par la voie d'un droit aux relations personnelles (voir n°25). Ces distinctions n'emportent cependant pas une fragmentation plus importante de la fonction parentale, le partage de celle-ci entre plus de deux personnes n'étant, à ce jour, pas autorisé.

431. Les différents découpages entre la fonction parentale et le couple, la filiation et l'autorité parentale, au sein du couple ainsi que dans l'établissement du lien de filiation, nous permettent de conclure à une individualisation des relations familiales.

§ 2 L'individu pris isolément

432. Nous l'avons relevé, l'analyse du droit de la famille fait apparaître clairement une série de dissociations : dissociation entre la conjugalité et la filiation, entre la filiation et la procréation, entre la filiation et la fonction parentale, et au sein de chacune de ces catégories. Mais le constat ne peut s'arrêter là. En effet, ces distinctions se matérialisent dans des sens différents – le droit de la filiation en offre des exemples en donnant la priorité tantôt aux données génétiques, tantôt aux projets parentaux – selon la question de droit ou les circonstances de fait que présente la situation.

Le droit de la famille est désormais constitué par un ensemble de règles qui posent les questions juridiques en fonction du rapport de droit en cause. Le centre névralgique de ce système est l'individu. L'on peut ainsi affirmer que le morcellement du droit trouve son aboutissement dans la dilution des institutions au profit d'une prise en considération des intérêts individuels. On a vu en effet que le droit de la filiation, par exemple, était largement empreint de cette dynamique. Cette évolution du droit belge s'inscrit dans un courant général auquel a largement participé la Cour européenne des droits de l'homme en protégeant les relations familiales effectives (¹²³⁴). Nous parlons toutefois de dilution et non de disparition des institutions, celles-ci conservant, à l'instar du mariage, une certaine vigueur.

433. Les liens familiaux sont définis, pour une majeure partie, librement par les individus. La liberté est une valeur fondamentale qui justifie les choix ouverts aux couples et la facilité accordée à la rupture de ceux-ci, laquelle peut être unilatérale. Cette liberté va de pair avec une plus grande responsabilisation dont découle, par exemple, l'encouragement à l'autonomie financière des membres du couple.

La place donnée à la médiation en matière familiale témoigne de cette liberté et de l'individualisation qui l'accompagne. La conclusion d'accords est encouragée, que ce soit en matière d'obligations alimentaires, d'exercice de l'autorité parentale ou de gestion des différentes conséquences du divorce (à cet égard, le divorce par consentement mutuel est devenu une procédure extrêmement rapide et simple, presque administrative), et une place considérable est faite à l'autorégulation (voir n°132). Cette approche des situations familiales sous l'angle de la médiation et de la contractualisation permet l'adaptation de la solution au cas concret. Il en résulte une plus grande individualisation du droit de la famille.

434. Cette approche a entraîné la nécessité de se préoccuper des personnes vulnérables. L'attention s'est donc principalement centrée sur la protection de l'intérêt de l'enfant. Ce mouvement est très bien illustré par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, qui fait de cet intérêt l'enjeu central des questions de filiation. La Cour pousse d'ailleurs son raisonnement très loin puisque, même lorsqu'il s'agit d'établir une filiation incestueuse, elle impose d'individualiser l'intérêt de l'enfant et évite de la sorte le recours aux principes abstraits (voir n°145). La Cour européenne des droits de l'homme se prononce également dans ce sens en considérant que le droit au respect de la vie privée de l'enfant issu d'une GPA impose aux États la reconnaissance de l'acte de naissance établi dans un tel cadre (voir n°379). Une telle position est encore défendue par les juridictions du fond, en Belgique, qui font systématiquement primer l'intérêt de l'enfant sur l'éventuelle contrariété à l'ordre public de la convention de maternité de substitution (voir n°98). Le contrôle concret de cet intérêt devient donc le centre du raisonnement lorsque des enfants sont concernés par une question juridique.

¹²³⁴ Voyez par exemple : H. FULCHIRON, « Un modèle familial européen », *op. cit.* ; J. POUSSON-PETIT, « Troisième millénaire : évolution du droit des personnes et de la famille dans les pays européens », *op. cit.*

435. Nous avons cependant montré que la famille demeure une institution pour certains aspects. En effet, plusieurs questions ne sont pas laissées à l'appréciation des individus. Certaines matières (comme la filiation, l'autorité parentale, une partie du droit successoral et les droits et devoirs des époux) demeurent d'ordre public et sont ainsi soustraites à l'autonomie de la volonté (voir n°104 et suiv.). Par ailleurs, le mariage connaît toujours des privilèges liés à l'institution.

En outre, lorsque la loi autorise les accords, c'est généralement pour la détermination des modalités d'une obligation légale, comme la solidarité alimentaire ou l'autorité parentale. De son côté, le juge reste garant de l'intérêt de l'enfant et les accords qui lui sont soumis doivent être homologués. L'approche individualisée, si elle n'est pas directement mise en œuvre par le juge, demeure donc soumise à son contrôle. Ces nuances ne remettent pas en cause le constat, mais méritent d'être gardées à l'esprit.

Section II | Le morcellement vu sous l'angle de la famille internationale

436. Le droit familial belge laisse apparaître plusieurs formes de morcellement. Ceux-ci tiennent essentiellement à la manière dont le droit régit les différents événements de la vie familiale. Le droit international privé, de son côté également, subit une forme de fractionnement. Il s'agit cependant d'un morcellement d'une autre nature.

Dans ce deuxième domaine du droit, le morcellement ne repose pas uniquement sur les événements de la vie familiale. Il semble davantage s'appuyer sur des distinctions théoriques. Par exemple, l'ordre public et la fraude à la loi constituent des exceptions au fonctionnement normal des règles de droit international privé qui sont mises en œuvre différemment selon l'institution familiale concernée. La nationalité, la nature de l'acte étranger et la catégorie de rattachement sont également autant de critères distinctifs qui autorisent, en la matière, une réponse différenciée dans l'application des règles de droit international privé. Nous allons détailler ces différents éléments d'un morcellement que nous qualifions, dans ce cadre, d'institutionnel ou de théorique.

Nous traiterons, dans un premier temps, de l'institution familiale comme facteur de morcellement (§ 1). Ensuite, nous nous attacherons à la nature de l'acte étranger comme élément déterminant de l'accueil d'une situation familiale étrangère (§ 2). Nous nous pencherons également sur le morcellement du droit étranger via le choix du critère de rattachement et l'approche pointilliste mise en œuvre lors de son accueil (§ 3). Enfin, nous analyserons l'impact du caractère migratoire de la situation comme critère distinctif au stade de la reconnaissance d'un acte étranger (§ 4).

§ 1 *L'institution familiale comme critère distinctif*

437. Le droit international privé apporte une réponse différente en termes d'accueil selon l'institution familiale concernée. Outre la fragmentation inhérente aux catégories de rattachement, sur laquelle nous reviendrons sous un titre spécifique (voir n°461), l'institution familiale connaît également des critères de reconnaissance différents.

Nous avons vu que la famille interne et la famille internationale se définissent différemment selon le rapport de droit en cause, d'une manière générale, pour chaque matière du droit de la famille, et même parfois au sein d'une même question de droit, comme c'est le cas de l'adoption intrafamiliale, qui connaît plusieurs définitions (voir n°34 et n°411).

Nous allons aborder d'autres aspects de ce morcellement.

D'abord, nous montrerons que les exceptions à l'application du droit étranger sont soumises à des critères distincts, selon l'institution familiale concernée. Ces distinctions ressortent de l'étude des conditions de mise en œuvre de l'exception d'ordre public. Nous avons constaté que ces conditions se différenciaient en fonction de l'institution familiale soumise à reconnaissance, qu'il s'agisse de la polygamie, de la répudiation, de la filiation, de la pension alimentaire ou de la dot (I).

Ensuite, nous soulignerons que la distinction selon l'institution familiale soumise à reconnaissance, lors de la mise en œuvre des exceptions à l'application du droit étranger, se retrouve également en matière de fraude à la loi. En effet, la manière dont les juridictions belges appliquent ou non cette notion juridique à la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger et aux actes de naissance établis suite à une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger est différente (II).

Enfin, nous insisterons sur le poids de la nationalité comme critère déterminant dans la reconnaissance des liens de famille (III).

Ces développements nous permettront de mettre en évidence le caractère *abstrait* des distinctions, qui contraste fortement avec l'approche concrète retenue pour la famille interne.

I. Les critères retenus dans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international belge

438. Nous avons vu que l'exception d'ordre public, telle que prévue à l'article 21 du Code de droit international privé, doit être mise en œuvre lorsque, d'une part, la gravité des effets produits par l'application du droit étranger et, d'autre part, la proximité de la situation

avec l'ordre juridique belge sont démontrées (voir n°226 et suiv.). Ces conditions sont toutefois évaluées différemment en fonction du rapport de droit dont la reconnaissance est sollicitée. Nous allons tenter une synthèse des éléments déclencheurs de la mise en œuvre de l'exception selon l'institution familiale concernée.

A. La nationalité : facteur de proximité

439. La nationalité est le critère déterminant pour évaluer la possibilité d'octroi d'une pension de survie en cas de polygamie.

Pour rappel, la reconnaissance du mariage polygamique est refusée en Belgique en raison de l'inégalité de traitement qu'elle institue entre l'homme et la femme. Cependant, si les effets personnels de l'union ne peuvent recevoir de consécration entre époux ou vis-à-vis des autorités, certaines conséquences patrimoniales sont acceptées. Tel est le cas de la division de la pension de survie (voir n°240).

La Convention belgo-marocaine prévoit le partage de la pension de survie, ce qui implique que le critère de gravité de l'atteinte aux principes fondamentaux de l'ordre juridique belge, indispensable à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, ne peut plus intervenir en la matière. Par contre, la Cour de cassation a défini strictement les critères permettant de conclure à la proximité de la situation avec l'ordre juridique belge. Il s'agit, dans cette hypothèse, de la nationalité belge de la première épouse au moment du second mariage. Le critère est jurisprudentiel. Il est, par ailleurs, clair et précis.

440. La nationalité est aussi retenue comme critère pour évaluer la possibilité de reconnaître une répudiation. Toutefois, dans cette dernière hypothèse, l'article 57 du Codip ne limite pas le refus de reconnaissance de l'institution étrangère à la seule hypothèse dans laquelle l'une des parties possède la nationalité belge. Le législateur a envisagé, en l'espèce, une série d'éléments, impliquant notamment le critère de la résidence habituelle, qui empêche que la répudiation ne pénètre l'ordre juridique belge. Par ailleurs, la nationalité est envisagée plus largement en matière de répudiation que dans le domaine de la polygamie puisque dans cette première situation elle ne se limite pas à la nationalité belge mais s'étend à toute nationalité d'un État qui ne connaît pas cette institution. L'ordre public, ainsi '*multilatéralisé*', ne protège donc pas uniquement l'ordre juridique belge, contrairement à ce qui prévaut en matière de polygamie où seule l'épouse belge est prise en considération.

B. La résidence habituelle : facteur de proximité

441. La résidence habituelle constitue l'un des critères déterminant dans l'application de l'exception d'ordre public à la reconnaissance des actes de répudiation. L'article 57 du Codip prévoit, en effet, qu'un acte de dissolution du mariage fondé sur la volonté unilatérale de l'un des époux n'est pas reconnu en Belgique sauf si l'acte a été homologué par une juridiction, que l'épouse répudiée a marqué son accord sur la répudiation et qu'aucun des deux époux n'a la nationalité d'un État ou sa résidence habituelle dans un État qui ne connaît pas ce mode de dissolution du lien conjugal.

En matière de répudiation, la proximité de la situation avec l'ordre juridique belge tient, par conséquent, soit à la nationalité de l'un des époux, soit à leur résidence habituelle en Belgique ou dans un Etat qui ne connaît pas la répudiation. Le critère se fonde, dans ce cas, sur une disposition légale. S'il est très précis, à l'instar de celui retenu en matière de polygamie, il est néanmoins plus large puisqu'il inclut la résidence habituelle comme critère permettant le refus de reconnaissance de l'acte étranger.

C. Le facteur gravité

442. Le critère de proximité n'est toutefois pas nécessairement analysé lorsque la violation des principes fondamentaux de l'ordre juridique du for est jugée à ce point grave qu'elle requiert inévitablement l'intervention de l'exception d'ordre public. Certaines institutions familiales se voient en effet sanctionnées immédiatement, sans que des critères précis ne circonscrivent l'intervention de l'ordre public.

#1 Critères appliqués à l'établissement et à la reconnaissance du lien de filiation

443. En matière de filiation, il ressort de la jurisprudence analysée que l'impossibilité d'établir un lien de filiation est très largement considérée comme contraire à l'intérêt de l'enfant (voir n°299 et suiv., 376 et suiv. et 387 et suiv.). Cette situation entraîne, par conséquent, l'application de l'exception d'ordre public à l'égard des droits étrangers qui s'opposent à un tel établissement, spécialement lorsque cette impossibilité est liée à la circonstance que les parents ne sont pas mariés.

La gravité des effets produits par l'application du droit étranger, lorsqu'elle aboutit à empêcher l'établissement du lien de filiation, est parfois soulignée par les cours et tribunaux. C'est le cas si l'impossibilité d'établir un lien de filiation tient à une discrimination entre les enfants selon la situation conjugale de leurs parents. Aux côtés de l'acceptation, en toutes hypothèses, de l'établissement de la filiation hors mariage, la reconnaissance du lien de

filiation résultant d'une présomption de paternité dans le cadre de mariages polygamiques est un second exemple de ce refus de discrimination (voir n°306).

Dans la plupart des cas cependant, la question de la gravité de l'effet du droit étranger dans l'ordre juridique belge n'est pas analysée. Elle semble implicitement établie dès que le droit normalement applicable entraîne l'impossibilité d'établir un lien de filiation.

444. La condition de proximité avec l'ordre juridique belge indispensable à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public ne reçoit pas de définition claire en matière de filiation.

Si certains magistrats précisent les circonstances attestant de la proximité de la situation avec l'ordre juridique belge – par exemple, parce que la mère et l'enfant sont belges et résident en Belgique alors que seul le mari est étranger et réside à l'étranger –, la démarche n'est pas systématique. Par ailleurs, lorsque les éléments de proximité sont précisés, ils ont toujours pour objet de confirmer la nécessité d'écarter le droit étranger, jamais de conclure à l'absence de liens suffisants avec la Belgique.

L'établissement du lien de filiation est favorisé et le droit étranger qui empêche un enfant de voir sa filiation établie est écarté. Cette conclusion a été dégagée en ce qui concerne l'élargissement des titulaires de l'action en établissement et en contestation du lien de filiation en droit marocain, la reconnaissance du lien de filiation des enfants issus d'unions polygamiques et l'écartement du droit étranger qui empêche l'établissement d'une adoption internationale. Le lien de filiation est également largement reconnu en matière de GPA (voir n°376 et suiv.). Dans cette hypothèse, la technique est cependant différente : le lien est accueilli en vertu du refus de mise en œuvre de l'exception d'ordre public et non par le biais d'une application *systématique* de l'exception.

445. Tant en droit interne qu'à l'égard du droit étranger, l'ordre public ne vient pas en renfort de la vérité biologique. Ce que les juges condamnent, ce sont les empêchements abstraits et généraux, le cas échéant établis sur la base de règles inégalitaires, empêchant l'établissement du lien de filiation. La logique de droit international privé rejoint ici celle de la Cour constitutionnelle en matière de filiation : les empêchements à l'établissement et à la contestation de paternité sont écartés et le juge doit pouvoir être saisi du litige.

446. Une autre remarque s'impose, qui rejoint la conclusion apportée à l'analyse du droit interne de la filiation. La jurisprudence, en matière de filiation, focalise l'attention sur ce qu'elle estime être l'intérêt de l'enfant. Tant en droit interne qu'en droit international privé, l'enfant ne peut pas être pénalisé par les choix de vie de ses parents. Son intérêt consiste à voir son lien de filiation établi, même si l'établissement de ce lien ne correspond pas à ce que prescrit le droit de sa nationalité ou de la nationalité de ses parents.

Si, initialement, l'intérêt de l'enfant ne constituait pas un principe général de droit belge dans l'établissement du lien de filiation, toutes les juridictions, dans les situations aussi bien internes qu'internationales, placent aujourd'hui l'enfant au cœur du débat. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, chaque fois qu'un enfant est en cause, son intérêt doit primer. Par ailleurs, l'intérêt de l'enfant peut être détaché de celui de ses parents. Dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée c. France* (¹²³⁵), le sort général de la famille est distingué de la situation individuelle de l'enfant. Le morcellement que nous avons relevé en droit interne et qui aboutit, dans sa vision extrême, à la défense de l'individu, se retrouve ici : la Cour européenne des droits de l'homme retient la violation du droit pour l'enfant au respect de sa vie privée, mais pas la protection du groupe au respect de sa vie familiale. Il semble donc qu'en matière de filiation, le morcellement rejoigne, par sa nature, celui que nous avons relevé à l'égard du droit familial belge.

#2 Critères appliqués à la pension alimentaire après divorce

447. La Cour de cassation s'est aussi prononcée clairement quant à l'application de l'exception d'ordre public concernant la pension alimentaire après divorce. Il s'agit, certes, d'une décision unique. Elle semble néanmoins mériter que l'on s'y arrête dans le cadre de ce chapitre.

Alors que les tribunaux accordaient, par le passé, une pension alimentaire aux épouses marocaines, et écartaient ainsi l'application du droit marocain qui ne le prévoit pas, la Cour a opéré un revirement de jurisprudence et considère actuellement que la pension alimentaire après le divorce n'est pas d'ordre public international belge (voir n°190).

Ce faisant, la Cour ne procède à aucune analyse *in concreto* de la violation par la règle de droit étranger de l'ordre public international belge. Elle se prononce uniquement sur la qualité de la règle de droit interne, estimant que le droit belge de la pension après divorce ne ressortit pas aux règles d'ordre public. Elle en déduit la possibilité de donner, dans l'ordre juridique belge, des effets au droit étranger qui ne prévoit pas d'obligation alimentaire entre ex-époux.

Dans ce domaine, contrairement aux critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public à l'égard du mariage polygamique ou de la répudiation, aucune analyse de la proximité de la situation avec l'ordre juridique belge n'est opérée. L'on pourrait se demander si la Cour de cassation n'a pas implicitement estimé qu'en l'espèce la situation ne présentait pas suffisamment de proximité avec la Belgique. Nous ne le pensons pas. La démarche de la Cour, qui se prononce directement sur la qualité de la règle de droit interne, semble plutôt s'être implicitement concentrée sur l'absence de gravité des effets produits par l'application du droit étranger.

¹²³⁵ CEDH, *Mennesson c. France* et CEDH, *Labassée c. France*, 26 juin 2014, *op. cit.*

#3 Critères appliqués à l'annulation de mariage pour cause de non-paiement de la dot

448. Nous avons vu que les décisions recueillies en matière de dot sont relativement anciennes et peu motivées. Nous allons toutefois en donner une brève synthèse.

Les critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public international belge ont été soulevés à certaines occasions par les juridictions belges pour accepter d'annuler un mariage en raison du non-paiement de la dot. Dans certaines affaires, la proximité de la situation avec l'ordre juridique belge a été analysée, l'ordre public étant considéré comme *plus fort* lorsque le mariage avait été célébré en Belgique et *moins fort* s'il avait été célébré au Maroc (voir n°264).

Cependant, la motivation des décisions qui, par la suite, refusent la prise en compte de l'absence de dot pour annuler les mariages, ne se fonde plus sur les critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public (voir n°265). Par conséquent, aucune évaluation *in concreto* de la violation de l'ordre public international belge n'est menée. La violation de l'ordre public serait donc, comme en matière de filiation, suffisamment grave et justifierait, implicitement, le refus de prise en compte du droit étranger permettant l'annulation de mariage pour non-paiement de la dot.

#4 Critères appliqués à la pension de retraite

449. Malgré la jurisprudence limitée relevée sur la question de la pension de retraite, les quelques décisions recensées semblent exclure la possibilité de partager la pension entre différentes épouses (voir n°247). Par conséquent, on ne pourrait, en la matière, se référer à une application atténuée de l'ordre public international belge pour reconnaître les unions simultanées, la gravité de l'atteinte aux principes étant implicitement établie.

#5 Tableau récapitulatif

450. Afin de donner une vision claire des éléments distinctifs entraînant la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, nous proposons un tableau récapitulatif des critères relevés selon l'institution familiale concernée.

Face à chaque institution familiale, nous soulignons le témoin de proximité retenu. Dans la troisième colonne, nous mentionnons si le critère de la gravité des effets produits par l'application du droit étranger est utilisé.

Institution familiale	Témoin de proximité	Gravité des effets produits
Polygamie Pension de survie Pension de retraite	Nationalité belge	Retenue
Répudiation	Nationalité <i>multilatéralisée</i> Résidence habituelle	
Filiation	Proximité non prise en compte	Retenue
Dot Annulation de mariage	Proximité non prise en compte	Retenue
Pension alimentaire	Proximité non prise en compte	indéterminé

Comme nous l'avons mentionné dans l'exposé, il apparaît que le critère de proximité retenu pour mettre en œuvre l'exception d'ordre public varie selon l'institution familiale concernée. Par ailleurs, lorsque la gravité des effets découlant de l'application du droit étranger est avancée pour refuser que celui-ci produise des effets en Belgique, l'exception d'ordre public est mise en œuvre indépendamment de toute autre considération.

451. Remarque sur la proximité. En matière de filiation, la proximité est très largement développée lorsqu'elle déclenche l'application du droit belge, non pas en raison d'une éventuelle contrariété à l'ordre public, mais en raison de la mise en œuvre d'une clause d'exception. Nous avons effectivement constaté que les critères retenus par les juridictions belges, lorsqu'elles écartent le droit étranger sur la base de l'article 19 du Codip en matière de filiation ou de l'article 67, 3°, du Codip dans le cadre de l'adoption, analysent très concrètement les éléments qui rattachent la situation à l'ordre juridique belge (voir n°490).

452. Pour conclure, nous pouvons donc signaler un morcellement dans l'application du droit étranger en Belgique, d'une part, parce que les conditions d'application de l'exception d'ordre public varient selon l'institution familiale concernée, et, d'autre part, parce que les critères de mise en œuvre de la proximité diffèrent selon la technique juridique qui s'y réfère : la proximité est analysée concrètement à l'occasion de la mise en œuvre des clauses d'exception ; elle ne l'est pas lors de l'invocation de l'exception d'ordre public.

II. La distinction entre mariage et filiation dans la mise en œuvre de la fraude à la loi

453. La fraude à la loi est une notion complexe en droit international privé puisque sujette à des interprétations divergentes. La définition théorique et ses critères de mise en œuvre ne sont pas unanimes. Nous avons montré dans quelles hypothèses, selon nous, elle pouvait ou non être utilisée en matière de reconnaissance de mariages célébrés à l'étranger (voir n°320 et suiv.) et de reconnaissance d'actes de naissance établis à l'étranger postérieurement à une gestation pour autrui (voir n°371 et suiv.). Nous pourrions presque affirmer que la jurisprudence se prononce jusqu'ici dans le sens exactement opposé de notre démonstration.

Certes, il ne s'agit que de deux hypothèses de mise en œuvre de l'exception. Notre étude n'a pas mis en évidence d'autres cas d'application dans le domaine d'investigation qui lui était imparti. Nous utilisons néanmoins ces exemples relatifs à la fraude à la loi en matière de mariage et de GPA car ils nous semblent éclairants.

Nous considérons que le mariage au Maroc, lorsque l'un au moins des époux est marocain ou réside au Maroc, ne peut entraîner de refus de reconnaissance pour fraude à la loi en raison de l'absence de déplacement de la situation juridique (¹²³⁶). Nous avons, en effet, développé une interprétation de la fraude à la loi selon laquelle lorsque les époux, ou l'un deux, possèdent la nationalité de l'État de célébration du mariage ou une résidence habituelle dans cet État, la notion de *déplacement* ne peut être valablement retenue (voir n°322). Nous estimons, par contre, que l'établissement d'un acte de naissance comportant le nom de la mère d'intention ou du conjoint du père, dans le cadre d'une GPA, constitue, lors de la reconnaissance de la décision judiciaire qui a permis l'établissement de cet acte, une fraude à la loi si l'intention d'écarter l'application des règles du Codip est établie.

De leur côté, les juridictions semblent nettement plus enclines à refuser la reconnaissance d'un mariage sur la base de la fraude à la loi que des actes de naissance établis suite à une gestation pour autrui (¹²³⁷). Sur le fond, la position n'est pas étonnante. Si le mariage comporte un enjeu migratoire évident, lequel entraîne la méfiance des autorités belges qui luttent contre les relations familiales simulées, la gestation pour autrui met en jeu l'intérêt de l'enfant né d'une mère porteuse. Celui-ci constitue un élément déterminant dans l'analyse de la situation par les juridictions belges.

454. Sur le plan de l'application des règles de droit, ces positions témoignent d'une division au sein des catégories qui nuit à une interprétation uniforme d'une même notion. Le

¹²³⁶ Une fraude à la loi pourrait être retenue si une intention frauduleuse tout à fait particulière était présente. Cela pourrait être le cas d'une résidence ou d'une nationalité fictive adoptée pour les besoins de la cause.

¹²³⁷ Voyez sur cette question : J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken, op. cit.*, n° 469 et suiv., pp. 297 et suiv.

résultat escompté est atteint au moyen d'une mise en œuvre différenciée de l'exception de fraude à la loi en fonction du rapport de droit soumis à reconnaissance. Si cette affirmation demeure précaire, car elle ne repose que sur deux hypothèses, elle mérite néanmoins d'être relevée.

III. La nationalité comme critère de reconnaissance des liens de famille

455. Que la nationalité constitue un critère de distinction en droit international privé constitue, en l'état actuel du droit international privé, une évidence. Cette évidence découle du fait que la nationalité demeure un critère de rattachement qui détermine le droit applicable à toute une série de situations, tel le mariage ou la filiation.

Nous avons vu, toutefois, que le droit étranger était écarté lorsqu'il ne permet pas l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation (voir n°399 et suiv., 376 et suiv. et 387 et suiv.). La même conclusion vaut s'il connaît des discriminations en raison du sexe ou de la religion dans la création des liens de famille, notamment s'il ne permet pas le mariage (voir n°299 et suiv.).

Par conséquent, sous l'angle des conflits de loi, le critère de rattachement que constitue la nationalité n'entraîne pas l'application, en Belgique, de principes différents selon la nationalité des intéressés. Il n'y a donc pas, sur ce plan, de morcellement sur la base de la nationalité. En effet, on applique le droit désigné par la règle de conflit et l'on en écarte les dispositions qui heurtent les principes fondamentaux de l'ordre juridique belge, lesquels sont privilégiés de manière identique pour toute personne.

456. La nationalité constitue, par contre, un critère distinctif dans l'application de l'exception d'ordre public lors de la reconnaissance d'actes établis à l'étranger. Elle constitue, en effet, un élément déterminant pour évaluer les liens de proximité de la situation avec l'ordre juridique belge. Tel est le cas, pour le moins, en matière de polygamie et de répudiation (comme rappelé aux §§ 439 et 440). Tel n'est, par contre, pas le cas en matière de filiation, où nous avons vu que la reconnaissance du lien établi à l'étranger est largement privilégiée (voir n°299 et suiv.).

En matière de reconnaissance, on peut donc considérer que, dans une certaine mesure, les liens de famille reconnus seront différents selon la nationalité des intéressés.

457. Enfin, nous avons vu que le rôle de la nationalité était fondamental dans la détermination des membres de famille susceptibles de rejoindre le regroupant en Belgique. La loi sur le regroupement familial distingue, en effet, les personnes autorisées à séjourner en

Belgique selon que le regroupant soit ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, Belge sédentaire ou ressortissant d'un pays tiers (voir n°243).

Cette classification emporte, par conséquent, une incidence quant à la possibilité de vivre en famille en Belgique. Selon la nationalité du regroupant, le cercle familial sera différent. Le rôle de la nationalité est toutefois d'une autre nature dans cette hypothèse, par rapport aux distinctions sur la base de la nationalité relevées à l'égard du droit international privé. En effet, la loi sur le regroupement familial ne fait pas dépendre la validité du lien de famille de la nationalité du regroupant mais fait varier, sur cette base, les conséquences que ce lien de famille pour entraîner sur le droit de séjour.

458. Si nous avons évoqué les questions liées à la discrimination sur la base de la nationalité, l'objet de notre recherche est cependant autre. Nous mettons néanmoins en lumière un morcellement sur la base de la nationalité, qui, s'il est évident en droit des étrangers, semble plus important qu'il n'y paraît en droit international privé.

§ 2 La nature de l'acte étranger comme critère de reconnaissance des liens de famille

459. Les conséquences données au rapport de famille constitué à l'étranger, au stade de son accueil en Belgique, diffèrent selon que celui-là est établi dans un acte authentique ou une décision judiciaire. En effet, l'exigence du contrôle conflictuel prévue pour les actes authentiques (¹²³⁸) est absente en matière de jugements. L'absence de contrôle conflictuel lors de la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères entraîne la possibilité de faire place à des institutions inconnues du droit belge.

Cette distinction, selon la nature de l'acte soumis aux autorités belges en vue de sa reconnaissance, illustre une nouvelle fois l'absence de prise en considération globale des liens de famille constitués à l'étranger. L'opportunité de la distinction peut être remise en question dès lors que le critère qui permet de réserver un régime différent à la relation familiale dépend uniquement de l'acte dans lequel la relation est formalisée (¹²³⁹). Par ailleurs, la distinction quant à l'acte à reconnaître n'est pas toujours aisée.

¹²³⁸ Notons que la jurisprudence de la CEDH permet de relativiser l'importance de ce contrôle dès lors que l'Etat ne peut refuser sur cette base la reconnaissance d'une relation familiale effective constituée sans fraude (Voyez notamment l'arrêt *Wagner*, *op. cit.*).

¹²³⁹ Voyez sur cette question : J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken*, *op. cit.* ; P. WAUTELET « Les relations familiales internationales – retour sur trois tendances majeurs », in *Etats généraux du droit de la famille*, Bruylant-Anthémis, Bruxelles-Limal, 2014, p. 220 (les trois tendances sont, selon l'auteur, l'emprise croissante du droit européen sur les relations familiales internationales, l'influence croissante des droits

460. Un autre exemple de distinction selon l'acte soumis à reconnaissance peut être tiré de la matière de la GPA. Dans ce cadre, la distinction opérée entre la convention de maternité de substitution et les actes de naissance établis à sa suite a permis à de nombreuses juridictions de reconnaître les liens de filiation sans avoir à se prononcer sur le recours à une mère porteuse en tant que tel (voir n°352). Si l'analyse de la possibilité de reconnaissance portait à la fois sur l'acte de naissance ou la décision judiciaire et sur la convention, les refus de reconnaissance seraient probablement beaucoup plus fréquents.

Dans ce cas-ci également, l'acte analysé est déterminant pour l'accueil ou le rejet du lien de famille.

§ 3 La catégorie de rattachement comme critère distinctif ou le morcellement du droit étranger

461. Nous avons mis en évidence un certain morcellement dans l'appréhension de la famille internationale selon l'institution familiale, la nationalité ou l'acte formalisant le lien de famille. Ce morcellement apparaît également dans le rapport au droit étranger lui-même, les critères de rattachement conduisant à une division des questions posées par le droit étranger selon la catégorie de droit international privé sollicitée. Pour des mêmes personnes, l'on applique le droit étranger au mariage, mais pas nécessairement au divorce, à la filiation, mais pas à l'autorité parentale, etc. L'application des règles de reconnaissance et de conflits de lois que nous connaissons ne mène pas nécessairement à l'application du droit étranger à la situation familiale dans son ensemble, mais uniquement à certains aspects, le droit du for régissant les autres.

462. Il résulte de cette division par matière que certaines dispositions du droit étranger sont appliquées sans difficulté lorsqu'elles sont traitées de manière autonome du reste du droit étranger. Tel est le cas également au sein d'une même catégorie de rattachement lorsque seule une disposition du droit étranger doit être appliquée en Belgique, indépendamment du système global de ce droit. L'accueil du droit marocain de la filiation est éclairant sur ce point. Les quelques règles qui concordent avec le droit belge, telle la présomption de paternité, sont appliquées sans difficulté, et ce, même si la logique d'ensemble en droit marocain est fondamentalement différente du droit belge. Par conséquent, les règles qui trouvent une concordance dans le droit belge pénètrent sans difficulté l'ordre juridique belge, indépendamment du système global mis en place par le droit marocain (voir n°171 et suiv.). Dans cette hypothèse, l'application du droit étranger fonctionne selon une prise en compte de

fondamentaux et la politique migratoire) ; et A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *Rec. des cours*, vol. 283, 2000, pp. 110 et suiv.

la disposition pertinente indépendamment du reste de la réglementation. Cela permet une application du droit étranger mais détricote, d'une certaine manière, la logique de celui-ci.

463. L'autre pendant de ce morcellement du droit étranger, par le biais des catégories de rattachement, tient à l'impossibilité de prendre en compte un droit étranger qui appréhende les relations familiales comme un système global de droits et d'obligations asymétriques et complémentaires. Nous avons étudié le droit marocain et vu que, s'il place désormais la famille sous la direction des deux époux, les droits et obligations des deux conjoints constituent un ensemble dont les différents éléments sont intrinsèquement liés (voir n°250).

Le morcellement des catégories de rattachement est, dans ce cas, responsable d'une partie des difficultés d'appréciation. Par exemple, si la dot n'est due que par le mari, elle fait partie intégrante d'un système dont chaque obligation à charge de l'un des conjoints trouve un pendant chez l'autre époux. Comment, dès lors, poser la question de la réception d'une institution de droit étranger en Belgique prise isolément de l'ensemble du système auquel elle appartient ? Le juge amené à se prononcer sur la dot n'est cependant pas sollicité pour se prononcer sur le droit étranger dans son ensemble. Il applique ou écarte la disposition de droit étranger désignée par la règle de conflit. Par conséquent, l'institution est stigmatisée alors qu'elle permet d'adoucir les effets d'une autre. Il peut en résulter un rejet du droit étranger, rejet justifié par une lecture partielle de celui-ci.

Lorsque le juge belge n'est saisi que d'une seule question, il est néanmoins difficile d'imaginer une autre méthodologie. La Cour de cassation française⁽¹²⁴⁰⁾ offre toutefois une illustration de ce questionnement à l'égard d'une demande de prestation compensatoire. Dans un arrêt du 13 octobre 1993, elle a considéré que les dispositions du statut personnel constituent un ensemble indissociable permettant de refuser l'application de la loi marocaine à la demande de prestation compensatoire lorsque le divorce a été prononcé sur la base de la loi française. Selon la Cour, « *Attendu que M. A. reproche à cet arrêt d'avoir fait application au litige de la loi française en violation de l'article 9, alinéa 1er, de la convention franco-marocaine du 10 août 1981 ; Mais attendu que M. A. avait limité son appel au paiement de la prestation compensatoire ; qu'ainsi, la cour d'appel, en énonçant que la loi relative au statut personnel constitue un ensemble dont les dispositions sont indissociables, n'a pu que faire application, aux conséquences pécuniaires de la rupture du mariage, de la loi française du divorce retenue par le tribunal en dépit de la règle de conflit impérative édictée par le texte précité ; que le moyen ne peut être accueilli* ». La décision a été critiquée pour son manque de rigueur dans l'application des règles de conflit de lois, mais a été appréciée pour la vision globale qu'elle contient. À cet égard, on a pu lire que « *L'argument retenu par la Cour de cassation a toutefois l'intérêt de montrer que le souci de respecter l'unité du statut personnel*

¹²⁴⁰ Cass. Fr., 1^{ère} ch. civ 1, 13 octobre 1993, pourvoi n°: 91-16893.

peut justifier la mise à l'écart de la loi marocaine quand bien même celle-ci est désignée par une règle d'origine conventionnelle » (¹²⁴¹).

D'autres exemples de cette prise en considération globale du système juridique, étranger cette fois, ressortent des décisions et de la doctrine que nous avons analysées sur le droit marocain du divorce (voir n°284). Certains tribunaux ont, en effet, accepté la reconnaissance de *divorce sous contrôle judiciaire* au motif que le droit marocain offrait de multiples procédures de divorce et que l'épouse disposait de la possibilité de demander le divorce sans devoir établir autre chose que la discorde persistante. Le raisonnement n'est certes pas identique puisque dans cette deuxième hypothèse il s'agit d'une prise en compte globale du système étranger lui-même ; la logique d'une prise en considération plus systémique est néanmoins semblable.

Ces approches globales, que ce soit de la situation portée devant le juge ou du droit étranger dans son ensemble, permettent certainement une réponse plus cohérente à l'égard de l'accueil du droit étranger. Elles n'évincent cependant pas toutes les difficultés auxquelles seule une approche *in concreto* offre une réponse réellement adaptée (voir *infra*).

464. Enfin, le maniement des institutions étrangères inconnues est délicat. Le droit international privé ne prend toutefois son sens que dans le cadre d'un certain relativisme juridique. Dès lors que l'on ne peut écarter purement et simplement toutes les institutions qui ne connaissent pas d'équivalent en droit interne, ni d'ailleurs trouver systématiquement le moyen de les faire concorder aux catégories prévues, le morcellement du statut personnel emporte une autre conséquence.

Elle a trait à l'opération de qualification (¹²⁴²). Les règles de conflits étant différentes selon le rapport de droit en cause, les matières du statut familial sont potentiellement soumises à des lois distinctes. Ensuite, la qualification *lege fori* de l'institution étrangère, si elle est retenue lors de la détermination du critère de rattachement, emporte une approche fonctionnelle. Il découle de cette approche le risque de faire dépendre la qualification du résultat souhaité : acceptation ou non de l'institution étrangère. Par conséquent, le processus de qualification, théoriquement antérieur à celui du conflit de lois, peut, dans certains cas, anticiper sur l'exception d'ordre public. Nous avons analysé cette problématique au regard de l'institution de la dot (voir n°332).

465. Nous constatons donc, sous ces différents aspects, que le morcellement du statut personnel empêche la prise en compte globale du droit étranger. Nous avons cependant décidé de ne pas traiter de cette question à l'aune d'un éventuel choix d'un critère de rattachement unique ou d'une prise en compte du droit étranger en tant que système global. Ces questions

¹²⁴¹ H. BOUHAREB-CASSAR, *Conséquences des ruptures conjugales entre nord et sud de la méditerranée*, *op. cit.*, p. 223. L'auteur critique la décision en ce qu'elle écarte d'office une règle de conflit.

¹²⁴² P. GANNAGE, « La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales », *Rec. des cours*, 1979, III, n° 164, pp. 342 et suiv.

font déjà l'objet de riches réflexions (voir n°485). Par ailleurs, leur apporter une réponse impliquerait une réflexion qui modifierait de manière fondamentale la logique du droit international privé actuel. Nous avons, par conséquent, décidé de nous concentrer sur une réponse, certes plus modeste, mais directement praticable pour résoudre les difficultés mises en lumière dans cette étude et liées à la rencontre de certaines institutions familiales (voir *infra*).

§ 4 L'existence d'une situation migratoire comme critère distinctif

466. L'existence d'une situation migratoire a un impact certain sur les liens de famille. Nous avons présenté, sous la forme d'appendices, des éléments du droit des étrangers qui intéressent notre propos. Nous souhaitons soulever ici certaines règles qui permettent d'affirmer que le contexte migratoire modifie les liens de famille reconnus en Belgique. L'idée n'est pas de proposer un relevé exhaustif des discriminations qui peuvent découler de la situation de séjour – l'entreprise est celle d'une thèse à part entière –, mais de donner quelques exemples qui permettent de mettre en lumière un autre fractionnement entre la famille interne et la famille internationale, lié cette fois à la politique migratoire. Il s'agit donc d'un aperçu indicatif.

D'abord, nous l'avons vu, par le biais des différentes réglementations visant à lutter contre les relations de complaisance (voir n°205). Le mariage simulé et la cohabitation légale de complaisance sont en effet dans la ligne de mire des politiques publiques et cette situation entraîne des difficultés certaines pour les couples mixtes désireux de vivre en Belgique (¹²⁴³). Le lien de filiation, lorsqu'il permet l'obtention d'un titre de séjour, devient également plus fragile depuis que l'idée de lutter contre les reconnaissances de paternité de complaisance fait son chemin.

En dehors de ces hypothèses, des règles précises viennent aussi poser des différences de traitement à l'égard des personnes qui sollicitent un regroupement familial. Par exemple, des exceptions à l'interdiction de toute discrimination entre les enfants selon les circonstances de leur naissance sont acceptées lorsqu'elles concernent la question du droit de séjour en Belgique.

D'une part, dans le cadre du regroupement familial, le lien de filiation est largement ramené à la seule composante biologique. En effet, nous avons vu qu'à défaut de preuve au moyen d'un acte d'état civil reconnu – la reconnaissance des actes de naissance par l'Office des étrangers étant aléatoire –, le lien de filiation est attesté par une expertise génétique (voir n°218). Le lien de filiation pour les étrangers qui sollicitent un droit de séjour en Belgique est donc défini

¹²⁴³ Sur la question des chiffres dans ce domaine, voyez : B. LANGHENDRIES, « La lutte contre les mariages de complaisance ou l'émotive course aux armements du gouvernement », *Newsletter ADDE*, n° 89, juillet 2013.

de manière nettement plus restrictive que dans un contexte purement interne ou exempt de considérations migratoires.

D'autre part, selon que les enfants rejoignent des partenaires liés par un partenariat enregistré équivalent à mariage ou des partenaires liés par un partenariat enregistré non équivalent à mariage, les règles sont différentes en ce qui concerne le délai d'attente avant de pouvoir rejoindre le '*regroupant*', la condition de ressources et la possibilité d'introduire la demande depuis la Belgique. Selon la Cour constitutionnelle, le lien entre le '*regroupant*' et l'enfant de son partenaire n'est pas comparable dans ces deux compositions familiales – celui-ci étant supposé plus fort lorsque le couple est lié par un partenariat équivalent à mariage –, ce qui justifie la différence de traitement (¹²⁴⁴). La Cour précise, à cet égard, que sa jurisprudence condamnant les discriminations envers les enfants issus d'unions polygamiques (¹²⁴⁵) n'est pas applicable en l'espèce puisqu'il ne s'agit pas d'une hypothèse dans laquelle il existe un lien de filiation entre le ou les enfants et le '*regroupant*'.

L'argumentation de la Cour nous semble quelque peu rapide et la distinction opérée entre les enfants selon qu'ils rejoignent des partenaires liés par un partenariat équivalent à mariage ou non équivalent à mariage, critiquable (¹²⁴⁶). Affirmer que la situation de ces enfants n'est pas comparable en se basant uniquement sur le lien juridique qui lie le couple d'adultes relève, en effet, d'une position de principe qui privilégie certaines formes de couple sans rencontrer, vis-à-vis de l'enfant, les exigences d'un examen basé sur la proportionnalité. En effet, il s'agit d'une distinction qui se concentre sur les adultes et néglige de se placer du point de vue de l'enfant. Sur cette question, l'opinion dissidente émise par le Juge Villiger dans l'affaire *Gas et Dubois c. France* tranchée par la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'adoption est très intéressante et éclaire notre propos. Si la situation juridique était différente et visait une distinction entre les couples mariés et non mariés, la position défendue dans cette opinion concerne également notre hypothèse dès lors qu'elle replace l'intérêt supérieur de l'enfant au centre de l'examen. Selon le Juge Villiger, « *La position de la société ne devrait pas être le point de vue principal. La situation de l'enfant ne devrait-elle pas être tout aussi importante ? Justifier la discrimination vis-à-vis des enfants en soulignant que le mariage confère un statut particulier aux adultes qui s'y engagent est à mon avis insuffisant dans cet exercice de mise en balance* » (¹²⁴⁷).

L'intérêt supérieur de l'enfant est d'ailleurs au centre de la jurisprudence qui défend l'égalité entre les enfants. Nous avons observé que toutes les discriminations, selon les circonstances

¹²⁴⁴ Cour const., 26 septembre 2013, arrêt n°121/2013. En ce qui concerne le délai d'attente de douze mois (point B. 7.8.2.), la condition de ressources (points B. 11.5 et 11.6) et l'introduction de la demande à partir de la Belgique (point B. 24.5.1)

¹²⁴⁵ C. Const., 26 juin 2008, arrêt n° 95/2008, point B.21.

¹²⁴⁶ Voyez sur cette question : I. DOYEN, qui considère qu'en matière de regroupement familial le législateur consacre une vision périmée de la famille (I. DOYEN, La Cour constitutionnelle donne le feu vert à la stigmatisation des familles en migration », *Newsletter ADDE*, octobre 2013, n° 91).

¹²⁴⁷ CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c/ France*, req. n° : 25951/07, Voyez E. BRIBOSIA et I. RORIVE, « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *Chronique JEDH*, 2012, pp. 9 et suiv.

de la naissance des enfants, étaient écartées par les cours et tribunaux (voir n°299 et suiv. notamment). Seul le contexte migratoire explique donc cette jurisprudence à contre-courant, qui traite différemment les enfants selon le lien légal qui unit les adultes. Dans ce contexte, en effet, les discriminations apparaissent plus acceptables, et ce, même pour la Cour européenne des droits de l'homme (voir n°243).

Section III | Conclusion : un morcellement familial différent aux conséquences opposées

467. Nous avons décelé, tout au long de cette recherche, une tendance au morcellement familial. Ce morcellement se dégage du droit interne de la famille et du droit familial international. Cette similitude ne peut cependant pas être extrapolée plus avant.

Il ressort en effet de l'analyse du droit appliqué, d'une part, aux familles internes et, d'autre part, aux familles internationales, que le type de morcellement rencontré dans l'une ou l'autre hypothèse n'est pas le même. Parallèlement, il apparaît que l'évolution de ce morcellement a entraîné des conséquences opposées dans les deux branches du droit.

En ce qui concerne la démonstration d'un morcellement dans l'appréhension par le droit des familles internes et des familles internationales, force est de constater que les découpages ne répondent pas à la même logique. Dans le cas de la famille de droit interne, la fragmentation concerne les personnes et leur vie familiale. Dans celui du droit international privé, la division repose sur les institutions, la nature de l'acte et les modalités de réception du droit étranger. Il s'agit, dans cette deuxième hypothèse, d'un morcellement abstrait lié au rapport de droit en cause. Ce premier constat en appelle un second.

Nous avons souligné que le droit familial belge tend vers une prise en considération de plus en plus importante de l'individu, entraînant une perte de protection ou, à tout le moins, une diminution de l'importance accordée aux institutions en tant que telles. Si nous mettons cette évolution en lien avec celle qu'ont connue les règles de droit international privé familiales analysées dans cette recherche, nous pouvons conclure à une évolution opposée. Les situations familiales internationales enregistrent, quant à elles, le passage d'une logique permettant, sous certains aspects (¹²⁴⁸), une individualisation à un cadre d'analyse basé sur des principes plus généraux et plus abstraits.

468. Pour rappel, dans la logique de droit interne, la Cour constitutionnelle, se prononçant sur le droit belge de la filiation, affirme clairement que le législateur ne peut

¹²⁴⁸ Ce passage est clair en matière de répudiation. En ce qui concerne la polygamie, nous avons vu également que la Cour de cassation a mis fin à la possibilité d'évaluer concrètement le contexte de proximité en 2007 (voir n°242).

prévoir d'obstacles absolus empêchant les particuliers de porter leur demande devant le juge afin que ce dernier évalue les intérêts en présence. La Cour s'exprime en ce sens très clairement lorsque la demande émane de l'enfant. Elle le fait cependant également si la demande émane d'un adulte, ouvertement en matière de possession d'état, à demi-mot en matière de prescription, en déverrouillant le délai d'action. Cette nouvelle vague d'individualisation du droit de la famille, au départ de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en matière de filiation, est nette : le juge doit pouvoir évaluer *in concreto* chaque demande (voir la conclusion de la partie I).

469. Nous avons également souligné que l'individualisation du droit de la famille ne tient pas uniquement à cette déferlante d'arrêts de la Cour constitutionnelle. Elle trouve un autre ancrage dans la place, de plus en plus grande, accordée par le législateur à l'autonomie de la volonté. À cet égard, l'importance donnée désormais à la médiation dans le processus de séparation ou de divorce est décisive. Les parents peuvent penser leur vie familiale selon des considérations qui leur sont propres et aménager les modalités d'hébergement des enfants ainsi que leurs obligations alimentaires. La loi leur accorde par ailleurs la possibilité de s'entendre pour maintenir ou supprimer la présomption de paternité et pour choisir le nom de leurs enfants (voir n°116 et suiv.).

470. Nous avons aussi relevé que le législateur a, en outre, tempéré la règle empêchant la révision de la pension alimentaire après divorce par consentement mutuel. L'article 301, § 7, du Code civil prévoit désormais que l'obligation alimentaire entre ex-époux peut être revue en fonction des circonstances, sauf si les parties ont expressément exclu cette possibilité. Sur cette base, la modification, après divorce par consentement mutuel, de la pension alimentaire prédéterminée par les ex-époux est autorisée. Si ce tempérament constitue une dans le développement du principe de l'autonomie de la volonté, il semble néanmoins confirmer notre propos. Les règles trop rigides, qui ne peuvent être appréciées en fonction des circonstances, ne sont donc, même lorsqu'elles touchent à un accord prédéfini, plus vraiment tolérables.

471. Cette individualisation en droit interne a pour corollaire que les institutions perdent de leur autorité et que l'autonomie de la volonté joue un rôle là où, jusqu'ici, elle n'était pas attendue. Tel est le cas de l'importance désormais dévolue au projet parental. Dans ce domaine, les effets reconnus aux choix de l'individu ou du couple ont tendance à s'étendre.

À cet égard, nous avons précisé que l'importance de l'autonomie de la volonté ne conduit pas à la primauté de la famille socio-affective au détriment de la famille biologique. Il semble plutôt que ce soit la famille institutionnelle qui soit mise à mal et que, par conséquent, les éléments socio-affectifs censés la protéger se dissipent alors que la donnée socio-affective prend toute son ampleur lorsqu'elle favorise la famille formée au départ d'un projet parental. Le lien génétique garde donc toute son importance, c'est la possession d'état, lorsqu'elle

protège la *'famille légitime'* (terme emprunté au passé pour les besoins de l'exposé), qui semble en perte de vitesse (voir n°102).

472. Si nous avons pu démontrer que le caractère institutionnel de la famille interne demeure, les institutions sont néanmoins de moins en moins présentes. La perte d'influence de celles-ci va de pair avec la mise à mal des règles abstraites. Même lorsqu'elles protègent des tabous millénaires, tel l'interdit de l'inceste, l'application de règles abstraites, sans appréciation individualisée, est contestée (voir n°144).

Le droit ne peut encadrer la vie familiale qu'au vu d'une appréciation concrète des intérêts en présence, étant entendu que celui de l'enfant est prépondérant. Peut-on pour autant en déduire qu'il n'existe plus de principes ? Certainement pas. Les contours de ces principes semblent juste plus généraux, afin de permettre leur adaptation au cas d'espèce. La sauvegarde de l'intérêt de l'enfant et le respect du principe d'égalité sont, sur ce point, représentatifs des lignes de conduite qui compensent actuellement ce que nous avons nommé le morcellement familial.

473. En matière de droit international privé, le mouvement semble inversé. Le Code de droit international a apporté une sécurité juridique dans la mise en œuvre des règles de droit international privé. Il a, par ailleurs, facilité grandement le travail du praticien dans cette matière. Toutefois, à l'inverse de l'évolution observée en droit familial interne, il a figé les critères de réception de certaines institutions familiales étrangères.

D'une part, le passage d'une approche du droit international privé plus jurisprudentielle à une législation claire a conduit à davantage de rigidité. D'autre part, nous avons vu que la jurisprudence elle-même s'est figée dans son abord de certaines institutions étrangères. Ce mouvement, qui tend à défendre la sécurité juridique et le respect de principes jugés fondamentaux dans l'ordre juridique belge, aboutit également à un refus d'appréhender les situations individuelles des protagonistes. Retraçons les exemples de cette évolution que nous avons soulevés au cours de cette étude.

474. L'article 57 du Codip a modifié substantiellement l'appréhension de la répudiation en Belgique. Il a substitué à l'approche au cas par cas, basée sur l'appréciation de la place accordée à la femme et à son consentement dans la procédure, une règle abstraite et générale, anticipant les critères de gravité et de proximité justifiant la mise en œuvre de l'exception d'ordre public. Certes, cette nouvelle règle a le mérite de l'objectivité, mais elle n'offre plus la possibilité d'une prise en compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce et, par conséquent, une approche individualisée de la situation de l'ex-épouse. La disposition fixe, de manière formelle, les critères permettant de considérer que l'égalité entre époux est

suffisamment protégée et ne laisse, sur ce point, aucune place à l'appréciation casuistique (voir n°272 et suiv.)⁽¹²⁴⁹⁾.

La piste proposée par Marie-Claire Foblets et Jean-Yves Carlier qui consistait à interpréter les procédures de divorce du droit marocain à l'aune du système global des procédures n'a, majoritairement, pas été suivie par la jurisprudence (voir n°284). Elle avait cependant le mérite, par le biais d'une confrontation de la décision étrangère aux conditions de l'article 25 du Codip, de permettre, lors de la reconnaissance de la décision étrangère, un examen *in concreto*. Cette absence d'autonomie des époux et d'appréciation des intérêts en présence par le juge est en opposition certaine avec les règles de droit familial belge en la matière.

475. De son côté, la jurisprudence a également donné cette couleur abstraite aux règles de reconnaissance des institutions familiales étrangères. La position de la Cour de cassation en matière de polygamie ou de pension alimentaire en témoigne largement puisque, dans ces domaines, la Cour fige les critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public et empêche, par conséquent, les juridictions du fond de procéder à une analyse *in concreto* des effets de la reconnaissance de l'acte étranger (voir n°189 et n°240).

476. En matière de filiation, les juges du fond participent à cette tendance en évitant très souvent de détailler les critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public. À l'égard du droit marocain ou de la GPA, ils font d'ailleurs toujours prévaloir l'établissement du lien de filiation (voir n°299 et n°386). Il semble que ce soit l'intérêt de l'enfant, lequel résiderait dans la possibilité de faire correspondre sa situation de fait avec sa situation de droit, qui motive les décisions. Tel semble en tout cas être la préoccupation prépondérante lorsque la situation ne présente pas d'enjeu migratoire. Nous avons, en effet, constaté que tant la reconnaissance des adoptions internationales lorsque l'octroi d'un titre de séjour semble déterminant que la situation des enfants accueillis dans le cadre d'une *Kefala* souffrent d'une rigidité particulière (voir n°415 et suiv.).

477. Les critères abstraits et précis ont le mérite de l'objectivité. Ils évitent l'arbitraire et la dévotion de la politique générale aux cours et tribunaux. À cet égard, les clauses d'ordre public positif, tel l'article 57 du Codip, doivent être saluées.

De telles clauses, à l'instar de la jurisprudence de la Cour de cassation, ne permettent cependant pas de faire intervenir, dans la reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger, la balance des intérêts chère à la Cour constitutionnelle et à la Cour européenne des droits de l'homme. S'il semble opportun de ne pas laisser au juge le soin de déterminer les

¹²⁴⁹ Sauf en ce qui concerne l'appréciation du consentement de l'épouse. Nous avons cependant constaté que celui-ci ne constituait pas un critère déterminant dans l'analyse de la reconnaissance de l'acte.

lignes de la politique en matière familiale, il apparaît, par contre, étonnant de lui retirer tout pouvoir d'appréciation lorsqu'il est saisi d'un cas particulier.

La tendance en droit international privé belge à l'égard de certaines institutions étrangères comme la répudiation ou la polygamie est, par conséquent, en opposition certaine avec celle que nous avons soulignée à l'égard du traitement, par le droit, des familles internes. Le droit international privé évolue vers des solutions prédéterminées par la loi ou la jurisprudence, selon des critères, le cas échéant, potentiellement discriminatoires (l'on pense ici à la nationalité), tandis que le droit familial belge privilégie, pour sa part, une appréciation de plus en plus différenciée de chaque situation concrète.

478. L'ouverture du droit familial belge vers davantage de contractualisation paraît également se trouver à contresens de l'évolution du droit international privé dans le domaine de la reconnaissance des institutions familiales inconnues (¹²⁵⁰). À cet égard, on constate une certaine diminution de l'autonomie laissée aux particuliers lorsqu'il s'agit de donner des effets, dans l'ordre juridique belge, aux actes et décisions étrangers. La problématique de la répudiation en est un témoin dès lors que le *Khol* était assimilé au divorce par consentement mutuel.

L'autonomie de la volonté, présente en droit interne, est pourtant largement reconnue dans de nombreux droits étrangers. Tel est notamment le cas du droit interne marocain. La diminution de la place accordée à la volonté des particuliers est dès lors provoquée par la rencontre des systèmes juridiques.

Ces constats nous poussent à chercher une voie d'harmonie entre les logiques internes et internationales. Une telle perspective a pour objet d'éviter un fonctionnement du droit familial qui répondrait à des considérations différentes selon qu'il s'agisse de familles internes ou de familles internationales.

¹²⁵⁰ Notons que le droit international privé européen consacre de plus en plus de place à l'autonomie de la volonté dans les divers instruments relatifs au droit de la famille. Nous pensons par exemple au Règlement Rome III, au Règlement succession, au Règlement Aliments... C'est donc bien à l'égard des institutions qui nous occupent que le cadre juridique semble avoir évolué vers plus de rigidité.

Chapitre 2 Vers une approche plus cohérente du traitement de la famille interne et de la famille internationale

479. La famille interne et la famille internationale connaissent, chacune à sa manière, un morcellement. Ce constat ne semble pas, en soi, problématique. Toutefois, la différence entre le traitement juridique de la famille interne – individualisé – et celui de la famille internationale – abstrait – nous interpelle. Ces deux approches sont difficilement conciliables dès lors que l’une est basée sur une logique de principes et l’autre, sur un raisonnement individualiste. Sans conclure au caractère inacceptable de cette différence de traitement, les situations internes et internationales connaissant des modalités et des enjeux distincts, nous pensons qu’il est utile qu’elles répondent à des logiques harmonieuses afin de reposer sur des fondements théoriques similaires.

Nous allons donc chercher à dépasser cet antagonisme. Si la vie familiale est certainement différente selon qu’elle se déroule uniquement en Belgique ou qu’elle est empreinte d’extranéité, il n’est pas aisé de justifier que son traitement par le droit repose à ce point sur des positionnements différents. La défense de certaines valeurs implique de définir des principes pour l’accueil des institutions étrangères. Il apparaît néanmoins en porte-à-faux avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme et la logique du droit interne de faire dépendre le sort d’individus de règles générales qui ne peuvent être évaluées à la lueur des circonstances de l’espèce.

480. Par ailleurs, nous avons constaté un manque de cohérence au sein même des critères de réception du droit étranger. En ce qui concerne le mariage et sa dissolution, la réponse du droit international privé au droit marocain est abstraite et repose sur des critères de réception singuliers selon l’institution en cause. Lorsqu’il s’agit de se prononcer sur l’établissement ou la validité d’un lien de filiation, par contre, le droit international privé privilégie systématiquement un tel établissement ou une telle validité. La faveur donnée au lien de filiation conduit même les cours et tribunaux à faire fi, dans certains cas, des règles normalement applicables. Cette faveur repose sur l’idée que l’établissement ou la validité du lien est de l’intérêt de l’enfant. Or, si l’intérêt de l’enfant est une considération primordiale tant en droit interne qu’en droit international privé, elle n’est pas clairement exprimée dans le Code de droit international privé. Il serait à cet égard intéressant de formuler cette orientation afin de donner aux juridictions une base claire en la matière.

481. Nous souhaitons formuler une proposition qui réponde aux différents constats posés dans le cadre de cette étude. S’agissant d’une réflexion au départ d’une étude de cas, c’est

vers une proposition nuancée, et certainement imparfaite, que nous nous orienterons. Celle-ci aura cependant le mérite de répondre de manière concrète aux aspects jugés insatisfaisants de la législation actuelle tels que mis en lumière par la présente analyse. Cette proposition se définira selon deux axes qui correspondent aux deux constats que nous avons posés. Pour y répondre, nous traiterons d'une part des institutions inégalitaires et d'autre part de l'intérêt de l'enfant (voir *infra*).

482. Nous avons également mis en évidence la question des interactions entre le droit des étrangers et le droit international privé. Nous pouvons formuler un constat sur ce point aussi. L'interprétation des règles de droit international privé peut être influencée par le contexte dans lequel elle est sollicitée. À cet égard, les enjeux migratoires influencent tout particulièrement l'application des règles de droit.

Nous avons vu que tel était le cas en matière de mariage – consentement au mariage et certificat de non-empêchement à mariage – et de filiation – reconnaissance de complaisance -. La question se pose dans ces deux matières spécifiquement, et ce, en raison des conséquences en termes de regroupement familial qui découlent du mariage ou de la filiation.

Par ailleurs, nous avons évoqué certaines règles du droit des étrangers qui contiennent directement des dérogations aux logiques de droit familial interne et de droit international privé. C'est par exemple le cas de la preuve du lien de filiation par test ADN dans le cadre des demandes de regroupement familial ou de l'absence de droit de séjour accordé aux enfants pris en charge par une *Kefala*.

Il semble, au vu de ces quelques éléments, que les principes dégagés du droit familial belge (égalité, équilibre entre les liens socio-affectifs et biologiques, prise en compte de la famille institutionnelle, contractuelle et factuelle) soient écornés en contexte migratoire. Nous avons ainsi vu que le cercle de famille autorisé au séjour en Belgique dépend de la nationalité du regroupant, que la filiation est envisagée sous un angle principalement génétique, que les liens de fait ne sont pas reconnus et qu'aucune place n'est concédée aux modèles familiaux qui diffèrent de la conception occidentale de la famille (telles les unions polygamiques, la prise en charge d'un enfant par *Kefala* ou la prise en considération de la famille élargie pour les ressortissants de pays tiers).

Des discussions ont déjà eu lieu et des propositions ont été présentées afin de résoudre, en partie, les difficultés qui résultent de l'influence du contexte migratoire sur le droit international privé. Par exemple, en ce qui concerne les difficultés liées aux décisions contradictoires des différentes administrations, toutes compétentes pour se prononcer sur la reconnaissance des actes étrangers en vertu de l'article 27 du Codip, il a été suggéré de soumettre à une autorité centrale, ou d'enregistrer au sein d'un registre central, les actes étrangers.

J. Verhellen s'est penchée sur la question. Elle insiste sur la nécessité d'expertise et de spécialisation dans cette matière. Les objectifs de sécurité juridique, par le biais d'une

application uniforme du droit, doivent prévaloir et diriger une éventuelle réforme. Cette réforme garantirait l'absence d'instrumentalisation du droit international privé aux fins de politiques migratoires. J. Verhellen met également en lumière le fait que la connaissance du droit étranger est aujourd'hui éparpillée entre divers services et praticiens pour soutenir son argumentaire quant à la création d'une structure 'coupole'. Elle propose à cet égard la mise en place d'un institut belge de droit international familial, dépendant du niveau fédéral et détaché du SPF Intérieur afin d'éviter l'influence de la politique migratoire sur la pratique du droit international privé (¹²⁵¹).

S. Heylen milite également pour une prise en compte de la problématique actuelle des décisions contradictoires rendues par les diverses administrations. Il insiste sur le manque d'expertise au sein des communes et sur les pratiques divergentes qu'elles ont alimentées. Il en résulte, selon cet auteur, un manque de sécurité juridique et d'uniformité dans l'application du droit. Sur cette base, il suggère également la possibilité de mettre en place un registre central de l'état civil ou une autorité centrale qui serait compétente pour le traitement de tous les dossiers de reconnaissance d'actes ou de décisions judiciaires étrangers.

Dans son projet, les administrations communales constitueraient un service de première ligne qui recevrait la demande de reconnaissance pour la transmettre à l'autorité centrale. Cela permettrait une centralisation de l'information sur le droit étranger, des décisions sur la reconnaissance ou la non-reconnaissance qui s'imposeraient à tous et l'institution de règles claires quant à la hiérarchie des documents qui font foi. Pour ce faire, l'auteur insiste sur la nécessité de prévoir, parallèlement, un appui technique dans la détection des fraudes et une extension du pouvoir de contrôle des autorités diplomatiques et consulaires, lors de leur mission de légalisation, au contenu de l'acte. Il insiste sur le fait que, certes, le projet demanderait des moyens financiers, mais serait une réelle avancée en termes de sécurité juridique et de lutte contre la fraude, et qu'il résoudrait, par ailleurs, le problème de l'instrumentalisation du droit international privé aux fins migratoires (¹²⁵²).

Il semble en tout cas que le débat est lancé sur la possibilité de substituer à la compétence actuellement exercée par l'Office des étrangers ou le SPF Affaires étrangères des fonctionnaires spécialisés dans les matières d'état civil. Si nous avons décidé de ne pas approfondir cette question, il n'est cependant pas possible de conclure cette étude sans faire référence à cette problématique, ni sans insister sur la nécessité de promouvoir une centralisation des questions de droit international privé au sein d'une autorité détachée des enjeux migratoires.

Les modalités de cette centralisation – mise en place d'une autorité centrale de décision ou d'appui aux communes, création d'un registre central, ou encore attribution d'un pouvoir de

¹²⁵¹ J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken, op. cit.*, pp. 485 et suiv. ; J. VERHELLEN (éd.), *Loi et pratique en DIP familial*, Bruges, La Chartre, 2013 ; ADDE, « Rapport d'activité Point D'appui DIP Familial », *Rev. dr. étr.*, n°166, 2011, p. 674.

¹²⁵² S. HEYLEN, « Internationaal privaatrecht – Naar een centrale dienst voor buitenlandse akten en gerechtelijke beslissingen », *De burgerlijke stand*, vol. 2-4, 2013, pp. 28 et suiv.

décision *erga omnes* aux administrations communales, accompagné d'une spécialisation de leurs agents –, sont autant de pistes qui mériteraient certainement d'être étudiées et exploitées. Si, à l'occasion des demandes de reconnaissance d'actes étrangers, le filtre administratif (¹²⁵³) organisé avant tout recours judiciaire est une mesure permettant en principe une simplification des procédures, il reste, en effet, à en améliorer les modalités. D'une part, éviter l'éclatement des compétences en vue d'une meilleure uniformisation et, d'autre part, éviter l'influence de considérations étrangères au droit international privé lors de l'analyse de la demande de reconnaissance.

483. Ces développements autour de la question du lien entre les aspects de droit international privé et de politique migratoire attestent de la possibilité d'appréhender la matière sous de multiples angles et de la diversité des propositions de solution qui peuvent être envisagées.

484. De la même manière, nous avons évoqué le caractère morcelé du droit étranger lui-même, phénomène lié pour partie à l'application des techniques mêmes du droit international privé. Nous ne développerons pas non plus cette thématique mais renverrons le lecteur, après un bref aperçu, aux écrits existants ainsi qu'aux débats relatifs au choix du critère de rattachement. Ces deux aspects ainsi soulignés au cours de cette étude mais à propos desquels nous n'approfondissons pas la réflexion nous permettent néanmoins de mettre en contexte l'ampleur de la problématique et appellent donc une remarque d'ordre générale.

Section I | La difficile rencontre entre les systèmes juridiques

485. Les difficultés liées à la coexistence entre les droits confessionnels et les droits laïques ou, plus spécifiquement, entre les droits d'inspiration musulmane et les droits européens, ont déjà fait l'objet de nombreuses et brillantes études qui, toutes, proposent des perspectives de solution (¹²⁵⁴).

Principalement, la visée de ces différentes propositions consiste à réduire le recours à l'exception d'ordre public. Nous avons effectivement pu constater que l'exception d'ordre public est, que ce soit sur la base du principe d'égalité et de non-discrimination, ou de l'intérêt

¹²⁵³ Notons que ce filtre existe aussi dans d'autres domaines que celui de la reconnaissance des actes étrangers, notamment en matière de transsexualisme.

¹²⁵⁴ Voyez par exemple : P. GANNAGE, « La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales », *op. cit.*, pp. 342 et suiv. ; L. GANNAGE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, ADI-Poche, 2013 ; K. MEZIOU, « Migrations et relations familiales », *op. cit.* ; H. MUIR WATT, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation », *Arch. phil. dr.*, n° 45, 2001, pp. 271 et suiv.

de l'enfant, très fréquemment soulevée afin de préférer l'application du droit belge au droit marocain.

Si notre proposition s'écarte de ces réflexions d'ordre plus général, c'est parce qu'elle vise à répondre à un constat différent de celui de la difficile rencontre entre les ordres juridiques. Elle traite plus spécifiquement d'une recherche d'harmonisation entre les logiques interne et internationale telles que nous les avons relevées dans le cadre du droit de la famille analysé. Il semble cependant intéressant, afin de replacer le questionnement dans un contexte plus général, d'évoquer brièvement les pistes déjà élaborées à l'égard de la réception dans les ordres juridiques occidentaux des droits d'inspiration musulmane.

486. Pour commencer ce rapide tour d'horizon par une réflexion récente et d'ordre général, notons que L. Gannagé s'est interrogée sur la question de savoir si la théorie des conflits de loi est adaptée lorsqu'il ne s'agit pas de mettre en lien une communauté de droit (¹²⁵⁵) mais des systèmes juridiques reposant sur des valeurs culturelles différentes. Selon cet auteur l'exception d'ordre public, qui constitue un mécanisme d'exception, intervient trop fréquemment dans la rencontre des droits occidentaux avec les droits inspirés par l'Islam. Cette incompatibilité pourrait toutefois être résolue par la promotion d'un pluralisme de méthodes. L'auteur propose, à ce sujet, l'élaboration d'une réglementation substantielle qui garantisse un minimum de valeurs communes entre les systèmes européens et les systèmes de tradition musulmane via des conventions internationales, la mise en place de mécanismes de coopération entre les autorités et l'adaptation de la méthode de la reconnaissance (fin du test conflictuel et utilisation de l'ordre public atténué) (¹²⁵⁶).

487. A. Bucher émet également des propositions visant la '*portabilité*' de l'état civil. L'auteur suggère, par exemple, de faire dépendre la création d'une situation familiale de sa possible reconnaissance dans l'État d'accueil. Il s'agirait en quelque sorte d'une autolimitation : on ne crée une situation que si les personnes n'ont pas de lien avec un État qui ne la reconnaîtra pas. Il propose, en outre, de détacher l'institution de ses effets. Selon l'auteur, « *on peut morceler le statut familial et n'en assurer la reconnaissance à l'étranger que pour les parties moins offensives, laissant les autres livrées au clivage entre législations si tant est que le noyau est sauvegardé* » (¹²⁵⁷). Il ne faudrait donc pas viser la reconnaissance

¹²⁵⁵ Selon les termes de l'auteur, une : « *communauté de droit, fondée sur le christianisme et sur le droit romain, qui unissait au XIXe siècle les peuples d'Europe* », *op. cit.*, p. 113.

¹²⁵⁶ L. GANNAGÉ, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, *op. cit.*, pp. 113 et suiv., 158 et suiv., 241 et suiv.

¹²⁵⁷ A BUCHER, « La migration de l'état civil », in *Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, Antwerp- Portland, 2013, pp. 101 et suiv. (p. 111).

de l'institution en tant que telle (¹²⁵⁸). Cette dernière idée est partagée par J. Y. Carlier au sujet de la répudiation (voir n°488).

A. Bucher se prononce en faveur d'une protection, par les États, des relations familiales effectives et enjoint ces derniers à ne pas s'attacher uniquement à la nature du lien juridique attribué à l'étranger. Selon l'auteur, les « *effets limités donnés à l'institution étrangère ne sont admis qu'en raison du respect que l'État estime devoir montrer à l'égard de la relation sociale et de fait dont ces institutions constituent la forme juridique. On observe ainsi que les nécessités de coordination et de rapprochement des systèmes ont pour effet de diluer le concept d'institution en droit de la famille, qui ne peut se concevoir pleinement que dans un système national et cohérent de droit (...). Les valeurs fondamentales de protection de la vie familiale ont tendance à se rattacher davantage à la relation de fait qu'à l'institution juridique qui lui est associée* » (¹²⁵⁹). A. Bucher propose donc de faire primer la protection des relations effectives et affectives sans s'attacher à la nature de l'acte qui leur est associé. Ainsi, la répudiation, la polygamie ou la relation homosexuelle pourraient produire certains effets dans l'État d'accueil même si elles ne peuvent déployer l'ensemble des effets qui leur sont initialement attachés selon la loi de leur constitution. Ces relations peuvent, dans cette optique, recevoir des effets sans être reconnues en tant que telles. Si cette opinion rejoint celle de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard des situations familiales acquises à l'étranger, elle semble cependant éloignée de la position retenue par les autorités belges dans la mise en œuvre du droit international privé belge.

488. Dans un autre ordre d'idées, J. Y. Carlier propose, comme alternative au recours à l'exception d'ordre public, de recourir aux accommodements raisonnables ou réciproques (¹²⁶⁰). La notion est usuelle au Canada mais n'a fait qu'une entrée limitée dans les ordres juridiques européens (¹²⁶¹). Il s'agit d'une formule de compromis. Dès lors qu'en droit international privé l'objectif est la coordination des systèmes et non l'uniformisation, l'auteur considère que « *Cet objectif de coordination trouve écho dans la notion d'accommodements réciproques. Il s'agit à la fois de compromis entre les intérêts individuels et l'intérêt collectif*

¹²⁵⁸ A titre d'exemple, A. BUCHER propose, en matière de GPA, de ne pas reconnaître le lien de filiation mais de donner effet à l'autorité parentale et à l'obligation alimentaire. Une telle proposition a déjà été émise concernant la répudiation, nous y avons fait référence (voir n°277).

¹²⁵⁹ A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *op. cit.*, pp. 132 et suiv.

¹²⁶⁰ J.-Y. CARLIER, « Diversité culturelle et droit international privé : vers des accommodements réciproques ? », in *Le droit et la diversité culturelle, op.cit.*, pp. 699 et suiv. et M.-C. FOBLETS, « Le droit face à la multiplication des revendications identitaires – Pluriculturalité et pluralisme juridique au départ de l'expérience belge », *idem*, pp. 877 et suiv.

¹²⁶¹ J. A. TALPIS, *L'accommodement raisonnable en droit international privé québécois*, Conférences Roger-Comtois, 7 /2008, Université de Montréal, éd. Thémis, 2009, suivi d'un commentaire de M. REVILLARD. Voyez aussi : E.BRIBOSIA et I. RORIVE (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse*, P.I.E. Peter Lang, Bruxelles, 2015.

et de conciliation entre les différents intérêts collectifs en cause selon les ordres juridiques concernés » (¹²⁶²).

La notion d'accommodements réciproques permet de mettre en avant le principe d'une construction commune et, par voie de conséquence, de ne pas axer l'accueil ou le rejet du droit étranger sur une exception telle que l'ordre public. L'accommodement ne repose pas sur un ordre imposé par l'autorité, mais sur la volonté des personnes concernées, laquelle est rendue exécutoire par le juge. J. Y. Carlier donne comme exemple la répudiation, qui, selon cette méthode, pourrait être reconnue en cas d'accord entre les époux et suite à l'intervention du juge sur les effets pécuniaires (afin d'attribuer des droits aux aliments à l'épouse et aux enfants). Selon l'auteur, la notion d'accommodements répondrait mieux à la rencontre des systèmes juridiques que l'exception d'ordre public dans la mesure où elle repose sur un compromis et n'implique pas, par conséquent, le rejet. Cette idée est très riche et mériterait certainement d'être développée en Belgique.

489. D'autres pistes peuvent encore être explorées afin de limiter la mise en œuvre de l'exception d'ordre public. Par exemple, S. Jahel propose, après avoir étudié la voie de l'option de législation comme réponse à la difficile rencontre des systèmes juridiques, de se référer au caractère particulièrement consensuel du droit musulman (¹²⁶³). Selon cet auteur, si les clauses adaptant le statut matrimonial sont extrêmement rares, probablement par défaut d'information et poids de la tradition, les pesanteurs sociologiques sont peut-être moins fortes dans les milieux immigrés d'Europe. « *Si tel était le cas, l'Europe pourrait devenir le terrain favorable à l'expérimentation de mariages musulmans assortis de clauses matrimoniales destinées à mieux accorder leur régime aux exigences de l'ordre public européen* » (¹²⁶⁴). Sont visés par cette possibilité les différents aspects de la vie familiale : la polygamie, la répudiation, la gestion des relations conjugales durant le mariage, les rapports à l'égard des enfants et les relations patrimoniales. Dans le droit musulman, beaucoup d'éléments sont en effet négociables. Ce caractère contractuel y est d'ailleurs plus présent qu'en droit positif belge, lequel se veut pourtant largement fondé sur l'autonomie de la volonté.

La possibilité de contractualisation, dans le droit marocain par exemple, n'est pas neuve. Il est dès lors possible de s'interroger sur les raisons qui expliquent qu'elle soit si peu utilisée dans les rapports internationaux. Il y a là, en tout cas, une voie intéressante à développer pour éviter les situations boiteuses et le recours trop fréquent à l'exception d'ordre public international belge. La modalisation contractuelle des rapports entre époux, notamment sur la question de l'égalité des sexes, permettrait de limiter l'intervention de l'ordre public aux principes non négociables du droit étranger, telle la religion comme facteur de discrimination, et intolérables pour l'ordre juridique belge. L'exception d'ordre public interviendrait alors

¹²⁶²J.-Y. CARLIER, « Diversité culturelle et droit international privé : vers des accommodements réciproques ?, *op. cit.*, p. 710.

¹²⁶³S. JAHEL, « La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français », *op. cit.*, p. 54 et suiv.

¹²⁶⁴*Idem*, p. 57.

pour écarter l'application des dispositions incriminées, reprenant la place d'exception qui lui revient (¹²⁶⁵).

490. Dans une perspective différente mais toujours dans l'optique de favoriser la coordination des systèmes, la reconnaissance du droit étranger dans une perspective systémique, en mettant fin au morcellement du statut personnel – soumis à des règles de conflit différentes selon la question posée –, offrirait une prise en compte plus cohérente des institutions étrangères. Nous l'avons évoqué en matière de divorce (voir n°284).

P. Gannagé a souligné, sur ce point, que le morcellement du droit de la famille, de par la soumission des diverses questions liées au statut personnel à des droits différents, peut altérer la cohérence du régime. Selon l'auteur, un tel morcellement suppose une parenté des droits en présence puisque, à défaut, le dépeçage du statut personnel entraîne des incohérences et des situations boiteuses. L'auteur estime néanmoins que l'incompatibilité des droits est irréductible – il considère d'ailleurs la tentative d'en assurer la jonction dans les relations internationales généralement artificielle et infructueuse – et propose de passer par une règlementation de la compétence de l'autorité, chacune appliquant alors son propre droit (¹²⁶⁶). Il insiste, de plus, sur la portée du consensualisme pour favoriser l'articulation des droits dans les relations internationales, ce qui renvoie au point précédent.

À ce débat sur le rattachement de l'ensemble du statut personnel à une loi unique se greffe celui relatif au critère de rattachement le plus pertinent. Nous ne nous y arrêtons pas, ce sujet ayant déjà fait l'objet de très larges et intéressantes recherches. Par ailleurs, ayant fait le choix d'une réponse pragmatique et orientée sur la reconnaissance des actes étrangers plutôt que vers un changement de paradigme – que nous développerons ci-dessous –, il nous semble peu opportun de relancer, dans ce cadre, le débat sur le choix du critère de rattachement. Nous renvoyons donc le lecteur aux différentes études approfondies consacrées à ce sujet (¹²⁶⁷) / (¹²⁶⁸).

¹²⁶⁵ J.-Y. CARLIER faisait déjà référence à cette possibilité de contractualisation notamment dans la conclusion : « Le respect du statut personnel musulman. De quel droit, par quel droit ? », in *Le statut personnel des musulmans*, J.-Y. CARLIER et M. VERWILGHEN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 385 et suiv.

¹²⁶⁶ P. GANNAGE, « La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales », *Recueil des cours*, 1979, III, n° 164, pp. 342 et suiv

¹²⁶⁷ Voyez par exemple : A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *op. cit.*, J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992 (L'auteur propose une option de loi entre celle du pays de la résidence habituelle et celle de la nationalité avec, à titre subsidiaire, application de la loi de la résidence habituelle) ; A. RICHEL-PONS, *La résidence en droit international privé*, Thèse de doctorat, Université Jean-Moulin, Lyon III, 2004 (L'auteur propose le passage de la loi de la nationalité à la loi de la résidence habituelle après un certain délai) ; K. MEZZIOU, « Migrations et relations familiales », *op. cit.*, pp 279 et suiv. ; G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, Aix-en-Provence, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 2006, pp. 182 et suiv. (L'auteur propose une modulation de la règle de conflit mondial/régional) ; A. QUINONES ESCAMEZ, « La réception du nouveau Code marocain de la famille en Europe », *Rivista di Diritto Internazionale Privato et Proccesuale*, n° 3, pp. 887 et suiv. Voyez également D. GUTMANN, *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille*, Bibliothèque de

491. Enfin, K. Mezziou, après avoir conclu à l'impossibilité de trouver une règle de conflit adaptée à la diversité des migrations, étudie certaines solutions qui sont présentées comme plus proches de l'équilibre recherché entre les impératifs de cohésion de la société d'accueil et les légitimes aspirations des migrants, parmi lesquelles l'idée de faire appel au droit musulman par l'adoption d'un Code européen de droit musulman, ou à l'autonomie du migrant. L'auteur critique ces diverses solutions. La première, notamment, lui semble impraticable au vu de la souveraineté des États musulmans, du principe de laïcité cher à certains États européens et du risque de communautarisation qui en découlerait. La seconde apparaît trop complexe dans sa mise en application pratique, ainsi qu'en raison de l'intervention de l'ordre public qui limiterait considérablement la portée du choix de loi.

K. Mezziou propose une « *appréhension différente des relations familiales dans l'espace euro-maghrébin* »⁽¹²⁶⁹⁾. Elle reproche aux différentes propositions élaborées de procéder d'une vision globalisante et figée du monde musulman. Or, la situation dans les pays arabes est aujourd'hui diversifiée et évolutive. Pour sortir du présupposé d'un conflit de civilisations, l'auteur propose aux juges occidentaux de privilégier les interprétations les plus libérales des droits d'inspiration musulmane. Cette interprétation devrait être privilégiée même s'il ne s'agit pas de la position dominante dans l'État d'origine, au motif que les ambiguïtés et les silences de la loi sont annonciateurs de changement. Elle prend pour exemple la règle relative à l'établissement de la filiation par aveu du père, règle dont, nous l'avons vu, la portée est difficile à déterminer (voir n°302). Elle affirme que cette règle peut être interprétée comme permettant une reconnaissance de paternité hors mariage. L'auteur soutient que les évolutions du droit, dans les pays musulmans, permettent de s'orienter vers une meilleure coordination des systèmes⁽¹²⁷⁰⁾.

492. Les différentes pistes évoquées pour améliorer la coexistence des droits confessionnels et laïques, essentiellement en ce qui concerne la mise en cause de l'utilisation de l'exception d'ordre public à l'égard des droits d'inspiration musulmane, constituent certainement des voies intéressantes et exploitables. Notre propos n'est donc pas de proposer une nouvelle solution qui aurait pour ambition d'écarter ces réflexions. Nous envisageons en revanche une réforme modeste, voire pragmatique, qui s'inspire de ces propositions, afin

droit Privé, Tome 327, pp. 369 et suiv., qui traite du lien entre les règles de conflit de lois et le sentiment d'identité et des motivations sous-jacentes aux critères de rattachement dans cette optique.

¹²⁶⁸ Nous n'abordons, par conséquent, pas la proposition d'élaboration d'un Code européen de droit musulman visant à assurer la coexistence de la communauté musulmane en Europe. Cette proposition est en tout état de cause difficilement envisageable car elle implique la possibilité d'introduire en Europe un système confessionnel. Sur ce sujet, voyez F. RIADH, « Pour un Code européen musulman », in *Le statut personnel des musulmans*, J.-Y. CARLIER et M. VERWILGHEN (dir.), *op. cit.*, pp. 379 et suiv. ; et K. MEZZIOU, « Migrations et relations familiales », *op. cit.*, pp. 299 et suiv.

¹²⁶⁹ K. MEZZIOU, « Migrations et relations familiales », *op. cit.*, p.330.

¹²⁷⁰ K. MEZZIOU, « Migrations et relations familiales », *op. cit.*, pp. 249 et suiv.

d'insuffler de la cohérence au sein du droit familial, entendu au sens large – interne et international –, et de favoriser, par conséquent, une appréciation globale, prévisible et individualisable de la reconnaissance des actes étrangers relatifs aux institutions inégalitaires.

493. Nous avons donc élaboré une proposition de réforme sous deux angles distincts qui seront détaillés dans les deux sections suivantes de ce chapitre. Notre première section est consacrée à une refonte de l'article 57 du Codip, dont nous nous proposons de modifier le champ d'application et les conditions de mise en œuvre. Notre seconde section a trait à l'insertion, dans la clause d'exception de l'article 19 du Codip, d'une référence générale à l'intérêt de l'enfant.

Section II | Concéder à nouveau une place à l'appréciation *in concreto* dans la réception des institutions inégalitaires : la réécriture de l'article 57 du Codip

494. La réponse que nous apportons en termes d'individualisation des critères d'accueil d'une situation consacrée à l'étranger est de portée limitée. Nous avons, en effet, décidé de nous concentrer sur une réécriture de l'article 57 du Code de droit international privé. Ce choix est fait pour plusieurs raisons.

De nombreuses propositions qui emportent des changements de paradigmes ont déjà été formulées (voir n°485 et suiv.). Elles sont, pour la plupart, très intéressantes et mériteraient d'être étudiées en profondeur sur le plan de la faisabilité. Tel ne sera pas notre objet.

En effet, notre recherche avait une portée spécifique, liée au procédé choisi de l'étude de cas. Elle a mis en évidence des questions particulières relatives à la réception du droit marocain et, principalement, aux critères d'accueil de ses institutions inégalitaires. Il est, par conséquent, justifié d'apporter une réponse spécifique aux problématiques soulevées plutôt que de rechercher des solutions générales valant pour l'ensemble de la thématique de l'application ou de la réception du droit étranger. Il est cependant certain que les solutions proposées aux difficultés générées par la rencontre des systèmes juridiques marocain et belge ont une portée plus large et peuvent valablement concerner toutes les situations dans lesquelles un droit étranger quelconque aboutit à une situation similaire.

Enfin, nous sommes convaincus qu'il est utile de proposer une modification légale pragmatique qui réponde aux situations que notre étude a mises en évidence, afin que sa concrétisation, dans un avenir plus ou moins proche, puisse être envisagée.

495. En premier lieu, nous avons relevé la nécessité de réintroduire une appréciation concrète lors de la reconnaissance des institutions étrangères et de soumettre les différentes institutions étrangères inégalitaires à des critères uniformes d'accueil. Nous entendons par '*institutions inégalitaires*' les institutions familiales qui n'ouvrent pas les mêmes droits aux différents protagonistes. Tel est le cas de la répudiation, de la polygamie et de la dot. Nous avons sur ce point cherché comment '*ré-ouvrir*' le droit international privé à l'appréciation *in concreto* sans renoncer pour autant aux principes consacrés clairement par le législateur à l'occasion de l'adoption du Code de droit international privé. Par conséquent, dans un premier temps, nous allons nous pencher sur les critères de réception des institutions inégalitaires liées au couple pour suggérer une modification législative en vue d'apporter cohérence et possibilité d'individualisation dans cette matière.

Isoler les institutions inégalitaires peut apparaître comme une nouvelle forme de morcellement qui segmenterait les réponses apportées à l'accueil du droit étranger selon la situation familiale. C'est cependant en s'y refusant que l'on risque de tomber dans l'incohérence. Les institutions inégalitaires heurtent, en raison de cette caractéristique spécifique, les valeurs fondamentales de l'ordre juridique belge. Elles doivent, de ce fait, susciter un questionnement particulier permettant qu'une balance des intérêts soit opérée lorsque des personnes sollicitent les autorités belges afin qu'elles reconnaissent leur statut familial.

496. Il est certain que les droits fondamentaux occupent une place importante dans la réflexion générale sur ce type de questionnement. Qu'il s'agisse de la question du développement d'un ordre public européen (¹²⁷¹) ou du lien entre les droits fondamentaux et les méthodes du droit international privé – intervention directe des droits fondamentaux ou par l'intermédiaire de l'exception d'ordre public (¹²⁷²) –, la littérature est abondante. Si cette

¹²⁷¹ Sur ce sujet voyez par exemple : P. HAMMJE qui propose, après avoir constaté l'inadéquation des techniques traditionnelles de droit international privé pour une prise en compte adéquate des droits fondamentaux, le recours à un ordre public spécifique aux droits fondamentaux. Selon l'auteur, cet ordre public spécifique permet d'éviter le recours aux critères abstraits de l'ordre public de proximité, tel la nationalité, et la rigidité des clauses d'ordre public positif. Il permet également de sortir du seul cadre national, considéré comme trop limité pour la prise en compte des droits fondamentaux. Selon l'auteur, la violation de cet ordre public variera selon que le droit violé est reconnu par un traité international, tel la CEDH ou non selon un jeu plus large de la proximité (P. HAMMJE, « Droits fondamentaux et ordre public », *R.C.D.I.P.*, 1997, pp. 2 et suiv.).

¹²⁷² Par exemple, selon N. WATTÉ, la coordination entre le droit international privé et les droits fondamentaux est difficile, sauf à conserver pour l'ordre public une fonction classique qui intègre ces droits fondamentaux (N. WATTÉ, « Les fonctions de l'ordre public international et les droits de l'homme », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1047 et suiv.).

H. FUCHIRON propose, quant à lui, de dépasser le conflit par une approche *in concreto*, selon les effets produits par les droits fondamentaux. Selon lui, les droits fondamentaux s'expriment à travers l'exception d'ordre public qui en est un vecteur de promotion. Mais l'application absolue de ces droits peut avoir des effets dévastateurs et il convient, par conséquent, d'être également attentif, lors du refus de prise en compte du droit étranger, aux attentes légitimes d'autrui, à la sécurité juridique, à la liberté matrimoniale et au droit de vivre en famille. L'auteur trouve alors une voie de dépassement des conflits en jeu dans la méthode de la balance des intérêts : la solution ne peut résider dans l'acceptation ou le refus de la norme étrangère *in abstracto* mais par l'analyse de

question n'intéresse pas directement notre propos, la référence à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de reconnaissance des situations familiales valablement constituées à l'étranger mérite notre attention. Une telle référence nous confortera quant à l'importance de réintroduire, en droit international privé belge, une appréciation individualisée de chaque situation.

497. En effet, nous savons que, à l'égard des droits nationaux en matière familiale, la Cour européenne des droits de l'homme, à l'instar de la Cour constitutionnelle, s'oppose aux obstacles abstraits empêchant au juge d'analyser les intérêts en présence. La même position peut être déduite de différents arrêts de la Cour européenne en matière de droit international privé. Les arrêts *Wagner c. Luxembourg*, *Negrepontis c. Grèce*, *Menesson – Labassée c. France* et *Kismoun c. France* (¹²⁷³) en sont des témoignages évidents (¹²⁷⁴).

L'on se rappellera que la Cour européenne des droits de l'homme, à l'occasion de l'affaire *Wagner*, a condamné les autorités luxembourgeoises en raison du contrôle purement abstrait auquel celles-ci s'étaient livrées (¹²⁷⁵). La Cour considère que les autorités nationales ne peuvent pas se contenter d'un tel contrôle et doivent faire une analyse concrète de la situation pour apprécier le sort à réserver à une situation familiale acquise à l'étranger. Même conclusion dans l'arrêt *Negrepontis*, où la Cour reproche aux autorités grecques leur analyse abstraite fondée sur les textes, sans examen concret de la situation (¹²⁷⁶). Ensuite, dans les

ses effets *in concreto*, en considérant le trouble causé par son application et en tenant compte de l'ensemble des intérêts en présence (H. FULCHIRON, « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de logiques ? L'exemple de l'égalité des droits et responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Droit et justice, n° 38, Nemesis-Bruylant, 2002, pp. 353 et suiv.). H. GAUDEMET-TALLON se positionne sur la controverse relative à l'application des mécanismes de droit international privé en présence des droits de l'homme. Selon l'auteur, la catégorie des droits de l'homme est trop incertaine et évolutive pour évincer les raisonnements de droit international privé. Elle propose de différencier les droits de l'homme 'absolus' (le droit de se défendre en justice, l'égalité des sexes, la liberté de l'être humain) et les droits de l'homme 'moins absolus' (par exemple : l'égalité des filiations, le droit au mariage homosexuel, le changement d'état civil pour un transsexuel, l'accès aux différentes techniques de procréation médicalement assistées). (H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *Recueil des cours*, 2005, t. 312 pp. 11 et suiv. Spécialement pp. 411 et suiv.). P. KINSCH, considère qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre un raisonnement en termes de droits de l'homme et l'application des méthodes de droit international privé. Selon l'auteur, le droit international privé doit, certes, respecter la primauté des droits de l'homme mais ces derniers, dès lors qu'ils ont pour fonction de contrôler la compatibilité des résultats de l'application des méthodes de droit international privé avec les droits individuels, ne les remplacent pas. Il intègre donc également les droits de l'homme dans le raisonnement de droit international privé. Il propose, plutôt que la notion d'un ordre public européen, un « ordre public incorporant les valeurs véhiculées, entre autres, par la Convention européenne des droits de l'homme » (p. 218) (P. KINSCH, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *Recueil des cours*, 2005, t. 318, pp. 9 et suiv.).

¹²⁷³ CEDH, 5 décembre 2013, *Henry Kismoun c. France*, req. n° 32265/10.

¹²⁷⁴ Voyez sur ce sujet : P. WAUTELET, « Les relations familiales internationales – retour sur trois tendances majeurs », *op. cit.*, pp 203 et suiv.

¹²⁷⁵ CEDH, 28 septembre 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, *op. cit.*, §§ 132 et 135.

¹²⁷⁶ CEDH, 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, *op. cit.*, § 74.

affaires *Menesson* et *Labassée*, la Cour accepte le recours à l'ordre public pour refuser la reconnaissance d'une situation familiale acquise à l'étranger (¹²⁷⁷), mais exige néanmoins qu'il soit tenu compte des circonstances concrètes. En l'espèce, la Cour, sans condamner frontalement la règle substantielle du droit français qui interdit la GPA, refuse qu'une règle de droit prédéfinie porte atteinte à la situation effective d'un enfant qui se verrait, le cas échéant, privé de la reconnaissance d'éléments fondamentaux touchant à son identité. Enfin, dans l'arrêt *Kismoun*, la Cour condamne la France, estimant que, en l'espèce, les autorités françaises n'ont pas évalué *concrètement* si l'intéressé avait un intérêt légitime au changement de nom (¹²⁷⁸).

Si ces différents arrêts traitent de questions juridiques distinctes et ont emporté un refus de reconnaissance des autorités nationales pour des raisons différentes – non-respect des règles de droit international privé, du droit ecclésiastique, de l'interdiction de recourir à la GPA ou de l'immutabilité du nom –, c'est dans tous les cas le caractère abstrait de la réponse qui a été sanctionné.

Selon P. Wautelet, « *C'est sans doute la leçon la plus importante de la trilogie Wagner-Negrepointis-Menesson : un État ne peut pas se réfugier derrière un argument abstrait pour refuser de donner effet à une situation née à l'étranger, sans examiner concrètement les effets et conséquences de sa décision* » (¹²⁷⁹). Trilogie à laquelle il convient d'ajouter l'arrêt *Kismoun c. France*.

La reconnaissance du statut familial acquis à l'étranger repose donc désormais en partie sur les droits individuels de la personne au respect de sa vie privée et familiale et à la liberté de circulation. Le droit au respect de la vie privée et familiale constitue le vecteur d'une certaine continuité des situations juridiques acquises à l'étranger lorsqu'elles bénéficient d'une effectivité (¹²⁸⁰). Silvia Pfeiff y a d'ailleurs consacré sa thèse de doctorat en ce qui concerne la portabilité intra-européenne du statut familial (¹²⁸¹).

498. Au départ de ces réflexions et des constats que nous avons posés dans les précédentes parties de cette thèse, nous allons élaborer une proposition de modification de la législation existante en matière de reconnaissance des institutions familiales étrangères. Cette proposition s'articule à partir de l'article 57 du Codip, qui établit, comme principe, le refus de

¹²⁷⁷ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, *op. cit.*, § 84 et *Labassée c. France*, *op. cit.*, § 63.

¹²⁷⁸ CEDH, 5 décembre 2013, *Henry Kismoun c. France*, *op. cit.*, §§ 28 et 29 (Le requérant demandait, en l'espèce, de pouvoir prendre le nom de son père qui l'avait élevé en Algérie et qui était, par ailleurs, celui qui lui était attribué en Algérie alors que les autorités françaises lui refusaient le changement de nom (la perte du nom de sa mère qui l'avait abandonné) en raison de la règle de la stabilité du nom).

¹²⁷⁹ P. WAUTELET, « Les relations familiales internationales – retour sur trois tendances majeurs », *op. cit.*, p. 219.

¹²⁸⁰ Voyez également l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Grunkin Paul* du 14 octobre 2008 (arrêt C-353/06).

¹²⁸¹ S. PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen. De l'émergence d'un droit fondamental à l'élaboration d'une méthode de la reconnaissance*, *op. cit.*

reconnaissance des répudiations. Nous allons, comme nous l'avons mentionné, en modifier le champ d'application et les conditions de mise en œuvre.

499. L'objectif poursuivi est double : permettre l'appréciation *in concreto* et unifier les critères de reconnaissance. La modification poursuivie comporte trois aspects : l'adaptation du champ d'application de la disposition, la modification des conditions du paragraphe deux relatifs aux critères cumulatifs à remplir pour que la reconnaissance de l'acte soit autorisée, et l'adjonction d'un troisième paragraphe intégrant une possibilité d'adaptation de la règle au cas concret, par le biais de l'autonomie de la volonté.

Cette proposition répond aux constats mis en évidence dans cette étude. Nous pensons que le droit de la famille, au sens large, doit s'appliquer selon des bases conceptuelles identiques aux différentes familles, qu'elles soient internes ou internationales. À cette fin, il y a lieu, d'abord, d'uniformiser les critères de mise en œuvre de l'ordre public de proximité par souci de cohérence. Ensuite, il convient de supprimer les obstacles absolus qui peuvent empêcher la reconnaissance des actes étrangers.

500. Dès lors que nous avons constaté que de tels obstacles étaient opposés à la reconnaissance d'actes authentiques étrangers consacrant des institutions inégalitaires (tels les actes de mariage ou de divorce), c'est à l'égard de ces actes que nous nous positionnons. Le droit international privé positif connaît en effet de tels obstacles absolus, notamment en raison de la position de la Cour de cassation en matière de mariage polygamique et par le biais de l'article 57 du Codip règlementant la reconnaissance des répudiations. L'ordre public a été figé sur ces questions et les juges du fond, dépossédés de leur compétence d'appréciation concrète de la violation ou non des valeurs fondamentales du for dans chaque cas d'espèce.

501. Si la détermination de critères clairs de reconnaissance doit être approuvée parce qu'elle assure la sécurité juridique et repose sur des choix législatifs préétablis, le caractère absolu des critères, empêchant tout pouvoir d'appréciation, doit par contre être nuancé. À cet égard, le choix des clauses d'ordre public positif est intéressant car ces clauses laissent au législateur le soin de déterminer les lignes de sa politique à l'égard du droit étranger et assurent la prévisibilité des solutions de droit international privé. Elles « *fixent en principe et le niveau de tolérance de l'ordre public du for et la proximité que le rapport juridique doit avoir avec le for pour que l'ordre public soit amené à réagir* »¹²⁸²). Il n'est pas souhaitable de laisser aux cours et tribunaux la responsabilité de la politique générale. La formulation actuelle de l'article 57 du Codip doit donc être maintenue en ce qu'elle consacre le principe du rejet, par l'ordre juridique belge, des institutions inégalitaires. Son champ d'application et ses conditions de mise en œuvre doivent toutefois être revus.

¹²⁸² H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *op. cit.*, p. 427.

§1 Un nouveau champ d'application pour l'article 57 du Codip

502. Selon le § 1^{er} de l'article 57 du Codip, « *Un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal ne peut être reconnu en Belgique* ». Il vise les hypothèses de répudiations (voir n°272).

Nous avons constaté que les critères de réception des institutions étrangères inégalitaires n'étaient pas uniformes (voir la conclusion de la partie II). Afin de gagner en cohérence, il nous semble que cette disposition devrait viser l'ensemble des situations dans lesquelles un acte établi à l'étranger constate un droit de manière discriminatoire. Nous pensons au mariage polygamique, à la répudiation et à l'annulation de mariage pour cause de non-paiement de la dot. Précisons que nous visons l'ensemble des hypothèses de répudiation, en ce compris le *Khol*, puisque le dernier paragraphe de la disposition permettra d'atténuer le principe du refus par le biais de l'autonomie de la volonté. L'approche du droit étranger peut ainsi être pointilliste sans apparaître démesurément rigide, et promouvoir, de la sorte, des principes clairs à l'égard de dispositions qui violent l'égalité homme-femme.

Ainsi, le § 1^{er} pourrait être formulé comme suit : « *Un acte établi à l'étranger consacrant un lien familial ou une obligation familiale dont l'accès est ouvert dans des conditions inégalitaires entre les hommes et les femmes ne peut être reconnu en Belgique* ».

§2 Des exceptions au refus de reconnaissance revues

503. La modification du champ d'application de l'article 57 du Codip aura pour effet d'uniformiser les critères qui appellent un refus de reconnaissance des institutions familiales inégalitaires en raison de la proximité de la situation avec l'ordre juridique belge. Nous avons en effet étudié le sort réservé à l'ordre public de proximité et les conditions de mise en œuvre différenciées selon l'institution familiale concernée. La nouvelle disposition devrait permettre de mettre fin à ces distinctions.

504. Lorsqu'elle analyse les clauses d'ordre public positif, H. Gaudemet-Tallon s'interroge sur les liens susceptibles de caractériser la proximité (¹²⁸³). Doit-on laisser au juge le pouvoir d'appréciation de ces liens *in concreto* ? Une réponse affirmative peut être donnée puisqu'il s'agit d'un aspect de l'appréciation individualisée de la situation. Cependant, un tel pouvoir accordé aux cours et tribunaux entraîne une trop grande insécurité juridique. L'auteur

¹²⁸³ *Idem.*, pp. 424 et suiv.

estime par conséquent qu'il est préférable de poser quelques directives permettant de définir la proximité. Elle recherche si, sur ce point, des constantes peuvent être dégagées en droit comparé et en conclut que les critères de nationalité et de résidence sont pratiquement toujours invoqués. Ces critères sont, toutefois, utilisés de manière variée : isolément, cumulativement ou alternativement.

H. Gaudemet-Tallon est favorable au recours à la notion de proximité, laquelle permet de nuancer la distinction entre l'ordre public plein et l'ordre public atténué. Au vu de la facilité des déplacements actuels, « *le fait qu'un rapport juridique ait été créé dans tel État ne signifie pas que ce rapport n'entretient pas des liens importants avec un autre État et le recours à la notion de proximité est le moyen de nuancer l'opposition traditionnelle entre effet plein et effet atténué de l'ordre public* »⁽¹²⁸⁴⁾. La solution proposée par cet auteur à la recherche de solutions équitables sans fermer la porte aux autres cultures consiste à allier une hiérarchie entre les droits de l'homme et l'utilisation de l'ordre public de proximité. Les droits de l'homme '*moins absolus*' verraient leur mise en œuvre dépendre de la proximité de la situation avec le for concerné.

P. Kinsch, propose une autre option : lorsqu'un conflit existe entre deux droits de l'homme ou deux valeurs reconnues (par exemple, en matière de polygamie, entre le principe d'égalité homme-femme et le respect de la vie familiale ou, en matière de répudiation et de pension alimentaire, entre l'égalité et la sécurité juridique), c'est par un exercice de proportionnalité que la réponse sur la reconnaissance devrait être donnée⁽¹²⁸⁵⁾.

505. Ces positions sont certainement très intéressantes. Il paraît cependant indiqué de maintenir des directives claires de proximité dans les critères de reconnaissance des actes étrangers consacrant des institutions inégalitaires. S'y refuser reviendrait à se priver d'un moyen efficace et prévisible permettant de moduler le jeu de l'exception d'ordre public. La difficulté n'est donc pas, en soi, l'existence des conditions de résidence ou de nationalité de l'article 57 précité, même si la question de la nationalité est largement et à juste titre débattue en doctrine⁽¹²⁸⁶⁾, mais d'empêcher que ces critères ne soient appliqués de manière

¹²⁸⁴ *Idem*, p. 439.

¹²⁸⁵ P. KINSCH, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *op. cit.*, pp. 11 et suiv. et pp. 251 et suiv.

¹²⁸⁶ La nationalité constitue en effet un critère abstrait et discriminatoire. Un large débat sur l'utilisation du critère de la nationalité dans la mise en œuvre de l'ordre public de proximité existe. Par exemple, H. GAUDEMET-TALLON critique ce critère qui fait de l'ordre public un mécanisme à deux vitesses, selon la nationalité des intéressés. Un tel critère empêche, par ailleurs, l'appréciation au cas par cas inhérente à l'exception d'ordre public dès lors que le mécanisme se déclenche dès que les conditions sont remplies (H. GAUDEMET-TALLON, « Nationalité, statut personnel et droits de l'homme », in *Mélanges dédiés à ERICK JAYME*, Munich, Sellier, 2004, pp. 205 et suiv.). D'autres auteurs justifient l'utilisation de la nationalité dans la mise en œuvre de l'ordre public de proximité. Par exemple, P. GANNAGÉ et P. LAGARDE (ce dernier avait rejeté ce critère en matière d'expropriation, comme nous l'avons détaillé *supra* (voir n°242), estiment le critère justifié par le souci de concilier l'harmonie internationale des solutions et l'homogénéité juridique de la société du for (P. GANNAGÉ, « Vers un ordre public personnel dans le droit international privé de la famille », in *Pluralisme des statuts*

abstraite (¹²⁸⁷). Nous développerons, par conséquent, sous le titre suivant, la manière dont nous pensons éviter que ces critères constituent des obstacles absolus à la reconnaissance des actes par le biais de l'application du principe de l'autonomie de la volonté.

506. Concernant les conditions cumulatives du paragraphe 2 de l'article 57 qui permettent la reconnaissance de l'acte étranger en Belgique, nous pensons que celles qui concernent le lien de proximité avec l'ordre juridique belge doivent être maintenues. Elles seraient toutefois, vu la modification du champ d'application de la disposition, étendues à l'ensemble des institutions inégalitaires.

507. Nous proposons par contre d'apporter deux modifications à ce deuxième paragraphe. D'abord, étant donné l'extension du champ d'application de la disposition, il est opportun de supprimer la référence à l'homologation du tribunal. Les actes de mariage, par exemple, ne sont que rarement homologués par une juridiction. Il ne semble pas pertinent que

personnels dans les Etats multicommunautaires, Bruxelles, Bruylant, PUSJ, 2001, pp. 325 et suiv.). Selon P. LAGARDE, « Dès lors que le critère de la nationalité n'est pas considéré comme discriminatoire lorsqu'il est utilisé comme rattachement principal du statut personnel, il n'y a pas de raison de le traiter comme tel lorsqu'il intervient à titre subsidiaire, pour le fonctionnement de l'ordre public » (H BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité*, T. 1, 8ème éd., Paris, *L.G.D.J.*, 1993, n° 360, p. 578). P. LAGARDE nuance toutefois quelque peu cette affirmation, reconnaissant que le rattachement à la loi nationale est global, alors qu'en cas d'intervention de l'exception d'ordre public, le critère de la nationalité concerne un droit déterminé et prêté, par conséquent, « plus le flanc à la critique » (P. Lagarde, « Nationalité et droit international privé », *Ann. Dr.*, 2003, vol. 63, n° 3, p. 217). P. KINSCH, de son côté, fait une distinction selon que l'on est dans le domaine d'application du droit de l'Union ou qu'il s'agisse de se positionner à l'égard du droit des pays tiers. Selon l'auteur, il existe une « impossibilité de justifier, à l'égard des ressortissants des autres Etats membres, un traitement différencié par le souci de mettre des secteurs économiques nationaux à l'abri de la concurrence. Il y a encore la volonté de créer une citoyenneté de l'Union européenne. De ces points de vue, le principe de non-discrimination propre au droit communautaire joue effectivement le rôle d'une clause de non-discrimination spécifique, au service d'un objectif politique déterminé qui est un objectif d'intégration régionale » (p. 35). Cela nous ramène à la notion d'ordre juridique spécifique que nous avons évoquée (voir n°243). En dehors de ce contexte, la règle de conflit basée sur le critère de la nationalité ne serait pas discriminatoire car il est le même pour tous (tous se voient appliqué leur loi nationale, la distinction n'est pas déraisonnable et elle ne heurte pas une interdiction spécifique de discrimination sur base de la nationalité). Par ailleurs, la règle de conflit ne serait pas en soi discriminatoire, dès lors que ce sont les solutions matérielles qui doivent être comparées. De manière schématique, l'auteur considère que l'ordre public atténué, lequel utilise comme critère distinctif le fait que la situation soit constituée sur le territoire du for ou sur le territoire étranger, est acceptable car il repose sur un critère objectif et non discriminatoire. Ce système est cependant mécanique et donc mal adapté à la facilité des déplacements. Quant au critère de la nationalité dans l'ordre public de proximité, il ne serait pas défendable en matière patrimoniale et soumis à critique en matière de statut personnel sauf s'il fonctionne de manière alternative avec le critère de la résidence habituelle (P. KINSCH, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *op. cit.*, pp. 127 et suiv.).

¹²⁸⁷ J.-Y. CARLIER insiste d'ailleurs sur le fait que le DIP s'accommode mal de règles trop rigides fixées par le législateur ou le juge de cassation (J.-Y. CARLIER, « Quand l'ordre public fait désordre. Pour une interprétation nuancée de l'ordre public en droit international privé. A propos de deux arrêts de cassation relatifs à la polygamie et à la répudiation », *op. cit.*, p. 531).

ce seul élément puisse empêcher que le mécanisme prévu par le nouvel article 57 s'applique au mariage polygamique.

Ensuite, l'adjonction d'un paragraphe supplémentaire à l'article 57, qui traite de l'autonomie de la volonté (voir *infra*), implique de supprimer également, à ce stade, l'exigence de l'acceptation de l'épouse. Il semble d'ailleurs que, dans la rédaction actuelle de la disposition, cet élément ne soit pas réellement évalué en pratique. Les décisions que nous avons recensées se prononcent d'ailleurs sur la proximité de la situation avec l'ordre juridique belge, mais aucune n'a refusé la reconnaissance de l'acte, toutes les autres conditions étant remplies par ailleurs, sur la base du défaut de consentement de l'épouse. L'accord de l'épouse ne doit pas constituer une condition cumulative à l'exigence d'absence de proximité avec l'ordre juridique belge mais être un motif à part, permettant de compenser, le cas échéant, l'inégalité initiale. Certains auteurs se sont d'ailleurs déjà prononcés en faveur de l'autonomie de la volonté dans cette hypothèse (¹²⁸⁸).

§3 Une place à l'autonomie de la volonté et à l'appréciation in concreto du tribunal

508. Dans sa rédaction actuelle, l'article 57 du Codip prévoit que, si la résidence habituelle de l'un des membres du couple se trouve dans un État qui ne connaît pas la répudiation ou si l'un des époux possède la nationalité d'un tel État, il y a là un obstacle absolu à la reconnaissance de l'acte en Belgique. Nous pensons qu'une possibilité d'appréciation selon le cas d'espèce doit être introduite. Dans cette optique, nous proposons d'ajouter un troisième paragraphe consacrant l'autonomie de la volonté.

509. La question du consentement de l'épouse est difficile à manier dans la rédaction actuelle de l'article 57 du Codip (voir n°282). Nous avons proposé de supprimer l'intervention de ce consentement au paragraphe deux pour le faire intervenir à un autre stade. La question de l'accord de volonté devient, de ce fait, vérifiable et plus efficace. Il change de

¹²⁸⁸ Par exemple, P. KINSCH considère que l'article 57 du Codip est très restrictif, notamment parce qu'il prévoit les mêmes conditions de proximité pour l'homme et pour la femme alors que c'est cette dernière que l'on veut protéger et en raison du critère de l'acceptation certaine et sans contrainte de l'épouse qui ne devrait pas être cumulatif : « *Si la femme accepte, librement et sans contrainte, la répudiation, elle exerce ainsi sa liberté. La fonction des droits de l'homme ne peut être de l'en empêcher* » (P. KINSCH « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *op. cit.*, p. 278 ainsi que, p. 252 et p. 277). Selon A. BUCHER, le rejet de l'acte de répudiation unilatéral doit servir l'intérêt de l'épouse. Il n'y a pas d'intérêt public qui va au-delà de la protection de cet intérêt individuel et, par conséquent, la prise en compte d'un acquiescement ou d'un consentement de l'épouse, postérieur à l'acte, pourrait nuancer l'intervention de l'ordre public (A. BUCHER, « La famille en droit international privé », *op. cit.*, p. 128). Nous avons également développé sur ce point la proposition de J.-Y. CARLIER dans le cadre de la théorie des accommodements réciproques (voir n°487).

fonction dès lors qu'il ne constitue plus une condition cumulative mais devient un élément déterminant à part entière.

En effet, dans la présente proposition, le consentement permet le renversement de la présomption '*d'inégalité choquante*'. L'interdiction de reconnaissance des actes consacrant des droits inégalitaires deviendrait par là une présomption *réfragable*.

L'autonomie de la volonté permettrait donc la validation de l'acte, pour autant qu'elle intervienne dans des conditions précises : soit que les parties demandent conjointement la reconnaissance de l'acte, soit que le demandeur à la reconnaissance apporte la preuve de l'accord de la partie '*protégée*' ou tout acte dont il peut être déduit, de manière certaine, la renonciation par la partie '*protégée*' à se prévaloir de son droit au refus de reconnaissance. À titre d'exemple, la renonciation à invoquer la non-reconnaissance d'une répudiation pourrait être prouvée par le mariage ultérieur de l'ex-épouse.

510. En résumé, le nouvel article 57 est construit de la manière suivante : le rejet de l'acte consacrant un droit inégalitaire est posé en principe (§ 1^{er}). Comme c'est le cas actuellement, des conditions de proximité sont prévues pour permettre la reconnaissance de l'acte lorsque la situation semble suffisamment éloignée de l'ordre juridique belge (§ 2). Enfin, un paragraphe trois permet aux parties de demander la reconnaissance de l'acte même si les conditions cumulatives du paragraphe deux ne sont pas remplies (§ 3).

511. Dans ce nouveau système, à l'instar de la procédure actuelle, la présomption de refus de reconnaissance pourrait être renversée par l'administration saisie de la demande de reconnaissance de l'acte ou, en cas de refus, la demande pourrait être soumise au juge, conformément à l'article 23 du Codip.

512. Notons que le renvoi aux motifs de refus de l'article 25 doit être maintenu par l'article 57 du Codip, ce qui permet, par exemple, d'invoquer l'exception générale d'ordre public contre une demande de reconnaissance des effets personnels d'un mariage polygamique.

513. L'article 57 que nous proposons est libellé de la manière suivante :
« § 1^{er}. *Un acte établi à l'étranger consacrant un lien familial ou une obligation familiale dont l'accès est ouvert dans des conditions inégalitaires entre les hommes et les femmes ne peut être reconnu en Belgique.*

§ 2. *Toutefois, un tel acte peut être reconnu en Belgique après vérification des conditions cumulatives suivantes :*

1° *lors de son établissement, aucun époux n'avait la nationalité d'un État dont le droit ne connaît pas l'institution ;*

2° lors de son établissement, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un État dont le droit ne connaît pas l'institution ;

3° aucun motif de refus visé à l'article 25 ne s'oppose à la reconnaissance.

§ 3. Un tel acte sera également reconnu si les époux en font la demande conjointe ou si le demandeur à la reconnaissance apporte une preuve directe de l'accord de la partie protégée ou tout acte dont il peut être déduit, de manière certaine, la renonciation de celle-ci à se prévaloir de son droit au refus de reconnaissance ».

514. La mise en œuvre de cette nouvelle disposition modifierait sensiblement la politique d'accueil à l'égard des époux en matière de répudiation et de polygamie ; concernant la répudiation, parce que la rigidité des règles actuelles serait compensée par la possibilité de demander la reconnaissance de l'acte lorsque les deux époux y trouvent leur intérêt.

515. En matière de mariage polygamique, la modification entraînerait un élargissement des critères d'application de l'ordre public de proximité. Ceux-ci étant alignés sur l'article 57 du Codip, la résidence habituelle en Belgique deviendrait un élément pertinent pour refuser de donner des effets au second mariage. Cette modification permettrait de ne plus considérer uniquement la nationalité belge de la première épouse au moment du second mariage comme un élément déterminant. Il faudrait à présent que l'entièreté de la situation ait été cristallisée à l'étranger, c'est-à-dire que les deux mariages se soient déroulés à l'étranger entre des époux étrangers résidant à l'étranger, pour que la polygamie puisse recevoir des effets en Belgique. Ces précisions ne remettraient pas en cause la Convention belgo-marocaine, laquelle prévoit la possibilité de reconnaître un mariage polygamique conclu entre ressortissants marocains mais n'empêche pas la Belgique de déterminer les contours de mise en œuvre de l'exception d'ordre public dans ce cadre. Par ailleurs, un accord des deux épouses permettrait de donner des effets aux deux mariages (¹²⁸⁹).

516. Enfin, une décision d'annulation de mariage en raison du non-paiement de la dot ne serait également reconnue en Belgique qu'en l'absence de proximité avec l'ordre juridique belge, à moins que les deux époux ne souhaitent sa prise en compte.

517. Notons que la référence à l'article 25 du Codip permettra toujours à l'autorité saisie de refuser un acte qui, dans les circonstances particulières de l'espèce, comporte une violation manifeste à l'ordre public. Le nouvel article 57, à l'instar de celui qui existe actuellement, pose les principes de l'accueil des institutions inégalitaires. Il ne constitue toutefois pas une règle figée, rendant impossible une appréciation selon l'acte et la situation concrète.

¹²⁸⁹ Nous ne visons pas le consentement de l'époux, celui n'étant pas la personne 'à protéger'.

Section III | Introduire une référence à l'intérêt de l'enfant dans le Code de droit international privé

518. En matière de filiation, qu'il s'agisse de l'établissement des liens en Belgique ou de la reconnaissance des actes établis à l'étranger, la jurisprudence est univoque. L'intérêt de l'enfant est de voir son lien de filiation garanti. Ce constat a été posé à l'occasion de l'utilisation de l'exception d'ordre public à l'égard du droit marocain qui ne permet pas l'établissement de la paternité hors mariage, de la clause d'exception spécifique à l'adoption qui permet d'écarter le droit étranger lorsque celui-ci ne correspond pas à l'intérêt de l'enfant et de la reconnaissance des actes de naissance rédigés à l'étranger suite à une convention de maternité de substitution.

Pour obtenir un tel résultat, les cours et tribunaux sont parfois contraints de faire fi d'une application minutieuse des règles de droit international privé (¹²⁹⁰). Par exemple, la fraude à la loi est écartée sans réelle motivation en cas de gestation pour autrui, l'ordre public est invoqué à l'encontre du droit marocain sans que les conditions de sa mise en œuvre ne soient analysées et la clause d'exception en matière d'adoption, invoquée dès que le droit étranger n'est pas aussi permissif que le droit belge.

Sur le plan législatif, la faveur à l'établissement du lien de filiation ressort notamment des dispositions du Codip relatives à la compétence des autorités belges en la matière, lesquelles sont très largement compétentes pour établir un lien de filiation en Belgique (¹²⁹¹). Ces dispositions témoignent de l'importance accordée, dans l'ordre juridique belge, à la volonté de permettre l'établissement de ces liens.

519. Il nous semble, par conséquent, qu'une disposition pourrait être insérée dans le Code de droit international privé, qui consacre la prise en compte, de manière privilégiée, de l'intérêt de l'enfant lors de l'application des règles de droit international privé. Les juridictions pourraient s'y référer afin de justifier leur décision sans en arriver à devoir tordre les mécanismes de droit international privé.

520. Nous pensons que l'insertion d'une disposition dans le Code de droit international privé relative à l'intérêt de l'enfant devrait avoir une portée plus générale que la seule

¹²⁹⁰ G. SALAME met également en évidence le fait que, en matière de gestation pour autrui, l'intérêt de l'enfant infléchit les mécanismes de droit international privé (G. SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective post-moderne*, op. cit., p 257 et suiv.). Voyez sur la prévalence de valeurs sur le résultat de l'application de règles de droit strictes : CH. PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit. Essai de synthèse », in *Les notions à contenu variable en droit*, op. cit., pp. 363 et suiv. L'auteur met en avant le fait que « des préoccupations d'humanité ou d'équité l'emportent parfois sur la sécurité juridique dans le droit positif moderne » (p. 366).

¹²⁹¹ Voyez les articles 61 et 65 du Codip.

question du lien de filiation. Par conséquent, nous n'optons pas pour le changement du critère de rattachement prévu à l'article 62 du Codip. Certes, il pourrait être défendu que, dès lors que les juridictions semblent privilégier les principes du droit belge en matière de filiation, la modification du critère de rattachement serait opportune afin de désigner l'application du droit de la résidence habituelle et, par conséquent, en Belgique, du droit belge (via les articles 62 et/ou 27 du Codip) (¹²⁹²). Il nous semble, cependant, que la question de l'intérêt de l'enfant a une vocation plus large et ne concerne pas la seule matière de la filiation. L'intérêt de l'enfant, consacré dans le Code de droit international privé, viserait, de la sorte, n'importe quelle matière, et donc également celle de l'autorité parentale.

521. Si l'intérêt de l'enfant est déjà largement consacré dans les textes juridiques, par l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant ou 22*bis* de la Constitution belge notamment, sa place en tant que guide dans les questions qui touchent spécifiquement les familles internationales mériterait d'être formalisée. Cette formalisation peut être opérée de différentes manières.

L'on pourrait, par exemple, penser à une clause d'ordre public positif qui, à l'instar des articles 46, § 2, ou 57 du Codip, prévoirait les cas dans lesquels le droit étranger est écarté s'il ne respecte pas l'intérêt de l'enfant. La difficulté d'une telle disposition se situe cependant dans le flou de la notion d'*intérêt de l'enfant*, qui rendrait presque impossible la rédaction d'une clause technique. Une option serait alors de se limiter à une clause qui écarterait le droit étranger lorsqu'il ne permet pas l'établissement d'un lien de filiation dans des conditions similaires à celles du droit belge (¹²⁹³). Nous préférons ne pas donner un caractère aussi restrictif à l'adjonction, dans le Codip, d'une référence à l'intérêt de l'enfant.

Une autre piste consisterait à rédiger une nouvelle disposition d'ordre général qui serait insérée dans le chapitre consacré à la filiation. Elle aurait le mérite d'offrir un pendant à l'article 67, alinéa 3, du Codip relatif à l'intérêt de l'adopté et traiterai, de manière analogue, l'hypothèse de la filiation biologique.

Il nous semble toutefois, au vu de l'objectif général de la clause, qu'il serait plus judicieux de consacrer l'importance de la prise en considération de l'intérêt de l'enfant au sein des dispositions générales du Codip. À cette fin, un paragraphe supplémentaire pourrait être ajouté à l'article 19 du Codip qui vise la clause d'exception. La possibilité d'écarter le droit normalement applicable lorsqu'il contrevient à l'intérêt de l'enfant constituerait ainsi une règle transversale, inscrite au sein des dispositions générales du Codip, et permettrait d'être invoquée dans toutes les hypothèses qui concernent la situation d'un enfant en situation

¹²⁹² Voyez sur ce point la position de J. VERHELLEN, *Het Belgisch Wetboek IPR in familiezaken*, op. cit., n° 275 et suiv., pp. 172 et suiv. qui propose une règle de conflit alternative permettant le choix de loi dans l'intérêt de l'enfant, sous le contrôle du juge.

¹²⁹³ Voyez la proposition de F. RIGAUX et M. FALLON (*Droit international privé*, op. cit., 596) qui proposent une clause d'ordre public positif en faveur de la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant si le droit normalement applicable ne permet pas l'établissement du lien de filiation.

internationale. Cela offrirait aux juridictions une base légale spécifique pour justifier leurs décisions en matière de droit international privé, que ce soit en matière de conflit de lois ou de reconnaissance – nous pensons en effet que la disposition doit également viser les questions de reconnaissance –, lorsqu’elles dérogent aux règles normalement applicables pour des raisons qui tiennent à l’intérêt de l’enfant. De la sorte, pour reprendre un exemple développé dans la deuxième partie de cette étude (voir n°371), les juridictions belges pourraient conclure à l’existence d’une fraude à la loi à l’occasion d’une demande de reconnaissance d’un acte de naissance établi suite à un processus de gestation pour autrui mené à l’étranger, mais décider de reconnaître néanmoins le lien de filiation au nom de l’intérêt de l’enfant tel que consacré dans ce nouvel article 19.

522. L’article 19 du Codip est actuellement rédigé de la sorte :

« § 1er. Le droit désigné par la présente loi n’est exceptionnellement pas applicable lorsqu’il apparaît manifestement qu’en raison de l’ensemble des circonstances, la situation n’a qu’un lien très faible avec l’État dont le droit est désigné, alors qu’elle présente des liens très étroits avec un autre État. Dans ce cas, il est fait application du droit de cet autre État.

Lors de l’application de l’alinéa 1er, il est tenu compte notamment :

du besoin de prévisibilité du droit applicable, et

de la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles de droit international privé des États avec lesquels cette relation présentait des liens au moment de son établissement.

§ 2. Le § 1er n’est pas applicable 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. »

Nous proposons d’ajouter à cette disposition un paragraphe 3 qui stipulerait : *« Lorsque le droit désigné par la présente loi ne correspond pas à l’intérêt de l’enfant, il y est fait exception au profit du droit belge ».*

Conclusions générales

523. La comparaison réalisée dans cette étude était ambitieuse au regard du caractère dissemblable des différents ensembles que nous avons choisi d'analyser. Elle fut porteuse à deux niveaux. D'abord, parce que nous pensons que chaque partie de la thèse prise isolément apporte des éléments de réflexion intéressants. Ensuite, en raison de la plus-value que recèle l'approche transversale, laquelle a permis une discussion générale.

En ce qui concerne les deux premières parties de la thèse, elles furent consacrées aux matières spécifiques du droit que sont le droit familial belge d'une part, le droit international privé de l'autre. Les analyses qui y sont proposées offrent, pour chacune d'elles, un intérêt au vu des éclairages ponctuels mais aussi généraux qu'elles contiennent.

Dans la partie consacrée au droit familial belge, au-delà de réflexions ponctuelles comme par exemple le changement de fonction de la protection par le droit des liens socio-affectifs ou l'impact de l'adoption de la loi sur la comaternité à l'égard de la double parenté monosexuée masculine - lesquelles attestent du caractère particulièrement évolutif de la matière - nous avons mis en exergue des principes qui sous-tendent le droit familial belge dans son ensemble. Nous avons également pu faire des liens entre des réformes législatives ou jurisprudentielles diverses. Nous avons conclu que les différentes réformes législatives en matière de divorce, de médiation, ou encore la création du tribunal de la famille, ainsi que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle visant à supprimer les fins de non-recevoir aux actions en justice en matière de filiation, émanent d'un même élan : individualiser au maximum la réponse juridique apportée à une situation familiale et permettre à chacun un accès au juge en vue d'une possible balance entre les différents intérêts en présence. Cette nouvelle manière de construire le droit promeut une vision individualisée des relations familiales et donne une large place à l'autonomie de la volonté.

La deuxième partie consacrée à l'accueil du droit marocain de la famille dans l'ordre juridique belge a également permis des réflexions spécifiques. Nous y avons relevé une recherche de correspondance entre le droit marocain et le droit belge qui s'effectue, parfois, au prix de distorsions, d'ajustements ou de simplifications de ce droit étranger. Nous avons aussi mis en évidence un dépeçage institutionnel au départ d'une application différenciée des critères prévalant à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international belge. Enfin, nous avons souligné l'instrumentalisation qui peut être opérée à l'égard des techniques de droit international privé en vue d'aboutir au résultat matériel escompté. Plus largement, l'étude de l'accueil du droit marocain de la famille a permis de souligner un morcellement dans la réception juridique des différentes institutions de ce droit et une évolution des règles de droit international privé concernées vers la promotion de positions de principes, claires et abstraites.

La seconde thématique de droit international privé abordée fut consacrée aux institutions exorbitantes du droit de la filiation que sont la GPA et l'adoption internationale. Nous y avons relevé l'impact, lors de la demande de reconnaissance, du choix de l'acte à reconnaître.

Ce chapitre nous a également permis d'analyser l'influence de l'*'intérêt de l'enfant'* dans le domaine de la filiation et ses conséquences sur l'application des règles de droit. Cet intérêt est primordial et impose la reconnaissance du lien de filiation établi suite à un contrat de maternité de substitution. Il entraîne aussi la mise à l'écart des règles de droit étranger plus restrictives que celles du droit belge lors de procédures d'adoption intentées en Belgique. L'intérêt de l'enfant semble par contre avoir une fonction plus circonscrite dans le cadre juridique de la reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger.

524. C'est cependant l'approche transversale réalisée dans cette étude qui constitue, à côté des éléments d'analyse propres à chaque matière spécifique traitée, son intérêt majeur. Elle nous a autorisé des conclusions générales issues de la comparaison des différentes branches du droit sélectionnées. Cette conclusion générale tient au caractère morcelé du droit de la famille, qu'il soit interne ou international. Le traitement par le droit de ce morcellement est cependant tout à fait différent, individualisé à l'égard des situations internes, abstrait pour les situations internationales. Cette distinction ne touche toutefois pas tous les domaines et nous avons relevé que l'intérêt de l'enfant est devenu, dans un cas comme dans l'autre, une considération supérieure qui permet de dépasser les règles de droit prédéfinies.

Nous avons ensuite opté pour une réponse pragmatique à ces constats. D'une part, nous avons proposé une modification de l'article 57 du Codip afin d'élargir son champ d'application pour plus de cohérence, et d'y intégrer une possible individualisation au moyen d'un paragraphe consacré à l'autonomie de la volonté. D'autre part, nous avons suggéré une référence à l'intérêt de l'enfant au sein de l'article 19 du Codip en vue de consacrer dans cette législation l'importance que la pratique lui attribue.

525. La thèse ainsi construite nous conduit à mettre en lumière deux réflexions supplémentaires. Elle joint à de nouvelles perspectives de recherches.

L'évolution que nous avons décelée dans le droit familial interne se retrouve, certes pour des motifs distincts, dans le droit international privé de l'Union européenne. Les règlements européens adoptés en DIP familial ouvrent en effet de plus en plus le champ à l'autonomie de la volonté. Tel est le cas par exemple en matière de divorce, de successions et d'obligations alimentaires. L'individualisation, qui vise dans ce cadre une meilleure circulation des citoyens européens au sein des Etats membres de l'Union, semble, par conséquent, également à contre-courant des logiques que nous avons retenues en ce qui concerne la politique d'accueil des réglementations familiales de pays tiers, et ce pour ce qui concerne les thématiques analysées. Même si le contenu du droit familial des divers pays de l'Union européenne est variable, ce nouvel '*ordre juridique*' de droit international privé européen mérite d'être étudié au regard des constats dégagés dans cette étude.

Enfin, les incises de droit des étrangers que contient la thèse permettent de s'interroger sur l'influence du contexte migratoire dans l'application des règles de droit international privé. Outre une possible '*instrumentalisation*' du droit international privé dans un tel contexte, la

question des contours de la *'famille'* en droit des étrangers apparaît particulièrement intéressante. Cette question mériterait certainement une nouvelle recherche (¹²⁹⁴), laquelle compléterait de manière très enrichissante notre étude et permettrait de nouvelles comparaisons.

¹²⁹⁴ Thèse qui consisterait notamment en une actualisation de la thèse de M. NYS, consacrée à *L'immigration familiale à l'épreuve du droit. Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

Bibliographie

Articles de périodiques et commentaires

- ADDE, « Rapport d'activité Point D'appui DIP Familial », *Rev. dr. étr.*, n°166, 2011, pp. 674 et suiv.
- AUDIT B., « Fraude à la loi », *Droit international privé français, JurisClasseur*, 1995, Fascicule 535, pp. 1 et suiv.
- APERS C., « L'acte de mariage pakistanais comportant une clause relative au divorce et sa reconnaissance de Belgique », *Rev. dr. étr.*, 2008, n° 151, pp. 633 et suiv.
- APERS C., « Régularisation des adoptions intrafamiliales prononcées à l'étranger : fin du casse-tête ! », *Newsletter ADDE*, édito, juin 2012, n° 77.
- APERS C., « Adoption en Dip : quelle articulation entre l'application du droit étranger et le respect des garanties du droit belge ? », note sous Bruxelles, 14 mai 2014, *Rev. dr. étr.*, 2014, n° 180, pp. 590 et suiv.
- AUSSEMS G., « La place de l'enfant dans le droit au regroupement familial en Belgique », *Rev. dr. étr.*, 2012, n° 168, pp. 206 et suiv.
- BARRIERE-BROUSSE I., « Mariage », *JurisClasseur Droit international*, Fasc. 546-10.
- BASEDOW J., « Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2010, pp. 427 et suiv.
- BATTEUR A., « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, pp. 759 et suiv.
- BEERNAERT J.-E. et MASSAGER N., « La loi du 5 mai 2014 instaurant le régime de la comaternité : 'Trois femmes, un homme et un couffin' », *Act. dr. Fam*, 2015/4, pp. 74 et suiv.
- BENABENT A., « La liberté individuelle et le mariage », *Rev. trim. dr. civ.*, 1973, pp. 440 et suiv.
- BERTRAND B., « Déroulement d'une procédure d'adoption », *Rev. dr. étr.*, 2006, n° 136, pp. 701 et suiv.
- BERTRAND B., LAMMERANT I. et VERWILGHEN M., « Les lignes de faîtes de la réforme du droit belge de l'adoption », *R.T.D.F.*, 2006/1, pp. 13 et suiv.
- BERTRAND B., FAURE C. et MANZ G., « Le nouveau droit communautaire de l'adoption », *R.T.D.F.*, 2006/1, pp. 171 et suiv.
- BEYS M., « Le règlement de Dublin III, « lipstick on a pig » ?, *Parole à l'exil*, Janvier-décembre 2014, Caritas international.
- BIAGINI-GIRARD S., « L'appréhension de la famille en droit français des étrangers », *Rev. crit. dr. intern. privé.*, n° 103, 2014, pp. 263 et suiv.
- BIDAUD-GARON C., « La preuve de la filiation d'un étranger et la loi du 27 novembre 2007 », *Dr. Fam.*, Février 2008, pp. 19 et suiv.
- BLANMAILLAND F., « Le regroupement familial », *Rev. dr. étr.*, 2007, n° 145, pp. 13 et suiv.
- BOLLEE S., « La conformité à la convention européenne des droits de l'homme de l'interdiction d'adopter un enfant recueilli en Kafala », *Rev. trim. D.H.*, 2013/95, pp. 717 et suiv.
- BOUDART A.M. et VANDER STOCK C., « La loi portant création du tribunal de la famille et de la jeunesse et les modes alternatifs. Réflexions sur quelques questions choisies », *Act. dr. Fam.*, 2014/6, pp. 166 et suiv.
- BOUKHARI R., « La qualification en droit international privé », *Les Cahiers de droit*, vol. 51, n° 1, 2010, pp. 159 et suiv.

- BOULARBAH H., « Efficacité des jugements et actes authentiques », *J.T.*, 2005, pp. 184 et suiv.
- BOURDELOIS B., « Mariages célébrés en France », *Répertoire Dalloz de droit international*, n°43, mise à jour 2013.
- BRIBOSIA E., « La directive 2003/86 relative au regroupement familial au regard du principe de non-discrimination », *Rev. dr. étr.*, 2003, n° 125, pp. 517 et suiv.
- BRIBOSIA E. et RORIVE I., « Chroniques. Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *J.E.D.H.*, 2015/2, pp. 223 et suiv.
- BRIBOSIA E. et RORIVE I., « Droit de l'égalité et de la non-discrimination », *Chronique de jurisprudence, J.E.D.H.*, 2013/2, pp. 134 et suiv.
- CAILLIAU M., « Le point de vue du psychologue quant à ces deux décisions récentes des cours et tribunaux », *Rev. dr. étr.*, 2009, n° 151, pp. 682 et suiv.
- CANTWELL N., « La genèse de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention relative aux droits de l'enfant », *J. dr. jeun.*, 2013, liv.323, pp. 8 et suiv.
- CAP S., « Quelle parenté pour les couples de même sexe ? », *Ann. Dr.*, vol. 74, 2014/1, pp. 91 et suiv.
- CAP S. et SOSSON J., « Quand la Cour constitutionnelle revisite les conditions de l'adoption homoparentale... », *R.T.D.F.*, 1/2013, pp. 177 et suiv.
- CARILLON A., « L'influence des arrêts Christine Goodwin et I sur le consentement au mariage en droit français », *Rev. trim. D.H.*, 2005/62, pp. 349 et suiv.
- CARLIER J.-Y., « Quand l'ordre public fait désordre. Pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé. À propos de deux arrêts de cassation relatifs à la polygamie et à la répudiation », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 525 et suiv.
- CARLIER J.-Y., « Le devenir de la libre circulation des personnes dans l'Union européenne : regards sur la Directive 2004/38 », *Cah. dr. eur.*, 2006, pp. 15 et suiv.
- CARLIER J.-Y., « Le Code belge de droit international privé », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 94 (1), 2005, pp. 11 et suiv.
- CARLIER J.-Y., « La polygamie devant la Cour d'arbitrage », *Journal du Juriste*, 24 mai 2005, n° 42, pp. 1 et s.
- CARLIER J.-Y., « La reconnaissance mesurée des répudiations par l'examen *in concreto* de la contrariété à l'ordre public », *R.T.D.F.*, 2003/1, pp. 35 et suiv.
- CARLIER J.-Y., « La reconnaissance des répudiations », *R.T.D.F.*, 1996, pp. 131 et suiv.
- CARLIER J.-Y., « Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenus à l'étranger », *R.T.D.F.*, 1991, pp. 165 et suiv.
- CARLIER J.-Y., « Le reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'ordre public répudié ? », *J.T.*, 1985, n° 5326, pp. 101 et suiv.
- CASMAN H., « La réforme du droit patrimonial de la famille telle qu'elle a été envisagée », *T.E.P.*, 2014, n° 3, pp. 182 et suiv.
- CASMAN H., « Tableau comparatif : cohabitation de fait/cohabitation légale/mariage », *Div. Act.*, 2007, pp. 148 et suiv.
- CHENEDE F., « Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme », *D.*, 2014, pp. 1797 et suiv.
- CHETAIL V., « Les relations entre droit international privé et droit des réfugiés : histoire d'une brève rencontre », *Journ. dr. intern.*, n° 2, avril 2014, doct. 4, pp. 447 et suiv.

- CLAVEL S., « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2010-2012, Pédone, pp. 256 et suiv.
- COLLIENNE F., « L'adoption par des couples homosexuels dans les cas internationaux: une perspective réaliste ? », *R.T.D.F.*, 2006/4, pp. 963 et suiv.
- COLLIENNE F., « L'adoption « économique » sanctionnée au nom de l'« intérêt de l'enfant » », note sous Bruxelles, le 6 janvier 2009, *Rev. dr. étr.*, 2009, n° 151, pp. 676 et suiv.
- COLLIENNE F., « La reconnaissance des répudiations en droit belge après l'entrée en vigueur du Code de droit international privé », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 447 et suiv.
- COLLIENNE F., « Ordre public, adoption internationale et Convention européenne des droits de l'homme », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2004/4, pp. 575 et suiv.
- COLLIENNE F. et ENGLERT H., « Du nouveau dans les adoptions internationales : une procédure de régularisation », *Revue@dipr.be*, 2012/2, pp. 99 et suiv.
- COMMAILLE J. et DURAN P., « Pour une sociologie politique du droit : présentation », in *L'Année sociologique*, PUF, vol. 59, 2009/1, pp. 15 et suiv.
- CORNELOUP S., « Le contrôle de l'ordre public par la Cour européenne des droits de l'homme », *J.E.D.H.*, 2013/3, pp. 381 et suiv.
- CORNELOUP S., « Impossibilité d'adopter un enfant recueilli par Kafala et convention européenne des droits de l'homme », *Rev. cri. dr. intern. privé*, 2013, pp. 146 et suiv.
- CORTEN O., « Éléments de définition pour une sociologie politique du droit », *Droit et Société*, 39/1998, pp. 347 et suiv.
- COUQUELET C., LELEU Y.H. et VON FRENCKEL E., « La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale », *Act. dr. Fam.*, 1997-1999, CUP, 1999, pp. 7 et suiv.
- CHRISTIANS L.-L., note sous CEDH, 20 juillet 2001, *Dame Pellegrini c/ Italie*, *R.C.D.I.P.*, 2004, pp. 106 et suiv.
- DANDROY N., « Actualité en matière d'obligations alimentaires », *Ann. Dr.*, vol. 74, 2014, n° 1, pp. 41 et suiv.
- DANDROY N. et REUSENS F., « L'hébergement égalitaire (Lorsque la promotion de la coparenté sur le plan de l'hébergement aboutit à une réforme faussement modeste de la procédure en matière d'autorité parentale) », *J.T.*, 2007, pp. 179 et suiv.
- DANIS-FATOME A., « Le droit des couples à un engagement public », *Rev. trim. D.H.*, 2014/99, pp. 737 et suiv.
- D'AVOUT L., « La 'reconnaissance' de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée », *D.*, 2014, pp. 1806 et suiv.
- DAWOUD S., « Gezinshereniging in België : kan men het bos nog door de bomen zien ? », *T. Vreemd.*, 2014/3, pp. 286 et suiv.
- DE BLAERE S., « L'adoption internationale en Belgique », *Rev. dr. étr.*, 2006, n° 136, pp. 663 et suiv.
- DE BLAERE S., note sous Civ. Bruxelles, 13 septembre 2007, *Rev. dr. étr.*, 2007, pp. 491 et suiv.
- DE BOUYALSKI C. et HENRICOT C., « Certificats de non-empêchement à mariage : la cour d'appel a tranché ! », note sous Bruxelles, 5 mars 2012, *R.T.D.F.*, 2012/3, pp. 625 et suiv.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ F., « Le droit de la famille en quête de sens », *Projet*, 2011/3, n° 322, pp. 33 et suiv.
- DELNOY P., « Le droit successoral civil de 1804 à 2004 », *J.T.*, 2004, pp. 287 et suiv.

- DEMARET, « L'adoption homosexuelle à l'épreuve du principe d'égalité – L'arrêt E.B. contre France », *J.T.*, 2009, n° 6343, pp. 145 et suiv.
- DEMARET M., « Le droit de la filiation réformé », *Rev. not. belge*, mars 2007, pp. 114 et suiv.
- DEMARET M., « L'intérêt de l'enfant : veni, vidi, vici... » note sous Cour const., 7 mars 2013, *R.T.D.F.*, 2013/3, pp. 800 et suiv.
- DEPREZ J., « Les évolutions actuelles du droit international privé français dans le domaine du droit familial en relation avec les convictions religieuses », *Rev. dr. can.*, 1995, pp. 7 et suiv.
- DE RUYCK V. et ERAUW J., « Overzicht Rechtspraak Internationaal Privaatrecht en nationaliteitsrecht », *T.P.R.*, 2006/3, pp. 1488 et suiv.
- DE VAREILLES-SOMMIERES P., « Fraude à la loi », *Rep. Internat.*, Dalloz, 1998.
- DEVERS A. et FARGE M., « Le nouveau droit international privé du divorce. À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce », *Sem. Jur.*, éd. Gén., n°26, 25 juin 2012, pp. 1277 et suiv.
- DEVOLDER K., « De familie- en jeugdrechtbank : krachtlijnen », *N.N.K.*, 2014/3, pp. 15 et suiv.
- DEVOLDER K., « Rome III – verordening : wanneer de 'grenze(n)loze' liefde eindigt in een echtscheiding... », *Nieuwsbrief Not.*, Octobre 2011, n°14, pp. 1 et suiv.
- DOCQUIR J.-F., « Droit à la vie privée et familiale des ressortissants étrangers : vers la mise au point d'une protection floue du droit de séjour », *Rev. trim. D.H.*, 2004/60, pp. 938 et suiv.
- D'OTREPPE DE BOUVETTE B., « Les acteurs de la protection judiciaire des incapables majeurs », *R.T.D.F.*, 2014/2, pp. 273 et suiv.
- DOYEN I., « La Cour constitutionnelle donne le feu vert à la stigmatisation des familles en migration », *Newsletter ADDE*, octobre 2013, n° 91.
- EL KAROUNI M., « La dot : une institution contraire à l'ordre public international belge », *R.T.D.F.*, 2002/3, pp. 416 et suiv.
- ENGEL C., « L'Utilité du concept d'équivalence en droit international privé », *Ann. Dr.*, vol. 66, 2006, n°1 et 2, pp. 55 et suiv.
- ENGLERT H., « L'adoption internationale : le bilan 7 ans après la réforme », *Dossier thématique ADDE*, septembre 2010, www.adde.be.
- ENGLERT H., « Le refus de délivrance du certificat de non empêchement à mariage : une pratique légale? », *ADDE Newsletter*, Juillet 2010, n° 56, pp. 2 et suiv.
- ENGLERT H., « Regroupement familial et ADN », *Agenda interculturel*, n° 283, Mai 2010, pp. 10 et suiv.
- ENGLERT H., « La preuve du lien de famille dans le cadre du regroupement familial : actualité », *Newsletter ADDE*, septembre 2009, n° 46.
- ERAUW J., « Verstoting – echtscheiding is moeilijk erkenbaar », *R.W.*, 1995-96, pp. 1330-1335.
- EVARD T., « La nouvelle loi sur le nom : l'égalité mise en boîte », *Newsletter ADDE*, juillet 2014.
- FALLON M., « Le nouveau droit du divorce international selon le règlement Rome III : une évolution tranquille », *R.T.D.F.*, 2/2012, pp. 291 et suiv.
- FALLON M., « L'effet de l'union polygamique sur le droit à la pension de survie au regard du principe constitutionnel de non-discrimination », *R.T.D.F.*, 2010/1, pp. 107 et suiv.
- FALLON M., note sous C. const., 26 juin 2008, *R.T.D.F.*, 2008/4, pp. 1147 et suiv.
- FERRAND F., « La rupture du mariage en droit comparé – Cas et procédure », *Dr. Fam.*, avril 2015, n°4, pp. 12 et suiv.

- FIERENS J., « Quand le mariage ne sent pas la rose. Les suspicions de mariage simulé et la jurisprudence récente », *Act. Dr. Fam.*, 2009/7, pp. 135 et suiv.
- FIERENS J., note sous Bruxelles, 16 octobre 2008, *Act. dr. fam.*, 2009/7, pp. 131 et suiv.
- FOBLETS M.-C., Het nieuwe Marokkaanse echtscheidingsrecht (2004) en Belgisch internationaal privaatrecht : nieuwe regels en hun weerslag voor Marokkanen in België, *T.Vreemd.*, 2006/4, pp. 382 et suiv.
- FOBLETS M.-C., « La répudiation répudiée par la Cour de cassation. Un examen sans mansuétude des conditions de régularité internationale d'un acte de répudiation », *Rev. dr. étr.*, 1996, pp. 185 et suiv.
- FOBLETS, M.-C. « Remaniement de quelques dispositions-clés du Code de statut personnel et des successions marocain relatives à la position matrimoniale de l'épouse. Des modifications génératrices d'une pacification des relations internationales privées ? », *Rev. dr. étr.*, 1994, n° 78, pp. 125 et suiv.
- FOHRER-DEDEURWAERDER E., « Qualification en droit international privé », *Jurisclasseur*, Fasc. 531, 1^{er} septembre 2012.
- FONGARO E., « Tests ADN : traitement différent de situations différentes ou discrimination ? », *Dr. Fam.*, Janvier 2008, étude n° 3, pp. 13 et suiv.
- FONTEYN J., « Les statuts du couple : quel rôle pour la loi ? », *Ann. Dr.*, vol. 74, 2014, n° 1, pp. 21 et suiv.
- FOURNIER P., "In the (Canadian) Shadow of Islamic Law: Translating Mahr as a Bargaining Endowment", *Osgoode Hall Law journal*, vol. 44, 2006, pp. 662 et suiv.
- FRANCQ S. et MARY J., « Les effets sociaux du mariage polygamique : pour une appréciation en contexte », *R.T.D.F.*, 2013/4, pp. 861 et suiv.
- FRUMER P., « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D. H.*, 2004/59, pp. 663 et suiv.
- FULCHIRON H., « La construction d'un droit 'européen' de la famille : entre coordination, harmonisation et uniformisation », *R.A.E. – L.E.A.*, 2014/2, pp. 309 et suiv.
- FULCHIRON H., « Vie privée et familiale », *J.E.D.H.*, 2013/5, pp. 882 et suiv.
- FULCHIRON H., « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Deffrénois*, n°19, 2005, pp. 1461 et suiv.
- GALLUS N., « Lorsque la Cour constitutionnelle s'arroge le pouvoir de reconstruire le droit de la filiation », *Act. dr. Fam.*, 2013/5, pp. 79 et suiv.
- GALLUS N., « Gestation pour autrui et reconnaissance des actes civils étrangers », *J.T.*, 2010, pp. 420 et suiv.
- GALLUS N., « L'avenir de la parenté monosexuée », *Act. dr. Fam.*, 2013/1, pp. 4 et suiv.
- GALLUS N., « L'adoption par les parents intentionnels de l'enfant né d'une mère porteuse », note sous Civ. Jeun. Bruxelles, 23 août 2012 et Civ. Jeun. Namur, 7 janvier 2011, *Act. dr. Fam.*, 2013/5, pp. 100 et suiv.
- GALLUS N., « Filiation paternelle dans le mariage : le droit de contestation du mari et l'intérêt de l'enfant selon la Cour constitutionnelle », *Act. dr. Fam.*, 2011/3-4, pp. 75 et suiv.
- GALLUS N., « La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme », *Rev. trim. D. H.*, 2008/75, pp. 879 et suiv.
- GALLUS N., « Aspects civils du nouveau droit de la tutelle », *Rev. dr. U.L.B.*, n° 29, 2004, pp. 10 et suiv.

- GALLUS N. et VAN GYSEL A.C., « Les décisions récentes de la Cour constitutionnelle en matière de filiation : humanisme ou aberration ? », *Rev. not. belge*, 2013, pp. 374 et suiv.
- GANNAGE P., « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *Travaux du Comité français de droit international privé*, Pédone, 2006-2008, pp. 205 et suiv.
- GASPARD G., « La condition de ressources et le regroupement familial – Analyse de la conformité de la législation belge au regard des principes de proportionnalité et d'égalité », *Rev. dr. étr.*, n° 178, 2013, pp. 737 et suiv.
- GENICOT G., « La maîtrise du début de la vie : la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée », *J.T.*, 2009, pp. 24 et suiv.
- GILLARD A., note sous Liège, 4 septembre 2013, *Act. dr. Fam.*, 2015/3, pp. 52 et suiv.
- GILLARD A., « Polygamie et ordre public belge », note sous Civ. Bruxelles, 2 mai 2013, *Act. dr. Fam.*, 2015/3, pp. 62 et suiv.
- GOUTTENOIRE A., « Convention de gestation pour autrui : la primauté de l'intérêt de l'enfant, enfin ! », *La lettre juridique*, n° 577, 3 juillet 2014, pp. 1 et suiv.
- GOUTTENOIRE A., « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droit de la famille*, n° 3, mars 2012, étude 6, n° 3, Mars 2013, étude 3, n° 7-8, Juillet 2014, étude 12.
- GUTMANN D., *Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille*, Bibliothèque de droit Privé, Tome 327, pp. 369 et suiv.
- HACHEZ I., « La médiation familiale à l'heure de sa consécration légale », *R.T.D.F.*, 2001/2, pp. 211 et suiv.
- HAMMJE P., « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2011, pp. 291 et suiv.
- HAMMJE P., « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 1997, pp. 2 et suiv.
- HENRICOT C., « Gestation pour autrui transfrontière. Reconnaissance d'un double lien de filiation monosexuée : une première en Belgique ! », *R.T.D.F.*, 2013/3, pp. 721 et suiv.
- HENRICOT C., « Droit applicable au divorce international : mise en application du règlement « Rome III », *J.T.*, 2012, pp. 557 et suiv.
- HENRICOT C., « L'impact de la polygamie et de la répudiation sur les droits sociaux. Aperçu de la jurisprudence des juridictions du travail », *Chr. D. S.*, 2012/2, pp. 62 et suiv.
- HENRICOT C., « L'application du Code marocain de la famille, à la croisée des jurisprudences belge et marocaine en matière de dissolution du mariage », *J.T.*, 2011, n° 6449, pp. 641 et suiv.
- HENRICOT C., « Contrat de gestation pour autrui : incidence de l'absence de mention du nom de la mère porteuse sur la (dis)qualification des 'actes de naissance' », note sous Civ. Nivelles, 6 avril 2011, *R.T.D.F.*, 2011/3, pp. 700 et suiv.
- HENRICOT C., « L'exception d'ordre public et la clause d'exception : deux mécanismes pour tenir en échec le droit étranger applicable en matière de filiation », *R.T.D.F.*, 2010/2, pp. 639 et suiv.
- HENRICOT C., « La titularité de l'action en contestation de paternité face à l'évolution de l'exception d'ordre public sous l'influence du droit interne », *Rev. dr. étr.*, 2009, n° 151, pp. 721 et suiv.
- HENRICOT C., « Les effets du mariage polygamique sur l'octroi de droits sociaux », *R.T.D.F.*, 2008/ 3, pp. 825 et suiv.
- HENRICOT C., note sous Cass., 3 décembre 2007, *R.T.D.F.*, 2008/3, pp. 818 et suiv.

- HENRICOT C., note sous Cour. Trav. Mons, 25 juin 2009, *R.T.D.F.*, 2010/2, pp. 526 et suiv.
- HENRICOT C., SAROLEA S. et SOSSON J., « La filiation d'enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger », note sous Liège, 6 septembre 2010, *R.T.D.F.*, 2010/4, pp. 1144 et suiv.
- HERVIEU N., « La Cour européenne des droits de l'homme, stratège juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *Rev. D.H.*, mercredi 1^{er} octobre 2014, <http://revdh.revue.org/870>, pp. 1 et suiv.
- HERVIEU N., « Discrimination et vie familiale (Art. 14 et 8 CEDH) : un long chemin européen vers la pleine reconnaissance des familles homoparentales », in « *Actualités Droits-Libertés* », CREDOF, 26 février 2013.
- HERVIEU N., « Discrimination et vie familiale : un long chemin européen vers la pleine reconnaissance des familles homoparentales », *Rev. D. H.*, in *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 26 février 2013.
- HIERNAUX G., « La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement de l'enfant », *R.T.D.F.*, 2007/1, pp. 9 et suiv.
- HUET A., « Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques », *Rev. trim. dr. civ.*, 1967, pp. 68 et suiv.
- ISAILOVIC I., « The ECtHR and the Regulation of Transnational Surrogacy Agreements », in *Blog of the European Journal of International Law*, consultable à l'adresse : <http://www.ejiltalk.org>, publié le 25 juillet 2014.
- ISRAËL L., « Question(s) de méthodes. Se saisir du droit en sociologie », *Droit et Société*, 69-70/2008, pp. 325 et suiv.
- JACOBS L., « A propos du droit aux relations personnelles d'un grand-parent et d'un beau-grand-parent », note sous Liège, 4 décembre 2014, *R.T.D.F.*, 2015/2, pp. 331 et suiv.
- JAFFERALI R., « Droit privé belge (1^{er} janvier – 31 décembre 2010), 2^{ème} partie, *J.T.*, 2011, pp. 324 et suiv.
- JAHEL S., « La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français », *R.I.D.C.*, 1-1994, pp. 34 et suiv.
- JESU F., « Le respect à la lumière de la Convention internationale des droits de l'enfant : respecter l'autorité, autoriser le respect », *Journ. dr. jeun.*, 2009/2, pp. 34 et suiv.
- KINSCH P., « La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2011, pp. 817 et suiv.
- KINSCH P., « Non-reconnaissance, pour défaut de conformité à la loi désignée par la règle de conflit du for de la reconnaissance, d'une adoption plénière prononcée au Pérou », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2007, pp. 807 et suiv.
- KRENC F. et VAN DROOGHENDROECK S., « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, 1^{er} janvier-30 juin 2014 », *J.T.*, 2014, n° 6579, pp. 669 et suiv.
- KRUGER T., « Kanttekening », *R.W.*, 2012-2013, n° 40, pp. 1598 et suiv.
- KRUGER T. et VERHELLEN J., « De erkenning in België van buitenlandse familierechtelijke akten », *T. Vreemdt.*, 2006/3, pp. 278 et suiv.
- LAGARDE P., « Différences culturelles et ordre public international privé de la famille », *Annuaire de l'Institut de droit international*, Session de Cracovie, vol 71-1, 2005, B3. pp. 11 et suiv.
- LAGARDE P., « Nationalité et droit international privé », *Ann. Dr.*, 2003, vol. 63, n° 3, pp. 217 et suiv.

- LAMMERANT I., OTTEVAERE A. et VERWILGHEN M., « Le nouveau droit fédéral de l'adoption », *R.T.D.F.*, 2006/1, pp. 77 et suiv.
- LANGHENDRIES B., « La désactivation de la présomption de paternité du mari lorsque les époux sont dans l'attente de sa rejoindre : une double sanction ? », *Newsletter ADDE*, février 2013, n° 84.
- LANGHENDRIES B., « Le moment de la conclusion du second mariage comme facteur-clé pour l'appréciation de l'intensité du rattachement de l'union polygamique avec l'ordre juridique belge », *Rev. dr. étr.*, 2013, n° 172, pp. 29 et suiv.
- LANGHENDRIES B., « La loi applicable au divorce à l'aune du Règlement Rome III », *Rev. dr. étr.*, 2012, n°167, pp. 5 et suiv.
- LANGHENDRIES B., « Questions relatives à la réception du jugement supplétif d'acte de naissance étranger dans l'ordre juridique belge », *Rev. dr. étr.*, 2012, pp. 169 et suiv.
- LANGHENDRIES B., « 'Les bébés papiers' : Derrière le concept choc, un nouveau risque de discrimination des familles en migration. », *Newsletter ADDE*, Novembre 2013, n° 92.
- B. LANGHENDRIES, « La lutte contre les mariages de complaisance ou l'émotive course aux armements du gouvernement », *Newsletter ADDE*, Juillet 2013, n° 89.
- LARDEUX G., « Rome III est mort. Vive Rome III ! », *Rec. Dalloz*, 2011, pp. 1835 et suiv.
- LARDEUX G., « Ordre public international et nouveau droit marocain de la famille », *D.*, 2010, pp. 543 et suiv.
- LAROCHE-GUISSEROT F., « Le nouveau Code marocain de la famille : innovation ou archaïsme ? », *R.I.D.C.*, 2005, pp. 339 et suiv.
- LEGROS T. et ENGLERT H., « Le recours aux tests ADN pratiqués dans le cadre des procédures de regroupement familial », *Rev. dr. étr.*, n° 147, 2008, pp. 3 et suiv.
- LELEU Y.H. et SAUVEUR L., « La filiation incestueuse et la Cour constitutionnelle », *R.T.D.F.*, 1/2013, pp. 213 et suiv.
- LELEU Y.H. et LANGENAKEN E., « Inceste, mariage, filiation : les cours supérieures ouvrent une voie libérale », *J.T.*, 2007, pp. 271 et suiv.
- LENAERTS K., « La portée de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en matière de droit de la famille et des personnes », *R.T.D.F.*, 2008/3, pp. 637 et suiv.
- LEPAGE Y., « Les populations étrangères en Belgique au 20^{ème} siècle », *Les cahiers du CeDop*, Série 'Documents pour l'enseignement de l'histoire', Dossier n° 4, 2001.
- LETILLIER H., « Le règlement Rome III : du nouveau pour les contrats de mariage ! », *Gaz. Pal.*, Mars-avril 2012, pp. 727 et suiv.
- LEVINET M., « La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D.H.*, 2004/60, pp. 893 et suiv.
- LHERNOULD J.P., « Le périmètre de la famille en droit social communautaire », *Dr. Fam.*, n° 12, décembre 2005, étude 26.
- LYS M., « La nouvelle loi belge sur le regroupement familial : le droit européen et le droit belge autorisent-ils la discrimination à rebours ? », *Rev. b. dr. const.*, n° 1, 2012, pp. 27 et suiv.
- DIAGO DIAGO M., « La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol », *Ann. Dr.*, 2001, pp. 407 et suiv.
- MAKOW V., « La prescription des actions en contestation et en reconnaissance de paternité : caractère absolu et point de départ à apprécier *in concreto* », note sous Civ. Arlon, 6 décembre 2013, *J.L.M.B.*, 2014/6, pp. 260 et suiv.

- MARCHADIER F., « La protection européenne des situations constituées à l'étranger », *Rec. Dalloz*, 2007, pp. 2700 et suiv.
- MARCHAL P., « L'individu, devenu valeur suprême ? », *R.T.D.F.*, 2008/3, pp. 673 et suiv.
- MARCHAL ESCALONA N., « Reconnaissance et efficacité de la Kafala marocaine dans l'ordre juridique espagnol », *Rev. crit. dr. intern. privé*, 2015, pp. 89 et suiv.
- MARGUENAUD J.-P., « La réception européenne de la Kafala », *Rev. trim. dr. civ.*, 2012, pp. 705 et suiv.
- MARGUENAUD J.-P., « Enterrement du mariage homosexuel et naissance de la vie familiale homosexuelle », *Rev. trim. dr. civ.*, 2010, pp. 738 et suiv.
- MARGUENAUD J.-P., « L'état civil dans tous ses états : la transcription des jugements étrangers d'adoption plénière par une personne célibataire », *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, pp. 738 et suiv.
- MARTENS P., « L'égalité dans l'adoption », *J.L.M.B.*, 2013/27, pp. 1404 et suiv.
- MARTENS P., « Inceste et filiation : égalité et tabou », *J.L.M.B.*, 2012/27, pp. 1286 et suiv.
- MARTENS P., « La Cour constitutionnelle et la famille », *R.T.D.F.*, 3/2008, pp. 657 et suiv.
- MARTENS P., note sous CEDH, 26 février 2002, *Fretté c. France*, *J.L.M.B.*, 2002/18, pp. 775 et suiv.
- MARY J., « Mariage polygamique : les juges du fond se 'rebellent' », note sous Cour Trav. Bruxelles, 8 janvier 2014, *R.T.D.F.*, 2014/2, pp. 359 et suiv.
- MASSAGER N., « La Cour constitutionnelle et le droit de la filiation : Mémento à l'usage des praticiens », *Act. dr. Fam.*, 2013/7, pp. 147 et suiv.
- MASSAGER N., « La prophétie de Gerlo. Réflexion à propos des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *Act. dr. Fam.*, 2011/7, pp. 130 et suiv.
- MASSAGER N., « Le délai d'un an : un anniversaire inopportun selon la Cour constitutionnelle », *Act. dr. Fam.*, 2011/1, pp. 3 et suiv.
- MASSAGER N., « Trois ans d'application de la nouvelle loi en matière de filiation », *Act. dr. Fam.*, 2010/6, pp. 101 et suiv.
- MASSAGER N., « La nouvelle loi sur la filiation », *in Droit des familles*, 2007, pp. 43 et suiv.
- MASSAGER N., « Le nouveau droit de la filiation : questions choisies », *Divorce*, 2007/5, pp. 81 et suiv.
- MASSON J.-P., « La loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille et de la jeunesse », *J.T.*, n° 6555, 2014, pp. 181 et suiv.
- MASSON J.-P., « La loi du 21 février 2003 créant un service des créances alimentaires au sein du service public fédéral des finances », *J.T.*, 2004, pp. 189 et suiv.
- MATHIEU G. et RASSON A.C., « Les fins de non-recevoir en matière de filiation : entre verrous absolus et verrous relatifs : Etude des trois derniers arrêts de la Cour constitutionnelle n°46/2013, n° 96/2013 et n° 105/2013 », *J.T.*, n° : 6537, pp. 673 et suiv.
- MATHIEU G. et RASSON A.C., « L'intérêt de l'enfant sur le fil. Réflexions à partir des arrêts de la Cour constitutionnelle en matière de filiation », *J.T.*, 15 juin 2013, n° 6525, pp. 436 et suiv.
- MATHIEU G., « Filiation et Cour constitutionnelle. Cohérence : 'Rapport étroit d'idées qui s'accordent entre elles' (Le Grand Robert) », *R.T.D.F.*, 2013/4, pp. 1045 et suiv.
- MATHIEU G., « Le recours à l'expertise génétique comme mode de preuve de la filiation : le droit au respect de la vie privée et de l'intégrité physique face au droit de l'enfant de voir sa filiation établie », *R.T.D.F.*, 2012/3, pp. 758 et suiv.

- MATHIEU G., « L'article 7 de la Convention relative aux droits de l'enfant dans la jurisprudence belge en matière de filiation », *R.T.D.F.*, 2012/3, pp. 802 et suiv.
- MATHIEU G., « De la relativité dans le temps et dans l'espace des valeurs qui fondent l'ordre public de droit international privé », *R.T.D.F.*, 2009/2, pp. 481 et suiv.
- MATHIEU G., « La réforme du droit de la filiation : une refonte en profondeur... », *R.T.D.F.*, 2007/2, pp. 333 et suiv.
- MATHIEU N., « Séparation des parents et garde de l'enfant - Le point sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D.H.*, 2013/93, pp. 39 et suiv.
- MELIS V., « La lutte contre les mariages simulés : une histoire sans fin », *Rev. dr. étr.*, 2006, n° 137, pp. 3 et suiv.
- MEULDERS-KLEIN M.T., « Égalité et non-discrimination en droit de la famille - Le rôle des juges », *Rev. trim. D.H.*, 2003/56, pp. 1185 et suiv.
- MUIR WATT H., « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation », *Arch. phil. dr.*, n° 45, 2001, pp. 271 et suiv.
- OTTEVAERE A., « Adoptions internationales et intérêt supérieur de l'enfant », *J.T.*, 2008/18, pp. 309 et suiv.
- PFEIFF S., « L'écartement de la loi étrangère au profit du droit belge en matière d'adoption », *Rev. dr. étr.*, 2009, n° 151, pp. 709 et suiv.
- PIRE D., « Tribunal de la famille et de la jeunesse : loi réparatrice », *Act. dr. Fam.*, 2014/6, pp. 178 et suiv.
- PLUYM L., « Juridisch statuut voor meemoeders – commentaar bij de wet van 5 mei 2014 », *T. Fam.*, 2015/1, pp. 5 et suiv.
- PLUYM L., « *Menesson v. France and Labassée v. France* : Surrogate Motherhood Across Borders », *Strasbourg Observers*, 1 octobre 2014, <http://strasbourgobservers.com>.
- PLUYM L., « Sociale werkelijkheid en belang van het kind primeren op internationaalprivaatrechtelijke bescherming van intern verbod op draagmoederschap », *Revue@dipr.be*, 2014/3, pp. 183 et suiv.
- PLUYM L., « Weigering volle adoptie na commercieel laagtechnologisch draagmoederschap », note sous Gand, 30 avril 2012, *R.G.D.C.*, 2012/8, pp. 372 et suiv.
- PLUYM L., « Adoptie na internationaal draagmoederschap », note sous Civ. Jeun. Anvers, 22 avril 2010, *T. Fam.*, 2012, pp. 43 et suiv.
- POUSSON-PETIT J., « Troisième millénaire : évolution ou révolution du droit des personnes et de la famille dans les pays européens ? », *R.T.D.F.*, 2006/3, pp. 741 et suiv.
- QUINONES ESCAMEZ A., « La réception du nouveau Code marocain de la famille en Europe », *Rivista di Diritto Internazionale Privato et Procesuale*, n° 3, Juillet-Septembre 2004, pp. 887 et suiv.
- RASSON A.C., « Reconnaissance d'un enfant hors mariage : l'intérêt de l'enfant aurait-il vaincu l'égalité ? Réflexions à partir de l'arrêt n° 144/2010 de la Cour constitutionnelle », *Vanden Broele, Chroniques de Droit Public*, 2011/1, pp. 47 et suiv.
- RASSON-ROLAND A. et SOSSON J., « Coups de tonnerre constitutionnels dans la filiation : l'article 318 du Code civil dans la tourmente... », *R.T.D.F.*, 2011/3, pp. 581 et suiv.
- RENCHON J.-L., « Le nouveau régime de la 'protection judiciaire' des incapables majeurs : présentation générale », *R.T.D.F.*, 2014/2, pp. 241 et suiv.
- RENCHON J.-L., « Le droit belge de la personne et de la famille : de l'indisponibilité à l'autodétermination ? », *R.E.D.P.*, 2007, vol. 15, n° 1, pp. 398 et suiv.

- RENCHON J.-L., « Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique ? », *J.T.*, 2005, pp. 125 et suiv.
- RENCHON J.-L., « Vers l'octroi de l'autorité parentale à des beaux-parents ? », *R.T.D.F.*, 2004/1, pp. 190 et suiv.
- RENCHON J.-L., « L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge », *R.T.D.F.*, 2003/3, pp. 439 et suiv.
- REVILLARD M., « Divorce des couples internationaux : choix de la loi applicable », *Rep. Not. Defrénois*, 2011/1, 39208.
- ROMMEL G., « Le statut personnel marocain », *J.J.P.*, 1980, pp.193 et suiv.
- RUFFIEUX G., « La France condamnée par la Cour européenne pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle », *R.T.D.F.*, 2008/3, pp. 942 et suiv.
- SAINT-GHISLAIN V., « Cohabitations légales et mariages simulés : un renforcement légal », *J.T.*, 2014, pp. 316 et suiv.
- SAINT-GHISLAIN V., « La lutte contre les mariages blancs et gris », *J.T.*, 2010, n°6406, pp. 514 et suiv.
- SAREHANE F., « Maroc- Conflit de lois – Conflit de juridictions », *JurisClasseur, Droit comparé, V° Maroc*, fascicule 60, n° 63, pp. 14 et suiv.
- SAREHANE F., *Jurisclasseur de droit comparé*, Fasc. 20, Maroc, « Statut personnel : droit commun », 18 juin 2013, n° 116.
- SAROLEA S., CARLIER J.-Y., NERAUDAU E., PASCOUAY Y. et LEBOEUF L., « Recherche-action sur la mise en œuvre du règlement Dublin et la directive qualification en droit interne belge », Rapport intermédiaire, Décembre 2011, *CEDIE*.
- SAROLEA S., « L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.F.*, 2009/1, pp. 11 et suiv.
- SAROLEA S., « Le nouveau visage du droit au regroupement familial après deux années de réforme », *R.T.D.F.*, 2008/2, pp. 361 et suiv.
- SAROLEA S., « Le Code de droit international privé et le droit familial. Le grand nettoyage de printemps », *R.T.D.F.*, 2004, pp. 819 et suiv.
- SAROLEA S., « L'ordre public international et la Convention européenne des droits de l'homme en matière de filiation », *R.T.D.F.*, 1996, pp. 141 et suiv.
- SAROLEA S., « Le mariage simulé en droit international privé », *R.T.D.F.*, 1995/1, pp. 9 et suiv.
- SAROLEA S., « Le droit au regroupement de famille. La famille à l'épreuve de la migration. Migrer ou vivre en famille... Faut-il choisir ! », in *Migratie en migrantenrecht*, M.C. FOGLETS, D. VANHEULE et M. MAES (ed.), Bruges, Die Keure, 2011, pp.302 et suiv.
- SEGHERS G. et SWENNEN F., « Reparatie Wet Meemoederschap », *R.G.D.C.*, 2015/4, pp. 197 et suiv.
- SEGHERS G. et SWENNEN F., « Meemoederschap zonder adoptie - De wet van 5 mei 2014 tot vaststelling van de afstamming van de meemoeder », *R.G.D.C.*, 2014/10, pp. 480 et suiv.
- SENAEVE P., « De wet van 2 juni 2013 tot bestrijding van schijnhuwelijken, de schijn-wettelijke samenwoningen en de gedwongen huwelijken en wettelijke samenwoningen », *T. Fam.*, 2014/1, pp. 2 et suiv.
- SENAEVE P., « De hervorming van het afstammingsrecht door de Wetten van 1 juli 2006 en van 27 december 2006 », Deel I, *T. Fam.*, 2007/4, pp. 62 et suiv ; Deel II, *T. Fam.*, 2008/6-7, pp. 102 et suiv.

- SENAEVE P., « De wet van 13 februari 2003 tot invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht », *EJ*, 2003, pp. 49 et suiv.
- SINDRES, D., « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *J.D.I.*, n° 3, juillet 2012, doct. 10
- SOSSON J., « La jurisprudence européenne et la gestation pour autrui », *JDE*, 2015, pp. 52 et suiv.
- SOSSON J., « Mère porteuse mariée : danger ? », note sous Civ. Dinant, 6 février 2014. *R.T.D.F.*, 2014/3, pp. 629 et suiv.
- SOSSON J., « Qu'est-ce que la filiation aujourd'hui ? », *Ann. Dr.*, vol. 74, 2014/1, pp. 49 et suiv.
- SOSSON J., « Actions en contestation de paternité : la Cour constitutionnelle ne souffle-t-elle pas le chaud et le froid ? », *R.T.D.F.*, 2013/2, pp. 543 et suiv.
- SOSSON J., « L'équivocité de la possession d'état : une notion... équivoque ? », note sous Cass., 2 mars 2012, *R.T.D.F.*, 2012/3, pp. 733 et suiv.
- SOSSON J., « La création d'un lien légal avec la mère génétique d'un enfant conçu par gestation pour autrui : une question de filiation ou d'adoption ? », *R.T.D.F.*, 2011/1, pp. 172 et suiv.
- SOSSON J., « Procréation médicalement assistée avec donneur et action en recherche de paternité : quelle interprétation donner aux articles 27 et 56 de la loi du 6 juillet 2007 », *R.T.D.F.*, 2010/4, pp. 1102 et suiv.
- SOSSON J., « Le nouveau droit de la filiation est arrivé ! », *J.T.*, 2007, n° 6267, pp. 365 et suiv.
- SOSSON J. et MARY J., « Gestation pour autrui pratiquée à l'étranger : l'intérêt de l'enfant, sésame d'une reconnaissance en Belgique ? », note sous Civ. Bruxelles, 18 décembre 2012, *R.T.D.F.*, 2014/3, pp. 544 et suiv.
- SSI/CIR, « Le principe de subsidiarité et la prise en charge par la famille élargie », *Bull. mens.*, 2005/3, mars 2005, pp. 2 et suiv.
- STORME H., « Arbitragehof vermijdt toetsing conflictenregel aan Grondwet », *R.W.*, 2005-06, n° 19, pp. 737 et suiv.
- SWENNEN F., « Meemoederschap vanaf 1 januari 2015 : een niet-levensvatbare vroeggeboorte », *R.W.*, 2014-2015, pp. 242 et suiv.
- SWENNEN F., « De meerderjarige Beschermde personen », *R.W.*, Deel I, 2013-2013/15, pp. 563 et suiv.
- SWENNEN F., « Volle adoptie na draagmoederschap : nihil obstat ? », note sous Civ. Jeun. Turnhout, 4 octobre 2000, *R.W.*, 2001-2002, pp. 206 et suiv.
- TULKENS F., « Le droit au respect de la vie familiale. Égalité et non-discrimination », *R.T.D.F.*, 2008/3, pp. 623 et suiv.
- VANANROYE J., « De 'Révision au fond' herbekeken buitenlandse vonnissen in Belgische rechtsorde buiten verdrag », *R.G.D.C.*, 1997/5, pp. 374 et suiv.
- VAN BOXSTAEL J.-L., « Le régime matrimonial dans l'Espace-Temps », *Rev. not. belge*, 2006, pp. 310 et suiv.
- VAN BOXSTAEL J.-L., note sous Cass., 4 décembre 2009, *R.T.D.F.*, 2010/2, pp. 718 et suiv.
- VAN BUNNEN L., « La gestation pour autrui et les droits de l'homme », *R.C.J.B.*, 2015/1, pp. 32 et suiv.
- VAN DEN EECKHOUT V., « Internationaal privaatrecht en migratierecht », *Nemesis*, 2002/4, pp. 75 et suiv.
- VAN DEN EECKHOUT V., « Voyage sur les canaux du droit international privé belge et marocain : le gouvernail de la filiation paternelle dans le mariage », *Rev. dr. étr.*, 1996, n° 89, pp. 317 et suiv.

- VANDER ELST R., « Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé », *R.C.J.B.*, 1981, pp. 347 et suiv.
- VAN DROOGHENBROECK S., « L'égalité entre étranger dans la jurisprudence de la CEDH. Réponse péremptoire », *Rev. dr. étr.*, 1997, n° 92, pp. 7 et suiv.
- VAN GYSEL A.C., « La cohabitation légale : quo vadis ? », *R.T.D.F.*, 2015/1, pp. 9 et suiv.
- VAN HECKE G. et RIGAUX F., « Examen de jurisprudence (1981 à 1990), Droit international privé (conflits de lois) », *R.C.J.B.*, 1991, pp. 156 et suiv.
- VELLETI M., CALO E. et BOULANGER D., « La discipline européenne du divorce », *Sem. Jur., not. imm.* n°19, 13 mai 2011, 1160.
- VERBROUCK C., « Mariages et cohabitations légales de complaisance : encore un pas plus loin », *Bulletin social et juridique*, Novembre 2013/1.
- VERHELLEN J., « Het attest van geen huwelijksbeletsel : van administratieve praktijk naar wettelijke verankering », *T.Vreemd.*, 2013, pp. 301 et suiv.
- VERHELLEN J., « Draagmoederschap en de grenzen van het Belgisch IPR », *T.P.R.*, 2011, n°22, 1522-1523.
- VERHELLEN J., « Draagmoederschap : het internationaal privaatrecht uitgedraagd », note sous Civ. Gand, 24 décembre 2009 et Civ. Anvers, 19 décembre 2008, *Revue@dipr.be*, 2010/4, pp. 164 et suiv.
- VERSCHELDEN G., « De nieuwe familienaam : keuzevrijheid voor de ouders zonder inspraak van het minderjarige kind », *TJK*, 2014/2, pp. 131 et suiv.
- VERSCHELDEN G., « Betwisting huwelijksvaderschap niet langer ontoelaatbaar bij bezit van staat », *De Juristenkrant*, n° 224, 23 février 2011, pp. 1 et suiv.
- VERSCHELDEN G., « Nood aan een familierechtelijk statuut voor draagmoederschap in België, met aandacht voor grensoverschrijdende aspecten », *T. Fam.*, 2010/4, pp. 69 et suiv.
- VERSCHELDEN G., « Het hervormde afstammingsrecht : een nieuw compromis tussen biologisch en sociaal ouderschap », *R.W.*, 2007-2008, pp. 338 et suiv.
- WATTE N., BARNICH L. et JAFFERALI R., « Chronique de jurisprudence belge (1995-2010) », *J.D.I.*, 2001, pp. 1029 et suiv.
- WAUTELET P. et VERHELLEN J., « L'ordre public, la révision au fond et la légalisation : bref commentaire de la circulaire du 14 janvier 2015 relative à la légalisation », *Revue@dipr.be*, 2015/1, pp. 142 et suiv.
- WAUTELET P., « L'option de loi et les binationaux : peut-on dépasser le conflit de nationalités ? », *R.G.D.C.*, 2012, pp. 414 et suiv.
- WAUTELET P., « Le rayonnement de la prohibition de l'accueil des répudiations étrangères », *J.L.M.B.*, 2010/38, pp. 1809 et suiv.
- WAUTELET P., « Du bon accueil en Belgique des répudiations étrangères », *J.L.M.B.*, 2010/38, pp. 1800 et suiv.
- WAUTELET P., « Gestation pour autrui transfrontière : le désir d'enfant à l'épreuve du droit international privé », note sous Civ. Huy, 22 mars 2010, *J.L.M.B.*, 2010/38, pp. 1826 et suiv.
- WAUTELET P., « Quelques réflexions sur le statut des enfants issus d'une union polygamique », *Rev. dr. étr.*, 2009, n° 151, pp. 734 et suiv.
- WAUTELET P., « Ordre public international et filiation hors mariage », *J.L.M.B.*, 2008/19, pp. 835 et suiv.

- WAUTELET P., « De quelques difficultés liées à la reconnaissance en Belgique d'un acte de l'état civil étranger », obs. sous Liège, 19 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 833 et suiv.
- WAUTELET P., « La fraude à la loi et les mariages célébrés à l'étranger », note sous Civ. Mons, 27 juin 2007, *Rev. dr. étr.*, 2007, n° : 143, pp. 179 et suiv.
- WAUTELET P., « Reconnaissance d'un mariage par procuration célébré à l'étranger », note sous Civ. Bruxelles, 13 mars 2007, *J.L.M.B.*, 2008/19, pp. 841 et suiv.
- WAUTELET P., note sous Liège, 9 juin 2009, *J.L.M.B.*, 2010/38, pp. 1795 et suiv.
- WAUTELET P., « Le nouveau régime des décisions étrangères dans le Code de droit international privé belge », *R.D.J.P.*, 2004, pp. 212 et suiv.
- WAUTELET P., « La répudiation répudiée », *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, 2004/3, pp. 465 et suiv.
- WAUTELET P., « La Cour de cassation et l'ordre public international alimentaire », note sous Cass., 18 juin 2007, *J.L.M.B.*, 2008/19, p. 822.
- WAUTELET P., « Un nouvel épisode dans la saga de la gestation pour autrui transfrontière » note sous Liège, 6 septembre 2010, *J.L.M.B.*, 2011/2, pp. 52 et suiv.
- WILLEMS G., « La gestation pour autrui : brève synthèse des réflexions relatives à un éventuel encadrement législatif », *Ann. Dr.*, vol. 74, 2014, n°1, pp.114 et suiv.
- WILLEMS G., « La vie familiale des homosexuels au prisme des articles 8, 12 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme : mariage et conjugalité, parenté et parentalité », *Rev. trim. D.H.*, 2013/93, pp. 65 et suiv.
- WILLEMS G., « Orientation sexuelle et adoption : l'Autriche condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme », *R.T.D.F.*, 2013/4, pp. 1025 et suiv.
- WILLEMS G., « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droit des personnes et des familles (2009-2011) », *R.T.D.F.*, 2012/1, pp. 9 et suiv.
- WUYTS T., « Het bezit van staat als absolute grond van niet-ontvankelijkheid bij betwisting van afstamming strijdig met het recht op eerbiediging van het privéleven », *T. Fam.*, 2011/9, pp. 64 et suiv.
- X, « Renforcement des mesures dans la lutte contre les mariages et cohabitations légales de complaisances », *Act. Dr. Fam.*, 2013/8, pp. 166 et suiv.
- X. « Déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre de l'adoption internationale », *J. dr. jeun.*, 2014, liv. 340, pp. 9 et suiv.

Articles faisant partie d'un ouvrage collectif

- AUTIN C., « Gestation pour autrui : expérience d'un centre belge de procréation médicalement assistée », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 9 et suiv.
- BUCHER A., « La migration de l'état civil », in *Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2013, pp. 101 et suiv.

- BUSKENS L., « Le droit de la famille au Maroc », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, N. BERNARD-MAUGIRON et B. DUPRET (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 97 et suiv.
- CARBONNIER J., « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 99 et suiv.
- CARLIER J.-Y. et HENRICOT C., « Belgique, de l'exception d'ordre public aux accommodements réciproques ? », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, N. BERNARD-MAUGIRON et B. DUPRET (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 241 et suiv.
- CARLIER J.-Y., « Diversité culturelle et droit international privé : vers des accommodements réciproques ? », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le Droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, pp. 699 et suiv.
- CARLIER J.-Y., « Le respect du statut personnel musulman. De quel droit, par quel droit ? », in *Le statut personnel des musulmans*, J.-Y. CARLIER et M. VERWILGHEN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 385 et suiv.
- CARRE D., « Les aliments », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence, 2005-2010*, D. CARRE et al., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 488 et suiv.
- CHRISTIANS L.-L., « Les références belges à l'ordre public comme standard de régulation et révélateur de conflits de valeurs dans le statut des personnes musulmanes en dehors du droit international privé : l'exemple belge », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, N. BERNARD-MAUGIRON et B. DUPRET (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 439 et suiv.
- CLEMENT C., « La place du modèle familial dans un système pluraliste », in *Réflexion sur le pluralisme familial*, O. ROY (dir.), Paris, Presses universitaires de Paris-Ouest, 2011, pp. 124 et suiv.
- DE MEYER J. et ENGLERT H., « Table ronde 2 : L'application du droit étranger et le rattachement à la loi nationale en DIP », in *Loi et pratique en DIP familial*, J. VERHELLEN (dir.), Bruges, La Charte, 2013, pp. 20 et suiv.
- DIB-MAROUF C., « Dot et travail féminin à domicile en Algérie. Procès de reproduction sociale et culturelle », in *Femmes du Maghreb au présent, La dot, le travail, l'identité*, M. GADANT et M. KASRIEL (dir.), Centre national de la recherche scientifique, Paris, 1990, pp. 29 et suiv.
- DIJON X., « Chronique d'une avalanche annoncée : Les présupposés philosophiques de la gestation pour autrui », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 61 et suiv.
- DOS REIS E., RUFFIEUX G., TEREL J. et WILLEMS, « La maternité de substitution », in *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, H. FULCHIRON et J. SOSSON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 181 et suiv.
- EID G., « Entre intimité et parentalité : la famille postmoderne », in *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : Étude pluridisciplinaire*, P. BOUCAUD (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 41 et suiv.
- EID G., « Familles et diversités culturelles - De quelques enjeux », in *Familles et diversités culturelles*, P. BOUCAUD et G. EID (dir.), L'Harmattan, Paris, 2011, pp. 13 et suiv.
- EL HAJJAMI A., « Le juge et le Nouveau Code de la Famille : Système socio-culturel et perceptions », in *Le Code de la famille à l'épreuve de la pratique judiciaire*, A. EL HAJJAMI (dir.), Service de Coopération et d'Action Culturelle Ambassade de France au Maroc, Daoudiate – Marrakech, 2009, pp. 47 et suiv.

- ENGLERT H., «Actualités de droit international privé en matière de divorce et répudiation (Bruxelles IIbis, Rome III et Code de DIP) », in *Actualités en droit international privé*, A. NUYS (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 35 et suiv.
- FIORINI A., « Rome III – Un modèle à suivre ? », in *La justice européenne en marche*, M. DOUCHY- OUDOT et E. GUINCHARD (dir.), Paris, Dalloz, 2012, pp. 79 et suiv.
- FOBLETS M.-C., « Les juges belges et l'application de la loi étrangère en droit de la famille », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, N. BERNARD-MAUGIRON et B. DUPRET (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 409 et suiv.
- FOBLETS M.-C., « Le droit face à la multiplication des revendications identitaires – Pluriculturalité et pluralisme juridique au départ de l'expérience belge », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le Droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, pp. 877 et suiv.
- FULCHIRON H., « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de logiques ? L'exemple de l'égalité des droits et responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. SUDRE (dir.), Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2002 (Droit et Justice, n°38), pp. 353 et suiv.
- GALLUS N., « La validité de la convention de gestation pour autrui en droit belge actuel », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, G. SCHAMPS et J. SOSSON, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 183 et suiv.
- GALLUS N., « La protection des personnes vulnérables », in *États généraux du droit de la famille*, M. BLITZ et al., Limal-Bruxelles, Anthémis-Bruylant, 2014, pp. 15 et suiv.
- GANNAGE P., « Vers un ordre public personnel dans le droit international privé de la famille » in *Pluralisme des statuts personnels dans les Etats multicommunautaires*, Bruxelles, Bruylant-PUSJ, 2001, pp. 325 et suiv.
- GAUDEMET-TALLON H., « Nationalité, statut personnel et droits de l'homme », in *Mélanges dédiés à ERIC JAYME*, Munich, Sellier, 2004, pp. 205 et suiv.
- GENICOT G., « Gestation pour autrui, autonomie personnelle et maîtrise corporelle : plaidoyer pour un droit neutre et libéré », in G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 155 et suiv.
- GUEZ P., « Pluralisme familial et ordre public international », in *Réflexion sur le pluralisme familial*, O. ROY (dir.), Paris, Presses universitaires de Paris-Ouest, 2011, pp. 197 et suiv.
- HENRICOT C., « Le droit international privé à l'épreuve d'un nouveau mode d'établissement de la filiation : le cas de la gestation pour autrui », in *Actualité de droit familial*, N. GALLUS (dir.), coll. UB³, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.50 et suiv.
- HERBRAND, « La loi sur la procréation médicalement assistée en Belgique : un reflet de la diversité familiale ? », in *Droit des familles, genre et sexualité*, N. GALLUS (dir.), Limal, Anthémis, 2012, pp. 328 et suiv.
- HIERNAUX G., « Le mariage », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence, 2005-2010*, D. CARRE et al., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 128 et suiv.
- JAUMOTTE J., « Le droit des étrangers : les derniers développements en droit européen – la jurisprudence récente de la CJUE et de la Cour eur. D.H. », in *Droit des étrangers*, S. BODART (coord.), UB³, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 1 et suiv.
- LABRUSSE-RIOU C., « Le droit international face aux diversités culturelles de la famille », in *Familles et diversités culturelles*, P. BOUCAUD et G. EID (dir.), L'Harmattan, Paris, 2011, pp. 26 et suiv.

- LAGARDE P., « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à FRANÇOIS RIGAUX*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 263 et suiv.
- LELEU Y.H., « À l'orée d'un droit judiciaire des familles », in *Actualités de droit des personnes et des familles*, Y. H. LELEU et D. PIRE (dir.), Bruxelles, Larcier, 2013 (CUP, Vol. 141), pp. 1 et suiv.
- LOUIS S., « Obligation parentale d'entretien et obligations alimentaires de droit commun : jurisprudence récente », in *Actualités de droit familial. Le point en 2008*, Y. H. LELEU (dir.), Liège, Anthémis, 2008, pp. 143 et suiv.
- LOUKILI M., « L'ordre public en droit international privé marocain de la famille », in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, N. BERNARD-MAUGIRON et B. DUPRET (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 127 et suiv.
- MARQUET J., « De la contractualisation des liens conjugaux : du mariage par amour à la rupture pour désamour », in *Familles plurielles, politiques familiales sur mesure ?*, M. T. CASMAN, C. SIMAÏS, R. BULCKENS, D. MORTEMANS, Bruxelles, Editions Luc Pire, 2007, pp. 48 et suiv.
- MASSAGER N., « Autorité parentale et hébergement », in *Droit des personnes et des familles, Chronique de jurisprudence, 2005-2010*, D. CARRE et al., Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 283 et suiv.
- MASSON J.-P., « Le tribunal de la famille et le divorce », in *États généraux du droit de la famille*, M. BLITZ et al., Limal-Bruxelles, Anthémis-Bruylant, 2014, pp. 85 et suiv.
- MAYER P., « La méthode de la reconnaissance en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 547 et suiv.
- MERNISSI S., « Quelques aspects du statut personnel marocain », in *Le statut personnel des musulmans, Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 116 et suiv.
- MONJID M., « Les apports de la réforme du droit marocain de la famille », in *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, J. POUSSON-PETIT (dir.), L'Harmattan, Paris, 2009, pp. 50 et suiv.
- MOREAU P., « La Cour constitutionnelle et les successions », in *Actes du Colloque : Cour constitutionnelle et droit familial*, du 5 février 2013, Limal, Anthémis, pp. 243 et suiv.
- MOREAU, T., « Intérêt et droits de l'enfant ou les deux éléments constitutifs du droit de l'enfant au respect », in T. Moreau (dir.), *Le droit de l'enfant au respect*, Limal, Anthémis, 2013, pp. 155 et suiv.
- OUNNIR A., « Les justiciables dans le circuit judiciaire relatif au contentieux de la famille », in *Le Code de la famille. Perceptions et pratiques judiciaire*, M. BENRADI, H. ALAMI M'CHICHI, A. OUNNIR, M. MOUAQIT, F. Z. BOUKAISSI et R. ZEIDGUY, FRIEDRICH EBERT STIFTUNG (éds.), Fes, 2007, pp. 108 et suiv.
- PAYEN F., « La famille organisatrice du sexuel et de la parenté est-elle en voie de disparition ? », in *L'évolution du concept de famille en Europe, depuis trente ans : Étude pluridisciplinaire*, P. BOUCAUD (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2009.
- PERELMAN CH., « Les notions à contenu variable en droit. Essai de synthèse », in *Les notions à contenu variable en droit*, C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1984, pp. 363 et suiv.
- PETTITI C., « L'égalité entre époux », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. KRENC et M. PUECHAVY (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008 (Droit et Justice, n°78), pp. 29 et suiv.

- PINSART M.-C., « La gestation pour autrui dans les avis des comités de bioéthique belge et français » in N. GALLUS (dir.), *Droit des familles genre et sexualité*, Limal, Anthémis, 2012, pp. 189 et suiv.
- RENAULD B., BOMBOIS T. et MARTENS P., « Existe-t-il un droit fondamental au regroupement familial à Strasbourg, à Luxembourg et à Bruxelles ? », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme, Liber amicorum Michel Melchior*, Limel, Anthémis, 2010, pp. 793 et suiv.
- RENCHON J.-L., « Considérations en forme de conclusions à propos de l'œuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l'homme », in F. KRENC et M. PUECHAVY (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant/Némésis, 2008, pp. 156 et suiv.
- RIADH F., « Pour un Code européen musulman », in *Le statut personnel des musulmans*, J.-Y. CARLIER et M. VERWILGHEN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 385 et suiv.
- RIGAUX, « Le droit de connaître ses origines », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales. Actes des journées d'études des 3 et 4 décembre 1992 organisées par le LERADP de l'Université de Lille II*, Paris, LGDJ, 1993, pp. 103 et suiv.
- ROMAIN J.-F., « L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme », in *L'ordre public. Concept et applications*, Les conférences du centre de droit privé et de droit économique, vol. III, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 25 et suiv.
- RUDE-ANTOINE E., « L'approche d'un sociologue du droit », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales. Actes des journées d'études des 3 et 4 décembre 1992 organisées par le LERADP de l'Université de Lille II*, Paris, LGDJ, 1993, pp. 21 et suiv.
- SAROLEA S. et HENRICOT C., « Droit international privé et droit de la famille », *Recyclage en droit*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, pp. 145 et suiv.
- SAROLEA S., « Le regroupement familial suite à la réforme de 2011 », in *Droit des étrangers*, S. BODART (coord.), UB³, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 109 et suiv.
- SOSSON J., « Cour constitutionnelle, filiation et intérêt de l'enfant. 'C'est quand qu'on va où' », in *Actualités de droit des personnes et des familles*, Vol. 141, 2013, pp. 97 et suiv.
- SOSSON J., « Filiation, origines, parentalités », in *Filiation et parentalité. Actes du XIIIe colloque de l'Association Famille et Droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 27 et suiv.
- SOSSON J., « Filiation et parentalité. Trois réformes législatives aux alentours de la filiation », in *États généraux du droit de la famille*, M. BLITZ et al., Limal-Bruxelles, Anthémis-Bruylant, 2014, pp. 137 et suiv.
- STREIFF-FENART J., « Représentations et pratiques de la dot chez les familles maghrébines immigrées », in *Femmes du Maghreb au présent, La dot, le travail, l'identité*, M. GADANT et M. KASRIEL (dir.), Centre national de la recherches scientifique, Paris, 1990, pp. 85 et suiv.
- SWENNEN F., « Le droit familial : hier, aujourd'hui... et demain ? », in *Familles plurielles, politiques familiales sur mesure ?*, M. T. CASMAN, C. SIMAÏS, R. BULCKENS, D. MORTEMANS, Bruxelles, Editions Luc Pire, 2007, pp. 189 et suiv.
- TIGROUDJA, « La discrimination entre enfants », in *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. KRENC et M. PUECHAVY (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2008 (Droit et Justice, n°78), pp. 127 et suiv.
- VAN GYSEL A.C., « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », in *Droit des familles, genre et sexualité*, N. Gallus (dir.), Limal, Anthémis, 2012, pp. 266 et suiv.

- VERHELLEN J., « De rol en de impact van het Wetboek IPR in zaken van internationaal familierecht », in *Nieuw internationaal privaatrecht : meer Europees, meer globaal*, J. ERAUW et P. TAELEMAN (dir.), Kluwer, 2009, pp. 156 et suiv.
- VERSCHELDEN et L. PLUYM, « Chronique de jurisprudence belge concernant la gestation pour autrui (droit interne), in G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 195 et suiv.
- VERSCHELDEN G. et VERHELLEN J., « Belgium », in *International surrogacy arrangements*, K. TRIMMINGS et P. BEAUMONT (éds.), Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 49 et suiv.
- VERSCHELDEN G., « De hervorming van het afstammingsrecht door Grondwettelijk Hof », in *Ouders en Kinderen*, P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHELDEN (dir.), Anvers-Cambridge, Intersentia, 2013, pp. 62 et suiv.
- VERWILGHEN M., « Les problèmes juridiques soulevés par l'immigration musulmane », in *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 5 et suiv.
- VIRRALY M., « Le phénomène juridique », in *Le droit international en devenir, Essai écrit au fil des ans*, Paris, PUF, 1990, pp. 38 et suiv.
- WATTE N., « Les fonctions de l'ordre public international et les droits de l'homme », in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 1047 et suiv.
- WAUTELET P., « La filiation biologique », in *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique*, CUP, Vol. 118, Liège, Anthémis, 2010, pp. 148 et suiv.
- WAUTELET P. et F. COLLIERNE (dir.), *Droit de l'immigration et de la nationalité : fondamentaux et actualités*, CUP, vol. 151, Bruxelles, Larcier, 2014.
- WAUTELET P., « De strijd tegen (schijn)huwelijken voltrokken in het buitenland : is het Belgisch IPR aan een update toe ? », in J. ERAUW en P. TAELEMAN (dir.), *Nieuw internationaal privaatrecht : meer Europees, meer globaal*, Mechelen, Kluwer, 2009, pp. 171 et suiv.
- WAUTELET P., « Les relations familiales internationales – retour sur trois tendances majeurs », in *États généraux du droit de la famille*, M. BLITZ et al., Limal-Bruxelles, Anthémis-Bruylant, 2014, pp. 203 et suiv.
- WILLEMS G. et SOSSON J., « Légiférer en matière de gestation pour autrui : quelques repères de droit comparé et de droit international », in *La gestation pour autrui : vers un encadrement ?*, G. SCHAMPS et J. SOSSON (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 239 et suiv.
- WILLEMS G., « L'appréhension par la Cour de Strasbourg du droit de la personne et de la famille : respect des singularités nationales et commune garantie des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme : une réalité quotidienne*, D. FRIES (coord.), Limal, Anthémis, 2014, pp. 167 et suiv.

Monographies et ouvrages collectifs

- ARIES P. et DUBY G., *Histoire de la vie privée. De la première guerre mondiale à nos jours*, Paris, Éditions du Seuil, 1999.
- BATIFFOL H. et LAGARDE P., *Traité de droit international privé*, T. 1, 8ème éd., Paris, L.G.D.J., 1993.
- BAWIN-LEGROS B., *Sociologie de la famille. Le lien familial sous questions*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 1996.

- BEGONNIER-DUPUY G. et ROBIN M. (dir.), *Couple conjugal, couple parental : vers de nouveaux modèles*, Ramonville-Saint-Agne, Érés, 2007.
- BOELE-WOELKI K., DETHLOFF N. et GERPHART W., *Family Law and Culture in Europe*, Anvers, Intersentia, 2014 (European Family Law, Vol. 35).
- BRIBOSIA E. et RORIVE I. (dir.), *L'accommodement de la diversité religieuse*, P.I.E. Peter Lang, Bruxelles, 2015.
- BUREAU D. et MUIR WATT H., *Droit international privé*, T.I, 3^{ème} éd., Paris, PUF, 2014.
- CARBONNIER J., *Droit civil*, T. 2, « La famille, l'enfant, le couple », 21e éd., Paris, PUF, 2002.
- CARBONNIER J., *Essai sur les lois*, 2e éd., Paris, Defrénois, 1995.
- CARLIER J.-Y. et VERWILGHEN M., *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992.
- CARLIER J.-Y. & VERWILGHEN M. (dir.), *Musulmans en Belgique : un statut juridique spécifique ?*, Louvain-la-Neuve - Bruxelles, Academia-Sybidi, 1989.
- CARRE D., DEGRAVE S., GALLUS N., HIERNAUX G., MASSAGER N. et PFEIFF S., *Les dossiers du J.T.*, n° 85, Bruxelles, Larcier, 2012.
- CASMAN M.T., SIMAÏS C., BULCKENS R., MORTEMANS D., *Familles plurielles, politiques familiales sur mesure ?*, Bruxelles, Éditions Luc Pire, 2007.
- COLOMBET C., *La famille*, 5e éd., Paris, PUF, 1997.
- CORNU G., *Droit civil - La famille*, 9e éd., Paris, Montchrestien, 2006.
- CORTEN O. et SCHAUS A., *Le droit comme idéologie*, 2e éd., Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2009.
- COURBE P., *Droit de la famille*, 5e éd., Paris, Dalloz, 2008.
- DEBORDEAUX D. et STROBEL P. (dir.), *Les solidarités familiales en question*, Paris, LGDJ, 2002.
- DELIEGE R., *Anthropologie de la famille et de la parenté*, 3e éd., Paris, Armand Colin, 2011.
- DELNOY P., BEOLEN M. et JEGHERS J.-L. (dir.), *Le couple sous toutes ses formes*, Limal, Anthémis, 2013.
- DE PAGE P. et CULOT A. (dir.), *Cohabitation légale et cohabitation de fait. Aspects civils et fiscaux*, Louvain-La-Neuve, Anthémis, 2008.
- DE SINGLY F., *Sociologie de la famille contemporaine*, 4e éd., Paris, Armand Colin, 2010.
- ERAUW J., *Internationaal Privaatrecht*, Bruxelles, Kluwer, 2009.
- FOBLETS M.-C., *Les familles maghrébines et la justice en Belgique*, Karthala, Paris, 1994.
- FOURNIER P., *Muslim Marriage in Western Courts*, Ashgate, England, 2010.
- FULCHIRON H. et SOSSON J. (dir.), *Parenté, Filiation, Origines. Le droit et l'engendrement à plusieurs*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- GERLO J. et VERSCHULDEN G., *Hansboek voor familierecht*, Bruges, Die Keure, 2008.
- GODELIER M. (dir.), *Métamorphoses de la parenté*, Millau, Fayard, 2008.
- JAULT-SESEKE F., *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, Paris, LGDJ., 1996.
- KRENC F. et M. PUECHAVY (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008 (Droit et Justice, n°78).
- LACSOMES P. (dir.), *Actualité de Max Weber pour la sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1995.

- LAGARDE P., *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, R. Pichon & Durand-Auzias, 1959, n° 63.
- LAGARDE P. (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013, Paris, Éditions Pedone, 2013.
- LAMBERT P., *La Belgique et la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2002 (Droit et Justice, n°37).
- LEFEBVRE-TEILLARD A., *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*, PUF, Paris, 1996.
- LELEU Y.H., *Droit patrimonial des couples*, Bruxelles, Larcier, 2015.
- LELEU Y.H., *Droit des personnes et des familles*, 3e éd., Bruxelles, Larcier, 2016.
- LELEU Y.H. et PIRE D. (dir.), *Actualités de droit des personnes et des familles*, CUP, Vol. 141, Bruxelles, Larcier, 2013.
- LEVI-STRAUSS C., *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris-La Haye, Mouton & Co, 1967.
- LEVI-STRAUSS C., *Le regard éloigné*, Paris, Plon, 1983.
- LINANT DE BELLEFONDS Y., *Traité de droit musulman comparé*, T. 2, Liv. 2, Paris, Mouton & Co, 1965.
- MALAURIE P. et FULCHIRON H., *La famille*, 4e éd., Paris, Defrénois, 2011.
- MARCHAL P., *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014.
- MASSAGER N., *Droit familial de l'enfance*, Bruxelles, Bruylant, 2009.
- MEULDERS-KLEIN M.-T., *La personne, la famille, le droit*, Paris, LGDJ, 1999.
- MILLIOT L. et BLANC F.-P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2ème éd., Dalloz, Paris, 1987.
- MOUNIR O., *La Moudawana. Le nouveau droit de la famille au Maroc*, Tours, Cheminements, 2005.
- MURAT P., *Droit de la famille*, Paris, Dalloz, 2010.
- PIRE D., (dir.), *Actualités de droit des familles*, CUP, n° 163, Liège, Anthémis, 2016.
- PLUYM L., *Draagmoederschap*, Bruxelles, Larcier, 2014.
- RIGAUX F., *Les personnes*, T. 1, « Les relations familiales », Bruxelles, Larcier, 1971.
- RIGAUX F. et FALLON M., *Droit international privé*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, 2005.
- ROUSSEL L., *La famille incertaine*, Paris, Editions Odile Jacobs, 1999.
- ROY O. (dir.), *Réflexion sur le pluralisme familial*, Presses universitaires Paris ouest, 2010.
- SCHAMPS G. et SOSSON J. (dir.), *La gestation pour autrui, vers un encadrement ?*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- SEGALEN M., *Sociologie de la famille*, 7^{ème} éd., Paris, Armand Colin, 2010.
- SENAEVE P., SWENNEN F. et VERSCHELDEN G., *Meerderjarige beschermde personen*, Bruges, La Charte, 2014.
- SENAEVE P., SWENNEN F. et VERSCHELDEN G. (eds.), *De hervorming van het afstammingsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2007.
- SENAEVE P. et SWENNEN F. (eds.), *De hervorming van de interne en de internationale adoptie*, Anvers, Intersentia, 2006.
- SUDRE F., MARGUENAUD J.P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M. et GONZALES G., *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 6^{ème} éd., Paris, PUF, 2011.
- SWENNEN F. (éd.), *Contractualisation of family Law – Global Perspectives*, Dordrecht, Springer, 2015

- SWENNEN F., *Het personen- en familierecht*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2015.
- TALPIS J.A., *L'accommodement raisonnable en droit international privé québécois*, Conférences Roger-Comtois, 7 /2008, Montréal, Editions Thémis, 2009.
- TAVERNE M., *Le droit familial maghrébin et son application en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1981.
- THERY I., *Le démariage. Justice et vie privée*, Paris, Editions Odile Jacobs, 2001.
- TREVES R., *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1995.
- VAN GYSEL A.C. (dir.), *Le tribunal de la famille et de la jeunesse*, Bruxelles-Limal, Larcier-Anthémis, 2014.
- VAN GYSEL A.C., *Précis de droit des personnes et de la famille*, Limal, Anthémis, 2013.
- VAN GYSEL A.C. et BEERNAERT J.E., *État actuel du droit civil et fiscal des obligations alimentaires*, Waterloo, Kluwer, 2001.
- VAN GYSEL A.C., (dir.), *Traité de droit civil belge*, T. I, v. I, Bruxelles, Bruylant, 2015.
- VAN GRUNDERBEECK D., *Beginsel van personen- en familierecht*, Antwerpen – Groningen – Oxford, Intersentia, 2003.
- VAN WALSUM S., *The Family and the Nation. Dutch Family Migration Policies in the Context of Changing Family Norms*, Cambridge, Scholars Publishing, 2008.
- VERHELLEN J. (dir.), *Loi et pratique en DIP familial*, Bruges, La Charte, 2013.
- VERWILGHEN M., *Le nouveau droit de l'adoption en Belgique*, Bruxelles, Kluwer, 2005.
- WAUTELET P., COLLIENNE F., ENGLERT H., HENRICOT C. et PFEIFF S., *Relations familiales internationales : l'actualité vue par la pratique*, CUP, Vol. 118, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010.
- WEBER M., *Essais sur la théorie de la science*, Paris, Plon, 1965.
- ZWEIGERT K. et KÖTZ H., *An introduction to Comparative Law*, 3e éd., Oxford, Clarendon Press, 1998.

Thèses et Cours de l'Académie de La Haye

- BARNICH L., *Les actes juridiques en droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2001.
- BOUCHARB-CASSAR H., *Conséquences des ruptures conjugales entre Nord et Sud de la Méditerranée*, Paris, L'Harmattan, 2012.
- BUCHER A., « La famille en droit international privé », *Rec. des cours*, 2000, t. 283, pp. 63 et suiv.
- CARLIER J.-Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992.
- DEPREZ J., « Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et système islamique en matière de statut personnel) », *Rec. des cours*, 1988, t. 211, pp. 9 et suiv.
- GALLUS N., *Le droit de la filiation. Rôle de la vérité socio-affective et de la volonté en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2009.
- GANNAGE L., *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*, La Haye, ADI-Poche, 2013.
- GANNAGE P., « La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales », *Rec. des cours*, 1979, III, n° 164, pp. 342 et suiv.

- GAUDEMET-TALLON H., « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses », *Rec. des cours*, 2005, t. 312, pp. 11 et suiv.
- JAYME E., « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *Rec. des cours*, 1995, t. 251, pp. 9 et suiv.
- KINSH P., « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *Rec. des cours*, 2005, t. 318, pp. 9 et suiv.
- MEZIOU K., « Migrations et relations familiales », *Rec. des Cours*, 2009, t. 345, pp. 9 et suiv.
- NAJM M.C., *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisation*, Paris, Dalloz, 2005.
- NYS M., *L'immigration familiale à l'épreuve du droit. Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- PFEIFF S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen. De l'émergence d'un droit fondamental à l'élaboration d'une méthode de la reconnaissance*, Thèse dactyl., ULG-ULB, 2016.
- RICHEZ-PONS A., *La résidence en droit international privé*, Thèse dactyl, Université Jean-Moulin, Lyon III, 2004.
- RIGAUX F., *La théorie des qualifications en droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1956.
- SALAME G., *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, Aix-en-Provence, Presses Universitaire d'Aix-Marseille, 2006.
- SCHEPENS E., « Comparaison entre la notion de « vie familiale » au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et la notion de « famille » dans les directives relatives au regroupement familial », Mémoire en droit, UCL, 2010-2011.
- VASSEUR-LAMBRY F., *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2000.
- VERHELLEN J., *Het belgisch Wetboek IPR in familiezaken*, Bruges, La Chartre, 2012.

Guides pratiques

- Guide pratique de droit familial étranger. Le nouveau Code marocain de la famille en questions*, ADDE, Nivelles, S. SAROLEA éd., 2005, pp. 7 et suiv.
- Guide pratique de DIP familial*, Bruxelles, ADDE, mars 2009, pp. 56 et suiv.
- Guide pratique du Code de la famille*, Ministère de la Justice marocain, ADIJJ, mars 2005.

Table des matières

INTRODUCTION.....	5
<i>Le sujet de l'étude : le traitement juridique de la diversité familiale interne et internationale</i>	6
<i>L'objet de l'étude : la famille.....</i>	8
<i>Précisions méthodologiques</i>	10
<i>Présentation de la structure de l'étude.....</i>	15
PARTIE 1.....	17
A LA RECHERCHE DES PRINCIPES QUI SOUS-TENDENT LE DROIT FAMILIAL BELGE	17
INTRODUCTION.....	18
CHAPITRE 1 COMMENT DEFINIT-ON LA FAMILLE EN DROIT FAMILIAL BELGE ?	23
<i>Section I / Pas de définition générale de la famille</i>	23
<i>Section II / Les différents cercles familiaux reconnus par le droit</i>	24
§ 1 La famille élargie.....	24
§ 2 La famille nucléaire	32
<i>Section III / Les différents cercles familiaux divergent quant à leur composition</i>	34
<i>Section IV / Les contours de la famille sont sujets aux évolutions</i>	34
§1 Le droit ne lie que deux adultes au maximum mais le couple de fait est libre	35
§ 2 Deux parents au maximum pour un enfant mais pour combien de temps ?.....	36
CHAPITRE 2 LA FAMILLE EST REGIE PAR DES PRINCIPES AU CONTENU EVOLUTIF.....	39
<i>Section I / La famille est basée sur le principe d'égalité.....</i>	39
§ 1 L'égalité est assurée entre époux ou partenaires.....	39
§ 2 L'égalité est assurée à l'égard des enfants	43
I. L'égalité entre les parents dans l'établissement et la contestation du lien de filiation.....	43
II. L'égalité entre les parents en matière d'attribution et d'exercice de l'autorité parentale.....	51
III. L'égalité en ce qui concerne les effets successoraux à l'égard des enfants	54
§ 3 Certaines inégalités subsistent dans le droit de la famille.....	55
I. Les inégalités dans l'établissement et la contestation du lien de filiation.....	55
II. Une inégalité temporaire en matière de nom	57
III. Une inégalité existe en matière de pension alimentaire.....	58
§ 4 Le principe d'égalité est largement prédominant.....	59
<i>Section II / La parenté se base sur un équilibre entre les liens biologiques et les liens affectifs.....</i>	60
§ 1 Les liens biologiques sont consacrés	61
I. Le droit ou l'obligation pour le parent biologique d'établir son lien de filiation.....	61
A. La femme qui accouche est la mère	61
B. Le parent biologique peut reconnaître l'enfant	62
C. Le parent biologique peut se voir imposer le lien de filiation	62
II. La preuve de la filiation par expertise génétique	64
§ 2 La réalité socio-affective est prise en compte	65
I. La comaternité.....	65
II. La possession d'état.....	66
III. Autres manifestations de la prise en compte de la réalité socio-affective : la reconnaissance, les titulaires aux actions et les délais de prescription	68

A. La reconnaissance	69
B. Les titulaires des actions en matière de filiation et les délais de prescription	69
IV La procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui.....	73
A. L'encadrement de la procréation médicalement assistée	73
B. L'état du droit belge en matière de gestation pour autrui.....	74
§ 3 Prééminence du biologique ou de l'affectif ?	78
<i>Section III La famille est parfois institutionnelle, parfois contractuelle et parfois factuelle</i>	80
§ 1 Le caractère institutionnel de la famille	81
I. Le mariage et la présomption de paternité ou de comaternité.....	82
II. Les droits et devoirs des époux.....	84
III. Le caractère judiciaire du divorce	85
IV. Le couple parental.....	86
V. L'ordre légal des successions	86
§ 2 Les éléments contractuels du droit de la famille	87
I. Lors de la formation du couple.....	88
II. Dans le cadre de la répartition des biens des époux.....	90
III. Dans le cadre de la séparation et du divorce	91
IV. À l'égard des enfants.....	93
V. Judiciarisation ou déjudiciarisation ?.....	95
§ 3 L'importance des liens familiaux de fait	96
CHAPITRE 3 UNE NOUVELLE METHODOLOGIE EN DROIT FAMILIAL : DES PRINCIPES PLUS	
GENERAUX POUR UNE APPROCHE INDIVIDUALISEE	100
<i>Section I L'intérêt de l'enfant, notion générale pour une appréciation individualisée....</i>	<i>101</i>
<i>Section II L'appréciation au cas par cas : un principe connu de la Cour Européenne des</i>	
<i>droits de l'homme et largement défendu par la Cour constitutionnelle en matière de filiation</i>	<i>102</i>
§ 1 Le contrôle de l'intérêt de l'enfant ne peut être marginal	105
§ 2 L'intérêt de l'enfant doit souvent être évalué	106
I. L'intérêt de l'enfant doit être évalué indépendamment de l'âge de l'enfant.....	106
II. L'intérêt de l'enfant doit être évalué indépendamment de la situation de ses parents	108
III. L'intérêt de l'enfant doit être évalué indépendamment de la faveur faite par le législateur aux liens	
biologiques ou affectifs	110
A. L'accès au juge et la prescription.....	110
B. L'accès au juge et la possession d'état.....	113
CHAPITRE 4 CONCLUSION.....	119
PARTIE 2.....	122
LES CRITERES POSES A LA RECEPTION DU DROIT FAMILIAL ETRANGER	122
ANALYSE SOUS LE PRISME DE L'ACCUEIL DU DROIT MAROCAIN DE LA	
FAMILLE, DE LA GESTATION POUR AUTRUI ET DE L'ADOPTION	
INTERNATIONALE	122
INTRODUCTION.....	123
CHAPITRE 1 PROPOS LIMINAIRES : LES REGLES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE	132
CHAPITRE 2 LES CRITERES D'ACCUEIL DU DROIT MAROCAIN DE LA FAMILLE EN BELGIQUE	
(ETUDE DE CAS N° 1)	136
<i>Section I La recherche de symétrie entre le droit marocain et le droit belge</i>	<i>136</i>

§ 1 Le droit marocain correspond au droit belge	137
I. La correspondance par ressemblance : exemples en matière de divorce	137
A. Le Chiqaq, divorce pour discorde de droit marocain	139
#1 Le Chiqaq prononcé par les tribunaux belges.....	139
#2 La reconnaissance en Belgique du Chiqaq prononcé au Maroc.....	140
B. Le divorce par consentement mutuel de droit marocain.....	141
#1 Le divorce par consentement mutuel marocain devant les juridictions belges	142
#2 La reconnaissance en Belgique du divorce par consentement mutuel établi au Maroc	142
II. La correspondance par isolement de la disposition légale : exemples en matière de filiation	147
A. La présomption de paternité de droit marocain.....	147
B. La contestation de paternité de droit marocain.....	149
III. La correspondance élargie aux principes du droit interne : exemple en matière de pension alimentaire entre ex-époux.....	150
IV. La correspondance supposée en raison de l'absence de contentieux : exemples en matière de mariage.....	153
A. Les empêchements à mariage	154
B. Les clauses particulières inscrites dans le contrat de mariage	155
#1 La répartition contractuelle des biens.....	155
#2 La clause de monogamie	156
C. Exception à la correspondance supposée : l'âge nubile	157
V. La correspondance entre le droit marocain et le droit belge : conclusions	158
§ 2 L'ajustement du droit marocain : l'interprétation du droit marocain « à la belge »	159
I. La déformation du droit marocain du mariage	160
A. Le consentement des futurs époux au mariage.....	160
B. Le certificat d'aptitude au mariage.....	166
C. L'interdiction de supprimer la dot.....	169
II. La déformation du droit marocain de la filiation et de l'autorité parentale.....	171
A. La preuve de la filiation par expertise génétique	171
B. Les délais d'introduction de l'action en contestation de paternité.....	175
C. La Kefala et la tutelle officieuse	176
III. L'ajustement du droit marocain au droit belge : conclusions.....	179
<i>Section II Le dépeçage institutionnel : analyse au départ des critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public.....</i>	<i>179</i>
§ 1 Des critères de mise en œuvre de l'ordre public international belge à géométrie variable	181
I. Les critères de mise en œuvre de l'ordre public en matière de mariage	181
A. La différence de sexe	182
B. Le mariage polygamique.....	183
#1 Polygamie et pension de survie	185
#2 Polygamie et pension de retraite.....	196
C. La dot.....	198
#1 La liberté matrimoniale et la dot	201
#2 L'égalité entre époux et la dot.....	203
a) La dot dans le cadre des refus de célébration de mariage	206
b) La dot et les décisions en matière d'annulation de mariage.....	207
#3 La liberté de divorcer et la dot.....	212
D. Conclusions sur les critères de mise en œuvre de l'exception d'ordre public international belge à l'égard du droit marocain du mariage	213

II.	Les critères de mise en œuvre de l'ordre public en matière de divorce	214
A.	Le refus de reconnaissance des « répudiations ».....	215
B.	L'exception : les répudiations reconnues	219
#1	L'intervention du juge.....	219
#2	La proximité.....	219
#3	L'acquiescement de l'épouse	222
C.	La reconnaissance des répudiations sur la base d'une prise en considération globale du droit marocain du divorce	223
D.	L'ordre public international belge et le divorce en droit marocain : conclusions	225
III.	L'ordre public international belge et l'autorité parentale en droit marocain	229
§ 2	Le refus de critères pour la mise en œuvre de l'ordre public international belge.....	231
I.	L'ordre public plein : exemples en matière de mariage.....	231
A.	Les empêchements religieux à mariage	231
B.	La célébration d'un mariage polygamique en Belgique	233
II.	L'ordre public international belge et la filiation en droit marocain	233
A.	La reconnaissance de paternité	234
B.	La présomption de paternité du mari polygame	238
C.	La contestation de paternité	241
#1	Les titulaires à l'action en contestation de paternité.....	242
a)	L'introduction de l'action par la mère de l'enfant	242
b)	L'introduction de l'action par l'enfant.....	243
c)	L'introduction de l'action par le père biologique.....	243
#2	Les moyens de preuve de la paternité.....	245
D.	L'ordre public international belge et la défense de valeurs absolues : conclusions	246
<i>Section III L'instrumentalisation des techniques de droit international privé à des fins matérielles.....</i>		<i>247</i>
§ 1	La fraude à la loi et les mariages célébrés au Maroc	248
§ 2	La règle de conflit ou l'exception d'ordre public et les mariages simulés	254
§ 3	Les enjeux de la qualification : l'exemple de la dot.....	256
<i>Section IV Conclusions sur l'accueil du droit familial marocain en Belgique au regard des principes qui sous-tendent le droit belge de la famille</i>		<i>264</i>
CHAPITRE 3 LES INSTITUTIONS EXORBITANTES DU DROIT DE LA FILIATION (ETUDES DE CAS N° 2 ET 3) 273		
<i>Section I Les critères d'accueil en matière de gestation pour autrui pratiquée à l'étranger (étude de cas n° 2).....</i>		<i>274</i>
§ 1	Un dépeçage juridique qui privilégie les règles du droit belge de la filiation	275
I.	La scission entre la convention de GPA et l'acte de naissance.....	277
II.	L'application des principes du droit belge de la filiation grâce au contrôle conflictuel.....	277
III.	La reconnaissance d'une décision judiciaire consacrant le double lien de filiation monosexué inconnu du droit belge : une ouverture exceptionnelle ?.....	280
IV.	Conclusions sur le dépeçage juridique qui entraîne l'application des principes du droit belge de la filiation	281
§ 2	La primauté de l'intérêt de l'enfant	283
I.	Le flou du droit interne en matière de GPA.....	284
II.	L'absence de mise en œuvre de l'exception d'ordre public.....	286
III.	Le refus de mise en œuvre de la fraude à la loi	291
IV.	La primauté de l'intérêt de l'enfant sur les règles de droit prédéfinies.....	295

§ 3 Conclusion sur la réception des liens de filiation établis à l'étranger suite à une GPA au regard des principes qui sous-tendent le droit familial belge.....	304
<i>Section II Les critères d'accueil du droit étranger en matière d'adoption internationale (étude de cas n° 3)</i>	310
§ 1 La faveur aux conditions du droit belge de l'adoption.....	311
I. Le refus des entraves posées par le droit étranger	312
A. Le droit étranger qui interdit l'adoption.....	312
B. Le droit étranger qui prévoit des conditions au niveau de la relation parent-enfant.....	313
C. Le droit étranger qui prévoit des conditions liées au type de couple formé par les candidats adoptants.....	315
II. Une large reconnaissance de la proximité avec l'ordre juridique belge.....	316
III. Conclusions quant aux critères d'accueil du droit étranger lorsque la procédure d'adoption est poursuivie en Belgique.....	318
§ 2 Adoptions prononcées à l'étranger : l'intérêt de l'enfant répond à des critères prédéfinis	320
A. L'impact de la politique migratoire.....	321
#1 Le détournement de la loi sur le séjour des étrangers.....	322
#2 Le cas de la Kefala – la mise en échec des règles de DIP	323
B. La priorité concédée aux liens biologiques	329
C. L'absence d'une définition unique de la famille	331
D. Une rigidité spécifique à la matière de l'adoption.....	333
§ 3 Conclusion sur l'adoption internationale au regard des principes qui sous-tendent le droit familial belge	336
PARTIE 3	339
FAMILLES INTERNES ET FAMILLES INTERNATIONALES : QUELLE COHERENCE JURIDIQUE ?	339
CHAPITRE 1 LE MORCELLEMENT COMME DEFINITION COMMUNE.....	340
<i>Section I Le morcellement vu sous l'angle de la famille interne</i>	341
§ 1 Distinction entre rapports horizontaux et verticaux, et au sein de ceux-ci.....	341
§ 2 L'individu pris isolément.....	344
<i>Section II Le morcellement vu sous l'angle de la famille internationale</i>	346
§ 1 L'institution familiale comme critère distinctif	347
I. Les critères retenus dans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international belge	347
A. La nationalité : facteur de proximité	348
B. La résidence habituelle : facteur de proximité.....	349
C. Le facteur gravité	349
#1 Critères appliqués à l'établissement et à la reconnaissance du lien de filiation.....	349
#2 Critères appliqués à la pension alimentaire après divorce	351
#3 Critères appliqués à l'annulation de mariage pour cause de non-paiement de la dot.....	352
#4 Critères appliqués à la pension de retraite	352
#5 Tableau récapitulatif.....	352
II. La distinction entre mariage et filiation dans la mise en œuvre de la fraude à la loi	354
III. La nationalité comme critère de reconnaissance des liens de famille.....	355
§ 2 La nature de l'acte étranger comme critère de reconnaissance des liens de famille	356
§ 3 La catégorie de rattachement comme critère distinctif ou le morcellement du droit étranger.....	357
§ 4 L'existence d'une situation migratoire comme critère distinctif.....	360
<i>Section III Conclusion : un morcellement familial différent aux conséquences opposées</i>	362

CHAPITRE 2	VERS UNE APPROCHE PLUS COHERENTE DU TRAITEMENT DE LA FAMILLE INTERNE ET DE LA FAMILLE INTERNATIONALE	367
	<i>Section I La difficile rencontre entre les systèmes juridiques.....</i>	<i>370</i>
	<i>Section II Concéder à nouveau une place à l'appréciation in concreto dans la réception des institutions inégalitaires : la réécriture de l'article 57 du Codip</i>	<i>376</i>
	§1. Un nouveau champ d'application pour l'article 57 du Codip	381
	§2. Des exceptions au refus de reconnaissance revues	381
	§3. Une place à l'autonomie de la volonté et à l'appréciation in concreto du tribunal	384
	<i>Section III Introduire une référence à l'intérêt de l'enfant dans le Code de droit international privé.....</i>	<i>387</i>
	CONCLUSIONS GENERALES.....	390
	BIBLIOGRAPHIE	394