

Quelques réflexions sur le statut des enfants issues d'une union polygamique

Note sous Civ. Charleroi, 1ère ch., 11 décembre 2008

Patrick Wautelet

Professeur ordinaire - Faculté de droit, ULg

Le statut des enfants issus d'une union polygamique était au centre de la décision commentée. Au terme d'un raisonnement particulièrement bien motivé, le tribunal arrive à la conclusion que l'officier d'état civil belge ne pouvait refuser de reconnaître un acte de naissance dressé au Maroc au motif que les parents de l'enfant étaient unis par un mariage polygamique. Il est inutile de revenir sur la méthode empruntée par le tribunal pour apprécier la validité de l'acte de naissance dressé à l'étranger, le détour par la méthode des conflits imposé par l'article 27 étant suffisamment connu.¹

L'on peut se contenter de constater que l'appréciation portée par le tribunal rejoint celle de la Cour constitutionnelle. Appellée à apprécier la transposition en Belgique de la directive regroupement familial, la Cour a en 2008 porté un jugement sévère² sur la distinction que le législateur belge s'autorisait entre les enfants d'un parent étranger, à qui était offert la possibilité de solliciter le regroupement familial, et ceux issus d'un mariage polygamique, à qui cette possibilité était déniée.³ Ces derniers ne pouvaient, selon le texte de la loi, faire appel qu'aux ressources bien aléatoires de l'autorisation exceptionnelle que peut décerner le ministre de l'intérieur.⁴

Pour estimer que cette distinction ne pouvait être justifiée, la Cour a, à juste titre selon nous, distingué la situation du conjoint en situation de polygamie de celle des enfants issues d'une union polygamique. S'agissant du premier, c'est, selon la Cour, la nature même du lien matrimonial qui est en cause. Or le caractère particulier du lien matrimonial unissant un même époux à plusieurs épouses suscite des questions quand il s'agit de lui donner des effets en Belgique. Lorsqu'au contraire c'est la situation des enfants qui est au centre des préoccupations, la Cour relève que l'analyse doit porter sur le lien de filiation. Or, comme elle l'indique, « 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'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 leurs parents... ».⁵

Cette analyse nous semble s'imposer tout autant dans le contexte de la reconnaissance d'un

1 Pour plus de détails sur le contrôle de la validité des actes étrangers et en particulier des actes d'état civil, voy. surtout T. KRUGER et J. VERHELLEN, "De erkenning in België van buitenlandse familierechtelijke akten", *Tijd. Vreemd.*, 2006, 278-285 ainsi que nos observations in « De doorwerking in België van buitenlandse akten : een kritisch overzicht », *Tijd. Vreemd.*, 2008, 36-48.

2 Ce faisant, la Cour ne se refuse plus à prendre ses responsabilités, comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Haouach*, (arrêt du 4 mai 2005, n° 2960, avec notamment les commentaires de J.-Y. CARLIER, « La polygamie devant la Cour d'arbitrage », *Journ. Juristes*, 2005, n° 42, 1).

3 Cour constitutionnelle, arrêt n° 95/2008 du 26 juin 2008, avec notamment les commentaires de M. FALLON, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, 1157.

4 A propos de l'importante limitation imposée au droit au regroupement familial en cas de mariage polygamique, voy. L. WALLEYN, « De hervorming van de wetgeving inzake gezinshereniging met niet-EU onderdanen », in *De nieuwe Vreemdelingenwet – België in lijn met Europese regelgeving*, M.-CL. FOBLETS et al. (éds.), Die Keure, 2007, (63), 65-66. *Comp.* avec la position antérieure : C.E., 9 juillet 1986, *Rev. dr. étr.*, 1986, 104.

5 Attendu B21.

lien de filiation à des fins civiles que lorsqu'il s'agit d'une demande de regroupement familial. Dans les deux cas, il importe de bien mesurer que ce n'est pas tant le mariage qui est au centre des débats, mais bien, comme le note le tribunal dans la décision commentée, l'un de ses effets, à savoir l'existence d'un lien de filiation. La position de la Cour constitutionnelle, que rejoint le tribunal de Charleroi, consiste à refuser d'accepter que le mariage polygamique puisse contaminer, à la manière d'une sorte de péché originel, les relations entre les parents et les enfants issus de l'union.⁶ Cette position nous semble devoir être approuvée, sous peine de dénaturer le lien qui unit les enfants à leur parent. L'accueil de ce lien lorsqu'un enfant est né d'une union polygamique ne nous semble en tout cas pas nécessiter une quelconque extension du concept de lien de filiation, extension qui s'impose par contre, et qui suscite des difficultés, lorsqu'il s'agit de reconnaître directement le lien marital entre les époux.⁷

Est-ce à dire pour autant que dès lors que la reconnaissance porte non pas sur le mariage en tant que tel, mais sur un effet qui peut être détaché, au moins conceptuellement, du mariage proprement dit, la reconnaissance s'impose, l'ordre public n'étant plus à même de s'opposer à l'accueil de l'effet, direct ou indirect, du mariage ? C'est ce que semble indiquer la jurisprudence, confrontée le plus souvent à des demandes d'une second épouse, qui sollicite que lui soit reconnu le bénéfice d'un droit dont l'attribution procède de la qualité de conjoint. Les cours et tribunaux ont ainsi accepté de prendre en considération, dans le contexte d'un mariage polygamique, une demande de réparation du préjudice subi du fait de la mort de l'époux,⁸ une demande de contribution aux charges du mariage⁹ ou encore une demande de créance alimentaire découlant de la qualité d'épouse.¹⁰ La vocation

6 Voy. les commentaires approbateurs de M. Fallon, qui relève que l'appréciation de la Cour se justifie au regard du critère de la gravité des effets produits par la situation née sous l'empire de la loi étrangère, un des critères retenus par l'article 21 du Code de droit international privé pour donner une forme plus concrète à l'exception d'ordre public international (M. FALLON, note sous Cour constitutionnelle, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, 1158).

7 Encore que l'on pourrait avancer que l'élargissement conceptuel qu'impose l'accueil en Belgique du lien marital unissant des époux dont l'un est par ailleurs déjà marié, ne devrait plus soulever de difficultés de principe depuis qu'a été accepté le principe du mariage entre personnes de même sexe. Ou doit-on considérer que cette dernière innovation, si elle a certes remis en cause un des postulats qui fondait le droit de la famille, est par ailleurs demeurée fidèle à la nature monogame du mariage? *Comp.* avec les observations de M. Ancel, qui observait que la désacramentalisation du mariage en Occident et la très grande accessibilité du divorce contribuent à nuancer le contraste entre la tradition chrétienne du mariage monogame et la tradition musulmane (B. ANCEL, « Le statut de la femme du polygame », in *Le droit des familles à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, 1993, (105), 107). M. Ancel allait même jusqu'à écrire que « On ne peut manquer d'évoquer ici la polygamie successive que le divorce autorise : la monogamie a perdu son caractère perpétuel et le mariage n'est plus qu'une union à durée déterminée, en somme dotée d'une simple chance de perpétuité... »

8 Sur ce dernier point, voy. Liège, 23 avril 1970, *Oum Keltoum c. Doukmani*, *Rev. crit. jur. b.*, 1971, 5, note G. VAN HECKE.

9 P. ex. Civ. Bruxelles, 18 décembre 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, 312, note M. Fallon (au prix d'un raisonnement audacieux, le tribunal retient la nationalité marocaine des deux époux - alors que ceux-ci possédaient également la nationalité belge qui aurait du suffire à disqualifier l'union polygame - pour reconnaître le mariage et faire droit à la demande de mesures provisoires fondées sur l'article 223 C.civ.). Voy. aussi J.P. Zaventem, 17 octobre 2002, *J.J.P.*, 2004, 456.

10 On remarquera que lorsqu'une juridiction belge accepte de tirer un effet d'une union polygamique, il se peut que le tribunal soit contraint, une fois la question de principe de la reconnaissance franchie, d'appliquer le droit belge à l'effet en question, dès lors par exemple que les époux résident en Belgique. Ce sera le cas à chaque fois que la demande porte sur des effets du mariage visés par l'article 48 du Code, cette disposition retenant par priorité l'application du droit de la résidence habituelle des époux. Il n'est pas certain que le droit matériel belge soit toujours adapter pour « prendre en charge » (selon l'expression de M. Ancel, *art. cit.*, 110) une union polygamique régulièrement constituée à l'étranger.

successorale de la seconde épouse n'a par contre apparemment pas encore été soumise aux juridictions.¹¹ En outre, l'on peut se demander si les juridictions belges accepteront de dissoudre une union polygamique.^{12 13}

L'approche nuancée est classiquement justifiée par le fait que la mise en oeuvre de l'exception d'ordre public impose de s'interroger non pas « sur l'institution du mariage polygamique comme telle », mais bien de « vérifier si l'effet juridique concret, dont la consécration judiciaire est demandée, est admissible ».¹⁴ Partant, il s'imposerait de distinguer entre le mariage et les effets que celui-ci peut produire dans l'ordre juridique du for.

La distinction est entièrement justifiée au regard de la théorie classique de l'ordre public de droit international privé. Comme le rappelle l'article 21 du Code, disposition que le tribunal de Charleroi cite de manière fort opportune, le juge ou l'interprète doit en effet s'attacher à la « gravité de l'effet que produirait l'application » du droit étranger ou, lorsqu'il s'agit d'une situation déjà acquise à l'étranger, de la norme qui fonde cette situation. On a coutume de présenter cette modalité de l'intervention de l'ordre public sous le vocable d'ordre public « atténué ».¹⁵

11 En France, l'on sait depuis l'arrêt *Beneddouch* que le caractère polygamique d'une union n'empêche pas, lorsque cette union a été valablement contractée à l'étranger, la seconde épouse et ses enfants de venir à la succession de son mari défunt : Cass.fr., 1^{ère} ch. Civ., *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1981, 331, note H. BATIFFOL.

12 Dans un autre registre, certaines juridictions belges acceptent de faire droit aux demandes portant sur l'octroi d'une pension alors que l'époux dont le statut social ouvre le droit à la pension, avait contracté plusieurs mariages – il peut s'agir d'une demande d'une épouse séparée de fait qui sollicite une part de la pension au taux ménage dont bénéficie son époux (comme dans Trib. Trav. Hasselt (1^{ère} ch.), 9 juin 1998, *Chron. dr. soc.*, 2001, 375), ou encore d'une demande de partage en parts égales entre les deux épouses de la pension de survie (Trib. Trav. Bruxelles (11^{ème} ch.), 24 janvier 2000, *Chron. dr. soc.*, 2001, 387). Voy. aussi dans ce contexte Mons, 8 septembre 2005, *Revue@dipr.be*, 2006, n° 1, 50; *J.L.M.B.*, 2006, 1223; *J.T.T.*, 2006, 16.

L'appréciation n'est dans ce cas cependant pas directement fondée sur la technique classique de droit international privé. L'accueil favorable réservé par certaines juridictions au mariage polygamique peut en effet s'appuyer sur une disposition expresse, à savoir l'article 24 § 2 de la Convention générale sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et le Royaume du Maroc (signée à Rabat le 24 juin 1968, Loi du 20 juillet 1970), selon laquelle « la pension de veuve est éventuellement répartie, également et définitivement, entre les bénéficiaires, dans les conditions prévues par le statut personnel de l'assuré ». L'on se souviendra que la Cour constitutionnelle avait refusé de prendre position sur la conformité de cette jurisprudence avec le principe d'égalité (C.A., n° 84/2005, 4 mai 2005, arrêt n° 84/005, *Arr. C.A.* 2005, 1035; *R.W.* 2005-06, 735, note H. STORME; *Chron. D.S.* 2006 (sommaire), 55; *T.B.P.* 2006 (avec les commentaires de F. DEBAEDTS), 365; *Revue@dipr.be* 2005, liv. 3, 19 et les commentaires de H. STORME, « Arbitragehof vermijdt toetsing conflictregel aan Grondwet », note sous C.A., 4 mai 2005, *R.W.*, 2005-06, 737-742).

Des questions identiques doivent sans doute se poser lorsque l'administration fiscale est confrontée à un ménage polygamique. Quid par exemple de l'imposition commune au sens de l'article 126 CIR lorsqu'un même personne est mariée à deux épouses?

13 La question est délicate dans la mesure où la demande pourrait porter tant sur la première que sur la seconde union. Une épouse de nationalité belge ou possédant une autre nationalité s'opposant à la polygamie, peut-elle solliciter le divorce en raison du fait que son mari a contracté un second mariage, alors que sa loi nationale le lui permet? En France, le tribunal de Versailles a estimé que l'existence d'une deuxième union constituait une « injure grave rendant intolérable le maintien du premier lien conjugal » (TGI Versailles, 31 mars 1965, *J.D.I.*, 1966, 97).

14 Comme l'écrivait le professeur van Hecke dans un commentaire de l'arrêt *Keltoum* : G. VAN HECKE, « Le mariage polygamique devant les tribunaux belges », note sous Liège, 23 avril 1970, *Rev. crit. jur. b.*, 1971, (7), 10, n° 6.

15 Dont Mme C. HENRICOT livre un excellent aperçu critique, in « Les effets du mariage polygamique sur l'octroi de droits sociaux », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, 825-839.

Il demeure que la distinction entre le principe du mariage et ses effets peut laisser perplexe. Que reste-t-il en effet du rejet de principe du mariage polygamique dès lors que l'ordre public est impuissant à sanctionner la plupart des différents effets dont la consécration est postulée en Belgique? ¹⁶ Le rempart de l'ordre public ne serait-il en réalité qu'un prétexte, un 'cache sexe' impuissant à repousser l'union polygamique qui pourrait, malgré le rejet de principe, constituer le statut de personnes établies en Belgique? Cette contradiction apparente est sans doute le reflet des tensions qui peuvent exister entre les valeurs qui sous-tendent les différentes positions. Le rejet de principe peut s'appuyer sur la fidélité au caractère monogame du mariage; l'accueil, parfois détourné, de certains effets d'unions polygamiques peut en appeler à un principe de réalisme qui commande que l'on minimise tant que faire se peut les inconvénients découlant d'une situation boiteuse.¹⁷ L'opposition entre ces deux positions explique sans doute l'ambiguïté qui entoure le statut de l'union polygamique en droit belge.

Au-delà de la fragilité même du refus de principe d'accueillir la polygamie, écorné par l'accueil réservé, au nom d'autres principes, aux effets, ou du moins à certains d'entre eux, de telles unions, il faut aussi constater que des zones d'ombre subsistent qui rendent délicate l'appréhension des situations de polygamie. Ainsi, lorsque l'un des conjoints possède la nationalité belge ou celle d'un autre Etat dont la loi nationale n'admet pas la polygamie,¹⁸ il semble que l'ordre public de proximité s'oppose à ce que l'union sorte un quelconque effet sur le territoire belge.¹⁹ C'est en tout cas l'enseignement d'un arrêt récent de la Cour de cassation.²⁰ Ce refus de principe d'accorder un quelconque effet à l'union polygamique peut-

16 L'impact de l'exception d'ordre public demeure nettement plus marqué lorsque l'une des parties en cause possède la nationalité belge ou la nationalité d'un Etat où, comme l'explique le tribunal de Bruxelles, « le mariage est monogame » (Civ. Bruxelles, 20 novembre 1990, *J.T.*, 1991, 283). Dans ce cas, les juridictions n'hésitent pas à recourir à l'ordre public pour dénier tout effet à l'union. Dans l'espèce décidée par le tribunal de première instance de Bruxelles, l'ordre public a par exemple servi de rempart pour contrer une demande de contribution alimentaire au bénéfice de deux enfants mineurs issus d'un deuxième mariage. La Cour de cassation a récemment confirmé cette approche dans une espèce où l'effet qui était postulé au départ d'un mariage polygame, portait sur l'octroi d'une pension de survie que la veuve d'un défunt marocain réclamait après une vie commune de plus de 20 ans. Evoquant l'impact que peut avoir l'ordre public international belge sur la reconnaissance en Belgique d'un mariage contracté à l'étranger, la Cour a noté que le mari était lors de son second mariage, « déjà engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous avec une personne dont la loi nationale n'admet pas la polygamie » (Cass., 3 décembre 2007, *J.T.T.*, 2009, 37). Il faut sans doute déduire de cette décision que lorsque l'un des conjoints possède la nationalité belge, un mariage polygamique ne peut sortir aucun effet en Belgique. Sur cette décision, voy. les commentaires très instructifs de C. HENRICOT, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, 825-839.

17 L'on notera à ce propos que les unions polygames ne sont pas soumises à un statut unique déterminé exclusivement par le droit international privé. Le droit social et le droit des étrangers impriment également leurs marques sur le statut des unions polygamiques.

18 Pour reprendre la formule utilisée par la Cour de cassation (3^e ch., 3 décembre 2007, précité).

19 En réalité, on doit distinguer selon que c'est la première épouse ou la seconde qui possède une nationalité incompatible avec le statut polygamique. Dans le premier cas, l'ordre public constitue le seul remède contre un projet de second mariage dans le chef de l'époux, dont le statut personnel permettrait une telle multiplication – soit qu'il souhaite conclure cette union en Belgique, l'ordre public intervenant directement pour écarter sa loi personnelle, soit que l'union ait été célébrée à l'étranger, l'ordre public s'opposant à sa reconnaissance en Belgique. Lorsque c'est la seconde épouse dont la loi nationale ne tolère pas la multiplication du mariage, la solution doit être trouvée dans une bilatéralisation du principe de monogamie tiré de la loi nationale de cette épouse, qui doit être vérifié dans le chef des deux époux.

20 On constate la même distinction en France, l'ordre public intervenant de façon plus incisive lorsque l'une des épouses possède la nationalité française. M. Ancel a évoqué à ce propos l'idée que « l'inégalité est acceptable entre étrangers tandis qu'elle est intolérable si elle doit préjudicier à un Français ». Et M. Ancel d'ajouter que, ce faisant, « le système colonial est transposé » (*art. cit.*, 120).

il cependant résister à la toute puissance du statut de l'enfant? Pourrait-on imaginer que la demande dont était saisie le tribunal de Charleroi, aurait reçu un accueil différent s'il s'était avéré que l'une des conjointes du père possédait la nationalité belge?²¹ L'ordre public, dont la Cour de cassation semble imposer l'intervention dès lors que l'un des conjoints est belge,²² ne devrait-il pas reculer devant le souci, affirmé par la Cour constitutionnelle,²³ de ne pas tolérer de distinction entre les enfants selon les conditions de leur naissance?²⁴

Si la réponse devait être positive, comme nous le pensons, le résultat pourrait être embarrassant pour les intéressés. Voici un couple, dont le mariage n'a aucune valeur en Belgique en raison du caractère polygamique qui le vicie, du moins au regard du droit belge, l'époux étant, au moment de son second mariage, déjà uni par les liens du mariage avec une première épouse de nationalité belge. Ce vice ne déteignant pas sur la situation des enfants, ceux-ci pourraient s'appuyer sur la présomption de paternité²⁵ pour revendiquer l'existence d'un lien de filiation avec le 'mari' de leur mère, alors que celle-ci ne pourra faire valoir sa qualité d'épouse du père de ses enfants. Ou comment la femme du polygame n'est pas une épouse à part entière, son statut étant caractérisé par une réduction certaine du mariage,²⁶ alors que les enfants issus d'un tel mariage peuvent revendiquer un statut identique à ceux d'un enfant issu d'une union monogame.

Si cette constatation devait s'avérer juste, il faudrait sans doute reconnaître que la politique de reconnaissance des unions polygamiques et de leurs effets peut paraître manquer de cohérence.²⁷ Une autre voie peut-elle être envisagée ? Il en est une qui pourrait simplifier considérablement l'approche des juridictions et administrations belges vis-à-vis des mariages polygamiques. Elle consisterait à faire dépendre l'appréciation de l'identité de la partie qui postule la reconnaissance du mariage ou d'un de ses effets. On pourrait ainsi refuser de donner suite à la demande visant à déduire un effet quelconque d'une union polygamique lorsqu'elle émane du mari, alors que l'on reconnaîtrait à l'union polygamique des effets, d'ordre alimentaire, successoral ou autre lorsque la demande émane d'une des épouses²⁸ ou d'un des enfants nés de l'union. Cette position, qui demande à être éclaircie,

21 Cet élément devant être, selon la formule de la Cour de cassation, être apprécié « au moment du mariage ». Cette précision est importante, compte tenu de l'accès facilité à la nationalité belge. On peut considérer qu'il constitue une manière de conforter les droits acquis par les conjoints au moment de leur mariage.

22 Ou possède la nationalité d'un Etat dont la loi n'accepte pas le mariage polygamique.

23 Dans la décision commentée, le tribunal fait référence à l'interdiction de discrimination entre enfants « selon que leur filiation est établie sur base du mariage ou en dehors de celui-ci ». En l'espèce ce n'était pas tant la naissance hors mariage qui distinguait certains enfants d'autres, mais bien le fait que l'enfant dont le statut était au centre des débats, était né d'un deuxième mariage de son père. Si dans la première hypothèse, l'enfant ne peut subir les conséquences de l'absence d'union entre ses parents, pourquoi devrait-il en être autrement lorsque son père est doublement marié?

24 Cour constitutionnelle, n° 52/2007 du 28 mars 2007 à propos de l'article 745^{quater}, § 1, 2ème alinéa du Code civil, depuis lors modifié. La Cour a expliqué à cette occasion que le contrôle qu'elle exerçait était « plus rigoureux lorsque le principe fondamental de l'égalité des naissances est en cause ». (attendu B4).

25 A condition qu'une telle présomption soit prévue par le droit national du 'père', applicable en vertu de l'article 62 du Code.

26 M. Ancel évoque à ce propos la « condition diminuée de l'épouse du polygame » (*art. cit.*, 109).

27 Faisant un constat identique à propos de la jurisprudence française, qui « proclame un principe de reconnaissance aussitôt contredit par des restrictions importantes et mal définies », M. Ancel évoque une position qui « s'expose aux griefs de tromperie et d'incohérence » (*art. cit.*, 118).

28 L'on retrouve un mécanisme similaire dans la convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille (reproduite in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1983, 531 e.s.), dont l'article 13 § 2 fait dépendre la reconnaissance en France d'actes de répudiation de l'identité du demandeur. Lorsque le mariage unit un mari marocain et une épouse de nationalité française, un tel acte ne sera en effet reconnu

aurait le mérite de la clarté. Si elle ne permettrait pas de résoudre toutes les questions,²⁹ elle pourrait s'appuyer sur le principe d'égalité entre sexes que met à mal l'union polygamique. Ce qui choque en effet avec le mariage polygamique est en effet son caractère essentiellement inégal, qui n'est pas simplement une inégalité quantitative, mais aussi, comme l'écrivait le professeur Ancel, une inégalité qualitative.³⁰ La question est sans doute condamnée à perdre son actualité, puisque l'entrée sur le territoire d'épouses d'un mari polygame est devenue récemment impossible. La réflexion néanmoins d'être poursuivie.

* * *

qu'à la « demande de la femme ». L'on n'a pas manqué de relever l'injustice faite par cette disposition aux femmes marocaines (p.ex. P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, (262), 272, n° 10).

29 Et notamment celle de l'application de dispositions du droit belge à des unions de type polygamique ou à des relations parents-enfants qui en découlent.

30 B. ANCEL, *art. cit.*, 106.