

LES COUPLES DE PERSONNES DE MÊME SEXE EN DROIT BELGE EN PARTICULIER SOUS L'ANGLE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

PAR

Patrick WAUTELET (1)

ULg

1. – Quelles possibilités le droit belge offre-t-il aux personnes de même sexe de donner une traduction juridique à leur union?

Le droit belge offre aux personnes de même sexe deux possibilités distinctes de donner une forme juridique à leurs relations. Outre ces deux possibilités, la pratique belge a accordé certains effets juridiques *a minima* à l'union libre (2).

§1. – LA COHABITATION LÉGALE

La première possibilité a été introduite par la loi du 23 novembre 1998 sur la cohabitation légale (3). Cette législation permet à deux

(1) Le présent rapport a été rédigé sur base du questionnaire établi par le Professeur G.-R. DE GROOT.

(2) Voy. en général, N. VERHEYDEN-JEANMART, *Les effets civils de la vie commune en dehors du mariage*, 2^{ème} éd., Larcier, 1986; N. VERHEYDEN-JEANMART, v° Le ménage de fait, *R.P.D.B.*, compl. t. VIII, Bruylant, 1995 et plus récemment, Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et de la famille*, Larcier, 2005, pp. 323-350.

(3) Loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale, *M.B.*, 12 janvier 1999. Voy. en général sur cette législation: W. PINTENS, «Partnerschaft im belgischen und niederländischen Recht», *FamRZ.*, 2000, 69 et s.; O. DE SCHUTTER et A. WEYEMBERGH, «Statutory Cohabitation under Belgian Law», in *Legal Recognition of Same-Sex Partnerships. A Study of National, European and International Law*, R. WINTEMUTE et M. ANDENAS (éds.), Hart, Oxford, 2001, 467 et s.; C. COUQUELET, Y.-H. LELEU et E. VON FRENCKELL, «La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale», in *Actualités de droit familial (1997-1999)*, Y.-H. LELEU (éd.), CUP, Liège, 1999, pp. 7 et s.; PH. DE PAGE, «La loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale», *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, 195 et s.; S. MOSSELMANS, «De wet van 23 november 1998 tot invoering van de wettelijke samenwoning en het gelijkheidsbeginsel», *R.W.*, 2000-2001, 1041; J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (éds.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Academia/Bruylant, 2000.

personnes majeures et capables, qui ne sont pas unis par un mariage ni par une autre cohabitation légale (4), de bénéficiaire, par simple déclaration faite par écrit devant un officier d'état civil (5), d'un statut légal impératif qui accorde aux cohabitants une certaine protection patrimoniale.

La cohabitation légale n'est pas réservée aux couples homosexuels. Elle est également accessible aux couples hétérosexuels ainsi qu'aux parents proches.

La déclaration de cohabitation ne modifie pas l'état des cohabitants. Elle n'impose aucune obligation de cohabitation ou de fidélité aux cohabitants. Les effets de la cohabitation concernent plutôt les relations patrimoniales entre les cohabitants. Ceux-ci sont tout d'abord soumis à une obligation de contribuer aux charges de la vie commune en fonction de leurs facultés (6). La cohabitation fait ensuite naître entre cohabitants une solidarité pour les dettes contractées par l'un d'eux «pour les besoins de la vie commune et des enfants qu'ils éduquent» (7). Au demeurant, les cohabitants sont soumis à un régime de séparation de biens, qui n'est nuancé que par l'existence d'une présomption légale d'indivision visant les biens dont aucun des cohabitants ne prouve qu'ils lui appartiennent (8).

La cohabitation modifie également le statut du logement familial, qui bénéficie d'une protection comparable à celle accordée aux époux (9). En outre les cohabitants peuvent faire appel à la justice de paix pour résoudre, de façon provisoire, les difficultés qui peuvent naître en cas d'entente sérieusement perturbée (10).

La cohabitation est révocable *ad nutum* par chacun des cohabitants. Outre le mariage avec un tiers ou le décès d'un des cohabitants, la cohabitation cesse de plein droit par simple déclaration unilatérale d'un des cohabitants auprès de l'officier d'état civil (11).

(4) Les conditions nécessaires pour adopter le statut de la cohabitation sont énumérées à l'article 1475 §2 C. civ.

(5) L'article 1476 §1^{er} du Code civil énumère les mentions qui doivent figurer dans la déclaration.

(6) Art. 1477 §3 C. civ.

(7) Art. 1477 §4 C. civ.

(8) Art. 1478 al. 2 C. civ. L'article 1478 al. 3 C. civ. réserve la situation particulière de la cohabitation légale entre deux personnes entre lesquelles existent des liens de parenté qui font naître des prétentions successorales, pour protéger les héritiers réservataires.

(9) Art. 1477 §2 C. civ.

(10) Art. 1479 C. civ. Il suffira toutefois à l'un des cohabitants de mettre fin à la cohabitation pour priver le juge de paix de son pouvoir de juridiction.

(11) Art. 1476 §2 C. civ.

La cessation ne fait naître aucune obligation alimentaire dans le chef des ex-cohabitants.

A l'expérience, la cohabitation légale n'a connu qu'un succès limité. L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe moins de 5 ans après l'introduction de la cohabitation légale, a sans doute contribué à ce désintérêt pour une formule légale à vrai dire fort timide. L'on constate par ailleurs que les personnes qui ont adopté la cohabitation ont la plupart du temps complété le régime légal par une convention comme le permet d'ailleurs expressément la loi (12).

§2. – LE MARIAGE ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE

De façon beaucoup plus ambitieuse, la loi du 13 février 2003 (13) a permis aux personnes de même sexe de se marier. Bien qu'une querelle subsiste dans la doctrine belge quant à la qualification exacte de ce type d'union – que d'aucuns considèrent comme un 'sous-mariage' – dans les faits ce mariage est l'équivalent fonctionnel du mariage 'classique' entre personnes de sexes différents.

Le mariage entre personnes de même sexe est soumis aux mêmes conditions de fond et de forme que le mariage 'classique' (14). Le mariage doit dès lors être célébré à l'intervention d'un officier d'état civil (15).

(12) L'article 1478 *in fine* du Code civil précise que «les cohabitants règlent les modalités de leur cohabitation légale par convention comme ils le jugent à propos, pour autant que celle-ci ne contienne aucune clause contraire à l'article 1477, à l'ordre public, aux bonnes mœurs, ou aux règles relatives à l'autorité parentale, à la tutelle et aux règles déterminant l'ordre légal de la succession. Cette convention est passée en la forme authentique devant notaire, et fait l'objet d'une mention au registre de la population».

(13) *M.B.*, 28 février 2003. La Cour d'arbitrage a rejeté un recours en annulation contre cette loi : C.A., 20 octobre 2004, n° 159/2004, *J.T.*, 2005, 51.

(14) En général voy. J.-L. RENÇON, «L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge», *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, 439-469; P. SENAEVE, «De wet van 13 februari 2003 tot invoering van het homohuwelijk in het Belgische recht», *E.J.*, 2003, 49-62; D. STERCKX, «A propos de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe», *J.T.*, 2003, 434.

(15) Selon les données fournies en réponse à une question parlementaire, 4884 personnes de même sexe avaient conclu au 10 juin 2005 un mariage. Il s'agit ici de personnes, et non de mariages. Pour la Région flamande le nombre de personnes s'élève à 3398, pour la Région wallonne à 788 et pour la Région de Bruxelles-Capitale à 658. Le nombre d'hommes qui se sont mariés s'élève à 2 794 et le nombre de femmes est de 2050. Il n'existe pas de chiffres précis relatifs à la nationalité des partenaires (Réponse de la ministre de la Justice du 6 juillet 2005, *Q.R.*, Ch. Repr., sess. ord. 2004-2005, question n° 634 du 19 avril 2005, p. 14977 (Mme Vautmans) et réponse du Ministre de l'Intérieur, *Q.R.*, Ch. Repr., sess. ord. 2004-2005, question n° 689 du 14 juillet 2005, p. 15893).

Le mariage entre personnes de même sexe crée en outre entre les partenaires les mêmes droits et obligations réciproques que le mariage 'classique'. Ces droits sont définis dans de nombreuses dispositions du droit belge (16).

Le mariage entre personnes de même sexe se dissoudra *ipso iure* par le décès de l'un des époux. Les époux de même sexe peuvent également recourir aux différentes formes de divorce prévues par le droit belge.

La seule différence entre le mariage de personnes de même sexe et le mariage 'classique' entre personnes de sexes différents, tient à l'absence d'effets du premier en matière de filiation (17).

2. – La loi applicable à la formation d'unions entre personnes de même sexe

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

§1. – PREMIÈRE PHASE : APPLICATION DES RÈGLES CLASSIQUES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Dans un premier temps, le législateur belge a tracé le cadre légal permettant d'encadrer ces nouvelles formes d'union sans prévoir pour autant de règles particulières de droit international privé (18). Ni la loi du 23 novembre 1998, qui introduit la cohabitation légale, ni la loi du 13 février 2003, qui ouvre le mariage aux personnes de

(16) Outre le régime 'primaire' qui s'impose à tous les époux (les articles 212 à 224 du Code civil), les époux seront soumis aux dispositions relatives aux régimes matrimoniaux (Titre V du Livre III du Code civil) ainsi qu'aux dispositions assurant au conjoint survivant des droits successoraux légaux et réservataires.

(17) L'article 143 al. 2 du Code civil précise que si le mariage a été contracté entre personnes de même sexe, l'article 315 du même Code, qui dispose que l'enfant né pendant le mariage est présumé avoir pour père le mari, ne s'applique pas. Depuis l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, le législateur s'est penché sur la possibilité pour les couples de personnes de même sexe d'adopter. Un projet de loi en ce sens a été adopté en décembre 2005 par la Chambre et en avril 2004 par le Sénat. Le projet attend actuellement la sanction royale (voy. le projet de loi modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe, *Doc. Parl.*, Sénat, Session 2005-2006, 14 décembre 2005, 3-1460).

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

même sexe, ne contiennent de précisions quant à l'application dans l'espace de ces lois.

En conséquence, ces situations étaient appréhendées sur base des règles de rattachement traditionnelles, fondées principalement sur la nationalité des intéressés. L'absence de règle spécifique n'a pas manqué de soulever certaines questions difficiles (19), au premier rang desquelles figurait la question de la qualification à donner à la cohabitation (20).

A l'occasion de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, ces questions ont reçu une nouvelle actualité. Le législateur ayant négligé d'adopter des règles particulières pour le mariage 'nouveau style', l'on en a déduit que ce mariage n'était possible que si les deux candidats au mariage satisfaisaient aux conditions posées par leur droit national, conformément au prescrit de l'article 3, al. 3 du Code civil en vigueur à l'époque (21).

Le gouvernement avait même précisé lors des travaux parlementaires que la loi ne modifiait pas les règles traditionnelles de droit international privé. Ainsi le rapport explicatif accompagnant la proposition de loi précisait-il que «La présente proposition ne porte pas atteinte aux principes de droit international privé applicables au mariage. Ainsi, le mariage n'est possible, et cela pour les personnes de même sexe également, que lorsque les deux parties satisfont aux conditions de fond prescrites par leur statut personnel pour pouvoir contracter mariage» (22).

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

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

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

(22) Développements, Proposition de loi n° 1173 déposée le 28 mai 2002 au Sénat, *Doc. Parl.*, session 2002-2003, Sénat, n° 2-1173/1. Voy. également l'exposé introductif du Ministre de la Justice, Rapport fait au nom de la Commission de Justice du Sénat, session 2002-2003, *Doc. Parl.*, Sénat, 2-1173/3, p. 4.

Il s'en déduisait que pour déterminer si deux personnes du même sexe pouvaient se marier, il était nécessaire de vérifier si un tel mariage était possible selon leur loi nationale. L'existence d'une exigence liée à la différence de sexes entre candidats au mariage, constitue en effet assurément une condition *de fond* du mariage. Or les conditions de fond étaient soumises à la loi nationale des intéressés, qui est appliquée *distributivement* pour chaque intéressé (23).

Ceci signifiait concrètement que ne pouvaient se marier en Belgique que les candidats au mariage ressortissants d'un pays qui autorisait le mariage entre deux personnes de même sexe (24). Au contraire, lorsque le droit national ne permettait le mariage qu'entre personnes de sexes différents, il n'était pas possible de célébrer le mariage en Belgique. Ceci réduisait considérablement le champ d'application de la nouvelle loi. En pratique, seuls les ressortissants de quelques pays, dont la Belgique et les Pays-Bas, pouvaient bénéficier de la loi du 13 février 2003 (25).

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

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

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

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

sexe est possible selon les règles en vigueur dans le pays» (26). Le Ministre expliquait également que «le certificat de coutume qui normalement est exigé ne suffira pas toujours à cet égard. En effet, les textes législatifs laissent rarement apparaître que le mariage n'est prévu que pour des personnes de sexe différent».

§2. – SECONDE PHASE :
DÉVELOPPEMENT DE RÈGLES NOUVELLES
DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

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

I. – *La circulaire du 23 janvier 2004*

La première manifestation du traitement particulier accordé en droit international privé aux nouvelles formes de vie commune a pris la forme d'une nouvelle circulaire adoptée en janvier 2004 par le Ministre de la Justice (27). Dans cette nouvelle circulaire, le Ministre de la Justice a pris le contre-pied de la position défendue dans la circulaire antérieure en précisant que «*le droit belge ayant ouvert le mariage aux personnes de même sexe, il me paraît qu'une disposition de droit étranger relative au sexe des époux, interdisant le mariage de personnes de même sexe, doit être considérée comme discriminatoire et contraire à notre ordre public international*». La circulaire concluait que «*l'application d'une disposition de droit étranger doit être écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe*».

Le Ministre de la Justice limitait certes l'intervention de l'exception d'ordre public aux couples dont l'un des futurs époux possède «la nationalité d'un État ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit autorise un tel mariage». Le caractère

(26) Circulaire relative à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil (*M.B.*, 16 mai 2003).

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

automatique que conférait la circulaire à l'intervention de l'ordre public a cependant été fortement critiqué (28). Ces critiques relevaient notamment que l'on pouvait avoir des doutes sur le caractère immédiat de la sanction (29), qui contrastait avec le caractère *in concreto* que doit revêtir en règle l'appréciation d'une contrariété à l'ordre public (30). En outre, certains se demandaient s'il était cohérent de prétendre que la possibilité de nouer de telles unions, si récemment acquise en droit belge, était devenue, par la seule force d'une consécration législative récente, un principe fondamental que l'ordre juridique belge se devait de protéger contre les atteintes que lui porteraient les droits étrangers (31) (32). De façon remarquable la critique de cette circulaire s'est d'ailleurs étendue aux représentants des officiers d'état civil qui constataient que la circulaire ne

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

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

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

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

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

pouvaient leur imposer l'obligation de célébrer le mariage lorsque la loi nationale des candidats au mariage l'interdisait (33).

II. – *Le Code de droit international privé*

La confusion née de la position prise par le Ministre a disparu avec l'adoption du Code de droit international privé (34). A l'origine, le projet de Code ne prévoyait certes aucune disposition particulière pour les unions entre personnes de même sexe. L'article 46 du texte déposé au Sénat se contentait de préciser que les conditions de validité du mariage étaient régies, pour chacun des époux, par le droit de l'Etat dont il a la nationalité au moment du mariage (35).

Le projet de Code opérait certes une distinction entre deux catégories de situations : d'une part les nouvelles formes de vie commune, qui faisaient l'objet d'un ensemble de dispositions particulières et d'autre part le mariage. La première catégorie comprenait, selon l'article 58 du projet, les situations de vie commune donnant lieu à un enregistrement par une autorité publique et ne créant pas entre les cohabitants de lien équivalent au mariage. Le mariage entre personnes de même sexe ne faisait dès lors pas partie de cette catégorie, puisque selon le rapport explicatif accompagnant le projet, les relations de vie commune établissant des liens équivalents au mariage, ne relevaient pas du chapitre consacré à la 'relation de vie commune', mais bien du chapitre consacré plus généralement au mariage (36).

Le mariage entre personnes de même sexe restait dès lors soumis à la règle de l'application distributive des lois nationales des futurs époux (37).

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

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

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

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

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

Au cours des discussions parlementaires, un consensus est toutefois apparu pour prévoir dans le nouveau texte des règles particulières pour le mariage entre personnes de même sexe, dans le but de permettre l'accès au mariage aux ressortissants d'États dont la loi ignorait ou interdisait ce type de mariage. Plusieurs parlementaires ont proposé de substituer au rattachement à la loi nationale un rattachement de principe fondé sur la résidence des futurs époux, la nationalité ne devant intervenir qu'à défaut de résidence commune des futurs époux sur le territoire d'un même Etat (38). Une autre piste a toutefois été proposée, qui consistait à permettre aux autorités belges d'écarter l'application dans la loi étrangère applicable, d'une condition relative à la différence de sexe, à condition que les candidats au mariage soient durablement installés en Belgique ou dans un autre pays qui permet un mariage entre personnes de même sexe (39).

Cette dernière formule l'a emporté en définitive, dans une rédaction proposée par le gouvernement (40). L'amendement proposé par le gouvernement visait à ajouter à l'article 46 un second paragraphe selon lequel « *L'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1^{er} est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit permet un tel mariage.* » (41)

Le gouvernement justifiait cette modification de la façon suivante :

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

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

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

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

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

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

Le texte adopté par le législateur apporte donc une exception à l'application distributive de la loi nationale des futurs époux. Partant, le législateur belge entend permettre aux candidats à un tel mariage d'échapper à l'application de leur loi nationale lorsque celle-ci ne permet pas l'union (42).

§3. – L'ÉTAT ACTUEL

DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ BELGE

I. – L'ouverture du mariage entre personnes de même sexe aux situations internationales

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

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

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

L'intervention de l'article 46 al. 2 est toutefois soumis à la démonstration de l'existence d'un lien entre les candidats au mariage et un Etat qui permet le mariage entre personnes de même sexe. Il est en effet nécessaire que l'un des futurs époux au moins possède la nationalité d'un tel Etat (43) ou y réside habituellement (44).

En outre, le mariage ne pourra être célébré en Belgique que lorsque l'un des futurs époux est belge, est domicilié en Belgique ou y a, lors de la célébration, depuis plus de trois mois sa résidence habituelle. Ces conditions subordonnent en effet l'intervention de l'officier d'état civil belge (45). Elles visent à prévenir le 'tourisme matrimonial'.

La conjonction de ces exigences aboutit au résultat suivant : lorsque l'un des futurs époux possède la nationalité belge ou réside depuis plus de 3 mois en Belgique, l'officier d'état civil pourra célébrer le mariage sans que l'application des lois nationales des intéressés puisse empêcher le mariage. En effet, la nationalité belge ou la résidence en Belgique de l'un des futurs époux, qui justifie la compétence de l'officier, permet déjà d'écarter une loi étrangère n'autorisant pas le mariage entre personnes de même sexe (46).

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

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

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

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

(46) Il n'est toutefois pas exclu que la résidence de l'un des futurs époux ne soit pas jugée satisfaisante pour permettre l'application de la clause de sauvegarde prévue à l'article 46 al. 2. En effet, l'article 44 se contente d'une résidence de 3 mois. Ce délai devrait en règle permettre de conclure que l'intéressé possède en Belgique sa résidence habituelle au sens de l'article 4 du Code. Il n'y aura toutefois pas nécessairement coïncidence puisque cette dernière disposition exige un établissement «à titre principal» qui peut ne pas être rencontré dès lors qu'une personne s'est installée en Belgique avec l'intention de quitter le pays une fois le mariage célébré.

Partant, l'accès au mariage n'est pas réservé aux seuls ressortissants belges de même sexe qui résident en Belgique. Des ressortissants étrangers de même sexe peuvent également s'unir en Belgique et ce même si la loi nationale de l'un d'eux, voire des deux futurs époux, s'oppose à l'union envisagée (47). En outre, deux ressortissants belges qui résident à l'étranger peuvent également s'unir par les liens du mariage (48).

Il est important de noter que l'exception dont bénéficie le mariage entre personnes de même sexe a reçu un large champ d'application dans le temps. Selon l'article 127, §3 du Code, l'article 46 §2 s'applique en effet aux mariages célébrés à partir du 1^{er} juin 2003, date d'entrée en vigueur de la loi permettant le mariage entre personnes de même sexe (49). Cette règle permet de valider *a posteriori* les unions célébrées en Belgique depuis le 1^{er} juin 2003 à propos desquelles la succession de circulaires pouvait laisser planer un doute (50).

La pratique a toutefois révélé certaines difficultés d'application de la nouvelle règle. Les candidats de même sexe au mariage éprouvent en effet parfois des difficultés à présenter aux autorités belges certains documents nécessaires pour la célébration de l'union (51).

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

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

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

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

(51) Il faut consulter l'article 64, §1^{er}, du Code civil pour découvrir la liste des documents qui doivent être remis lors de la déclaration du mariage par les futurs époux à l'officier de l'état civil de la commune où ils souhaitent se marier. Il s'agit en résumé 1°) d'une copie conforme de l'acte de naissance, 2°) d'une preuve d'identité, 3°) d'une preuve de nationalité, 4°) d'une preuve de célibat ou d'une preuve de la dissolution ou de l'annulation du dernier mariage célébré devant un officier de l'état civil belge et, le cas échéant, d'une preuve de la dissolution ou de l'annulation des mariages célébrés devant une autorité étrangère, 5°) d'une preuve de l'inscription dans les registres de la population, 6°) d'une preuve écrite légalisée, émanant du futur époux absent lors de la déclaration du mariage, dont il ressort que celui-ci consent à la déclaration et 7°) de toute autre pièce authentique dont il ressort que l'intéressé remplit les conditions requises par la loi pour pouvoir contracter mariage. Si les documents remis sont établis dans une langue étrangère, l'officier de l'état civil peut en demander une traduction certifiée conforme. Une loi du 3 décembre 2005 (*M.B.*, 23 janvier 2006) a grandement simplifié ces formalités pour les ressortissants belges. Des circulaires ministérielles apportent des précisions sur les documents à fournir, voy. les circulaires du 17 décembre 1999 relative à la loi du 4 mai 1999 modifiant certaines dispositions relatives au mariage (*M.B.*, 31 décembre 1999) et la circulaire du 23 janvier 2004 précitée (*M.B.*, 27 janvier 2004).

C'est le cas du certificat de célibat ou du certificat de coutume. Il semble que certaines autorités étrangères refusent de délivrer de tels documents dès lors qu'ils sont destinés à permettre la conclusion d'une union entre personnes de même sexe. La presse s'est fait l'écho de ces difficultés (52), qui ont également été évoquées au Parlement (53).

Il faut encore indiquer que les officiers d'état civil belge ne pourront célébrer de mariage qu'au sens de la loi belge. La règle *auctor regit actum* interdit en effet aux autorités belges de prêter leur concours à la constitution d'une situation juridique sous l'empire d'un droit étranger. Partant, un officier d'état civil belge ne pourra donner suite au souhait de deux ressortissants suédois de même sexe de leur conférer le statut de 'partenaires' prévu par le droit suédois applicable en l'espèce (54). Non seulement l'officier procédera-t-il à la célébration du mariage en respectant les formalités prévues par le Code civil belge mais pour les autorités belges l'union qui en découle sera considérée comme un mariage. Ceci ne présume toutefois en rien de l'effet que pourront accorder les autorités suédoises à cette union, ni d'ailleurs des effets qui pourraient s'attacher à une telle union selon le droit international privé belge.

II. – *L'ouverture limitée de la 'relation de vie commune'*

Le Code de droit international privé introduit également des règles particulières visant les 'relations de vie commune', qui sont

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

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

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

définies comme visant les situations de vie commune «donnant lieu à enregistrement par une autorité publique et ne créant pas entre les cohabitants de lien équivalent au mariage». A titre d'exemple la cohabitation légale du droit belge (*supra*) ou le pacte de solidarité du droit français paraissent devoir être rangés dans la catégorie de relation de vie commun, dès lors que ces deux institutions n'ont pas pour but d'établir des liens équivalents au mariage (55). Selon les travaux préparatoires du Code, certains types de partenariat enregistré mis sur pied dans les pays scandinaves doivent par contre être assimilés au mariage (56).

Comme déjà indiqué, le critère de distinction entre les deux catégories est l'existence ou non d'un effet de la relation sur l'état de la personne équivalent au mariage (57). Les relations de vie commune visées par le Code sont celles qui n'ont pas pour effet d'imposer aux 'partenaires' le respect de devoirs touchant à leur personne. Seuls les biens des partenaires sont concernés (*supra*) (58).

Les articles 59 et suivant du Code prévoient des règles particulières pour les relations de vie commune ainsi définies. Ce qu'il importe de noter à ce stade est que la conclusion d'une relation de vie commune en Belgique n'est possible que si les parties possèdent leur résidence habituelle commune en Belgique au moment de la conclusion. Ce critère, qui fait écho au 'domicile commun' requis par l'article 1476 §1 du Code civil (59), restreint l'accès à la cohabi-

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

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

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

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

(59) Comme l'a fort justement noté M^{me} Francq, la contradiction entre le critère retenu par le Code, qui évoque l'existence sur le territoire belge d'une résidence habituelle, et la loi du 23 novembre 1998, qui faisait dépendre la compétence de l'officier d'état civil belge de l'existence en Belgique d'un «domicile commun» des futurs cohabitants, n'est qu'apparente. Tel qu'il est défini par l'article 102 du Code civil, le domicile se rapproche en effet largement de la résidence habituelle comprise, comme l'impose l'article 4 du Code de droit international privé, comme le lieu du principal établissement (S. FRANCOQ, «Nouvelles formes de relation de couple. Mariage

tation légale organisée par le droit belge aux seules personnes résidant déjà ensemble en Belgique (60).

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

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

§4. – L'IMPACT DE LA RECONNAISSANCE

La question de l'effet que les autorités étrangères reconnaîtront aux nouvelles formes d'union mises en place par le droit belge, a été plusieurs fois évoquée lors des discussions ayant précédé l'adoption soit des dispositions de droit matériel, soit des règles de droit international privé relatives aux nouvelles formes d'union.

Déjà dans son avis sur l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, le Conseil d'Etat avait pris argument du risque de créer des situations 'boiteuses' (*matrimonium claudicans*) pour conseiller le rejet du projet. Selon le Conseil, «l'insécurité juridique de droit international privé» à laquelle le projet risquait, à ses yeux, de conduire, constituait un élément de plus justifiant son retrait. Le Conseil ajoutait que «les unions homosexuelles ne seront possibles que

entre personnes du même sexe, partenariat enregistré, Pacs, etc», *Actualités du contentieux familial international*, P. WAUTELET (éd.), Larcier, 2005, (253), 265-266).

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

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

si le statut personnel des deux époux le permet, ce qui n'est le cas que des Pays-Bas. Par ailleurs, de telles unions ne seront, le plus souvent, pas reconnues dans d'autres pays pour inexistence du mariage ou, à tout le moins, contrariété à l'ordre public international de ces pays» (61). Cette remarque n'a toutefois pas influencé le sort du projet de loi.

Lors des discussions relatives au Code de droit international privé, il a également été plusieurs fois fait référence aux difficultés qui pourraient naître de la reconnaissance à l'étranger de mariages célébrés en Belgique. Certains parlementaires se sont en effet inquiétés du sort que pourrait connaître dans un Etat étranger un mariage célébré en Belgique entre personnes de même sexe (62).

Ces difficultés relatives à la reconnaissance à l'étranger n'ont toutefois pas conduit à limiter l'ouverture du mariage de personnes de même sexe à certaines catégories de citoyens. Si limitation il y a eu, elle visait plutôt à éviter un 'tourisme matrimonial'.

S'il n'a eu aucun impact sur l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe aux couples étrangers, le souci porté aux difficultés de reconnaissance a toutefois conduit à une tentative originale d'imposer aux autorités belges un devoir accru d'information des intéressés (63). Constatant que les règles adoptées par la Belgique risquaient de créer des situations boiteuses, une parlementaire a suggéré d'imposer aux officiers d'état civil l'obligation d'attirer l'attention des citoyens sur le caractère précaire de mariages célébrés en Belgique (64). Cet amendement n'a certes pas été retenu.

(61) Avis du Conseil d'Etat n° 32.008/2 du 12 novembre 2001.

(62) Voy. les interventions de M^{me} Nyssens (p. 100), MM. Zenner et Willems (p. 104) à la Commission Justice du Sénat (Rapport, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/7). M. Willems faisait par exemple observer que «On doit cependant être conscient du fait que les effets juridiques cessent dès que l'on a quitté la Belgique; il faut se garder de donner trop l'impression que pareil régime pourrait avoir un impact important. On peut comparer cela à un mariage religieux qui n'aurait aucun effet en droit civil».

(63) Voy. aussi les observations faites par le Sénateur Guilbert qui soulignait, après avoir proposé un amendement visant à écarter dans certains cas l'application de la loi nationale pour les conditions de fond du mariage, que «Il conviendra toutefois de souligner le risque éventuel de non-reconnaissance à l'étranger de certaines unions» (amendement n° 1, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/2, p. 2).

(64) Amendement n° 37 (M^{me} Nyssens), *Doc. Parl.*, Sénat, n° 3-27/3, qui visait à introduire un article 134^{ter} dans le Code, intitulé «devoir d'information». Ce nouvel article aurait précisé que «Dans tous les cas où, par application d'une des dispositions du présent code, un acte public ou une décision judiciaire a pour objet de modifier l'état d'une personne physique, le fonctionnaire qui passe l'acte ou le juge qui rend la décision doit insérer la mention suivante à la fin de l'acte ou du dispositif de la décision : 'L'attention des parties est attirée sur le fait : 1° que le présent acte ou la présente décision ne préjuge ni de son efficacité internationale ni de ses effets en dehors de

Toutefois la circulaire adoptée le 23 janvier 2004 impose aux officiers d'état civil d'attirer l'attention des candidats au mariage sur la possible non-reconnaissance de leur union à l'étranger (65). Cette obligation n'est pas sanctionnée.

§5. – CONCLUSION

Le droit international privé belge offre une approche contrastée des différentes formes d'unions qui sont ouvertes aux personnes de même sexe : alors que le mariage entre personnes de même sexe fait l'objet d'un traitement spécifique qui a pour but de garantir assez largement l'accès à ce type d'union, les personnes souhaitant adopter un statut qualifié de 'relation de vie commune' ne pourront le faire que si elles possèdent un domicile commun en Belgique.

L'explication de cette différence de traitement réside, paradoxalement, dans le caractère somme toute novateur du mariage entre personnes de même sexe : même si les législations nationales évoluent très vite sur cette question, la possibilité pour deux personnes de même sexe d'accéder au mariage demeure aujourd'hui encore l'exception. Il est par contre certain que de nombreux Etats offrent la possibilité à deux personnes de même sexe d'adopter un statut contractuel fondé sur la cohabitation. Ceci peut expliquer le souhait du législateur belge d'ouvrir le mariage aux personnes de même sexe dont le droit national ne connaît pas (encore) ce type d'union. Ceci afin de ne pas priver les intéressés, notamment ceux qui résident sur le territoire belge, de la possibilité de s'unir par le mariage. Il n'était au contraire pas nécessaire d'ouvrir l'accès à la cohabitation légale dans une mesure similaire, puisqu'à défaut de pouvoir adopter un tel statut en Belgique, les personnes qui ne sont pas domici-

la Belgique; 2° qu'il pourrait en résulter des difficultés pour les parties ou l'une d'elles.' Lecture commentée de cette mention doit être faite par ledit fonctionnaire ou juge en présence des parties ou de leur représentant légal ou conventionnel.»

(65) Selon la circulaire, «Il est donc extrêmement important que l'officier de l'état civil attire l'attention des intéressés sur les inconvénients possibles de ces mariages à l'étranger. Il est de l'intérêt des futurs époux de se faire dûment conseiller sur leur statut juridique dans l'hypothèse où ils s'établiraient à l'étranger, ou dans le cas où ils y auraient déjà ou acquerraient par la suite des intérêts patrimoniaux ou autres. Cela est d'autant plus important que l'on ne peut faire que des prévisions globales quant à la manière dont la pratique juridique étrangère réagira aux mariages entre personnes de même sexe. Comme cela a déjà été précisé, il n'est d'abord pas certain que de tels mariages seront reconnus comme tels. Il n'est pas sûr non plus que le fait de ne pas reconnaître un tel mariage impliquerait qu'aucun effet ne lui serait reconnu, ou qu'au contraire certains effets lui seraient accordés».

liées en Belgique peuvent accéder à un statut de ce type dans d'autres Etats.

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

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

§1. – RECONNAISSANCE DES MARIAGES ENTRE PERSONNES DE MÊME SEXE

I. – *Principe de la reconnaissance*

Le droit international privé belge ne connaît pas de règles spécifiques pour apprécier la validité d'un mariage célébré à l'étranger (66). Ceci signifie que pour apprécier la validité d'un tel mariage, les autorités belges appliqueront les mêmes règles que celles applicables pour la célébration d'un mariage en Belgique (67).

Partant, les unions célébrées à l'étranger seront reconnues en Belgique si chacun des époux satisfaisait, au moment de la célébration du mariage, aux exigences de sa loi nationale. Concrètement, le mariage célébré aux Pays-Bas entre un citoyen belge et un citoyen

(66) La Belgique n'a pas ratifié la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages.

(67) Voy. l'observation de M. Erauw lors de l'examen du projet de Code par la Commission Justice du Sénat. M. Erauw faisait remarquer qu'il était nécessaire de «mener une politique cohérente à l'égard des mariages conclus en Belgique et des mariages conclus à l'étranger». (Rapport Sénat, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/7, p. 101). Dans la mesure où l'on accepte que le mariage célébré à l'étranger constitue un acte authentique au sens de l'article 27 du Code, la solution ne fait plus de doute puisque l'article 27 prévoit que pour être reconnu en Belgique, un tel acte doit avoir été établi «conformément au droit applicable en vertu de la présente loi». Sur l'application de l'article 27 à la reconnaissance de mariages célébrés à l'étranger, voy. M. ERAUW, Rapport Sénat, *Doc. Parl.*, Sénat, 3-27/7, p. 107. Voy. enfin la justification apportée à l'amendement n° 24 du gouvernement, précité, qui modifiait l'article 46 du Code. Selon le gouvernement, la modification proposée, qui introduisait une clause d'ordre public dans le texte «permet aussi de reconnaître en Belgique un mariage célébré à l'étranger, dès lors que la condition de nationalité ou de résidence est remplie. Cela permet par exemple de valider en Belgique un mariage célébré aux Pays-Bas, lorsque l'une des parties est néerlandaise ou réside aux Pays-Bas, comme le permet le droit néerlandais.»

néerlandais sera reconnu puisque la loi nationale de ces deux époux ne pose pas de condition liée à la différence de sexe pour le mariage.

Comme on l'a remarqué, c'est précisément la double fonction de l'article 46 du Code – qui sert de point d'ancrage tant pour la célébration d'une union en Belgique que pour la reconnaissance en Belgique d'une union célébrée à l'étranger – qui explique que la clause d'ordre public positif soit formulée dans des termes généraux (68). Cette clause ne se contente en effet pas de permettre aux personnes résidant en Belgique ou qui possède la nationalité belge, de se marier nonobstant l'opposition de la loi nationale de l'un d'entre eux. Tel qu'il est formulé, l'article 46 al. 2 du Code permet à la clause d'exception de jouer aussi à l'égard des unions célébrées à l'étranger. Pour reprendre un exemple donné par Mme Francq, un mariage célébré aux Pays-Bas entre un ressortissant italien résidant aux Pays-Bas et un ressortissant portugais ne pourrait en principe pas être reconnu en Belgique puisque les lois nationales des deux intéressés s'opposent à ce type d'union (69). La clause d'exception permet d'écarter, au stade de la reconnaissance, l'application de ces lois dans la mesure où l'un des candidats au mariage réside dans un Etat qui permet le mariage entre personnes de même sexe (70).

II. – *Effets de la reconnaissance*

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

(68) S. FRANCQ, *op. cit.*, p. 270.

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

(70) S. FRANCQ, *op. cit.*, pp. 269-270.

de vie commune – seront régis par la loi de la résidence commune actuelle des conjoints en vertu de l'article 48 (71).

La diversité des effets reconnus dans les différentes lois nationales aux nouvelles formes de mariage pourrait donner à ces unions un contenu variable. Il n'est en effet pas exclu que deux époux qui se sont unis aux Pays-Bas soient soumis à la loi belge notamment pour déterminer les effets de leur union sur leur personne (72). Partant, l'on pourrait voir une union célébrée dans un pays A régie par la loi d'un pays B qui accorde d'autres effets à l'union. Ce phénomène n'est pas propre au mariage entre personnes de même sexe. La relative nouveauté des régimes relatifs aux unions entre personnes de même sexe pourrait toutefois se heurter à certaines résistances qui trouveraient une traduction concrète dans l'exception d'ordre public de droit international privé.

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

D'autre part, il n'est pas exclu que l'ordre juridique belge réagisse contre un effet qu'un droit étranger – déclaré applicable par les règles belges de droit international privé – prétend accorder à une union entre personnes de même sexe. Ce pourrait être le cas, en théorie du moins, des effets d'une telle union au niveau de la filiation. L'on a vu que le mariage entre personnes de même sexe n'a en droit belge, du moins à l'heure actuelle, pas vocation à produire des effets en matière de filiation. L'on peut dès lors se demander quelle serait la réaction des autorités belges si un couple de personnes de même sexe en appelait à une disposition de droit étranger leur permettant d'adopter un enfant.

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

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

§2. – RECONNAISSANCE
DES RELATIONS DE VIE COMMUNE

I. – *Principe de la reconnaissance*

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

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

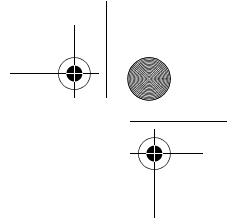
II. – *Effets de la reconnaissance*

Le droit de l'Etat d'enregistrement a également vocation à déterminer les effets qui s'attachent à une relation de vie commune reconnue. L'article 60 al. 2 du Code prévoit expressément l'application de la loi du pays du premier enregistrement notamment pour les effets de la relation sur les biens des parties. Ainsi il faudra consulter la loi luxembourgeoise pour déterminer le caractère propre ou commun d'un bien dans le cadre d'une relation entre deux personnes ayant conclu un partenariat au Luxembourg (73). Il n'était pas nécessaire de prévoir une règle relative aux effets d'une telle relation sur la personne des époux.

Le Code prévoit enfin une dérogation à l'application de de la loi du lieu d'enregistrement en ce qui concerne les relations avec les tiers : l'article 60 renvoie par analogie aux dispositions relatives à l'opposabilité du régime matrimonial (74). Ce faisant, le Code permet l'application d'un autre droit que celui de l'Etat d'enregistrement de la relation. Pour éviter toute difficulté, le Code prévoit une règle subsidiaire qui permet le retour à la loi de l'Etat d'enregistrement dès lors que le droit désigné ne connaît pas la relation de vie commune.

(73) Exemple donné par M^{me} FRANCO, *o.c.*, p. 271.

(74) Article 54 du Code.



PROCÉDURE CIVILE
CIVIL PROCEDURE

