

## LES TENDANCES ACTUELLES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE BELGE \*

par

François RIGAUX

1. Le titre de cette étude ne dévoile pas totalement les limites dans lesquelles l'auteur l'a enfermée.

D'une part, il entend couvrir deux matières du droit international privé, les conflits de lois et les conflits d'autorités et de juridictions. Deux autres matières qui y sont souvent associées, les conflits de nationalité et la condition des étrangers, ne seront pas abordées.

Il s'agit, d'autre part, du droit international privé *belge*. L'analyse ne portera dès lors que sur les deux principales sources nationales : la loi et la jurisprudence. Depuis 1945, la Belgique a participé au mouvement général de codification du droit international privé, et de nombreuses conventions internationales sont entrées en vigueur dans notre pays. N'étant guère révélatrices du droit belge, les tendances que développe ce droit conventionnel ne seront pas dégagées.

Ainsi explicité, le thème de cet article est l'analyse des tendances que paraissent suivre aujourd'hui la loi et la jurisprudence belges dans les domaines des conflits de lois ainsi que des conflits d'autorités et de juridictions. Pour mieux dessiner ces tendances *actuelles*, il sera nécessaire de remonter un peu dans le temps, toutefois les sources antérieures à 1945 ne seront qu'exceptionnellement citées.

2. Les principales solutions de droit international privé sont, en Belgique, l'œuvre de la jurisprudence. Il ne saurait être question, en quelques pages, de se livrer à un examen exhaustif de la jurisprudence belge au cours des trente dernières années<sup>1</sup>. Au risque de faire des choix arbitraires, l'auteur s'est limité à

\* Les sources utilisées ont été recueillies par des chercheurs engagés dans le cadre d'une recherche financée par le Fonds de la recherche fondamentale collective, M<sup>me</sup> Martin-Bosly et M. Palamariu. L'article lui-même esquisse quelques-unes des conclusions de cette recherche.

<sup>1</sup> Outre ceux qu'on trouve à intervalles réguliers dans le *Clunet*, on citera les examens de jurisprudence publiés par VAN HECKE, G. et RIGAUX, F. dans la *Revue critique de jurisprudence belge* : 1953-1960; *R.C.J.B.*, 1961, 357-400; 1961-1964, *R.C.J.B.*, 1965, 331-369; 1965-1969, *R.C.J.B.*, 1970, 269-308. Ces examens de jurisprudence ne couvrent que la matière des conflits de lois. L'examen de la jurisprudence de droit international que fait Joë Verhoeven dans cette *Revue*, couvre les conflits de juridiction.

l'analyse des solutions de principe intéressant quelques aspects de la théorie générale du droit international privé (condition du droit étranger, renvoi, question préalable et détermination du concept préjudiciel) ainsi qu'aux solutions particulières auxquelles la Cour de cassation a conféré son autorité.

De même, en ce qui concerne les interventions du législateur, il a paru préférable de les situer dans la théorie générale, sans faire l'exposé exhaustif des solutions nouvelles introduites en droit positif belge.

3. Enfin, comme il a été précisé au début de cette introduction, les seules sources mises en œuvre de manière systématique ont été la loi et la jurisprudence. Cela exclut non seulement les traités internationaux mais aussi la doctrine. Toutefois, de même qu'il a été nécessaire de se référer aux premiers, afin de dessiner la place laissée vacante pour les sources nationales, les commentaires doctrinaux les plus autorisés seront indiqués à propos des principaux problèmes abordés<sup>2</sup>.

## I. L'EQUILIBRE DE LA LOI ET LA JURISPRUDENCE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE BELGE

4. Pays de tradition juridique française, la Belgique n'avait, à l'origine, guère de texte législatif dans les matières des conflits de lois et de juridictions. Toujours en vigueur, les trois alinéas de l'article 3 du Code civil ont fourni aux tribunaux le canevas qu'ils ont recouvert par touches successives. L'article 999 du même code fait application à la forme du testament de la maxime *Locus regit actum*<sup>3</sup>. Enfin, l'article 47 du Code civil, toujours en vigueur, reconnaît l'efficacité en Belgique des actes de l'état civil dressés à l'étranger dans les formes locales, tandis que l'article 170 fait aussi application de la règle *Locus* en ce qui concerne les formes de célébration du mariage.

5. La Belgique a, le 11 mai 1951, signé un traité qui l'unissait aux Pays-Bas et au Grand-Duché de Luxembourg et qui tendait à l'adoption par les trois pays du Benelux d'une « loi uniforme relative au droit international privé ». Le traité n'est jamais entré en vigueur et après que le projet initial a subi divers

<sup>2</sup> Les quatre ouvrages généraux les plus récents sur le droit international privé belge sont : GRAULICH, P., *Principes de droit international privé* (Paris, Dalloz, 1961); RIGAUX, F., *Droit international privé* (Bruxelles, Larcier, 1968); VANDER ELSR, R., *Conflit de lois, Rép. pr. D. B., Compléments*, t. II (Bruxelles, 1966); VAN HECKE, G., *American-Belgian Private International Law* (New York, Oceana Publications, 1968). A ces quatre ouvrages il sera fait référence par le seul nom de l'auteur.

<sup>3</sup> La Convention de La Haye, du 5 octobre 1961, sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires, est entrée en vigueur en Belgique le 19 décembre 1971 (loi du 29 juillet 1971). Voy. notamment : VANDER ELSR, R., « La Convention de La Haye du 5 octobre 1961... ». *Rev. notarial belge*, 1972, 115-137.

remaniements <sup>4</sup>, l'idée d'une codification limitée aux trois pays paraît aujourd'hui abandonnée. Bien que le texte originel eût été élaboré sous l'influence prépondérante du célèbre juriste néerlandais Meijers, il avait été vivement critiqué par la doctrine néerlandaise plus récente <sup>5</sup>. De plus, l'invitation à étendre l'unification des règles de conflit de lois aux six pays de la C.E.E., adressée le 8 septembre 1967 au nom des trois Etats par le représentant permanent belge auprès des Communautés européennes, devait naturellement entraîner la péremption d'un projet n'intéressant que les trois plus petits Etats de l'Europe des Six <sup>6</sup>.

Alors que la jurisprudence néerlandaise s'était, après 1951, inspirée des solutions de la loi uniforme Benelux pour combler les lacunes du droit écrit, cette loi n'a pas exercé d'influence sur les tribunaux belges et il n'y sera par conséquent pas fait référence dans la suite de cette étude.

6. Pour résoudre les conflits de juridictions, il n'existait même pas, durant les trois premiers quarts du XIX<sup>e</sup> siècle, de texte analogue à l'article 3 du Code civil. La première intervention du législateur remonte à la loi du 25 mars 1876, dont l'article 10 arrête les conditions de l'*exequatur* des décisions étrangères, tandis que les articles 52, 52bis, 53 et 54 contiennent des règles de compétence judiciaire internationale. Il n'est pas inutile de rappeler ces textes parce que, sous réserve de quelques retouches rédactionnelles, le Code judiciaire (loi du 10 octobre 1967) en a repris la substance.

Outre de nombreuses conventions bilatérales <sup>7</sup>, la Belgique a signé la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Cette convention est en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> février 1973 <sup>8</sup>.

7. Dans la matière des conflits de lois, les interventions récentes du législateur belge ont eu des objets limités. La plus connue à l'étranger est la loi du 27 juin 1960 sur l'admissibilité du divorce lorsqu'un des conjoints au moins est

<sup>4</sup> Voy. RIGAUX, F., « Le nouveau projet de loi uniforme Benelux relative au droit international privé », *Clunet*, 1969, 334-360.

<sup>5</sup> La branche néerlandaise de l'*International Law Association* a consacré son assemblée générale du 1<sup>er</sup> mai 1971 à l'étude du projet Benelux. Cette journée avait été soigneusement préparée par des rapports publiés dans : *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, n° 63, février 1971. Voy. un compte rendu de cette assemblée au *J.T.*, 1971, 348-349.

<sup>6</sup> Les travaux du comité d'experts du Marché Commun ont abouti à la rédaction d'un avant-projet de convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles. Voy. VANDER ELST, R., « L'unification des règles de conflit de lois dans la C.E.E. », *J.T.*, 1973, 249-254.

<sup>7</sup> Voy. la liste de ces conventions dans RIGAUX, F., pp. 76-77.

<sup>8</sup> Voy. WESER, M., « La convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions réalise-t-elle la libre circulation des jugements dans le Marché Commun ? », *J.T.*, 1973, 229-234; *Les conflits de juridictions dans le Marché commun* (Bruxelles, thèse, U.L.B., 1970), Bruxelles, *C.I.D.C.*, 1974.

étranger. Elle avait pour objectif de briser l'interprétation donnée par la Cour de cassation à l'article 3, alinéa 3, du Code civil quand les époux n'ont pas la même nationalité.

La plupart des autres règles de droit international privé récentes se greffent sur une modification du droit substantiel interne que le législateur a cru bon de compléter à l'aide de dispositions spéciales de droit international privé. La plus notable est le nouvel article 344 du Code civil qui a accompagné la refonte du droit de l'adoption opérée par la loi du 21 mars 1969.

## II. PRINCIPAUX TRAITS DE L'ŒUVRE LEGISLATIVE RECENTE

### 1. LES REGLES DE CONFLITS DE LOIS

#### A. *Caractère spécial de ces règles.*

8. Une première observation concerne l'objet très limité des dispositions législatives de conflit de lois qui, hormis la loi du 27 juin 1960, sont insérées dans un instrument législatif de droit substantiel. Outre l'exemple déjà rappelé de l'article 344 nouveau du Code civil, on peut citer l'article 4 de la loi du 27 juillet 1961 sur la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive, l'article 92 de la loi du 31 décembre 1955 sur la lettre de change et le billet à ordre et l'article 63 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1961 sur le chèque.

#### B. *L'adoption de règles exclusivement unilatérales.*

9. Une deuxième observation porte sur la loi du 27 juin 1960 et sur les trois dernières dispositions citées à la fin du numéro précédent. Toutes quatre ont en commun le caractère *exclusivement unilatéral* de la solution retenue. Entendons par là que le législateur belge y a dérogé à une règle de conflit de lois multilatérale en vigueur, afin d'étendre le champ d'application du droit interne belge, sans que la disposition nouvelle fût elle-même susceptible de recevoir une interprétation multilatérale. Il convient de les examiner successivement sous cet angle.

10. En ce qui concerne d'abord la lettre de change et le billet à ordre ainsi que le chèque, la Belgique a adhéré aux conventions de Genève, tant celles qui uniformisent le droit substantiel que celles qui règlent certains conflits de lois dans chacune des deux matières considérées<sup>9</sup>. L'article 2 de chacune des deux conventions de conflit de lois règle la *capacité* de s'engager, respectivement par lettre de change ou par billet à ordre, et par chèque. L'un et l'autre contiennent une règle de conflit de lois *alternative* donnant compétence soit à la loi nationale

<sup>9</sup> Les conventions sur la lettre de change et le billet à ordre sont du 7 juin 1930 (loi belge du 16 avril 1932), les conventions sur le chèque du 19 mars 1931 (loi du 23 mars 1951).

de celui qui s'est engagé, soit à la loi du pays où l'engagement a été souscrit. Toutefois l'alinéa 3 de chacune des deux dispositions permet aux Etats contractants de maintenir la capacité de leurs nationaux à l'étranger sous l'application exclusive de la loi nationale. La Belgique a fait usage de cette réserve dans l'article 92 de la loi du 31 décembre 1955 sur la lettre de change et le billet à ordre et dans l'article 63 de la loi du 1<sup>er</sup> mars 1961 sur le chèque. Il en résulte que les tribunaux belges doivent déclarer nul l'engagement pris par un Belge de dix-neuf ans dans un pays où l'âge de la majorité a été abaissé à dix-huit ans. En revanche, ils reconnaîtront la validité de l'engagement pris dans les mêmes conditions par un étranger que sa loi nationale tient pour incapable.

11. Ayant pour objet essentiel le conflit des lois nationales respectives des époux, la loi du 27 juin 1960 établit une discrimination qui ne paraît guère justifiée entre les époux de nationalités différentes dont l'un est belge et ceux qui sont l'un et l'autre étrangers. Dans le premier cas, l'admissibilité du divorce est régie par la loi belge (art. 2), au second cas s'applique la loi nationale de l'époux demandeur (art. 1<sup>er</sup>). Que le conjoint espagnol ou irlandais d'un Belge, mais non celui d'un Allemand, d'un Français, puisse obtenir le divorce, est une anomalie que le législateur aurait dû éviter.

12. Aux termes de l'article 3 de la loi du 27 juin 1960, « la détermination des causes du divorce relève de la loi belge ». Si la jurisprudence n'y est attentive, cette disposition risque elle aussi de conduire à une application exclusivement unilatérale des règles de droit international privé. En effet, hormis l'application à l'admissibilité du divorce de la loi nationale du demandeur étranger dont le conjoint n'est pas belge, tous les problèmes réglés par la loi du 27 juin 1960 sont rattachés à la *lex fori*. Pour que cette solution ne soit pas jugée exclusivement unilatérale il faut que les tribunaux belges assouplissent le contrôle qu'ils exercent lors de la reconnaissance de jugements de divorce étrangers. Avant la loi du 27 juin 1960, on enseignait qu'était contraire à l'ordre public, la décision étrangère n'ayant pas appliqué la loi belge au divorce de sujets belges. Cette interprétation rigoureuse est périmée alors que les tribunaux belges ne prennent plus en considération la loi personnelle des étrangers en Belgique sauf quand la loi nationale du demandeur fait obstacle à l'admission du divorce<sup>10</sup>. Aussi est-ce à juste titre que les décisions récentes reconnaissent le divorce des Belges prononcé à l'étranger pour des causes inconnues de leur loi nationale<sup>11</sup>.

13. Dans l'article 4 de la loi du 27 juillet 1961, la règle de conflit de lois

<sup>10</sup> Voy. en ce sens : VAN HECKE, G. et RIGAUX, F., *R.C.J.B.*, 1965, 232.

<sup>11</sup> Voy. notamment : Gand, 5 juin 1968, *Pas.*, 1968, II, 242; Liège, 23 avril 1970, *Pas.*, 1970, II, 183; Civ. Bruxelles, 30 juin 1972, *J.T.*, 1973, 143. *Contra* : civ. Anvers, 26 juin 1969, *R.W.*, 1969-1970, 272.

exclusivement unilatérale se greffe sur une règle de compétence judiciaire exorbitante du droit commun. Le but poursuivi par le législateur a été la protection des concessionnaires en cas de résiliation unilatérale d'une concession de vente exclusive à durée indéterminée. Pour garantir cette protection dès que la concession de vente produit ses effets sur tout ou partie du territoire belge, l'article 4 prévoit que dans cette hypothèse le concessionnaire peut toujours assigner le concédant devant un tribunal belge (alinéa 1<sup>er</sup>), lequel doit alors appliquer exclusivement la loi belge (alinéa 2).

La première disposition fait assurément obstacle à l'efficacité d'une clause d'arbitrage<sup>12</sup>, ou d'une clause d'attribution de juridiction<sup>13</sup>, non à ce que le concessionnaire puisse valablement renoncer à se prévaloir de l'article 4, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi précitée, en saisissant un tribunal étranger dont la décision peut ensuite fonder l'exception de la chose jugée invoquée contre le concessionnaire réintroduisant la même action devant un tribunal belge<sup>14</sup>.

14. L'article 4, alinéa 2, déroge à la loi d'autonomie : les parties ne peuvent se soustraire à l'application de la loi belge en soumettant leurs relations à un droit étranger<sup>15</sup>. C'est ici qu'apparaît le caractère exclusivement unilatéral de la règle de conflit de lois que contient la loi du 27 juillet 1961 : la solution serait susceptible d'application multilatérale si la résiliation unilatérale d'une concession de vente exclusive à durée indéterminée était toujours soumise à la loi du pays où cette concession produit ses effets. Or, la loi de 1961 ne permet pas une telle interprétation. Quand la concession ne produit aucun effet en Belgique, les tribunaux belges appliqueront la loi choisie par les parties — et notamment la loi belge — même si cette loi n'est pas celle du pays pour lequel la concession a été consentie. La dérogation à la loi d'autonomie a donc bien pour seul effet une extension du domaine d'application de la loi belge et n'est pas susceptible d'interprétation multilatérale.

### C. *La loi à l'assaut de la jurisprudence.*

15. La loi du 27 juin 1960 sur le divorce est un excellent exemple de la dialectique jurisprudence-loi. L'intervention du législateur trouve son origine

<sup>12</sup> Voy. en ce sens : comm. Bruxelles, 2 mars 1972, *J.T.*, 1972, 447. Le tribunal se déclare compétent en dépit d'une clause compromissoire donnant compétence à un tribunal arbitral hongrois.

<sup>13</sup> Cela sous réserve des traités internationaux devant prévaloir sur l'article 4, alinéa 1<sup>er</sup> de la loi du 27 juin 1961. Il en est ainsi, par exemple, de l'article 17 de la Convention C.E.E. du 27 septembre 1968, qui attribue une compétence exclusive au tribunal d'un des Etats contractants désigné par les parties, quand l'une d'elles au moins a son domicile sur le territoire d'un de ces Etats.

<sup>14</sup> Bruxelles, 14 février 1973, *J.T.*, 1973, 256 : application de la convention belgo-allemande du 30 juin 1958.

<sup>15</sup> Voy. : comm. Bruxelles, 4 juin 1971, *J.T.*, 1971, 595 (référence au droit écossais).

dans une interprétation malencontreuse de l'article 3, alinéa 3, du Code civil, que la Cour de cassation de France avait, à la même époque, réussi à éviter<sup>16</sup>. Dans deux arrêts successifs, le second des chambres réunies conformément à l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 7 juillet 1865, la Cour de cassation avait décidé que le divorce ne pouvait être prononcé en Belgique que si les deux lois nationales le déclaraient admissible<sup>17</sup>. Appelée « cumul limitatif », cette solution paraissait respecter *les deux* lois personnelles, mais c'était un trompe-l'œil. En effet, seule une loi était appliquée par le juge, la plus restrictive des deux.

De plus, contrairement à ce que paraissait croire la Cour de cassation, cette interprétation n'était pas commandée par l'article 3, alinéa 3, du Code civil, le législateur de 1804 n'ayant pas prévu la différence de nationalité des époux. Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, la loi nationale du mari était celle du ménage, la femme mariée partageant nécessairement la condition de son époux. A une époque où la femme peut conserver ou acquérir une nationalité propre, il faut retrouver un critère commun dans le domicile ou la résidence que partagent les conjoints. Telle a été l'interprétation de la Cour de cassation de France<sup>18</sup>, approuvée par la doctrine belge<sup>19</sup> et inscrite dans des résolutions de l'Institut de Droit international<sup>20</sup>.

16. Mal accueillie par la doctrine, la solution rigide des arrêts *Rossi* ne donnait pas satisfaction aux besoins de la pratique. Elle empêchait notamment le conjoint belge d'un Italien d'obtenir le divorce auquel la loi nationale du premier le déclarait admissible. Cette solution était d'autant plus mal ressentie par l'intéressé que les litiges déferés aux tribunaux belges concernaient des ménages vivant en Belgique. L'application de la loi du domicile commun aurait dès lors supprimé toute difficulté et s'il faut regretter que la jurisprudence n'ait pas, en l'occurrence, joué son rôle, on doit aussi critiquer le législateur d'être passé

<sup>16</sup> Outre les traités de droit international privé français, voy. : Droz, G., « Une construction prétorienne exemplaire : la loi applicable au divorce d'époux de nationalités différentes en droit international privé français », *Mélanges Kollewijn-Offerhaus* (Leiden, 1962), 125-140; LOUSSOUARN, Y., « Le conflit des lois personnelles en matière de divorce. Etude comparée des jurisprudences belge et française », *Rev. dr. familial*, 1965, 121. Pour un aperçu comparatif plus large, voy. VALLADÃO, H., « Conséquences de la différence de nationalité ou de domicile des époux sur les effets et la dissolution du mariage », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 105, 69-171.

<sup>17</sup> Cass., 16 mai 1952, *Rossi, Pas.*, 1952, I, 589; 16 février 1955, *Rossi, Pas.*, 1955, I, 647.

<sup>18</sup> D'abord à propos de la reconnaissance d'un divorce étranger (17 avril 1953, RIVIÈRE, *Rev. crit. droit internat. privé*, 1953, 412), puis à l'occasion d'une procédure intentée en France (15 mars 1955, LEWANDOWSKI, *ibid.*, 1955, 320). Quand les époux « habitent séparément en des pays différents », la Cour de cassation de France a appliqué la *lex fori* (15 mai 1961, TARWID, *ibid.*, 1961, 547).

<sup>19</sup> Voy. notamment : GRAULICH, n° 165; VAN HECKE et RIGAUX, *R.C.J.B.*, 1965, 346-348.

<sup>20</sup> *Annuaire*, vol. 46, t. I, 176.

à côté d'une solution simple et plus équitable que l'extension unilatérale du domaine d'application de la loi belge qu'il a retenue en 1960<sup>21</sup>.

*D. Les inconvénients d'une réglementation partielle ou trop détaillée.*

17. Une autre critique que méritent aussi bien les dispositions de droit international privé de la loi du 21 mars 1969 sur l'adoption que la loi du 27 juin 1960 sur le divorce est le caractère trop fragmentaire des solutions. Le législateur a isolé un élément du statut personnel : le divorce, l'adoption, en le séparant de matières connexes auxquelles les règles elliptiques de l'article 3 du Code civil restent applicables. Cela a déjà entraîné et entraînera encore des difficultés d'interprétation dont il convient de donner un aperçu.

1° La loi du 27 juin 1960 sur le divorce

18. Une première difficulté suscitée par la loi du 27 juin 1960 concerne la distinction entre l'*admissibilité* du divorce, réglée par les articles 1 et 2 et la détermination de ses causes, qui fait l'objet de l'article 3. D'après la Cour de cassation, la première notion vise le seul principe de la dissolubilité du mariage par le divorce. Toutes autres conditions, non procédurales, de l'action en divorce relèvent de l'article 3 et sont, dès lors, rattachées à la loi belge, quelle que soit la nationalité des époux<sup>22</sup>.

19. En ce qui concerne l'*admissibilité*, le législateur a prévu des solutions différentes selon que les époux sont étrangers (art. 1<sup>er</sup>) ou que l'un d'eux est belge (art. 2). En outre, le domaine matériel de ces deux dispositions n'est pas identique. La première ne vise que le divorce pour cause déterminée. La seconde s'étend au divorce par consentement mutuel et à la conversion de la séparation de corps en divorce. Enfin, aucune des deux n'est applicable à l'*admissibilité* de la séparation de corps.

Les questions non tranchées par la loi du 27 juin 1960 sont donc :

- 1° dans tous les cas, l'*admissibilité* et les causes de la séparation de corps;
- 2° à l'égard d'époux tous deux étrangers, tant l'*admissibilité* que les conditions du divorce par consentement mutuel et de la conversion de la séparation de corps en divorce;

<sup>21</sup> Sur la loi du 27 juin 1960, voy. notamment : ABRAHAMS, « La loi belge du 27 juin 1960... », *Clunet*, 1966, 765-782; FRANCESKAKIS et GOTHOT, « Une réglementation inachevée du divorce international, la loi belge du 27 juin 1960 », *Rev. critique dr. internat. privé*, 1962, 247-282; LIÉNARD-LIGNY, « Le divorce en droit international privé belge », *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1961, 105; VANDER ELST, « La loi du 27 juin 1960... », *J.T.*, 1960, 661 et 711.

<sup>22</sup> Cass., 8 octobre 1964, *Pas.*, 1965, I, 125; *R.C.J.B.*, 1965, 397, note van Hecke, G.



3° à l'égard d'époux dont l'un est belge, l'autre étranger, les conditions du divorce par consentement mutuel et de la conversion de la séparation de corps en divorce.

20. Il est aisé de conclure qu'à ces questions non expressément réglées l'article 3, alinéa 3, du Code civil reste applicable. Sans doute, mais l'objet de la loi nouvelle est précisément de compléter une disposition elliptique pour le cas où les époux ne partagent pas la même nationalité. La question qui demeure alors est de savoir si pour interpréter l'article 3, alinéa 3, du Code civil, le juge doit faire une application analogique de la loi nouvelle<sup>23</sup>. Dans la négative, le juge du fond doit-il se conformer à la théorie du cumul limitatif de l'arrêt de 1955<sup>24</sup> ou peut-il innover, par exemple en appliquant à des époux de nationalité différente la loi de leur résidence commune ?

21. Il n'y a pas lieu, dans les limites de cette étude, de tenter de répondre à ces diverses questions, mais seulement d'analyser la technique législative qui les a suscitées. Le problème sur lequel les arrêts Rossi avaient dramatiquement attiré l'attention, en cassant deux fois un arrêt ayant admis le divorce d'un ménage italo-belge établi en Belgique, était celui du conflit des lois personnelles d'époux de nationalités différentes. Ni la Cour de cassation ni le législateur n'ont osé reconsidérer la compétence de la loi de la nationalité quand celle-ci n'est pas commune aux deux époux. De manière assez paradoxale, une fidélité verbale au principe de la nationalité pour régler les conflits de lois en matière de divorce a conduit dans la loi du 27 juin 1960 à une application quasi systématique de la *lex fori*.

## 2° L'article 344 nouveau du Code civil

22. C'est également une approche fragmentaire qui caractérise les solutions de droit international privé insérées sous l'article 344 du Code civil par la loi du 21 mars 1969<sup>25</sup>. Trois séries de problèmes y ont été abordés par le législateur : la loi applicable aux conditions d'établissement de l'adoption et de la légitimation

<sup>23</sup> Par exemple, en décidant que l'admissibilité de la séparation de corps est rattachée à la loi nationale du demandeur quand les deux époux sont étrangers, à la loi belge quand l'un d'eux est belge. Sur les solutions, voy. RIGAUX, F., n° 292 et le tableau p. 371.

<sup>24</sup> En voici deux exemples empruntés à la jurisprudence récente : à deux époux étrangers n'ayant pas la même nationalité, le tribunal de Bruxelles (14 décembre 1973, *J.T.*, 1974, 375) a appliqué la théorie du cumul limitatif : le divorce par consentement mutuel a été déclaré inadmissible conformément à la loi nationale d'un des époux. La solution est défendable, eu égard au caractère consensuel de cette forme de divorce (voy. Rigaux, n° 292). En revanche, il paraît excessif de cumuler la loi nationale commune des époux et la *lex fori* pour déterminer les causes de la séparation de corps (civ. Bruxelles, 23 décembre 1970, *Doc. prot. jeunesse*, IV-90).

<sup>25</sup> Pour un commentaire des dispositions de droit international privé de cette loi, voy. notamment : VERWILGHEN, M., « La filiation adoptive en droit international privé belge », *Rev. notariat belge*, 1973, 162-199, 224-241.

par adoption (art. 344, § 1<sup>er</sup>, al. 1<sup>er</sup>) ainsi qu'à la révocation d'une adoption (art. 344, § 3, al. 1<sup>er</sup>), la reconnaissance d'une filiation adoptive acquise en pays étranger (art. 344, § 1<sup>er</sup>, al. 2) ou d'une décision étrangère révoquant une adoption (art. 344, § 3, al. 2), la loi applicable aux effets de la filiation adoptive (art. 344, § 2).

a) *La loi applicable aux conditions d'établissement d'une filiation adoptive.*

23. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 21 mars 1969, la jurisprudence belge avait été divisée sur la solution à donner au conflit des lois personnelles entre le futur adoptant ou les futurs adoptants et le candidat à l'adoption. La difficulté était particulièrement aiguë quand la loi nationale d'une des parties ou bien ne connaissait aucune forme de filiation adoptive ou bien la subordonnait à des conditions ignorées de la loi de l'autre. La première hypothèse était assez proche du problème que la loi du 27 juin 1960 avait tranché à propos du divorce : comme celui-ci, l'adoption est ou n'est pas admise par un système de droit interne.

Bien que l'homologation d'une adoption soit au même titre que la décision prononçant le divorce un jugement constitutif d'état, les deux situations sont très différentes. Entre les époux n'ayant pas la même nationalité, le mariage a établi un lien qu'il faut pouvoir dénouer s'il devient insupportable. Au contraire, l'adoption tend à unir des personnes jusque-là étrangères l'une à l'autre. Même si la loi de leur résidence commune a des titres à s'appliquer, il paraît raisonnable de vérifier selon leurs lois nationales respectives si elles remplissent les conditions requises, les unes pour adopter, l'autre pour être adoptée. L'analogie est plus grande avec l'aptitude à contracter mariage qu'avec la loi applicable au divorce.

24. Telle a été la solution inscrite dans l'article 344, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil : l'adoption et la légitimation par adoption ne sont permises en Belgique que « si chacune des parties satisfait aux conditions que lui impose son statut personnel ».

Avant l'entrée en vigueur de la loi, la Cour de cassation était arrivée à la même solution, en rejetant le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Bruxelles qui avait refusé d'homologuer l'adoption d'un Belge par un Néerlandais à l'époque où la loi nationale de ce dernier ne connaissait pas cette institution<sup>26</sup>. Quand la divergence des deux lois personnelles porte sur le principe même de l'adoption, l'application de l'article 344, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, aboutit à la même solution que la théorie du cumul limitatif : il suffit qu'une des deux

<sup>26</sup> Cass., 3 mars 1966, *J.T.*, 1966, 353. Sur cet arrêt, voy. notamment : S. MOURBAUX, « Les conflits de lois en matière d'adoption », *Rev. prat. notariat*, 1966, 233.

lois personnelles ignore ou prohibe l'adoption pour que celle-ci doive être rejetée.

25. Le climat de « faveur de l'adoption » qui règne actuellement et l'idée que celle-ci est souvent favorable à l'enfant ont pu faire juger cette solution trop rigoureuse. Avant l'arrêt de 1966, certaines décisions de la Cour de Bruxelles avaient préféré la théorie de « l'intérêt prépondérant », qui permet parfois d'éliminer celle des lois personnelles qui fait obstacle à l'adoption<sup>27</sup>.

26. L'application distributive des deux lois nationales — qui aboutit souvent en fait à un cumul limitatif — a suscité une autre difficulté que la jurisprudence belge paraît avoir surmontée. Le droit interne belge connaît deux formes d'adoption, l'une à laquelle il a réservé cette qualification, l'autre appelée « légitimation par adoption », qui est en réalité une adoption plénière introduisant l'enfant dans la famille légitime des époux qui l'adoptent. A l'occasion de la légitimation par adoption d'enfants coréens ou vietnamiens par des époux belges, il avait été parfois allégué que la loi nationale des premiers ne connaît que l'adoption simple et qu'ils ne pouvaient dès lors être légitimés par adoption conformément au droit belge<sup>28</sup>.

Devant les chambres de la jeunesse de deux cours d'appel<sup>29</sup>, c'est heureusement une solution à la fois plus juridique et plus humaine qui l'a emporté. En vérifiant les conditions auxquelles la loi nationale d'une des parties autorise « l'adoption » il est artificiel de soutenir que cette loi ne connaît pas ou n'admet pas notre « légitimation par adoption », simplement parce que le type d'adoption qui y est en vigueur produit des effets moins étendus. La difficulté a été partiellement suscitée par l'erreur de terminologie de la loi du 21 mars 1969 : pourquoi appeler « légitimation par adoption » ce qui est en réalité une forme d'adoption plénière ?

27. Le problème ainsi posé concerne la détermination du « concept préjudiciel », c'est-à-dire la comparaison d'institutions appartenant à des systèmes juridiques différents où, sous des « noms » distincts et avec des réglementations diversifiées, il faut retrouver le noyau institutionnel commun aux divers pays<sup>30</sup>. Si les tribunaux belges ne devaient homologuer l'adoption d'un enfant étranger qu'au

<sup>27</sup> Voy. par exemple : Bruxelles, 19 juin 1963, *Pas.*, 1963, II, 236; 24 juin 1964, *J.T.*, 1964, 585, et les observations critiques, *R.C.J.B.*, 1965, 356-358. La notion d'intérêt prépondérant a reparu dans une proposition de loi tendant à remplacer l'actuel article 344, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil (*Doc. parl.*, Ch. des Repr., sess. ord., 1971-1972, n° 206, du 3 mai 1972).

<sup>28</sup> Voy. en ce sens : Trib. jeun. Bruxelles, 15 décembre 1969, 12 janvier 1970, *Rev. dr. familial*, 1970, 67; Civ. Namur, 12 février 1971, *Jurispr. Liège*, 1971-72, 145.

<sup>29</sup> Bruxelles, 27 mai 1971, *Doc. prot. jeun.*, I-208; 14 juin 1973, *R.W.*, 1973-1974, 318; 28 février 1974, *J.T.*, 1974, 429; Liège, 6 décembre 1971, *Jur. Liège*, 1971-1972, 145.

<sup>30</sup> Sur le principe, voy. RIGAUX, F., nos 157-159 et *infra*, n° 64. Voy. aussi VERWILGHEN, M., *op. cit.*, note 25, nos 17-18.

cas où sa loi nationale connaîtrait un type de filiation adoptive identique à la nôtre, la plupart des adoptions internationales deviendraient impossibles. Autant dire que le mariage du droit civil espagnol est une figure juridique différente du nôtre parce que le premier est indissoluble. Ni l'identité de nom ni une comparaison de leurs effets respectifs ne sont des critères sûrs de l'équivalence des institutions. Dans le cas de la filiation adoptive, l'élément fondamental est la possibilité d'établir volontairement un lien de filiation qui ne s'appuie pas à un rapport biologique de procréation. A la loi étrangère compétente pour déterminer les conditions auxquelles une personne peut adopter ou être adoptée, il suffit d'emprunter les dispositions qui régissent la filiation adoptive sans qu'on vérifie en outre si les effets de cette filiation s'écartent de ceux que la loi belge attache tantôt à l'adoption simple, tantôt à la légitimation par adoption.

b) *La loi applicable aux effets de la filiation adoptive.*

28. Sur la loi applicable aux effets de l'adoption, l'article 344, § 2, du Code civil contient une réglementation détaillée et par là même incomplète. Le législateur a distingué deux séries d'effets. La plupart « sont régis par le statut personnel de l'adoptant ». Sont seuls soumis au statut personnel de l'adopté, ce qui concerne sa tutelle et sa succession ainsi que ses droits et obligations à l'égard de sa famille d'origine.

29. Comme dans la loi du 27 juin 1960, ces solutions doivent d'abord être harmonisées avec celles de l'article 3, alinéa 3, du Code civil. On retrouve ici le problème irritant du conflit des lois personnelles dans la famille. Trois lois différentes peuvent entrer en ligne de compte, celle de chacun des auteurs de l'enfant (adoptif, naturel, légitime) et celle de l'enfant lui-même. Il eût certes été plus satisfaisant de donner à ce conflit une réponse globale, plutôt que de se limiter à la seule adoption et de prévoir en outre une solution incomplète. En donnant compétence au « statut personnel de l'adoptant », l'article 344, § 2, du Code civil néglige l'hypothèse d'une adoption conjointement faite par deux époux de nationalités différentes ou encore le cas où la filiation adoptive de l'un se combine avec la filiation légitime établie à l'égard de l'autre (adoption par un époux de l'enfant issu d'un précédent mariage de l'autre).

Quant au moment de l'adoption les parties résident dans le même pays, et surtout si l'enfant à adopter a, en fait, déjà été pris en charge par celui ou ceux qui se proposent de l'adopter, l'application de la loi du pays de la résidence commune paraît mieux satisfaire les intérêts communs des diverses parties.

30. La loi du 21 mars 1969 ne s'est pas bornée à combler quelques lacunes de l'article 3, alinéa 3, du Code civil. Elle a aussi partiellement empiété sur le domaine d'application de la loi successorale en décidant que ce qui concerne la succession de l'adopté est régi par son statut personnel. Suivant une interprétation traditionnellement donnée en Belgique à l'article 3, alinéa 2, du Code civil, les immeubles sont dévolus suivant la loi de leur situation, tandis que

l'ensemble de la succession mobilière est soumis à la loi du dernier domicile du défunt. Quelle est, dans ce contexte, la portée de la solution fragmentaire que contient l'article 344, § 2, alinéa 1<sup>er</sup> ? Le statut personnel de l'adopté applicable à sa succession désigne-t-il sa loi nationale ou la loi de son domicile ? Dans la mesure où cette solution déroge au droit commun (ce qui est toujours le cas pour les immeubles), est-ce seulement la part de l'adoptant dans la succession de l'adopté qui est, exceptionnellement, rattachée à la loi personnelle du second ou bien la dévolution de toute la succession de l'adopté ? Enfin quand dans l'alinéa suivant le législateur énumère de manière non limitative les effets de la filiation adoptive soumis au statut personnel de l'adoptant, il ne fait pas allusion au droit de l'adopté sur la succession du premier. Faut-il, ici, appliquer le droit commun ou, par une interprétation analogique de l'alinéa 1<sup>er</sup>, déterminer ce droit selon le statut personnel de l'adoptant ? <sup>31</sup>.

## 2. LES REGLES DE CONFLITS D'AUTORITES ET DE JURIDICTIONS

### A. L'œuvre du Code judiciaire.

31. Comme on l'a déjà dit (*supra*, n° 6), dans aucun domaine touchant aux relations internationales le Code judiciaire n'a innové. Le législateur a presque textuellement recopié l'article 10 de la loi du 25 mars 1876 dans l'article 570 du Code judiciaire <sup>32</sup>, tandis que les articles 635, 636 et 638 du même Code reprennent les textes des articles 52, 54 et 53 de la loi précitée <sup>33</sup>. Non seulement le Code judiciaire a, dans l'article 570, expressément mentionné la révision au fond dont l'exigence ne figurait pas dans la loi antérieure mais il a laissé subsister une source exorbitante de compétence internationale : la faculté pour un demandeur domicilié en Belgique de citer un étranger devant les tribunaux belges en l'absence de tout critère objectif de rattachement à notre territoire (C. jud., art. 638).

Quant à l'article 15 du Code civil, que le législateur paraît avoir oublié en 1967, il est toujours en vigueur, ainsi que le confirme la référence qui y est faite par l'article 3 de la Convention C.E.E. du 27 septembre 1968 <sup>34</sup>.

Enfin, les articles 667 et 668 du Code judiciaire ne reconnaissent pas aux étrangers domiciliés en Belgique le bénéfice de l'assistance judiciaire sauf s'ils peuvent se prévaloir d'un traité de réciprocité. Reprise de la loi du 29 juin 1929, cette discrimination ne paraît pas rencontrer de manière adéquate les besoins de nombreux travailleurs migrants.

<sup>31</sup> Sur ces lacunes, voy. aussi : VERWILGHEN, M., *op. cit.*, note 25, n° 33; BOUCKAERT, F., « De wet van 2 maart 1969... », *Tijdschrift voor notarissen*, 1971, 10.

<sup>32</sup> Sur les corrections de forme apportées par le Code judiciaire à l'article 10 de la loi de 1876, voy. : RIGAUX, F., n° 52.

<sup>33</sup> Sur l'interversion des articles, voy. RIGAUX, F., n° 47.

<sup>34</sup> Voy. RIGAUX, F., n° 47.

32. A ce bilan négatif d'immobilisme, dont l'aspect le moins heureux est la consécration de la révision au fond par le juge de l'*exequatur*<sup>35</sup>, il y a lieu d'ajouter quelques reculs.

En maintenant le principe de la caution qui peut être exigée de l'étranger demandeur, l'article 851 a aggravé la même exigence que prévoyait l'ancien article 16 du Code civil, par l'omission de l'exception relative aux matières de commerce que contenait la disposition abrogée.

Avant l'entrée en vigueur du Code judiciaire, il était généralement admis que les actes publics étrangers pouvaient recevoir force exécutoire en Belgique<sup>36</sup>. Désormais l'article 586 du Code subordonne cette possibilité à ce qu'il existe un traité réglant l'*exequatur* de ces actes.

#### B. *La reconnaissance des décisions étrangères en matière d'adoption.*

33. Le Code judiciaire n'a pas touché à l'une des solutions les plus heureuses de la jurisprudence belge, la reconnaissance de plein droit des décisions judiciaires étrangères en matière d'état et de capacité des personnes. Les principaux éléments de cette solution seront analysés plus loin (n<sup>os</sup> 71-73). Il suffit pour l'instant de constater que le silence du législateur de 1967 ne saurait s'interpréter comme ayant porté atteinte à une jurisprudence séculaire<sup>37</sup>.

34. A la catégorie des jugements d'état appartiennent assurément les décisions ayant homologué une adoption. Aussi faut-il juger inconsidérée la solution que contiennent sur ce point l'alinéa 2 du § 1<sup>er</sup> et l'alinéa 2 du § 3 de l'article 344 du Code civil, en ce qui concerne les effets en Belgique, respectivement d'une adoption et de la révocation d'une adoption obtenues à l'étranger. D'après ces deux dispositions la reconnaissance de telles décisions étrangères est subordonnée à la vérification du respect, par le juge étranger, des conditions prévues par le statut personnel des parties intéressées.

Il s'agit, une fois de plus, de dispositions trahissant la méconnaissance du droit commun. Non seulement il n'est pas clair si cette seule exigence tient lieu de toutes celles qui sont prévues pour les autres décisions étrangères relatives à l'état des personnes, mais, ce qui est plus grave, l'exigence est nouvelle et constitue un net recul par rapport aux solutions jurisprudentielles. Elle revient en effet à vérifier si le juge étranger a, pour homologuer une adoption ou la révoquer, appliqué les règles de conflit de lois du droit international privé belge.

<sup>35</sup> Comp. VANDER ELST, R., « Le Code judiciaire et les conflits de juridiction », *J.T.*, 1970, 305. Pour deux applications récentes de la révision au fond, voy. : Liège, 16 mars 1971, *Jur. Liège*, 1970-1971, 227; Civ. Bruxelles, 21 octobre 1971, *J.T.*, 1972, 249. Les motifs de cette dernière décision regrettent cette exigence *de lege ferenda*.

<sup>36</sup> Voy. RIGAUX, F., n<sup>o</sup> 53.

<sup>37</sup> Voy. sur ce point le rapport du commissaire royal Van Reepinghen, *Doc. parl.*, Sénat, session 1963-1964, n<sup>o</sup> 60, p. 133.

Pareil obstacle à la reconnaissance des jugements étrangers en matière d'état et de capacité va directement à l'encontre de ce qui justifie une telle reconnaissance : assurer la stabilité et la permanence de l'état des personnes et éviter que celui-ci soit remis en question quand elles passent d'un pays à l'autre<sup>38</sup>.

### III. ESQUISSE DES PRINCIPALES TENDANCES DE LA JURISPRUDENCE BELGE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

35. Une première observation concerne le type de situations que révèle le dépouillement de notre jurisprudence. Le plus frappant, au premier abord, est le volume considérable de décisions publiées ayant pour objet l'état et la capacité des personnes. Beaucoup plus rares sont les décisions intéressantes en matière de contrats. Après le statut personnel c'est le domaine de la responsabilité civile dans lequel les tribunaux apparaissent les plus actifs, sous cette réserve que les décisions publiées ne donnent peut-être qu'une image incomplète de l'activité globale de nos juridictions.

Les développements qu'il faut consacrer au statut personnel dans un examen de jurisprudence tiennent sans doute à l'intervention nécessaire des tribunaux en ce domaine, par exemple pour prononcer un divorce, homologuer une adoption, contrôler le partage de successions auxquelles sont appelés des mineurs. A cette première explication, il faut ajouter la stipulation de clauses d'arbitrage par lesquelles les litiges qui pourraient naître de contrats économiques internationaux sont le plus souvent soustraits aux organes du pouvoir judiciaire.

36. Une deuxième observation est relative à la multiplication des problèmes de conflit de lois, principalement en matière de statut personnel, et surtout à la diversification des lois étrangères que le juge belge doit aujourd'hui appliquer. Deux facteurs ont contribué à cette évolution, d'une part, que la Belgique est devenue un pays d'immigration et, de l'autre, que les institutions internationales dont le siège est fixé à Bruxelles y ont attiré un grand nombre d'étrangers.

A cet égard il convient de souligner que les difficultés les plus irritantes pour le praticien ne proviennent pas tant de la mise en œuvre des règles de conflit de lois dont la mécanique est le plus souvent facile à démonter, que de la recherche et de l'interprétation du contenu du droit étranger applicable. Une formation de comparatiste et un accès aisé aux sources du droit étranger sont, aujourd'hui, des exigences primordiales pour le praticien du droit international privé<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Sur cette justification, voy. notamment les conclusions de M. le procureur général Ganshof van der Meersch, précédant Cass. 29 mars 1973, *J.T.*, 1973, 390-391.

<sup>39</sup> On signalera à cet égard que la convention européenne conclue à Londres le 7 juin 1968, concernant l'information sur le droit étranger est entrée en vigueur en Belgique le 17 janvier 1974 (*M.B.* du 23 novembre 1973).

37. Toute appréciation globale de l'évolution de la jurisprudence au cours des dernières années risque de paraître conjecturale. Il est cependant permis de porter un jugement d'ensemble qui, si l'on néglige quelques fausses notes, est très favorable au moins sur deux points. D'abord nos tribunaux paraissent suffisamment informés de l'évolution doctrinale mais aussi des solutions dégagées par la jurisprudence des pays voisins. En second lieu, ils ont le souci de briser le particularisme de la loi nationale en se montrant accueillants au contenu des lois étrangères et en s'efforçant de faire converger leurs solutions avec celles qui ont déjà été admises en d'autres pays.

38. Cette « tendance internationale » de la jurisprudence belge s'est manifestée de manière particulièrement éclatante dans deux domaines où elle avait été préparée par la doctrine éclairée de ses deux derniers procureurs généraux<sup>40</sup>.

L'un est relatif à la prééminence du droit international sur le droit interne, principe dont la Cour de cassation a fait application à propos d'une disposition du traité C.E.E. directement applicable en Belgique<sup>41</sup>. Comme ce problème ne concerne pas directement le droit international privé, il n'en sera pas plus longuement question ici.

Le second domaine dans lequel l'évolution récente de la Cour de cassation est particulièrement notable concerne la condition du droit étranger : application d'office par le juge, contrôle sur sa correcte application par le juge du fond. Les juridictions belges se signalent aussi par la modération avec laquelle elles invoquent l'exception d'ordre public. On retrouve chacun de ces points dans la quatrième partie de cette étude.

#### IV. LA JURISPRUDENCE BELGE ET LA THEORIE GENERALE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

##### 1. LA CONDITION DU DROIT ETRANGER

39. Quand, dans sa mercuriale du 1<sup>er</sup> septembre 1962<sup>42</sup>, le procureur général Hayoit de Termicourt a contesté l'assimilation du droit étranger à une question de « fait », il a ouvert une brèche qui devait permettre à la Cour, quelques

<sup>40</sup> HAYOIT DE TERMICOURT, R., « La Cour de cassation et la loi étrangère », *J.T.*, 1962, 469-476; « Le conflit Traité-loi interne », *J.T.*, 1963, 481-486; GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution », *J.T.*, 1968, 485; « Le juge belge à l'heure du droit international et du droit communautaire », *J.T.*, 1969, 537-551; « Le juge belge et le droit international », cette *Revue*, 1970, 409-461.

<sup>41</sup> Cass. 27 mai 1971, *J.T.*, 1971, 460, précédé des conclusions de M. le procureur général Ganshof van der Meersch. Sur cet arrêt, voy. notamment : SALMON, J., « Le conflit entre le traité international et la loi interne en Belgique à la suite de l'arrêt rendu le 27 mai 1971 par la Cour de Cassation », *J.T.*, 1971, 509-520 et 529-535. Voy. aussi l'examen de jurisprudence de J. Verhoeven, cette *Revue*, 1973, 636-639.

<sup>42</sup> « La Cour de cassation et la loi étrangère », *J.T.*, 1962, 469-472.



années plus tard, de rejeter une doctrine tenue pour constante depuis plus d'un siècle.

En négligeant de nombreuses hypothèses où la loi étrangère est simple condition d'application de la *lex fori*, ce qui permet de tenir une dénaturation de la première pour une fausse application de la seconde<sup>43</sup>, il y a lieu de signaler deux séries d'arrêts.

Dans quatre décisions, de peu antérieures à la mercuriale de 1962, la Cour de cassation a, par le biais du contrôle de la motivation et de la logique du raisonnement, vérifié si le juge du fond n'avait pas excédé son pouvoir d'interprétation de la loi étrangère<sup>44</sup>.

Trois arrêts plus récents ont accueilli, au moins en principe, et l'un d'eux à titre d'*obiter dictum*, la recevabilité du pourvoi directement fondé sur la violation d'une disposition législative ou réglementaire étrangère<sup>45</sup>. Du 15 décembre 1966, le dernier arrêt, qui est le plus significatif, reste néanmoins un arrêt de rejet, n'ayant assurément pas la même force qu'une décision qui aurait cassé la décision entreprise, du seul chef de violation d'une loi étrangère déclarée applicable en vertu de la règle belge de conflit de lois.

40. Tout en approuvant la doctrine qui a inspiré l'évolution récente de la Cour de cassation, on ne saurait se rallier sans réserve à la solution consistant à invoquer comme moyen de cassation, la violation de la loi étrangère, ce qui entraînerait la Cour, si elle devait constater une telle transgression, à casser la décision attaquée, après avoir elle-même restitué à cette loi son exacte portée.

Il y a deux objections décisives contre cette manière de censurer l'erreur de droit commise par le juge du fond à propos de l'application du droit étranger déclaré compétent en vertu de ses règles de conflit de lois.

41. En premier lieu, on ne peut se laisser enfermer dans la dichotomie droit-fait, quand il s'agit de déterminer la condition du « droit » étranger. Le respect qui lui est dû par le juge auquel ses règles de conflit de lois commandent de l'appliquer, c'est-à-dire d'en faire une application correcte, interdit de tenir la question de droit étranger pour une « question de fait ». En revanche, des différences très profondes séparent le droit étranger du droit national. La qualification « droit » ne peut être refusée au premier, mais on ne saurait non plus l'assimiler de manière pure et simple au second.

<sup>43</sup> Pour plus de développements, voy. RIGAUX, F., « Le droit international et le droit étranger à la Cour de cassation », cette *Revue*, 1967, 55-59.

<sup>44</sup> Cass., 4 octobre 1956, *R.C.J.B.*, 1957, 23; 16 janvier 1958, *Pas.*, 1958, I, 505; 5 juin 1959, *Pas.*, I, 1027; 27 octobre 1960, *Pas.*, 1961, I, 210. Les deux derniers arrêts sont les plus intéressants.

<sup>45</sup> Cass., 27 novembre 1964, *R.C.J.B.*, 1966, 98; 12 novembre 1965, *Rev. prat. soc.*, 1966, 135; 15 décembre 1966, *J.T.*, 1967, 150.

Devant le juge du fond, d'abord, l'adage *Jura novit curia* n'est pas susceptible d'être étendu au droit étranger. En laissant de côté le problème de l'application d'office du droit par le juge, pour se limiter à sa « connaissance », nul ne prétend imposer au juge du fond de « savoir » le droit étranger, n'importe quel droit étranger. Il est dès lors indispensable que les plaideurs informent le juge sur le contenu de ce droit et c'est le débat contradictoire qui est le mieux en mesure d'éclairer le tribunal à cet égard.

Quant au contrôle de légalité de la Cour de cassation, il lui est généralement reconnu un double aspect : le premier rôle de la juridiction suprême est d'assurer le respect de la loi et d'unifier l'interprétation qui en est donnée par les juridictions de fond. Sa deuxième fonction a un caractère « disciplinaire » : elle censure les erreurs de droit mais aussi les erreurs de procédure commises par le juge du fond. La Cour de cassation a étendu son contrôle aux vices de motivation et même à la logique du raisonnement développé dans la décision attaquée.

42. Sous chacun des deux aspects qui viennent d'être évoqués, erreur d'interprétation proprement dite, erreur de jugement ou de raisonnement, l'application du droit étranger doit être nettement distinguée de celle du droit national. L'instrument de mesure à l'aide duquel la Cour de cassation doit se prononcer n'est pas le même dans les deux cas. Quand après avoir percé la fiction selon laquelle la Cour restitue à la loi nationale l'interprétation correcte, attribuée à la volonté du législateur, on constate la réalité psychosociale, à savoir que la Cour interprète elle-même la loi, de manière souveraine, jusqu'à ce que le législateur vienne, le cas échéant, renverser cette jurisprudence soit par une disposition interprétative, soit par une modification portant ses effets dans l'avenir, le rôle créateur de la Cour suprême ne saurait être nié. Comment pourrait-elle exercer une fonction similaire à l'égard du droit étranger ? Il faut aussitôt écarter deux solutions absurdes, soit que notre Cour de cassation prétende interpréter le droit étranger *ex cathedra*, soit qu'elle se limite à décider elle-même comment il faut l'interpréter en Belgique. Est seule correcte, une troisième approche, plus modeste mais aussi plus prudente : la Cour de cassation vérifie si le juge du fond a donné à la loi étrangère l'interprétation qu'elle reçoit communément dans l'ordre juridique dont elle émane.

Cette solution implique que la Cour de cassation recherche elle-même comment la loi étrangère est, *en fait*, appliquée dans le pays où elle est en vigueur. Il faut en déduire aussi qu'il serait aventureux pour notre juridiction suprême de prétendre trancher une controverse qui divise la jurisprudence étrangère. En pareil cas, le choix qu'aurait fait le juge du fond belge entre deux interprétations concurrentes dans le pays auquel appartient la règle de droit appliquée ne saurait être tenu pour une erreur de droit.

Cela conduit au deuxième aspect de la mission de la Cour, son contrôle disciplinaire. Il lui appartient de censurer le juge belge qui s'est gravement

mépris sur le sens de la loi étrangère compte tenu des éléments d'information dont il a effectivement disposé, notamment parce qu'il est allé à l'encontre d'une interprétation constante dans le pays où la loi est en vigueur. En revanche, le juge belge qui a choisi entre deux interprétations également admissibles ne mérite aucune censure.

43. A la première objection contre la cassation motivée par la transgression de la loi étrangère et qui tient à la condition propre de cette loi, il convient d'en ajouter une seconde. Seule la violation d'une règle de droit écrit, loi ou traité international déclaré équipollent à la loi, règlements administratifs, constitue une ouverture à cassation. La Cour a, jusqu'ici, rejeté tout contrôle de l'application des sources coutumières, sans en excepter la coutume internationale. C'est, à propos du droit étranger, introduire une discrimination qui risque de trahir l'esprit de certains systèmes juridiques. Là où la coutume a une force que nous ne lui reconnaissons pas dans l'ordre interne, il paraît discriminatoire de lui refuser les garanties que le système belge de la procédure en cassation réserve aux sources écrites. En revanche, il serait paradoxal d'accueillir un pourvoi fondé sur la violation de la coutume étrangère alors que la coutume internationale ne bénéficie pas de la même protection.

44. Il existe, à la vérité, deux moyens de contrôle sur l'application du droit étranger. Le premier a déjà été signalé, il s'exerce par le biais du contrôle de la motivation ou de la logique du raisonnement ou, comme le fait la Cour de cassation de France, par la censure de la « dénaturation » de la loi étrangère<sup>46</sup>.

Le second moyen consiste à viser la violation de la règle de conflit de lois belge. Celle-ci est elle-même faussement appliquée si le juge du fond commet une erreur flagrante dans l'application du droit étranger (quelle qu'en soit la nature : loi, coutume, jurisprudence). On aperçoit aussitôt le double avantage de cette motivation. Elle supprime toute discrimination entre les diverses sources du droit étranger. Elle évite à la Cour de cassation de paraître interpréter elle-même la loi étrangère en cassant du chef de violation de cette loi.

45. Malgré l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour, les demandeurs en cassation seront bien avisés de recourir aux moyens qui viennent d'être sommairement décrits plutôt que d'invoquer la violation de la loi étrangère elle-même. Dans la pratique, en effet, la Cour de cassation ne prononcera la cassation que si la violation du droit étranger est flagrante, et elle hésitera à engager son prestige sur une question de droit étranger controversée.

<sup>46</sup> Civ. (1<sup>er</sup> sect.), 21 novembre 1961, *Montefiore, D.*, 1963, I, 37.

## 2. L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC

A. *La matière des conflits de lois.*

46. L'exception d'ordre public est un moyen très souvent invoqué par un des plaideurs pour essayer de se soustraire à l'application de la loi étrangère déclarée applicable en vertu des règles de conflit de lois du tribunal saisi. Un examen approfondi de la jurisprudence belge au cours des dernières années permet de conclure que ce moyen n'est que très rarement accueilli. Dans le plus grand nombre de décisions publiées, le juge a effectivement appliqué le droit étranger, en rejetant l'exception d'ordre public soulevée par la partie qui tentait de s'opposer à cette application.

Les exemples à l'aide desquels pareille affirmation sera illustrée seront empruntés à la matière de l'état des personnes. Non seulement parce qu'elle fournit l'échantillonnage le plus abondant, mais aussi parce qu'elle est le siège d'une confusion souvent formulée : les dispositions de droit substantiel sur le mariage et la filiation n'appartiennent-elles pas à cette catégorie de lois qu'on qualifie erronément « d'ordre public interne » ?<sup>47</sup>.

47. Un premier secteur très notable est celui de l'établissement d'une filiation adultérine à des conditions moins restrictives que celles des articles 331 et 335 du Code civil. Depuis un arrêt prononcé par la Cour de Bruxelles le 18 février 1960, deux ans après l'entrée en vigueur de la loi du 10 février 1958 qui avait modernisé sur ce point les deux articles précités, la jurisprudence belge est nettement orientée vers une interprétation libérale de la loi étrangère applicable à la filiation<sup>48</sup>.

Un arrêt de la Cour de Gand<sup>49</sup> est particulièrement révélateur et ce pour deux motifs. Il s'agissait d'une légitimation ayant eu pour effet la perte de la nationalité belge. La Cour a écarté l'exception d'ordre public bien que la loi étrangère fût applicable à une question de statut personnel préalable à la détermination de la nationalité belge. De plus, la légitimation avait été acquise conformément au droit anglais, avant l'entrée en vigueur de la loi du 10 février 1958 : toutefois pour vérifier s'il y a lieu d'écarter l'application d'une loi étrangère en vertu de l'exception d'ordre public, le juge apprécie la situation au moment où il statue, non au jour où la mise en œuvre de la loi étrangère a permis l'acquisition d'un droit<sup>50</sup>.

<sup>47</sup> Pour une critique de cette terminologie, voy. *infra*, n° 53.

<sup>48</sup> Voy. notamment : Bruxelles, 18 février 1960, *Rev. crit. dr. internat. privé*, 1960, 577, note Rigaux; Civ. Bruxelles, 21 mai 1966, *J.T.*, 1966, 653; 5 avril 1968, *Ann. not.*, 1969, 59; 30 octobre 1970, *J.T.*, 1971, 31; Civ. Liège, 2 avril 1971, *J.T.*, 1971, 611.

<sup>49</sup> Gand, 20 novembre 1969, réformant civ. Bruges, 17 octobre 1967, qui avait accueilli l'exception d'ordre public, *Rev. Adm.*, 1970, 165.

<sup>50</sup> Alors que l'arrêt de la Cour de Gand n'a admis cette solution que de manière implicite, elle apparaît dans la motivation d'un jugement du tribunal de Bruxelles relatif à la reconnaissance d'un divorce étranger (Civ. Bruxelles, 30 juin 1972, *J.T.*, 1973, 143).

48. L'exception d'ordre public ne fait pas non plus obstacle à ce que les tribunaux belges reconnaissent certains effets à une union polygamique régulièrement contractée à l'étranger. La Cour de Liège en a ainsi décidé à propos de l'action en réparation du dommage causé à la deuxième épouse d'un étranger victime d'un accident en Belgique<sup>51</sup>. La solution s'imposait d'autant plus que l'article 24, § 2 de la Convention générale sur la sécurité sociale entre la Belgique et l'Algérie, du 27 février 1968, approuvée par la loi du 3 juillet 1969, prévoit expressément le partage de certaines prestations entre les épouses survivantes du travailleur victime d'un accident mortel.

### B. *Les conflits de juridictions.*

49. C'est la reconnaissance, plus rarement l'*exequatur* des jugements d'état qui suscite l'immense majorité des décisions ayant dû rencontrer un moyen tiré de l'exception d'ordre public. De nombreuses décisions récentes sont relatives à la reconnaissance de jugements étrangers ayant alloué des aliments. L'exception d'ordre public paraît ici systématiquement rejetée<sup>52</sup>.

50. Dans la matière du divorce, on a déjà relevé la tendance actuelle de la jurisprudence qui, compte tenu des solutions nouvelles de la loi du 27 juin 1960, n'admet plus de tenir pour contraires à l'ordre public les décisions étrangères ayant appliqué à des époux dont l'un au moins était belge une autre loi que la loi belge (voy. *supra*, n° 12 et les références citées à la note 11). Une de ces décisions est relative à un divorce par consentement mutuel entériné par le tribunal rabbinique de Haïfa : les époux étaient belges, l'un d'eux ayant en outre la nationalité israélienne<sup>53</sup>.

Un jugement inédit du tribunal de Bruxelles, du 13 mars 1974, a reconnu une répudiation intervenue par acte unilatéral au Maroc, le mari étant marocain, son épouse algérienne.

51. Parmi les cas récents dans lesquels l'exception d'ordre public a fait obstacle à la reconnaissance d'un jugement de divorce étranger, on notera sa contrariété avec une décision belge incompatible coulée en force de chose jugée<sup>54</sup> et l'hypothèse où le juge étranger admet le divorce sur le simple aveu du défendeur, au surplus déduit de l'absence de contradiction à la demande initiale<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> Liège, 23 avril 1970, *J.T.*, 1970, 412; *R.C.J.B.*, 1971, 5, note van Hecke, G. Voy. sur la question : RIGAUX, F., n°s 168-170.

<sup>52</sup> Voy. notamment : Civ. Tongres, 19 février 1965, *R.W.*, 1964-1965, 1520; civ. Namur, 10 février 1969, *Jur. Liège*, 1969, 261; civ. Bruxelles, 4 juin 1971, *R.W.*, 1971-1972, 392; civ. Marche, 4 novembre 1971, *Jur. Liège*, 1971-1972, 81; civ. Bruxelles, 11 octobre 1972, *J.T.*, 1973, 80.

<sup>53</sup> Civ. Bruxelles, 30 juin 1972, *J.T.*, 1973, 143.

<sup>54</sup> Civ. Bruxelles, 1<sup>er</sup> juin 1968, *Pas.*, 1969, III, 92.

<sup>55</sup> Civ. Hasselt, 2 septembre 1969, *Pas.*, 1969, III, 112.

52. Relatif à la matière de la faillite, un arrêt de la Cour de Bruxelles est particulièrement intéressant en ce qui concerne la problématique tant de l'efficacité internationale des jugements que du mécanisme de l'exception d'ordre public. A la demande d'*exequatur* d'une décision canadienne il était opposé que celle-ci avait perdu sa force exécutoire par l'effet d'une décision ultérieure prononcée dans le même pays. Toutefois la partie poursuivant l'*exequatur* soutenait que la deuxième décision était contraire à l'ordre public. La Cour a très correctement décidé que cette exception ne saurait empiéter sur les conditions auxquelles une décision étrangère acquiert ou perd la force exécutoire dans le pays dont elle émane<sup>56</sup>. En effet, par l'*exequatur* on ne saurait reconnaître à la décision étrangère un effet qu'elle aurait perdu — pour quelque motif que ce soit — dans son pays d'origine. Par le jeu de l'exception d'ordre public, le tribunal belge ne saurait restituer à la décision étrangère une force exécutoire qu'elle aurait perdue et qu'il est seulement invité à reconnaître.

53. Une dernière observation à propos de l'exception d'ordre public : alors que les solutions de la jurisprudence belge sont, dans l'ensemble, correctes, leur motivation pourrait être améliorée. C'est à dessein qu'il a été parlé ici d'« exception d'ordre public ». Des décisions plus anciennes surtout ont eu tendance à donner à l'ordre public un contenu positif. Il existerait des lois (belges) qui « sont d'ordre public ». Or en droit international privé comme pour l'application de l'article 6 du Code civil dans l'ordre interne, l'ordre public a une fonction négative. Il s'agit d'une *exception* qui permet, respectivement, d'évincer l'application de la loi étrangère normalement compétente et de refuser force obligatoire aux contrats.

Les mots « exception d'ordre public » doivent aussi être préférés à l'expression « ordre public international ». Ce dernier qualificatif est d'autant plus malencontreux que l'exception d'ordre public défend contre le droit étranger certains éléments jugés fondamentaux mais dans une perspective strictement nationaliste. Parler « de l'ordre public international belge »<sup>57</sup>, s'efforce de corriger la première expression en accolant deux qualificatifs antithétiques.

### 3. L'APPLICATION DU RENVOI

54. Trois semaines après le prononcé du célèbre arrêt *Forgo*<sup>58</sup>, la Cour de cassation de Belgique faisait, elle aussi, application du renvoi : il s'agissait d'époux britanniques domiciliés en Belgique, dont la Cour de Bruxelles avait autorisé le divorce conformément aux dispositions du Code civil belge, alors que l'article 3, alinéa 3, du même Code donne compétence à la loi nationale.

<sup>56</sup> Bruxelles, 15 décembre 1967, *Pas.*, 1968, II, 123.

<sup>57</sup> Cass., 24 mars 1960, *R.C.J.B.*, 1961, 336.

<sup>58</sup> Cass. req., 22 février 1882, *S.* 1882, 1, 393, note Labbé.

Le pourvoi fut rejeté par la Cour de cassation sans qu'elle parût se prononcer sur le principe même du renvoi : dans le droit anglais déclaré applicable en vertu de l'article 3, alinéa 3, du Code civil, le choix entre les dispositions de droit substantiel sur le divorce et la règle de conflit « renvoyant » à la loi du domicile a été tenu pour une question d'interprétation du droit étranger, abandonnée, à cette époque, à « l'appréciation souveraine » du juge du fond<sup>59</sup>.

55. Depuis 1882, les tribunaux belges ont fait une application systématique du *renvoi au premier degré*, dans les matières du statut personnel : ils appliquent les dispositions substantielles du droit belge aux étrangers domiciliés en Belgique, dont la loi nationale « renvoie » la compétence législative à la loi du domicile.

Cette solution est appliquée en matière de divorce<sup>60</sup>, de filiation<sup>61</sup>, d'adoption<sup>62</sup> et de régimes matrimoniaux<sup>62bis</sup>. La matière de l'adoption a suscité une variété plus exceptionnelle de renvoi : les conditions requises dans le chef de l'adopté polonais ont été déterminées selon la loi nationale de l'adoptant belge, la loi polonaise « renvoyant » la compétence au statut personnel de l'adoptant<sup>63</sup>.

#### 4. LA QUESTION PREALABLE ET LA DETERMINATION DU CONCEPT PREJUDICIEL

56. Depuis la découverte du problème de la question préalable par le professeur Wilhelm Wengler en 1933, cette question a suscité une abondante littérature<sup>64</sup>. On voudrait se borner ici à relever quelques applications jurisprudentielles récentes qui soulignent l'intérêt pratique d'une notion qui a parfois été jugée purement doctrinale.

Et d'abord, il faut distinguer deux problèmes, la question préalable et la détermination du concept préjudiciel. A la vérité, la notion de question préalable désigne le cadre procédural dans lequel se posent ces deux problèmes, le premier de conflit de lois, le second d'équivalence des concepts de droit substantiel.

Supposons qu'une demande en justice ait pour objet des aliments ou l'aptitude à contracter mariage ou encore une part d'héritier dans une succession.

<sup>59</sup> Cass., 9 mars 1882, *Bigwood c. Scheler, Pas.*, 1882, I, 62. Sur la position de la Cour de cassation à l'égard du principe du renvoi, voy. RIGAUX, F., *La nature du contrôle de la Cour de cassation* (Bruxelles, 1966), n° 230.

<sup>60</sup> Voy. par exemple : civ. Liège, 24 mai 1966, *J.T.*, 1966, 653.

<sup>61</sup> Voy. par exemple : Bruxelles, 24 juin 1964, *Pas.*, 1965, II, 216; civ. Bruxelles, 18 février 1967, *J.T.*, 1967, 370.

<sup>62</sup> Trib. Jeun. Tournai, 15 avril 1970, *Doc. prot. jeun.*, I, 181.

<sup>62bis</sup> Bruxelles, 16 mai 1960, *Pas.*, 1960, II, 264.

<sup>63</sup> Civ. Bruxelles, 21 décembre 1967, *Pas.*, 1968, III, 19; civ. Namur, 12 février 1971, *Jur. Liège*, 1971-1972, 52.

<sup>64</sup> Voy. les références dans : RIGAUX, F., n° 151.

Chacune de ces trois questions, qualifiées de « principales » parce qu'elles constituent l'objet de la demande en justice, est de nature à susciter une question dite préalable ou préjudicielle. Ainsi, quand une femme réclame des aliments à son mari, la validité du mariage est préalable à l'octroi de la pension demandée. Si un divorcé veut se remarier, l'efficacité de la dissolution de l'union précédente est une condition de régularité de celle qui est projetée. La personne qui prétend à une vocation héréditaire doit prouver le lien de famille qui l'unissait au défunt.

57. La question préjudicielle apparaît ainsi comme la condition d'application de la règle de droit sur laquelle se fonde le demandeur pour obtenir ce qu'il réclame. Elle appartient aux éléments que « l'hypothèse » de cette règle suppose établis pour produire les effets juridiques qu'elle prévoit. Ainsi entendue, la question dite préalable ou préjudicielle est liée à la structure accusatoire du procès civil : il ne faut guère d'imagination pour multiplier les questions préalables à l'allocation d'un effet juridique. Toutefois, le juge ne doit résoudre que celles qui lui sont effectivement soumises ou, plus rarement, qu'il doit soulever d'office. En outre, la même question est tantôt principale tantôt préalable selon l'objet de la demande initiale : la validité d'un mariage est principale si l'action tend à en faire déclarer la nullité, elle est préalable quand le défendeur à une action alimentaire invoque la non-validité du mariage au titre d'exception.

58. Quelles difficultés la problématique de la question préalable permet-elle d'isoler en droit international privé ? Comme il a déjà été indiqué, il en est de deux ordres. La doctrine appelle « question préalable » la détermination du système de droit international privé applicable à cette question. Cela suppose que le règlement de la question principale ait été rattaché à une autre loi que la *lex fori* et certains auteurs suggèrent alors que la loi applicable à la question préalable soit désignée par le système de droit international privé de cette autre loi plutôt que par celui de la *lex fori*. A la vérité telle ne paraît pas la solution de la jurisprudence, l'exemple suivant faisant apparaître que les juges ne s'y sont pas trompés.

Un tribunal belge est saisi d'une action alimentaire dirigée par un Grec contre un autre Grec. L'obligation est déduite du mariage civil contracté par deux sujets helléniques en Grande-Bretagne. Si l'on rattache les obligations alimentaires à la loi personnelle commune aux parties, la question de validité du mariage soulevée à titre préjudiciel est une question préalable qu'il est permis de résoudre suivant le droit international privé grec (applicable à la question principale) ou suivant le droit international privé belge, *lex fori*. Les deux solutions s'opposent en fait, puisque l'article 1367 du Code civil hellénique tient pour nul le mariage civil conclu par deux orthodoxes grecs à l'étranger, tandis que cette union est valable selon le droit international privé belge.

59. Chacune de ces deux solutions a ses mérites, la première satisfait à une logique purement formelle, la seconde s'impose pour ses avantages pratiques. Apprécier la validité du mariage selon le droit international privé grec permet



de n'appliquer le droit substantiel sur les aliments qu'à la situation de personnes tenues pour époux d'après le même système juridique. On peut en effet juger assez illogique d'emprunter au droit grec les effets d'un mariage que ce même droit déclare nul.

Si impeccable qu'elle paraisse à l'esprit, cette solution est, en pratique, intenable. En effet, les tribunaux belges reconnaissent la validité du mariage civil contracté par des Grecs soit en Belgique, soit dans un pays tiers. Il est dès lors contraire à la logique mais aussi au bon sens d'affirmer la validité d'un tel mariage quand elle est discutée comme question principale et d'y refuser les effets qui devraient en découler chaque fois qu'elle occupe dans le procès la fonction d'une question préalable. Aussi, est-ce à bon droit que le tribunal de Bruxelles a reconnu les effets alimentaires du mariage civil contracté par des Grecs en Grande-Bretagne<sup>65</sup>.

60. Un autre exemple du même ordre est celui d'un Italien qui avait divorcé à Paris d'une Française. La question principale posée au tribunal belge était l'application de l'article 252, alinéa 2, du Code civil italien, qui permet la reconnaissance d'un enfant adultérin « par l'auteur qui au moment de la conception était engagé dans les liens du mariage, lorsque le mariage a été dissous par le décès de l'autre conjoint ». En réservant le problème de l'assimilation du divorce au décès, que l'on va retrouver ci-dessous (n° 63), on constate qu'ici comme dans l'exemple précédent, l'application du droit international privé italien (à l'époque où le droit interne de ce pays ne connaissait pas le divorce) aurait dû entraîner la non-reconnaissance du jugement de divorce français, alors que celui-ci était efficace d'après le droit international privé belge. C'est la dernière solution que le tribunal de Bruxelles a retenue<sup>66</sup>.

61. Le choix de la loi applicable à la question préalable ne se pose que si le règlement de la question principale a été rattaché à une autre loi que la *lex fori*. L'autre question, celle qui est relative à l'équivalence des concepts de droit matériel, se pose aussi quand le tribunal saisi applique son droit interne à la question principale. Cette deuxième question suppose qu'un élément de l'hypothèse légale de la règle de droit appliquée par le juge doit être emprunté à un autre système de droit substantiel. Ce problème de « détermination du concept préjudiciel » est sans doute l'un des plus typiques du droit international privé : il a pour origine la difficulté d'harmoniser des règles ou des institutions de droit substantiel empruntées à des ordres juridiques nationaux différents.

62. Un premier exemple est celui de l'aptitude au remariage d'une personne divorcée, alors que sa loi personnelle ne reconnaît pas cette cause de dissolution du mariage. Supposons par exemple que le mariage d'un Espagnol ou d'un

<sup>65</sup> Civ. Bruxelles, 10 octobre 1956, *Ann. not.*, 1956, 319, note Rigaux.

<sup>66</sup> Civ. Bruxelles, 12 novembre 1965, *J.T.*, 1966, 394.

Irlandais ait été dissous par le divorce en vertu de la loi du 27 juin 1960. Si on devait ensuite, conformément à l'article 3, alinéa 3, du Code civil, appliquer sa loi nationale à son aptitude à contracter une nouvelle union, il faudrait décider que le divorce n'appartient pas aux conditions d'application de cette loi. Il est en revanche peu satisfaisant d'autoriser un divorce international, tout en l'amputant de son principal effet, l'aptitude au mariage qu'il restitue à chacun des ex-époux. C'est, dès lors, à juste titre que le tribunal de Bruxelles a déclaré valable le remariage d'un Italien divorcé à l'époque où son droit national n'admettait pas cette forme de dissolution du mariage<sup>67</sup>. Pour justifier cette solution il faut rejeter l'autonomie de la question dite « principale » et subordonner celle-ci à la prétendue question « préalable » : après qu'un système de droit international privé a reconnu la validité d'une situation juridique (en l'occurrence l'état de divorcé), il lui faut en déduire toutes les conséquences. On s'aperçoit alors que la problématique de la question préalable est illusoire, car elle confère à la place occupée par une question de droit dans un litige déterminé un poids excessif.

A la logique formaliste du procès civil il faut substituer l'enchaînement des situations réelles : le divorce commande ses effets, son efficacité globale ne saurait être subordonnée au découpage des solutions de conflit de lois applicables à chacun de ceux-ci.

63. D'autres problèmes sont plus complexes car ils mettent en jeu l'équivalence de concepts qui ne s'opposent pas aussi brutalement que le divorce et l'indissolubilité du mariage. Dans un exemple déjà rencontré (n° 60), l'article 252 du Code civil italien a pour condition d'application la dissolution du mariage par le décès. Y assimiler une autre cause que ce droit ne connaissait pas, le divorce, pose un problème d'équivalence des institutions.

De même, quand les tribunaux belges autorisent la conversion en divorce d'une séparation de corps prononcée à l'étranger, ils admettent implicitement l'équivalence entre la séparation de corps du droit portugais<sup>68</sup> ou la *judicial separation* du droit anglais<sup>69</sup> et celle qui constitue la condition d'application de l'article 1309 du Code judiciaire<sup>70</sup>.

64. C'est aussi sur le terrain de la détermination du concept préjudiciel qu'il convient d'aborder l'équivalence des diverses formes de filiation adoptive rencon-

<sup>67</sup> Civ. Bruxelles, 9 avril 1968, *J.T.*, 1968, 566.

<sup>68</sup> Civ. Bruxelles, 13 novembre 1962, *Rev. dr. fam.*, 1963, 20. De même une séparation de corps italienne a été convertie en divorce à l'époque où le mariage était indissoluble en droit italien (Civ. Liège, 11 février 1964, *Jur. Liège*, 1964-1965, 194).

<sup>69</sup> Civ. Bruxelles, 3 avril 1964, *Pas.*, 1965, III, 71.

<sup>70</sup> On se rappellera que le célèbre arrêt *Ferrari* (Cas. civ., 6 juillet 1922, *S.* 1923, 1, 12, note Lyon-Caen) était relatif à un problème analogue. Voy. RIGAUX, F., *La théorie des qualifications en droit international privé* (Bruxelles, 1956), n°s 295 et ss.

trées ci-dessus (n° 27). On en trouve un précédent illustre dans la jurisprudence française : pour déterminer les droits successoraux d'un enfant adoptif de nationalité indienne, alors que la succession est régie par le droit français, faut-il tenir compte de la qualité inférieure de l'adoption indienne qui ne comporte pas de vocation successorale ?<sup>71</sup>.

L'application de l'article 344, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil suscite un problème analogue : la loi étrangère qui régit le statut personnel de l'adopté est compétente pour déclarer admissible au regard du droit belge une légitimation par adoption dont les principaux effets seront régis par le droit belge, statut personnel des adoptants. Comme il a déjà été indiqué dans le n° 27, il est excessif d'exiger que la loi personnelle de l'adopté connaisse un type d'adoption plénière identique à celui qui est organisé par la loi belge, pour permettre qu'il soit légitimé par adoption suivant les formes du droit belge.

## V. EXAMEN DE QUELQUES QUESTIONS SPECIALES TRANCHEES PAR LA COUR DE CASSATION

### 1. LA CONDITION DES PERSONNES MORALES

65. L'événement majeur des dernières années a été, en cette matière, l'arrêt *Lamot*, du 12 novembre 1965<sup>72</sup>. Parmi les enseignements de cet arrêt, il y a lieu de noter d'abord la confirmation de ce que le « principal établissement » au sens de l'article 197 des lois coordonnées sur les sociétés, est le centre des décisions et non pas le siège d'exploitation.

Beaucoup plus spectaculaire a été, dans le même arrêt, l'affirmation de la permanence de la société à travers le déplacement de son siège social. En transférant son siège d'Angleterre en Belgique, la société a modifié son statut juridique (sa « nationalité ») sans interruption de sa personnalité. Cela suppose que le droit de l'ancien siège social permette une telle émigration et le maintien de la personnalité juridique mais aussi que la société adapte ses statuts aux exigences de la loi de son nouveau siège.

### 2. LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT DE TRAVAIL

66. Depuis l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 27 mars 1968<sup>73</sup>, plusieurs décisions sont relatives à la loi applicable au contrat d'emploi. Dans l'affaire

<sup>71</sup> Cass. req., 21 avril 1931, *Ponnoucannamalle c. Nadimoutoupouille*, S., 1931, 1, 327, note Niboyet.

<sup>72</sup> R.C.J.B., 1966, 399, note Van Ryn, J.; *Rev. crit. dr. intern. pr.*, 1967, 510, note Loussouarn; *Clunet*, 1967, 141, Chronique Leleux; concl. de M. l'avocat général Dumon, *Rev. prat. soc.*, 1966, 139; note Spehl, *Ann. not. enreg.*, 1967, 210.

<sup>73</sup> J.T., 1968, 310.

précitée il s'agissait d'un contrat conclu entre une société belge et un sujet belge, pour être exécuté à Madagascar. Le pourvoi reprochait au juge du fond qui avait statué conformément à la loi belge, de ne pas avoir appliqué une ordonnance malgache. Pour rejeter ce moyen, la Cour constate que « des tâches pouvaient, en exécution de ce contrat, être imposées au défendeur aussi en Belgique ». La Cour semble ne pas avoir osé s'écarter de l'application de la loi du pays d'exécution du contrat, solution qui paraît dominante dans la jurisprudence antérieure<sup>74</sup>. Ce principe est encore affirmé dans un arrêt plus récent de la Cour de Bruxelles<sup>75</sup>.

67. Dans la dernière affaire citée comme en deux autres espèces, légèrement plus anciennes, le litige opposait un « cadre » de société internationale ayant son siège aux Etats-Unis à cette société, la relation de travail ayant pris naissance hors du territoire belge. D'après le Tribunal de commerce comme d'après le Tribunal civil de Bruxelles<sup>76</sup>, la solution de principe est l'application au contrat de travail comme aux autres contrats de la *loi d'autonomie*. Cette solution était d'autant plus justifiée qu'elle s'appliquait à l'employé supérieur d'une société internationale, appelé à exercer successivement ses fonctions en divers pays étrangers. La circonstance que la rupture du contrat intervienne durant l'exécution du contrat en Belgique ne justifie pas que la loi de ce pays soit, à ce titre, préférée.

Les deux jugements précités ajoutent que la loi choisie par les parties ne saurait évincer les lois de police territoriale. Le jugement du 7 décembre 1972 paraît exprimer une conception exagérément étendue de ces lois, en déterminant l'indemnité de rupture d'après la loi belge, alors que l'employé américain avait été engagé aux Etats-Unis en juin 1948 et n'avait dirigé la succursale belge de l'entreprise que de juin 1965 à janvier 1970. Pour calculer l'indemnité, le tribunal applique l'article 15 des lois coordonnées belges à la carrière globale de l'employé (22 ans). Au contraire, le jugement du 3 mars 1970 distingue correctement la rupture du contrat soumise au droit américain en vertu de la loi d'autonomie, de l'application des lois coordonnées sur les vacances annuelles qui s'impose aux contrats de travail exécutés en Belgique, quelle que soit la loi régissant le contrat.

68. On citera encore à l'appui de cette distinction un arrêt de la Cour de cassation : il y est constaté que la Cour d'appel avait décidé « qu'en vertu de la loi française, le demandeur ne pouvait prétendre à une indemnité de préavis supérieure à celle que la défenderesse s'était engagée à lui verser ». En faisant sommation à son ex-employeur de lui payer l'indemnité ainsi calculée, le

<sup>74</sup> Voy. les références dans : RIGAUX, F., n° 379.

<sup>75</sup> Bruxelles, 17 mars 1972, *J.T.*, 1972, 407.

<sup>76</sup> Comm. Bruxelles, 3 mars 1970, *J.T.*, 1971, 76; civ. Bruxelles, 7 décembre 1972, *J.T.*, 1973, 221.

demandeur en cassation a tacitement acquiescé au dispositif de l'arrêt qui décide que la loi française est applicable, ce qui rend son pourvoi irrecevable<sup>77</sup>.

### 3. LA LOI APPLICABLE A LA RESPONSABILITE CIVILE

69. Le choix de la loi applicable à la réparation de la faute quasi-délictuelle demeure dominé par plusieurs arrêts de la Cour de cassation. L'arrêt *Bologne*, du 17 mai 1957, a affirmé que « les lois qui déterminent les éléments du fait générateur de la responsabilité civile, délictuelle ou quasi-délictuelle, ainsi que le mode et l'étendue de la réparation, sont des lois de police au sens de l'article 3 » du Code civil<sup>78</sup>. Trois arrêts ultérieurs ont consolidé cette solution : le 2 janvier 1961, le 23 novembre 1962, le 27 novembre 1964<sup>79</sup>.

70. Dans son ensemble, la jurisprudence belge est restée insensible aux vives réactions qui se sont développées depuis peu dans les pays anglo-saxons à l'encontre du principe de l'application mécanique de la *lex loci delicti*, affirmé notamment par l'arrêt *Bologne*.

Un arrêt récent de la Cour d'appel de Bruxelles mérite cependant d'être relevé<sup>79bis</sup>. Un accident de la circulation était survenu au Liban. Le conducteur du véhicule et son passager étaient de nationalité belge. La veuve du passager intenta une action contre le conducteur du véhicule. L'arrêt prévoit l'application de la loi libanaise pour apprécier l'illicéité de l'acte reproché au conducteur. Il soumet également à la *lex loci delicti* la question de l'étendue de la réparation. Toutefois, la Cour a estimé que « s'agissant d'un dommage souffert par des ressortissants belges établis en Belgique », la jurisprudence belge devait inspirer le juge dans l'appréciation du « quantum ».

71. Un arrêt important de la Cour de cassation, du 23 octobre 1969<sup>80</sup> a détaché de la *lex loci delicti* la subrogation légale aux droits de la victime, pour la rattacher à sa loi propre, celle qui régit le paiement opérant subrogation. La convergence de cette solution avec celle du Bundesgerichtshof et avec celle de la Cour de cassation de France mérite d'être relevée<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> Cass., 3 février 1971, *Pas.*, 1971, I, 513.

<sup>78</sup> *Pas.*, 1957, I, 1111.

<sup>79</sup> Respectivement : *Pas.*, 1961, I, 425; *R.C.J.B.*, 1963, 223; *R.C.J.B.*, 1966, 98.

<sup>79bis</sup> Bruxelles, 14 mai 1973, *J.T.*, 1973, 731.

<sup>80</sup> *R.C.J.B.*, 1970, 345.

<sup>81</sup> *B.G.H.*, 26 avril 1961, *Neue jur. Wochenschrift*, 1966, 1620, trad. fr. *Gaz. Pal.*, 1967, I, 35; *Civ.* (1<sup>re</sup> ch. civ.), 17 mars 1970, *Rev. crit. dr. intern. pr.*, 1970, 688, note Lagarde, P.

#### 4. LA RECONNAISSANCE DES JUGEMENTS ETRANGERS EN MATIERE D'ETAT ET DE CAPACITE DES PERSONNES

72. Une jurisprudence constante, plus que séculaire, a, en l'absence de texte, reconnu une autorité de plein droit aux décisions étrangères relatives à l'état et à la capacité des personnes<sup>82</sup>. Du 6 août 1852, le premier arrêt de cassation en la matière appliqua cette solution à un jugement français déclaratif de faillite.

Trois arrêts récents ont précisé les conditions auxquelles la décision étrangère est reconnue en Belgique<sup>83</sup>. Hormis la force exécutoire, son efficacité n'est assujettie à aucune procédure, tel l'*exequatur*. La décision étrangère en matière d'état ou de capacité des personnes est reconnue *de plein droit*, à condition qu'elle satisfasse aux cinq conditions de l'article 10 de la loi du 25 mars 1876, aujourd'hui remplacées par les conditions identiques de l'article 570 du Code judiciaire. Enfin, la reconnaissance n'est pas limitée aux décisions relatives à l'état ou à la capacité d'un national du tribunal étranger saisi, limitation que l'on pouvait déduire de la motivation de décisions plus anciennes.

73. Sur la nature juridique de l'effet reconnu, la jurisprudence belge a longtemps paru hésitante. La Cour de cassation l'a qualifié de « force de chose jugée » (19 janvier 1882), de « force probante et obligatoire » (25 juin 1903), de « force probante » (12 avril 1888 et 4 octobre 1956). Retenue par le procureur général Hayoit de Termicourt dans les conclusions précédant l'arrêt du 16 janvier 1953, cette dernière qualification paraissait l'avoir emporté dans la jurisprudence postérieure<sup>84</sup>. Elle a très justement été rejetée par un arrêt du 19 mars 1973, précédé de conclusions solidement motivées du procureur général Ganshof van der Meersch<sup>85</sup>. Ce dernier arrêt précise que le jugement étranger relatif à l'état des personnes jouit en Belgique « de l'autorité de la chose jugée, même à l'égard des tiers » quand il satisfait aux cinq conditions de l'article 570 du Code judiciaire.

74. En outre, il résulte implicitement de l'arrêt et expressément des conclusions du procureur général Ganshof van der Meersch<sup>86</sup> que si la décision étrangère relative à l'état des personnes donne lieu à un acte d'exécution forcée, l'*exequatur*

<sup>82</sup> Sur cette jurisprudence, voy. : RIGAUX, F., « L'efficacité en Belgique des jugements étrangers », *J.T.*, 1960, 288-290.

<sup>83</sup> Cass. 16 janvier 1953, *Pas.*, 1953, I, 335; 4 octobre 1956, *R.C.J.B.*, 1957, 23, note van Hecke, G.; 11 octobre 1957, *Pas.*, 1958, I, 122.

<sup>84</sup> Voy. notamment : Bruxelles, 22 octobre 1968, *Pas.*, 1969, II, 12; 2 février 1971, *Pas.*, 1971, II, 154.

<sup>85</sup> Cass., 29 mars 1973, *J.T.*, 1973, 389.

<sup>86</sup> *J.T.*, 1973, 394.

lui est accordé *sans révision au fond*. Déjà affirmée par l'arrêt du 19 janvier 1882, cette solution avait à tort été mise en doute par une fraction de la doctrine<sup>87</sup> et rejetée par certaines juridictions de fond<sup>88</sup>.

## CONCLUSION

75. Que ce soit sur la théorie générale ou à propos de questions spéciales, l'attitude ouverte de la jurisprudence paraît contraster avec les normes plus rigides, quelques-unes même exclusivement unilatérales, que le législateur a, durant la même période, introduites dans notre droit positif. Il est permis de se demander si la codification des règles de conflit de lois est très adaptée aux difficultés propres à cette matière. Dans d'autres pays aussi, aux Etats-Unis, en France, aux Pays-Bas, on s'interroge aujourd'hui sur l'opportunité d'une codification du droit international privé.

La souplesse de l'interprétation jurisprudentielle, les évolutions qu'elle permet, présentent des avantages appréciables. Ceux-ci ne sont contrebalancés par la sécurité du droit écrit que si la codification prend la forme d'un traité multilatéral associant un nombre suffisant d'Etats pour que la rigidité des solutions soit en outre compensée par leur harmonisation dans un large ensemble international. Au rebours, la codification nationale serait la pire méthode, s'il n'en existait une plus mauvaise encore, à savoir l'insertion de règles de conflits de lois dans des instruments législatifs particuliers couvrant un domaine très partiel.

<sup>87</sup> Voy. notamment : GRAULICH, n° 253, note 3 et comp. : RIGAUD, n° 54.

<sup>88</sup> Comp. cass., 19 janvier 1882, BAUFFREMONT, *Pas.* 1882, I, 36 et Bruxelles, 2 février 1971, *Pas.*, 1971, II, 154.