

**JURISPRUDENCE BELGE
DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
NATIONALITÉ
ET RELATIONS FAMILIALES 1990-1994
— CHOIX DE DÉCISIONS**

PAR

Monique LIÉNARD-LIGNY

CHARGÉ DE COURS À LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE

I. — LA NATIONALITÉ

Au cours de la période envisagée, des décisions importantes ont précisé l'interprétation à donner aux articles 11bis et 14, dernier alinéa, du Code de la nationalité belge. Celle de l'article 16, § 2, continue à diviser les Cours d'appel.

1. L'interprétation de l'article 11bis

Le tribunal civil de Namur (10 février 1993, *R.D.E.*, 1993, 207) et la Cour d'appel de Liège (20 septembre 1993, *R.D.E.*, 1993, 472) ont eu à statuer sur une espèce qui réunissait presque toutes les difficultés que peut susciter l'application de l'article 11bis, introduit dans le Code de la nationalité par la loi du 13 juin 1991 (voy. sur ce point : Ch.-L. CLOSSET, *Traité de la nationalité en droit belge*, Larcier, 1993, n^{os} 330 et s. ; M. VERWILGHEN et C. DEBROUX, *Le nouveau visage de la nationalité belge*, *J.T.*, 1992, 7 et s. ; M. LIÉNARD-LIGNY, *R.D.E.*, 1991, 325 et s., et *Actualités du droit*, 1992, 775 et s. ; K. LAMBEIN, « De wet van 13 juni 1991 tot wijziging van het Wetboek van de Belgische Nationaliteit », *R.W.*, 1991-92, 548).

Ce texte permet d'attribuer la nationalité belge aux enfants nés en Belgique, moyennant une déclaration faite par leur(s) auteur(s) avant qu'ils aient atteint l'âge de douze ans. Une Zaïroise, autorisée à résider en Belgique depuis 1977 pour la durée de ses études avait fait cette déclaration pour son enfant, né en Belgique en 1990. Le Procureur du Roi s'y était opposé en alléguant le caractère précaire de la résidence de la mère en Belgique, la nullité en la forme du consentement donné par le père et le fait que la déclaration aurait visé un but autre que l'intérêt de l'enfant, celui de la mère à faire obstacle à une mesure d'éloignement du territoire.

a) *La notion de résidence principale*

L'article 11bis soumet la recevabilité de la déclaration à la condition que le ou les déclarants aient eu leur résidence principale en Belgique durant les dix années précédant la naissance de l'enfant et que l'enfant y ait eu la sienne depuis sa naissance.

Le Procureur du Roi contestait que cette exigence soit réalisée en l'espèce, en raison du caractère provisoire et révocable de l'autorisation de séjour donnée à la mère, autorisation qui ne lui avait été accordée que pour la durée de ses études. Le tribunal de Namur a constaté, à juste titre, que le législateur de 1991 n'a pas ajouté de qualificatif particulier à l'expression « résidence principale », précisant seulement que celle-ci doit être effective depuis dix ans au moins, « afin de pouvoir apprécier la volonté d'intégration du résidant ». La Cour de Liège confirme et développe cette analyse et insiste sur la relation voulue par le législateur entre l'attribution de la nationalité belge à l'enfant et l'existence de liens socio-économiques effectifs des parents avec la société belge.

La lecture de ces deux décisions peut induire une certaine confusion. Il est vrai, d'une part, que le législateur a voulu que la nationalité belge puisse être attribuée à ceux des immigrés de la deuxième génération dont on peut supposer qu'ils sont ou seront intégrés à la société belge. Il est vrai, d'autre part, qu'il a choisi, pour l'indice de cette intégration, outre la naissance en Belgique, le fait d'une résidence principale de longue durée dans le chef des parents. Il est vrai, enfin, que la résidence principale est le lieu où la personne vit et a fixé le centre de ses intérêts socio-économiques. Toutefois, il ne faudrait pas que, par le biais du contrôle de la réalité de cette résidence principale, le Parquet et le Tribunal vérifient celle de la volonté d'intégration du ou des déclarants. Il s'agirait là d'une dérive qui ne peut être reprochée aux deux décisions rapportées mais pourrait être suscitée par leur motivation. Ce n'est pas l'intégration du ou des déclarants qui prouve qu'ils ont leur résidence principale en Belgique mais c'est, à l'inverse, cette résidence de longue durée qui atteste irréfragablement le caractère suffisant de cette intégration.

b) *La forme du contentement donné à l'étranger*

La déclaration prévue par l'article 11bis doit, en principe, émaner conjointement des deux auteurs de l'enfant. Toutefois, si l'un d'eux ne réside plus en Belgique et consent à la déclaration, ce qui était le cas en l'espèce, l'autre parent peut la faire seul (§ 2, al. 2).

Bien que ce consentement ne soit soumis par la loi à aucune forme particulière, la circulaire du Ministre de la Justice du 8 novembre 1991 exige qu'il soit exprimé dans la forme requise pour la reconnaissance de pater-

nité. Il est incontestable que cette précision ajoute à la loi et ne saurait avoir aucune force obligatoire.

En l'espèce, le père de l'enfant, établi au Zaïre, avait d'abord consenti par acte sous seing privé à la déclaration faite par la mère. Après le prononcé de la mainlevée de l'opposition par le tribunal civil de Namur qui n'avait pas été appelé à se prononcer sur ce problème de forme, et probablement au vu des motifs de l'appel du Procureur du Roi, le père avait fait acter son consentement par l'Ambassadeur de Belgique à Kinshasa. La Cour de Liège admet la validité du premier consentement, au motif que la loi ne précise pas comment il doit être acté et, en conséquence, le caractère superflu du second acte.

c) *L'appréciation du but poursuivi par le(s) déclarant(s)*

L'opposition du Procureur du Roi était motivée également par l'opinion que la déclaration visait « un autre but que l'intérêt de l'enfant », à savoir celui de la mère à faire obstacle à une mesure d'éloignement du territoire. La formule utilisée par l'article 11*bis* peut en effet se lire comme signifiant que le Procureur du Roi peut s'opposer à une déclaration qui viserait, outre l'intérêt de l'enfant, des objectifs propres au(x) déclarant(s).

Cette lecture paraît toutefois peu conforme à la *ratio legis*. Le texte initial permettait de fonder l'opposition sur l'existence de faits personnels graves dans le chef du ou des déclarants, motif expressément repoussé par le législateur qui n'a pas voulu que l'on puisse sanctionner l'enfant pour les fautes commises par ses parents. L'amendement proposant le texte adopté (*Doc.*, Ch., 1314/5, p. 2) était justifié en ces termes : « Il s'agit notamment d'éviter que les parents n'introduisent une déclaration dans le seul but d'éviter qu'une mesure de contrainte ou d'éloignement les concernant puisse être exécutée eu égard à la nationalité belge de leur enfant ». Le Procureur du Roi devrait donc convaincre le tribunal que ce mobile présumé des parents est le seul qu'ils poursuivent et que l'intérêt de l'enfant à devenir belge est étranger à leur déclaration.

C'est donc à juste titre que le tribunal de Namur considère qu'il « n'a pas à s'interroger sur les effets de cette acquisition (sic) sur l'autres personnes que celle pour laquelle l'attribution de la nationalité belge est sollicitée, même si d'autres estiment ces effets pervers » et qu'il est de l'intérêt de l'enfant d'obtenir la nationalité du pays où il est né et vit depuis sa naissance. La Cour de Liège envisage exclusivement, elle aussi, cet intérêt de l'enfant.

2. *L'interprétation de l'article 14, dernier alinéa*

Pour pouvoir opter pour la nationalité belge, l'étranger visé par l'article 13 doit, entre autres conditions, avoir eu sa résidence principale en Belgique au cours des douze mois qui précèdent sa déclaration ou, s'il rési-

dait à l'étranger pendant cette période, prouver qu'il y avait néanmoins conservé des attaches véritables avec la Belgique (art. 14, dernier alinéa).

Cette notion d'attaches véritables n'est ni précisée par le texte, ni explicitée par les travaux préparatoires de la loi du 28 juin 1984. La jurisprudence, peu abondante, a essentiellement mis l'accent sur le caractère personnel que doivent revêtir ces attaches (voy. les réf. aux décisions inédites citées par C.-L. CLOSSET, *op. cit.*, n° 433).

Dans une décision du 2 mars 1993, le Conseil d'État se prononce sur une demande de suspension d'un ordre de quitter le territoire, contesté par l'intéressé pour violation des articles 7 et 10, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en raison du fait qu'il remplissait les conditions légales pour acquérir la nationalité belge par option. Le Conseil d'État devait donc apprécier si ces conditions étaient ou non réalisées.

En l'espèce, le demandeur, de nationalité béninoise, était né en Belgique et y avait séjourné régulièrement jusqu'en 1986. A ce moment, un ordre de quitter le territoire avait été pris à l'encontre de ses parents et spécifiait expressément qu'il concernait également les enfants. Le demandeur, rayé des registres de la population en 1989 en même temps que ses parents, était toutefois resté en Belgique et y avait poursuivi ses études.

Le Conseil d'État considère que la résidence en Belgique de l'intéressé, si elle est irrégulière, « pourrait à tout le moins être assimilée à une résidence en pays étranger, lui conservant néanmoins des attaches véritables avec la Belgique au sens de l'article 14, dernier alinéa » (*R.D.E.*, 1993, 437).

On peut approuver la solution intervenue et déplorer qu'un permis de séjour n'ait pas été accordé à un étranger âgé de 19 ans, né en Belgique, y ayant toujours résidé et y poursuivant ses études. On s'interroge toutefois sur la portée de cette décision : pourrait-elle permettre à tout étranger de demander la naturalisation après cinq ans de séjour illégal en Belgique en alléguant que cette situation équivaut à la création d'attaches véritables avec la Belgique au départ d'un pays étranger (art. 19) ?

La décision ne se prononce pas sur le point de savoir si le caractère irrégulier d'une résidence principale en Belgique fait ou non obstacle à ce que cette dernière soit prise en considération pour estimer remplie la condition imposée par l'article 14, dernier alinéa. Ce problème, qui n'avait pas été évoqué lors des travaux préparatoires du Code de la nationalité, a été expressément tranché lors de ceux de la loi de 1991, dans le sens de la négative (*Doc. parl.*, Ch., 1990-91, n° 1314/7, p. 16, et Sénat, 1990-91, n° 1306/2, pp. 12 à 14). Si les mêmes mots doivent avoir le même sens chaque fois qu'ils sont utilisés dans le Code, un séjour illégal en Belgique ne saurait donc être considéré comme la résidence principale au sens des articles 14 et 19. Peut-il, comme le décide le Conseil d'État, lui être assimilé ?

En 1984, la prise en considération d'attaches véritables nouées ou maintenues avec la Belgique au départ d'un pays étranger a été justifiée par le fait que « la Belgique peut avoir un intérêt à ce que l'intéressé demeure à l'étranger, par exemple dans le cadre d'un service public ou d'une activité privée, pour faire des études, etc. Le rayonnement de la Belgique peut en être favorisé » (Rapport de M. DE DECKER, *Doc.*, Ch., 1983-84, n° 756/21, p. 112). Cela ne correspond guère à l'idée qu'un étranger en séjour illégal nouerait des attaches véritables avec la Belgique, alors qu'au surplus, celle-ci a expressément refusé que ces attaches se créent ou perdurent.

La décision du Conseil d'État s'explique sans doute par les particularités de l'espèce et n'implique pas qu'une solution identique doive être étendue à tous les cas dans lesquels le problème pourrait encore se poser. L'assimilation d'une résidence à l'étranger à une résidence en Belgique est en effet laissée à l'appréciation du juge, un amendement ayant remplacé, dans le projet de loi, les mots « est assimilée » par les mots « peut être assimilée » (*Doc.*, Ch., *loc. cit.*, p. 113). Le Conseil d'État a fait usage de cette faculté et l'opinion émise par lui et selon laquelle un séjour irrégulier équivaldrait à une résidence à l'étranger, au cours de laquelle l'intéressé aurait entretenu des attaches avec la Belgique n'implique donc pas nécessairement la recevabilité de demandes d'option ou de naturalisation, introduites dans les mêmes circonstances.

3. *L'interprétation de l'article 16, § 2*

La difficulté d'interprétation principale que pose la faculté offerte par l'article 16, § 2, au conjoint d'une personne belge d'acquérir la nationalité belge concerne la condition de vie commune des époux, depuis au moins six mois dans la première rédaction du texte, trois ans en principe depuis la loi du 6 août 1993. Cette condition doit-elle être remplie seulement au jour de la déclaration ou doit-elle continuer à l'être pendant toute la procédure d'agrément de cette déclaration ? Le texte stipule en effet que l'étranger peut « si les époux ont résidé ensemble en Belgique pendant trois ans et tant que dure la vie commune, acquérir la nationalité belge par une déclaration faite et agréée conformément à l'article 15 ».

Cela peut signifier que la persistance de la vie commune est exigée pour acquérir la nationalité belge, acquisition qui n'est réalisée que par la transcription de la décision définitive d'agrément (art. 15, dernier alinéa). Telle est l'interprétation des Cours d'appel de Bruxelles et de Liège (voy. not. : Bruxelles, 12 mai 1987, *R.W.*, 1987-88, 716 ; 15 mars 1988, *R.D.E.*, 1989, 237 ; Liège, 28 juin 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 1470, et les déc. inéd. cit. par Ch.-L. CLOSSET, *op. cit.*, n° 633, note 1), et celle de la doctrine dominante (voy. not. : M. VERWILGHEN, *Le Code de la nationalité belge*, Bruylant, 1985, n° 636 ; Ch.-L. CLOSSET, *op. cit.*, n°s 630 à 633). Pour le tribunal civil de Liège (13 juin 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 1229), le décès du conjoint belge entre

la décision et sa transcription rend impossible l'acquisition de la nationalité belge.

On peut aussi considérer que le renvoi fait par le texte à l'article 15 ne concerne que la manière dont la déclaration doit être faite et la procédure qui doit être suivie et que, dès lors, la condition de vie commune, si elle doit être remplie au jour de la déclaration, n'est pas exigée jusqu'à la fin de la procédure. C'était la position adoptée par la Cour d'Anvers, dans un arrêt du 9 juin 1987 (*R.D.E.*, 1987, 92). La Cour de Gand se rallie à cette analyse dans un arrêt du 19 juin 1990 (*R.D.E.*, 1991, 130. Voy. ég. : Gand, 22 septembre 1994, inédit, Rép. n° 2737).

La Cour estime en outre que son interprétation est plus conforme à la volonté du législateur, celui-ci ayant imposé la condition de vie commune, non pas pour apprécier la volonté d'intégration du déclarant, mais pour dissuader les étrangers « de faire des mariages de complaisance, plus faciles à accepter s'ils ne consistent qu'en une cérémonie sans lendemain que s'ils impliquent une cohabitation, ne fût-ce que de quelques mois » (Rapport de M. DE DECKER, *loc. cit.*, p. 119).

Enfin, la Cour relève que l'interprétation inverse fait perdre à la condition de vie commune son caractère objectif en la faisant dépendre de la longueur de la procédure et conduit ainsi à une application discriminatoire du texte. La possibilité accordée au tribunal de surseoir à statuer pendant un délai maximum de deux ans, invoquée par l'arrêt à l'appui de cette dernière considération, a été supprimée par la loi du 6 août 1993. Il reste néanmoins que le temps mis par le Procureur du Roi à clôturer son enquête et celui mis par le tribunal pour statuer sur la déclaration peuvent varier assez considérablement d'un arrondissement judiciaire à l'autre.

Si les arrêts d'Anvers et de Gand paraissent plus convaincants que ceux de Bruxelles et de Liège, il faut toutefois faire mention de ce qu'écrit sur ce point le Ministre de la Justice dans sa circulaire du 3 septembre 1993 : « il a été précisé, par la Commission de la Justice du Sénat ... que le tribunal de première instance n'homologuera la déclaration de nationalité belge que s'il s'avère que les époux vivent ensemble. La Commission était toutefois unanimement d'avis que le décès du conjoint ne pouvait empêcher l'étranger d'acquérir la nationalité belge si la déclaration de nationalité a été faite avant le décès du conjoint et si la condition relative à la vie commune était remplie au moment de celui-ci. Il importe à ce sujet de faire clairement la distinction selon que la relation ou la vie commune prend fin du fait des conjoints eux-mêmes ou par suite du décès d'un des partenaires (Rapport de M. PATAER, *Doc.*, Sénat, n° 626/2, p. 11) » (*Mon.* du 23 septembre, p. 21106).

Quelle que soit la valeur des travaux parlementaires pour l'interprète du droit, celui-ci peut penser que, si le législateur avait voulu ajouter au texte de 1984 une précision et une distinction aussi importantes, il aurait dû les

introduire dans le texte qu'il était occupé à modifier. Il peut aussi estimer, conformément à une jurisprudence constante, que les travaux parlementaires ne peuvent être invoqués pour ajouter à la loi.

II. — LE MARIAGE

A. — *L'existence et la validité du mariage*

4. *Forme et preuve*

Les autorités diplomatiques et consulaires étrangères ne peuvent célébrer valablement un mariage en Belgique qu'entre des personnes qui ont toutes deux la nationalité de l'État que ces autorités représentent, sauf stipulation contraire contenue dans un traité conclu entre la Belgique et cet État.

Le tribunal civil de Liège (28 juin 1991, *R.D.E.*, 1991, 220, obs. M.-C. FOBLETS) avait admis la validité d'un tel mariage dans une hypothèse où l'un des conjoints avait à la fois la nationalité belge et la nationalité tunisienne de l'autorité étrangère. Le tribunal faisait à juste titre observer que l'article 3 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 relative aux conflits de lois en matière de nationalité permet, mais n'impose pas au juge de tenir compte uniquement de la nationalité belge du binational. Sur appel du Procureur général, la Cour de Liège réforme toutefois cette décision au motif que la règle de l'article 3 « est certes une simple faculté mais qu'elle correspond trop à l'intérêt politique du for pour ne pas être généralement respectée » et que « quand le législateur n'y a pas dérogé, le juge national est tenu de faire prévaloir la nationalité de l'État dont il relève ». La Cour annule le mariage litigieux en précisant que sa décision a pour objet l'acte juridique privé et non l'instrumentum dressé par l'officier public étranger (voy. ég. sur ce point : civ. Liège, 22 mai 1992, *cit.*, n° 5). Elle en admet la putativité en application de l'article 201 du Code civil belge, conformément à la règle qui veut que cette question soit soumise à la loi sur la base de laquelle la nullité est prononcée (16 novembre 1993, *R.G.D.C.*, 1994, 503, obs. L. BARNICH).

Si le mariage célébré en Belgique ne peut l'être que dans le respect des formes belges, quelles que soient les exigences émises sur ce point par la loi nationale des parties (civ. Bruxelles, 31 mars 1992, *R.G.D.C.*, 1994, 76), le mariage intervenu à l'étranger est valable en la forme s'il l'est selon le droit local. Il en est ainsi même lorsque ce droit considère, comme le Code du statut personnel marocain, que le mariage est valablement conclu par le seul échange de consentement des parties (J.P. St-Gilles, 5 avril 1990, *J.T.*, 1990, 662). Mais encore faut-il prouver cet échange des consentements. Le tribunal civil de Bruxelles (20 novembre 1990, *J.T.*, 1991, 283 ; *R.D.E.*, 1990, 351, obs. M.C. FOBLETS), réformant la décision précitée du Juge de

paix de Saint-Gilles, considère qu'un acte rédigé en 1985 au Maroc par deux adoul et homologué par le kadi et attestant, sur la foi de témoins, que le mariage est intervenu en 1979, ne saurait avoir de force probante en Belgique que si son authenticité est établie. Le tribunal ne s'explique guère sur ce point, considérant par ailleurs que, en l'espèce, le mariage invoqué ne saurait être reconnu en Belgique (voy. *infra*, n° 5). Il faut supposer toutefois que le tribunal utilise le terme « authenticité » dans le sens de « véracité », car il serait absurde d'exiger un acte public pour établir la conclusion d'un mariage solo consensu. Selon l'article 5 du Code du statut personnel et des successions au Maroc, la validité de l'acte de mariage est subordonnée à la présence de deux adoul qui attestent de l'échange des consentements (1°). Le mariage célébré en-dehors de cette forme peut toutefois, exceptionnellement, être établi par tous moyens de preuve (3°). En l'espèce, même si l'acte en question peut être assimilé à un acte authentique, il faut encore relever que sa force probante ne concernerait que les constatations qui y figurent, à savoir la présence des témoins et la teneur de leurs déclarations. Cela laisserait encore au juge la liberté d'apprécier la valeur de ces témoignages.

5. Conditions de fond

L'article 3, alinéa 3, du Code civil soumet les conditions de fond du mariage à la loi nationale de chacun des futurs époux. Ainsi, le tribunal civil de Liège (22 mai 1992, Rép. 92/6646) annule un mariage célébré par procuration à Tanger entre deux Marocains vivant en Belgique, sur la base du droit marocain. La demanderesse prétendait que la procuration lui avait été extorquée sous un faux prétexte. Le tribunal constate que deux des exigences du droit marocain n'étaient pas respectées : le consentement de l'épouse et celui de son père ou tuteur. Il est fait exception à cette règle par le tribunal civil de Bruxelles (31 mars 1992, *cit.*, n° 4) dans une espèce où le mariage, valablement célébré en Belgique, ne l'aurait pas été pour le droit marocain en l'absence de la cérémonie traditionnelle impérativement prescrite par ce droit. S'il est normal de soustraire les effets et la dissolution d'un mariage « boiteux » à la compétence d'une loi qui ne reconnaît pas l'existence de cette union, il paraît étrange que la même démarche soit suivie en ce qui concerne les conditions de fond du mariage.

La loi normalement compétente est évincée si son application se heurte à l'ordre public. Ainsi, le tribunal civil de Bruxelles annule pour bigamie un mariage célébré en Belgique entre Marocains, alors que le mari était déjà marié au Maroc (17 novembre 1992, R.G. 2743/90, rapporté par Ch. PANIER, « Inédits de droit de la famille », *J.L.M.B.*, 1994, 1436). Cette intervention de l'ordre public s'opposant à la création en Belgique d'une polygamie admise par la loi nationale des intéressés est classique. Par contre, c'est avec un contenu atténué que cet ordre public intervient généralement lors-

qu'il s'agit d'apprécier l'efficacité en Belgique d'un mariage intervenu à l'étranger, en raison de l'absence de liens entre cette situation et l'ordre juridique belge (civ. Bruxelles, 15 janvier 1992, *Pas.*, 1992, III, 43). Mais tel n'est pas toujours le cas. Ainsi, le tribunal civil de Bruxelles (20 novembre 1990, *cit.*, n° 4) refuse d'admettre la validité d'une union polygamique, intervenue au Maroc entre citoyens marocains, en raison du fait que le mari était déjà valablement marié à une ressortissante belge. Le contenu de l'ordre public est ici « renforcé » par les liens étroits que cette situation présente avec la Belgique (voy. sur ce point : cette *Revue*, 1992, p. 140, n° 5).

6. *Simulation*

L'annulation du mariage pour simulation du consentement fait l'objet d'une jurisprudence abondante (voy. les chroniques de M. FALLON, *R.T.D.F.*, 1988, 169 et s., n° 21 et 22, et de F. RIGAUX et G. VAN HECKE, *R.C.J.B.*, 1991, 143, n° 21 ; Ch. GILLES, *La nullité des mariages simulés*, *J.T.*, 1991, 361). Elle est généralement prononcée dans des hypothèses où la simulation s'explique par le désir de frauder les lois belges relatives à l'accès du territoire (v. not. : Anvers, 17 octobre 1990, *R.G.D.C.*, 1992, 355, obs. J. ROODHOOF).

Le consentement et les vices qui peuvent l'affecter sont en principe soumis à la loi nationale des intéressés (Bruxelles, 24 avril 1990, *R.T.D.F.*, 1990, 363 ; Bruxelles, 1^{er} février 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 599 ; voy. toutefois : civ. Bruxelles, 31 mars 1992, *cit.*, n° 4). Toutefois, une loi étrangère qui n'exigerait ni le consentement des futurs époux, ni la réalité de ce consentement serait certainement écartée par les juridictions belges au nom de l'ordre public. On comprend dès lors que l'on fasse parfois l'économie de l'étude du droit en principe applicable, ainsi que l'avait fait le tribunal civil de Liège, dans une décision du 12 mars 1992 (*R.T.D.F.*, 1992, 271). La Cour d'appel constate qu'il faut en principe recourir à la loi régissant le statut personnel des parties, loi qui était en l'espèce la loi marocaine. Elle confirme toutefois le jugement en ce qu'il annule le mariage litigieux et fonde cette annulation sur la contrariété à l'ordre public de la fraude à la loi belge commise, le mariage ayant eu pour but d'éluder les dispositions légales relatives à la police des étrangers (26 avril 1993, *J.T.*, 1994, 536. Voy. dans le même sens : civ. Bruxelles, 5 février 1991, *R.D.E.*, 1991, 50).

La preuve de la simulation, par contre, relève de la procédure et doit être apportée sur la base de la loi belge, par « un ensemble de présomptions graves, précises et concordantes ». Parmi ces présomptions, les plus fréquemment retenues sont l'absence de cohabitation des « époux » et l'absence de consommation du mariage. Dans son arrêt du 1^{er} février 1994, la Cour d'appel de Bruxelles en apprécie la force probante à la lumière de la coutume marocaine qui veut que les époux ne cohabitent pas avant la fête reli-

gieuse. Cette coutume n'est pas « appliquée » par la Cour mais considérée par elle comme un élément de fait, de la même manière que le seraient les règles religieuses utiles pour apprécier le comportement d'époux de confession catholique, par exemple. L'absence de consommation du mariage et de cohabitation avant la cérémonie religieuse ne sauraient évidemment permettre de présumer la simulation du consentement si cette cérémonie est essentielle pour les époux. L'arrêt fonde cette présomption sur le fait que la fête religieuse n'a jamais eu lieu et qu'il n'est pas démontré qu'il aurait été impossible de l'organiser.

Les juridictions belges qui annulent un mariage sur la base de pièces qui leur sont régulièrement soumises et dont elles déduisent la simulation ne portent pas atteinte au droit de se marier, ne s'ingèrent pas dans la vie privée et familiale des parties et ne violent donc pas les articles 8 et 12 de la Convention européenne des droits de l'homme (Cass., 19 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, 659).

B. — *Les effets personnels et patrimoniaux du mariage*

7. *Régime primaire et relations contractuelles*

Le droit offert à chacun des époux par l'article 224, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil de demander l'annulation des cautionnements consentis par l'autre s'ils mettent en péril les intérêts de la famille a fait l'objet d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 23 mai 1992 et déjà relaté dans la précédente chronique (cette *Revue*, 1992, p. 143 et 144). Cet arrêt a été abondamment commenté (voy. : S. NUDELHOLE, *Du nouveau concernant la loi applicable au régime primaire*, *J.L.M.B.*, 1992, 940 ; M. LIÉNARD-LIGNY, *Conflit mobile et loi applicable aux effets du mariage*, *loc. cit.*, 946 ; F. BOUCKAERT, *Tijds. Not.*, 1992, 432 ; M. FALLON, *Revue*, 1993, 617 ; M. VERWILGHEN, « Du neuf sur la loi régissant le régime primaire », *Mélanges F. Rigaux*, Bruylant, 1993, 561 ; N. COIPEL, « Réflexions sur la loi applicable aux effets du mariage », *R.T.D.F.*, 1993, 141 ; N. WATTÉ, « Régimes matrimoniaux », *in Relations familiales internationales*, Bruylant, 1993, 237, n^{os} 33 et s. ; « La loi du régime primaire des couples mixtes est-elle définitivement déterminée ? », *R.G.D.C.*, 1994, 127 et « Les régimes matrimoniaux, les conflits de lois dans l'espace et dans le temps », *R.C.J.B.*, 1994, 676).

Rappelons que la Cour soumet le droit de demander la nullité du cautionnement à la loi qui régit les effets du mariage et condamne l'appartenance de l'article 224, § 1^{er}, alinéa 2, aux lois de police visées par l'article 3, alinéa 1, et l'application territoriale qu'en avait faite l'arrêt attaqué en vertu de ce dernier texte.

On peut estimer, avec M. FALLON (note *cit.*, p. 618), que c'est davantage l'application territoriale du texte relatif au cautionnement que son apparte-

nance aux lois de police que la Cour rejette. Pour M. FALLON, il ne saurait être fait exception à la loi contractuelle qu'en qualifiant cette disposition de loi impérative au sens de l'article 7 de la Convention de Rome. Mais il faudrait alors « accepter que l'applicabilité d'une loi impérative de protection puisse se déterminer à l'aide d'un critère qui ne soit pas de nature nécessairement territoriale, ce que l'article 7 précité n'exclut évidemment pas » (voy. ég. : M. FALLON, « L'incidence de l'autonomie de la volonté sur la détermination du droit applicable à la responsabilité civile non contractuelle », *Mélanges O. Dalcq*, Larcier, 1994, 159, n° 20).

En l'espèce, les cautionnements litigieux avaient été consentis avant l'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1987 introduisant les dispositions de la Convention de Rome en droit belge. Les textes de la Convention n'étaient donc pas applicables à ces contrats. La remarque de M. FALLON vise donc le principe dégagé par la Cour et sa mise en œuvre ultérieure, et non l'application qu'elle en a faite.

Il faut en effet s'interroger sur la justification de l'application à la nullité d'un contrat de la loi qui régit les effets du mariage de l'un des contractants, et notamment de dispositions comme celles qu'édictent les articles 215 ou 224 du Code civil.

En ce qui concerne ce dernier texte, on pourrait se demander s'il ne consacre pas une incapacité spéciale de disposer à titre gratuit par donation entre vifs (§ 1^{er}, al. 1) ou cautionnement (al. 2), question qui n'est certainement pas en principe du domaine de la loi contractuelle. Elle appartiendrait, soit à la loi nationale de l'intéressé en tant que loi qui régit sa capacité (pour les contrats régis par la Convention de Rome, voy. l'art. 11 et les nuances qu'il apporte à ce rattachement), soit à la loi qui régit les effets du mariage, en tant que loi de l'institution protégée par cette incapacité (voy. : N. WATTÉ, « Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé », p. 137 et 138, à propos de l'incapacité de la femme mariée et *ét. cit.*, *B.C.J.B.*, n° 24). Il est toutefois unanimement admis que l'article 224, § 1^{er}, est étranger à la capacité.

On peut aussi se demander si le texte ne concerne pas plutôt le pouvoir qu'a une personne mariée de disposer librement de son patrimoine ou du patrimoine commun, question qui « relève incontestablement du régime matrimonial secondaire, c'est-à-dire de la loi du régime légal ou de celle du régime conventionnel, suivant les cas » (N. WATTÉ, *ét. cit.*, *R.G.D.C.*, n° 7, et *R.C.J.B.*, n°s 28 et 29).

La Cour de cassation, en considérant que la prétention concernait les effets du mariage et en se référant, non pas à la capacité mais à l'état des intéressés, pourrait avoir adhéré à cette deuxième analyse.

Il reste à examiner une troisième piste, celle qu'indique M. FALLON, et à se demander si la loi applicable au contrat peut être écartée sur des points qui font l'objet d'une disposition internationalement impérative dont le cri-

tère d'application ne serait pas territorial. Pour les contrats non encore soumis à la Convention de Rome, la Cour de cassation a depuis longtemps admis l'application de certains textes belges, mais en leur attribuant toujours un champ d'application territorial sur la base de l'article 3, alinéa 1, du Code civil. D'autre part, la jurisprudence n'a jamais apporté d'exception à la loi contractuelle au bénéfice de dispositions impératives édictées par une loi tierce (voy. : F. RIGAUX et M. FALLON, t. II, n° 1282 et 1303, et les réf. cit.). Pour les contrats régis par la Convention, l'article 7 permet l'interférence dans la loi contractuelle de lois impératives appartenant, soit à une loi tierce (§ 1^{er}), soit à la loi du for (§ 2). Selon l'exposé des motifs, « loi impérative » signifie « loi de police », mais il est vrai que rien, dans le texte, n'exclut l'application de lois de police dont le critère d'application serait autre que territorial. Dans cette optique, l'article 224, § 1^{er}, alinéa 2, pourrait donc être appliqué par le juge belge, en tant que loi de police, avec le champ d'application personnel que lui donne la Cour de cassation, à un cautionnement régi par une loi étrangère, si les époux sont de statut personnel belge. De même, le juge pourrait faire application d'une disposition analogue étrangère à un contrat régi, comme en l'espèce, par la loi belge. Dans ce cas toutefois, il devrait justifier cette application, conformément à l'article 7, § 1^{er} de la Convention, par l'impérativité de la loi étrangère et non par la compétence qui lui serait donnée par la règle de conflit belge, comme le décide la Cour de cassation.

La Cour, qui ne s'est pas située dans cette perspective contractuelle, a donc vraisemblablement examiné la validité des conventions litigieuses sur le plan des pouvoirs qu'avaient les contractants mariés d'engager librement leurs biens personnels ou ceux de la communauté. Il faudrait en déduire, avec N. WATTÉ, que la loi déclarée compétente par l'arrêt est celle qui régit les effets patrimoniaux du mariage.

On verra (*infra*, n° 9) que cette conclusion peut être renforcée par un arrêt ultérieur, rendu le 9 septembre 1993 par la Cour de cassation.

8. Régime primaire et lois d'application immédiate

Dans un arrêt du 16 juin 1994 (*Rev. not. b.*, 1994, 397, concl. E. LIEKEN-DAEL ; *R.T.D.F.*, 1994, 505, obs. M. FALLON ; *J.L.M.B.*, 1995, 509, obs. M. LIÉNARD-LIGNY), la Cour de cassation était appelée à se prononcer sur la loi applicable au logement familial, objet, en droit belge, de l'article 215 du Code civil.

Le problème se posait toutefois dans un contexte assez particulier, à propos d'un litige entre Italiens établis en Belgique et divorcés sur la base de la loi belge. L'ex-épouse entendait se maintenir dans un immeuble appartenant à son ex-conjoint et qui avait servi de logement à la famille pendant le mariage. L'arrêt attaqué avait soumis ce droit éventuel à la loi italienne, loi nationale commune des parties. Selon le propriétaire de l'immeuble,

demandeur en cassation, la prétention devait être appréciée sur la base de l'article 215 du Code civil, rendu applicable par l'article 3, alinéa 2, du Code civil qui soumet à la loi belge les immeubles situés en Belgique. L'enjeu de cette controverse sur la loi applicable était évidemment que l'article 215 ne concerne que les époux et n'est pas applicable entre personnes divorcées. Il était donc demandé à la Cour de se prononcer sur la territorialité ou non d'un texte non applicable à l'espèce litigieuse.

La Cour n'entre pas dans cette voie et c'est, à juste titre, la prétention litigieuse qu'elle qualifie, prétention que ne rencontre, en droit interne belge ni l'article 215, ni aucune des dispositions relatives aux effets du divorce. Suivant sur ce point l'avis de son Avocat général, elle considère que cette prétention ne se conçoit qu'en raison du mariage qui a uni les parties et des effets personnels de ce mariage, dont elle apparaît comme une survivance. Le droit éventuel revendiqué par la défenderesse en cassation relève donc du statut personnel des ex-conjoints et doit être examiné sur la base de leur loi nationale commune.

L'arrêt ne concerne donc ni le régime primaire en général, ni l'article 215 en particulier. Les développements que leur consacre Madame l'Avocat général E. LIEKENDAEL dans ses conclusions demandent toutefois que l'on s'y arrête.

L'article 215 est généralement considéré comme une loi protectrice de la famille, devant s'appliquer chaque fois que cette famille a fixé son logement en Belgique et quelle que soit la nationalité des conjoints. Il s'agit donc d'une loi d'application immédiate ou d'une loi de police au sens de l'article 3, alinéa 1, du Code civil. Ainsi que le déclare la Cour d'appel de Mons, « il faut attribuer au législateur l'intention de protéger toutes les familles résidant en Belgique et c'est la localisation du logement sur le territoire belge qui paraît le critère de rattachement le plus adéquat » (7 février 1985, *Ann. dr. Liège*, 1988, 44, obs. Ch. PANIER). Cette position est défendue par une doctrine quasi unanime (voy. les réf. cit. par E. LIEKENDAEL, note 3 ; N. WATTÉ, « Les régimes matrimoniaux », *ét. cit.*, au n° 7, n°s 39 à 41. Pour une application territoriale du texte en raison du statut réel, voy. : G. VAN HECKE et K. LENAERTS, 2° éd., n° 485). La Cour de cassation de France adopte une position plus protectrice encore des intérêts de la famille, puisqu'elle qualifie de lois de police toutes les dispositions françaises constitutives du régime primaire (20 octobre 1987, CRESSOT, *Revue*, 1988, 540, obs. Y. LEQUETTE).

Pour Madame LIEKENDAEL, l'article 215 et les autres textes relatifs au régime primaire ont pour point commun l'objectif de protection de la famille mais « vus sous cet angle, ces articles ne sont pas appelés à régir les problèmes d'époux de nationalité étrangère. Leurs différents objets relèvent essentiellement des effets personnels du mariage et, à ce titre, c'est en appli-

cation de la loi régissant le statut personnel des époux que les problèmes doivent être résolus » (*loc. cit.*, n° 20).

Que l'article 215 vise à protéger la famille et qu'il concerne les effets du mariage ne sont contestés par personne. C'est précisément en raison de son objectif que le texte est généralement considéré comme une loi de police ou d'application immédiate, ce que ne saurait exclure le fait qu'il concerne les effets personnels du mariage. Son appartenance à cette catégorie de lois n'a pas pour résultat de lui ôter le champ d'application normal que son objet lui confère ; elle étend ce champ d'application à des hypothèses qu'il ne régirait pas s'il n'avait pas ce caractère. Régulant les effets du mariage, l'article 215 est applicable chaque fois que ces effets relèvent de la loi belge. Il l'est, en outre, en tant que loi d'application immédiate aux époux établis en Belgique, même si les effets de leur mariage sont soumis à une loi étrangère (voy. : cette *Revue*, 1992, p. 143, et les réf. cit. : N. WATTÉ, *ét. cit.*, au n° 7, *R.G.D.C.*, n° 13, à propos de l'art. 224).

On peut se réjouir de ce que la Cour, qui n'a pas abordé le problème posé par une analyse de l'article 215, n'ait pas suivi le Ministère public sur ce point. Si elle devait le faire à propos d'une autre espèce, elle condamnerait une jurisprudence majoritaire des juridictions de fond, la quasi-unanimité de la doctrine belge spécialisée et une pratique notariale constante. Il serait regrettable qu'une famille vivant en Belgique puisse voir sa sécurité mise en péril, ne profite pas de la protection élémentaire des lois de son pays d'accueil et rejoigne peut-être le nombre des assistés, pour la raison qu'elle est originaire d'un État qui n'a pas décidé de la protéger et n'assumera nullement les conséquences de cette attitude. Et cela, au nom d'une sorte de fantasme de la personnalité des lois.

9. *Effets du mariage et conflit mobile*

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 25 mai 1992 (*supra*, n° 7) rattachait les effets du mariage d'époux de nationalité différente « au moment où le conflit surgit » à la loi de leur premier domicile conjugal, sans préciser s'il s'agissait des effets personnels ou patrimoniaux. Il ne pouvait viser le régime matrimonial légal que si on interprétait le mot « conflit » au sens de « conflit de lois », lequel ne surgit évidemment qu'au jour de la célébration du mariage. Il est en effet unanimement admis, en jurisprudence et en doctrine, que le problème de la loi applicable au régime légal est définitivement résolu à ce jour et ne saurait resurgir en raison d'un changement de nationalité ou de domicile des époux. Si la formule concernait les effets personnels, on pouvait s'étonner que la Cour les aient soumis à la loi du premier domicile conjugal des époux, alors qu'en cette matière, le conflit mobile se résout généralement en faveur de la loi du domicile actuel des époux (voy. : M. LIÉNARD-LIGNY, *note cit.*, au n° 7).

Dans un arrêt du 9 septembre 1993 (voy. *infra*, n° 10), rendu en matière de régime matrimonial légal, la Cour se prononce sur l'application dans le temps des règles de conflit qui ont successivement régi cette matière. Elle déclare que « le régime matrimonial légal auquel sont soumis les époux mariés sans contrat est si étroitement lié à ses effets patrimoniaux que la détermination de la loi applicable doit être considérée comme définitivement acquise au moment où est consommé le fait générateur de ceux-ci », à savoir la célébration du mariage. Si la Cour reprend la formule qu'elle avait utilisée en 1992, elle remplace les mots « liée au mariage » par les mots « liée à l'institution du mariage », se ralliant ainsi à une suggestion de Madame l'Avocat général E. LIEKENDAEL. Celle-ci l'invitait à marquer qu'elle n'entendait pas étendre sa solution aux difficultés temporelles en matière d'effets personnels, en liant expressément l'application de la règle en vigueur au jour du mariage au caractère institutionnel de celui-ci en ce qui concerne ses effets patrimoniaux, les effets personnels relevant, eux, de son aspect contractuel. Madame LIEKENDAEL voyait, dans la formule proposée, l'amorce éventuelle d'un réexamen du problème des effets personnels tel qu'il avait été abordé dans l'arrêt de 1992 (*Rev. not. b.*, 1993, 563, n°s 24 à 33).

Ce réexamen est peut-être superflu. L'arrêt de 1993 permet en effet de considérer qu'en 1992, la Cour n'a visé que les effets patrimoniaux du mariage, en se référant à la loi du premier domicile conjugal, puisqu'elle affirme ensuite que la loi applicable à ces effets et uniquement à eux est définitivement acquise au jour de la célébration du mariage. Cette analyse suppose évidemment que le mot « conflit » signifie « conflit de lois » dans l'arrêt de 1992.

Cette interprétation de l'arrêt du 25 avril 1992, à la lumière de l'arrêt du 9 septembre 1993, conforte l'idée que la Cour a vu dans l'article 224, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil, une limitation des pouvoirs qu'a une personne mariée d'engager ses biens ou ceux de la communauté par un cautionnement (voy. *supra*, n° 7).

10. Détermination du régime matrimonial légal et règles de conflit successives

Le régime légal d'époux de nationalité différente est soumis à la loi de leur premier domicile conjugal, en vertu d'une règle dont il n'est guère aisé de dater l'apparition et qui s'est substituée à celle qui rendait compétente la loi nationale du mari. Le problème de son application aux époux mariés, alors que la règle antérieure était toujours consacrée par les juridictions de fond, a été évoqué dans la précédente chronique (cette *Revue*, 1992, p. 145).

Par un arrêt du 9 septembre 1993 (*Rev. not. b.*, 1993, 563, concl. E. LIEKENDAEL ; *J.L.M.B.*, 1994, 398, obs. M. LIÉNARD-LIGNY ; *R.C.J.B.*, 1994, 668, obs. N. WATTÉ ; *R.T.D.F.*, 1994, 471, obs. N. COIPEL), la Cour de cas-

sation résout en partie ce problème, à propos de la détermination du régime légal d'un couple belgo-italien marié en 1952. L'arrêt attaqué, rendu le 16 septembre 1991 par la Cour d'appel de Mons par adoption pure et simple des conclusions du Ministère public, est, à bien des égards, surprenant (*J.L.M.B.*, 1992, 614).

Dans un arrêt du 23 avril 1987 (*J.L.M.B.*, 1987, 1249), la Cour de Mons avait, à propos d'une espèce analogue, appliqué la règle de conflit nouvelle, comme elle l'avait déjà fait en 1975 (22 octobre 1975, *Rev. not. b.*, 1976, 520) et justifié cette solution apportée au conflit dans le temps par le caractère nécessairement rétroactif de toute évolution jurisprudentielle. En 1991, elle considère que la règle nouvelle résulte de l'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1976 et que le conflit transitoire de droit international privé doit se résoudre sur la base des dispositions transitoires de droit interne de cette loi, dispositions dont elle fait d'ailleurs une application manifestement erronée. Enfin, elle n'applique pas les dispositions transitoires de la loi italienne du 19 mai 1975, dont elle relève pourtant qu'elle a substitué le régime légal de communauté à celui de la séparation de biens.

Le pourvoi introduit contre cet arrêt ne soulève pas cette dernière anomalie. Il ne conteste pas non plus la date d'apparition de la règle de conflit nouvelle telle qu'elle a été fixée par l'arrêt attaqué, au jour de l'entrée en vigueur de la loi du 14 juillet 1976.

La Cour de cassation condamne le recours aux dispositions transitoires de la loi de 1976, mais admet la solution consacrée par l'arrêt de Mons par une substitution de motifs, en faisant application de l'article 2 du Code civil.

Comme l'avait fait la Cour de cassation de France en 1982 (13 janvier, *ORTIZ-ESTACIO*, *Revue*, 1982, 551), elle consacre ainsi l'idée que les dispositions spéciales édictées par le législateur pour assurer une transition harmonieuse entre des textes internes successifs dont il connaît le contenu ne sauraient concerner les règles de conflit qui font « se succéder l'application de normes à teneur *a priori* indéterminée » (voy. : P. GRAULICH, *Principes*, n° 58).

Pour appliquer les principes généraux de droit transitoire contenus dans l'article 2 du Code civil, la Cour devait analyser le régime matrimonial légal, soit comme une situation en cours dont la règle nouvelle aurait régi les effets futurs dès son apparition, soit comme une situation définitivement accomplie, à laquelle elle n'aurait pu porter atteinte. La Cour se rallie à l'analyse de son avocat général, fondée essentiellement sur la persistance, en droit belge, du principe d'immutabilité du régime (concl. *cit.*, n° 20). Elle décide donc qu'en l'espèce, il était irrévocablement acquis, lors de la célébration du mariage, que le régime légal des époux était celui de la loi italienne, loi nationale du mari.

La portée de l'arrêt s'arrête là et laisse entier le problème de la date de l'entrée en vigueur de la règle de conflit nouvelle, problème sur lequel la

Cour, tenue par les termes du pourvoi, ne se prononce pas. Si la règle résulte de l'entrée en vigueur d'une loi qui a consacré l'égalité des époux, il peut s'agir de la loi du 13 mai 1955 approuvant la Convention européenne des droits de l'homme, de celle du 30 avril 1958 relative aux droits et devoirs respectifs des époux ou de celle du 14 juillet 1976 modifiant cette matière et les régimes matrimoniaux.

Madame l'Avocat général LIEKENDAEL fait une analyse rigoureuse de ce problème et réfute la solution donnée par la Cour de Mons et l'incidence de la loi de 1976. Elle propose de distinguer l'introduction du principe d'égalité en droit belge de l'application de ce principe à des matières déterminées. Elle démontre que le principe d'égalité remonte, au plus tard, à l'entrée en vigueur de la loi du 13 mai 1955 approuvant la Convention européenne des droits de l'homme, dont l'article 14 combiné en l'espèce avec l'article 8 prohibe toute distinction fondée sur le sexe. Cette disposition, suffisamment précise et complète pour produire des effets directs dans l'ordre juridique belge (V. not. : J. VELU et R. ERGEC, V^o Convention européenne des droits de l'homme, *R.P.D.B.*, Complément, 1990, 351, n^{os} 137 et s.), a immédiatement modifié, dans le sens de l'égalité, la règle de conflit dégagée d'une interprétation inégalitaire de l'article 3, alinéa 3, du Code civil. Cette règle de conflit ne faisant pas l'objet d'une disposition légale précise, sa transformation par l'effet direct de l'article 14 ne nécessitait en effet pas l'intervention du législateur.

Cette solution apparaît comme étant la plus conforme à l'évolution du droit positif belge en la matière. Il faudrait donc admettre, avec Madame LIEKENDAEL, que le régime matrimonial d'époux de nationalité différente est, en l'absence de conventions matrimoniales, le régime légal prévu par la loi nationale du mari ou par celle de leur premier domicile conjugal, selon qu'ils se sont mariés avant ou après l'entrée en vigueur de la loi du 13 mai 1955.

III. — LE DIVORCE

11. *Le divorce pour cause déterminée entre étrangers*

L'article premier de la loi du 27 juin 1960 soumet l'admissibilité du divorce pour cause déterminée entre étrangers à la loi belge, « à moins que la loi nationale de l'époux demandeur s'y oppose ». L'admissibilité du divorce est donc du domaine de la loi du for, la loi du demandeur pouvant éventuellement y faire obstacle si elle ignore ce mode de dissolution du mariage. Il n'est pas nécessaire que cette dernière loi admette, outre l'institution du divorce, celle du divorce pour cause déterminée (voy. : Cass., 20 avril 1989, *R.G.D.C.*, 1991, 275, et les obs. de N. MASSAGÉ, 223). La Cour d'appel de Mons (3 juin 1992, *Pas.*, 1992, II, 81) vérifie toutefois

encore ce dernier point à propos de la loi espagnole, s'astreignant ainsi à une étude inutile et parfois très délicate des lois étrangères qui ne contiennent pas nécessairement les catégories établies par le droit belge parmi les causes de divorce (voy. : cette *Revue*, 1992, pp. 150 à 152).

Vérifier uniquement si la loi du demandeur s'oppose ou non à l'institution du divorce est une recherche généralement exempte de difficulté. Elle pose toutefois, en ce qui concerne le droit irlandais, un problème qu'a dû trancher la Cour de cassation dans un arrêt du 29 septembre 1994 (*J.L.M.B.*, 1995, 516, obs. M. LIÉNARD-LIGNY ; *R.T.D.F.*, 1994, 517, obs. M. FALLON).

Le tribunal civil de Bruxelles (9 mars 1990, *R.T.D.F.*, 1990, 409, obs. M. FALLON) et la Cour d'appel de Bruxelles dans l'arrêt attaqué considèrent que le droit irlandais ne s'oppose pas à l'admissibilité du divorce de ses nationaux par le juge belge. Ces décisions peuvent se justifier par l'analyse du droit irlandais (a). Elles auraient pu l'être aussi par l'admission du renvoi (b).

a) Ainsi que le constate l'arrêt attaqué, « la loi irlandaise, si elle ignore le divorce en Irlande, en reconnaît l'institution et les effets lorsqu'il est autorisé par le tribunal du pays dans lequel l'un des époux est domicilié ». Le « Domicile and Recognition of Foreign Divorces » Act 1986 irlandais accueille même beaucoup plus largement encore le divorce des citoyens irlandais puisqu'il reconnaît aussi celui qui aurait été prononcé dans un État où aucun des conjoints n'avait de domicile, à la condition que cette décision soit reconnue dans un État où l'un d'eux au moins est domicilié (Section 5 (4)).

Face au contenu tout à fait exceptionnel de cette législation, la question posée par l'article premier de la loi du 27 juin 1960 n'est pas de savoir si le juge irlandais accepterait de prononcer le divorce de ses nationaux. Elle consiste plutôt à se demander si le droit irlandais considère que leur mariage est valablement dissous par un divorce admis sur la base du droit belge (voy. : F. RIGAUX, « RÈGLES GÉNÉRALES DES CONFLITS DE LOIS », Académie de La Haye, *Rec. des Cours*, 1987, II, n° 261). C'est ce type de raisonnement qu'avait suivi la Cour de Bruxelles.

La Cour de cassation censure cette décision pour violation de l'article premier de la loi de 1960, au motif que le droit irlandais ignore le divorce en Irlande. Elle lit donc, dans le texte de cet article premier, que le juge (et non la loi) du pays de la nationalité du demandeur devrait admettre le divorce, ce que ne paraissent autoriser ni ce texte, ni les travaux préparatoires de la loi. La Cour commet sans doute ici l'erreur signalée par F. RIGAUX et qui consiste à se mettre à la place du juge dont la loi est déclarée applicable en supposant qu'il soit saisi de la même situation, supposition gratuite puisque ce juge n'a aucune compétence pour en connaître.

On peut regretter que, dans cet arrêt, la Cour n'ait pas procédé à une étude plus approfondie du droit irlandais et n'ait pas cherché, comme la Cour d'appel de Bruxelles, à harmoniser ce droit et l'exigence posée par l'article premier de la loi du 27 juin 1960. L'objectif poursuivi par cette disposition n'est-il pas d'empêcher que des divorces soient prononcés en Belgique sans pouvoir être reconnus dans le pays de la nationalité du demandeur ?

b) La Cour de Bruxelles aurait pu se demander si le droit irlandais ne renvoie pas au droit belge la compétence que lui attribue la loi de 1960. Ce problème doit, comme le précédant, tenir compte des particularités du droit irlandais. En effet, ce droit ne règle le problème du divorce en droit international privé que par des règles de conflit de juridictions, alors que le renvoi se fait généralement par la règle de conflit, en l'espèce inexistante, du droit déclaré compétent.

C'est le cas également du droit anglais qui, s'il connaît l'institution du divorce, contient des règles de droit international privé qui désignent, non la loi compétente, mais le tribunal compétent, celui de la résidence des époux, ce tribunal appliquant alors sa propre loi. Le renvoi fait par le droit anglais est donc juridictionnel (voy. : Ph. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi*, Paris, 1958, n° 71) et néanmoins admis, en droit international privé belge, comme s'il était un renvoi à la loi du domicile (Cass., 14 décembre 1978, *Bigwood*, et concl. E. KRINGS, *Pas.*, 1979, I, 445 ; Bruxelles, 26 juin 1990, *R. W.*, 1990-91, 1129).

Les règles de conflit de juridictions irlandaises diffèrent des règles anglaises dans la mesure où elles ne visent que les décisions rendues par des tribunaux étrangers. Mais cette circonstance ne devrait pas entraîner de différence en ce qui concerne le renvoi puisque, dans le cas du droit anglais, on n'utilise évidemment que la partie des règles de conflit de juridictions qui admet la compétence des juridictions étrangères.

Pour ceux qui estimerait que le renvoi ne peut résulter que d'une règle de conflit de lois, on peut suggérer la prise en considération de la règle irlandaise relative à l'état des personnes. Un droit qui reconnaît l'institution du divorce mais ne permet pas à ses tribunaux de la prononcer ne saurait contenir de règle qui leur indiquerait la loi applicable. On pourrait donc admettre que la matière fait partie du présupposé plus large d'une autre règle de conflit. Cette solution paraît moins satisfaisante que la précédente, dans la mesure où elle « force » un droit étranger dont la première respecte l'esprit et la structure.

Ainsi que l'écrit M. FALLON (obs. *cit.*, p. 413), les règles de conflit « ne constituent qu'une technique parmi d'autres de solution des situations internationales et là où — comme c'est le cas en droit irlandais ou en droit anglais — elles sont remplacées par des dispositions de droit judiciaire

tenant à la compétence internationale ou à l'efficacité des décisions étrangères, il y aurait lieu de considérer ces dispositions-ci ».

12. *Divorce entre étrangers, principe d'égalité et Convention européenne des droits de l'homme*

Les inégalités que consacre l'article premier de la loi du 27 juin 1960 ont été relevées par tous les commentateurs de cette loi et dénoncées plus systématiquement par A. HEYVAERT lors du XXXV^e Congrès de l'Association des juristes flamands, le 9 mai 1992 à Louvain (v. sur ce point : *R.W.*, 1992-93, 6 et s., spéc. pp. 20 et s.). Ainsi, une demande en divorce introduite par un irlandais est admissible uniquement si l'épouse du demandeur est belge. Si l'intéressé est marié à une étrangère dont la loi nationale connaît ce mode de dissolution du mariage, il est privé du droit de le demander, même à titre reconventionnel, alors que son épouse le peut. Autrement dit, dans ce dernier cas, son mariage peut être dissous par un juge belge, mais pas aux torts de l'épouse.

Contraire au principe constitutionnel d'égalité, ce texte ne violerait-il pas aussi les articles 8, 12 et 14, voire même 9 de la Convention européenne des droits de l'homme ?

Le droit au divorce n'est pas consacré par la Convention ni par ses Protocoles additionnels. En 1986, dans l'arrêt *Johnston c. l'Irlande* (18 décembre 1986, Série A, n° 112), la Cour européenne a refusé d'induire ce droit du droit au mariage consacré par l'article 12, par une interprétation évolutive. Un an plus tard toutefois, dans l'arrêt *F. c. la Suisse* (18 décembre 1987, Série A, n° 128), elle admettait que la Convention doit se lire « à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui ». On peut dès lors « se demander, dans cette optique, si l'évolution des mœurs et des conceptions sociales depuis la rédaction de la Convention, attestant une augmentation considérable des ruptures conjugales, ne milite pas pour la condamnation de ces restrictions au droit au remariage et à la reconnaissance progressive, même implicite, d'un droit au divorce » (J. SOHIER, « La législation belge sur le divorce face à l'article 12 de la Convention européenne... », *Mélanges Velu*, Bruylant, 1992, 1731, spéc. p. 1735 et les réf. cit.).

Quoi qu'il en soit, le droit international privé belge n'accorde l'admissibilité du divorce aux étrangers dont la loi nationale ignore l'institution que si leur conjoint est belge. Si ce dernier est aussi étranger, mais ressortissant d'un État qui connaît l'institution, il place les époux dans une situation inégale quant à la sanction des obligations du mariage. Le texte éventuellement violé ne serait-il pas dès lors plutôt l'article 8, en raison d'une ingérence, difficile à justifier, dans le respect de la vie privée et familiale des intéressés ?

13. *L'efficacité en Belgique des divorces étrangers et des répudiations*

En droit commun, depuis l'arrêt *Defontaine* (Cass., 29 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, 725), les jugements étrangers relatifs à l'état des personnes jouissent en Belgique de l'autorité de la chose jugée, sans révision au fond (Cass., 19 janvier 1982, *Pas.*, 1982, I, 36), s'ils satisfont aux cinq conditions énumérées par l'article 570 du Code judiciaire.

Ce même texte est appliqué pour vérifier l'efficacité que peut avoir en Belgique une répudiation intervenue au Maroc, bien qu'il ne s'agisse pas à proprement parler d'un jugement, mais plutôt d'un acte. L'article 4 du Protocole d'accord administratif belgo-marocain du 26 septembre 1979, relatif à l'application des règles régissant les personnes sur les territoires des Royaumes du Maroc et de Belgique stipule en effet que « les actes de répudiation dressés entre conjoints de nationalité marocaine au Maroc suivant la législation nationale des époux doivent produire leurs effets en Belgique dans les mêmes conditions que les jugements de divorce prononcés en pays étranger ». Une convention belgo-marocaine du 15 juillet 1991 sur la loi applicable et la reconnaissance des mariages et de leur dissolution (*R.T.D.F.*, 1994, 537) permettrait de reconnaître plus largement les répudiations. Elle soulève toutefois de telles oppositions qu'il est peu vraisemblable qu'elle soit un jour ratifiée par la Belgique (v., sur cette convention ; J.-Y. CARLIER, « Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial », *R.T.D.F.*, 1994, 447).

Le respect des droits de la défense et la conformité à l'ordre public sont les deux exigences auxquelles se heurtent le plus fréquemment les décisions étrangères de divorce et les répudiations.

a) *Divorce étranger, droits de la défense et ordre public*

La Cour d'appel d'Anvers (20 mars 1991, *R.G.D.C.*, 1992, 409) refuse de reconnaître le divorce de deux Belges, prononcé pour incompatibilité de caractères par un tribunal dominicain. L'épouse, domiciliée en Belgique, avait été citée à Taiwan où elle n'avait jamais résidé et n'avait donc même pas été informée de la procédure diligentée par son mari. Les droits les plus élémentaires de la défense avaient été bafoués et cela suffisait pour refuser toute efficacité à la décision, sur la base de l'article 570, 2°. L'intérêt de l'arrêt se situe sur le plan de la contrariété à l'ordre public, dans laquelle il trouve une raison supplémentaire pour fonder son refus. Selon la Cour, la décision dominicaine est contraire à l'ordre public en ce qu'elle a prononcé un divorce entre Belges pour une cause non admise par la loi belge.

A l'époque où le divorce était régi par l'article 3, alinéa 3 du Code civil, la Cour de cassation avait estimé que ce texte consacrait un principe d'ordre public international, celui de la soumission de l'état des Belges à la loi belge, principe qui s'opposait à la reconnaissance de divorces prononcés

entre Belges sur la base d'une loi étrangère (4 octobre 1956, CLOSSET, *Pas.*, 1957, I, 88 ; 11 octobre 1957, FRANCK, *Pas.*, 1958, I, 122). Mais depuis l'entrée en vigueur de la loi du 27 juin 1960, qui soumet le divorce à la *lex fori*, il paraît abusif de reprocher au juge étranger la mise en œuvre d'une règle identique à celle qu'utilise le juge belge. La doctrine (P. GRAULICH, *Principes*, n° 252/7 ; F. RIGAUX, t. II, n° 970 ; G. VAN HECKE et K. LENAERTS, 2^e éd., n° 500) et la jurisprudence (Gand, 5 juin 1968, *Pas.*, 1968, II, 241 ; Bruxelles, 17 décembre 1974, *J.T.*, 1975, 279) ont généralement estimé que la loi de 1960 avait mis fin à la possibilité d'invoquer l'ordre public contre une décision étrangère pour la seule raison qu'elle aurait appliqué une loi autre que la loi belge à des Belges.

La position contraire, adoptée par la Cour d'Anvers, a été défendue par J. ERAUW (« Het 'openbare orde' begrip en de erkenningsleer m.b.t. buitenlandse echtscheidingen », *R.W.*, 1976-1977, 1986). Elle est justifiée par l'idée que la loi du 27 juin 1960 est une loi spéciale et, dès lors, de stricte interprétation (Cass., 14 décembre 1978, BIGWOOD, *Pas.*, 1979, I, 445). Puisque cette loi ne règle pas la reconnaissance des décisions étrangères de divorce, celles-ci resteraient soumises à l'article 3, alinéa 3 du Code civil, d'ordre public pour les époux belges, bien que ce texte soit devenu tout à fait étranger au divorce d'un Belge sur le plan du conflit de loi.

De plus, on a suffisamment démontré le caractère abusif et inutile d'une telle utilisation de l'ordre public. Ainsi que l'écrit P. GRAULICH, « le divorce prononcé par un tribunal normalement compétent, sur base de la loi applicable selon les règles de conflit en vigueur dans ce pays, doit être valable partout ; décider le contraire, au nom du caractère d'ordre public de nos règles de conflit, c'est faire preuve d'impérialisme juridique et contribuer à multiplier les situations boiteuses » (*op. cit.*, n° 252).

Le juge étranger doit toutefois avoir été « normalement compétent », ce qui exclut les divorces « touristiques ». La fraude peut toujours être sanctionnée et justifiait, à elle seule, la contrariété à l'ordre public de la décision dominicaine (P. GRAULICH, *loc. cit.*).

Le contrôle de l'existence éventuelle d'une fraude à la loi dans le cadre de l'article 570, 1^o du Code judiciaire avait été opéré par le tribunal civil de Bruxelles (15 mars et 24 mai 1988, *R.T.D.F.*, 1990, 376 et 382) à propos d'un divorce par consentement mutuel intervenu en République dominicaine sur la base de la *lex fori* entre une Belge domiciliée en Belgique et un Colombien domicilié en Colombie. Les époux avaient fait election de domicile à Santiago et y avaient diligenté leur procédure par un mandataire qui les représentait tous deux. Le tribunal relève que la loi dominicaine ne contient aucune règle qui permettrait de présumer que les parties, en s'y soumettant par l'artifice de l'élection de domicile, auraient voulu commettre une fraude à la loi.

b) *Divorce étranger et compétence du juge d'origine*

La reconnaissance du divorce étranger peut encore être refusée sur la base de l'article 570, 3°, si le juge étranger n'était compétent qu'en raison de la nationalité du demandeur. On ne relève aucune décision publiée qui ait appliqué ce texte. Toutefois, la Cour du travail de Mons s'est prononcée, dans le cadre de la Convention franco-belge du 8 juillet 1899, sur l'efficacité d'un jugement français qui avait annulé le mariage d'un Français et d'une Algérienne, en basant sa compétence sur l'article 14 du Code civil français (15 mai 1991, *R.T.D.F.*, 1991, 317, obs. C. DEBROUX).

Le contrôle de la Cour devait se fonder sur l'article 11 de la Convention, texte qui attribue l'autorité de la chose jugée aux décisions françaises si elles réunissent les cinq conditions qu'il énumère et parmi lesquelles ne figure pas explicitement celle que pose l'article 570, 3° de notre Code judiciaire.

La Cour refuse de reconnaître la décision sur deux bases, l'article 11, 3° qui exige l'expédition de la décision, alors que la Cour ne disposait que d'une copie et l'article 11, 5° qui admet le refus pour méconnaissance, par le juge d'origine, des règles de compétence rendues communes aux deux pays par la Convention. Elle estime que l'article 14 du Code civil français, disposition exorbitante qui permet à tout demandeur français de citer tout étranger en France, même lorsque le litige n'a aucun rapport avec ce pays, est « contraire au droit des gens ».

Ce recours au droit des gens est surprenant. Faut-il rappeler que la Convention de Bruxelles permet à toute personne domiciliée en France d'y attraire tout défendeur domicilié hors de la communauté sur la seule base de l'article 14 ? Faut-il rappeler que notre Code judiciaire contient, dans son article 638, une règle qui permet d'attraire devant les juridictions belges tout étranger domicilié à l'étranger, pour un litige qui n'a, avec la Belgique, d'autre lien que le domicile du demandeur ? Faut-il rappeler enfin que l'article 1^{er} de la Convention franco-belge permet au Belge, résident autorisé en France, d'y invoquer l'article 14 au même titre qu'un Français ?

La Cour s'appuie sur un arrêt rendu par la Cour de cassation le 1^{er} juillet 1904 (*Pas.*, 1904, I, 293) pour affirmer que la non-application de l'article 14 du Code civil français est, en vertu de la Convention, une règle de compétence commune aux deux pays. Cet arrêt de 1904 avait en effet estimé, à la lumière des travaux préparatoires de la loi d'approbation de la Convention, que son article 11, 5° était l'équivalent de l'article 10, 5° de la loi belge de 1876, c'est-à-dire actuellement de l'article 570, 3°.

c) *Répudiation entre époux étrangers, droits de la défense et ordre public*

La jurisprudence belge, dans son ensemble, distingue clairement deux hypothèses, celle de la répudiation consentie, demandée par la femme ou acceptée par elle et celle de la répudiation unilatérale du mari, non acceptée par l'épouse (v. not. sur ce point : A. VAN MENSEL, « L'attitude des juges belges face au divorce par répudiation », *R.D.E.*, 1990, 176 ; M.C. FOBLETS, « La femme marocaine et sa loi en Belgique », *R.D.E.*, 1991, 336 ; J.Y. CARLIER, « Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces intervenus à l'étranger », *R.T.D.F.*, 1991, 165).

1) La répudiation consensuelle faite par le mari à la demande de la femme et la répudiation unilatérale acceptée par l'épouse, même ultérieurement et implicitement est généralement reconnue en raison de son assimilation à un divorce par consentement mutuel (v. not. : civ. Bruxelles, 20 avril 1993, *R.D.E.*, 1993, 445). L'appréciation d'une acceptation implicite de la répudiation par l'épouse pose évidemment problème, en-dehors de cas évidents comme celui de sa volonté de contracter un nouveau mariage. La Cour du travail d'Anvers (27 novembre 1992, *Rev. Séc. soc.*, 1994, 935 en résumé), déduit cet acquiescement de la revente par l'épouse du « don de consolation » avant l'expiration du délai de retraite légale. Le juge de paix de Molenbeek, par contre, refuse d'assimiler à une acceptation implicite de la répudiation l'acceptation par la femme de ce « don de consolation », destiné à la couvrir de ses frais et dépenses pendant la durée de cette retraite, au terme de laquelle le mari peut révoquer son acte de répudiation et reprendre son épouse. Cette dernière décision paraît correspondre à une analyse de l'institution marocaine plus adéquate que celle qu'en a faite la Cour d'Anvers (22 décembre 1992, *J.J.P.*, 1993, 124).

Quoi qu'il en soit, le seul silence de la femme ne peut permettre de présumer son acceptation plutôt que sa volonté de considérer le mariage comme non dissous valablement. On peut toutefois à la rigueur admettre, au nom de la sécurité juridique, qu'un silence de plusieurs années, au cours desquelles la femme a eu connaissance de la répudiation et du remariage de son mari, sans réclamer aucun des droits que pouvait lui conférer sa qualité d'épouse indique de sa part une acceptation qu'elle ne peut plus contester (civ. Bruxelles, 11 janvier 1990, *R.T.D.F.*, 1990, 399, obs. M. TAVERNE).

2) La répudiation unilatérale, faite souvent sans que la femme en soit préalablement avertie et à laquelle elle n'a pas consenti ultérieurement se voit généralement privée d'efficacité pour contrariété à l'ordre public et au respect des droits de la défense (v. not. : civ. Bruxelles, 8 janvier 1991, *J.T.*, 1991, 372 ; J.P. Gand, 25 juin 1992, *R.D.E.*, 1993, 216).

Il faut toutefois signaler le développement d'une jurisprudence minoritaire dont le point de départ semble être une décision, longuement motivée, rendue par le tribunal civil de Namur le 17 mai 1990 (*R.T.D.F.*, 1990, 431).

Le tribunal refuse d'assimiler le « talak » à un jugement et l'apprécie en tant qu'acte juridique public. Son contrôle ne saurait dès lors comprendre la condition du respect des droits de la défense. On peut toutefois estimer que, s'agissant d'un acte de répudiation unilatérale, les deux conditions de respect des droits de la défense et de conformité à l'ordre public se confondent. L'autorité religieuse qui confère l'authenticité à l'acte privé établi par le mari n'a d'autre rôle que de recevoir l'expression de la seule volonté de l'auteur de l'acte. On peut donc se demander, avec H. MUIR WATT si « la passivité excessive de l'autorité ne recèle pas une atteinte aux droits de la défense » (*Revue*, 1991, 392 et s., spéc. p. 395).

En ce qui concerne l'ordre public, le tribunal estime d'une part que les exigences du droit belge en la matière doivent s'adapter à la nécessité d'intégrer les diverses composantes ethniques de la société, que la situation inférieure de la femme procède de la conception même du mariage marocain et que le droit belge lui-même n'a pas totalement aboli toute différence de traitement entre les sexes. Il considère d'autre part que notre ordre public ne peut intervenir qu'avec un contenu atténué, puisque l'acte est intervenu à l'étranger.

Cette dernière argumentation se heurte incontestablement à l'idée que l'ordre public est fonction du degré d'insertion de la situation envisagée dans notre ordre juridique (cette *Revue*, 1992, pp. 140 et 141 et les réf. cit.). Il ne peut donc s'atténuer que lorsque les liens que présente cette situation avec la Belgique sont, au moment de l'acte, inexistantes ou très lâches, ce qui n'est pas le cas lorsque les époux sont établis durablement dans le pays et que le mari se rend au Maroc pour y répudier son épouse.

Quant à la première argumentation, elle est fonction des conceptions personnelles du juge. Dans ce problème, ainsi que l'écrit H. GAUDEMET-TALLON, « deux principes s'affrontent : celui du respect des cultures étrangères et celui de l'égalité de l'homme et de la femme. Ici, ils se heurtent de front » (« La désunion du couple en droit international privé », *Rec. des Cours de La Haye*, 1991, I, pp. 267 et s.). Le tribunal de Namur privilégie le respect des cultures étrangères et sacrifie le principe d'égalité, ainsi que l'avait fait une autre chambre du même tribunal, dans une décision motivée à ce point sommairement qu'elle peut être ici reproduite en entier : « Que la répudiation est un privilège reconnu, en droit marocain au mari, de mettre fin au mariage de manière discrétionnaire sans avoir à motiver sa décision. Qu'il faut dès lors reconnaître à la répudiation unilatérale une pleine efficacité dans notre ordre juridique interne, pour autant que celle-ci respecte les conditions de l'article 570 du Code judiciaire ; que c'est le cas en l'espèce » (3 janvier 1990, *R.T.D.F.*, 1990, 431). Le tribunal civil de Nivelles fait le même choix (25 juin 1991, *R.T.D.F.*, 1991, 378, obs. M. FALLON et 12 mai 1992, *R.T.D.F.*, 1994, 533) et le tribunal civil de Bruxelles, dans sa décision précitée du 20 avril 1993, qui admet une répudiation à laquelle l'épouse

avait acquiescé, ajoute « qu'en tout état de cause, le talak trouve sa force obligatoire dans la volonté unilatérale du mari et ne laisse place à aucune contestation et, partant, à aucun débat. En droit musulman, le mariage est essentiellement une institution consensuelle et peut, comme tout contrat, être rompu unilatéralement moyennant indemnité ».

C'est justement dans ce caractère unilatéral d'une décision qui n'appartient qu'au seul mari que réside la difficulté. On peut estimer que le droit belge lui-même admet, par l'article 232 du Code civil, une sorte de dissolution du mariage par répudiation, puisqu'il suffit à l'un des époux de quitter l'autre et de rester séparé de lui pendant cinq ans pour obtenir le divorce (v. ég., par ex., le § 1565 BGB, l'art. 230 du C. c. luxembourgeois ou l'art. 151 du C. c. italien). La séparation et sa durée ne constituent peut-être pas des différences essentielles, non plus d'ailleurs que l'appréciation du tribunal, lequel se résout généralement à mettre fin à une situation irrémédiable plutôt qu'à la perpétuer. Ce qui est essentiel, par contre, c'est que chacun des époux peut utiliser ce mode de dissolution du mariage, alors que la législation marocaine en fait un droit exclusif du mari.

On peut se demander si le problème, présenté comme une alternative entre le respect des cultures étrangères et l'égalité des époux est bien posé. Le respect des cultures étrangères, aussi souhaitable qu'il soit, ne peut être absolu sans mettre en cause l'existence même de l'exception d'ordre public. Toute situation internationale présentant avec la Belgique des liens significatifs doit obéir à ceux des principes de notre droit qui, selon la formule souvent répétée par notre Cour de cassation, sont essentiels à l'ordre moral, politique et économique de notre société. Le respect dû à la culture marocaine ne saurait donc, à lui seul, justifier l'intégration de toutes ses institutions et commander entre autres la reconnaissance de la répudiation unilatérale, d'autant plus que celle-ci ne constitue pas le seul mode de dissolution du mariage en droit marocain (V. sur ce point : P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », *Mélanges F. Rigaux*, Bruylant, 1993, 263). Il faut nécessairement ajouter que l'égalité des époux ne compterait pas au nombre des principes essentiels consacrés par notre droit.

Le contenu de notre ordre public sur ce point peut être apprécié par chacun, mais il paraît difficile de prétendre que les principes fondamentaux consacrés par des instruments internationaux, contraignants ou non, auxquels la Belgique a adhéré et auxquels elle a conformé son droit interne n'en feraient pas partie. L'égalité des époux devant le divorce, affirmée par l'article 6 de la Déclaration universelle des droits de l'homme est consacrée par l'article 23, alinéa 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et, si elle n'est clairement exprimée dans la Convention européenne que par l'article 5 du 7^e protocole, non encore ratifié par la Belgique, elle peut déjà se déduire de ses articles 8 et 14.

La réforme du Code du statut personnel marocain par le Dahir du 10 septembre 1993 constitue « un petit pas » dans le sens du respect des droits de la femme. L'article 48 nouveau exige en effet que celle-ci soit convoquée par le *cadi* et présente lors de l'enregistrement de la répudiation. La loi n'a toutefois pas abrogé l'article 44, alinéa 2 qui permet la répudiation unilatérale sans le respect de cette nouvelle procédure. Faut-il considérer que ce dernier texte aurait été tacitement abrogé ? (v. : ABDERRAZAK MOULAY R'CHID, « La réforme du Code de statut personnel marocain. Une avancée dans la codification des droits de l'homme », *R.T.D.F.*, 1994, 429). De plus, si la répudiation ne peut désormais avoir lieu qu'au domicile commun des époux, il est douteux que cela empêche un mari établi en Belgique de se rendre au Maroc pour la prononcer. On ne peut qu'attendre ce que sera l'application de cette réforme et se poser, avec quelque scepticisme, comme le fait M.C. FOBLETS, la question de savoir s'il s'agit là de « modifications génératrices d'une pacification des relations internationales privées » (*R.D.E.*, 1994, 125).

d) *Répudiation entre époux dont l'un au moins est belge*

La nationalité belge des époux ou de l'un d'entre eux rend plus difficile la reconnaissance d'une répudiation, dans la mesure notamment où cette circonstance intègre davantage la situation dans l'ordre juridique belge. De plus, si on peut assimiler la répudiation consentie à un divorce par consentement mutuel, ce type de divorce est, si les époux sont tous deux étrangers, de la compétence de leur loi nationale commune ou de leurs deux lois cumulées (Cass., 14 décembre 1978, Bigwood, *Pas.*, 1979, I, 445), alors que si l'un d'eux au moins est belge, tout divorce est soumis à la loi belge par l'article 2 de la loi du 27 juin 1960. Ceci explique que l'absence de fraude à la loi est rarement examinée entre époux musulmans tous deux étrangers mais qu'elle l'est soigneusement si l'un des conjoints au moins est belge. Ainsi, le tribunal civil de Bruxelles (3 octobre 1989, *R.T.D.F.*, 1990, 385), saisi du problème de l'efficacité d'une répudiation effectuée au Maroc par un Marocain d'origine devenu belge n'invoque pas la contrariété à l'ordre public proprement dit ou aux droits de la défense, comme il l'aurait fait si les deux époux avaient été marocains. Il relève que l'intéressé « a manifestement entendu tourner les dispositions de la loi du 27 juin 1960... et obtenir son divorce dans des conditions et pour des motifs rejetés par le droit belge » et invoque la maxime « *fraus omnia corrumpit* ».

Dans une circulaire adressée aux officiers de l'état civil, le 27 avril 1994 (*Mon.* du 19 mai, p. 13.601), le Ministre de la justice leur enjoint de ne pas reconnaître une répudiation mettant en cause un conjoint bipatride, à la fois belge et ressortissant d'un État qui admet cette institution. Il estime que l'intéressé doit être considéré uniquement comme belge, conformément à ce que permet l'article 3 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930.

Le texte complète sur ce point la circulaire du 13 mars 1980, selon laquelle la répudiation ne peut être éventuellement reconnue que si elle est admise par le statut personnel des deux époux. L'officier de l'état civil doit donc toujours refuser de reconnaître une répudiation, même consentie, si l'une des parties est belge ou ressortissante d'un État qui n'admet pas ce mode de dissolution du mariage.

Il s'agit là d'une règle dépourvue de nuance, mais elle ne s'adresse qu'à l'officier de l'état civil ; la situation peut toujours être appréciée par les tribunaux, si les époux ou l'un d'eux le désirent. Pourquoi des personnes établies durablement dans un pays ne pourraient-elles pas, quelle que soit leur nationalité, y divorcer valablement de commun accord selon les règles qui y sont en vigueur ? La Cour d'appel de Bruxelles a admis, dans un arrêt du 17 décembre 1974 (*J.T.*, 1975, 279), l'efficacité en Belgique d'une répudiation consentie intervenue entre époux belges de confession israélite et sanctionnée par le tribunal rabbinique de Haïfa. Elle s'explique minutieusement sur l'absence de fraude à la loi belge, en constatant que les époux étaient installés en Israël en qualité d'immigrants au jour de leur divorce. Elle estime en outre que l'ordre public international belge n'est pas heurté par le divorce qui peut être assimilé à notre divorce par consentement mutuel, les conditions d'âge des époux et de durée du mariage, de même que l'obligation de régler préalablement les droits patrimoniaux n'étant pas suffisamment essentiels à l'ordre moral, politique ou économique établi en Belgique pour y constituer des principes d'ordre public international. De même, la Cour d'appel d'Anvers reconnaît la répudiation avec compensation faite au Maroc par un Belge converti à l'Islam, en constatant que les époux n'ont pas tenté d'éluder l'application de la loi belge et d'obtenir au Maroc un divorce qui n'aurait pas été admis en Belgique (30 novembre 1982, *R.D.E.*, 1983, 59).

14. *Les effets du divorce*

Dans son arrêt du 16 juin 1994 (*Rev. not. b.*, 1994, 397, concl. E. LIEKEN-DAEL ; *R.T.D.F.*, 1994, 505, obs. M. FALLON ; *J.L.M.B.*, 1995, 509, obs. M. LIÉNARD-LIGNY), la Cour de cassation statue sur la loi applicable à deux demandes relatives aux rapports entre époux divorcés, tous deux de nationalité italienne. Outre le droit de se maintenir dans l'immeuble affecté au logement familial pendant le mariage (a), l'ex-épouse prétendait obtenir une pension alimentaire, bien que le divorce ait été prononcé sur la base de la loi belge, aux torts réciproques des parties (b). Si l'intérêt de l'ex-épouse était de voir appliquer la loi italienne, solution consacrée par l'arrêt attaqué, celui du demandeur en cassation était d'obtenir que la loi belge soit reconnue compétente. D'une part, en effet, le droit belge ne contient aucune disposition relative à l'occupation de ce qui fut le logement familial après le prononcé du divorce. Par contre, l'article 6, 6, de la loi italienne

du 6 mars 1987 permet au juge de se prononcer sur ce point. D'autre part, si la loi belge lie l'octroi éventuel d'une pension alimentaire aux causes pour lesquelles le divorce a été prononcé, l'article 5 de la loi italienne précitée ne se fonde pas sur les torts des ex-époux mais permet au juge d'allouer une pension à celui d'entre eux qui ne jouit pas de revenus suffisants et ne peut, pour des raisons objectives, se les procurer.

a) En ce qui concerne le droit éventuel pour l'ex-épouse d'occuper après le divorce l'immeuble ayant servi de logement à la famille et appartenant au demandeur en cassation, la Cour refuse l'application du droit belge en tant que *lex rei sitae*. Elle estime que cette prétention ne peut s'expliquer que par l'état de mariage antérieur des parties et des effets personnels que produisait ce mariage et en déduit qu'elle est de la compétence de la loi nationale des ex-conjoints (voy. *supra*, n° 8).

b) La demande de pension alimentaire devait, selon le demandeur, être soumise à la loi belge en tant que loi sur la base de laquelle le divorce avait été prononcé. Ce rattachement peut se justifier par le lien qu'établit le droit belge entre les causes de divorce et l'octroi d'aliments à l'un des époux (voy. en ce sens : P. GRAULICH, *Principes de droit international privé*, n° 95 ; R. VANDER ELST, *Droit international privé*, t. I, p. 106 ; J. ERAUW, *Beginnselen van internationaal privaatrecht*, 177 et s.). C'est la solution retenue par l'article 8 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, non encore approuvée par la Belgique. Ce texte soumet à la loi appliquée au divorce « dans l'État contractant où celui-ci est prononcé ou reconnu, les obligations alimentaires entre époux divorcés et la révision des décisions relatives à ces aliments ». C'est aussi la solution qui semble prévaloir en droit international privé comparé (voy. : F. RIGAUX, « Rapport provisoire fait à l'Institut de droit international lors de sa session d'Helsinki sur 'La loi applicable aux effets du mariage après sa dissolution' », *Annuaire*, t. 61, I, 359).

La Cour de cassation approuve l'arrêt attaqué qui avait attribué compétence sur ce point à la loi italienne. Elle considère, comme à propos de la première prétention en litige, que la demande est étroitement liée aux effets personnels du mariage qui a uni les parties et relève dès lors de leur statut personnel. Elle consacre ainsi une tendance dominante en doctrine et en jurisprudence belges (voy. : V. TATON, « Les obligations alimentaires entre ex-époux », in *Relations familiales internationales*, 59 et les réf. cit.). Soulignons toutefois que la loi étrangère compétente est toujours évincée au nom de l'ordre public international belge, chaque fois qu'elle refuse des aliments qu'accorderait la loi belge à une personne divorcée résidant en Belgique (voy. not. : Bruxelles, 19 mars 1991, *Pas.*, 1991, II, 129 ; civ. Namur, 17 mai 1990, *R.T.D.F.*, 1991, 431 ; civ. Bruxelles, 26 novembre 1992, *R.T.D.F.*, 1993, 121) (Cette intervention de l'ordre public est également consacrée par la Cour de cassation française (16 juillet 1992, *Revue*, 1993,

269, obs. P. COURBE) à l'encontre de la loi marocaine, applicable en vertu de l'article 8 de la Convention de La Haye de 1973).

Le demandeur avait toutefois raison de prétendre à la compétence de la loi belge, mais il n'a pas invoqué le bon motif. Il aurait dû plaider cette application en raison du renvoi fait à la loi belge par le droit italien et, plus précisément par l'article 4 de la Convention de La Haye de 1973, qui consacre la compétence de la loi du pays de la résidence habituelle du créancier d'aliments, ou par son article 8 si le divorce, qui n'a pas été prononcé en Italie, y est reconnu. Cette convention, en vigueur en Italie depuis le 1^{er} janvier 1982, s'y applique indépendamment de toute condition de réciprocité, même si, comme en l'espèce, la loi compétente est celle d'un État non contractant.

La Cour de cassation soumet donc les deux prétentions litigieuses au statut personnel des parties. Il faut souligner que la Cour vise expressément leur statut d'ex-conjoints et ne suit pas, sur ce point, les conclusions de son avocat général qui lui suggérerait l'application de la loi des effets personnels du mariage (concl. *cit.*, n° 28). On peut trouver cette nuance importante pour trois raisons au moins. La solution proposée par Madame E. LIEKENDAEEL aboutissait à reconnaître au mariage une indissolubilité partielle dans le droit positif d'un État qui en a toujours admis la dissolution par divorce. Pour le Code civil belge, le divorce met fin au mariage et aux relations des époux en tant que tels ; leurs rapports ultérieurs sont organisés sous l'intitulé « Des effets du divorce ». En droit international privé, cette solution consistait à appliquer à des personnes divorcées une règle de conflit dont le présupposé n'englobe que des personnes mariées. Enfin, elle présentait l'inconvénient de figer définitivement la loi applicable aux rapports des parties au jour du prononcé du divorce, quelles que soient les circonstances qui modifient la loi applicable à leur statut personnel, inconvénient reproché à la solution qui consacre en la matière la compétence de la loi du divorce (voy. : F. RIGAUX et M. FALLON, t. II, n° 1046).

IV. — LA FILIATION

15. *La filiation hors mariage*

Depuis l'arrêt *Lakaye* (Cass., 20 mars 1941, *Pas.*, 1941, I, 91), la jurisprudence belge applique généralement la loi nationale de l'enfant à l'établissement de la filiation hors mariage (voy., sur l'ensemble du problème : M. FALLON, « La filiation internationale : Problèmes nouveaux, solutions nouvelles », in *Relations familiales internationales*, 87, et en jurisprudence, voy. not. : Liège, 5 novembre 1990 et 29 avril 1991, *R.T.D.F.*, 1992, 363, pour l'action en recherche de paternité ; Mons, 25 juin 1991, *Pas.*, 1991, II, 177 ; Bruxelles, 28 mai 1991, *Pas.*, 1991, II, 166 ; civ. Liège, 9 janvier 1992,

R.T.D.F., 1992, 397, et 12 juin 1992, *R.T.D.F.*, 1992, 407, pour la reconnaissance). Cette loi détermine si, et à quelles conditions, la filiation peut être établie et notamment si la reconnaissance doit ou non être homologuée par le tribunal (civ. Liège, 9 janvier 1992 et 12 juin 1992, préc. ; civ. Liège, 24 septembre 1992, *R.T.D.F.*, 1992, 410).

Ce rattachement se heurte toutefois à un certain nombre d'inconvénients (voy. : N. WATTÉ et A.-Ch. VAN GIJSEL, « La loi applicable à l'établissement de la filiation biologique », *R.T.D.F.*, 1990, 293, n^{os} 41 et s.) et notamment au problème posé par l'impossibilité de déterminer la nationalité de l'enfant lorsque celui-ci n'en a pas encore ou qu'elle dépend du lien de filiation qu'il s'agit d'établir. Dans ce cas, le cercle vicieux ne peut être évité que par application de la loi de l'auteur. C'est la solution qu'adopte notamment le tribunal civil de Liège (2 juin 1992, *R.T.D.F.*, 1992, 400) dans une hypothèse où la reconnaissance concernait un enfant conçu mais non encore né.

Le droit étranger peut décliner la compétence qui lui est attribuée et la renvoyer à la loi belge ou à une loi tierce. Ainsi, le tribunal civil de Liège, dans sa décision précitée du 2 juin 1992 accepte le renvoi fait par la loi française, loi nationale de l'auteur de la reconnaissance, à la loi belge, loi nationale de la mère. Le renvoi devrait d'ailleurs être assez fréquent en la matière et être constaté chaque fois que la règle de conflit belge aboutit au droit de l'un des nombreux États qui soumettent l'état des personnes à la loi de leur domicile, déclarent applicable la loi de l'auteur ou contiennent une règle de conflit alternative permettant de choisir, parmi plusieurs lois, celle qui permet l'établissement du lien (voy. sur ce point : M. FALLON, *ét. cit.*, n^{os} 11 et 12).

L'exception d'ordre public a été pendant longtemps invoquée pour faire obstacle à l'application de lois étrangères plus favorables que la loi belge à l'établissement du lien. La Cour de cassation avait, dans l'arrêt *Vigouroux* (4 mai 1950, *Pas.*, 1950, I, 624) refusé d'évincer à ce titre la loi française qui rendait imprescriptible l'action en recherche de maternité naturelle et, dans l'arrêt *Swartebroecx* (27 février 1986, *J.T.*, 1987, 52, obs. N. WATTÉ), la loi italienne qui permettait, plus largement que la loi belge, l'établissement de la filiation adultérine.

Depuis la loi du 31 mars 1987, l'exception est invoquée à l'encontre de lois plus prohibitives que la loi belge, celle-ci risquant « de prendre désormais figure de loi modèle pour le législateur étranger » (M. FALLON, *ét. cit.*, n^o 41). La Cour de Mons, dans son arrêt du 25 juin 1991, précité, considère toutefois que le délai préfix de deux ans imparti par le droit français pour l'action en recherche de paternité intentée par la mère de l'enfant ne heurte pas notre ordre public, contrairement à la décision prise sur ce point par le tribunal de Charleroi (12 janvier 1990, *J.T.*, 1990, 662). Ce qui semble ne pouvoir être toléré, c'est l'interdiction d'établir la filiation. Ainsi, le tribu-

nal civil d'Anvers (6 mai 1992, *R.G.D.C.*, 1994, 77) écarte la loi turque et le tribunal civil de Bruxelles (16 décembre 1992, *R.T.D.F.*, 1993, 444) la loi marocaine parce qu'elles ne permettent pas la reconnaissance d'un enfant adultérin et on peut penser qu'il en sera de même pour les lois qui prohibent ou ignorent, comme les droits maghrébins, le lien de filiation en dehors du mariage.

Cette intervention de l'ordre public a été consacrée en France, à propos du droit tunisien, par la Cour de cassation dans un arrêt du 10 février 1993 (*Revue*, 1993, 620, obs. J. FOYER). La Cour fait expressément référence à son arrêt du 3 novembre 1988 (*Revue*, 1989, 495, obs. J. FOYER), selon lequel les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas, en principe, contraires à la conception française de l'ordre public international. Introduisant, en droit international privé français, la notion allemande d'*Innenbeziehung*, l'arrêt de 1993 fonde la contrariété de la loi tunisienne à l'ordre public par les liens existant en l'espèce entre la situation et l'ordre juridique français. La mise en œuvre de l'exception d'ordre public ne peut en effet être justifiée par une simple comparaison de la loi étrangère et de la loi belge. Elle ne peut l'être que par le degré d'insertion de la relation envisagée dans l'ordre juridique du for et la gravité des effets qu'y produirait la loi étrangère (v. : F. RIGAUX, t. I, n^{os} 515 et s. ; M. FALLON, *ét. cit.*, n^o 43).

La tendance à considérer la loi belge du 31 mars 1987 comme une sorte de loi modèle pour le législateur étranger apparaît clairement dans les termes du pourvoi pris par le Procureur général contre un arrêt rendu par la Cour d'appel de Gand, le 23 septembre 1991, à propos de la maxime *mater semper certa est*. La Cour avait homologué l'adoption plénière d'un enfant dont la mère avait souhaité conserver l'anonymat et décidé, pour atteindre ce résultat, d'accoucher en France, pays dont la législation lui permettait de ne pas voir figurer son nom dans l'acte de naissance. Selon le pourvoi, « le principe général de droit *mater semper certa est* actuellement considéré par le législateur comme étant essentiel pour l'ordre moral, politique et économique belge ». La Cour de cassation rejette le pourvoi en relevant notamment que le Code civil belge prévoit expressément, dans ses articles 313 et 314, le cas où le nom de la mère ne figure pas dans l'acte de naissance. Elle en déduit, à juste titre, que le droit belge n'exclut pas l'existence d'actes de naissance dressés sans cette mention (29 janvier 1993, *Pas.*, 1993, I, 121).

16. La filiation adoptive

a) L'admissibilité et les conditions de fond

Depuis la loi du 27 avril 1987, les § 1 à 3 de l'article 347 du Code civil expriment l'objectif qu'a eu le législateur de faciliter au maximum l'adop-

tion des enfants de moins de quinze ans. La loi applicable est en principe la loi nationale de l'adoptant ou des adoptants (§ 1 a), c'est-à-dire en pratique la loi belge dans la majorité des cas. La loi belge s'applique également à l'admissibilité et aux conditions de fond de l'adoption si les adoptés sont de nationalité différente et que leurs lois personnelles admettent toutes deux l'institution (§ 1 b). Sinon, la loi belge s'applique encore pour permettre l'adoption simple d'un enfant né en Belgique ou y résidant depuis deux ans au moins, par une personne qui y réside depuis cinq ans (§ 1 c). La loi nationale de l'enfant à adopter intervient uniquement pour déterminer les personnes qui doivent consentir à son adoption et les modalités de ce consentement (§ 3).

Si la personne à adopter est âgée de plus de quinze ans, la règle ancienne subsiste et chacune des parties doit satisfaire aux conditions de son statut personnel (§ 2) (sur la loi de 1987, v. not. : P. GRAULICH, « Conflits de lois en matière d'adoption », *Répertoire notarial*, t. XV, L.5 ; M. VERWILGHEN et autres, *L'adoption internationale en droit belge*, Bruylant, 1991 ; C. DEBROUX, « La réforme du droit international privé de la filiation adoptive », *J.T.*, 1988, 293 ; K. LENAERTS et K. GRIMONPREZ, « De adoptieve afstamming in het international privaatrecht », *R.G.D.C.*, 1989, 449 et 1990, 5 ; J. ERAUW, « De internationale adoptie », in SENAEVE, *Adoptie*, ACCO, 1990, 255).

L'âge de la personne à adopter présente donc une importance très grande et la question se pose de savoir si l'acte passé alors que l'enfant avait moins de quinze ans peut être homologué s'il a dépassé cet âge entre-temps. Pour la Cour d'appel de Gand (11 mai 1992, *T.G.R.*, 1992, 3), c'est au jour de l'acte que l'exigence d'âge doit être remplie pour entraîner l'application du § 1 de l'article 344. La doctrine est généralement dans ce sens (v. not. : C. DEBROUX, *ét. cit.*, n° 24 ; M. VERWILGHEN et autres, *op. cit.*, p. 49-53). Ainsi que le fait observer P. GRAULICH (*op. cit.*, n° 7), le droit interne fournit sur ce point des indications apparemment contradictoires. D'une part en effet, si l'adopté atteint l'âge de quinze ans entre l'acte et l'homologation, son consentement personnel est requis (Cass., 22 février 1979, *J.T.*, 1979, 540). D'autre part, l'article 368, § 2 du Code civil permet l'adoption plénière d'enfants mineurs au jour de l'acte, même s'ils atteignent la majorité en cours de procédure. Il faut donc constater que l'on retient toujours « le moment le plus favorable aux intérêts de l'entant ». Appliqué dans le présent problème, cela conduirait à s'en tenir à l'âge de l'adopté au jour de l'acte pour apprécier s'il peut ou non bénéficier de la règle réservée aux moins de quinze ans.

Quelle que soit la règle de conflit utilisée, le droit qu'elle désigne ne sera appliqué dans ses dispositions internes que si ses règles de droit international privé ne renvoient pas la compétence à la loi belge. Dans un arrêt du 4 novembre 1993, la Cour de cassation consacre le renvoi fait de la loi amé-

ricaine, loi nationale de l'enfant, compétente pour le consentement à donner en ce qui le concerne, à la loi belge de son domicile (*Bull.*, 1993, 94 ; *J.L.M.B.*, 1994, 7 ; *R.T.D.F.*, 1994, 494, obs. M. FALLON ; *R.G.D.C.*, 1994, 397, obs. L. BARNICH ; *Tijds. not.*, 1994, 454, obs. WAUTERS-LAMBEIN). En l'espèce, l'enfant était né en Belgique et n'avait jamais eu de domicile aux États-Unis. Or, la règle américaine qui départage la compétence législative des États fédérés attribue compétence à la loi du domicile. Ainsi que le relève L. BARNICH, dans sa note précitée, le renvoi était dès lors la seule solution possible. Le tribunal civil de Buges admet également le renvoi à propos de l'adoption d'un irlandais de plus de quinze ans, de sa loi nationale à la loi belge de son domicile (7 juin 1994, *Tijds. not.*, 1994, 457).

b) *Le consentement à l'adoption*

La loi nationale de l'adopté désigne les personnes habilitées à consentir à son adoption et détermine les modalités de ce consentement (article 344, § 3).

1) *Les personnes habilitées à consentir*

Si la loi de l'enfant ne contient aucune disposition sur ce point, il est évident que l'exception apportée par le texte à la compétence de la loi de l'adoptant ne peut jouer et qu'il faut revenir à la règle générale. Des parents marocains ou algériens doivent donc être appelés à donner leur consentement à l'adoption de leur enfant de même nationalité sur la base de l'article 348 du Code civil belge, bien que leur loi nationale ignore l'institution de l'adoption. Par contre, si la loi de l'adopté connaît cette institution mais refuse, dans certaines circonstances aux parents le droit d'y consentir, leur consentement n'est pas requis. Ainsi, le tribunal de la jeunesse de Bruxelles a-t-il appliqué l'article 101 du Code soviétique du mariage et de la famille, qui prévoit que l'adoption peut intervenir sans le consentement des auteurs de l'enfant s'ils ne vivent plus avec lui depuis plus d'un an et n'ont plus participé à son éducation et à son entretien (14 janvier 1988, *J.T.*, 1989, 751).

Un problème particulier s'est posé devant le tribunal de la jeunesse de Bruxelles à propos de l'adoption d'un enfant chilien, né de père inconnu et abandonné au sens de la législation chilienne. La puissance parentale avait été transférée aux adoptants par jugement et c'est à ces derniers que la mission de consentir à l'adoption est dans ce cas attribuée par l'article 264 de la loi chilienne n° 76/3 sur l'adoption. Le tribunal admet la conformité de cette disposition à l'ordre public belge en se référant à la loi belge du

20 mai 1987 sur l'abandon d'enfants mineurs, loi dont la finalité est identique à celle de la loi chilienne (6 septembre 1989, *J.T.*, 1990, 260).

1) *Modalités et forme de consentement*

L'article 344, § 3 soumet à la loi nationale de l'adopté « les modalités » du consentement. Faut-il inclure, parmi ces modalités la forme que doit revêtir le consentement ou exiger qu'il soit exprimé, soit en la forme authentique, soit devant le juge de paix du domicile des intéressés, en application de l'article 349 du Code civil belge ?

Ceci pose la question plus générale de la loi applicable à la forme en matière de création de la filiation adoptive. L'article 344 ancien prévoyait expressément que cette création n'était permise en Belgique que « dans des formes prévues par le présent Code », excluant ainsi toute application alternative de la règle *Locus regit actum*. Ces termes, qui figuraient encore dans le projet de la loi de 1987 au § 2 de l'article 344, ont été supprimés par le législateur qui les a estimés « superflus », pensant à tort que la compétence exclusive de la loi belge sur ce point « allait de soi » (v. : *Doc.*, Sénat, sessions 1985-86, n° 256-2, p. 44). Dans le silence de la loi actuelle, on peut considérer que les formes de l'adoption réalisée en Belgique peuvent être ou bien celles de la loi belge, ou bien celles de la loi qui régit le fond de l'acte. On peut au contraire considérer que les travaux préparatoires permettent d'ajouter à la loi le texte que le législateur en a omis intentionnellement, mais par erreur. Cette dernière attitude est adoptée par une doctrine quasi unanime. La Cour de cassation n'a, jusqu'ici, pas été appelée à trancher le problème, qui ne paraît pas avoir été débattu devant les juridictions de fond. Il faut rappeler, à cet égard, que, dans la grande majorité des cas, l'acte concerne des Belges qui souhaitent adopter un enfant étranger âgé de moins de quinze ans et que la loi belge est donc applicable au fond. C'est précisément à propos du consentement, souvent soumis à une loi étrangère, que le problème peut se poser le plus fréquemment.

La question aurait pu être évoquée devant la Cour d'appel de Gand, saisie de l'homologation d'une adoption, par des époux belges, de deux enfants néerlandais, âgés de plus de quinze ans. L'article 228, 1d du NBW n'exigeait pas le consentement des parents mais leur donnait le droit de s'opposer à l'adoption. En l'espèce, le père avait exprimé son consentement par acte sous seing privé, forme insuffisante selon le premier juge, et l'avait personnellement réitéré devant la Cour. Celle-ci constate que l'article 349 du Code civil belge ne vise pas la non-opposition, laquelle ne doit pas, dès lors, obéir à une forme déterminée. Elle ne s'explique pas sur l'application qu'elle fait de la loi belge, soit en niant le caractère alternatif de la règle *locus regit actum* en la matière, soit en excluant le problème de la forme des « modalités » du consentement dans l'article 344, § 3.

c) *L'ordre public et la Convention européenne des droits de l'homme*

La loi compétente peut évidemment être écartée si son application heurte l'ordre public international belge. L'article 344 ancien du Code civil prescrivait, dans toutes les hypothèses de divergence de nationalité entre adoptant et adopté, la solution dite distributive ou du cumul limitatif, aujourd'hui limitée aux adoptions de personnes de plus de quinze ans. Cette application des deux lois personnelles aboutit en réalité au cumul des dispositions les plus restrictives de chacune d'elles et rend souvent l'adoption impossible. La jurisprudence, confrontée à de nombreux cas où la loi nationale de l'une des parties ignorait l'adoption ou ne l'admettait pas en l'espèce avait tenté de contourner cette solution par le mécanisme de l'adaptation ou par l'exception d'ordre public (v. les réf. cit. par F. RIGAUX et G. VAN HECKE, *R.C.J.B.*, 1991, 177). Cette ancienne jurisprudence est aujourd'hui invoquée à propos de l'adoption de personnes de plus de quinze ans.

Dans une espèce soumise au tribunal civil de Bruxelles, l'ordre public était invoqué pour écarter l'application de la loi roumaine, loi qui n'admet l'adoption de majeurs qu'à titre exceptionnel, lorsque l'adopté a été élevé par l'adoptant. Le tribunal refuse, à juste titre, d'admettre la contrariété de cette loi à notre ordre public (16 novembre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, 527). En effet, la loi belge du 27 avril 1987 a voulu essentiellement favoriser au maximum l'adoption d'enfants de moins de quinze ans, à qui il importe de donner un foyer. Elle a, pour atteindre cet objectif de sauvegarde de l'enfance, modifié, uniquement en faveur des enfants en bas âge, la règle de conflit jusqu'alors en vigueur. Mais il est évident que le législateur n'a pas voulu faciliter toutes les adoptions et a même entendu éviter que l'institution soit trop aisément utilisée pour tourner les dispositions relatives à l'immigration (v., pour un refus d'homologuer une adoption considérée comme étant motivée uniquement par le désir d'éviter à l'adopté étranger d'être expulsé de Belgique : civ. Tongres, 15 janvier 1992, *R.G.D.C.*, 1993, 173). Il a donc maintenu expressément la solution distributive antérieure pour les personnes de plus de quinze ans et accepté d'empêcher ainsi, dans un certain nombre de cas, leur accès à l'adoption (v. : P. GOTHOT, note à la *Revue*, 1989, 192). Il paraît abusif d'utiliser l'ordre public pour corriger un résultat dont le législateur a été pleinement conscient et qu'il n'a pas voulu éviter.

Le tribunal civil de Gand, par contre, invoque, non pas l'ordre public mais la Convention européenne des droits de l'homme pour écarter la loi néerlandaise qui ne lui aurait pas permis d'admettre l'adoption d'un Néerlandais majeur par son beau-père, de nationalité belge (5 mars 1992, *R.W.*, 1992-93, 1099). Il considère que le refus d'homologuer cette adoption serait contraire aux articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme car il constituerait une discrimination basée à la fois sur l'âge et sur la nationalité. L'adoption aurait en effet été possible si l'adoptant avait

eu moins de quinze ans ou s'il avait été belge (v. sur ce point : K. LENAERTS, *ét. cit.*, n° 37). A supposer qu'un droit à l'adoption puisse être déduit de l'article 8, la différence de traitement incriminée a été voulue par le législateur, qui en a clairement expliqué les raisons. Celles-ci sont-elles objectives et raisonnables et le moyen utilisé est-il proportionné au but visé ? Le tribunal avait évidemment le droit d'apporter une réponse négative à ces questions, mais on peut penser que l'espèce qui lui était soumise était particulièrement favorable à une telle prise de position. L'adoptant voulait adopter le fils de son épouse, qu'il avait élevé comme son propre enfant, dans le but de consacrer juridiquement, après le décès de la mère, un lien effectif mais sans existence légale. Mais que déciderait la Cour de Strasbourg ? Dans l'arrêt *Bouamar c. la Belgique* (29 février 1982, Série A, n° 129), elle a estimé que les mesures de placement imposées au mineur délinquant au lieu de la détention préventive dont la légalité est contrôlée à bref délai lorsqu'il s'agit d'un majeur, ne constituent pas une discrimination basée sur l'âge, prohibée par l'article 14. Elle a vu, dans le caractère protecteur de la procédure appliquée au mineur, une justification objective et raisonnable de cette différence de traitement. Ne prendrait-elle pas ici la même décision ?

En ce qui concerne une éventuelle discrimination fondée sur la nationalité, il faut d'abord constater en outre, avec M. FALLON, que la compétence donnée par la règle de conflit à la loi nationale n'en constitue pas une en soi, car la règle de conflit est « neutre » et n'exprime pas une volonté de privilégier le national par rapport à l'étranger (« Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé », *Mélanges F. Rigaux*, 188, spéc. n° 28). Cela ne signifie toutefois pas que la loi nationale compétente devrait être appliquée si elle refuse à l'étranger un droit accordé à un Belge et consacré par la Convention (V. sur ce point : D. COHEN, « La convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Revue*, 1989, 451 et P. MAYER, « La convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Revue*, 1991, 651).