

Le Code de droit international privé et le droit familial : le grand nettoyage de printemps

SYLVIE SAROLÉA

*Avocate au barreau de Nivelles
Assistante à l'U.C.L.*

Table des matières

A. PRINCIPES DIRECTEURS

1. *Primauté du droit international*
2. *Résidence habituelle versus nationalité*
3. *Autonomie de la volonté*
4. *Conflits de nationalités*

B. RÈGLES GÉNÉRALES

1. *Définitions*
2. *Règles déterminant la compétence internationale*
3. *Règles déterminant la reconnaissance et l'exécution des décisions prononcées à l'étranger*
4. *Règles de conflit de lois*
 - Le principe
 - Les exceptions
5. *Dispositions transitoires*

C. L'ÉTAT ET LA CAPACITÉ DES PERSONNES

1. *La capacité*
 - Compétence internationale
 - Droit applicable
2. *La tutelle, la protection des incapables et l'autorité parentale*
 - Compétence internationale
 - Droit applicable
3. *L'identification*
 - Compétence internationale
 - Droit applicable
 - Reconnaissance
4. *L'absence*
 - Compétence internationale
 - Droit applicable

D. LES RAPPORTS FAMILIAUX

1. *Les rapports de couple*

- Règles générales régissant la compétence internationale
 - L'établissement du lien
 - Compétence internationale
 - Droit applicable
 - La dissolution du lien
 - Compétence internationale
 - Droit applicable
 - Reconnaissance
2. *Les rapports entre parents et enfants : la filiation biologique*
- Compétence internationale
 - Droit applicable
3. *Les obligations alimentaires*
- Compétence internationale
 - Droit applicable

E. CONCLUSIONS

1. — Le nouveau Code de droit international privé est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2004, au début de l'automne. C'est pourtant à un grand nettoyage de printemps qu'il s'apparente. Il balaye certains concepts et quelques méthodes poussiéreuses, il apporte de l'oxygène et aère cette matière complexe qu'est le droit international privé, il range et ordonne des textes éparpillés et permet de raisonner sur des bases plus claires, plus aisément utilisables et qu'il a voulues davantage adaptées à la société actuelle.

Le droit international privé est souvent qualifié de matière nébuleuse. L'appréhension qu'il suscite est liée au fait que les litiges internationaux appellent une réflexion distincte du raisonnement juridique classique puisque la seule présence d'éléments d'extranéité suffit à différer la résolution du litige pour n'aborder d'abord que des questions de compétence internationale et d'applicabilité des normes. Elle est aussi certainement due à l'éparpillement des sources des règles de droit international privé que l'on retrouve tant en droit international qu'en droit interne. Au sein du droit interne, le désordre s'accroissait puisque les règles de droit international privé se situaient aussi bien dans le Code civil, le Code judiciaire qu'au sein d'une série fort longue de lois spéciales.

C'est à cet éparpillement, à l'ancienneté des normes dont certaines dataient du début du XIX^e siècle et à l'opacité de certaines règles d'origine essentiellement jurisprudentielle⁽¹⁾ qu'a voulu remédier le législateur en adoptant, le 16 juillet 2004, une loi portant le *Code de droit international*

⁽¹⁾ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2003-2004, n° 51-1078, Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M^{ess} Valérie Déom et Liesbeth Van der Auwera le 23 juin 2004, n° 1078/005 (ci-après Rapport général), p. 16.

privé⁽²⁾ (ci-après, le Code). L'exposé des motifs indique que les principales caractéristiques du Code sont l'accroissement de la transparence «en augmentant la clarté et la prévisibilité», la modernité des règles et son «esprit internationaliste»⁽³⁾. Suivant l'exemple des droits suisse, allemand ou italien, la Belgique s'est dotée d'un corps unique de règles interne de D.I.P. Le travail de recherche et de rédaction a été confié par le ministre de la Justice aux professeurs Johan Erauw, de l'Université de Gand, et Marc Fallon, de l'Université catholique de Louvain. Avec d'autres spécialistes de la matière, ils ont proposé une codification d'ensemble du droit international privé. La gestation aura duré deux ans⁽⁴⁾. Après l'avis de la section de législation du Conseil d'État et après avoir été discutée à la Chambre⁽⁵⁾ et au Sénat⁽⁶⁾, la proposition de loi a été adoptée avant les vacances parlementaires.

2. — Le Code se compose de cent quarante articles, répartis en treize chapitres. Le chapitre I contient des dispositions générales. Il définit certains termes et fixe les règles de conflit de juridictions et de conflit de lois applicables lorsque des normes plus spécifiques ne sont pas prévues pour une matière particulière. Les chapitres II à VI traitent de la personne et des relations familiales. Le chapitre VII régit les successions. Le régime des biens fait l'objet du chapitre VIII et le chapitre IX est consacré aux obligations. Viennent ensuite les personnes morales (chapitre X), l'insolvabilité (chapitre XI) et le trust (chapitre XII). Le Code se termine par les dispositions finales qui sont, pour l'essentiel, les règles transitoires et les articles régissant l'entrée en vigueur de la loi (chapitre XIII). Une circulaire administrative accompagne l'entrée en vigueur du Code⁽⁷⁾. Elle a été publiée au *Moniteur belge* le 28 septembre 2004. Elle précise qu'elle ne remplace pas toutes les circulaires précédentes dont certains passages

(2) Loi du 16 juillet 2004 portant code de droit international privé, *M.B.*, 27 juillet 2004.

(3) Rapport général, p. 6 et 16-17.

(4) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2001-2002, n° 2-1225/1.

(5) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2003-2004, n° 3-27, et notamment proposition de loi portant le Code de droit international privé, sess. extr., 7 juillet 2003, n° 27/1; Rapport fait au nom du comité d'avis pour l'égalité entre les femmes et les hommes par M^{mes} Vienne et Nyssens, 4 mars 2004, n° 27/5; Rapport fait au nom de la Commission de la justice par M^{me} Nyssens et M. Willems, 20 avril 2004, n° 27/7; Rapport fait au nom de la commission de la Justice par M^{me} Nyssens et M. Willems, 30 juin 2004, n° 27/11, Discussion générale et discussion des articles, 28 avril 2004. *Ann. parl.*, n° 3-53, Discussion générale et discussion des articles, 1^{er} juillet 2004, *Ann. parl.*, n° 3-68.

(6) *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2001-2002, avant-projet de loi et avis du Conseil d'État, n° 2-1225/1, 2001/2002, annexe, pp. 202-293.

(7) Circulaire du 23 septembre 2004 relative aux aspects de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé concernant le statut personnel (ci-après la «Circulaire»). Le texte est reproduit dans cette livraison, p. .



restent applicables. Une nouvelle circulaire identifiant ceux-ci est annoncée. Si la circulaire est à l'évidence un outil précieux pour le praticien, il faut être attentif au fait qu'elle propose certaines interprétations du Code, par exemple en matière de répudiation⁽⁸⁾, qui ne sont pas nécessairement partagées par tous les commentateurs du texte. En tant qu'elle explique, sans prendre parti, la circulaire ne pose aucune difficulté; son utilisation ne peut par contre se faire qu'en lui réservant un regard critique lorsqu'elle interprète le texte.

3. — L'analyse et la présentation proposées suivent les dispositions du Code et traitent successivement :

- des personnes physiques, titre sous lequel sont traités l'état, la capacité, l'autorité parentale et la tutelle, les noms et prénoms et l'absence;
- des relations matrimoniales, matières qui recouvrent la promesse de mariage, le mariage, la dissolution du mariage et la séparation de corps, la relation de vie commune;
- de la filiation, visant les filiations biologique et adoptive;
- les obligations alimentaires.

Les régimes matrimoniaux et les successions font l'objet d'une étude séparée de Philippe De Page.

Pour chacun de ces thèmes, l'on traite la question de la compétence internationale et ensuite les règles de conflit de lois. Le cas échéant, lorsque des règles spécifiques sont prévues, la reconnaissance et l'exécution de décisions prises à l'étranger sont également traitées.

La présente contribution comporte quatre parties. La première aborde certaines questions générales et identifie quelques grandes tendances caractérisant le Code (A.). La deuxième partie est consacrée au chapitre I du Code, aux règles générales qu'il institue et au chapitre XIII qui gouverne son entrée en vigueur (B.). La troisième partie concerne la personne (C.) et la quatrième les relations familiales (D.).

A. — Principes directeurs

1. — *Primauté du droit international*

4. — Dès qu'un litige comporte un élément d'extranéité (nationalité étrangère, domicile ou résidence à l'étranger, etc.), les règles de droit civil s'écartent pour laisser la place au droit international privé. La présence de cet élément conduit le juge et le praticien à s'interroger sur la compétence

⁽⁸⁾ Voy. *infra* n° 58.

internationale du juge saisi et sur le droit qu'il appliquera au cas qui lui est soumis. Dans la mesure du possible, les États tentent d'adopter des règles communes. La codification du droit international privé s'opère au niveau international au sein de diverses enceintes : la Conférence de La Haye, le Conseil de l'Europe et, de plus en plus, l'Union européenne. Les règles adoptées en leur sein priment sur le droit interne qui s'applique à titre subsidiaire.

La résolution d'un litige international privé implique, dès lors, qu'il soit répondu aux questions suivantes.

Le juge belge est-il compétent? Existe-t-il une convention internationale contenant des règles de conflit de juridictions et applicable à la matière concernée? L'applicabilité d'un traité est fonction de ses champs d'application matériel, temporel et spatial. En cas de réponse positive, le traité prime sur le droit interne. À défaut, ce dernier s'applique.

Si le juge est compétent, quel droit appliquera-t-il au litige? Le même raisonnement s'impose en ce qui concerne les sources des règles de conflit de lois qui sont à rechercher d'abord en droit international et seulement, à défaut, en droit interne.

Le récent Code contient des règles de droit international privé interne. Son entrée en vigueur ne modifie en rien la primauté du droit international. L'article 2 le rappelle en soulignant que «sous réserve de l'application des traités internationaux, du droit de l'Union européenne ou de dispositions contenues dans des lois particulières, la présente loi régit, dans une situation internationale, la compétence des juridictions belges, la détermination du droit applicable et les conditions de l'efficacité en Belgique des décisions judiciaires et actes authentiques étrangers en matière civile et commerciale».

5. — Si l'on ne peut ici citer tous les actes internationaux applicables, l'on mentionne certains des plus importants d'entre eux dans le domaine du statut personnel et des relations familiales :

— Le Règlement de Bruxelles II⁽⁹⁾ et, depuis le 1^{er} mars 2005 le Règlement de Bruxelles IIbis⁽¹⁰⁾, prévoient des règles de compétence internationale directe et indirecte en matière familiale.

⁽⁹⁾ Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs, dit de Bruxelles II. Ce règlement est entré en vigueur le 1^{er} mars 2001.

⁽¹⁰⁾ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (*J.O.C.E.* n° L 338 du 23 décembre 2003, p.1).

Quant à leur applicabilité matérielle, Bruxelles II et Bruxelles IIbis contiennent des règles de compétence directe et indirecte, et non des règles de conflit de lois. Ils ne visent donc nullement à déterminer le droit applicable, mais uniquement à fixer des critères uniformes de compétence internationale et des règles régissant la reconnaissance et l'exécution des décisions. Alors que Bruxelles II s'appliquait à toutes les procédures civiles relatives au divorce, à la séparation de corps ou à l'annulation du mariage des époux et à la responsabilité parentale à l'égard des enfants communs des époux à l'occasion de ces litiges, Bruxelles IIbis étend son champ d'application aux matières relevant de la tutelle et de la responsabilité parentale en dehors de ces situations.

Le champ d'application dans l'espace de Bruxelles IIbis est large, de sorte que les règles prévues par le nouveau Code s'appliqueront rarement aux litiges conjugaux et aux affaires relatives à la responsabilité parentale. En ce qui concerne les litiges conjugaux, dès lors que le défendeur est un défendeur «communautaire» (parce qu'il a la nationalité d'un État membre de l'Union ou parce qu'il y réside), le règlement est la seule base juridique possible pour déterminer quel est le juge compétent. À l'inverse, si le défendeur n'est pas «communautaire», le droit interne du juge saisi peut être utilisé à titre subsidiaire pour lui permettre de fonder sa compétence internationale. En matière de responsabilité parentale, le droit interne peut, par contre, être invoqué si les règles de compétence internationale prévues par Bruxelles IIbis ne permettent pas de fonder la compétence du juge saisi.

- Le Règlement de Bruxelles I⁽¹¹⁾ prévoit des règles de compétence directe et indirecte en matière civile et commerciale. En matière familiale, il s'applique uniquement aux obligations alimentaires. Ce règlement n'est applicable que si le défendeur a son domicile sur le territoire d'un État membre.
- La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants⁽¹²⁾. La Convention de La Haye, qui vise à établir un mécanisme de coopération internationale, ne

http://europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/oj/dat/2003/l_338/l_33820031223fr00010029.pdf

Certaines de ses dispositions relatives à la coopération judiciaire sont déjà entrées en vigueur le 1^{er} août 2004.

⁽¹¹⁾ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (*J.O.C.E.* n° L 225 du 22 août 2002, p.13).

⁽¹²⁾ Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (dont la mise en œuvre en assurée en droit belge par la mise en place d'une nouvelle procédure judiciaire prévue aux articles 1322bis à octies du Code judiciaire).

<http://www.hcch.net/f/conventions/text28f.html>

s'applique que dans les rapports entre États contractants⁽¹³⁾. Les dispositions de la convention trouvent à s'appliquer chaque fois qu'un enfant ayant sa résidence habituelle dans un État contractant est déplacé illicitement ou retenu illicitement dans un autre État contractant.

2. — *Résidence habituelle versus nationalité*

6. — En matière de statut personnel et de droit familial, la règle de rattachement classique consistait à appliquer la loi nationale des personnes concernées. Cette règle se fondait sur l'application multilatérale de l'article 3, alinéa 3, du Code civil. Ce critère était censé assurer la pérennité du statut personnel, la nationalité présentant l'image et l'avantage d'une certaine constance. Il était, de plus, rare que les membres d'une même famille aient des nationalités différentes.

L'évolution de la société a changé la donne. La circulation accrue des personnes et l'acquisition plus aisée d'une nationalité autre que celle d'origine ont fragilisé la stabilité de la nationalité. Concomitamment, il est de plus en plus fréquent que les membres d'une même famille n'aient pas la même nationalité.

Le rattachement à la loi de la nationalité ne présentait plus les avantages qui avaient justifié son adoption. Il était de plus en plus mis en concurrence avec le facteur de la résidence habituelle. En droit belge, plusieurs lois spéciales avaient substitué le second au premier, parmi lesquelles la loi du 27 juin 1960 sur la loi applicable aux divorces internationaux qui consacrait l'application par les tribunaux belges de la loi belge dans la plupart des hypothèses. La jurisprudence avait également opté pour l'application de la loi de la résidence habituelle des époux en matière patrimoniale. À défaut de nationalité commune, le régime primaire⁽¹⁴⁾ était régi par la loi de la première résidence habituelle.

Le nouveau Code s'inscrit dans cette évolution et traduit «une approche nouvelle de la réglementation des rapports privés internationaux, qui relativise la portée du principe d'allégeance pour reconnaître l'importance du principe de proximité»⁽¹⁵⁾. Le principe est renversé : la loi de la

⁽¹³⁾ Une liste complète des États contractants est disponible sur le site de la Conférence de La Haye : http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php

À titre d'exemple, outre les membres de l'Union européenne : Afrique du Sud, Argentine, Australie, Burkina Faso, Canada, Chili, Colombie, Croatie, Équateur, États-Unis, Honduras, Hongrie, Islande, Israël, Mexique, Norvège, Paraguay, Pologne, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Suisse, Venezuela, Zimbabwe, etc.

⁽¹⁴⁾ Cass., 3^e ch., *Banque Sud belge c. I. et consorts*, 25 mai 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 938; Cass., 1^{re} ch., *Montanari c. Queru*, 16 juin 1994, *Pas.*, 1994, I., p. 603.

⁽¹⁵⁾ Rapport général, p. 17.

résidence habituelle devient la règle dans de nombreuses hypothèses alors que la loi de la nationalité n'est plus appliquée qu'à défaut de résidence habituelle commune. L'article 3, alinéa 3, qui consacrait le principe de l'application de la loi de nationalité, est abrogé.

L'exposé des motifs justifie cette modification par le fait que lorsque les personnes s'adressent aux juridictions belges, cela signifie qu'elles — ou du moins la partie défenderesse — résident en Belgique⁽¹⁶⁾. L'application de la loi de la résidence habituelle renforce l'égalité juridique dans un pays qualifié de «pays d'immigration» puisque environ huit pour-cent des résidents sont de nationalité étrangère. L'application du droit belge est également présentée comme favorisant l'intégration. Elle permet également de ne plus devoir appliquer, en Belgique, des règles provenant de pays où l'égalité entre les hommes et les femmes n'est pas assurée, en ce qui concerne le statut de la femme ou l'autorité à l'égard des enfants.

La loi nationale reste la référence en matière de nom, de mariage et de filiation. Par contre, elle cède la place à la loi de la résidence habituelle en ce qui concerne les effets du mariage, tant sur le plan personnel que patrimonial, les formes et les effets du divorce, la tutelle, la protection des mineurs et les créances alimentaires.

3. — *Autonomie de la volonté*

7. — Le Code est également influencé par le principe de l'autonomie de la volonté⁽¹⁷⁾. Ce principe signifie pour les personnes le droit, dans certains cas et à certaines conditions, de choisir le droit applicable à leurs relations⁽¹⁸⁾. Cette possibilité est notamment prévue par le Code en matière matrimoniale, de divorce et d'aliments.

Ce choix est limité. Ainsi, en matière successorale, il ne pourra porter atteinte à la réserve dont les héritiers bénéficient en application du droit successoral normalement applicable⁽¹⁹⁾. En ce qui concerne le divorce, il ne peut conduire les époux à choisir un droit tout à fait étranger à leur situation et qui ne serait ni le droit de leur nationalité ni celui de leur résidence⁽²⁰⁾.

⁽¹⁶⁾ Rapport général, p. 9 et 10.

⁽¹⁷⁾ Sur ce principe et son utilisation en droit international privé, voy. notamment J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

⁽¹⁸⁾ Rapport général, p. 10.

⁽¹⁹⁾ Article 79.

⁽²⁰⁾ Voy. *infra* n° 47.

4. — *Conflits de nationalités*

8. — Le Code rappelle le principe selon lequel «la question de savoir si une personne physique a la nationalité d'un État est régie par le droit de cet État»⁽²¹⁾. Cette norme de droit international coutumier est également inscrite à l'article 2 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité⁽²²⁾.

En matière de conflit de nationalité, le Code, comme la Convention précitée, distingue entre deux catégories de situations.

La première vise les hypothèses de conflit entre plusieurs nationalités, parmi lesquelles la nationalité belge. Le Code donne primauté à la nationalité belge⁽²³⁾. Cette primauté est systématique, alors que la Convention de La Haye la présentait comme une faculté : «Un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré par chacun des États dont il a la nationalité comme son ressortissant»⁽²⁴⁾. Une circulaire du ministre de la Justice du 27 avril 1994⁽²⁵⁾ avait déjà affirmé qu'une personne possédant, outre la nationalité belge, une autre nationalité serait exclusivement considérée comme belge. Cette circulaire n'avait toutefois pas force de loi. La Cour de cassation avait rappelé ce principe par un arrêt du 14 novembre 1997, écartant un moyen déduit du fait que la cour d'appel n'aurait pas pris en considération la nationalité américaine de l'enfant qui possédait aussi la nationalité belge⁽²⁶⁾. Une jurisprudence — certes fort minoritaire — s'était appuyée sur la Convention pour reconnaître la validité d'un mariage célébré entre une Belgo-marocaine et un Marocain au consulat de Maroc⁽²⁷⁾. De telles décisions ne pourront désormais plus être rendues⁽²⁸⁾, mais la primauté du droit international

⁽²¹⁾ Article 3, § 1^{er}.

⁽²²⁾ *M.B.*, 13 août 1939.

⁽²³⁾ Article 3, § 2.

⁽²⁴⁾ Article 3.

⁽²⁵⁾ Circulaire du ministre de la Justice du 27 avril 1994 complétant le circulaire du 13 mars 1980 modifiant les points II et III de la circulaire du 27 juin 1978 relative à certains problèmes concernant les étrangers.

⁽²⁶⁾ Cass., 1^{re} ch., 14 novembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 476 : «Attendu que, selon l'article 3 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité approuvée par la loi du 20 janvier 1939, sous réserve des dispositions de cette convention, un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré par chacun des États dont il a la nationalité, comme son ressortissant; Attendu que cette disposition ne subordonne à aucune condition la faculté pour le juge de considérer comme ressortissant belge celui qui a, entre autres, cette nationalité.»

⁽²⁷⁾ Civ. Liège, 28 juin 1991, *R.D.E.*, 1991, p. 336, obs. M.-Cl. FOBLETS.

⁽²⁸⁾ Article 3, § 2.



sur le droit interne permet de se prévaloir de la Convention de La Haye lorsque la nationalité en cause est celle d'un État contractant.

La seconde catégorie porte sur les autres cas. La méthode utilisée est casuistique, le Code donnant primauté «à la nationalité de l'État avec lequel, d'après l'ensemble des circonstances, cette personne possède les liens les plus étroits, en tenant compte, notamment, de la résidence habituelle». La Convention de La Haye prévoit une règle presque identique, permettant aux autorités du pays tiers de «reconnaître exclusivement, parmi les nationalités que possède un tel individu, soit la nationalité du pays dans lequel il a sa résidence habituelle et principale, soit la nationalité de celui auquel, d'après les circonstances, il apparaît comme se rattachant le plus en fait»⁽²⁹⁾.

Le Code règle aussi la question de la référence faite à la nationalité d'un réfugié, d'un apatride ou d'une personne dont la nationalité est indéterminée. Dans ce cas, la loi de la nationalité est remplacée par celle de la résidence habituelle⁽³⁰⁾

9. — Ces règles doivent être compatibles avec le droit international, et notamment avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes en cas de concours entre la nationalité belge et la nationalité d'un autre État membre de l'Union. Il est, dans ce cas, fait exception à la primauté automatique de la nationalité belge. Dans l'affaire *Carlos Garcia Avello c. Belgique*⁽³¹⁾, la Cour de justice a imposé aux autorités belges de tenir compte du nom tel qu'attribué dans un autre État membre, en l'occurrence l'Espagne. La Cour a répondu à la question préjudicielle qui lui était posée par le Conseil d'État que «les articles 12 [du Traité] et 17 [du Traité] doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, l'autorité administrative d'un État membre refuse de donner une suite favorable à une demande de changement de nom pour des enfants mineurs résidant dans cet État et disposant de la double nationalité dudit État et d'un autre État membre, alors que cette demande a pour objet que ces enfants puissent porter le nom dont ils seraient titulaires en vertu du droit et de la tradition du second État membre»⁽³²⁾. Les conséquences de cet arrêt sur le changement de nom seront examinées lorsque les règles applicables à l'identification seront étudiées.

⁽²⁹⁾ Article 5.

⁽³⁰⁾ Article 3, §§3 et 4. S'agissant des réfugiés, le Code applique le prescrit de l'article 12 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951; s'agissant des apatrides, il applique l'article 12 de la Convention de New York du 28 septembre 1954.

⁽³¹⁾ C.J.C.E., 2 octobre 2003, aff. C-148/2, *Carlos Garcia Avello c. Belgique*, *Rec.*, 2003.

⁽³²⁾ §45.

B. — Règles générales

10. — Le Code définit certaines notions, évitant ainsi que l'on doive recourir à des règles de conflit de lois pour déterminer le droit national au sein duquel ces définitions devront être trouvées (1).

Comme le faisait le Code judiciaire aux articles 635 et suivants et le Code civil en son article 15, le Code prévoit des règles de conflit de juridictions générales. Elles sont applicables dès lors qu'aucune norme internationale n'est applicable et qu'aucune disposition spécifique à une matière particulière n'a été prévue (2). Il en va de même en matière de règles de conflit de lois (3) et en ce qui concerne les règles gouvernant la reconnaissance et l'exécution des décisions prononcées à l'étranger (4). Pour chacune de ces trois catégories de règles, le système antérieur à l'entrée en vigueur du Code est rappelé avant de présenter celui-ci.

1. — Définitions

11. — L'article 4 du Code définit les notions de domicile et de résidence habituelle.

Pour une personne physique, le domicile est «le lieu où une personne physique est inscrite à titre principal, en Belgique, sur les registres de la population, sur les registres des étrangers ou sur le registre d'attente»⁽³³⁾. Cette définition est proche de celle que donne le Code judiciaire de la notion de «domicile», puisqu'il se réfère au lieu où la personne «est inscrite à titre principal sur les registres de la population». Par contre, elle est distincte de celle figurant à l'article 102 du Code civil, selon laquelle «le domicile de tout Belge, quant à l'exercice de ses droits civils, est au lieu où il a son principal établissement»⁽³⁴⁾.

La résidence habituelle se réfère au «lieu où une personne physique s'est établie à titre principal, même en l'absence de tout enregistrement et indépendamment d'une autorisation de séjourner ou de s'établir; pour déterminer ce lieu, il est tenu compte, en particulier, de circonstances de nature personnelle ou professionnelle qui révèlent des liens durables avec ce lieu ou la volonté de nouer de tels liens»⁽³⁵⁾. Il s'agit d'une notion de fait, comme en droit

⁽³³⁾ Article 4, §1^{er}, 1^o.

⁽³⁴⁾ La circulaire du 23 septembre 2004 précise dès lors que lorsque le Code modifie une disposition du Code civil qui fait référence à la notion de domicile, cette notion reste définie par l'article 102 de ce même code. Tel est le cas de l'article 128 du Code qui modifie l'article 48 du Code civil relatif à la transcription d'actes de l'état civil étrangers concernant des Belges.

⁽³⁵⁾ Article 4, §2, 1^o.



interne⁽³⁶⁾. Elle peut être établie par toutes voies de droit, par exemple par un contrat de location⁽³⁷⁾. La circulaire précise que les critères à prendre en considération sont «la concentration des intérêts de la personne, jointe à une certaine durée ou à une intention d'établissement stable». La résidence habituelle coïncidera souvent avec le domicile, mais pas nécessairement. Tel ne sera par exemple pas le cas si une personne domiciliée à l'étranger se marie en Belgique. Les autorités belges seront compétentes pour célébrer le mariage sur la base de sa résidence en Belgique⁽³⁸⁾.

2. — Règles déterminant la compétence internationale

12. — Les règles internes de conflit de juridictions qui étaient applicables avant l'entrée en vigueur du Code peuvent être présentées de manière schématique comme suit.

Il était possible d'agir en Belgique contre un Belge ou contre un étranger assimilé à un Belge en application de l'article 15 du Code civil. Cette disposition permettait, en tout hypothèse, de fonder la compétence internationale des tribunaux belges à l'égard d'un défendeur belge. Elle disposait que les Belges peuvent être attirés en Belgique pour les obligations contractées par eux à l'étranger même avec un étranger⁽³⁹⁾.

Agir en Belgique contre un défendeur étranger était possible sur la base des critères suivants :

- La prorogation exceptionnelle de compétence en vertu de la nationalité belge du demandeur : ce critère de compétence internationale, autrefois prévu par l'article 14 du Code civil, avait été abrogé par la loi du 15 décembre 1949. Il a toutefois survécu dans la jurisprudence en matière d'état des personnes. La justification de cette prorogation exceptionnelle était fondée sur la nécessité d'offrir aux Belges un for auquel l'on puisse soumettre toutes les questions relatives à leur état et leur capacité, questions régies par la loi belge en vertu de l'article 3, alinéa 3, du Code civil⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁶⁾ Ces deux définitions sont proches de celles figurant à l'article 36 du Code judiciaire.

⁽³⁷⁾ Rapport général, p. 29.

⁽³⁸⁾ Voy. *infra* sur le mariage n° 40.

⁽³⁹⁾ Cette disposition faisait l'objet d'une interprétation extensive qui permet d'englober dans le terme «obligation», les obligations contractuelles, comme les obligations légales (H. BORN, M. FALLON, «Chronique de jurisprudence : Droit judiciaire international», *J.T.*, 1987, p. 483, n° 92 et 1992, p. 430-431, n°s 106-108; H. BORN, M. FALLON, J.-L. VAN BOXSTAEL, «Droit judiciaire international. Chronique de jurisprudence 1991-1998», Larcier, coll. «Les dossiers du J.T.», n° 28, 2001, n° 293).

⁽⁴⁰⁾ Voy. les décisions citées par H. BORN, M. FALLON, *op. cit.*, 1992, p. 430, n° 106; plus récemment H. BORN, M. FALLON, J.-L. VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, 2001, n° 296, citant notamment : Civ. Bruxelles, 22 novembre 1991, *J.T.*, 1992, p.131 et *R.T.D.F.*, 1992, p.101.

- Le domicile, la résidence ou le domicile élu du défendeur en Belgique (article 635, 2°, du Code judiciaire) était le critère général de compétence internationale des tribunaux belges.
- Le critère du lieu de naissance ou d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande (article 635, 3°, du Code judiciaire) concernait par priorité les matières contractuelles et délictuelles, mais son application avait été étendue aux obligations créées par la loi.
- Le domicile ou la résidence du demandeur (articles 638 et 636 du Code judiciaire) était un critère subsidiaire n'intervenant qu'à défaut de tout autre chef de compétence internationale. L'article 636 tempérait l'article 638 en permettant au défendeur étranger de décliner *in limine litis* la compétence des tribunaux belges ou d'être présumé le faire en cas de défaut, s'il pouvait prouver que la même faculté était offerte aux Belges dans son pays. La preuve de la réciprocité incombait au défendeur qui devait produire des lois, des actes, des traités ou de la jurisprudence. Cette preuve, ainsi que la difficulté de trouver des règles «similaires» au droit belge, rendaient l'application de l'article 636 malaisée.

13. — Le Code reprend la règle usuelle de compétence internationale (et interne par ailleurs) fondée sur le domicile ou la résidence habituelle du défendeur. L'article 5, §1^{er}, dispose que «hormis les cas où la présente loi en dispose autrement, les juridictions belges sont compétentes si le défendeur est domicilié ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande». S'il y a plusieurs défendeurs, il suffit que l'un d'eux soit domicilié ou ait sa résidence habituelle en Belgique. Il y est fait exception s'il apparaît que «la demande [n'a] été formée que pour traduire un défendeur hors de la juridiction de son domicile ou de sa résidence habituelle à l'étranger».

Le Code permet également aux parties de faire élection de for devant les juridictions belges (prorogation volontaire de compétence internationale)⁽⁴¹⁾. Il est aussi prévu que la comparution devant le juge belge, à moins qu'elle n'ait pour objet de contester sa compétence internationale, fonde celle-ci. Cela signifie qu'à l'exception des hypothèses où la règle de compétence internationale s'impose au juge, sa compétence ne peut être contestée qu'*in limine litis*⁽⁴²⁾. Dans ces cas, le juge peut toutefois décliner sa compétence s'il apparaît que «le litige ne présente aucun lien significatif avec la Belgique»⁽⁴³⁾. Il est par ailleurs prévu que le juge vérifie d'office sa compétence internationale⁽⁴⁴⁾. Lorsque les parties ont dérogé à la compé-

(41) Article 6, §1^{er}, alinéa 1.

(42) Article 6, §1^{er}, alinéa 2.

(43) Article 6, §2.

(44) Article 12.

tence internationale du juge belge en désignant un for étranger, si le juge belge est saisi, il doit soit surseoir à statuer si la possibilité que la décision étrangère soit reconnue et exécutée en Belgique est incertaine, soit se dessaisir si cette décision est susceptible d'être reconnue en vertu de la présente loi⁽⁴⁵⁾.

Le juge compétent pour traiter l'action principale l'est également pour statuer sur la demande en garantie ou en intervention, ainsi que sur la demande reconventionnelle portée devant lui⁽⁴⁶⁾.

Le Code prévoit des règles en matière de connexité et de litispendance. Quant à la première, il est prévu que les juridictions belges sont compétentes pour connaître d'une demande liée à celle dont elles sont saisies «par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à instruire et à juger celles-ci en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément»⁽⁴⁷⁾. La litispendance est régie de la manière suivante⁽⁴⁸⁾. Le juge belge saisi en second lieu d'une demande déjà pendante entre les mêmes parties et ayant le même objet devant un juge étranger peut surseoir à statuer s'il est prévisible que la décision étrangère à intervenir puisse être reconnue ou exécutée en Belgique. Le juge belge se dessaisit si la décision étrangère est susceptible d'être reconnue en application du Code. Le Code laisse un pouvoir d'appréciation au juge à qui il est demandé de tenir compte de la bonne administration de la justice.

En cas d'urgence, le juge belge peut prendre des mesures provisoires, conservatoires et d'exécution, même s'il n'est pas compétent au fond. Cette compétence ne peut s'exercer qu'à l'égard de personnes et de biens se trouvant en Belgique⁽⁴⁹⁾.

Le Code prévoit un for de nécessité. Les juridictions belges «sont exceptionnellement compétentes lorsque la cause présente des liens étroits avec la Belgique et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger que la demande soit formée à l'étranger»⁽⁵⁰⁾. Il vise à éviter un déni de justice lorsqu'une procédure équitable ne pourrait être menée à l'étranger ou lorsqu'elle serait démesurément coûteuse compte tenu des intérêts en cause. Ce for de nécessité existait précédemment au travers de la prorogation exceptionnelle de compétence sur la base de la nationalité belge⁽⁵¹⁾. La nationalité belge ne

⁽⁴⁵⁾ Article 7.

⁽⁴⁶⁾ Article 8.

⁽⁴⁷⁾ Article 9.

⁽⁴⁸⁾ Article 14.

⁽⁴⁹⁾ Article 10.

⁽⁵⁰⁾ Article 11.

⁽⁵¹⁾ Voy. *supra* n° 12.

suffit plus dans le Code puisqu'il faut cumulativement que des liens étroits existent avec la Belgique et qu'une action à l'étranger ne puisse être exigée.

Les règles de compétence prévues déterminent la compétence internationale et non la compétence interne qui demeure régie par le Code judiciaire ou des lois particulières⁽⁵²⁾. Les règles internationales serviront toutefois à fixer la compétence interne lorsque les règles de compétence interne ne permettent pas de déterminer la compétence territoriale. Une telle hypothèse se présentera lorsque la compétence internationale repose sur un critère territorial distinct de celui prévu par le droit interne. Tel peut par exemple être le cas en matière de divorce. La compétence internationale fondée sur l'article 42 désigne notamment la résidence habituelle du demandeur en Belgique depuis douze mois alors que la règle de compétence interne se réfère au domicile du défendeur ou à la dernière résidence conjugale. Cette difficulté peut également se poser si la compétence internationale se fonde sur la nationalité alors que le critère de compétence interne se fonde sur un critère territorial. Dans le second cas, le Code désigne les juridictions de l'arrondissement de Bruxelles.

3. — *Règles déterminant la reconnaissance et l'exécution des décisions prononcées à l'étranger*

14. — Avant l'entrée en vigueur du Code, les décisions étrangères en matière d'état des personnes bénéficiaient de la reconnaissance de plein droit en Belgique, ce qui signifie qu'il n'était pas nécessaire d'en demander la reconnaissance devant les tribunaux belges⁽⁵³⁾. Toutefois, la reconnaissance n'intervenait que si les conditions prévues par l'article 570 du Code judiciaire, à l'exception de la révision au fond, étaient satisfaites. Ces conditions étaient les suivantes :

- une expédition authentique de la décision étrangère devait être produite;
- cette décision devait être coulée en force de chose jugée;
- le juge étranger ne pouvait avoir fondé sa compétence internationale sur le seul critère de la nationalité du demandeur;
- les droits de la défense devaient avoir été respectés;
- la décision étrangère ne pouvait violer l'ordre public international belge.

Par contre, les décisions étrangères devant être exécutées en Belgique (en l'occurrence en matière alimentaire et en ce qui concerne l'héberge-

⁽⁵²⁾ Article 13.

⁽⁵³⁾ Cass., 29 mars 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 742.



ment des enfants) et pas uniquement reconnues étaient soumises à la procédure d'exequatur prévue par l'article 570 du Code judiciaire. Une citation en exequatur devait être formée devant le tribunal de première instance afin que la décision étrangère puisse être exécutée.

La reconnaissance par les officiers de l'état civil des décisions étrangères relatives à l'état des personnes faisait l'objet d'une circulaire du 30 avril 1984⁽⁵⁴⁾. Elle est remplacée par la nouvelle circulaire du 23 septembre 2004.

15. — Principe (article 23)

Le Code reprend le principe de la reconnaissance de plein droit et l'étend à toutes les matières, alors qu'elle ne concernait précédemment que l'état de personnes. Les tribunaux peuvent néanmoins connaître de la reconnaissance si elle est invoquée de façon incidente devant eux⁽⁵⁵⁾ ou si une personne qui y a intérêt ou le ministère public en fait la demande⁽⁵⁶⁾. Le Code instaure ainsi une action en opposabilité ou en inopposabilité, permettant une plus grande sécurité juridique lorsque la reconnaissance est incertaine. Une partie de la jurisprudence admettait déjà l'intérêt des parties à agir en ce sens⁽⁵⁷⁾. Les parties ne doivent plus attendre qu'une difficulté se pose à propos des effets juridiques en Belgique de la décision étrangère; elles peuvent anticiper celle-ci en introduisant une procédure par laquelle elles demandent la reconnaissance de la décision étrangère.

Comme par le passé, le juge compétent pour connaître de la reconnaissance et l'exequatur est le tribunal de première instance du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur ou celui du lieu d'exécution⁽⁵⁸⁾. La procédure est une procédure accélérée «sur requête unilatérale»⁽⁵⁹⁾ et le tribunal doit statuer «à brefs délais». En cas de recours contre la décision autorisant l'exécution, seules des mesures conservatoires sur les biens peuvent être prises⁽⁶⁰⁾.

16. — Causes de refus de reconnaissance ou d'exécution (article 25)

L'article 25 énumère les causes de refus de reconnaissance ou d'exécution. La révision au fond est exclue. Lorsque la reconnaissance ne fait pas

⁽⁵⁴⁾ *M.B.*, 30 mai 1984.

⁽⁵⁵⁾ Article 22, §1^{er}.

⁽⁵⁶⁾ Article 22, §2.

⁽⁵⁷⁾ H. BORN, M. FALLON, *op. cit.*, 1992, p.439, n° 148; Civ. Bruxelles, 3 mars 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1387.

⁽⁵⁸⁾ Article 23.

⁽⁵⁹⁾ L'article 23 renvoie aux articles 1025 à 1034 du CJ.

⁽⁶⁰⁾ Le Code déroge ainsi à l'article 1029 du Code judiciaire qui prévoit que les ordonnances rendues sur requête unilatérale sont exécutoires par provision, sauf si le juge en décide autrement.

l'objet d'une procédure, l'autorité auprès de laquelle est invoquée l'existence de la décision étrangère vérifie le respect des conditions prévues à l'article 25. Celui-ci reprend quatre des cinq causes qui figuraient à l'article 570 du Code judiciaire et en ajoute quatre autres, inspirées notamment des traités internationaux :

- l'incompatibilité manifeste avec l'ordre public, qui s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet ainsi produit; ces précisions reflètent la position de la doctrine et d'une partie de la jurisprudence qui envisagent l'exception d'ordre public *in concreto* et non *in abstracto* ⁽⁶¹⁾;
- la violation des droits de la défense;
- lorsque «la décision a été obtenue, en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la présente loi»;
- le fait que la décision ne soit pas coulée en force de chose jugée; il est cependant prévu qu'une décision étrangère pouvant faire l'objet d'un recours ordinaire peut donner lieu à des mesures d'exécution provisoires, moyennant, le cas échéant, la constitution d'une garantie ⁽⁶²⁾;
- le conflit de décisions ou de procédures :
 - l'incompatibilité de la décision avec une décision rendue en Belgique ou à l'étranger mais susceptible d'être reconnue en Belgique; ou
 - le fait que la demande a été introduite à l'étranger alors qu'une demande entre les parties et ayant le même objet était déjà pendante en Belgique; ou
 - la demande a été introduite à l'étranger après l'introduction en Belgique d'une demande, encore pendante, entre les mêmes parties et sur le même objet (ces deux derniers motifs visent à éviter la «course au jugement»);
- les juridictions belges étaient seules compétentes pour connaître de la demande;
- le for exorbitant, lorsque «la compétence de la juridiction étrangère était fondée uniquement sur la présence du défendeur ou de biens sans relation directe avec le litige dans l'État dont relève cette juridiction».

⁽⁶¹⁾ Sur l'ordre public, voy. notamment N. WATTÉ, «Quelques remarques sur la notion d'ordre public en droit international privé», *R.C.J.B.*, 1989, p. 66; N. WATTÉ, note sous Bruxelles, 30 juin 1981, *J.T.*, p. 723 et s.; F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. I., 1987, p. 346 et s.; A. BUCHER, «L'ordre public et le but social des lois en droit international privé», *Recueil des cours, Académie de droit international*, La Haye, 1993, t. II.

⁽⁶²⁾ Article 23, §4.

Sous l'empire de l'article 570 du Code judiciaire, ce motif de refus désignait uniquement l'hypothèse où le juge étranger s'était déclaré compétent en se fondant exclusivement sur la nationalité du demandeur. La situation visée par le Code est plus large et désigne les situations faisant apparaître une forme de *fraude à la loi*; le contrôle de la compétence indirecte subsiste cependant dans les matières spéciales comme la répudiation ou l'adoption⁽⁶³⁾.

À ces motifs généraux, s'ajoutent ceux spécifiques aux matières spéciales. L'article 23, §9, dispose que la reconnaissance ou la déclaration de la force exécutoire sont refusées lorsqu'elles se heurtent à l'un des motifs de refus visés aux articles 39 (la détermination du nom), 57 (la répudiation), 72 (l'adoption), 95, 115 et 121. Ces dispositions visent des matières particulières qui seront traitées ci-après en ce qui concerne les trois d'entre elles qui visent le statut personnel.

17. — Pièces à produire (article 24)

Le Code énumère les pièces à produire dans le cadre de la procédure de reconnaissance ou d'exequatur. Il s'agit de l'«expédition de la décision, réunissant les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'État dans lequel elle a été rendue». Il faut aussi prouver qu'elle est exécutoire et donc coulée en force de chose jugée. Si la décision a été rendue par défaut, il faut également produire la preuve de ce que le défendeur avait été valablement convoqué⁽⁶⁴⁾.

Le Code laisse une certaine latitude au juge puisqu'à défaut pour le demandeur de produire les pièces requises, il peut soit lui accorder un délai pour ce faire, soit accepter des documents équivalents ou encore l'en dispenser.

18. — Les actes authentiques étrangers (article 27)

L'article 27 traite du cas particulier des actes authentiques étrangers, comme les actes de mariage, de reconnaissance, de changement de nom, etc. Pour autant que l'acte produit réunisse les conditions nécessaires à son authenticité, qu'il ne soit pas contraire à l'ordre public et qu'il n'ait pas été obtenu en fraude à la loi, sa validité s'apprécie en fonction des règles matérielles désignées par les règles de conflit de lois. Il n'est pas soumis au régime de la reconnaissance ou de l'exequatur. En cas de contestation

⁽⁶³⁾ Voy. *infra* n° 48 sur la répudiation.

⁽⁶⁴⁾ Il faut produire l'original ou une copie certifiée conforme du document établissant que l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent a été signifié ou notifié à la partie défaillante selon le droit de l'État dans lequel la décision a été rendue.

quant à sa validité, le tribunal de première instance peut être saisi suivant la procédure prescrite à l'article 23.

19. — Légalisation (article 30)

Tout acte étranger produit en Belgique doit être légalisé. Tel est notamment le cas des actes qui doivent être produits pour célébrer un mariage, dans le cadre d'une procédure en divorce ou d'une procédure relative à la filiation. La légalisation vise à s'assurer que l'acte émane bien de l'autorité qui l'a signé et que cette autorité était bien compétente pour le prendre. L'article 30 prévoit en cascade trois possibilités. La légalisation est faite par les agents diplomatiques ou consulaires belges dans le pays d'origine. À défaut, elle sera effectuée par les agents étrangers représentant la Belgique. À défaut, elle l'est par le ministre des Affaires étrangères. Il faut rappeler que la légalisation ne doit être effectuée qu'en l'absence de traité conclu avec l'État d'origine de la décision ou de l'acte. Une convention peut en effet dispenser de légalisation⁽⁶⁵⁾ ou prévoir qu'il peut être recouru à la formalité allégée de l'apostille⁽⁶⁶⁾.

20. — Mentions et transcriptions des décisions étrangères et des actes authentiques en matière d'état et de capacité (article 31)

Il peut également arriver qu'une personne à l'égard de laquelle une décision ou un acte authentique a été dressé ou pris à l'étranger souhaite en obtenir la transcription dans les registres de l'état civil.

La transcription dans les registres de l'état civil est une formalité administrative dont le défaut n'influe pas sur la validité de la décision étrangère. À défaut d'action en reconnaissance, il s'agit toutefois de la première démarche effectuée par les personnes parties à ces décisions afin d'«officialiser» celles-ci et les rendre «publiques». L'on peut à cet égard

⁽⁶⁵⁾ La Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (approuvée par la loi du 5 juin 1975, *M.B.*, 7 février 1976, p. 1405) supprime l'exigence de légalisation pour les actes publics étrangers. Outre la Belgique, elle a été ratifiée par l'Allemagne, l'Autriche, la Bosnie-Herzégovine, la Croatie, le Danemark, l'Espagne, la France, le Grand-Duché de Luxembourg, la Grande-Bretagne, l'Irlande, l'Italie, la Macédoine, Monaco, les Pays-Bas, le Portugal, la Slovénie, la Suisse, la Turquie et la Yougoslavie. Pour certains pays, la dispense ne vaut que pour les actes plurilingues.

Voy. sur le site de la Conférence de La Haye :

http://hcch.e-vision.nl/upload/statmtrx_f.pdf

⁽⁶⁶⁾ La Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (approuvée par la loi du 5 juin 1975, *M.B.*, 7 février 1976, p. 1405) remplace l'exigence de légalisation pour les actes publics étrangers par celle de l'apostille pour d'autres pays, parmi lesquels la Bulgarie, la Colombie, la Croatie, l'Estonie, les États-Unis d'Amérique, la Finlande, la Grèce, la Hongrie, Israël, le Japon, le Kazakhstan, la Lettonie, le Lichtenstein, la Lituanie, le Mexique, la Norvège, la Russie, la Suède. La liste complète peut être consultée sur le site de la Conférence de La Haye :

http://hcch.e-vision.nl/upload/statmtrx_f.pdf

parler de «reconnaissance administrative», distincte de la «reconnaissance judiciaire».

À quelles règles répond la transcription de décisions étrangères de dissolution de l'union conjugale dans les registres belges? Quelle est l'étendue de la compétence de l'officier de l'état civil?

Lorsqu'il était saisi d'une demande de transcription, l'officier de l'état civil devait contrôler le respect par la décision étrangère de l'article 570 du Code judiciaire. En cas de doute, il devait saisir le parquet du procureur du Roi qui émettait un avis. Si l'avis était positif, la transcription s'imposait. Dans le cas contraire, une action en reconnaissance devait pouvoir être introduite devant le tribunal de première instance, les parties ayant un intérêt en ce sens, intérêt qui fait défaut avant le refus en raison de la reconnaissance de plein droit dont bénéficient les décisions étrangères.

Le Code reprend ce principe et prévoit qu'une mention marginale ou une transcription ne peuvent être effectuées qu'après la vérification des conditions visées aux dispositions relatives à la reconnaissance — articles 24 et 25 et articles 39, 57 et 72 pour le nom, la répudiation et l'adoption. En cas de doute, le dépositaire peut solliciter l'avis du ministère public. En cas de refus, un recours peut être introduit devant le tribunal de première instance.

L'article 128 du Code modifie l'article 48 du Code civil qui dispose désormais que «tout Belge, ou son représentant légal, peut demander qu'un acte de l'état civil le concernant et fait en pays étranger soit transcrit sur les registres de l'état civil de la commune de son domicile ou de son premier lieu d'établissement après son retour sur le territoire du Royaume. Mention est faite de cette transcription en marge des registres courants à la date du fait auquel l'acte se rapporte». Il est précisé qu'«en l'absence de domicile ou de résidence en Belgique, la transcription d'un acte visé à l'alinéa 1^{er} peut se faire sur les registres de l'état civil de la commune du dernier domicile en Belgique de l'intéressé ou de l'un de ses ascendants ou de la commune de son lieu de naissance ou encore, à défaut, sur les registres de l'état civil de Bruxelles». La demande de transcription peut également être formulée par le procureur du Roi.

Par ailleurs, tout acte ou décision juridictionnelle étranger affectant l'état civil d'un Belge résidant à l'étranger peut, suivant le prescrit de la loi du 14 juillet 1966, être déposé dans les archives du ministère des Affaires étrangères. Ce système est maintenu.

4. — Règles de conflit de lois

• *Le principe*

21. — Une fois que la compétence du juge belge est établie, il faut déterminer le droit qu'il devra appliquer à la situation internationale qui lui est soumise. Comme en matière de compétence internationale, le Code prévoit des dispositions spécifiques à quelques matières particulières, mais également des règles générales étudiées sous le présent titre.

Le Code rappelle que le juge établit, en application des règles de conflit de lois, le contenu du droit étranger⁽⁶⁷⁾. Il l'applique tel qu'il est interprété à l'étranger. S'il rencontre des difficultés à établir ce contenu, il peut requérir la collaboration des parties⁽⁶⁸⁾. Si le contenu du droit étranger ne peut manifestement être fixé «en temps utile», il est fait application du droit belge. Cette application subsidiaire du droit belge avait déjà été proposée comme solution par la Cour de cassation⁽⁶⁹⁾.

Dans sa recherche du contenu du droit étranger, le juge saisi peut utiliser les mécanismes de coopération prévus par la Convention de Londres du 7 juin 1968 dans le domaine de l'information sur le droit étranger⁽⁷⁰⁾.

• *Les exceptions*

22. — Renvoi — article 16

Le Code exclut l'application de la technique dite du «renvoi». Cette technique consiste à désigner, dans le droit étranger, non les règles matérielles, mais les règles de droit international privé. Elle peut ainsi aboutir, lorsque la règle de conflit de lois prévue par le droit étranger énonce un facteur de rattachement différent de celui prévu par le droit belge, à l'application du droit belge. Ainsi, le droit belge pouvait s'appliquer à un divorce par consentement mutuel entre un Italien et une Espagnole résidant en Belgique puisque ces deux droits appliquent, en matière de divorce, le droit de la résidence commune, à défaut de nationalité commune.

⁽⁶⁷⁾ Article 15.

⁽⁶⁸⁾ Cette solution, consistant à solliciter l'assistance des parties, alors qu'en principe, le juge connaît le droit, avait été défendue par la Cour de cassation (Cass., 9 octobre 1980, *Babcock-Smulders, Pas.*, 1981, I, p. 159; 3 décembre 1990, *Vialars, Pas.*, 1991, I, p. 329).

⁽⁶⁹⁾ Cass., 12 décembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 478.

⁽⁷⁰⁾ Convention conclue sous l'égide du Conseil de l'Europe (*M.B.*, 23 novembre 1973). <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/CadreListeTraites.htm>



La jurisprudence a une position fort peu constante quant à l'utilisation de cette technique. Plusieurs arrêts et décisions l'ont utilisée sans que le juge ne se prononce sur le principe de l'admission de cette technique, ou sur les matières et conditions dans lesquelles elle est utilisée⁽⁷¹⁾. La Cour de cassation en a enfin fait clairement usage dans un arrêt du 17 octobre 2002, indiquant même que le juge du fond doit l'appliquer d'office⁽⁷²⁾.

Son exclusion a le mérite de la clarté. Elle cadre avec la plupart des conventions internationales qui excluent que l'on y recoure. Elle figure toutefois dans les dispositions générales, ce qui ne signifie pas que le renvoi soit totalement exclu dans certaines matières particulières⁽⁷³⁾.

23. — Système plurilégislatif — article 17

Lorsqu'il est renvoyé à un système plurilégislatif⁽⁷⁴⁾, la référence à la loi de la nationalité s'entend à la loi désignée par le système de cet État ou, à défaut, au système avec lequel la personne a les liens les plus étroits⁽⁷⁵⁾. Lorsque le critère de rattachement, par exemple la résidence habituelle, permet de désigner directement le droit de l'un des États, l'on appliquera ce dernier.

24. — La fraude à la loi⁽⁷⁶⁾ — article 18

L'article 18 vise expressément l'hypothèse de la fraude à la loi, entendue comme «[l]es faits et [l]es actes constitués dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné» par le Code. Il s'agit des liens qui seraient créés avec un système étranger, de manière «artificielle», pour échapper à l'application du droit désigné. Un élément d'intention est exigé pour que l'on puisse conclure à la fraude à la loi. Si tel est le cas, il ne sera pas tenu compte des éléments participant de celle-ci pour la détermination du droit applicable. La fraude à la loi n'est «sanctionnée» que lorsqu'elle est

⁽⁷¹⁾ Cass., ch. réun., *ministère public c. Servais-Rossi*, 16 février 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 647; Cass., *Josi c. d'Hondt*, *Pas.*, 1982, I, p. 306; Cass., *Y. c. M.*, 4 novembre 1993, *J.T.*, 1994, p. 187; Cass., 29 septembre 1994, *R.T.D.F.*, 1994, p. 517, note M. FALLON; Civ. Liège, 21 décembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 280, note M. LIÉNARD-LIGNY; Liège, 20 décembre 1988, *JLMB*, 1989, p. 454; Bruxelles, 18 octobre 1988, *J.L.M.B.*, 1989, p. 348; Gand, 4 octobre 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 435; Mons, 7 novembre 1994, *J.L.M.B.*, 1996, p. 286.

⁽⁷²⁾ Cass., 1^{re} ch., 17 octobre 2002, *R.T.D.F.*, 2003, p. 341 : «Qu'[...] à supposer qu'elle eût fait application de la loi portugaise, la cour d'appel eût dû constater que cette loi renvoyait à la loi du divorce, soit la loi belge».

⁽⁷³⁾ Voy. l'article 34 en matière de capacité ou l'article 78, §2, en matière de successions.

⁽⁷⁴⁾ Un système comme celui des États-Unis où des règles propres peuvent exister dans les différents États ou un système confessionnel où le droit applicable est fonction de la religion de la personne concernée.

⁽⁷⁵⁾ Article 17.

⁽⁷⁶⁾ Voy. notamment Cass., 28 juin 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 1260; Liège, 1^{re} ch., 26 avril 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 432; Civ. Bruxelles, 28 octobre 1986, *S.B.I. c. S.A., R.D.E.*, 1986, p. 112.

utilisée «en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits». Le statut personnel en fait partie.

25. — Clause d'exception — article 19

Le Code prévoit une «clause d'exception» permettant au juge d'écarter le droit désigné «lorsqu'il apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'État dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre État». Dans ce cas, il est fait application du droit de cet autre État. Cette clause poursuit un objectif de proximité.

Le pouvoir d'appréciation du juge est encadré par deux critères : le besoin de prévisibilité du droit applicable et le respect des droits acquis valablement à l'étranger.

26. — Les règles spéciales d'applicabilité — article 20

Les règles de conflit de lois s'appliquent sans préjudice des «règles impératives ou d'ordre public du droit belge qui entendent régir une situation internationale quel que soit le droit désigné par les règles de conflit de lois», aussi appelées les «lois de police». Elles trouvent surtout à s'appliquer en matière d'obligations contractuelles et délictuelles.

27. — L'exception d'ordre public — article 21

L'article 21 inscrit dans le Code l'exception d'ordre public, reconnue et utilisée de longue date par la jurisprudence. La contrariété à l'ordre public tempère l'application du droit étranger désigné par les règles de rattachement. Elle peut conduire à écarter la norme étrangère importée, en dérogeant au jeu normal de la règle de rattachement. Cette exception opère au départ d'une confrontation entre la norme étrangère et les principes considérés par le législateur belge comme «essentiels à l'ordre moral, politique ou économique»⁽⁷⁷⁾ selon le triple critère de la gravité de l'incompatibilité entre la loi étrangère et ces principes, de la nature et l'étendue des effets postulés et de l'intensité de rattachement de la situation à l'ordre public belge. Ces principes commandent une application dite «fonctionnelle» de l'exception d'ordre public qui suppose une évaluation au cas par cas de la contrariété éventuelle. Sa mise en œuvre procède toujours de l'examen du résultat concret de l'application de la disposition étrangère et non d'une attribution *a priori* du caractère d'ordre public à une règle nationale⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁷⁾ Cass., 27 février 1986, *Swartebroecx c. Curato, J.T.*, 1987, p. 52.

⁽⁷⁸⁾ Sur l'exception de ordre public, voy. notamment M. EKELMANS, «L'ordre public et ses effets atténués», *L'ordre public, concept et applications*, Les conférences du Centre de droit privé, vol III, Bruylant, 1995, p. 283; «L'ordre public et les lois prohibitives



Le Code permet que l'on écarte l'application d'une disposition du droit étranger «dans la mesure où elle produirait un effet *manifestement* incompatible avec l'ordre public»⁽⁷⁹⁾. Le terme «manifestement» souligne que l'usage de cette exception doit être limité. Il faut rappeler les critères mis en évidence par la doctrine et une partie de la jurisprudence pour s'assurer du caractère fonctionnel de l'exception : l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger. La circulaire donne comme exemple le mariage polygamique, même si certains de ses effets patrimoniaux ne doivent pas être écartés, et un droit étranger qui interdirait l'établissement de la filiation hors mariage.

Le Code définit aussi les conséquences de cette exception. Le droit étranger est écarté au profit d'une autre disposition pertinente de ce droit ou du droit belge. L'application du droit belge n'est pas automatique, mais s'effectue «au besoin» s'il n'est pas possible, tout en appliquant le droit étranger, d'éviter les effets contraires à l'ordre public.

5. — *Dispositions transitoires*

28. — Le Code est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2004. Le régime transitoire prévu est le suivant :

— Les règles relatives à la compétence internationale des juridictions ou des autorités s'appliquent aux demandes introduites et aux actes établis après son entrée en vigueur⁽⁸⁰⁾.

Le terme «demande» vise les procédures tandis que les «actes» concernent le changement de nom (article 36, alinéa 2), la célébration du mariage (article 44), l'enregistrement d'une relation de vie commune (article 59) et la reconnaissance (article 65). En ce qui concerne la célébration du mariage, l'application du Code aux mariages célébrés après le 1^{er} octobre 2004 a pour conséquence que si une déclaration de mariage a été déposée avant cette date en vue d'un mariage après celle-ci, la condition de résidence de plus de trois mois devra être respectée pour l'un des futurs époux⁽⁸¹⁾.

— Les dispositions concernant l'efficacité des décisions judiciaires étrangères et des actes authentiques étrangers s'appliquent aux décisions

étrangères», *L'ordre public, concept et applications*, Les conférences du Centre de droit privé, vol III, Bruylant, 1995, p. 257; N. WATTÉ, «Quelques remarques sur la notion d'ordre public en droit international privé», *R.C.J.B.*, 1989, p. 66; N. WATTÉ, note sous Bruxelles, 30 juin 1981, *J.T.*, p. 723 et s.; F. RIGAUX, *Droit international privé*, t. I., 1987, p. 346 et s.

⁽⁷⁹⁾ Nous soulignons l'adverse «manifestement».

⁽⁸⁰⁾ Article 126, §1^{er}.

⁽⁸¹⁾ Voy. *infra* n° 41.

rendues et aux actes établis après le 1^{er} octobre 2004. Deux tempéraments sont prévus. D'une part, une décision rendue ou un acte établi avant l'entrée en vigueur du Code peut également recevoir effet en Belgique s'il satisfait aux conditions qu'il prévoit, alors qu'il n'aurait pas respecté les conditions précédemment imposées (par exemple en matière de changement de nom). À l'inverse, une décision dont l'ancien régime permettait la reconnaissance, mais pas le nouveau, pourra être reconnue (par exemple en matière de répudiation). D'autre part, le mariage conclu entre personnes de même sexe peut recevoir effet en Belgique à partir du 1^{er} juin 2003⁽⁸²⁾ s'il satisfait aux conditions du Code⁽⁸³⁾.

- En ce qui concerne les règles de conflits de lois, le principe est l'application du Code aux actes posés et aux demandes formées après le 1^{er} octobre 2004⁽⁸⁴⁾. Plusieurs exceptions sont admises. Premièrement, les effets postérieurs au 1^{er} octobre 2004 d'actes antérieurs à cette date sont également soumis au Code, à l'exception des obligations contractuelles, quasi contractuelles, délictuelles ou découlant d'un engagement par déclaration unilatérale de volonté⁽⁸⁵⁾. Deuxièmement, si des parties ont choisi le droit applicable avant l'entrée en vigueur du Code, ce choix est valable s'il satisfait aux conditions posées par le Code. Troisièmement, un mariage homosexuel conclu dès le 1^{er} juin 2003 est régi par le Code. Quatrièmement, les nouvelles dispositions applicables en matière de filiation n'affectent pas un lien de filiation valablement établi avant cette date.

C. — L'état et la capacité des personnes

29. — Le Code regroupe sous un même titre, d'une part, les questions d'état et de capacité des personnes et, d'autre part, l'autorité parentale, la tutelle et la protection des incapables.

⁽⁸²⁾ Il s'agit de la date d'entrée en vigueur de la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe (article 23).

⁽⁸³⁾ Article 126, §2.

⁽⁸⁴⁾ Article 127.

⁽⁸⁵⁾ Visées aux articles 98, 99, 104 et 105.

1. — *La capacité*

• *Compétence internationale*

30. — En matière d'état et de capacité des personnes, l'article 32 prévoit qu'à moins qu'une disposition y déroge, le juge belge est compétent soit si l'intéressé réside en Belgique, soit s'il a la nationalité belge. Il s'agit d'une règle résiduelle couvrant à la fois les procédures gracieuses et contentieuses et destinée à couvrir les questions non réglées par une disposition plus spécifique, comme le nom.

• *Droit applicable*

31. — Comme en matière de compétence internationale, le Code prévoit une règle de conflit de lois résiduelle et, ensuite, des règles plus spécifiques.

L'article 34 pose pour principe que, comme par le passé, la loi nationale régit l'état et la capacité.

Alors que la technique du renvoi est écartée par les dispositions générales du Code, l'article 34 l'utilise dans ces matières, disposant que «la capacité est régie par le droit belge si le droit étranger conduit à l'application de ce droit». Eu égard à son exclusion générale, cette application du renvoi est admise de manière limitative à cette seule hypothèse. Ainsi, un Rwandais vivant en Belgique est majeur à 21 ans, sauf si les règles de droit international privé rwandaises renvoient au droit belge.

Le Code considère comme acquis les droits et les situations constituées sous l'empire d'une ancienne nationalité. Une personne majeure selon son droit national avant l'âge de dix-huit ne devient pas mineure si elle devient belge lorsqu'elle est âgée de dix-sept ans.

La loi nationale ne s'applique toutefois pas aux incapacités propres à un rapport juridique, par exemple dans le cadre de la conclusion d'un contrat. C'est le droit applicable à ce dernier qui régit alors la question de la capacité, par exemple à s'engager⁽⁸⁶⁾. Il en va de même en matière de succession ou de filiation. C'est par exemple la loi régissant le rapport de filiation qui s'applique à la question de savoir si un mineur peut reconnaître un enfant⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁶⁾ Cette solution se retrouve notamment dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 (article 8).

⁽⁸⁷⁾ Sur la filiation, voy. *infra* n^{os} 54-55.

2. — *La tutelle, la protection des incapables et l'autorité parentale*

• *Compétence internationale*

32. — L'article 32 — compétence du juge belge de la résidence ou de la nationalité de l'intéressé — et les dispositions générales — articles 5 et suivants du Code — s'appliquent. S'y ajoutent plusieurs possibilités prévues par l'article 33. Ce dernier renvoie en effet à l'article 32 et aux dispositions générales. Le juge belge est ainsi compétent pour organiser la tutelle d'un mineur orphelin russe résidant en Belgique, d'un mineur belge résidant à l'étranger ou d'un mineur congolais résidant au Congo, dont toute la famille est en Belgique⁽⁸⁸⁾.

En ce qui concerne les biens d'un incapable, la situation des biens en Belgique peut fonder la compétence du juge belge⁽⁸⁹⁾. Cela signifie, par exemple, que les autorités belges sont compétentes pour autoriser la vente d'un immeuble situé en Belgique appartenant à un mineur marocain résidant au Maroc.

Les juridictions belges peuvent également intervenir en cas d'urgence à l'égard d'une personne se trouvant en Belgique⁽⁹⁰⁾. Les mesures visées sont toutes les mesures civiles qui sont susceptibles de contribuer à la protection de la personne et des biens.

33. — Comme en matière de tutelle et de protection des incapables, l'article 32 et les dispositions générales peuvent être appliquées à l'autorité parentale. S'y ajoutent plusieurs possibilités prévues par l'article 33 : celle d'agir en cas d'urgence⁽⁹¹⁾ et si les juridictions belges sont saisies d'une demande de nullité de mariage, de divorce ou de séparation de corps des parents d'un jeune âgé de moins de dix-huit ans⁽⁹²⁾.

34. — Il faut être attentif en cette matière à l'application des règlements de Bruxelles II et *Iibis*.

Bruxelles II ne vise, premièrement, que le contentieux conjugal et les questions relatives aux enfants qui y sont connexes, et, deuxièmement, que la famille légitime, à l'exclusion des enfants naturels. Ces restrictions qui entament sérieusement son apport ont été rencontrées par sa révision

⁽⁸⁸⁾ En application du for de « nécessité » (article 11).

⁽⁸⁹⁾ Article 33, alinéa 2.

⁽⁹⁰⁾ Article 33, alinéa 4.

⁽⁹¹⁾ Article 33, alinéa 4.

⁽⁹²⁾ Article 33, alinéa 3.



par le règlement de Bruxelles IIbis⁽⁹³⁾ qui est entré en vigueur le 1^{er} mars 2005.

Les matières désormais visées sont⁽⁹⁴⁾ :

- le droit de garde et le droit de visite, recouvrant en droit belge l'autorité parentale, l'hébergement et le droit aux relations personnelles, devant le juge de paix, devant le président du tribunal de première instance en référé pendant la procédure en divorce et en dehors de celle-ci en cas d'urgence, devant le juge de la jeunesse;
- la tutelle, la curatelle et les institutions analogues, en ce compris la désignation et les fonctions de toute personne ou organisme chargé de s'occuper de la personne ou des biens de l'enfant, de le représenter ou de l'assister⁽⁹⁵⁾;
- le placement en famille d'accueil ou dans un établissement⁽⁹⁶⁾;
- les mesures de protection de l'enfant liées à l'administration, à la conservation ou à la disposition de ses biens; le préambule précise que seules les mesures relatives aux biens qui visent la protection de l'enfant sont visées⁽⁹⁷⁾.

Le droit international primant sur le droit interne, le Code ne régira la compétence internationale du juge belge que si ces règlements ne s'appliquent pas. L'applicabilité spatiale des deux règlements étant distincte et le nouveau règlement étant entré en vigueur le 1^{er} mars 2005, l'on s'attache ici uniquement au second.

En matière de responsabilité parentale, il prévoit en son article 14, intitulé «Compétences résiduelles», que «lorsqu'aucune juridiction d'un État membre n'est compétente en vertu des articles 8 à 13, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État». Cela signifie

⁽⁹³⁾ Le préambule indique qu'«en vue de garantir l'égalité de tous enfants, le [...] règlement couvre toutes les décisions en matière de responsabilité parentale, y compris les mesures de protection de l'enfant, indépendamment de tout lien avec une procédure matrimoniale» (Bruxelles IIbis, préambule, pt 5).

⁽⁹⁴⁾ Par contre, Bruxelles IIbis ne s'applique pas à l'établissement et la contestation de la filiation, naturelle ou adoptive, aux noms et prénoms de l'enfant, à l'émancipation et donc probablement pas aux autres mesures liées à l'incapacité, telle, en droit belge, la minorité prolongée, aux trusts et successions.

⁽⁹⁵⁾ Ce qui renvoie en droit belge à la tutelle, à la tutelle officieuse et aux procédures permettant la mise en place de ces mesures de protection et leur mode de fonctionnement.

⁽⁹⁶⁾ Il faut être attentif au fait que Bruxelles IIbis ne vise que les procédures civiles et pas les mesures prises dans le cadre d'une procédure protectionnelle; l'article 1, 3, g, précise que les «mesures prises à la suite d'infractions pénales commises par des enfants» sont exclues.

⁽⁹⁷⁾ Il donne l'exemple des «cas dans lesquels les parents sont en litige au sujet de l'administration des biens de l'enfant», tout en précisant que «les mesures relatives aux biens de l'enfant qui ne concernent pas la protection de l'enfant devraient continuer à être régies par [Bruxelles I]» (Bruxelles IIbis, préambule, pt 9).

que le droit interne peut être invoqué si les règles de compétence internationale prévues par Bruxelles IIbis ne permettent pas de fonder la compétence du juge saisi.

Les règles de Bruxelles IIbis sont fort larges, de sorte que l'application du Code ne sera pas fréquente. Il n'est pas possible de présenter ici toutes les règles de compétence prévues par le règlement. Pour l'essentiel, Bruxelles IIbis utilise le critère de la résidence habituelle de l'enfant. Une prorogation de compétence est prévue en marge du contentieux conjugal et pendant celui-ci, même lorsque l'enfant n'avait pas sa résidence habituelle dans l'État où ce contentieux se déroule. Il faut cependant qu'il soit satisfait à trois conditions : l'enfant doit avoir sa résidence habituelle dans l'un des États membres, au moins l'un des époux doit exercer la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant, et la compétence de la juridiction doit avoir été acceptée par les époux et être dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Sur ce plan, le Code est plus large puisque le juge belge peut être compétent pour statuer sur l'autorité parentale et l'hébergement dans le cadre d'un litige conjugal même à l'égard d'un enfant ne résidant pas en Belgique, sans que les trois conditions cumulatives présentées ci-avant ne s'appliquent.

Ainsi, par exemple, en cas de conflit entre des parents non mariés d'un enfant belge résidant au Canada, le règlement de Bruxelles IIbis ne s'applique en principe pas, le critère étant celui de la résidence habituelle. Le critère de la nationalité prévu par le droit interne jouera à titre subsidiaire. En cas de conflit entre des parents mariés qui avaient leur dernière résidence habituelle en Belgique, le juge belge pourra être compétent en marge du divorce à l'égard d'un enfant ne résidant pas habituellement en Belgique, même si l'un des époux n'accepte pas la compétence du juge belge. Cette compétence ne pourra se fonder sur le règlement de Bruxelles IIbis qui pose comme critère la résidence habituelle ou exige l'accord des deux époux. Le droit interne s'applique à titre subsidiaire et le juge des référés sera compétent sur la base de la compétence du juge belge pour connaître du divorce.

- *Droit applicable*

35. — C'est la loi de la résidence habituelle qui s'applique en matière d'autorité parentale, de tutelle et de protection de l'incapable⁽⁹⁸⁾. C'était déjà le cas en matière d'autorité parentale dans la majeure partie de la jurisprudence, mais pas en ce qui concerne la tutelle, qui était régie par la

⁽⁹⁸⁾ Article 35, § 1.

loi nationale. Il s'agit de la résidence habituelle au moment des faits qui suscitent l'adoption de mesures. Un changement de résidence habituelle ne modifie le droit applicable qu'à l'égard des personnes qui ne sont pas encore investies d'une responsabilité au titre de la responsabilité parentale ou de la tutelle. L'exercice de l'autorité parentale est régi par la loi de la résidence habituelle de l'enfant au moment où il est invoqué.

La loi de la résidence habituelle est écartée au profit de la loi de la nationalité si la première ne permet pas d'assurer la protection de la personne et des biens. Le droit belge s'appliquera à titre subsidiaire si les mesures de protection prévues par le droit étranger ne peuvent être prises, matériellement ou juridiquement⁽⁹⁹⁾.

En application de ces règles, c'est la loi belge qui s'applique à la tutelle du mineur orphelin étranger résidant en Belgique. C'est par contre le droit étranger qui régit la tutelle à l'égard d'un mineur belge résidant à l'étranger, sauf si ce droit ne permet pas d'assurer la protection, auquel cas l'application du droit belge y supplée. Il en va de même à l'égard d'un mineur français résidant au Congo, dont toute la famille est en Belgique.

3. — *L'identification*

• *Compétence internationale*

36. — Sans préjudice des dispositions générales relatives à la compétence internationale, l'article 36 fonde la compétence du juge belge pour connaître d'une demande tendant à la détermination du nom ou du prénom lorsque l'intéressé est Belge ou a sa résidence en Belgique au moment de l'introduction de la demande. Par contre, en matière de changement de nom ou de prénom, les autorités belges ne sont compétentes qu'à l'égard des nationaux. Même si le texte ne le prévoit pas expressément, la procédure en changement de nom et de prénom prévue par la loi du 15 mai 1987 relative aux noms et prénoms n'est en pratique accessible qu'aux ressortissants belges qui sont soumis au droit belge⁽¹⁰⁰⁾.

• *Droit applicable*

37. — Le nom et le prénom bénéficient d'un rattachement autonome à la loi de la nationalité de la personne concernée. La loi applicable à la détermination du nom et des prénoms d'une personne est régie par sa loi

⁽⁹⁹⁾ Article 35, §2.

⁽¹⁰⁰⁾ Loi relative aux noms et prénoms, *M.B.*, 20 juillet 1987.

nationale. En cas d'acquisition d'une nouvelle nationalité, les effets de celle-ci sur le nom sont régis par elle⁽¹⁰¹⁾.

Le changement de nom et de prénom est régi par la loi nationale, qu'il soit volontaire ou qu'il intervienne par application de la loi. Il s'ensuit que ce ne sera pas le droit applicable au rapport familial concerné (filiation, mariage, divorce, etc.) qui s'appliquera. Si un époux a le droit de choisir son nom par l'effet du mariage, le nom choisi est mentionné par l'officier de l'état civil dans l'acte de mariage⁽¹⁰²⁾. Cette possibilité n'est ouverte qu'à l'époux dont le droit national admet ce changement de nom. Ainsi, un Belge qui épouse un étranger dont le droit national offre la possibilité de changer de nom par l'effet du mariage n'en bénéficiera pas; seul son conjoint pourra en faire usage.

• *Reconnaissance*

38. — Si un changement est intervenu à l'étranger, la décision judiciaire ou administrative étrangère ne sera reconnue que si les conditions prévues par l'article 25 sont réunies⁽¹⁰³⁾.

Des conditions supplémentaires s'ajoutent à ces règles générales en fonction de la nationalité de la personne concernée :

- En ce qui concerne la détermination du nom d'un Belge à l'étranger, elle ne sera reconnue en Belgique que si elle a été effectuée en conformité avec le droit belge. Cette hypothèse vise le cas où, à l'étranger, la règle de rattachement est différente de celle utilisée par le droit belge et prévoit, par exemple, l'application de la loi du domicile ou si l'intéressé possède plusieurs nationalités, dont la nationalité belge. Si la seconde nationalité est celle d'un autre État membre de l'Union européenne, l'intéressé pourra obtenir un changement de nom en application de la jurisprudence *Garcia Avello*⁽¹⁰⁴⁾.
- Un ressortissant belge ne peut changer de nom par acte volontaire à l'étranger que s'il possède également une seconde nationalité d'un État membre de l'Union européenne et si le changement a été effectué en conformité avec les règles relatives à la détermination du nom applicables dans cet État membre. Par cette disposition, le Code intègre les enseignements de l'arrêt *Garcia Avello*⁽¹⁰⁵⁾. Cet arrêt signifie que l'administration belge doit, si elle est saisie d'une demande de changement

⁽¹⁰¹⁾ Article 37.

⁽¹⁰²⁾ Article 38.

⁽¹⁰³⁾ Article 39.

⁽¹⁰⁴⁾ Voy. *supra* n° 9.

⁽¹⁰⁵⁾ Voy. *supra* n° 9.



de nom, tenir compte de la manière dont le nom est attribué dans le droit étranger. Pour tenir compte de cet arrêt, l'article 39 du Code précise qu'en ce qui concerne le changement de nom intervenu à l'étranger, il y a lieu de prendre en considération tant les décisions judiciaires étrangères que les décisions administratives prononcées à l'étranger. Cette jurisprudence pose la question de son application à la détermination du nom. L'hypothèse visée par l'arrêt est celle d'un changement de nom. Les travaux préparatoires renvoient à la jurisprudence future de la Cour pour clarifier le champ d'application du principe posé dans l'affaire *Garcia Avello*.

- Un ressortissant étranger ne peut changer de nom à l'étranger que si cette détermination ou ce changement de nom est reconnu dans l'État dont il a la nationalité.

4. — *L'absence*

• *Compétence internationale*

39. — Par dérogation aux critères généraux, en matière d'absence, les juridictions belges sont compétentes soit si l'absent est Belge, soit s'il avait sa résidence habituelle en Belgique ou encore si des biens de l'absent se trouvent en Belgique⁽¹⁰⁶⁾. Ce dernier critère répond au principe de proximité.

• *Droit applicable*

40. — Le droit applicable à l'absence est celui de la nationalité de la personne concernée. Par contre, comme en matière de successions, l'administration provisoire des biens de l'absent est régie par le droit de l'État sur le territoire duquel la personne résidait habituellement lors de sa disparition. Lorsque ce droit ne permet pas d'organiser l'administration des biens, celle-ci est régie par le droit belge.

⁽¹⁰⁶⁾ Article 40.

D. — Les rapports familiaux

1. — *Les rapports de couple*

• *Règles générales régissant la compétence internationale*

41. — En tête du chapitre relatif aux relations matrimoniales, l'article 42 du Code édicte des règles de compétence internationale couvrant «le mariage ou ses effets, le régime matrimonial, le divorce ou la séparation de corps»⁽¹⁰⁷⁾, avant de prévoir, ensuite, quelques règles spécifiques au mariage, à la dissolution du lien conjugal et aux «relations de vie commune».

L'article 58 définit ces dernières : elles «visent une situation de vie commune donnant lieu à enregistrement par une autorité publique et ne créant pas entre les cohabitants de lien équivalent au mariage». Il s'agit, par exemple, de la cohabitation légale instituée par le droit belge⁽¹⁰⁸⁾, du pacte de solidarité français, de diverses formes de vie commune instaurées dans plusieurs provinces espagnoles, des partenariats allemand et luxembourgeois⁽¹⁰⁹⁾. Ces relations posent des difficultés de qualification eu égard à leurs appellations diverses et aux formes multiples qu'elles prennent. En raison de la diversité des régimes institués dans les pays qui reconnaissent certaines formes de vie commune, de la relative nouveauté de ceux-ci et de leur propension corrélative à évoluer, les auteurs du Code ont opté pour une définition souple dont le critère central, indépendamment de la dénomination de la relation de couple, est le fait qu'elle ne génère pas un lien équivalent au mariage⁽¹¹⁰⁾. Lorsqu'une relation de vie commune établit de tels liens, elle relèvera du chapitre relatif au mariage et non des règles applicables aux «situations de vie commune». Les partenariats établis dans les différents pays scandinaves (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède) ainsi que le partenariat enregistré néerlandais ne permettent pas de se marier tant qu'il n'y a pas eu dissolution du partenariat et sont, dès lors, assimilés au mariage et non aux relations de vie commune⁽¹¹¹⁾. Lorsqu'une relation ne génère que des effets s'apparentant à ceux d'un contrat, ce sont les règles applicables à ce dernier qui seront applicables.

⁽¹⁰⁷⁾ L'article 42 n'est pas applicable à la promesse de mariage, pourtant traitée sous le titre des «relations matrimoniales». Elle est donc soumise aux règles générales des articles 5 et suivants.

⁽¹⁰⁸⁾ Instituée par la loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale (articles 1475 et suivants du Code civil).

⁽¹⁰⁹⁾ Circulaire, M5.

⁽¹¹⁰⁾ L'obligation de fidélité, l'impossibilité de contracter un mariage subséquent, etc.

⁽¹¹¹⁾ Circulaire, M5.



L'article 42 ajoute aux chefs de compétence des articles 5 et suivants, parmi lesquels le «for de nécessité» de l'article 11, que les tribunaux belges peuvent statuer :

- en cas de demande conjointe, si l'un des époux a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande;
- si la dernière résidence habituelle commune des époux se situait en Belgique moins de douze mois avant l'introduction de la demande;
- si l'époux demandeur a sa résidence habituelle depuis douze mois au moins en Belgique lors de l'introduction de la demande;
- ou, si les époux sont Belges lors de l'introduction de la demande.

L'article 59, alinéa 1, précise que ces critères sont applicables par analogie aux relations de vie commune.

Ces critères sont plus souples par rapport à ceux que prévoyaient les articles 635 et suivants du Code judiciaire, notamment en ce qui concerne les critères de proximité que sont la dernière résidence habituelle commune en Belgique et la résidence habituelle de l'époux demandeur.

Il faut rappeler que ces critères ne sont applicables que lorsqu'aucune disposition internationale contenant des règles de conflit de juridictions ne régit la matière. Le large champ d'application spatial des règlements de Bruxelles II et IIbis réduit les hypothèses d'application de l'article 42 aux relations de vie commune et, en ce qui concerne le divorce et l'annulation du mariage, aux effets du mariage et aux cas où les critères de compétence internationale prévus par ces règlements ne permettent pas de fonder la compétence d'un juge communautaire. Tel sera rarement le cas. Le seul critère de l'article 42 qui soit à la fois différent et plus large que les critères prévus par l'article 2 des règlements⁽¹¹²⁾ est la dernière résidence habituelle en Belgique moins de douze mois avant l'introduction de la demande. Les règlements utilisent en effet le critère de la «dernière résidence habituelle des époux si l'un d'eux y réside encore». Le droit interne belge pourrait, dès lors, être utile, face à un défendeur non communautaire — c'est-à-dire n'ayant ni la nationalité d'un pays membre de l'Union ni sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre —, que si les parties ont résidé habituellement en Belgique et ont toutes deux quitté le territoire depuis moins de douze mois.

(112) - Résidence habituelle des époux;

- dernière résidence habituelle des époux si l'un d'eux y réside encore;
- résidence habituelle du défendeur;
- en cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux;
- résidence habituelle du demandeur depuis plus d'un an;
- résidence habituelle du demandeur belge depuis plus de six mois;
- nationalité commune des parties.

• *L'établissement du lien*

— *Compétence internationale*

42. — La célébration d'un mariage peut avoir lieu en Belgique lorsque l'un des futurs époux soit est Belge, soit est domicilié en Belgique, soit y a sa résidence habituelle depuis plus de trois mois⁽¹¹³⁾. Cette dernière exigence vise à éviter un «tourisme de mariage», notamment en cas de mariage de personnes du même sexe⁽¹¹⁴⁾. L'article 44 fixe une règle de compétence internationale qui doit être complétée par une règle de compétence interne, l'article 63 du Code civil selon lequel l'officier de l'état civil compétent est celui de la commune où l'un des futurs époux est inscrit dans les registres de la population, le registre des étrangers ou le registre d'attente à la date de l'établissement de l'acte de déclaration, ou, à défaut, celui de la résidence actuelle de l'un des futurs époux.

La notion de résidence est une notion de fait qui se prouve par toutes voies de droit. Elle n'implique nullement d'un étranger qu'il soit en séjour légal en Belgique. La nouvelle circulaire le souligne, rappelant ainsi la jurisprudence⁽¹¹⁵⁾ et les circulaires des 28 août 1997⁽¹¹⁶⁾ et du 17 novembre 1999⁽¹¹⁷⁾. «Le fait qu'un étranger séjourne de manière illégale dans le Royaume n'est pas de nature à empêcher la publication des bans de mariage. Le droit au mariage est garanti par l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [...] et l'article 23 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques [...]. Le droit au mariage n'est pas subordonné à la situation de séjour des parties concernées. Il en résulte que l'officier de l'état civil ne peut refuser la publication des bans de mariage pour le seul motif qu'un étranger séjourne de manière illégale dans le Royaume».

⁽¹¹³⁾ Article 44.

L'article 129 du Code modifie également l'article 64, §1^{er}, 5^o, du Code civil qui est complété comme suit : «ainsi que, le cas échéant, une preuve de la résidence habituelle en Belgique depuis plus de trois mois».

⁽¹¹⁴⁾ Circulaire, pt K.

⁽¹¹⁵⁾ Voy. notamment Bruxelles, 22 octobre 1996, *R.D.E.*, 1996, p. 763; dans le même sens Civ. Huy, 17 février 1997, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1577; Civ. Anvers, réf., 20 février 1997, *T. Vreemd.*, 1996, p. 382; Civ. Bruxelles, réf., 29 mai 1996, *T. Vreemd.*, 1996, p. 55, *R.D.E.*, 1996, p. 231; Civ. Malines, 27 mars 1997, *T. Vreemd.*, 1997, note L. WALLEYN; *contra* : Civ. Anvers, réf., 17 novembre 1994, *T. Vreemd.*, 1996, p. 390; Civ. Bruxelles, réf., 30 juillet 1996, *J.T.*, 1997, p. 348.

⁽¹¹⁶⁾ Circulaire du 28 août 1997 relative à la procédure de publication des bans de mariage et aux documents qui doivent être produits afin d'obtenir un visa en vue de conclure un mariage dans le Royaume ou d'obtenir un visa de regroupement familial sur la base d'un mariage conclu à l'étranger, *M.B.*, 1^{er} octobre 1997.

⁽¹¹⁷⁾ Circulaire du 17 décembre 1999 relative à la loi du 4 mai 1999 modifiant certaines dispositions relatives au mariage, *M.B.*, 31 décembre 1999.

L'article 129 du Code complète l'article 64 du Code civil relatif aux documents qui doivent être produits pour que la déclaration de mariage soit enregistrée. Il y est désormais précisé que les déclarants doivent produire «une preuve de la résidence habituelle en Belgique depuis plus de trois mois».

43. — L'enregistrement d'une relation de vie commune pourra avoir lieu en Belgique si les deux parties ont une résidence habituelle commune en Belgique à la date de l'enregistrement⁽¹¹⁸⁾. Par contre, l'enregistrement de sa cessation ne peut être acté par les autorités en Belgique que si l'enregistrement avait été effectué en Belgique⁽¹¹⁹⁾.

Il faut être attentif au fait qu'il ne pourra être procédé à l'enregistrement en Belgique que d'une institution connue du droit belge. Une autorité belge ne peut agir en dehors des attributions qu'elle a reçues de la loi belge qui ne connaît que la cohabitation légale. Le tribunal de première instance peut par contre connaître de questions portant sur la validité ou sur la cessation d'une relation, en raison de sa plénitude de juridiction.

44. — En matière d'annulation de mariage, l'article 43 ajoute aux chefs de compétence généraux de l'article 5 et aux chefs de compétence particuliers de l'article 42 un critère de compétence spécifique. Le juge belge peut connaître, à la requête du ministère public, de la validité d'un mariage, si :

- celui-ci a été célébré en Belgique;
- ou si l'un des époux est Belge ou a sa résidence habituelle en Belgique lors de l'introduction de la demande. Le critère de nationalité belge de l'un des époux vise à éviter qu'un Belge se marie à l'étranger aux seules fins de contourner la loi belge.

— *Droit applicable*

45. — Le Code traite du droit applicable à la promesse de mariage, aux conditions de fond et de forme du mariage et aux relations de vie commune.

Une règle de conflit de lois organisant un rattachement en cascade est prévue par l'article 45 du Code en ce qui concerne la promesse de mariage.

⁽¹¹⁸⁾ Article 59, alinéa 2.

L'article 1476 du Code civil prévoit également que la déclaration de cohabitation légale est remise à l'officier de l'état civil du domicile commun, le terme «domicile» étant entendu ici au sens de l'article 102 du Code civil, à savoir le lieu où la personne a son principal établissement et donc sa «résidence habituelle».

⁽¹¹⁹⁾ Article 59, alinéa 3.

Voy. l'article 1476, §2, du Code civil.

Elle est régie par le droit de la résidence habituelle des futurs époux au moment de la promesse de mariage, à défaut, par le droit de leur nationalité commune et, s'ils n'ont ni une résidence commune ni une nationalité commune, par le droit belge.

46. — Les conditions de fond et de forme du mariage étaient respectivement régies par les lois nationales des parties, appliquées de manière distributive ou cumulative selon que la condition visait un des futurs époux (nubilité, etc.) ou le lien existant entre eux (l'exogamie ou la différence d'âge), et par la loi du lieu de célébration du mariage⁽¹²⁰⁾. Ces règles sont maintenues aux articles 46 et 47 du Code. Ces dispositions visent aussi bien le mariage que les rapports juridiques équivalents au mariage, quelle que soit leur dénomination. Tel est notamment le cas du partenariat enregistré dans certains pays scandinaves.

L'article 46 traite des conditions de fond. Il précise toutefois que l'application de la loi nationale ne peut avoir pour effet d'interdire le mariage entre deux personnes de même sexe. Le droit au mariage homosexuel est érigé en principe d'ordre public. L'exclusion de la loi nationale prohibant le mariage homosexuel suppose que l'un des deux futurs époux ait la nationalité d'un État ou ait sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage⁽¹²¹⁾. Le Code reprend ainsi les instructions ministérielles qui avaient été données aux officiers de l'état civil par voie de circulaire peu de temps après l'adoption de la loi autorisant le mariage entre deux personnes du même sexe⁽¹²²⁾. Un mariage homosexuel pourra toujours être célébré en Belgique dès lors que l'un des futurs époux est Belge ou a sa résidence habituelle en Belgique depuis plus de trois mois.

La loi nationale fixe les conditions de fond, mais également la sanction des empêchements qu'elle stipule, ses effets et la putativité éventuelle. L'annulation visant à sanctionner la méconnaissance des conditions prévues par la ou les lois nationales, il suffit qu'une des deux parties n'ait pas respecté son droit national pour que la validité de l'union soit sujette à une demande d'annulation.

⁽¹²⁰⁾ Articles 170 et 170^{ter} du Code civil.

⁽¹²¹⁾ À ce jour la Belgique, les Pays-Bas et les pays scandinaves.

⁽¹²²⁾ Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, *M.B.*, 28 février 2003, vig. 1^{er} juin 2003; circulaire du 23 janvier 2004 remplaçant la circulaire du 8 mai 2003 relative à la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil (*M.B.*, 27 janvier 2004), alinéas 3 et 4, ainsi que les points A, 2.1, alinéas 3 et 4, et C, alinéas 4 et 5.



En ce qui concerne les conditions de forme, elles demeurent régies par le droit de l'État sur le territoire duquel le mariage est célébré. Le domaine de la loi du lieu de célébration recouvre «si et selon quelles modalités :

- 1° des déclarations et publications préalables au mariage sont requises dans cet État;
- 2° l'acte de mariage doit être établi et transcrit dans cet État;
- 3° le mariage célébré devant une autorité confessionnelle a des effets de droit;
- 4° le mariage peut avoir lieu par procuration».

47. — Les relations de vie commune sont régies par le droit de l'état sur le territoire duquel elles ont donné lieu à un enregistrement pour la première fois. Il fixe :

- les conditions d'établissement de la relation;
- les effets de la relation sur les biens des parties;
- les causes et les conditions de la cessation de la relation.

Le législateur a prévu un rattachement unique, visant à assurer un régime cohérent. Lorsqu'une relation de vie commune a été établie à l'étranger, l'officier de l'état civil la reconnaît lorsqu'elle l'a été conformément aux règles en vigueur dans le pays en question, sous réserve de la fraude à la loi et de l'ordre public.

- *La dissolution du lien*

- *Compétence internationale*

48. — Les règles de compétence internationale en matière de dissolution du mariage sont prévues à l'article 42 présenté ci-dessus⁽¹²³⁾. L'article 43 précise que les juridictions belges sont également compétentes pour connaître de toute demande tendant à convertir en divorce une décision rendue en Belgique sur la séparation de corps, ou à réviser une décision rendue en Belgique concernant les effets du mariage, du divorce ou de la séparation de corps.

- *Droit applicable*

49. — Les articles 55 et 56 déterminent le droit applicable au divorce et à la séparation de corps et son domaine.

⁽¹²³⁾ Voy. *supra* n° 40.

Avant l'entrée en vigueur du Code, deux textes régissaient la matière : l'article 3, alinéa 3, du Code civil, principe général en matière de statut personnel, et une loi spéciale, la loi du 27 juin 1960, qui y dérogeait. L'interprétation jurisprudentielle de l'article 3, alinéa 3, qui prévoyait l'application de la loi nationale de la personne concernée pour toutes les questions concernant son état ou sa capacité, aboutissait à une application cumulative des lois nationales⁽¹²⁴⁾. Le législateur était intervenu pour contourner les difficultés suscitées par cette position de la Cour de cassation par la loi du 27 juin 1960. Elle aboutissait, dans la plupart des cas, à l'application de la loi belge. Cette loi ne s'appliquait toutefois pas à tous les divorces, ayant «oublié» le divorce par consentement mutuel entre conjoints étrangers qui restait soumis au cumul limitatif.

Le système prévu par la loi du 27 juin 1960 qui distinguait entre les différentes formes de divorce, entre les situations concernant des couples dont l'un des conjoints était Belge et les autres, et entre les conditions d'admissibilité et les causes de divorce, est abandonné au profit d'un rattachement unitaire.

L'article 55, §1, utilise la technique dite de l'«échelle de Kegel». Elle consiste à prévoir un rattachement en cascade. Plusieurs facteurs de rattachement sont énoncés, en donnant la préférence au premier cité, le second et les suivants ne s'appliquant que lorsque le premier ne fonctionne pas. L'échelle dite «de Kegel» pratiquée en matière familiale applique à titre principal la nationalité commune et, à défaut, la loi de la résidence habituelle. Dans le Code, l'échelle est inversée.

«Le divorce et la séparation de corps sont régis :

- 1° par le droit de l'État sur le territoire duquel l'un et l'autre époux ont leur résidence habituelle lors de l'introduction de la demande;
- 2° à défaut de résidence habituelle sur le territoire d'un même État, par le droit de l'État sur le territoire duquel se situait la dernière résidence habituelle commune des époux, lorsque l'un d'eux a sa résidence habituelle sur le territoire de cet État lors de l'introduction de la demande;
- 3° à défaut de résidence habituelle de l'un des époux sur le territoire de l'État où se situait la dernière résidence habituelle commune, par le droit de l'État dont l'un et l'autre époux ont la nationalité lors de l'introduction de la demande;
- 4° dans les autres cas, par le droit belge.»

⁽¹²⁴⁾ Cass., ch. réun., 16 février 1955, *Rossi, Pas.*, 1955, I, 647.

Si le droit désigné ignore l'institution du divorce, le critère subsidiaire est utilisé⁽¹²⁵⁾.

Lorsque le critère utilisé est celui de la résidence habituelle, il est à noter qu'il ne s'agit pas nécessairement d'une résidence commune. Il suffit que les deux époux résident habituellement dans le même pays.

Le paragraphe 2 du même article ajoute que les époux peuvent faire usage, lors de la première comparution, de l'autonomie de la volonté et choisir le droit applicable au divorce ou à la séparation de corps. Ils ne peuvent le faire qu'au sein de l'un des droits suivants : le droit de leur nationalité commune ou le droit belge.

Le droit applicable s'applique aux questions suivantes :

1° l'admissibilité de la séparation de corps;

2° les causes et conditions du divorce ou de la séparation de corps ou, en cas de demande conjointe, les conditions du consentement, y compris son mode d'expression;

3° l'obligation d'un accord entre époux portant des mesures concernant la personne, les aliments et les biens des époux et des enfants dont ils ont la charge;

4° la dissolution du lien matrimonial ou, en cas de séparation, l'étendue du relâchement de ce lien.

En cas de divorce par consentement mutuel, seul l'accord des époux est soumis à la loi du divorce. Son contenu reste régi par la loi applicable à chacune des questions qu'il aborde.

Les effets du divorce ne participent pas non plus de la loi applicable au divorce, mais bien à chacune des lois applicables à ces effets (nom, aliments, etc.). C'est de la loi du divorce que dépend la reconnaissance de torts, mais c'est la loi alimentaire qui détermine si l'octroi d'une pension alimentaire est conditionné par le fait que le divorce a été prononcé aux torts du débiteur d'aliments.

— *Reconnaissance*

50. — L'article 57 est consacré à la problématique particulière de la reconnaissance de la répudiation. Sous le titre «Dissolution du mariage à l'étranger fondée sur la volonté du mari», le Code adopte un régime très restrictif, rendant quasiment impossible la reconnaissance d'une répudiation en Belgique.

⁽¹²⁵⁾ Article 55, §3.

La question de la reconnaissance de la répudiation est certainement celle qui a fait couler le plus d'encre et qui a suscité l'essentiel du débat parlementaire relatif à l'adoption du Code. Plusieurs amendements ont été déposés et le texte adopté est beaucoup plus restrictif quant à la possibilité de voir des répudiation reconnues que la proposition initiale. Le projet de Code a vu le jour alors qu'existaient déjà plusieurs projets de textes visant à limiter la reconnaissance de la répudiation.

Pour comprendre les changements opérés par le Code, il faut définir ce qu'est la répudiation et se remémorer la position adoptée par la jurisprudence quant à ses effets en Belgique.

La répudiation est un mode classique de dissolution de lien conjugal dans les pays où le droit familial est fondé sur les préceptes de la religion musulmane. La communauté marocaine étant fort présente en Belgique, de nombreux cas de répudiation concernent des couples d'origine marocaine, du moins pour l'un des conjoints. La répudiation est régie par les articles 79 à 84 du Code de statut personnel marocain⁽¹²⁶⁾, la *Mudawwanah*, telle que modifiée par la réforme entrée en vigueur le 1^{er} février 2004⁽¹²⁷⁾. La répudiation est le droit pour l'époux de se séparer unilatéralement de sa femme. Depuis la récente réforme, il ne peut plus le faire qu'en utilisant une procédure judiciaire. Le mari doit demander l'autorisation du juge; ce dernier doit convoquer l'épouse pour une tentative de réconciliation. Si aucune réconciliation n'intervient ni aucun accord entre les parties, le juge fixe les droits de l'épouse qui comportent : la dot à terme, le cas échéant, la pension pendant le délai de viduité (*idda*), le logement dans le domicile conjugal ou, en cas de nécessité, dans un logement convenant à l'épouse et à la situation financière du mari, ainsi que le don de consolation (*mutâh*). Le don de consolation est fonction de la durée du mariage, de la situation financière de l'époux, des motifs du divorce et du degré d'abus avéré dans l'exercice de ce droit par l'époux.

Selon les travaux préparatoires⁽¹²⁸⁾ et la circulaire, les termes «dissolution du mariage à l'étranger fondée sur la volonté du mari» utilisés par l'article 57 visent tout autant la répudiation unilatérale (*talak*) que la répudiation moyennant compensation (*khôl*) qui est l'acte par lequel la femme invite son mari à la répudier moyennant une compensation qu'elle lui verse. Cette interprétation est contestable⁽¹²⁹⁾. Tant dans l'ancien que dans le nouveau Code de statut personnel marocain, le *khôl*

⁽¹²⁶⁾ Anciennement les articles 44 à 52.

⁽¹²⁷⁾ Après avoir été approuvée par le Parlement marocain le 23 janvier 2004.

⁽¹²⁸⁾ Exposé des motifs, p. 88.

⁽¹²⁹⁾ Voy. en ce sens J.-Y. CARLIER, «Le Code belge de droit international privé», à paraître dans la *R. C. D. I. P.*



s'apparente davantage à un divorce par consentement mutuel. Le nouveau Code prévoit que «les époux peuvent se mettre d'accord sur le divorce moyennant compensation»⁽¹³⁰⁾. «Si les époux conviennent du principe du divorce moyennant compensation (*khol'*), sans se mettre d'accord sur la contrepartie, la question est portée devant le tribunal en vue d'une réconciliation. Si la tentative de réconciliation n'aboutit pas, le tribunal ordonne la mise en exécution du divorce moyennant compensation après en avoir évalué la contrepartie, prenant en considération le montant de la dot, la durée du mariage, les raisons justifiant la demande du [*khol'*] ainsi que la situation matérielle de l'épouse. Si l'épouse persiste à demander le [*khol'*] et que l'époux n'y consent pas, elle peut recourir à la procédure de désunion»⁽¹³¹⁾. En outre, il faut être attentif au fait qu'il existe aussi dans les pays appliquant un droit familial inspiré du droit musulman des divorces pour cause déterminée et par consentement mutuel qui ne sont pas visés par l'article 57.

51. — Avant l'adoption du Code, la reconnaissance de la répudiation, bien qu'opérant «de plein droit», était soumise, comme tout jugement étranger, aux conditions prévues par l'article 570 du Code judiciaire. Deux des cinq conditions posaient problème : le respect des droits de la défense — dans la mesure où l'épouse est formellement convoquée, sans cependant pouvoir se défendre sur le fond — et la contrariété à l'ordre public, cette institution étant réservée aux seuls hommes. Les droits de la défense posent la question de savoir par rapport à quel droit (le droit du juge requis ou le droit du pays d'origine) leur respect est évalué. L'ordre public doit être examiné au regard des trois critères usuels qui permettent de jauger son respect.

La Cour de cassation et les juges du fond ont développé une jurisprudence inconstante. L'on rappellera ici uniquement les trois arrêts rendus par la Cour de cassation. Le premier, prononcé le 11 décembre 1995⁽¹³²⁾, constatait que l'épouse répudiée n'avait été ni convoquée ni entendue lors de la procédure de répudiation. La Cour conclut qu'il y a eu violation des droits de la défense et que la décision ne peut être reconnue en Belgique. Le second arrêt, datant du 29 avril 2002⁽¹³³⁾, souligne que l'ordre public s'entend, au sens de l'article 570 du Code judiciaire, de l'ordre public international belge. Une loi d'ordre public interne n'est d'ordre public international belge que si, par les dispositions de cette loi, le législateur a

⁽¹³⁰⁾ *Mudawwanah*, article 115.

⁽¹³¹⁾ Article 120.

⁽¹³²⁾ Cass., 3^e ch., 11 décembre 1995, *Pas.*, I, p. 1136.

⁽¹³³⁾ Cass., 3^e ch., 29 avril 2002, *R.T.D.F.*, 2003, p. 94.

entendu consacrer un principe qu'il considère comme essentiel à l'ordre moral, politique ou économique établi en Belgique. Si l'arrêt admet que, dans la loi marocaine en conformité de laquelle le lien conjugal a été rompu, «une discrimination subsiste à l'égard de l'épouse marocaine», il considère qu'«il convient de vérifier si la décision de répudiation n'est pas contraire à l'ordre public belge *in concreto* et non *in abstracto*». La Cour conclut qu'en l'espèce, «il est [...] acquis que la première épouse (du défendeur) a accepté la répudiation» et qu'«on ne peut affirmer que la procédure de répudiation s'est déroulée en fraude de la loi belge» dès lors que «les époux se sont mariés au Maroc» où la première épouse du défendeur «réside [...] depuis plus de vingt ans». Le dernier arrêt, prononcé le 29 septembre 2003⁽¹³⁴⁾, se fonde à nouveau sur les droits de la défense et souligne que la défenderesse «a été dûment convoquée le 11 octobre 1994 pour comparaître le 10 novembre 1994 devant le tribunal de première instance de Chefchaouen», et qu'elle a déclaré n'avoir «pu se rendre sur place pour des raisons personnelles et matérielles», il considère «que les droits de la défense n'ont guère été respectés au cours de la procédure de répudiation». La Cour juge qu'en se fondant sur la circonstance que la défenderesse a «ultérieurement accept[é] la [...] répudiation et [...] revendiqu[é] ses droits d'épouse divorcée» et en en déduisant qu'elle «a indiscutablement acquiescé à la répudiation et, ce faisant, reconn[u] que ses droits n'ont pas été lésés», l'arrêt ne justifie pas légalement sa décision que la répudiation litigieuse satisfait à la condition énoncée à l'article 570, alinéa 2, 2°, du Code judiciaire.

52. — Les objectifs ayant présidé à l'adoption du nouveau texte sont les suivants. Il s'agit, d'une part, d'éviter la répudiation «touristique» par un époux résidant en Belgique. L'on pose, dès lors, des critères de proximité. D'autre part, l'on veut s'assurer du consentement de la femme, ce qui suppose que l'acquiescement implicite ne soit pas admis. L'on exige par ailleurs une décision judiciaire suite à une procédure à laquelle la femme était en mesure d'être présente.

Le projet initial⁽¹³⁵⁾ permettait la reconnaissance d'une répudiation prononcée à l'étranger lorsque l'épouse était présente et avait accepté la

⁽¹³⁴⁾ Cass., 3^e ch., 29 septembre 2003.

⁽¹³⁵⁾ L'article 57 était rédigé comme suit :

«§1^{er}. Un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal, ne peut être reconnu en Belgique [...] que s'il a été homologué par une juridiction de l'État où il a été établi.

§2. La décision judiciaire étrangère n'est pas reconnue [...] si, outre l'existence d'un motif de refus prévu par l'article 25 :1° la femme n'a pas été mise en mesure d'être présente lors de cette homologation;

répudiation de manière certaine, à condition qu'aucun des deux époux ne résidât en Belgique à ce moment et qu'aucun d'entre eux ne fût Belge à ce moment, sauf si cette nationalité ne reflétait pas un lien effectif avec la Belgique. Ce texte ne permettait déjà plus que la reconnaissance de répudiations acceptées par l'épouse au sein d'un couple de conjoints étrangers, résidant tous deux à l'étranger.

La disposition adoptée pose pour principe qu'«un acte établi à l'étranger constatant la volonté du mari de dissoudre le mariage sans que la femme ait disposé d'un droit égal ne peut être reconnu en Belgique».

Un tempérament à cette prohibition est admis. La répudiation sera reconnue s'il est satisfait aux conditions cumulatives suivantes⁽¹³⁶⁾ :

1. l'acte doit avoir été homologué par une juridiction de l'État où il a été établi;
2. lors de l'homologation, aucun époux ne pouvait avoir la nationalité d'un État dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage;
3. lors de l'homologation, aucun époux n'avait de résidence habituelle dans un État dont le droit ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage;
4. la femme a accepté de manière certaine et sans contrainte la dissolution du mariage.

Ce texte ne permet plus que la reconnaissance de répudiations prononcées au sein d'un couple composé de conjoints étrangers, ressortissants d'un pays connaissant la répudiation et y résidant. Il concerne, dès lors, des procédures qui se sont passées à l'étranger, dans un pays autorisant la répudiation, avant que le ou les ex-conjoints ne s'installent en Belgique. Par exemple, une répudiation intervient au Maroc entre deux conjoints marocains vivant au Maroc en 1995. En 1998, l'ex-mari s'installe en Belgique et souhaite contracter mariage. Il se prévaut de son statut de célibataire. La répudiation sera reconnue. Si, par contre, la répudiation avait été prononcée alors qu'il résidait en France, même si la France

2° lorsqu'elle a été mise en mesure d'être présente ou lorsqu'elle a été présente lors de cette homologation, la femme n'a pas accepté la dissolution de manière certaine et sans aucune contrainte à ce moment;

3° l'un des époux résidait habituellement en Belgique lors de cette homologation; ou

4° l'un des époux était Belge lors de cette homologation; toutefois, le juge peut écarter cette condition si la situation ne présentait pas d'autre lien significatif avec la Belgique à ce moment.

La reconnaissance peut également être refusée si cette forme de dissolution du mariage n'est pas susceptible d'être reconnue dans l'État de la résidence habituelle ou de la nationalité de l'un des époux, en raison de cette résidence ou de cette nationalité.»

⁽¹³⁶⁾ Outre le respect des conditions prévues à l'article 25.

reconnaît la dissolution du lien conjugal, il ne pourra s'en prévaloir en Belgique puisque la France ne connaît pas la répudiation comme mode de dissolution du lien conjugal.

Il n'est, dès lors, plus question pour un binational ou un étranger vivant en Belgique de procéder à une répudiation au Maroc, même avec l'accord de son épouse

La vérification du respect de la condition d'acceptation certaine de l'épouse est facile à contrôler lorsqu'elle invoque la répudiation. Par contre, si le mari se prévaut de celle-ci, la preuve est beaucoup plus difficile à apporter. Elle peut l'être par toute voie de droit ⁽¹³⁷⁾.

2. *Les rapports entre parents et enfants : la filiation biologique*

53. — L'on traite sous ce dernier titre des rapports entre parents et enfants. La filiation biologique retient pour l'essentiel l'attention. L'autorité parentale a déjà été analysée. Les dispositions relatives à la filiation adoptive ne sont pas présentées. Leur entrée en vigueur est fonction de la mise en œuvre de la nouvelle loi belge sur l'adoption et est postposée ⁽¹³⁸⁾.

• *Compétence internationale*

54. — Aucun traité international ne régissant la compétence internationale du juge belge en matière de filiation, c'est le droit interne qui s'applique. Avant l'entrée en vigueur du Code, il s'agissait des articles 635 et suivants du Code judiciaire et de l'article 15 du Code civil.

Le Code contient désormais plusieurs dispositions propres à la filiation biologique qui s'ajoutent aux critères généraux. L'article 61 fixe les critères suivants en matière d'établissement ou de contestation de paternité ou de maternité. Ils fonctionnent de manière alternative. Il s'agit de :

- la résidence habituelle de l'enfant;
- la résidence habituelle de la personne dont la paternité ou la maternité est invoquée ou contestée;

⁽¹³⁷⁾ Circulaire, L.

⁽¹³⁸⁾ Article 140 : «Toutefois le chapitre V, section 2, l'article 131 et l'article 139, 5° et 12°, entrent en vigueur au plus tôt le jour de l'entrée en vigueur de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption.

Le chapitre I^{er} ne s'applique à l'adoption ou à la révocation de l'adoption qu'à la date d'entrée en vigueur du chapitre V, section 2. L'article 15 du Code civil et les articles 635, 636 et 638 du Code judiciaire restent en vigueur jusqu'à la même date dans la mesure où ils peuvent porter sur l'adoption ou la révocation de l'adoption.»

— la nationalité belge commune à l'enfant et à la personne dont la maternité ou la paternité est invoquée ou contestée.

La reconnaissance fait l'objet d'une disposition spécifique. L'article 65 énonce qu'un acte de reconnaissance peut être établi en Belgique si l'une des conditions suivantes est remplie :

- l'auteur est Belge, est domicilié ou a sa résidence habituelle en Belgique au moment où l'acte est posé;
- l'enfant est né en Belgique, ou
- l'enfant a sa résidence habituelle en Belgique au moment de la passation de l'acte.

Les critères posés par l'article 65 opèrent de manière alternative⁽¹³⁹⁾. Les autorités belges sont donc compétentes pour traiter une action en recherche de paternité par la mère d'un enfant italien résidant en Belgique contre un homme italien résidant en Italie, mais également si la mère et l'enfant vivent en Italie et l'homme en Belgique. Elles le sont aussi s'agissant d'une action en recherche de paternité introduite par la mère belge d'un enfant belge résidant en Chine contre un homme belge y vivant aussi. Une reconnaissance pourra être effectuée devant les autorités belges par un homme belge vivant au Mali à l'égard d'un enfant né en Belgique d'une mère malienne vivant avec l'enfant au Mali ou par un homme marocain qui reconnaît un enfant marocain né au Maroc, mais vivant en Belgique.

• *Droit applicable*

55. — Il n'existe pas non plus de texte international contenant des règles de conflit de lois en matière de filiation biologique. Avant l'entrée en vigueur du Code, l'article 3, alinéa 3, du Code civil conduisait à l'application de la loi nationale. Se posait alors la question de savoir quelle loi nationale. Face à la relation triangulaire de la filiation, plusieurs lois pouvaient entrer en concurrence : celle de l'enfant, bien souvent mais pas toujours identique à celle de la mère, la loi du père légal, celle de la personne souhaitant reconnaître l'enfant, etc. La jurisprudence appliquait les règles suivantes.

La filiation maternelle était fonction de la loi de la mère. C'est dans son droit national qu'il était recherché si l'adage *mater semper certa est* s'appliquait. La présomption de paternité du mari de la mère était régie

⁽¹³⁹⁾ La plupart des dispositions du Code prévoyant des critères alternatifs ne mentionnent la conjonction «ou» qu'au terme de l'avant-dernière ligne et non au bout de chacune d'entre elles. Voy. par exemple les articles 25 ou 42.

par la loi du mari. La majeure partie de la jurisprudence appliquait la même loi à la contestation de cette paternité par le mari — désaveu de paternité — ou par la mère — contestation de paternité. Une jurisprudence minoritaire soumettait cette question à la loi de l'enfant. La reconnaissance était régie par la loi de l'enfant ou du candidat à la reconnaissance selon qu'elle intervenait après ou avant la naissance. Une jurisprudence minoritaire appliquait la loi du père dans ces deux hypothèses. L'action en recherche de paternité était soumise à la loi nationale de l'enfant⁽¹⁴⁰⁾.

Cette jurisprudence se fondait sur l'idée selon laquelle la filiation devait être régie par la loi de la personne dont les intérêts sont centraux, à savoir l'enfant. Cette motivation était critiquée en raison de ce que la sauvegarde des intérêts de l'enfant n'est pas *a fortiori* garantie par l'application de son droit national. Il arrivait souvent que la loi de l'enfant soit écartée en raison de sa contrariété à l'ordre public, notamment lorsqu'elle aboutissait à ce que l'on doit appliquer un droit étranger n'autorisant pas l'établissement de la filiation hors mariage. Tel est le cas des droits d'inspiration islamique.

56. — L'article 62 opte pour l'application non plus de la loi de l'enfant, mais de la loi de l'auteur. L'on applique la loi de la mère ou du père à la date de la naissance de l'enfant ou à la date à laquelle l'acte volontaire — reconnaissance — conduisant à l'établissement du lien de filiation est posé. La loi de la résidence habituelle de l'enfant régit cependant l'exigence et les modalités de son consentement lorsqu'elles ne sont pas prévues par le droit de l'auteur. La circulaire donne l'exemple d'un Belge qui souhaiterait reconnaître un enfant âgé de quatorze ans ayant sa résidence habituelle en France⁽¹⁴¹⁾. La loi belge, qui ne prévoit pas le consentement de l'enfant de moins de quinze ans, est applicable à l'établissement de la filiation. La loi française déterminera si le consentement de l'enfant est ou non nécessaire.

L'application de la loi de l'auteur de l'enfant peut conduire à ce que des lois différentes conduisent à l'établissement d'un lien de filiation à l'égard de plusieurs personnes du même sexe lorsque leurs droits nationaux contiennent des normes différentes (par exemple en ce qui concerne la présomption de paternité). Trois situations peuvent se présenter :

— La concurrence opère entre un lien de filiation résultant de la loi et un lien découlant d'un acte volontaire : dans ce cas, c'est la loi qui régit la

⁽¹⁴⁰⁾ Cass., 1^{re} ch., *Lakaye c. Nigra*, 20 mars 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 91.

⁽¹⁴¹⁾ Circulaire, N.1.

filiation opérant de plein droit qui détermine l'effet d'une reconnaissance sur la filiation. Cela signifie que si deux hommes deviennent pères d'un même enfant parce que le premier est le mari de la mère en vertu de son droit national et parce que le second a reconnu l'enfant sur la base de son droit national, c'est le droit national du premier qui régit le conflit de filiations.

- Si le conflit oppose deux liens de filiation résultant de plein droit de la loi — deux présomptions de paternité jouant sur la base de délais différents prévus par les deux législations nationales distinctes —, la loi applicable est celle avec laquelle la situation a les liens les plus étroits.
- Enfin, si un enfant est reconnu valablement par deux personnes différentes du même sexe, le droit applicable à la première reconnaissance détermine les effets sur celle-ci d'une reconnaissance ultérieure.

La loi applicable à la filiation régit les questions suivantes :

- qui peut rechercher ou contester un lien de filiation;
- quels sont les modes de preuve, sur qui reposent la charge et l'objet de la preuve du lien de filiation; de manière générale, les modes de preuve sont régis par la loi applicable à la situation juridique sur laquelle ils portent;
- quelles sont les conditions et les effets de la possession d'état;
- quels sont les délais d'intentement de l'action.

Les formalités de la reconnaissance sont soumises soit à la loi applicable à la filiation, soit à la loi du pays sur le territoire duquel l'acte de reconnaissance est posé. Cette règle alternative favorise la validité de l'acte de reconnaissance. Ces formalités étaient précédemment régies par le seul droit applicable au rapport de filiation. C'est ce dernier qui déterminait, par exemple, si une homologation judiciaire était nécessaire en cas d'établissement de la filiation hors mariage, par exemple lorsque l'auteur de la reconnaissance était marié.

La loi de la filiation laisse subsister l'application de lois propres aux questions du nom⁽¹⁴²⁾, de l'autorité parentale⁽¹⁴³⁾ et des aliments⁽¹⁴⁴⁾.

Une action en recherche de paternité intentée par la mère d'un enfant italien résidant en Belgique contre un homme italien résidant en Italie sera régie par le droit italien. C'est le droit belge qui s'applique à la reconnaissance par un homme belge d'un enfant marocain né en Belgique, avant ou après la naissance. La reconnaissance d'un enfant né hors mariage par un

⁽¹⁴²⁾ Voy. *supra* n^{os} 35 et s.

⁽¹⁴³⁾ Voy. *supra* n^{os} 32 et s.

⁽¹⁴⁴⁾ Voy. *infra* n^{os} 56 et s.

homme non marié de nationalité portugaise ne nécessitera pas d'homologation car si le droit portugais prévoit l'homologation judiciaire, tel n'est pas le cas du droit belge. En cas de reconnaissance par un homme guinéen marié d'un enfant né de sa relation avec une autre femme que son épouse, si le droit guinéen ne prévoit pas d'homologation, elle n'est pas nécessaire.

3. — *Les obligations alimentaires*

57. — L'on examine essentiellement sous ce titre les obligations alimentaires. Le nom et l'autorité parentale ont déjà été présentés⁽¹⁴⁵⁾. Les dispositions présentées ci-dessous s'appliquent à tous les litiges relatifs aux aliments, qu'ils concernent des époux, des ex-époux, des ascendants ou des descendants. En matière d'obligations alimentaires, il faut être attentif aux conventions internationales applicables tant en matière de conflits de juridictions que de conflits de lois⁽¹⁴⁶⁾.

• *Compétence internationale*

58. — Les règles de droit interne ne s'appliquent que si aucune convention internationale ne régit la compétence du juge belge. La matière des aliments est couverte par le Règlement de Bruxelles I concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Le règlement n'est applicable que si le défendeur a son domicile sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne.

S'il y est domicilié, la compétence internationale est régie par l'article 5, 2°, désignant le tribunal du lieu où le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle. L'article 5, 2°, réserve l'hypothèse où la demande relative aux aliments est l'accessoire d'une action relative à l'état des personnes (divorce, filiation, etc.). Dans ce cas, le juge compétent pour trancher la question alimentaire est le juge désigné selon les règles de conflit de juridictions du juge compétent pour connaître de la procédure relative à l'état des personnes, sauf si elles se fondent sur le seul critère de la nationalité de l'une des parties. Cela signifie, concrètement, que si le juge saisi d'une action principale en divorce est un juge d'un pays membre

⁽¹⁴⁵⁾ Voy. *supra* nos 32 et s.; 35 et s.

⁽¹⁴⁶⁾ Certaines conventions régissent également la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'aliments et s'appliquent lorsque le Règlement de Bruxelles I ne s'applique pas. Il s'agit notamment de la Convention concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants, signée à La Haye le 15 avril 1958 (http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=conventions.text&cid=38) et de la Convention sur le recouvrement des aliments à l'étranger signée à New York le 20 juin 1956, loi belge du 6 mai 1966, *Pasin.*, 1966, p. 227.



de l'Union européenne, il appliquera le Règlement de Bruxelles *Ibis* en ce qui concerne cette action principale et verra sa compétence étendue à l'action alimentaire accessoire. Il en va de même si l'action principale concerne l'autorité parentale. Si la procédure principale n'est pas un divorce, mais, par exemple, une action relative à la filiation, Bruxelles II ou *Ibis* ne s'appliquent pas. Le juge compétent en vertu des règles de conflit de juridiction internes pour trancher la question de la filiation le sera également pour traiter le litige alimentaire.

59. — Si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre de l'Union européenne, l'article 73 du nouveau Code s'applique. Il prévoit une règle alternative qui permet au juge belge d'intervenir soit si, lors de l'introduction de la demande, le créancier d'aliments a sa résidence habituelle en Belgique, soit si le créancier et le débiteur d'aliments sont Belges lors de l'introduction de la demande⁽¹⁴⁷⁾. Ce second chef de compétence permet à des Belges expatriés de faire trancher les questions alimentaires en Belgique.

Le Code prévoit une règle similaire au règlement de Bruxelles I lorsque l'action alimentaire est accessoire à une action concernant l'état des personnes. Dans cette hypothèse, le juge belge compétent pour connaître de cette action l'est également pour connaître de la demande d'aliments⁽¹⁴⁸⁾.

• *Droit applicable*

60. — Une convention internationale régit le droit applicable aux obligations alimentaires à l'égard des enfants. Il s'agit de la Convention de La Haye du 24 octobre 1956⁽¹⁴⁹⁾. Elle prime sur le droit interne dans les limites dans son applicabilité matérielle et spatiale. La Convention ne s'applique qu'aux obligations alimentaires à l'égard des enfants, ces derniers recouvrant «tout enfant légitime, non légitime ou adoptif, non marié et âgé de moins de 21 ans accomplis»⁽¹⁵⁰⁾. L'article 6 limite son application spatiale par une condition de réciprocité : «La Convention ne s'applique qu'aux cas où la loi désignée par l'article premier, est celle d'un des États contractants.» Cette loi est celle de la résidence habituelle du

⁽¹⁴⁷⁾ Article 73, § 1^{er}.

⁽¹⁴⁸⁾ Article 73, § 2.

⁽¹⁴⁹⁾ Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants, signée à La Haye le 24 octobre 1956, approuvée par la loi belge du 17 juillet 1970, *M.B.*, 30 septembre 1970.

(http://hcch.e-vision.nl/index_fr.php?act=conventions.text&cid=37).

⁽¹⁵⁰⁾ Article 1^{er}, alinéa 4.

créancier d'aliments qui doit se trouver sur le territoire d'un État partie à la Convention.

Le principe posé par la Convention est l'application de la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments. Deux exceptions sont prévues, l'une par la loi belge d'approbation de celle-ci au nom du principe de proximité, l'autre par la Convention. La loi belge du 27 juillet 1970, en son article 2, précise que la loi belge est applicable si le créancier et le débiteur d'aliments sont Belges, si le second a sa résidence habituelle en Belgique et ce, même si l'enfant n'y réside pas. L'article 3 de la Convention écarte le droit de la résidence habituelle au profit de la loi du for si la loi de la résidence habituelle de l'enfant lui refuse tout droit aux aliments.

61. — Le Code s'applique à toutes les autres obligations alimentaires dès lors que l'on sort du champ d'application de la Convention de La Haye.

Avant l'adoption du Code, la jurisprudence appliquait l'article 3, alinéa 3, du Code civil et distinguait entre les obligations alimentaires se fondant sur un rapport de parenté ou d'alliance et les autres.

Les aliments entre époux participant des effets du mariage étaient régis par la loi nationale commune⁽¹⁵¹⁾ et, à défaut, par la loi du dernier domicile conjugal⁽¹⁵²⁾. La doctrine optait plutôt pour la loi de la résidence habituelle des époux tandis qu'une jurisprudence minoritaire appliquait la loi belge en tant que loi de police. Les demandes d'aliments entre ex-époux avaient été jugées «si étroitement liées aux relations personnelles entre les

⁽¹⁵¹⁾ Cass., 1^{re} ch., 16 juin 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 603 : «Attendu que le demandeur et la défenderesse sont divorcés; que, nonobstant le divorce, la défenderesse entend, d'une part, se maintenir dans un immeuble, bien propre du demandeur situé en Belgique, qui fut affecté pendant le mariage au logement principal de la famille, et y faire exécuter des travaux aux frais du demandeur, d'autre part, obtenir une pension à charge du demandeur; attendu que ces demandes ne peuvent se concevoir qu'en raison de l'état de mariage qui fut celui des parties depuis la célébration de celui-ci jusqu'à sa dissolution par la transcription du divorce; qu'elles sont si étroitement liées aux relations personnelles des époux, dont elles apparaissent comme une survivance, qu'elles ne peuvent être jugées qu'en application de la loi régissant le statut personnel des ex-conjoints; que, lorsque, comme en l'espèce, ceux-ci ont la même nationalité, leur statut personnel est régi par la loi de cette nationalité commune.»

⁽¹⁵²⁾ Cass., 3^e ch., 25 mai 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 938 : «L'article 224, §1^{er}, alinéa 4, du Code civil, qui ne constitue pas une loi de police, établit un régime de protection lié si étroitement au mariage et à ses effets qu'il doit être considéré comme concernant l'état des personnes et, comme il résulte de l'article 3, alinéa 3, du Code civil, être soumis à la loi de l'État de la nationalité commune des époux ou, à défaut de nationalité commune au moment où le conflit surgit, à la loi du premier domicile conjugal»; Cass., 1^{re} ch., 17 octobre 2002, *R.T.D.F.*, 2003, p. 341 : les aliments participent des effets personnels du mariage et sont, dès lors, soumis à la loi de la nationalité commune ou, à défaut, à la loi de leur dernière résidence conjugale.

époux» dont elles sont une survivance qu'elles relevaient du statut personnel des conjoints.

La Cour de cassation avait appliqué la loi nationale de l'enfant à une action alimentaire non déclarative de filiation⁽¹⁵³⁾.

Le Code prévoit un rattachement unique pour toutes les obligations alimentaires et utilise le critère classique de la résidence habituelle du créancier d'aliments.

Il y est fait exception au profit de la loi de la nationalité commune des parties si elle correspond à la résidence habituelle du débiteur d'aliments⁽¹⁵⁴⁾. Cette solution vise à éviter la délocalisation volontaire du créancier d'aliments. Le droit belge est ainsi applicable à l'action alimentaire intentée par une femme marocaine résidant en Belgique contre son mari marocain, sauf si ce dernier réside au Maroc, auquel cas le droit marocain est applicable. Une réserve à cette exception est prévue sous la forme d'une garantie pour l'époux(se) ou l'enfant mineur. Si le droit national commun désigné n'accorde pas de droit aux aliments, le droit belge est applicable⁽¹⁵⁵⁾. Le Code prévoit de cette manière une clause particulière d'ordre public qui s'ajoute à l'article 21 qui contient la clause générale d'ordre public figurant dans le Code⁽¹⁵⁶⁾.

62. — Le Code réserve également aux parties la possibilité de choisir le droit applicable en concluant une convention relative aux aliments. Leur liberté est limitée par le choix du droit de l'État dont l'une des parties a la nationalité ou par la loi de l'État sur le territoire duquel l'une d'elles a sa résidence habituelle⁽¹⁵⁷⁾. Si les parties ont conclu une convention sans effectuer un tel choix, celle-ci est régie par le droit applicable selon les critères prévus par l'article 74, tels qu'ils se concrétisent à la date de la signature de l'accord⁽¹⁵⁸⁾. La validité formelle de la convention est soumise soit au droit applicable au fond, soit à celui de l'État sur le territoire duquel elle a été signée⁽¹⁵⁹⁾.

Les clauses relatives aux aliments figurant dans les conventions préalables au divorce par consentement mutuel sont régies, aux termes de l'article 56, par la loi applicable au divorce. En outre, si le droit applicable aux aliments prévoit une condition relative au divorce, tel l'article 306 du Code civil, elle est appréciée en fonction du droit applicable au divorce.

⁽¹⁵³⁾ Cass., 1^{re} ch., 24 mars 1960, *Pas.*, 1960, I, p. 860.

⁽¹⁵⁴⁾ Article 74, § 1^{er}.

⁽¹⁵⁵⁾ Article 74, § 2.

⁽¹⁵⁶⁾ Voy. *supra* n° 27.

⁽¹⁵⁷⁾ Article 75, § 1^{er}.

⁽¹⁵⁸⁾ Article 75, § 2.

⁽¹⁵⁹⁾ Article 75, § 3.

63. — Le droit applicable régit les questions suivantes : qui, dans quelle mesure, à qui et dans quels délais le créancier peut demander des aliments. Il s'applique également à la variabilité et aux causes d'extinction de la créance alimentaire⁽¹⁶⁰⁾.

Par contre, la subrogation dans les droits du créancier au profit d'un tiers qui l'a désintéressé est régie par le droit applicable à l'obligation du tiers de désintéresser ce créancier⁽¹⁶¹⁾. Ainsi, si une institution publique a octroyé des avances alimentaires à un créancier d'aliments, c'est la loi applicable à la relation entre cette institution et le créancier d'aliments qui s'applique⁽¹⁶²⁾.

E. — Conclusion

64. — La présentation qui précède n'est pas une analyse exhaustive de toutes les implications de l'adoption du Code. Elle donne un premier éclairage sur les changements qu'il apporte en matière d'état des personnes et de droit familial. Elle sera complétée par les études plus approfondies qui seront consacrées à son entrée en vigueur et, dans les mois et les années à venir, par les commentaires et les questionnements que suscitera sa mise en œuvre pratique. Le juge y trouve des normes plus claires, mais aussi, dans certains cas, un large pouvoir d'appréciation, tant en matière de compétence au travers notamment de l'attribution exceptionnelle de compétence internationale qui l'invite à apprécier les «liens étroits», l'«impossibilité» d'agir à l'étranger ou le caractère «déraisonnable» d'une exigence en ce sens, qu'en ce qui concerne le droit applicable par le biais de la «clause d'exception». Ce pouvoir doit être utilisé avec mesure pour que le droit international privé reste une porte ouverte au juge et aux droits étrangers et un instrument au service de l'internationalisation croissante des relations familiales.

⁽¹⁶⁰⁾ Article 76, § 1^{er}.

⁽¹⁶¹⁾ Article 76, § 2.

⁽¹⁶²⁾ Voy. en droit belge l'article 98, § 2, de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale.

