



**UCL**  
Université  
catholique  
de Louvain

CAHIERS  
DU **CeDIE** WORKING  
PAPERS

N° 2011/03

**BELGIQUE, DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC AUX ACCOMODEMENTS  
RÉCIPROQUES ?**

Jean-Yves Carlier\*  
Caroline Henricot\*\*

Mis en ligne/uploaded : 12 décembre 2011.

---

\* Professeur aux universités de Louvain et de Liège ; Avocat au Barreau de Nivelles et Président du CeDIE. L'auteur peut être contacté à l'adresse suivante : [jean-yves.carlier@uclouvain.be](mailto:jean-yves.carlier@uclouvain.be).

\*\* Assistante à l'Université catholique de Louvain (CeDIE) et Avocate au Barreau de Bruxelles. L'auteure peut être contactée à l'adresse suivante : [caroline.henricot@uclouvain.be](mailto:caroline.henricot@uclouvain.be).

Cette étude a été présentée au Caire le 2 mars 2010 à l'occasion d'un séminaire organisé par l'Institut français de recherche pour le développement (I.R.D.) visant à étudier les politiques législatives et les pratiques judiciaires de six pays du Nord et du Sud de la Méditerranée (France, Belgique, Espagne au Nord ainsi que Egypte, Maroc, Tunisie au Sud) face à des normes ou décisions étrangères relatives au droit de la famille. La version finale de cette étude sera publiée dans l'ouvrage *Ordre public et droit musulman en Méditerranée*, à venir aux éditions Bruylant.

Le présent texte peut être uniquement utilisé à des fins de recherche individuelle. Toute reproduction ou diffusion, que ce soit en version papier ou électronique, est soumise au consentement de l'(des) auteur(s). L'auteur est libre d'en publier le contenu ailleurs mais assume alors l'entière responsabilité du respect de ses obligations vis-à-vis de tout éditeur tiers.

This text may be used for personal research purposes only. Any reproduction or diffusion for other purposes, whether in hard copy or electronic format, requires the consent of the author(s). The author is free to publish the text elsewhere but then assumes full responsibility for complying with the obligations imposed by any third party.

Les Cahiers du CeDIE doivent être cités comme suit : Auteur, Titre, Cahiers du CeDIE année/numéro, [www.uclouvain.be/cedie](http://www.uclouvain.be/cedie), suivi de la date à laquelle il a été consulté.

The CeDIE Working Papers should be cited as follows: Author, Title, CeDIE Working Paper year/number, [www.uclouvain.be/cedie](http://www.uclouvain.be/cedie), followed by the date it was consulted.

ISSN 2034-6301

© Jean-Yves Carlier, Caroline Henricot

Published in Belgium by:  
Université catholique de Louvain  
CeDIE – Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen  
Collège Thomas More  
Place Montesquieu, 2 (boîte L2.07.01)  
1348 Louvain-la-Neuve  
Belgique / Belgium

[www.uclouvain.be/cedie](http://www.uclouvain.be/cedie)

Contact : [cedie@uclouvain.be](mailto:cedie@uclouvain.be)

## RÉSUMÉ – ABSTRACT

(FR) La présente contribution examine la prise en considération par les juridictions belges du droit de trois pays arabes (le Maroc, la Tunisie et l'Égypte) dans le domaine des relations familiales, afin d'évaluer la compréhension et l'application des normes étrangères par les magistrats.

(EN) The present paper analyzes whether and to what extent Belgian courts take into account the law of three Arabic countries (Morocco, Tunisia and Egypt) when hearing and deciding cases in the field of family relations, in order to assess the understanding and application by judges of rules of foreign origin.

## MOTS-CLÉ – KEYWORDS

Droit international privé – règle de conflit de lois - application droit étranger – pays arabo-musulmans – relations de vie commune – enfants – dissolution lien conjugal.

Private international law – conflict of laws – application of foreign law – Arab Muslim countries – matrimonial unions – children – dissolution of marriage.

## TABLE DES MATIÈRES – TABLE OF CONTENTS

<b>I. LES RELATIONS DE VIE COMMUNE .....</b>	<b>6</b>
A. LE MARIAGE .....	6
1. <i>Le droit applicable à la formation et à l'annulation du mariage</i> .....	6
2. <i>La reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger</i> .....	8
a. <i>La fraude à la loi face aux mariages de complaisance</i> .....	8
b. <i>L'exception d'ordre public face à la polygamie</i> .....	10
B. LES DIFFERENTES FORMES DE PARTENARIATS .....	13
<b>II. LES ENFANTS .....</b>	<b>14</b>
1. LE DROIT APPLICABLE A L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION BIOLOGIQUE .....	14
a. <i>L'exception d'ordre public face à la filiation naturelle</i> .....	15
b. <i>L'exception d'ordre public face à la filiation polygame</i> .....	15
2. LE DROIT APPLICABLE A LA CONTESTATION DE LA FILIATION BIOLOGIQUE .....	16
a. <i>L'exception d'ordre public face à une action dont le mari détient le privilège exclusif</i> .....	16
b. <i>L'exception d'ordre public face à l'absence de délai de prescription</i> .....	17
3. LE DROIT APPLICABLE A L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION ADOPTIVE .....	18
<b>III. LA DISSOLUTION DU LIEN CONJUGAL .....</b>	<b>20</b>
1. LE DROIT APPLICABLE AU DIVORCE ET A LA SEPARATION DE CORPS .....	20
a. <i>Lorsque l'action est introduite avant le 21 juin 2012</i> .....	21
b. <i>Lorsque l'action est introduite après le 21 juin 2012</i> .....	22
2. LE DROIT APPLICABLE AUX EFFETS DU DIVORCE: LES OBLIGATIONS ALIMENTAIRES ENTRE EX-EPOUX .....	24
3. LA RECONNAISSANCE DES JUGEMENTS PRONONÇANT LA DISSOLUTION DU LIEN CONJUGAL A L'ETRANGER .....	25
a. <i>Les divorces</i> .....	25
b. <i>Les répudiations</i> .....	26
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>29</b>

## BELGIQUE, DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC AUX ACCOMODEMENTS RÉCIPROQUES ?

L'application du droit étranger par les cours et tribunaux représente un défi, accentué de par l'internationalisation des relations personnelles. Ce défi peut se révéler d'autant plus sensible qu'il s'agit d'appliquer le droit d'un pays de tradition islamique.

Ne puisant ni dans le droit interne, ni dans les textes internationaux un droit spécifique au respect de leur statut fondé sur leur appartenance à la *umma*, les musulmans se verront appliquer le droit de leur confession uniquement par le truchement de leur loi nationale<sup>1</sup>.

En d'autres termes, en Belgique comme dans d'autres pays européens, seuls les musulmans étrangers pourraient bénéficier, dans une certaine mesure, de l'application du droit d'un pays arabo-musulman par référence au droit international privé belge désignant leur loi nationale applicable ou imposant la reconnaissance d'une situation créée en application de leur loi nationale dans leur pays d'origine. Ce mécanisme indirect d'application d'un droit religieux via l'application d'un droit national pose question au regard de l'égalité devant la religion. Par exemple, pourquoi un musulman marocain peut-il, en partie, se voir appliquer le droit musulman en Belgique, alors qu'un musulman belge, ou belgo-marocain ne le peut ? Si le juriste perçoit clairement que tel est le résultat des règles de droit international privé, cette inégalité devant la religion est difficilement compréhensible pour le commun des mortels, quel que soit d'ailleurs son point de vue : qu'il revendique l'application de sa religion alors qu'il a la nationalité d'un Etat de droit laïc ou qu'il refuse l'application de leur droit d'inspiration religieuse à des étrangers.

La présente contribution a pour objectif de faire le point sur la prise en considération par les juridictions belges du droit de trois pays arabes : le Maroc, la Tunisie et l'Égypte. Étant donné la présence importante de la communauté marocaine en Belgique, une attention particulière sera accordée à la réception du droit marocain de la famille (la « *Mudawwana* »)<sup>2</sup>. Les ressortissants égyptiens étant peu nombreux en Belgique, les cas d'application du droit égyptien sont rarissimes.

---

<sup>1</sup> CARLIER, J.-Y., « Le respect du statut personnel musulman. De quel droit, par quel droit ? », in CARLIER J.-Y. et VERWILGHEN M. (dir.), *Le statut personnel des musulmans*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 385 et s. Voir également FOLETS M.-Cl. et CARLIER, J.-Y., *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

<sup>2</sup> Les statistiques officielles établies au 1<sup>er</sup> janvier 2008 font état de 79 858 ressortissants marocains (8,22 % de la population étrangère et 0,82 % de la population belge), 3 567 ressortissants tunisiens (0,36 % de la population étrangère et 0,03 % de la population belge) et de 1 003 ressortissants égyptiens (0,10 % de la population étrangère et 0,01 % de la population belge). Voir [www.statbel.fgov.be](http://www.statbel.fgov.be) (consulté le 1<sup>er</sup> juin 2010). La population belge d'origine marocaine s'élève, quant à elle, à 249 623 personnes (15,4 % de la population d'origine étrangère) et 2,44 % de la population belge), tandis que les ressortissants belges d'origine tunisienne sont évalués à 11 965 personnes (0,73 % de la population d'origine étrangère) et 0,11% de la population belge) (statistiques au 1<sup>er</sup> janvier 2006). Ainsi, les Marocains constituent la seconde population d'origine étrangère, si l'on se base sur la nationalité à la naissance, la première étant constituée des Italiens. Par ailleurs, les populations d'origine non communautaire sont devenues des populations essentiellement de nationalité belge. Ainsi, 68 % des Marocains ont acquis la nationalité belge, tandis que 32 % d'entre eux seulement ont gardé leur nationalité d'origine. Voir DELRUELLE, E. et DE WITTE, J., « Migrations et populations issues de l'immigration en Belgique : Rapport statistique et démographique 2008 », *Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme*, 2009, disponible sur le site [www.diversite.be](http://www.diversite.be) (consulté le 1<sup>er</sup> juin 2010). Voir également POULAIN M. et PERRIN, N., *Measuring International Migration : a Challenge for Demographers*, in

L'originalité du droit international privé belge est d'avoir répondu à ces défis par un travail de codification assez exemplaire. Entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2004, le Code belge de droit international privé (ci-après « Codip ») règle de manière exhaustive la détermination de la compétence des juridictions belges, le droit applicable ainsi que l'efficacité des actes et des jugements étrangers en matière civile et commerciale dès lors qu'aucune autre source de droit international ne règle la question<sup>3</sup>. Ce faisant, le code tient également compte du droit international privé européen, en intégrant les textes qui existent déjà et en rappelant expressément la primauté des textes internationaux futurs. S'agissant du droit de la famille, les sources internationales et européennes relatives au droit applicable sont peu nombreuses, de telle sorte qu'à ce jour, c'est principalement le Code de droit international privé qui s'applique.

Octroyant une place de choix à la loi de la résidence habituelle, le code consacre son attachement au principe de proximité, dont la primauté découle d'une lecture transversale de ses différentes dispositions. La loi nationale des époux est toutefois maintenue dans certaines matières liées au statut personnel, justifiant dès lors l'application de droits étrangers devant les juridictions belges. Aux côtés des principes de proximité et de personnalité, s'insère le principe de l'autonomie de la volonté, auquel un rôle de plus en plus important est reconnu.

La présente contribution s'attachera à étudier la prise en considération du droit marocain, tunisien et égyptien par les juridictions belges au travers de l'organisation des relations de vie commune que sont le mariage et les différentes formes de partenariats, mais également au travers des règles concernant les enfants et des dispositions relatives à la dissolution du lien conjugal. Seront notamment abordées les questions de droit applicable et de reconnaissance d'actes ou de jugements étrangers, auxquelles sera confrontée l'exception d'ordre public.

## I. LES RELATIONS DE VIE COMMUNE

### A. LE MARIAGE

#### 1. LE DROIT APPLICABLE A LA FORMATION ET A L'ANNULATION DU MARIAGE

Le droit applicable à la formation et à l'annulation du mariage est déterminé par une règle de rattachement disjonctive, utilisant un facteur de rattachement distinct pour les conditions de fond (art. 46 du Codip) et pour les conditions de forme (art. 47 du Codip).

SURKYN, J., DEBOOSERE, P. et VAN BAVEL, J. (eds.), *Liber Amicorum Ron Lestaeghe : Demographic Challenges for the 21st Century. A state of the Art in Demography*, 2008, Bruxelles, Brussels University Press, p. 143-173.

<sup>3</sup> Loi du 16 juillet 2004, *Moniteur belge*, 27 juillet 2004, reproduit in CARLIER, J.-Y., FALLON, M. et MARTIN-BOSLY, B., *Code de droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 4<sup>e</sup> éd., 2010. Pour des commentaires, voir ERAUW, J., FALLON, M., GULDIX, E., MEEUSEN, J., PERTEGAS SENDER, M., VAN HOUTTE, H., WATTÉ, N., WAUTELET P. (eds.), *Le code de droit international privé commenté*, Bruxelles, Intersentia et Bruylant, 2006, 722 p. ; BARNICH, L., « Présentation du nouveau Code belge de droit international privé », *Revue notariale*, 2005, p. 6 et s.; BOULARBAH, H., BARBÉ, C., BARNICH, L., DERIJCKE, W., FRANCO, St., JAFFERALI, R., MARQUETTE, V., NUYTS, A. PERTEGAS-SENDER, M., SAROLÉA S. et WAUTELET, P., « Le nouveau droit international privé belge », *J.T.*, 2005, p. 173 et s. ; CARLIER, J.-Y., « Le Code belge de droit international privé », *RCDIP*, 2005, p. 11-45 ; ERAUW, J., « Het vernieuwde internationaal privaatrecht van België wordt van kracht », *Rechtskundig weekblad*, 2004-05, p. 121 et s. ; FRANCO, St., « Das belgische IPR – Gesetzbuch », *Rabels Zeitschrift*, 2, 2006, p. 235-278.

Les premières sont régies par le droit de l'Etat dont chaque époux a la nationalité au moment de la célébration du mariage. Si les époux sont de nationalités différentes, il conviendra de faire une application distributive de leurs lois nationales respectives. Cette application deviendra cumulative si l'une des deux lois prévoit un empêchement fondé sur la relation entre les futurs époux. Dans cette dernière hypothèse, la loi la plus stricte prévaut<sup>4</sup>. En ce sens, l'application distributive ou cumulative des deux lois nationales ne constitue que les deux faces d'une même médaille.

A titre exemplatif, l'application des lois nationales des époux est cumulative, si se glisse dans la relation des futurs époux un empêchement religieux à mariage. Ainsi, en droit marocain, une musulmane ne peut épouser un non musulman et un musulman ne peut s'unir à une idolâtre<sup>5</sup>. L'empêchement religieux est donc plus étendu à l'égard de la femme marocaine, qui ne peut épouser un homme de religion chrétienne ou juive, contrairement à son homologue masculin, libre d'épouser une femme appartenant « aux gens du livre ». Subsistent ainsi non seulement une discrimination fondée sur la religion, mais également une discrimination fondée sur le sexe, même si elle a été atténuée par la réforme de la *Mudawwana*<sup>6</sup>. La jurisprudence relative aux empêchements religieux à mariage est rarissime<sup>7</sup> dès lors que, en amont, l'officier de l'état civil belge écartera systématiquement la disposition étrangère litigieuse, en invoquant l'exception d'ordre public international – art. 21 du Codip -, ce qui ne manquera pas de créer des situations boiteuses, le mariage ainsi célébré n'étant pas reconnu par les autorités marocaines<sup>8</sup>.

Les conditions de forme sont soumises à la règle *locus regit actum* : les formalités du mariage sont régies par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le mariage est célébré. Cette règle doit se combiner avec la règle *auctor regit actum*. Ainsi, si deux époux, l'un belge, l'autre marocain, désirent se marier devant le Consulat du Maroc en Belgique, la règle *auctor regit actum* le permettrait, dès lors que le droit marocain autorise ce mariage consulaire. Par contre, la règle *locus regit actum* fera obstacle à ce mariage, puisque le droit belge n'admet pas le mariage consulaire d'un de ses ressortissants sur son territoire, du moins si la célébration n'est pas précédée d'un mariage célébré par l'officier de l'état civil<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Pour un cas d'application, voir Civ. Bruxelles, 29 décembre 1987, *RDE*, 1988, n° 50, p. 151 (parties de nationalité marocaine et belge). A été annulé le mariage dont le mari, de nationalité marocaine, était de statut polygamique contrairement à son épouse, de nationalité belge, de statut monogamique. La loi la plus sévère prohibant le mariage polygamique est appliquée.

<sup>5</sup> Art. 39.4 de la *Mudawwana*.

<sup>6</sup> Seul l'interdit du mariage entre une musulmane et un non-musulman était explicitement visé par l'ancien article 29.4 du Code du statut personnel marocain.

<sup>7</sup> Voir néanmoins Bruxelles, 10 février 1998, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be> (époux de nationalité italienne et algérienne). Dans ce cas d'espèce, le droit algérien interdisant à une femme musulmane d'épouser un non-musulman fut écarté comme étant contraire à l'ordre public international belge, dès lors qu'il comporte une discrimination « quant à la liberté matrimoniale des époux en fonction de leur sexe et/ou de leur religion, pareille discrimination heurtant les principes de liberté et d'égalité qui sont considérés comme essentiels dans notre ordre moral et politique ».

<sup>8</sup> FOBLETS, M.-Cl. et CARLIER, J.-Y., *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 37.

<sup>9</sup> RIGAUX, F. et FALLON, M., *Droit international privé. Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain*, Bruxelles, Larcier, 2005, 3<sup>e</sup> éd., n° 12, p. 49. Voir également, VERHOEVEN, J., « Etat des personnes et compétences consulaires. A propos d'un accord belgo-marocain », *J.T.*, 1980, p. 717. *Contra*, Liège (3<sup>e</sup> ch.), 28 juin 1991, *RDE*, 1991, p. 220, obs. FOBLETS, M.-Cl. : dans un cas de binationalité (belgo-tunisienne), est néanmoins valable le mariage célébré au Consulat de Tunisie à Bruxelles, au motif que la convention de La Haye du 12 avril 1930 n'instaure qu'une faculté et non une obligation pour l'Etat de retenir la nationalité du

Le non-respect des conditions de validité du mariage pourra être sanctionné par une intervention *a priori* de l'officier de l'état civil, décidant de surseoir à la célébration du mariage (voir *infra*)<sup>10</sup> et *a posteriori* par le tribunal de première instance prononçant son annulation<sup>11</sup>.

## 2. LA RECONNAISSANCE DES MARIAGES CÉLÉBRÉS À L'ÉTRANGER

L'article 27 du Codip permet la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger, à la double condition que leur validité soit établie conformément au droit applicable désigné par les articles 46 et 47 du code et qu'il soit procédé à un examen sous l'angle de la fraude à la loi (art. 18) et de l'exception d'ordre public (art. 21).

Le caractère déclaratif de la reconnaissance du mariage emporte des effets dès la conclusion de celui-ci. Comme le relève Patrick Wautelet, le mariage célébré à l'étranger ne constitue bien souvent qu'une étape pour les époux : « une fois la reconnaissance acquise, l'époux étranger entamera les démarches lui permettant d'obtenir soit un droit de séjour, soit la nationalité belge »<sup>12</sup>.

Les avantages que l'étranger peut retirer du mariage en termes de séjour expliquent en partie qu'un contrôle soit effectué sous l'angle de la fraude à la loi et du respect de l'ordre public.

### a. La fraude à la loi face aux mariages de complaisance

Dès lors que le mariage ne vise qu'à échapper à l'application du droit belge en matière de police des étrangers, il y a fraude à la loi. Que le mariage soit célébré en Belgique ou à l'étranger, s'il vise exclusivement l'obtention d'un avantage en termes de séjour, la fraude à la loi sera établie<sup>13</sup>.

Ainsi, une femme belge désirant épouser un Marocain pourrait décider de se marier au Maroc afin de contourner les contrôles opérés par l'officier de l'état civil. En effet, l'article 167 du Code civil permet à ce dernier de surseoir à la célébration du mariage et de refuser de le célébrer

for, contrairement à ce que prévoit l'article 3 du Code de droit international privé. En l'occurrence, la nationalité tunisienne commune aux deux époux est retenue. Cette solution est critiquée par M.-Cl. Foblets.

<sup>10</sup> Code civil, art. 167.

<sup>11</sup> Voir Civ. Bruxelles, 18 décembre 1990, *J.T.*, 1991, p. 242. Fut annulé le mariage célébré entre une ressortissante belge et un Marocain pour défaut de consentement dans le chef du mari, par application des articles 4, 1<sup>o</sup> et 37 de la *Mudawwana*.

<sup>12</sup> WAUTELET, P., note sous Civ. Bruxelles (12<sup>e</sup> ch.), 15 janvier 2008, *RDE*, 2008, n<sup>o</sup> 148, p. 276 (parties de nationalité belgo-marocaine et marocaine).

<sup>13</sup> FOBLETS, M.-Cl., (dir.), *Femmes marocaines et conflits familiaux en immigration : quelles solutions juridiques appropriées ?*, Maklu, Antwerpen, 1998, p. 110. Pour un cas d'annulation d'un mariage célébré en Belgique pour motif de fraude à la loi, voir Bruxelles (3<sup>e</sup> ch.), 24 avril 1990, *RTDF*, 1990, p. 363 (parties de nationalité marocaine). Malgré l'absence de manipulation du facteur de rattachement, la fraude est établie en l'espèce par un faisceau de présomptions graves, précises et concordantes, établissant que le mari n'avait consenti au mariage que dans l'unique but de bénéficier du droit au regroupement familial. Voir également Bruxelles (3<sup>e</sup> ch.), 24 avril 1990, *RTDF*, 1990, p. 363 (époux de nationalité marocaine) et Liège (1<sup>ère</sup> ch.), 26 avril 1993, *J.T.*, 1994, p. 536 (parties de nationalité belge et marocaine). *Contra*, Bruxelles, 20 mars 2007, *T. Vreemd.*, 2008, p. 60 (parties de nationalité française et égyptienne). Le mariage célébré en Egypte entre une Française, résidant en Belgique et un Egyptien a été reconnu dès lors que le lien de rattachement avec l'Egypte était effectif, que le mariage respectait les lois nationales des parties, aucun élément du dossier ne permettant de conclure que le mariage avait été conclu en Egypte « dans l'unique but d'échapper à la loi désignée applicable (quant aux conditions de fond ou de forme) par le Code de droit international privé ».



« lorsqu'il apparaît qu'il n'est pas satisfait aux qualités et conditions prescrites pour contracter mariage, ou s'il est d'avis que la célébration est contraire aux principes de l'ordre public »<sup>14</sup>.

Voici une affaire qui, de façon intéressante, cumule le contrôle du mariage en Belgique et à l'étranger. Se présentant comme étant uniquement de nationalité marocaine, les parties, de nationalité marocaine et belgo-marocaine, se sont toutes deux fait représenter pour se marier par procuration au Maroc, après avoir essuyé un refus de célébration par l'officier de l'état civil en Belgique<sup>15</sup>. Elles ont ensuite demandé la transcription de ce mariage dans les registres d'état civil belges et se sont à nouveau heurtées au refus de l'officier de l'état civil. Le tribunal de première instance a néanmoins estimé qu'il n'y avait pas lieu de refuser la reconnaissance du mariage pour fraude à la loi ou pour contrariété à l'ordre public. « Le tribunal ne peut (...) se contenter seulement de constater que les demandeurs ont ainsi évité de diligenter en Belgique un recours contre la décision de refus de célébration de leur mariage pour en déduire qu'ils auraient agi frauduleusement et refuser de transcrire le mariage conclu à l'étranger. Il faut rechercher si les parties ont ce faisant obtenu ce qui leur aurait été refusé en Belgique. A cet égard, le refus antérieur par les autorités belges de célébrer le mariage peut servir d'indice tout comme l'absence d'enquête fouillée par les autorités étrangères avant le mariage, mais n'est (...) pas suffisant (...) pour démontrer qu'il y a une union visant un autre but que la célébration d'une communauté conjugale fondée sur des relations affectives »<sup>16</sup>.

Afin d'établir la fraude à la loi, les autorités s'opposant à la reconnaissance du mariage doivent démontrer un élément intentionnel et matériel, consistant en la manipulation du facteur de rattachement<sup>17</sup>. Dans la décision d'espèce, l'élément matériel est établi par la célébration du mariage au Maroc, ayant permis aux époux d'éviter le contrôle opéré par les autorités belges sur la réalité de leur projet de mariage. Mais, cela ne suffit pas. Outre cet élément matériel, l'officier de l'état civil devait également démontrer que la célébration du mariage au Maroc avait pour seul et unique objectif d'échapper à ce contrôle, autrement dit que le mariage visait exclusivement l'obtention d'un avantage en termes de séjour. En l'espèce, les autorités belges sont restées en défaut d'établir cette intention frauduleuse<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Afin de vérifier si le mariage n'a manifestement pas pour objet la création d'une communauté de vie durable, l'officier de l'état civil pourra se fonder sur un ensemble d'indices, repris dans la circulaire du 17 décembre 1999 relative à la loi du 4 mai 1999, modifiant certaines dispositions relatives au mariage (*Moniteur belge*, 31 décembre 1999). Voir également Civ. Bruxelles (12<sup>e</sup> ch.), 22 juin 1994, *JLMB*, 1994, p. 1437 (époux de nationalité marocaine) ; Cass. (1<sup>e</sup> ch.), 23 février 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 205 (époux de nationalité marocaine) et Gand (1<sup>e</sup> ch.), 11 avril 1997, *AR*, 1995, p. 412 (époux de nationalité belge et marocaine).

<sup>15</sup> L'article 47 du Codip détermine que la possibilité de se marier par procuration sera régie par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le mariage est célébré. En vertu de l'article 17 de la *Mudawwana*, le mariage pourra être célébré par procuration s'il existe des « circonstances particulières empêchant le mandant de conclure le mariage en personne ». Pourra être considéré comme une circonstance particulière, le fait d'être en séjour précaire sur le territoire belge.

<sup>16</sup> Civ. Bruxelles (12<sup>e</sup> ch.), 15 janvier 2008, *RDE*, 2008, n° 148, p. 274 et s., note WAUTELET, P.

<sup>17</sup> WAUTELET, P., « La fraude à la loi et les mariages célébrés à l'étranger », note sous Civ. Bruxelles, 27 juin 2007, *RDE*, 2007, p. 179-183.

<sup>18</sup> La tendance actuelle est de renforcer les contrôles, par les consuls belges, lors de la célébration des mariages à l'étranger. Les ambassades belges au Maroc et en Tunisie sollicitent la production d'un certificat de non empêchement à mariage (CNEM) et procèdent à des entretiens avec les futurs époux. Cette exigence semble découler d'instructions émanant du Ministère des Affaires étrangères. Cette pratique permet en réalité aux consuls de vérifier l'authenticité du projet de mariage des futurs époux, bien que le Ministère des Affaires étrangères ait explicitement affirmé que tel n'était pas leur rôle. (voir question/réponse écrite, Ch. repr., sess. ord. Lég. 51, 2005/2006, Question n° 306 du 4 janvier 2006 (Nahima Lanjri), Bull., n° B107 et Q.R., Ch. repr., sess. ord., Lég 51, 2006/2007, Question n° 13220 du 9 juin 2007 (Nahima Lanjri). Une telle mission,

En principe, le contrôle de la réalité des mariages devrait se faire exclusivement sous l'angle de la fraude à la loi, sans que l'exception d'ordre public puisse être invoquée. Rares sont en effet les cas dans lesquels le droit étranger désigné peut être écarté pour un motif fondé sur la contrariété à l'ordre public. Statuant en ce sens, les juridictions belges ont refusé d'écarter le droit marocain permettant le mariage par procuration, puisque l'article 4 de la *Mudawwana* exige, comme en droit belge, un consentement libre et certain au mariage<sup>19</sup>.

Ainsi, est-ce inutilement que le Tribunal de première instance d'Anvers a invoqué l'exception d'ordre public pour refuser la transcription sur les registres d'état civil belges d'un acte de mariage célébré entre une Belge et un Egyptien au Danemark, dès lors que la fraude à la loi suffisait à démontrer l'existence d'un mariage de complaisance<sup>20</sup>. A défaut d'être valablement soulevée face à une situation de complaisance, l'exception d'ordre public sera par contre invoquée pour neutraliser les effets découlant d'une union polygame.

#### b. L'exception d'ordre public face à la polygamie<sup>21</sup>

La problématique liée à la reconnaissance des mariages polygamiques offre un large contentieux à l'exception d'ordre public, confrontée à la réception de mariages célébrés à l'étranger. Combinée à une appréciation *in concreto* de la compatibilité de la situation à l'ordre public, la théorie de l'ordre public atténué a conduit à l'admission de certains effets de ces unions célébrées à l'étranger.

A condition que le mariage ait été valablement conclu à l'étranger, les cours et tribunaux belges reconnaissent certains effets aux unions polygamiques, tels que l'établissement de la filiation à l'égard des enfants<sup>22</sup>, le droit aux aliments<sup>23</sup>, le droit aux obligations alimentaires entre

---

visant à contrôler le projet de mariage, est par ailleurs dépourvue de base légale. A titre d'exemple, le site de l'Ambassade belge à Rabat indique que « la délivrance de ce certificat n'est pas automatique ». « Dans le cadre de la lutte contre les mariages blancs et les mariages forcés les futurs époux seront soumis à un entretien. En cas de doute, quand il apparaît manifestement que la volonté véritable, dans le chef d'au moins un des futurs époux, ne correspond pas à la volonté exprimée, c'est-à-dire si le but du mariage n'est pas la création d'une communauté de vie durable, mais ne vise que l'obtention de l'avantage lié au statut de marié (droit au séjour en Belgique lié au statut d'époux par exemple), l'Ambassade ne délivrera pas de CNEM ou transmettra le dossier au parquet du procureur du Roi du domicile de la partie belge ». Voir <http://www.diplomatie.be/rabatfr/>. En pratique, on constate la délivrance de nombreuses décisions de refus d'octroi de ces certificats, motivées sur la base de l'article 146bis du Code civil (absence d'intention des futurs époux de créer une communauté de vie durable). Le problème se situe au niveau de l'effectivité des voies de recours. Sur ces questions, voir WAUTELET, P., « La formation du mariage et ses effets. Cas pratique 6 », in *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique*, CUP, vol. 118, Liège, Anthémis, 2010, p. 72 et s. et ENGLERT, H., « Le refus de délivrance du certificat de non empêchement à mariage : une pratique légale ? », in *Newsletter ADDE*, juillet 2010, disponible en ligne : [www.adde.be](http://www.adde.be).

<sup>19</sup> Bruxelles 16 octobre 2008, inédit, R.G. n° 2008/7724 : « L'on ne peut considérer que la disposition litigieuse de droit marocain, en ce qu'elle prévoit la possibilité de se marier par procuration, devrait être écartée en raison d'une éventuelle contrariété à l'ordre public belge. En effet, dès lors que le droit marocain exige, parmi les conditions de fond du mariage, comme en droit belge, un consentement sincère en vue de fonder une union durable, sous peine de nullité de mariage, le fait que ce consentement puisse être exprimé par procuration ne paraît pas heurter les valeurs fondamentales admises dans l'ordre juridique belge » (parties de nationalité belgo-marocaine et marocaine).

<sup>20</sup> Antwerpen, 31 janvier 2006, R.G. 05/2795/B, inédit (parties de nationalité belge et égyptienne).

<sup>21</sup> Cette section s'inspire en grande partie d'une note rédigée par HENRICOT, C., sous Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 3 décembre 2007, « Les effets du mariage polygamique sur les droits sociaux », *RTDF*, 3/2008, p. 825 et s.

<sup>22</sup> Bruxelles, 26 octobre 1983, *T. Vreemd*, 1985, n° 36-37, p. 29 (parents de nationalité marocaine) ; Civ. Bruxelles (13<sup>e</sup> ch.), 15 janvier 1992, *Pas.*, 1992, III, p. 42 (parents de nationalité marocaine) ; Civ. Charleroi,

conjoints<sup>24</sup>, le droit, pour l'homme, de bénéficier d'une pension de retraite au taux ménage<sup>25</sup>, le partage d'une pension de survie entre deux épouses d'un travailleur polygame<sup>26</sup>, ainsi que, premier droit reconnu en jurisprudence, le droit pour deux veuves d'obtenir des dommages et intérêts à la suite du décès accidentel de leur époux<sup>27</sup>.

Largement appliquée par la jurisprudence depuis les années 80, la théorie de l'ordre public atténué<sup>28</sup> a été ébranlée à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 2007<sup>29</sup>. Dans cette affaire, la seconde épouse marocaine d'un travailleur marocain s'est heurtée au refus de l'Office national des pensions (ONP) de lui accorder une pension de survie au titre de veuve non remariée d'un ancien salarié, au motif que ce dernier avait conclu un premier mariage avec une femme de nationalité belge. Là où la théorie de l'ordre public atténué aurait permis de partager la pension de survie entre les deux épouses, indépendamment de leur nationalité, la Cour de cassation va privilégier le principe de proximité en établissant que : « l'ordre public international belge s'oppose à la reconnaissance en Belgique des effets d'un mariage validement contracté à l'étranger lorsque l'un des conjoints était, au moment de ce mariage, déjà engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous avec une personne dont la loi nationale n'admet pas la polygamie ».

En présence de deux épouses, l'ONP est en principe tenu de partager la pension de survie entre celles-ci, en vertu de l'article 24, §2 de la convention générale sur la sécurité sociale conclue entre le Maroc et la Belgique le 28 juin 1968 (*supra*, note 26). Cette disposition, muette sur la nationalité des épouses concernées, aurait ainsi pu conduire au partage de la pension entre l'épouse belge et l'épouse marocaine. Cette solution aurait par ailleurs été compatible avec une appréciation *in concreto* des effets réclamés, vu leur caractère exclusivement patrimonial. Dans

11 décembre 2008, *RDE*, 2008, n° 151, note WAUTELET, P., « Quelques réflexions sur le statut des enfants issus d'une union polygamique », p. 733-736 (père belgo-marocain et mère marocaine).

<sup>23</sup> Liège, 26 juin 1975, *Jurisprudence de Liège*, 1975-1976, p. 163 (parties de nationalité marocaine).

<sup>24</sup> Civ. Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 18 décembre 2001, *RTDF*, 2/2004, note FALLON, M., p. 312 et s. (parties de nationalité belgo-marocaine).

<sup>25</sup> Trav. Mons (9<sup>e</sup> ch.), 25 juin 2009, R.G. n° 20.661, *RTDF*, 2010/02, p. 532-533, note HENRICOT, C. (parties de nationalité algérienne). Le taux de la pension à laquelle l'ancien travailleur a droit, dépend de sa situation familiale. S'il est marié et que son mariage est reconnu, l'Office national des pensions lui octroiera une pension au « taux ménage ». Si, par contre, il vit seul ou si son mariage n'est pas reconnu, il ne bénéficiera que d'une pension au « taux isolé », dont le montant est moins élevé. En l'espèce, la Cour du Travail a considéré que le bénéficiaire d'une pension de retraite doit pouvoir bénéficier du « taux ménage », même si son ménage est composé d'une personne avec laquelle il entretient une relation polygame. Les effets octroyés à ce second mariage sur le plan social ne sont pas contraires à l'ordre public international belge dès lors que les droits de la première épouse, de nationalité algérienne, ne sont pas mis en péril.

<sup>26</sup> L'article 24, § 2, de la convention générale sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et le Royaume du Maroc, signée à Rabat le 28 juin 1968 et approuvée par la loi du 20 juillet 1970, établit que « la pension de veuve est éventuellement répartie, également et définitivement, entre les bénéficiaires, dans les conditions prévues par le statut personnel de l'assuré ». Voir Trav. Mons (5<sup>e</sup> ch.), 8 septembre 2005, RG 18.861, *Journal des tribunaux du travail*, 2006, p. 16 (parties de nationalité marocaine). La pension de survie fut partagée entre les deux épouses marocaines. Selon la Cour, « l'exercice d'un droit régulièrement acquis à l'étranger n'est pas contraire à l'ordre public international belge pour la seule raison que celui-ci ferait obstacle à la naissance de ce droit en Belgique ».

<sup>27</sup> Liège, 23 avril 1970, *RCJB*, 1971, note VAN HECKE, G., p. 5 (parties de nationalité marocaine).

<sup>28</sup> La Cour de cassation avait consacré cette théorie dans l'arrêt *Josi I* du 2 avril 1981, en reconnaissant certains effets patrimoniaux à un mariage célébré à titre posthume en France, avec l'autorisation du président de la République.

<sup>29</sup> Voir Cass., 2 avril 1981, *RCJB*, 1983, note RIGAUX, F., p. 499 (parties de nationalité belge et française) ; Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 3 décembre 2007, *Journal des tribunaux du travail*, n° 997-3/2008, p. 37 (parties de nationalité marocaine). Pour un commentaire détaillé, voir CARLIER, J.-Y., « Quand l'ordre public fait désordre », note sous Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 3 décembre 2007, *RGDC*, 2008/9, p. 525 ; HENRICOT, C., *op. cit.*, p. 825 et s.

un arrêt *Haouach*, la Cour constitutionnelle avait considéré qu'« en permettant de tenir compte du statut personnel du travailleur marocain, l'article 24, §2, de la Convention fait application d'une règle de droit international privé, qui admet qu'on puisse reconnaître en Belgique les effets découlant de mariages contractés à l'étranger conformément au statut personnel des époux et sous réserve de ce que ces effets ne troublent pas l'ordre public international belge, ce qu'il appartient au juge a quo de contrôler *in concreto*... »<sup>30</sup>.

La radicalisation opérée par la Cour de cassation bouleverse le rapport de force entre les deux critères à la lumière desquels se réalise l'examen de la compatibilité du droit étranger à l'ordre public. Conformément à l'alinéa 2 de l'article 21 du code, l'appréciation de cette incompatibilité se fait au regard de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge, soit sous l'angle de l'ordre public de proximité, ainsi qu'au regard de la gravité de l'effet que produirait l'application du droit étranger, soit sous l'angle de l'ordre public atténué.

Les seconds mariages, conclus avec une épouse dont le statut personnel prévoit la polygamie alors que le premier mariage a été contracté avec une personne ressortissant d'un Etat où le mariage est monogame, ne pourraient donc recevoir aucun effet en Belgique. En d'autres termes, la proximité avec l'ordre juridique belge limite les effets que l'on a pu reconnaître, dans certains domaines, à la polygamie. Reste toutefois à savoir si cette restriction de la théorie de l'ordre public atténué est appelée à jouer uniquement dans l'hypothèse où la proximité est fondée sur la nationalité belge ou également en cas de résidence habituelle sur le territoire belge de la première épouse?<sup>31</sup>

La question tranchée par la Cour de cassation reste ouverte, à la suite de l'arrêt *El Haddouchi* rendu par la Cour constitutionnelle le 4 juin 2009, qui considère que l'article 24, §2 de la convention générale sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et le Royaume du Maroc n'est pas contraire au principe d'égalité et de non-discrimination, même si cette disposition a pour effet d'imposer le partage d'une pension de survie entre deux veuves, dont l'une a la double nationalité belgo-marocaine<sup>32</sup>. Dans l'affaire soumise à la Cour constitutionnelle, il est utile de préciser que la nationalité belge de la première épouse ne fut acquise par l'intéressée qu'en 2004, soit postérieurement au second mariage, célébré en 1975 avec une autre femme marocaine. Par application de l'article 3 du Codip, cette nationalité doit l'emporter sur la nationalité marocaine, dès lors qu'il existe un conflit de nationalités dont l'une est la nationalité du for. Dans cette perspective, le cas est similaire à celui qui avait été soumis à

<sup>30</sup> Cour constitutionnelle, 4 mai 2005, n° 84/2005, *Rechtskundig weekblad*, 2005-2006, note STORME, H., p. 735 ; CARLIER, J.-Y., « La polygamie devant la Cour d'arbitrage », *Le journal du juriste*, n° 42, 24 mai 2005, p. 1 ; voir l'arrêt à l'origine de la question préjudicielle à la Cour d'Arbitrage (devenue Cour constitutionnelle), Trav. (8<sup>e</sup> ch.), Bruxelles, 17 mars 2004, inédit, R.G. n° 39.684 (parties de nationalité marocaine).

<sup>31</sup> Une application extensive du principe établi par la cour pourrait découler de la position adoptée par l'Institut de droit international, qui invite les Etats à ne pas reconnaître les unions polygamiques célébrées dans un Etat autorisant la polygamie « si les deux époux avaient leur résidence habituelle, lors de la célébration, dans un Etat n'admettant pas la polygamie, ou si la première épouse a la nationalité d'un tel Etat ou y a sa résidence habituelle » (résolution de l'Institut de droit international, Neuvième Commission, rapport de LAGARDE, P., « Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille », *Annuaire de l'Institut de droit international*, Session de Cracovie, vol. 71-1, 2005, A. Pedone, Paris. Toutefois, la jurisprudence continue à faire une application stricte de l'article 24, §2 de la convention belgo-marocaine du 28 juin 1968, partageant la pension de survie en deux, peu importe que la résidence habituelle de la première épouse se trouve sur le territoire belge, voir en ce sens Trav. Mons (5<sup>e</sup> ch.), 8 septembre 2005, *op. cit.* (parties de nationalité marocaine).

<sup>32</sup> Cour constitutionnelle, 4 juin 2009, n° 96/2009 (disponible sur le site [www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be)).

la censure de la Cour de cassation, mais risque de donner lieu à un arrêt sensiblement différent que doit rendre la juridiction de renvoi si celle-ci estime que l'article 24, §2 doit s'appliquer et conduire au partage de la pension entre les deux épouses, peu importe l'acquisition ultérieure de la nationalité belge par la première épouse. Les juridictions de fond devront trouver une voie entre ces deux interprétations sensiblement différentes.

En droit marocain, la réforme de la *Mudawwana*, entrée en vigueur en 2004, s'est accompagnée de mesures tendant à rendre exceptionnels les cas de mariage polygamiques<sup>33</sup>. Seules des raisons objectives et des circonstances exceptionnelles permettront au juge d'autoriser la conclusion d'une union polygamique, à condition que l'homme dispose de ressources suffisantes. Bien que n'étant pas encore reflétée par la pratique de la jurisprudence marocaine, cette réforme du droit marocain devrait réduire sensiblement les problématiques liées aux unions polygamiques. A la reconnaissance en Belgique d'effets limités aux unions polygamiques, répondent ainsi des limites posées à ces unions dans le pays d'origine.

## B. LES DIFFÉRENTES FORMES DE PARTENARIATS

L'émergence de nouvelles formes de vie de couples a été prise en considération par le Code belge de droit international privé, qui les définit comme des « situations de vie commune donnant lieu à enregistrement par une autorité publique et ne créant pas entre les cohabitants de lien équivalent au mariage » (Codip, art. 58). A la lecture de cette définition, deux catégories de partenariats doivent être distinguées : les partenariats dont les effets sont équivalents à ceux du mariage<sup>34</sup> et les autres<sup>35</sup>. Pour les premiers, il est renvoyé au droit applicable au mariage (art. 46 et 47). Les seconds seront régis par le droit de l'Etat sur le territoire duquel ils ont donné lieu à enregistrement pour la première fois (règle « locus », art. 60).

La Belgique connaît une seule forme de « partenariat » dont les effets ne sont pas équivalents à ceux du mariage : la cohabitation légale, régie par les articles 1475 à 1479 du Code civil.

Depuis le 1<sup>er</sup> juin 2008, les partenariats, équivalents ou non à un mariage, entraînent des effets en matière de regroupement familial et permettent sous certaines conditions d'offrir un titre de séjour au partenaire étranger.

<sup>33</sup> Art. 40 et 41 de la *Mudawwana*.

<sup>34</sup> Il s'agit notamment des partenariats danois, allemand, finnois, islandais, norvégien, anglais et suédois. Voir art. 12 de l'arrêté royal du 17 mai 2007 fixant les modalités d'exécution de la loi du 15 septembre 2006 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 31 mai 2007 ; circulaire du 29 mai 2007 modifiant la circulaire du 23 septembre 2004 relative aux aspects de la loi du 16 juillet 2004 portant Code de droit international privé concernant le statut personnel, *M.B.*, 31 mai 2007. Quant au partenariat de droit néerlandais, la circulaire du 29 mai 2007 indique que ce partenariat ne peut être assimilé à un mariage parce que le droit néerlandais permet aux partenaires concernés de se marier. Toutefois, la doctrine est unanime pour considérer que tel qu'il est organisé en droit néerlandais, le partenariat produit des effets équivalents au mariage. Voir RIGAUX, F. et FALLON, M., *Droit international privé*, Larcier, 2005, 3<sup>e</sup> édition, p. 582, n° 12.106 ; WATTÉ, N. *Le droit patrimonial des familles en droit international privé : perspectives récentes du Code belge*, Conférences Roger-Comtois n° 6, Université de Montréal, p. 10, n° 22 et WAUTELET, P., « Partenariats, cohabitation légale et autres relations de vie commune » in *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique*, CUP, vol. 118, Liège, Anthémis, 2010, p. 122.

<sup>35</sup> Il s'agit notamment du Pacte civil de solidarité français (PACS), des partenariats luxembourgeois, suisse et de certains partenariats espagnols.



Ces facilités octroyées aux partenaires légaux ont conduit certains ressortissants étrangers à recourir à la cohabitation légale en vue d'obtenir un avantage en termes de séjour. A l'heure actuelle, aucune disposition légale ne permet aux officiers d'état civil de refuser d'enregistrer une cohabitation légale, s'ils estiment se trouver face à une situation de complaisance.

Afin de lutter contre les abus engendrés dans la procédure de regroupement familial introduite sur la base d'un partenariat, un projet de loi prévoit par analogie avec ce qui existe pour le mariage (art. 146*bis* du Code civil), une disposition en rapport avec un « partenariat blanc » (futur article 1476*bis* du Code civil) : un partenariat conclu dans l'unique objectif d'obtenir une autorisation de séjour pourra être annulé. De même, l'officier de l'état civil pourra surseoir à l'acceptation de la déclaration de cohabitation légale et la refuser si l'intention manifeste de l'un au moins des cohabitants légaux est uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour, lié au statut de cohabitant légal.

A ce jour, aucun pays de tradition musulmane ne connaît d'autre forme légale de vie de couple que le mariage. Toutefois, des partenariats mixtes ou même entre ressortissants de pays musulmans pourront être conclus dans certains pays européens par application de la loi du lieu d'enregistrement (*locus*). Selon la doctrine marocaine, si une telle éventualité devait se présenter, il est probable que le partenariat hétérosexuel serait assimilé à un mariage par les autorités marocaines, tandis que le partenariat homosexuel ne serait pas reconnu. A l'avenir, pourraient surgir devant les juridictions des pays d'origine d'épineuses questions liées à la succession d'un cohabitant, ou encore liées à la participation aux charges du ménage et à la contribution aux dettes contractées par l'un des cohabitants.

## II. LES ENFANTS

Dans ce chapitre consacré aux enfants, seront abordées les règles relatives à l'établissement de la filiation biologique, à sa contestation et à l'établissement de la filiation adoptive.

### 1. LE DROIT APPLICABLE A L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION BIOLOGIQUE

Mettant fin aux incertitudes découlant de l'application de l'ancien article 3, alinéa 3 du Code civil<sup>36</sup>, l'article 62 du Codip consacre l'application de la loi nationale de la personne dont on cherche à établir ou à contester la filiation biologique.

A l'application du droit étranger en matière de filiation biologique, s'est opposée l'exception d'ordre public invoquée à l'encontre de deux types de problématiques : l'interdiction de l'établissement de la filiation naturelle et de la filiation polygame.

<sup>36</sup> Fondée sur l'article 3, alinéa 3 du Code civil, la solution jurisprudentielle antérieure déterminait la filiation au regard de la loi nationale sans préciser, lorsqu'il n'y avait pas de nationalité commune, s'il convenait de retenir la loi nationale du père, de la mère ou de l'enfant, ce qui aboutissait à un certain flou juridique.

## A. L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC FACE A LA FILIATION NATURELLE

Maintenant la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle, l'article 148 de la *Mudawwana*, dispose que la « filiation illégitime ne produit aucun des effets de la filiation parentale légitime vis-à-vis du père ».

Après s'être limités dans un premier temps à constater l'interdiction de l'établissement de la filiation naturelle par le droit marocain<sup>37</sup> les cours et tribunaux ont, par la suite, invoqué l'exception d'ordre public afin de neutraliser la discrimination entre les enfants « naturels » et « légitimes »<sup>38</sup>. L'évolution de la jurisprudence est liée à la réforme législative du 31 mars 1987 instaurant un principe d'égalité des filiations en droit belge à la suite de la condamnation de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Marckx*<sup>39</sup>. Depuis lors, est considérée comme contraire à l'ordre public international belge toute loi prohibant la reconnaissance de la filiation naturelle<sup>40</sup>.

On constate que, à la différence de la jurisprudence française, la jurisprudence belge n'exige pas un facteur de proximité, comme la nationalité belge de l'enfant, pour écarter la loi étrangère ne permettant pas d'établir la filiation naturelle alors que, à l'inverse, elle exige un tel facteur de proximité pour écarter certains effets d'un mariage polygamique<sup>41</sup>. L'objectif substantiel, notamment de protection de la partie faible par l'établissement de la filiation, l'emporte ici sur l'objectif de proximité.

## B. L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC FACE À LA FILIATION POLYGAME

Avant l'entrée en vigueur de la réforme de la *Mudawwana*, les anciens articles 30 et 31 du Code du statut personnel et des successions marocain autorisaient la polygamie, à condition que le mari avertisse la première épouse, ainsi que la seconde, qu'il était déjà marié. Apparurent dès lors des situations d'enfants nés sur le territoire belge d'une union polygamique valablement contractée au Maroc. Une conception rigide de l'ordre public aurait pu conduire à n'accorder aucun effet à ces unions, dès lors que la polygamie est clairement condamnée au regard de l'égalité des sexes.

<sup>37</sup> Civ. Liège (3<sup>e</sup> ch.), 28 avril 1980, *RTDF*, 1981, p. 97 (père marocain, mère et enfant belges) ; J.P. Schaarbeek (1<sup>er</sup> canton), 27 mars 1985, *JJP*, 1986, p. 44, note ERAUW, J. (père marocain, mère et enfant belges) ; Conseil d'Etat (3<sup>e</sup> ch.), 20 octobre 1987, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 33, note GOTHOT, P. (père marocain, mère belge et enfant apatride).

<sup>38</sup> Civ. Bruxelles, 16 décembre 1992, *Pas.*, 1993, III, p. 3 (enfant marocain) ; Civ. Bruxelles, 29 juin 1994, *RTDF*, 1996, p. 231, note SAROLÉA, S. (enfant marocain) ; Civ. Anvers, 30 juin 1998, *Rechtskundig weekblad*, 2000-2001, p. 311, note SWERTS, K. (enfant marocain).

<sup>39</sup> CEDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, *Série A*, vol. 31 ; RIGAUD, F., « La loi condamnée. À propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 1979, p. 513.

<sup>40</sup> Voir pour des hypothèses d'écartement pour contrariété à l'ordre public de la loi soudanaise, de la loi algérienne et de la loi turque ignorant l'établissement de la filiation naturelle : Civ. Bruxelles (3<sup>e</sup> ch.), 30 juin 1981, *J.T.*, 1981, p. 723, note WATTÉ, N. (père soudanais, mère belge, enfant belgo-soudanais) ; Civ. Anvers, 2 novembre 1983, *RDE*, 1983, p. 134 (père et enfant algériens) et Civ. Bruxelles, 12 janvier 2005, *JLMB*, 2008, p. 834, note WAUTELET, P. (père et enfant algériens) ; Civ. Anvers (2<sup>e</sup> ch.), 6 mai 1992, *RGDC*, 1993, p. 77 (père et enfant turcs).

<sup>41</sup> Voir en France pour une application du principe de proximité en matière de filiation naturelle : Cour de cassation française, 10 février 1993, *RCDIP*, 1993, p. 625, note FOYER, J. et Cour de cassation française (1<sup>ère</sup> ch. civ.), 10 mai 2006, p. 2890, note KESSLER, G. et SALAMÉ, G. Le droit étranger n'autorisant pas l'établissement de la filiation naturelle n'est contraire à l'ordre public international français que si l'enfant est français ou a sa résidence habituelle en France.

Raisonnant en termes d'ordre public atténué, les juridictions ont admis la reconnaissance en Belgique d'effets produits par une situation juridique valablement née à l'étranger, au nom de la protection de l'intérêt supérieur d'un enfant. C'est ainsi que d'illégitimes, ces enfants ont vu leur filiation légitimée<sup>42</sup>.

En droit marocain, la polygamie, dorénavant soumise à l'autorisation du juge, ne pourra plus être sollicitée par l'homme qu'à condition qu'il démontre une « justification objective », en établisse le « caractère exceptionnel » et « dispose de ressources suffisantes pour pourvoir aux besoins des deux foyers, leur assurer équitablement, l'entretien, le logement et les autres exigences de la vie »<sup>43</sup>.

Si l'évolution de la jurisprudence marocaine semble encore incertaine – les mentalités évoluant plus lentement que la réforme législative amorcée par le roi Mohammed VI – on peut néanmoins supposer que le contentieux lié aux « filiations polygames » soit voué à décroître, à défaut d'être totalement éradiqué. Comme pour les autres effets du mariage polygamique, c'est la conjonction des évolutions, d'une part du droit international privé du pays requis, d'autre part du droit matériel du pays d'origine, qui permet des solutions conciliables.

## 2. LE DROIT APPLICABLE A LA CONTESTATION DE LA FILIATION BIOLOGIQUE

Consacrant une solution identique à celle précédant son entrée en vigueur, l'article 62 du Codip établit que la loi nationale de la personne dont on conteste la paternité ou la maternité régira l'action en contestation. En droit marocain, les règles en vigueur avant la réforme de la *Mudawwana* ne comportaient pas de disposition réglementant précisément la détermination du titulaire de l'action en contestation ni le délai endéans duquel l'action devait être introduite.

### A. L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC FACE A UNE ACTION DONT LE MARI DETIENT LE PRIVILEGE EXCLUSIF

Se fondant sur le principe fondamental de l'égalité des sexes, l'exception d'ordre public fut ainsi invoquée pour permettre la recevabilité d'une action en contestation de paternité par la mère marocaine, dès lors que la loi belge du 31 mars 1987 avait ouvert à l'homme comme à la femme le droit de contester la paternité<sup>44</sup>.

Si l'ancien article 90 du Code du statut personnel marocain n'indiquait pas expressément qui pouvait introduire l'action en contestation, le nouvel article 153 de la *Mudawwana* précise explicitement que la filiation paternelle ne peut être contestée « que par le mari ». Bien

<sup>42</sup> Bruxelles, 26 octobre 1983, *T. Vreemd.*, 1985, n° 36-37, p. 29 (parents marocains) et Civ. Bruxelles (13<sup>e</sup> ch.), 15 janvier 1992, *Pas.*, 1992, III, p. 42 (parents marocains). Il en va de même en matière de regroupement familial : la Cour constitutionnelle a annulé une disposition de la loi belge ayant transposé une faculté offerte aux Etats membres de l'Union européenne par une directive européenne, qui interdisait le droit de séjour aux enfants de couples polygames, Cour constitutionnelle, arrêt 95/2008, 26 juin 2008, disponible sur [www.arbitrage.be](http://www.arbitrage.be).

<sup>43</sup> Art. 41 et 44 de la *Mudawwana*.

<sup>44</sup> Civ. Bruxelles (12<sup>e</sup> ch.), 22 novembre 1988, *RTDF*, 1990, p. 253, note FALLON, M. (parties marocaines) ; Civ. Bruxelles (12<sup>e</sup> ch.), 30 avril 1990, *RDE*, 1990, p. 91 (père marocain, mère et enfant belges) ; Civ. Gand (3<sup>e</sup> ch.), 10 février 1994, *AJT*, 1994-1995, p. 360, note WAUTERS-LAMBEIN, K. et WAUTERS (parents marocains et enfant belge) ; Civ. Bruxelles (12<sup>e</sup> ch.), 26 février 1997, *Pas.*, 1996, III, p. 40 (parents marocains) ; Civ. Gand (16<sup>e</sup> ch.), 3 avril 2000, *TGR*, 2000, p. 164 (parties marocaines).



qu'aucune décision publiée à ce jour ne se positionne sur la réception de ces nouvelles dispositions entrées en vigueur le 5 février 2004, il est raisonnable de penser que la même solution prévaudra et que le droit marocain sera écarté au profit du droit belge afin de permettre à la mère de contester la paternité de son mari.

Influencée par l'évolution du droit interne de la filiation<sup>45</sup>, l'exception d'ordre public peut désormais être également invoquée à l'encontre d'un droit étranger qui ne permettrait pas au père biologique de contester la paternité du mari, en se fondant sur le principe d'égalité des filiations hors mariage et liées au mariage ou encore sur le principe de la « vérité biologique ». Furent ainsi écartés le droit turc et le droit marocain n'autorisant pas le père biologique à contester la paternité du mari de la mère<sup>46</sup>. Le même raisonnement fut adopté par la Cour d'appel de Liège, écartant le droit marocain au profit du droit belge après avoir au préalable vérifié l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge, ainsi que la gravité de l'effet que produirait l'application du droit marocain<sup>47</sup>.

## B. L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC FACE A L'ABSENCE DE DELAI DE PRESCRIPTION

Aucune disposition de la *Mudawwana* ne prévoit de délai légal pour introduire une action en contestation de paternité. Cette absence de délai n'a pas été jugée incompatible avec l'ordre public international belge<sup>48</sup>.

Pour tout ce qui n'a pas été prévu dans la *Mudawwana*, l'article 400 du Code marocain de la famille et la doctrine précisent qu'il faudra se référer au rite malékite et à l'effort jurisprudentiel (*ijtihad*), qui devront guider l'interprétation du droit marocain de la famille<sup>49</sup>.

Cette position fut reçue en Belgique dans une affaire relative au délai pour l'introduction d'une action en contestation de paternité. La Cour d'appel précisa que : « Même si le Code marocain du statut personnel ne prévoit pas de délai d'intentement de l'action, l'application correcte du droit étranger requiert d'en rechercher le contenu par référence aux autres sources admises dans ce pays, notamment l'opinion dominante ou la jurisprudence constante. Or, en droit musulman de rite malékite, le désaveu de paternité n'est plus admis lorsque le mari a attendu un certain temps

<sup>45</sup> Code civil, art. 318. L'action en contestation de la présomption de paternité du mari de la mère est désormais ouverte à l'homme qui prétend être le père biologique, à l'exception du donneur de sperme ou d'embryon, et à l'enfant âgé de 12 à 22 ans agissant par l'intermédiaire de son représentant légal jusqu'à sa majorité.

<sup>46</sup> Civ. Liège (3<sup>e</sup> ch.), 22 février 2008, R.G. 08/389/A (père légal de nationalité turque et père biologique de nationalité belge) et Civ. Liège (3<sup>e</sup> ch.), 7 mars 2008, R.G. 08/808/A (père légal de nationalité marocaine et père biologique de nationalité belge), note HENRICOT, C., « La titularité de l'action en contestation de paternité face à l'évolution de l'exception d'ordre public sous l'influence du droit interne », *RDE*, 2009, n° 151, p. 718-724.

<sup>47</sup> Liège (10<sup>e</sup> ch.), 10 juillet 2008, R.G. 2008/RG/268, inédit (père légal tunisien et père biologique marocain). Bien que le père légal soit de nationalité tunisienne, la cour applique la loi nationale de la personne qui se prétend être le père biologique, au motif que le droit belge de la filiation connaît l'action spécifique de substitution de paternité permettant l'établissement de la paternité du père biologique simultanément à l'action en contestation de paternité du père présumé, ce qui justifie selon elle l'application du droit marocain.

<sup>48</sup> Civ. Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 4 novembre 1986, *RGDC*, 1988, p. 458, note VRANCKEN-ARAUJO, P. (parties marocaines) ; Civ. Bruxelles, 27 octobre 1993, *T. Vreemd.*, 1994, p. 108, note VAN DEN EECKHOUT, V. (parties marocaines) ; Bruxelles, 23 avril 1998, *J.T.*, 1999, p. 581 (père marocain et enfant belgo-marocain).

<sup>49</sup> VAN DEN EECKHOUT, V., « Voyage sur les canaux du droit international privé belge et marocain : le gouvernail de la filiation paternelle dans le mariage », *RDE*, 1996, n° 89, p. 320.

après l'accouchement sans porter son action devant le *cadi*. L'introduction d'une action un an et cinq jours après la naissance excède le délai de quelques jours admis par le droit étranger applicable »<sup>50</sup>.

### 3. LE DROIT APPLICABLE A L'ETABLISSEMENT DE LA FILIATION ADOPTIVE

Sans entrer dans les méandres de la réforme législative de l'adoption en Belgique<sup>51</sup>, on se limitera à relever que l'établissement de l'adoption internationale<sup>52</sup> est régi par le droit de l'Etat dont l'adoptant ou les adoptants ont la nationalité<sup>53</sup>. Si les adoptants sont de nationalités différentes, l'établissement de la filiation sera régi par le droit de l'Etat de leur résidence habituelle commune ou, à défaut, par le droit belge. L'alinéa 3 de l'article 67 du code contient une clause spéciale d'ordre public positif, permettant d'écarter le droit étranger au profit du droit belge si le droit désigné nuit manifestement à l'intérêt supérieur de l'enfant et si l'adoptant a des liens manifestement étroits avec la Belgique.

Fut ainsi écarté au profit du droit belge, le droit tunisien interdisant l'adoption de majeurs, en ce qu'il violait le droit à la vie privée et familiale des parties, consacré par l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme<sup>54</sup>. A pu également être jugé incompatible avec l'ordre public, le droit marocain ignorant l'institution de l'adoption<sup>55</sup>, dans

<sup>50</sup> Bruxelles, 8 mars 2005, *RTDF*, 2006, p. 862 (père marocain). Afin de déterminer la solution à cette question non réglée par la *Mudawwana*, la cour s'est référée à la doctrine francophone ayant écrit sur le statut personnel marocain. Ainsi, elle établit que le droit musulman n'admet plus l'action en désaveu de paternité lorsque le mari a attendu « un certain temps » après l'accouchement, sans avoir porté son action devant le *cadi*, tout en précisant qu'il existe une controverse sur le délai dans lequel est circonscrit l'exercice de cette action, certains auteurs accordant deux jours, d'autre sept. Voir TAVERNE, M., *Le droit familial maghrébin et son application en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 83, n° 209 ; MERNISSI, S., « Quelques aspects du statut personnel marocain », in CARLIER, J.-Y. et VERWILGHEN, M. (dir.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 116 et s. ; MILLIOT, L. et BLANC, F.-P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, 2e éd., 1987, p. 405, n° 500.

<sup>51</sup> Loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, *M.B.*, 16 mai 2005, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2005, telle que modifiée par la loi du 6 décembre 2005, *M.B.*, 16 décembre 2005 ; arrêté royal du 24 août 2005 fixant des mesures d'exécution de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption, de la loi du 13 mars 2003 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'adoption et de la loi du 16 juillet 2004 portant Code de droit international privé, *M.B.*, 29 août 2005 ; circulaire du 24 août 2005 relative à la mise en œuvre de la réforme de l'adoption, *M.B.*, 29 août 2005. Pour un commentaire de cette réforme, voir LAMMERANT, I., OTTEVAERE, A. et VERWILGHEN, M., « Les lignes de faite de la réforme du droit belge de l'adoption », « Le nouveau droit fédéral de l'adoption », « Le nouveau droit communautaire de l'adoption », *RTDF*, 1/2006, p. 13-216. Pour la situation antérieure, voir VERWILGHEN, M., CARLIER, J.-Y. et DEBROUX, C., *L'adoption internationale en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1991, 216 p.

<sup>52</sup> En droit belge, une adoption sera qualifiée d'internationale si elle implique un déplacement international ou si l'enfant « réside en Belgique sans être autorisé à s'y établir ou à y séjourner plus de trois mois pour y être adopté par une personne ou des personnes qui y résident habituellement ». Voir les articles 357 à 367-3 du Code civil. En revanche, en droit international privé, toute adoption qui comporte un élément d'extranéité, par exemple en raison de la nationalité étrangère d'une partie, est une adoption internationale, même en l'absence de déplacement d'enfant.

<sup>53</sup> Art. 67 du Codip.

<sup>54</sup> Gent (3<sup>e</sup> ch.), 25 mars 2004, *TGR*, 2004, p. 102 (majeur tunisien). Le droit applicable à l'adoption était en principe déterminé par la loi du statut personnel de chaque partie, selon la règle de rattachement en vigueur avant le Codip (Code civil, ancien article 344, §2).

<sup>55</sup> Article 149 de la *Mudawwana*. Contrairement au droit marocain, le droit tunisien autorise l'adoption qui est régie par la loi n° 1958-0027 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption.

une situation présentant des liens particulièrement étroits avec le territoire belge<sup>56</sup>. Cette position ne fait pas l'unanimité<sup>57</sup>.

A défaut de connaître l'adoption, le Maroc et l'Algérie disposent d'une institution similaire, la *kafala*<sup>58</sup>. S'apparentant à une tutelle officieuse, la *kafala* est une forme de délégation de l'autorité parentale cessant à la majorité de l'intéressé. L'enfant qui serait orphelin, ou dont la famille ne serait plus en mesure de subvenir à ses besoins pour des raisons matérielles, pourrait être recueilli par d'autres membres de sa famille résidant en Belgique<sup>59</sup>. Cette situation sera souvent rencontrée en pratique. Une grande sœur et son mari, de nationalité marocaine, pourraient ainsi recourir à l'institution de la *kafala* afin d'accueillir un petit frère en Belgique, à défaut de pouvoir l'adopter.

Sous certaines conditions, une *kafala*, prononcée au Maroc, pourra être suivie d'une adoption en Belgique. On parle alors de *kafala* « en vue d'adoption », à distinguer de la *kafala* « simple », qui sera reconnue de plein droit, conformément à l'article 22 du Codip, concernant la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères.

A la suite de la réforme législative belge du droit de l'adoption, il ne devint plus possible d'adopter un enfant originaire d'un pays ignorant cette institution, dès lors que la procédure instaure dorénavant un système de coopération entre les autorités centrales du pays d'origine et du pays d'accueil.

Etant donné le nombre important de personnes recourant à la *kafala* au départ de la Belgique, un nouvel article 361-5 fut inséré dans le Code civil belge. Cette disposition autorise le déplacement d'un enfant venant d'un pays qui ne connaît pas l'adoption en vue de l'adoption en Belgique, si les parents de l'enfant sont décédés, si l'enfant a fait l'objet d'une décision d'abandon et d'une mise sous tutelle de l'autorité publique dans son pays d'origine, et que l'autorité centrale communautaire et l'autorité compétente de l'Etat d'origine ont approuvé par écrit la décision de leur confier l'enfant, en vue de son déplacement à l'étranger.

Deux principaux obstacles expliquent que peu de décisions prononçant l'adoption en Belgique à la suite d'une *kafala* aient été rendues, malgré l'adaptation de la législation belge à cette institution particulière. L'interdiction des contacts préalables entre l'adoptant et l'adopté ou son

<sup>56</sup> Civ. Bruxelles (jeun.), (9<sup>e</sup> ch.), 12 mai 1982, *RTDF*, 1983, p. 198, confirmé par Bruxelles (jeun.), 9 novembre 1982, *RTDF*, 1983, p. 200 (adoptants belge et enfant marocain). Voir en France, pour une application du principe de proximité en matière d'adoption : si l'enfant est né et réside en France, le droit étranger interdisant l'adoption sera contraire à l'ordre public : Cour de cassation française, 10 octobre 2006, *JDI Clunet*, 2007, p. 564, note BRIÈRE, C., (enfant marocain et adoptant français). En l'espèce, l'exception d'ordre public n'a pas permis d'écarter le droit marocain, dès lors que l'enfant n'était pas né en France ni y avait sa résidence.

<sup>57</sup> Voir, en sens contraire : Liège, 30 mai 1983, *Pas.*, 1983, p. 101 (adoptant belge et adopté marocain) ; Civ. Bruxelles (jeun.), 15 avril 1985, *T. Vreemd.*, 1986, p. 18, note ERAUW, J., (adoptant marocain, adoptante belge et enfant belge). Voir également, en France, Cour de cassation française, 19 octobre 1999, *JDI Clunet*, 2000, p. 737, note MONEGER, F., (parties marocaines) et Cour de cassation française, 9 juillet 2008, *Dalloz et Sirey*, 2008, p. 2144, note EGEA, V. (loi applicable déterminée par la loi nationale de l'enfant, de nationalité algérienne).

<sup>58</sup> En droit marocain, *Dahir* n° 1-02-172 du 1 rabii II 1423 (13 juin 2002) portant promulgation de la loi n° 15-01 relative à la prise en charge (la *kafala*) des enfants abandonnés et art. 116 et s. du Code de la famille algérien.

<sup>59</sup> SAROLÉA, S. et HENRICOT, C., *Droit international privé et droit de la famille*, Recyclage en droit, Louvain-La-Neuve, Anthémis, 2009, p. 164 et s.

entourage ne permettra pas aux adoptants d'accueillir un enfant qui, tout en faisant partie de leur famille au sens large, n'entre pas dans la définition plus stricte d'une adoption intrafamiliale<sup>60</sup>. Par ailleurs, peu de situations répondront au principe de double subsidiarité, qui n'autorise l'adoption que si, d'une part, l'enfant est définitivement privé de ses parents biologiques et si, d'autre part, aucune solution ne peut être trouvée dans son pays d'origine.

Ne pouvant être assimilée à une adoption et ne créant aucun lien juridique entre l'enfant et la personne assurant la *kafala*, cette institution n'emporte aucun effet sur le plan administratif, autrement dit elle ne permettra pas le regroupement familial de l'enfant (*makful*) avec le tuteur<sup>61</sup>. La seule manière d'être autorisé au séjour sur le territoire belge sera d'introduire une demande auprès du ministre de la Politique de migration et d'asile, qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire, délivrant des permis de séjour dans certaines circonstances. Cet obstacle pourrait poser des freins importants aux avantages que représente le recours à cette institution pour faire venir en Belgique un enfant, membre de sa famille.

Dans la mesure où le droit marocain connaît une institution permettant de contourner en quelque sorte l'interdit de l'adoption, son rejet pour contrariété à l'ordre public ne se justifierait plus. Toutefois, vu l'absence d'effet sur le plan administratif d'une *kafala*, il pourrait être soutenu que l'interdiction d'adopter en droit marocain continue d'être contraire à l'ordre public, en méconnaissant l'intérêt supérieur de l'enfant qui ne dispose d'aucune institution créant un lien de filiation, ce qui le prive d'un droit de venir rejoindre son « adoptant » ou « tuteur ».

### III. LA DISSOLUTION DU LIEN CONJUGAL

Après un examen du droit applicable au divorce et à la séparation de corps, ainsi que de leurs effets sur le plan alimentaire, seront étudiées les questions liées à la reconnaissance des jugements de divorce et des répudiations. Les juridictions belges étant fréquemment confrontées à l'application du droit étranger, et en particulier du droit marocain, dans des questions liées à la dissolution du lien conjugal, il est important de favoriser la compréhension de ce droit afin d'en favoriser une meilleure application<sup>62</sup>.

#### 1. LE DROIT APPLICABLE AU DIVORCE ET A LA SEPARATION DE CORPS

Depuis l'adoption du règlement du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (« Rome III »), la détermination du droit applicable dépend de la date d'introduction de l'action en divorce<sup>63</sup>. Si l'action est introduite avant le 21 juin 2012, le droit applicable sera déterminé sur

<sup>60</sup> L'article 363-1 du Code civil dispose que : « Aucun contact entre l'adoptant ou les adoptants et les parents de l'enfant ou toute autre personne qui en a la garde ou dont le consentement à l'adoption est requis ne peut avoir lieu tant que les dispositions des articles 361-1 et 361-3, 1° à 5°, ou des articles 362-2 à 362-4 n'ont pas été respectées, sauf si l'adoption a lieu entre membres d'une même famille ou si les conditions fixées par l'autorité compétente de l'Etat d'origine de l'enfant sont remplies ».

<sup>61</sup> SAROLÉA, S. et HENRICOT, C., *op. cit.*, p. 165.

<sup>62</sup> Voy. sur ce sujet, l'étude réalisée par HENRICOT, C., « L'application du Code marocain de la famille, à la croisée des jurisprudences belge et marocaine en matière de dissolution du mariage », *J.T.*, 2011, pp. 641-651.

<sup>63</sup> Règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, article 18, *J.O.U.E.*, 2010, L 344/10 ("Rome III).

la base de l'article 55 du Codip. Par contre, pour toute action introduite postérieurement à cette date, les dispositions du règlement Rome III détermineront le droit applicable.

#### A. LORSQUE L'ACTION EST INTRODUITE AVANT LE 21 JUIN 2012

Le droit applicable au divorce et à la séparation de corps est régi par l'article 55 du Codip pour toute action introduite avant le 21 juin 2012. Une lecture attentive de cette disposition conduira à vérifier, en premier lieu, si les époux ont fait usage de l'autonomie de la volonté. L'option de droit consacrée par le deuxième paragraphe de cet article limite doublement le choix offert aux parties : d'un point de vue procédural et du point de vue de la désignation effectuée. Les intéressés devront opérer ce choix dès la première comparution et ne pourront choisir que la loi de leur nationalité commune ou la loi belge.

A défaut d'un tel choix, le rattachement en cascade prévu au paragraphe premier s'appliquera. Cette échelle de Kegel inversée désigne en premier lieu la loi de l'Etat dans lequel les deux époux résident habituellement ; à défaut de résidence dans un même pays, la loi de la dernière résidence habituelle commune des époux, pour autant que l'un d'eux réside encore dans cet Etat ; à défaut d'une telle résidence, la loi de la nationalité commune des époux, et enfin à défaut de nationalité commune, la loi belge. Si la loi désignée ignore l'institution du divorce, elle sera écartée par la clause spéciale d'ordre public positif consacrée au troisième paragraphe. Un facteur de rattachement subsidiaire du paragraphe premier sera alors utilisé pour désigner la loi applicable.

Un cas unique d'application du droit égyptien, désigné par le premier échelon de l'article 55, §1 (résidence habituelle des époux au moment de l'introduction de la demande) s'est présenté devant les juridictions belges<sup>64</sup>. Confronté à l'application du droit égyptien, le tribunal en a fait une interprétation erronée, ce qui l'a conduit à l'écarter en expliquant que « le droit égyptien ne connaît pas du divorce d'époux mariés selon un régime non religieux » et en concluant à l'application du droit belge, au motif que les tribunaux égyptiens ne peuvent connaître du divorce puisque « en l'espèce, les parties se sont mariées à l'ambassade de Belgique au Caire, selon les dispositions civiles belges ». Le droit égyptien reposant sur un système multiconfessionnel, la détermination du droit applicable dépend de la confession et du rite auxquels appartiennent les parties. Si ces dernières étaient de confession catholique et de rite latin – ce qui semblait être le cas en l'espèce –, la loi du statut personnel des catholiques latins consacrant l'indissolubilité du mariage devait s'appliquer. La désignation de ce droit devait ensuite être neutralisée par le jeu de la clause d'ordre public positif (art. 55, §3), puisqu'en l'espèce les parties n'auraient pu divorcer en vertu du droit égyptien<sup>65</sup>. Si, en l'espèce, le droit égyptien ne permettait pas aux époux de divorcer, c'est parce qu'ils étaient tous deux catholiques latins, et non parce que « le droit égyptien ne connaît pas du divorce d'époux mariés selon un régime non religieux ». Ce jugement démontre les difficultés auxquelles sont confrontés

<sup>64</sup> Civ. Bruxelles, 26 juin 2009, RG 2008/1035/A, *RTDF*, 3/ 2010, note BERNARD-MAUGIRON, N. et HENRICOT, C., « Le droit égyptien : un droit multiconfessionnel. Vers une meilleure compréhension du droit des deux rives de la Méditerranée », *RTDF*, 2010/3, pp. 906-913.

<sup>65</sup> Pour un cas similaire en Allemagne, voir NIBOYET, F., « Le caractère indissoluble du mariage religieux confronté à l'ordre public allemand », note sous un arrêt du Bundesgerichtshof, 11 octobre 2006, disponible sur le site web de la Société de législation comparée/section de droit international privé ([www.slc-dip.com](http://www.slc-dip.com)).

les magistrats dans l'application et la compréhension de systèmes législatifs étrangers complexes.

Au Maroc, la réforme de la *Mudawwana* de 2004 a vu naître une nouvelle forme de divorce, qui présente la particularité d'être ouverte aux deux époux<sup>66</sup> et de rencontrer ainsi l'exigence de l'égalité entre les sexes. Le divorce pour discorde, le *chiqaq*, fait l'objet des articles 94 à 97 de la *Mudawwana* et présente une véritable révolution dans la législation marocaine. Avant de vérifier la persistance de la discorde entre les époux, il incombe au tribunal de tenter de concilier ces derniers. Ce n'est qu'en cas d'impossibilité de conciliation que le tribunal devra examiner si la discorde persiste et le cas échéant, prononcer le divorce.

A la mi-2010, un seul jugement faisant application de la procédure *chiqaq* devant les juridictions belges avait été répertorié<sup>67</sup>. La maigreur de ce résultat s'explique probablement par l'application fréquente du premier échelon de l'article 55 du Codip, qui conduira souvent à l'application du droit belge comme étant le droit de l'Etat sur le territoire duquel les époux ont leur résidence habituelle au moment de l'introduction de la demande. Comme on le voit, la loi nationale n'occupe plus qu'une place de second rang. A celle-ci, sera le plus souvent préférée la loi belge, choisie par les parties ou désignée par un des critères de rattachement de l'échelle de Kegel<sup>68</sup>.

#### B. LORSQUE L'ACTION EST INTRODUITE APRES LE 21 JUIN 2012

Pour toutes les actions qui seront introduites après le 21 juin 2012, l'article 55 du code sera éclipsé par les dispositions du règlement Rome III dès lors que celui-ci a vocation à s'appliquer de manière universelle. En effet, l'article 4 du règlement Rome III indique que « la loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un Etat membre participant ». L'universalité du règlement se décline non seulement au niveau de la loi qui peut être désignée mais également au niveau des situations qui sont visées puisque le règlement n'a pas limité son champ d'application dans l'espace. Autrement dit, pour toutes les actions introduites après le 21 juin 2012 et qui ne seraient pas exclues du champ d'application matériel (article 1, § 2), le règlement Rome III se substituera à l'article 55 du Codip.

<sup>66</sup> Voir l'article 94 de la *Mudawwana* : « lorsque les deux époux, ou l'un d'eux, demandent au tribunal de régler un différend les opposant [...] ».

<sup>67</sup> Liège (2<sup>e</sup> ch.), 26 mai 2009, *RDE*, 2009, p. 748-750. Pionnier en la matière, ce jugement fait application du droit marocain en vertu de l'article 55, §1, 3<sup>o</sup> du Codip, les époux ayant l'un et l'autre la nationalité marocaine et aucun des critères visés aux échelons 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> ne trouvant à s'appliquer au cas d'espèce. L'époux a demandé le divorce sur la base de l'article 97 de la *Mudawwana*, relatif au *chiqaq*. Après avoir vérifié que la conciliation des parties était impossible, vu le défaut de la défenderesse, le tribunal a valablement constaté la persistance de la discorde entre les époux au regard des éléments d'espèce et a prononcé le divorce.

<sup>68</sup> Voir en ce sens, Civ. Bruxelles, 9 novembre 2007, *JLMB*, 2008, p. 337, faisant application du droit belge en vertu de l'article 55, §1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup> (homme de nationalité marocaine et femme de nationalité belge) ; Civ. Bruxelles, 9 novembre 2007, *JLMB*, 2008, p. 340, faisant application du droit belge en vertu de l'article 55, §1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> (homme belge et femme camerounaise) ; Civ. Arlon, 16 juin 2006, *RTDF*, 2006, p. 1058 : application du droit belge sur la base de l'article 55, §1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup> (parties de nationalité marocaine). Avant l'entrée en vigueur du Codip, le droit applicable était déjà, depuis 1960, principalement le droit belge en application des articles 2 et 3 de la loi du 27 juin 1960, même en présence d'une partie de nationalité étrangère. Voir en ce sens, Civ. Bruxelles, 4 octobre 2006, *RTDF*, 2007, p. 496, note MASSON, J.-P. (parties de nationalité belge et marocaine). Antérieurement, sur la base de l'article 3 alinéa 3 du Code civil, le droit applicable était celui de la loi nationale des époux, de sorte que lorsqu'une loi nationale ne permettait pas le divorce, celui-ci n'était pas possible.



En 2006, la Commission avait adopté une proposition de règlement du Conseil, modifiant le règlement Bruxelles Ibis en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale (« Rome III »)<sup>69</sup>. En juin 2008, l'absence d'unanimité au sein des Etats membres avait conduit à l'abandon du projet de règlement. C'est finalement sous le mode de la coopération renforcée que le projet fut relancé en mars 2010. Le 4 juin 2010, le Conseil « Justice et Affaires intérieures » de l'Union européenne a autorisé l'établissement de cet accord de coopération renforcée entre les quatorze Etats membres adhérents<sup>70</sup>, et c'est finalement le 20 décembre 2010 que le règlement fut adopté.

L'objectif du règlement Rome III est de renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité, afin de permettre aux couples « internationaux » de prévoir quelle sera la loi applicable à leur procédure en divorce ou en séparation de corps. En harmonisant les règles de conflit de lois, la proposition désire éviter un phénomène de « forum shopping ».

L'accent est mis sur l'autonomie de la volonté et sur l'objectif de proximité. Comme l'article 55 du Codip, l'article 5 du règlement Rome III permet aux couples de choisir le droit applicable à leur litige, à condition que la loi désignée présente des liens étroits avec la situation<sup>71</sup>. Alors que l'article 55 du Codip exigeait que l'option de droit soit effectuée *in limine litis*, l'article 5, § 2 du règlement Rome III offre la possibilité de choisir le droit applicable « à tout moment », ce qui permettrait aux parties d'insérer dans leur contrat de mariage, une clause sur le droit applicable en cas de divorce. Le consentement et la validité matérielle du choix seront vérifiés au regard de l'article 6 tandis que l'article 7 pose les conditions de respect de la validité formelle du choix. A défaut de choix ou si le choix n'a pas valablement été effectué, le droit applicable au divorce ou à la séparation de corps est déterminé grâce à une échelle de rattachement de Kegel, établie par l'article 8<sup>72</sup>.

Comme le prévoit l'article 5, § 1<sup>er</sup>, litera c, les époux pourront choisir comme loi applicable la loi nationale de l'un d'entre eux. Cette hypothèse permettra éventuellement aux parties de faire appliquer une législation d'un pays musulman. Toutefois les époux, guidés par leur avocat, choisiront probablement d'appliquer à leur procédure le droit de leur résidence habituelle, ce qui correspondra bien souvent au droit belge.

<sup>69</sup> Voir la proposition de règlement modifiant le règlement (CE) n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et instituant des règles relatives à la loi applicable en matière matrimoniale COM (2006) 399.

<sup>70</sup> Voir la décision du Conseil autorisant une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps {COM(2010) 105 final}, ainsi que le règlement du Conseil mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps {COM(2010) 104 final}.

<sup>71</sup> « Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes :

- a) la loi de l'Etat de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou
- b) la loi de l'Etat de la dernière résidence habituelle des époux pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ; ou
- c) la loi de l'Etat de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou
- d) la loi du for ».

<sup>72</sup> « A défaut de choix conformément à l'article 5, le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'Etat :

- a) de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,
- b) de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet Etat au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,
- c) de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,
- d) dont la juridiction est saisie ».

Ce n'est donc pas tant dans la détermination du droit applicable au divorce que l'on sera fréquemment confronté à des législations étrangères, que dans le contentieux lié aux effets de la reconnaissance des jugements de divorce prononcés à l'étranger (*infra*, point 3).

## 2. LE DROIT APPLICABLE AUX EFFETS DU DIVORCE: LES OBLIGATIONS ALIMENTAIRES ENTRE EX-EPOUX

Avant l'entrée en vigueur du Codip, le droit applicable aux effets du divorce était déterminé par l'ancien article 3, alinéa 3 du Code civil, autrement dit par la loi du statut personnel des ex-époux.

Dès que le droit désigné ignorait le principe de la pension alimentaire, l'exception d'ordre public était systématiquement invoquée. Toutefois, plus récemment, appliquant encore l'ancien article 3, alinéa 3 du Code civil en raison de l'ancienneté des faits de la cause, la Cour de cassation a estimé que le droit marocain, ignorant la pension alimentaire après divorce, ne pouvait être déclaré contraire à l'ordre public international belge dès lors que « l'article 301 du Code civil, en vertu duquel l'époux qui a obtenu le divorce peut réclamer à charge de l'autre époux une pension pouvant lui permettre d'assurer son existence dans des conditions équivalentes à celles dont il bénéficiait durant la vie commune, n'est pas une disposition d'ordre public international »<sup>73</sup>. Ce faisant, la Cour s'est écartée d'une position jurisprudentielle dont la constance était consacrée depuis des décennies. Au nom de l'ordre public international, les juges du fond octroyaient assez facilement des pensions alimentaires après une répudiation assimilée à un divorce, en écartant le droit étranger déclaré applicable, le plus souvent le droit marocain ou algérien, au profit du droit belge<sup>74</sup>.

Fondé sur la résidence habituelle ou la nationalité du for, le principe de proximité, largement consacré par la jurisprudence et ensuite par le Codip, n'a étonnamment pas réussi, ici, à neutraliser l'application de la loi marocaine. Ce revirement de jurisprudence en droit international privé, imposé par la Cour de cassation, s'explique peut-être tout simplement par l'évolution du droit matériel belge instaurant un divorce sans faute et limitant ainsi les possibilités d'obtention d'une pension alimentaire après divorce<sup>75</sup>.

Cet arrêt est toutefois quelque peu tardif au regard de l'évolution des règles déterminant le droit applicable en la matière puisque, dorénavant, le droit belge régira le plus souvent la question au titre de droit du lieu de résidence habituelle du créancier d'aliments. En effet, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2004, ce contentieux est voué à s'amoinrir puisque le facteur de rattachement retenu par l'article 74 du Code est celui de la résidence habituelle du créancier d'aliments, qui se situera logiquement sur le territoire belge au moment de la demande. Ce n'est plus que dans l'hypothèse où l'ex-époux, débiteur, aura sa résidence habituelle sur le territoire de l'Etat dont le créancier et

<sup>73</sup> Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 18 juin 2007, *RTDF*, 4/2007, p. 1127 et s. ; WAUTELET, P., « La Cour de cassation et l'ordre public international alimentaire », *JLMB*, 2008/19, p. 822-829, ; CARLIER, J.-Y., « Quand l'ordre public fait désordre », *RGDC*, 2008/9, p. 522-531 (parties de nationalité belgo-marocaine et marocaine).

<sup>74</sup> Voir Civ. Bruxelles, 31 janvier 1989, *RTDF*, 1990, p. 42, note FALLON, M., (ex-époux de nationalité algérienne) ; Bruxelles, 9 mai 1989, *RTDF*, 1990, p. 37 (ex-époux de nationalité marocaine) ; Bruxelles, 19 mars 1991, *Pas.*, 1991, II, p. 129 (ex-époux de nationalité marocaine) ; Civ. Bruxelles, 26 novembre 1992, *RTDF*, 1993, p. 121 (ex-époux marocains) ; Civ. Nivelles, 8 avril 1997, *RTDF*, 1998, p. 51 (ex-époux marocains).

<sup>75</sup> CARLIER, J.-Y., « Quand l'ordre public fait désordre », *op. cit.*, p. 528.



lui-même ont la nationalité, que la loi de leur nationalité commune sera appliquée. Ainsi, afin d'échapper à la loi belge, le débiteur dont la nationalité sera identique à celle du créancier pourrait retourner dans son pays d'origine afin de voir cette loi déclarée applicable, si elle lui est favorable. Un tel comportement serait toutefois sanctionné sous l'angle de la fraude à la loi.

### 3. LA RECONNAISSANCE DES JUGEMENTS PRONONÇANT LA DISSOLUTION DU LIEN CONJUGAL A L'ÉTRANGER

#### A. LES DIVORCES

L'article 22 du code instaure un système de reconnaissance de plein droit des décisions judiciaires étrangères. Cette disposition est d'application subsidiaire par rapport au principe établi par le règlement Bruxelles *Ibis*, primant le droit interne dès qu'il s'agit de reconnaître une décision émanant d'un Etat-Membre<sup>76</sup>. En supprimant la révision au fond (art. 25, §2), antérieurement commandée par l'article 570 du Code judiciaire, le Code de droit international privé innove, en faisant preuve d'un esprit d'ouverture à l'égard des jugements rendus dans les pays tiers. Il anticipe ainsi l'évolution du droit international privé européen qui, dans le futur, élargira nécessairement la reconnaissance de plein droit des jugements émanant d'Etats membres de l'Union à une reconnaissance de plein droit des jugements émanant d'Etats tiers.

Selon le Codip, ces décisions judiciaires sont néanmoins soumises à la censure de l'article 25, dont les motifs de refus pourront faire obstacle à la reconnaissance des jugements. Parmi ces motifs, se retrouvent notamment la contrariété à l'ordre public, la violation des droits de la défense et la fraude à la loi.

Ainsi, un divorce prononcé en Tunisie entre deux Tunisiens résidant en Belgique et dont l'(ex) épouse a acquis la nationalité belge, n'a pas été reconnu au motif d'une fraude à la compétence du juge belge, qui aurait dû être considéré comme le juge naturel vu l'existence de liens étroits avec la Belgique<sup>77</sup>. De même, n'a pas été reconnu le divorce prononcé par défaut en Tunisie entre deux époux belges résidant en Belgique, dès lors que l'épouse belge a voulu échapper à la loi belge en créant un rattachement fictif à la juridiction étrangère, afin de divorcer de son mari à son insu pour contracter une nouvelle union<sup>78</sup>.

Bien souvent, les dissolutions du mariage organisées par les pays musulmans seront qualifiées de répudiation, ce qui explique que la jurisprudence ne contienne que peu de cas entrant dans le champ d'application de l'article 22, car la répudiation est visée par une disposition spécifique (*infra*).

Toutefois, la nouvelle forme de divorce pour discorde insérée dans la *Mudawwana*, le *chicago* (art. 94 à 97) devrait, à l'avenir, être examinée sous l'angle de l'article 22, dès lors qu'il s'agit d'une forme de divorce ouverte à l'homme comme à la femme. Cette souplesse qui devra être

<sup>76</sup> Article 21 du règlement (CE) 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 (CE) 1347/2000, JO L338 du 23 décembre 2003, p. 1-29.

<sup>77</sup> Anvers, 11 juin 2001, Rechtspraak Antwerpen Brussel Gent, 2004, p. 494, obs. DE LAET, K., (époux de nationalité tunisienne et belgo-tunisienne).

<sup>78</sup> Bruxelles, 18 novembre 2003, J.T., 2004, p. 893 (époux de nationalité belge).

accordée à la reconnaissance du *chicago* ne s'étend toutefois pas au *talaq*, voire au *khôl'*, autres formes de dissolution du mariage prévues par le droit marocain, dont la validité sera en principe soumise à une disposition particulière du code concernant les répudiations<sup>79</sup>.

## B. LES RÉPUDIATIONS

Lors des travaux préparatoires du Code belge de droit international privé, la reconnaissance des répudiations a fait l'objet de nombreuses discussions conduisant à l'adoption de l'article 57 du Codip, auquel renvoie l'article 25 concernant les motifs de refus de la reconnaissance ou de la déclaration de la force exécutoire des décisions judiciaires étrangères<sup>80</sup>. Evitant l'utilisation du terme quelque peu restrictif de « répudiation », l'article 57 vise la reconnaissance d'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 ». Selon les travaux préparatoires, l'article 57 vise tant la répudiation *talaq* que *khôl'*<sup>81</sup>. L'interdiction est le principe (art. 57, §1), la reconnaissance l'exception (art. 57, §2). Ce n'est qu'en remplissant certaines conditions cumulatives que la répudiation pourra être reconnue : une homologation judiciaire, l'interdiction de liens étroits (nationalité ou résidence habituelle) avec un pays qui ne connaît pas cette forme de dissolution du mariage, le consentement de la femme et le contrôle des motifs de refus établis par l'article 25.

Par ce carcan, le législateur a clairement montré sa volonté d'enfermer la reconnaissance des répudiations dans des conditions strictes. L'article 57 marque en ce sens un point d'arrêt par rapport à une jurisprudence plus libérale, qui permettait de reconnaître les répudiations lorsque la femme y avait consenti et en réclamait le bénéfice<sup>82</sup>. Afin d'éviter une double victimisation de ces dernières, les cours et tribunaux soumettaient la reconnaissance des répudiations à des conditions alternatives. La doctrine allait dans le même sens, en proposant de restreindre le contrôle à un examen alternatif en termes de respect des droits de la défense ou de proximité<sup>83</sup>.

De manière identique, une partie de la doctrine suivie par certaines juridictions plaide pour une soustraction de la répudiation *khôl'* de l'article 57, afin de réceptionner cette forme de dissolution du mariage sous l'angle des articles 22 et 25 du code, ce qui en faciliterait la reconnaissance<sup>84</sup>. Bien qu'entrant, selon les travaux préparatoires, dans le champ d'application

<sup>79</sup> Trois types de répudiations existent en droit marocain : le *talaq*, privilège exclusif du mari, le *khôl'*, répudiation à l'initiative de l'épouse moyennant compensation financière et le *tamlik*, inséré dans le nouveau Code de la Famille marocain, qui consiste en une répudiation exercée par l'épouse, à condition que le mari lui ait consenti cette faculté au moment de la conclusion du mariage.

<sup>80</sup> Article 25, §1<sup>er</sup>, 9<sup>o</sup> du Codip.

<sup>81</sup> *Doc. Parl.*, Sénat, sess. 2003-2004, n° 3-27/1 : Exposé des motifs, p. 88.

<sup>82</sup> Civ. Liège, 17 octobre 1978, *JJP* 1980, p. 61 (parties de nationalité marocaine) ; Civ. Bruxelles, 27 novembre 1985, *JJP*, 1986, p. 186 (parties de nationalité marocaine) ; Civ. Bruxelles (9<sup>e</sup> ch.), 10 février 1987, *RGDC*, 1988, p. 497 (parties de nationalité marocaine) ; J.P. St-Gilles, 23 avril 1987, *JJP*, 1989, p. 112 (parties de nationalité marocaine) ; J.P. Forest, 21 novembre 1989, *RDE*, 1989, p. 311 (parties de nationalité marocaine) ; Civ. Bruxelles (30<sup>e</sup> ch.), 11 janvier 1990, *RTDF*, 1990, p. 399, note TAVERNE, M. (parties de nationalité marocaine) ; J.P. Gand (7<sup>e</sup> canton), 30 avril 1990, *TGR* 1990, p. 94 (parties de nationalité marocaine) ; Cour du travail Anvers (4<sup>e</sup> ch.), 27 novembre 1992, *Limb. Rechtsl.*, 1993, p. 103 (parties de nationalité marocaine) ; Civ. Bruxelles, 9 avril 1997, *RDE*, 1997, n° 93, p. 254, note FOLETS, M.-Cl. (parties de nationalité marocaine). Voir en France, Cour de cassation française, 3 novembre 1983, note FADLALLAH, *JDI Clunet*, 1984, note KAHN, P.

<sup>83</sup> CARLIER, J.-Y., « La reconnaissance mesurée des répudiations par l'examen *in concreto* de la contrariété à l'ordre public », *RTDF*, 2003, p. 46 : « La répudiation serait reconnue si l'épouse accepte, pendant ou après, expressément ou implicitement *ou*, à défaut d'acceptation, si la situation ne présente que des liens tenus avec l'ordre juridique belge, étant proche de l'ordre juridique d'origine de la décision ».

<sup>84</sup> Voir CARLIER, J.-Y., « Le code belge de droit international privé », *RCDIP*, n° 1/2005, p. 33, note 58 ; Voir Civ. Bruxelles, 13 septembre 2007, *RDE*, 2008, n° 146, note DE BLAERE, S., p. 491. Dans ce jugement rendu par le

de l'article 57 du Codip, le *khôl'* doit être assimilé au divorce par consentement mutuel et devrait dès lors sortir du champ d'application de cette disposition consacrée à la répudiation visant uniquement l'hypothèse de la dissolution du lien conjugal par volonté unilatérale du mari, alors que le *khôl'* est caractérisé par l'intervention de l'épouse. Seule l'hypothèse dans laquelle le mari contraindrait son épouse à solliciter le divorce *khôl'*, devrait rester soumise à l'article 57 du Codip.

Avant l'entrée en vigueur du Codip, deux motifs étaient avancés pour refuser de reconnaître une répudiation : la violation des droits de la défense et la contrariété à l'ordre public. A trois reprises, des arrêts rendus par une Cour du travail furent soumis à la censure de la Cour de cassation devant se prononcer sur la validité de répudiations *talaq* intervenues au Maroc, entre ressortissants marocains et opposant le défendeur en cassation à l'Office national des pensions. L'enjeu était de pouvoir accorder aux intéressés le statut de divorcé, ce qui leur donnait droit à une pension de retraite plus avantageuse que le statut de séparé de fait, qui leur était octroyé en cas de non reconnaissance de la répudiation.

Au nom du respect des droits de la défense, la cour a refusé la reconnaissance à deux reprises. Dès lors que l'épouse ne fut ni convoquée, ni entendue<sup>85</sup>, aucun effet ne pouvait découler de la répudiation, alors même que la femme y aurait consenti par la suite et en revendiquerait la reconnaissance devant les tribunaux belges<sup>86</sup>. Cette position a été confirmée par une jurisprudence plus récente, refusant de reconnaître une répudiation au vu de la violation des droits de la défense de l'épouse<sup>87</sup>. Dans les deux hypothèses, les époux réclamaient une pension au taux ménage à l'Office national des pensions. Ne leur fut octroyée qu'une pension au taux isolé, en raison de l'absence d'effet de leur second mariage au regard du droit belge, puisque leur premier mariage avait été dissout par une répudiation non reconnue par les autorités belges.

Etant donné l'inégalité entre l'homme et la femme quant à l'accès à ce mode de dissolution du lien conjugal, la répudiation a également été sanctionnée sous l'angle du respect de l'ordre public<sup>88</sup>. Toutefois, dans un troisième arrêt plus libéral, la Cour de cassation a estimé que l'inégalité entre l'homme et la femme dans l'accès à la dissolution de leur union pouvait être couverte par une appréciation *in concreto* de la conformité de cette dissolution à l'ordre public, démontrant que l'épouse y a consenti et l'invoque à son avantage<sup>89</sup>. D'une certaine manière, la cour admettait que l'autonomie de la volonté couvrait l'inégalité, comme on peut admettre dans certaines limites la renonciation à un droit fondamental.

---

tribunal de première instance, après avoir été soustrait à l'article 57 du Codip, le *khul'* n'a toutefois pas été réceptionné sous l'angle de l'article 22 – disposition consacrée à la reconnaissance des jugements étrangers – mais sous l'angle de l'article 27, consacré à la reconnaissance des actes authentiques conclus à l'étranger.

<sup>85</sup> Cass., 11 décembre 1995, *RDE*, 1996, p. 185, note FOLETS, M.-Cl. ; *RTDF*, 1996, p. 165, note CARLIER, J.-Y. ; *Rechtskundig weekblad*, 1995-1996, p. 1330, note ERAUW, J. (parties de nationalité marocaine).

<sup>86</sup> Cass. (3<sup>e</sup> ch.) 29 septembre 2003, *RTDF*, 2004, p. 317 (parties de nationalité marocaine).

<sup>87</sup> Trav., Bruxelles, 21 novembre 2007, R.G. n° 46.052, inédit (parties de nationalité marocaine) et Trav., Bruxelles, 28 février 2008, R.G. n° 45.308, inédit (parties de nationalité marocaine). Ces deux arrêts confirment des jugements rendus par les tribunaux du travail avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, ce qui explique que l'examen de la validité des répudiations ait été opéré non au regard de l'article 57 du code mais bien de l'ancien article 570 du Code judiciaire.

<sup>88</sup> J.P. St.-Gilles, 13 octobre 1981, *J.T.*, 1982, p. 362 (parties de nationalité marocaine) ; Bruxelles (3<sup>e</sup> ch.), 30 juin 1981, *J.T.*, 1981, p. 656, note TAVERNE, M. (parties de nationalité marocaine) ; J.P. St.-Gilles, 27 avril 1982, *RDE*, 1986, n°39, p. 93 (parties de nationalité marocaine) ; Civ. Bruxelles, 18 novembre 1986, *RDE*, 1987, n° 44, p. 96 (parties de nationalité marocaine) ; J.P. Anvers, 12 mai 1987 (1<sup>er</sup> canton), *T.V.R.*, 1988, n° 50, p. 25 (parties de nationalité marocaine).

<sup>89</sup> Cass. (3<sup>e</sup> ch.), 29 avril 2002, *RTDF*, 2003, p. 94, note CARLIER, J.-Y. ; *Rechtskundig weekblad* 2002-2003, p. 862, note ERAUW, J. ; *Div. Act.*, 2003, p. 98, note BARBÉ, C. (parties de nationalité marocaine).

Prononcés avant l'entrée en vigueur du Code de droit international privé, ces arrêts ne permettent pas de définir la portée qui devra être donnée à l'article 57 du Codip. Se posera ainsi notamment la question du maintien de cette disposition au regard de l'évolution du droit marocain depuis l'entrée en vigueur de la réforme de la *Mudawwana* et l'introduction d'une forme de divorce accessible aux deux époux<sup>90</sup>. Ne pourrait-on remettre en question l'examen de la reconnaissance d'une répudiation unilatérale prononcée au Maroc (*talaq*) sous l'angle de l'article 57, dès lors que cette disposition ne vise que l'hypothèse d'une dissolution du mariage par volonté unilatérale du mari *sans que la femme ait disposé d'un droit égal*<sup>91</sup>? Depuis l'introduction d'une nouvelle forme de divorce accessible à l'homme comme à la femme (*chiqaq*), l'application de l'article 57 ne se justifie plus, avec certitude pour le *chiqaq*, de façon encore assez discutée pour le *talaq*. Le magistrat confronté à la reconnaissance d'une répudiation prononcée au Maroc pourrait s'interroger sur la possibilité d'en examiner la validité sous l'angle de l'article 22 du code (principe de reconnaissance de plein droit des jugements étrangers) en vérifiant qu'aucun motif de refus ne s'oppose à la reconnaissance. Ce raisonnement permettrait de soustraire la répudiation prononcée au Maroc au régime sévère de l'article 57, tout en conditionnant sa reconnaissance à un examen *in concreto* de l'ordre public. Ceci permettrait, par exemple, de réceptionner une répudiation à laquelle la femme a consenti, quand bien même elle résiderait en Belgique. Le débat sous-jacent est alors celui de la possibilité de renoncer à une conception rigide des droits fondamentaux, en faisant prévaloir l'égalité réelle sur l'égalité formelle.

La légitimité de l'article 57 du Codip est également battue en brèche par la récente évolution du droit belge du divorce, permettant à l'un des époux d'imposer à l'autre le divorce pour « cause de désunion irrémédiable », dès qu'une séparation d'un an est démontrée<sup>92</sup>. Si certains ont dénoncé cette réforme en la qualifiant de répudiation<sup>93</sup>, la comparaison est boiteuse car la particularité de la répudiation en droit musulman réside dans l'accès inégal à cette forme de dissolution du lien conjugal, violant ainsi le principe d'égalité des sexes<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> Pour un jugement adoptant déjà ce raisonnement, voir Trav. Tournai (3<sup>e</sup> ch.), 25 avril 2006, *JLMB*, 2006/28, p. 1237 : « le tribunal constate que le droit marocain de la famille s'est doté, entre le moment où l'acte de divorce a été prononcé le 7 janvier 1992 et le jugement du 8 juillet 2004, d'une nouvelle forme de divorce appelée « *chiqaq* », équivalente à une répudiation; [...] cette procédure peut être intentée par les deux époux (la femme disposant d'un droit égal) ; [...] cette nouvelle procédure renforce l'idée de l'examen *in concreto* de l'ordre public permettant de reconnaître la répudiation en cas d'acceptation de l'épouse puisque cette dernière dispose dans son droit interne d'un droit égal à celui de son mari d'intenter pareille action ». Pour une application de la loi marocaine par les tribunaux français, voir Paris, 2 décembre 2004, *Droit et Patrimoine*, avril 2005, p. 105. Dans le même sens, Paris, 26 mai 2005, *Dr. Fam.*, février 2006, n° 40, p. 35

<sup>91</sup> FOBLETS, M.-Cl et CARLIER, J.-Y., *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 66.

<sup>92</sup> Article 229, §3 du Code civil. Lors des discussions sur le projet de loi réformant le divorce, la question de l'impact de la réforme belge sur la réception des répudiations faites à l'étranger a néanmoins été soulevée. Voir question/réponse, Ch. Représentants, session ordinaire 2005-2006, question n° 11.424 du 2 mai 2006, CRIV 51 COM 939, p. 1-3 : « Pour répondre à votre question portant sur les effets éventuels de cette réforme à l'égard de la reconnaissance d'une répudiation dans notre pays, il n'y en a pas. Le Code de droit international privé s'applique en matière de reconnaissance de dissolution effectuée à l'étranger. Il énonce à l'article 57 les conditions de reconnaissance d'une répudiation ; elles sont basées sur le principe que les deux parties doivent avoir pu se défendre de façon convenable. Cette condition primordiale est rencontrée par la réforme du divorce. Une comparaison de la réforme avec une répudiation - étiquette à connotation péjorative - est donc, me semble-t-il, tout à fait gratuite ».

<sup>93</sup> FIERENS, J., « La quadrature de la faute dans le cercle du divorce », *J.T.*, n° 6265, 16/2007, p. 336.

<sup>94</sup> Cette distinction permet d'appuyer la thèse selon laquelle la répudiation *khu'* et la répudiation *tamliq* devraient être réceptionnées sous l'angle de l'article 22 du Codip, et non de l'article 57, dès lors que la femme

## CONCLUSION

Cette exploration de différents domaines du droit international privé familial au travers du prisme de l'ordre public a tenté d'approcher cette notion lorsqu'elle est confrontée à la législation de pays arabo-musulmans.

Si Paul Lagarde a pu dire de l'ordre public qu'il s'agit du « type même de la notion fonctionnelle » et « qu'aucun lien véritable n'existe entre les différentes hypothèses où il fait son apparition, sinon qu'il n'est jamais possible de laisser la loi étrangère normalement compétente régir ces situations »<sup>95</sup>, on serait tenté de préciser que la dimension spatio-temporelle à laquelle il sera continuellement confronté le rend sinon insaisissable, du moins en constante évolution.

Si, par le passé, il a pu être invoqué de manière quelque peu rigide afin de neutraliser tout effet découlant d'un droit étranger manifestement incompatible, il a par la suite évolué par la nécessaire prise en considération de réalités complexes exigeant une application nuancée, ou autrement dit, atténuée.

Là où le respect des droits de l'homme justifiait une prise de position parfois absolue, la complexité factuelle de situations humaines avait conduit à d'avantage de relativité, privilégiant une certaine souplesse des solutions. La tendance actuelle semble être celle d'un retour à plus de fermeté dans le rejet d'institutions étrangères jugées, à tort ou à raison, contraires aux droits fondamentaux, particulièrement lorsque la situation présente des éléments de proximité avec l'ordre juridique belge.

Est-ce à dire que se feraient sentir, les prémises d'un retour vers une application absolue des droits de l'homme, reflétée par une radicalisation jurisprudentielle à l'égard des répudiations, ou encore par la restriction des effets admissibles découlant d'une union polygamique ? Le débat entre le relativisme et l'absolutisme des droits de l'homme s'apparente mal d'une vision manichéenne. Comme souvent, devra être privilégiée une voie médiane tracée par le juge du fond, le plus à même d'examiner les éléments factuels du litige. A cet égard, une meilleure connaissance du droit étranger est certainement un facteur de coordination harmonieuse entre les ordres juridiques.

Evoluant dans un monde parallèle, le droit des pays arabes exige une lecture éclairée face à leur constante mutation. A titre d'exemple, la modernisation du droit marocain de la famille nécessite non seulement sa prise en considération par les juridictions belges, mais peut-être aussi une remise en question de leurs grilles de lecture par les magistrats. L'enjeu ne serait-il pas de conscientiser ces derniers à l'intérêt de privilégier une démarche alliant compréhension et respect d'un droit culturellement différent, sans pour autant être incompatible avec les principes de notre ordre juridique ?

Face à la complexité que représente l'alliage de mondes juridiques culturellement très différents, on favorisera les solutions souples qui privilégient le dialogue, sur le rejet et la recherche d'une justice effective sur l'application rigide des principes. Ici, comme ailleurs, l'ignorance conduit au

---

est à l'origine de la rupture unilatérale du mariage, l'égalité des sexes étant alors sauvegardée dans le mode d'accès à la rupture du lien conjugal.

<sup>95</sup> LAGARDE, P., *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, Paris, 1959, n° 7.32, p. 177.

rejet, alors qu'une meilleure connaissance des différences permet le respect mutuel et le dialogue.

A long terme, il pourrait être intéressant d'envisager une évolution de la notion d'ordre public vers la notion d'accommodement raisonnable. Développée en droit interne canadien, cette notion permet d'adapter les règles de droit - privé ou public - à la variabilité des situations de fait. En droit privé, l'accommodement raisonnable a permis d'adapter les conditions d'exercice d'un emploi à la diversité des travailleurs : postes de travail adaptés aux handicaps, horaires adaptés aux convictions religieuses, etc. En droit public, l'accommodement raisonnable permet d'adapter les règles de vie commune à une société multiculturelle : port d'un couvre-chef religieux (turban sikh) plutôt qu'un chapeau par des membres de la police montée canadienne, port d'un poignard symbolique par les enfants sikhs dans les écoles, etc.

L'accommodement doit être « raisonnable », en ce que l'adaptation de la règle consentie en faveur d'une minorité, ne doit pas constituer une charge excessive pour la majorité. Ce faisant, la notion d'accommodement raisonnable ouvre, au sein de la société, un espace de dialogue permanent et constitue peut-être de ce fait la forme contemporaine la plus aboutie d'un système politique démocratique<sup>96</sup>.

Ce débat, interne à chaque Etat, est-il exportable au niveau international<sup>97</sup> ? En droit international privé, l'accommodement raisonnable ne pourrait-il, progressivement, remplacer l'ordre public ? Alors que l'exception d'ordre public entend souligner qu'un ordre organise la supériorité d'un système sur l'autre, auquel il fait exception, l'accommodement raisonnable tente de mettre en œuvre une coordination de systèmes, chère au droit international privé. On pourrait, en droit international privé, parler d'accommodements réciproques entre les ordres juridiques concernés. Ces accommodements réciproques pourraient se faire à deux niveaux : celui du législateur dans l'évolution des normes de droit international privé et de droit interne ; celui du juge dans la recherche d'interprétations favorisant la coexistence plus que l'exclusion. S'il restera toujours des points de rupture, la notion d'accommodements raisonnables ou réciproques permet de mettre en œuvre une dynamique visant à la construction progressive d'une société démocratique plus large.

<sup>96</sup> Voir au Canada, les travaux de la Commission consultative sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences culturelles (dite commission Bouchard-Taylor), *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation*, Québec, Gouvernement du Québec, 2008, accessible sur [www.accommodements.qc.ca](http://www.accommodements.qc.ca).

<sup>97</sup> Voir TALPIS, J.A., *L'accommodement raisonnable en droit international privé*, Conférences Roger-Comtois, Montréal, Thémis, 2009, 98 p. avec un commentaire de M. Revillard, publié aussi, sans le commentaire, in GAUDREAU-DESBIENS, J.-Fr. (dir.), *La religion, le droit et le « raisonnable ». Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Thémis, 2009 ; CARLIER, J.-Y., « Diversité culturelle et droit international privé : Vers des accommodements réciproques ? », in RINGELHEIM, J. (dir.), *La diversité culturelle en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, à paraître.



**Comité scientifique/Scientific Board**

Prof. Jean-Yves Carlier, President CeDIE  
Prof. Pierre d'Argent  
Prof. Marc Fallon  
Prof. Stéphanie Francq  
Prof. Paul Nihoul  
Prof. Sylvie Saroléa

**Comité de rédaction/Editorial Board**

Prof. Jean-Yves Carlier, President CeDIE  
Damien Gerard, Coordinateur/Editor  
Annie Fourny  
Bernadette Martin-Bosly

Les Cahiers du CeDIE sont stockés sur [DIAL](#), la plateforme de dépôt institutionnel de l'Académie Louvain.  
The CeDIE Working Papers are uploaded on [DIAL](#), the Louvain Academy repository and publications database.

**CeDIE – Centre Charles De Visscher pour le droit international et européen.** Créé en 1963, le CeDIE honore depuis 1973 la mémoire du Professeur Charles De Visscher (1884-1973), une personnalité qui a marqué le droit international public dans la période d'après-guerre. Il fut, en particulier, président de l'Institut de droit international, juge à la Cour internationale de Justice et ministre du gouvernement belge. Le CeDIE poursuit des activités de recherche dans les disciplines juridiques affectant les problématiques internationales au sens large, en particulier le droit international public, le droit international privé, le droit européen (UE) et les droits de l'homme. Depuis ses débuts, le CeDIE défend une conception large du droit international et une approche comparative, de type interdisciplinaire.

**CeDIE – Charles De Visscher Centre for International and European Law.** Established in 1963, the CeDIE honours since 1973 the memory of Professor Charles De Visscher (1884-1973), a prominent figure in the field of public international law in the post-WWII period. Among others, he held positions as President of the Institut de droit international, Judge of the International Court of Justice and Minister in the Belgian government. The CeDIE carries research activities in the field of international law including public international law, private international law, European (EU) law and human rights law. Since its inception, the CeDIE aims to promote a broad understanding of and an interdisciplinary approach to international law.

---