

JURISPRUDENCE

Qu'en ce qui concerne le droit belge, à supposer qu'on puisse s'y rapporter par le biais l'article 21 du CODIP, il y a lieu de se référer principalement aux articles 167 et 146bis du code civil, ce dernier article disposant que « *il n'y a pas mariage lorsque, bien que les consentements formels aient été donnés en vue de celui-ci, il ressort d'une combinaison de circonstances que l'intention de l'un au moins des époux n'est manifestement pas la création d'une communauté de vie durable, mais vise uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour, lié au statut d'époux.* »

Qu'une fois ces principes énoncés, il y a lieu d'examiner ces dispositions au regard des éléments de faits de la présente cause;

Que les éléments de faits développés par l'Office des étrangers sont des affirmations contestées par les requérants; Qu'en réalité, la position de l'Office des étrangers et celle du parquet se basent

principalement sur le dépôt de plainte de la première épouse du requérant, point déjà développé ci-avant, et sur les déclarations de l'ambassade selon laquelle « *ce second mariage de M. X serait un mariage arrangé traditionnellement par la tante de l'époux* »;

Que le requérant explique, quant à lui, le dépôt de plainte de sa première épouse par un sentiment de vengeance vis-à-vis de lui; Que, pour ce qui est de la réalité du second mariage, on peut relever que les époux sont âgés de 22 ans pour la requérante et de 25 ans pour le requérant, qu'ils déposent des photos de leur mariage ainsi que de nombreuses attestations de participation à ce mariage; Que, dans la dernière enquête réalisée à la demande du Parquet, dont question ci-avant également et qui comprend uniquement une déclaration circonstanciée du requérant, il est plutôt question de « *parasitage* » de notre société par le

requérant que de véritable conclusion sur un mariage de complaisance;

Qu'enfin, le mariage des requérants a fait l'objet d'une transcription des registres de l'État Civil belge;

Attendu qu'étant donné qu'il n'est pas démontré dans l'état actuel du dossier qu'il n'y a pas intention de créer une communauté de vie dans le chef des requérants, il y a lieu de faire droit au recours introduit par ceux-ci;

Par ces motifs:

Reçoit la requête et la dit fondée;

Ce fait, dit avoir lieu de reconnaître le mariage conclu à Haymana/Ataköy en Turquie le (...) entre Monsieur X, né à Ataköy (Turquie) le (...) 1982 et Madame Y, née à Haymana (Turquie) le (...) 1985;

Vu la qualité des parties, délaisse à chacune d'elle ses propres dépens;



TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DE CHARLEROI (1^{ère} ch.)

11 décembre 2008

n° 07/3859/B

X c/ M. Pc

Siège: Mme Desutter, juge unique

M. Pc: M. Fiasse, Pr. Subst.

Plaid.: Me H. Van Vreckom, avocat

MARIAGE POLYGAMIQUE — VALIDITÉ EN DROIT MAROCAIN — ORDRE PUBLIC — NON RECONNAISSANCE EN BELGIQUE — FILIATION ISSUE DU SECOND MARIAGE — ACTION EN RECONNAISSANCE DE L'ACTE DE NAISSANCE ET DE L'ACTE DE KAFALA — ART. 27, § 1, ALINÉA 4 ET 23, CODIP — FAIBLE RATTACHEMENT DE LA SITUATION AVEC L'ORDRE JURIDIQUE BELGE — INTERDICTION DE DISCRIMINATION ENTRE LES ENFANTS SELON LEUR FILIATION — PAS DE CONTRARIÉTÉ À L'ORDRE PUBLIC — RECONNAISSANCE DE L'ACTE DE NAISSANCE — KAFALA NOTARIALE — NON-CONFORMITÉ AU DROIT MAROCAIN — REFUS DE RECONNAISSANCE.

Le fait que le mariage, qui ne peut être reconnu en droit belge mais qui est valable en droit marocain, suffise à établir la filiation de l'enfant à l'égard du requérant n'est pas de nature à produire un effet manifestement incompatible

JURISPRUDENCE

avec l'ordre public belge, le droit belge écartant sur base de ses principes fondamentaux, toute discrimination entre les enfants selon que leur filiation est établie sur base du mariage ou en dehors de celui-ci.

(...)

Par requête déposée et visée le 27.11.2007, Monsieur X a introduit un recours, conformément à l'article 27 § 1^o alinéa 4 du code de droit international privé contre la décision prise le 04.10.2007 par Monsieur l'Officier de l'État civil de la Commune de Farciennes, qui a refusé de reconnaître:

- l'acte de naissance de A, né à Nador, au Maroc le (...) 1991

- l'acte de remise d'un enfant dressé le 25.04.2005

La requête, introduite conformément à l'article 23 du code de droit international privé, est recevable.

Les faits

Le requérant s'est marié au Maroc le (...)1953 avec Madame Y. Ils vivent en Belgique depuis 1970 et ont retenu huit enfants de leur union.

Le 15.09.1987 à Sidi Ifni, il a en outre contracté un second mariage avec Madame Z.

Il résulte de l'acte de naissance litigieux que A est né le (...) 1991 à Nador de cette seconde union.

Le requérant a acquis la nationalité belge le 02.07.1997.

Le 25.04.2005, a été dressé à Nador, « *un acte de remise d'un enfant* » par lequel deux adouls ont reçu la déclaration de remise par Madame Z, sa mère, de nationalité marocaine, de A né le (...) 1991 à son père, Monsieur X, de nationalité marocaine, et ce afin qu'il le prenne en charge à titre de kafala, et qu'il lui fournisse tout ce dont il a besoin dont la nourriture...

Par décision motivée du 04.10.2007, Monsieur l'Officier de l'État civil de la

Commune de Farciennes a refusé de reconnaître la validité de ces actes.

Quant au refus de reconnaître l'acte de naissance

Monsieur l'Officier de l'État Civil a refusé de reconnaître la validité de cet acte sur base de l'article 21 du code de droit international privé et ajoute qu'il n'est pas possible de se prononcer sur l'authenticité de l'acte de naissance.

L'article 21 du code de droit international privé dispose:

« L'application d'une disposition de droit étranger désigné par la présente loi est écartée dans la mesure où elle produirait un effet manifestement incompatible avec l'ordre public. Cette incompatibilité s'apprécie en tenant compte, notamment, de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application de ce droit étranger. »

L'article 27 § 1^o du même code dispose:

« Un acte authentique étranger est reconnu en Belgique par toute autorité si sa validité est établie conformément au droit applicable en vertu de la présente loi, en tenant compte spécialement des articles 18 et 21. »

L'acte doit réunir les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'État dans lequel il a été établi. »

En l'espèce, toutes les personnes concernées sont de nationalité marocaine.

Au moment de son deuxième mariage, le requérant avait la nationalité marocaine.

Au regard du droit marocain qui est en principe applicable (en vertu des articles 46 et 47 du code de droit international privé), ce second mariage est valable, ce qui n'est pas contesté.

Il ne peut toutefois être reconnu en Belgique, la polygamie étant contraire à l'ordre public belge.

Cependant, le recours porte sur la reconnaissance non de cet acte de mariage mais de l'acte de naissance de l'enfant issu de cette union.

Il convient dès lors de vérifier si cet acte de naissance, établi conformément au droit marocain qui doit en principe s'appliquer, produit en Belgique un effet manifestement incompatible avec l'ordre public, en tenant compte notamment de l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et de la gravité de l'effet que produirait l'application du droit marocain.

L'enfant est né au Maroc, est de nationalité marocaine, y a vécu depuis sa naissance en 1991; sa mère est marocaine et vit au Maroc; son père, d'origine marocaine n'a acquis la nationalité belge que le 02.07.1997.

La situation de l'enfant n'a dès lors qu'un faible lien avec la Belgique.

Le fait que le mariage, qui ne peut être reconnu en droit belge mais qui est valable en droit marocain, suffise à établir la filiation de A à l'égard du requérant n'est pas de nature à produire un effet manifestement incompatible avec l'ordre public belge, le droit belge écartant sur base de ses principes fondamentaux, toute discrimination entre les enfants selon que leur filiation est établie sur base du mariage ou en dehors de celui-ci.

Au demeurant, ayant acquis la nationalité belge en 1997 et résidant en Belgique, le requérant pourrait établir sa filiation à l'égard de son fils, sans que l'on ait égard au mariage contracté en 1987.

JURISPRUDENCE

Reconnaître la validité de l'acte de naissance établi à Nador, n'a pas pour conséquence de reconnaître, en droit belge, la validité du mariage litigieux, mais seulement un de ses effets, la filiation, ce qui concrètement, ne produira pas un effet incompatible avec l'ordre public.

La reconnaissance de cet acte ne peut donc être refusée sur cette base.

Les autorités consulaires du Maroc ont légalisé la signature qui est apposée sur l'acte litigieux. Il n'est pas soutenu que celui-ci ne réunit pas les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit marocain. Rien ne permet de mettre en doute cette authenticité en l'espèce.

Quant au refus de reconnaître l'acte de remise d'un enfant

Monsieur l'Officier de l'État civil a refusé de reconnaître la validité de cet acte au motif que la procédure de « kafala » en droit marocain ne peut être appliquée que pour des enfants « makfoul », c'est-à-dire orphelins de père et de mère ou faisant l'objet d'un jugement d'abandon et mis sous tutelle publique.

Il faut distinguer la « kafala » judiciaire, de la « kafala » notariale.

La première concerne effectivement des enfants abandonnés et est strictement réglementée par le dahir n° 1-02-172 du 1 rabii II 1423 portant promulgation de la loi n° 15-01 du 13.06.2002 relative à la prise en charge (la kafala) des enfants abandonnés (B.O. du 5 septembre 2002).

Le droit marocain n'admet en effet pas l'adoption.

La seconde n'est pas organisée par cette loi et résulte d'un acte rédigé par deux adouls (notaires). L'acte litigieux est une « kafala » notariale et non judiciaire.

La loi n° 15-01 du 13.06.2002 ne lui est pas applicable.

La « kafala » notariale ne concerne pas les enfants abandonnés ou orphelins et ne présente pas les garanties de la « kafala » judiciaire.

Il s'agit d'une déclaration faite devant deux notaires (adouls) et dont les conséquences juridiques ne sont pas définies. En l'espèce, par cette déclaration, la mère « remet » son fils au père pour qu'il lui fournisse tout ce dont il a besoin.

Le requérant affirme que l'acte est motivé par le fait qu'il peut beaucoup mieux prendre en charge son fils que la mère qui se trouve dans une situation financière précaire.

La garde de l'enfant est régie par les articles 163 et suivants du code marocain de la famille.

L'article 164 du code marocain de la famille dispose que la garde de l'enfant incombe au père et à la mère tant que les liens conjugaux subsistent. L'article 171 prévoit que la garde est confiée en premier lieu à la mère.

L'article 198 du code de la famille dispose que le père doit pourvoir à l'entretien de

ses enfants. (Il a également des obligations alimentaires à l'égard de son épouse.)

Il n'est pas établi que l'acte litigieux répond aux conditions de validité du droit marocain, de sorte que c'est à bon droit que l'Officier de l'état civil a refusé d'en reconnaître la validité.

Par ces Motifs, le Tribunal,

Statuant sur requête,

Vu la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire, usage de la langue, française ayant été fait;

Entendu Monsieur Fiasse, Premier Substitut du Procureur du Roi en son avis donné à l'audience du 13.11.2008.

Reçoit la requête;

La dit partiellement fondée;

En conséquence, met à néant la décision prise le 04.10.2007 par l'Officier de l'état civil de la Commune de Farciennes, en ce qu'il a refusé de reconnaître la validité de l'acte de naissance de A né à Nador le (...) 1991, fils de M. X et de Mme Z;

Ordonne à l'Officier de l'état civil de la commune de Farciennes de reconnaître la validité de cet acte;

Confirme sa décision en ce qu'il a refusé de reconnaître la validité de l'acte de remise d'un enfant;

Déboute le requérant du surplus de ses prétentions et lui délaie ses frais et éventuels dépens.

JURISPRUDENCE

OBSERVATIONS

Quelques réflexions sur le statut des enfants issus d'une union polygamique

Patrick WAUTELET

Professeur ordinaire - Faculté de droit, ULg

Le statut des enfants issus d'une union polygamique était au centre de la décision commentée. Au terme d'un raisonnement particulièrement bien motivé, le tribunal arrive à la conclusion que l'officier d'état civil belge ne pouvait refuser de reconnaître un acte de naissance dressé au Maroc au motif que les parents de l'enfant étaient unis par un mariage polygamique. Il est inutile de revenir sur la méthode empruntée par le tribunal pour apprécier la validité de l'acte de naissance dressé à l'étranger, le détour par la méthode des conflits imposé par l'article 27 étant suffisamment connu¹.

L'on peut se contenter de constater que l'appréciation portée par le tribunal rejoint celle de la Cour constitutionnelle. Appellée à apprécier la transposition en Belgique de la directive regroupement familial, la Cour a en 2008 porté un jugement sévère² sur la distinction que le législateur belge s'autorisait entre les enfants d'un parent étranger, à qui était offert la possibilité de solliciter le regroupement familial, et ceux issus d'un mariage polygamique, à qui cette possibilité était déniée³. Ces derniers ne pouvaient, selon le texte de la loi, faire appel qu'aux ressources bien aléatoires de l'autorisation exceptionnelle que peut décerner le ministre de l'intérieur⁴.

Pour estimer que cette distinction ne pouvait être justifiée, la Cour a, à juste titre selon nous, distingué la situation du conjoint en situation de polygamie de celle des enfants issues d'une union polygamique. S'agissant du premier, c'est, selon la Cour, la nature même du lien matrimonial qui est en cause. Or le caractère particulier du lien matrimonial unissant un même époux à plusieurs épouses

suscite des questions quand il s'agit de lui donner des effets en Belgique. Lorsqu'au contraire c'est la situation des enfants qui est au centre des préoccupations, la Cour relève que l'analyse doit porter sur le lien de filiation. Or, comme elle l'indique, « le critère des circonstances de la naissance de l'enfant et de la situation conjugale de ses parents ne présente aucune pertinence... ni avec l'objectif de défense de l'ordre public international belge ou européen, dès lors que les enfants concernés ne sont en aucune manière responsables de la situation conjugale de leurs parents... »⁵.

Cette analyse nous semble s'imposer tout autant dans le contexte de la reconnaissance d'un lien de filiation à des fins civiles que lorsqu'il s'agit d'une demande de regroupement familial. Dans les deux cas, il importe de bien mesurer que ce n'est pas tant le mariage qui est au centre des débats, mais bien, comme le note le tribunal dans la décision commentée, l'un de ses effets, à savoir l'existence d'un lien de filiation. La position de la Cour constitutionnelle, que rejoint le tribunal de Charleroi, consiste à refuser d'accepter que le mariage polygamique puisse contaminer, à la manière d'une sorte de péché originel, les relations entre les parents et les enfants issus de l'union⁶. Cette position nous semble devoir être approuvée, sous peine de dénaturer le lien qui unit les enfants à leur parent. L'accueil de ce lien lorsqu'un enfant est né d'une union polygamique ne nous semble en tout cas pas nécessiter une quelconque extension du concept de lien de filiation, extension qui s'impose par contre, et qui suscite des difficultés, lorsqu'il s'agit de reconnaître directement le lien marital entre les époux⁷.

(1) Pour plus de détails sur le contrôle de la validité des actes étrangers et en particulier des actes d'état civil, voy. surtout T. KRUGER et J. VERHELLEN, « De erkenning in België van buitenlandse familierechtelijke akten », *Tijd. Vreemd.*, 2006, 278-285 ainsi que nos observations in « De doorwerking in België van buitenlandse akten: een kritisch overzicht », *Tijd. Vreemd.*, 2008, 36-48.

(2) Ce faisant, la Cour ne se refuse plus à prendre ses responsabilités, comme elle l'avait fait dans l'arrêt Haouach, (arrêt du 4 mai 2005, n° 2960, avec notamment les commentaires de J.-Y. CARLLIER, « La polygamie devant la Cour d'arbitrage », *Journ. Juristes*, 2005, n° 42, 1).

(3) Cour constitutionnelle, arrêt n° 95/2008 du 26 juin 2008, avec notamment les commentaires de M. FALLON, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, 1157.

(4) A propos de l'importante limitation imposée au droit au regroupement familial en cas de mariage polygamique, voy. L. WALLEYN, « De hervorming van de wetgeving inzake gezinshereniging met niet-EU onderdanen », in *De nieuwe Vreemdelingenwet - België in lijn met Europese regelgeving*, M.-CL. FOLETS et al. (éds.), *Die Keure*, 2007, (63), 65-66. *Comp. avec la position antérieure: C.E.*, 9 juillet 1986, *Rev. dr. étr.*, 1986, 104.

(5) Attendu B21.

(6) Voy. les commentaires approbateurs de M. Fallon, qui relève que l'appréciation de la Cour se justifie au regard du critère de la gravité des effets produits par la situation née sous l'empire de la loi étrangère, un des critères retenus par l'article 21 du Code de droit international privé pour donner une forme plus concrète à l'exception d'ordre public international (M. FALLON, note sous Cour constitutionnelle, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, 1158).

(7) Encore que l'on pourrait avancer que l'élargissement conceptuel qu'impose l'accueil en Belgique du lien marital unissant des époux dont l'un est par ailleurs déjà marié, ne devrait plus soulever de difficultés de principe depuis qu'a été accepté le principe du mariage entre personnes de même sexe. Ou doit-on considérer que cette dernière innovation, si elle a certes remis en cause un des postulats

JURISPRUDENCE

qui fondait le droit de la famille, est par ailleurs demeurée fidèle à la nature monogame du mariage? Comp. avec les observations de M. Ancel, qui observait que la désacramentalisation du mariage en Occident et la très grande accessibilité du divorce contribuent à nuancer le contraste entre la tradition chrétienne du mariage monogame et la tradition musulmane (B. ANCEL, «Le statut de la femme du polygame», in *Le droit des familles à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, 1993, (105), 107). M. Ancel allait même jusqu'à écrire que «On ne peut manquer d'évoquer ici la polygamie successive que le divorce autorise: la monogamie a perdu son caractère perpétuel et le mariage n'est plus qu'une union à durée déterminée, en somme dotée d'une simple chance de perpétuité...»

(8) Sur ce dernier point, voy. Liège, 23 avril 1970, *Oum Keltoum c. Doukmani*, *Rev. crit. jur. b.*, 1971, 5, note G. VAN HECKE.

(9) P. ex. Civ. Bruxelles, 18 décembre 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, 312, note M. Fallon (au prix d'un raisonnement audacieux, le tribunal retient la nationalité marocaine des deux époux - alors que ceux-ci possédaient également la nationalité belge qui aurait dû suffire à disqualifier l'union polygame - pour reconnaître le mariage et faire droit à la demande de mesures provisoires fondées sur l'article 223 C.civ.). Voy. aussi J.P. Zaventem, 17 octobre 2002, *J.J.P.*, 2004, 456.

(10) On remarquera que lorsqu'une juridiction belge accepte de tirer un effet d'une union polygamique, il se peut que le tribunal soit contraint, une fois la question de principe de la reconnaissance franchie, d'appliquer le droit belge à l'effet en question, dès lors par exemple que les époux résident en Belgique. Ce sera le cas à chaque fois que la demande porte sur des effets du mariage visés par l'article 48 du Code, cette disposition retenant par priorité l'application du droit de la résidence habituelle des époux. Il n'est pas certain que le droit matériel belge soit toujours adapté pour «prendre en charge» (selon l'expression de M. Ancel, art. cit., 110) une union polygamique régulièrement constituée à l'étranger.

(11) En France, l'on sait depuis l'arrêt *Benedoudouche* que le caractère polygamique d'une union n'empêche pas, lorsque cette union a été valablement contractée à l'étranger, la seconde épouse et ses enfants de venir à la succession de son mari défunt: *Cass.fr.*, 1^{ère} ch. Civ., *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1981, 331, note H. BATIFFOL.

(12) Dans un autre registre, certaines juridictions belges acceptent de faire droit aux demandes portant sur l'octroi d'une pension alors que l'époux

Est-ce à dire pour autant que dès lors que la reconnaissance porte non pas sur le mariage en tant que tel, mais sur un effet qui peut être détaché, au moins conceptuellement, du mariage proprement dit, la reconnaissance s'impose, l'ordre public n'étant plus à même de s'opposer à l'accueil de l'effet, direct ou indirect, du mariage? C'est ce que semble indiquer la jurisprudence, confrontée le plus souvent à des demandes d'une seconde épouse, qui sollicite que lui soit reconnu le bénéfice d'un droit dont l'attribution procède de la qualité de conjoint. Les cours et tribunaux ont ainsi accepté de prendre en considération, dans le contexte d'un mariage polygamique, une demande de réparation du préjudice subi du fait de la mort de l'époux⁸, une demande de contribution aux charges du mariage⁹ ou encore une demande de créance alimentaire découlant de la qualité d'épouse¹⁰. La vocation successorale de la seconde épouse n'a par contre apparemment pas encore été soumise aux juridictions. En outre, l'on peut se demander si les juridictions¹¹ belges accepteront de dissoudre une union polygamique^{12, 13}.

L'approche nuancée est classiquement justifiée par le fait que la mise en oeuvre de l'exception d'ordre public impose de s'interroger non pas «sur l'institution du mariage polygamique comme telle», mais bien de «vérifier si l'effet juridique concret, dont la consécration judiciaire est demandée, est admissible»¹⁴. Partant, il s'imposerait de distinguer entre le mariage et les effets que celui-ci peut produire dans l'ordre juridique du for.

La distinction est entièrement justifiée au regard de la théorie classique de l'ordre public de droit international privé. Comme le rappelle l'article 21 du Code, disposition que le tribunal de Charleroi cite de manière fort opportune, le juge ou l'interprète doit en effet s'attacher à la «gravité de l'effet que produirait l'application» du droit étranger ou, lorsqu'il s'agit d'une situation déjà acquise à l'étranger, de la norme qui fonde cette situation. On

a coutume de présenter cette modalité de l'intervention de l'ordre public sous le vocable d'ordre public «atténué»¹⁵.

Il demeure que la distinction entre le principe du mariage et ses effets peut laisser perplexe. Que reste-t-il en effet du rejet de principe du mariage polygamique dès lors que l'ordre public est impuissant à sanctionner la plupart des différents effets dont la consécration est postulée en Belgique? Le rempart de l'ordre public ne serait-il en réalité qu'un prétexte, un 'cache sexe' impuissant à repousser l'union polygamique qui pourrait, malgré le rejet de principe, constituer le statut de personnes établies en Belgique? Cette contradiction apparente est sans doute le reflet des tensions qui peuvent exister entre les valeurs qui sous-tendent les différentes positions. Le rejet de principe peut s'appuyer sur la fidélité au caractère monogame du mariage; l'accueil, parfois détourné, de certains effets d'unions polygamiques peut en appeler à un principe de réalisme qui commande que l'on minimise tant que faire se peut les inconvénients découlant d'une situation boiteuse¹⁷. L'opposition entre ces deux positions explique sans doute l'ambiguïté qui entoure le statut de l'union polygamique en droit belge.

Au-delà de la fragilité même du refus de principe d'accueillir la polygamie, écorné par l'accueil réservé, au nom d'autres principes, aux effets, ou du moins à certains d'entre eux, de telles unions, il faut aussi constater que des zones d'ombre subsistent qui rendent délicate l'appréhension des situations de polygamie. Ainsi, lorsque l'un des conjoints possède la nationalité belge ou celle d'un autre État dont la loi nationale n'admet pas la polygamie¹⁸, il semble que l'ordre public de proximité s'oppose à ce que l'union sorte un quelconque effet sur le territoire belge¹⁹. C'est en tout cas l'enseignement d'un arrêt récent de la Cour de cassation²⁰. Ce refus de principe d'accorder un quelconque effet à l'union polygamique peut-il cependant résister à la toute

JURISPRUDENCE

puissance du statut de l'enfant? Pourrait-on imaginer que la demande dont était saisie le tribunal de Charleroi, aurait reçu un accueil différent s'il s'était avéré que l'une des conjointes du père possédait la nationalité belge²¹? L'ordre public, dont la Cour de cassation semble imposer l'intervention dès lors que l'un des conjoints est belge²², ne devrait-il pas reculer devant le souci, affirmé par la Cour constitutionnelle²³, de ne pas tolérer de distinction entre les enfants selon les conditions de leur naissance²⁴?

Si la réponse devait être positive, comme nous le pensons, le résultat pourrait être embarrassant pour les intéressés. Voici un couple, dont le mariage n'a aucune valeur en Belgique en raison du caractère polygamique qui le vicia, du moins au regard du droit belge, l'époux étant, au moment de son second mariage, déjà uni par les liens du mariage avec une première épouse de nationalité belge. Ce vice ne déteignant pas sur la situation des enfants, ceux-ci pourraient s'appuyer sur la présomption de paternité²⁵ pour revendiquer l'existence d'un lien de filiation avec le 'mari' de leur mère, alors que celle-ci ne pourra faire valoir sa qualité d'épouse du père de ses enfants. Ou comment la femme du polygame n'est pas une épouse à part entière, son statut étant caractérisé par une réduction certaine du mariage²⁶, alors que les enfants issus d'un tel mariage peuvent revendiquer un statut identique à ceux d'un enfant issu d'une union monogame.

Si cette constatation devait s'avérer juste, il faudrait sans doute reconnaître que la politique de reconnaissance des unions polygamiques et de leurs effets peut paraître manquer de cohérence²⁷. Une autre voie peut-elle être envisagée? Il en est une qui pourrait simplifier considérablement l'approche des juridictions et administrations belges vis-à-vis des mariages polygamiques. Elle consisterait à faire dépendre l'appréciation de l'identité de la partie qui postule la reconnaissance du mariage ou d'un de ses effets. On pourrait ainsi refuser de donner suite à la demande visant à déduire un effet quelconque d'une union polygamique lorsqu'elle émane du mari, alors que l'on reconnaîtrait à l'union polygamique des effets, d'ordre alimentaire, successoral ou autre lorsque la demande émane d'une des épouses²⁸ ou d'un des enfants nés de l'union. Cette position, qui demande à être éclaircie, aurait le mérite de la clarté. Si elle ne permettrait pas de résoudre toutes les questions²⁹, elle pourrait s'appuyer sur le principe d'égalité entre sexes que met à mal l'union polygamique. Ce qui choque en effet avec le mariage polygamique est son caractère essentiellement inégal, qui n'est pas simplement une inégalité quantitative, mais aussi, comme l'écrivait le professeur Ancel, une inégalité qualitative³⁰. La question est sans doute condamnée à perdre son actualité, puisque l'entrée sur le territoire d'épouses d'un mari polygame est devenue récemment impossible. La réflexion mérite néanmoins d'être poursuivie.

dont le statut social ouvre le droit à la pension, avait contracté plusieurs mariages - il peut s'agir d'une demande d'une épouse séparée de fait qui sollicite une part de la pension au taux ménage dont bénéficie son époux (comme dans Trib. Trav. Hasselt (1^{ère} ch.), 9 juin 1998, Chron. dr. soc., 2001, 375), ou encore d'une demande de partage en parts égales entre les deux épouses de la pension de survie (Trib. Trav. Bruxelles (11^{ème} ch.), 24 janvier 2000, Chron. dr. soc., 2001, 387). Voy. aussi dans ce contexte Mons, 8 septembre 2005, Revue@dipr.be, 2006, n° 1, 50; J.L.M.B., 2006, 1223; J.T.T., 2006, 16.

L'appréciation n'est dans ce cas cependant pas directement fondée sur la technique classique de droit international privé. L'accueil favorable réservé par certaines juridictions au mariage polygamique peut en effet s'appuyer sur une disposition expresse, à savoir 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 24 juin 1968, Loi du 20 juillet 1970), selon laquelle «la pension de veuve est éventuellement répartie, également et définitivement, entre les bénéficiaires, dans les conditions prévues par le statut personnel de l'assuré». L'on se souviendra que la Cour constitutionnelle avait refusé de prendre position sur la conformité de cette jurisprudence avec le principe d'égalité (C.A., n° 84/2005, 4 mai 2005, arrêt n° 84/005, Arr. C.A. 2005, 1035; R.W. 2005-06, 735, note H. STORME; Chron. D.S. 2006 (sommaire), 55; T.B.P. 2006 (avec les commentaires de F. DEBAEDTS), 365; Revue@dipr.be 2005, liv. 3, 19 et les commentaires de H. STORME, «Arbitragehof vermijdt toetsing conflictregel aan Grondwet», note sous C.A., 4 mai 2005, R.W., 2005-06, 737-742).

Des questions identiques doivent sans doute se poser lorsque l'administration fiscale est confrontée à un ménage polygamique. Quid par exemple de l'imposition commune au sens de l'article 126 CIR lorsqu'une même personne est mariée à deux épouses?

(13) La question est délicate dans la mesure où la demande pourrait porter tant sur la première que sur la seconde union. Une épouse de nationalité belge ou possédant une autre nationalité s'opposant à la polygamie, peut-elle solliciter le divorce en raison du fait que son mari a contracté un second mariage, alors que sa loi nationale le lui permet? En France, le tribunal de Versailles a estimé que l'existence d'une deuxième union constituait une «injure grave rendant intolérable le maintien du premier lien conjugal» (TGI Versailles, 31 mars 1965, J.D.I., 1966, 97).

JURISPRUDENCE

(14) Comme l'écrivait le professeur van Hecke dans un commentaire de l'arrêt Keltoum: G. VAN HECKE, «Le mariage polygamique devant les tribunaux belges», note sous Liège, 23 avril 1970, *Rev. crit. jur. b.*, 1971, (7), 10, n° 6.

(15) Dont Mme C. HENRICOT livre un excellent aperçu critique, in «Les effets du mariage polygamique sur l'octroi de droits sociaux», *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, 825-839.

(16) L'impact de l'exception d'ordre public demeure nettement plus marqué lorsque l'une des parties en cause possède la nationalité belge ou la nationalité d'un Etat où, comme l'explique le tribunal de Bruxelles, «le mariage est monogame» (*Civ. Bruxelles*, 20 novembre 1990, *J.T.*, 1991, 283). Dans ce cas, les juridictions n'hésitent pas à recourir à l'ordre public pour dénier tout effet à l'union. Dans l'espèce décidée par le tribunal de première instance de Bruxelles, l'ordre public a par exemple servi de rempart pour contrer une demande de contribution alimentaire au bénéfice de deux enfants mineurs issus d'un deuxième mariage. La Cour de cassation a récemment confirmé cette approche dans une espèce où l'effet qui était postulé au départ d'un mariage polygame, portait sur l'octroi d'une pension de survie que la veuve d'un défunt marocain réclamait après une vie commune de plus de 20 ans. Evoquant l'impact que peut avoir l'ordre public international belge sur la reconnaissance en Belgique d'un mariage contracté à l'étranger, la Cour a noté que le mari était lors de son second mariage, «déjà engagé dans les liens d'un mariage non encore dissous avec une personne dont la loi nationale n'admet pas la polygamie» (*Cass.*, 3 décembre 2007, *J.T.T.*, 2009, 37). Il faut sans doute déduire de cette décision que lorsque l'un des conjoints possède la nationalité belge, un mariage polygamique ne peut sortir aucun effet en Belgique. Sur cette décision, voy. les commentaires très instructifs de C. HENRICOT, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, 825-839.

(17) L'on notera à ce propos que les unions polygames ne sont pas soumises à un statut unique déterminé exclusivement par le droit international privé. Le droit social et le droit des étrangers

impriment également leurs marques sur le statut des unions polygamiques.

(18) Pour reprendre la formule utilisée par la Cour de cassation (3^{ème} ch., 3 décembre 2007, précité).

(19) En réalité, on doit distinguer selon que c'est la première épouse ou la seconde qui possède une nationalité incompatible avec le statut polygamique. Dans le premier cas, l'ordre public constitue le seul remède contre un projet de second mariage dans le chef de l'époux, dont le statut personnel permettrait une telle multiplication – soit qu'il souhaite conclure cette union en Belgique, l'ordre public intervenant directement pour écarter sa loi personnelle, soit que l'union ait été célébrée à l'étranger, l'ordre public s'opposant à sa reconnaissance en Belgique. Lorsque c'est la seconde épouse dont la loi nationale ne tolère pas la multiplication du mariage, la solution doit être trouvée dans une bilatéralisation du principe de monogamie tiré de la loi nationale de cette épouse, qui doit être vérifié dans le chef des deux époux.

(20) On constate la même distinction en France, l'ordre public intervenant de façon plus incisive lorsque l'une des épouses possède la nationalité française. M. Ancel a évoqué à ce propos l'idée que «l'inégalité est acceptable entre étrangers tandis qu'elle est intolérable si elle doit préjudicier à un Français». Et M. Ancel d'ajouter que, ce faisant, «le système colonial est transposé» (*art. cit.*, 120).

(21) Cet élément devant être, selon la formule de la Cour de cassation, apprécié «au moment du mariage». Cette précision est importante, compte tenu de l'accès facilité à la nationalité belge. On peut considérer qu'il constitue une manière de conforter les droits acquis par les conjoints au moment de leur mariage.

(22) Ou possède la nationalité d'un Etat dont la loi n'accepte pas le mariage polygamique.

(23) Dans la décision commentée, le tribunal fait référence à l'interdiction de discrimination entre enfants «selon que leur filiation est établie sur base du mariage ou en dehors de celui-ci». En l'espèce ce n'était pas tant la naissance hors mariage qui distinguait certains enfants d'autres, mais bien le fait que l'enfant dont le statut était au centre des débats,

était né d'un deuxième mariage de son père. Si dans la première hypothèse, l'enfant ne peut subir les conséquences de l'absence d'union entre ses parents, pourquoi devrait-il en être autrement lorsque son père est doublement marié?

(24) Cour constitutionnelle, n° 52/2007 du 28 mars 2007 à propos de l'article 745quater, § 1, 2ème alinéa du Code civil, depuis lors modifié. La Cour a expliqué à cette occasion que le contrôle qu'elle exerçait était «plus rigoureux lorsque le principe fondamental de l'égalité des naissances est en cause». (*attendu B4*).

(25) A condition qu'une telle présomption soit prévue par le droit national du 'père', applicable en vertu de l'article 62 du Code.

(26) M. Ancel évoque à ce propos la «condition diminuée de l'épouse du polygame» (*art. cit.*, 109).

(27) Faisant un constat identique à propos de la jurisprudence française, qui «proclame un principe de reconnaissance aussitôt contredit par des restrictions importantes et mal définies», M. Ancel évoque une position qui «s'expose aux griefs de tromperie et d'incohérence» (*art. cit.*, 118).

(28) L'on retrouve un mécanisme similaire dans la convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille (reproduite in *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1983, 531 e.s.), dont l'article 13 § 2 fait dépendre la reconnaissance en France d'actes de répudiation de l'identité du demandeur. Lorsque le mariage unit un mari marocain et une épouse de nationalité française, un tel acte ne sera en effet reconnu qu'à la «demande de la femme». L'on n'a pas manqué de relever l'injustice faite par cette disposition aux femmes marocaines (p.ex. P. LAGARDE, «La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française», *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux, Bruxelles, Bruylant*, 1993, (262), 272, n° 10).

(29) Et notamment celle de l'application de dispositions du droit belge à des unions de type polygamique ou à des relations parents-enfants qui en découlent.

(30) B. ANCEL, *art. cit.*, 106.

JURISPRUDENCE

TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DE BRUXELLES

9 janvier 2009

n° 08/12903/A

X c/ Y

Siège: M. Hayez, juge

M. Pc: Mime Coppierters't Wallant, juge suppl., subst.

Plaid.: Me Pfeiff loco Me J. Sosson, avocates

ENLÈVEMENT D'ENFANTS DE LA BELGIQUE VERS LA POLOGNE – CONVENTION DE LA HAYE DU 25 OCTOBRE 1980 SUR LES ASPECTS CIVILS DE L'ENLÈVEMENT INTERNATIONAL D'ENFANTS, ART. 12 ET 13 – RÈGLEMENT BRUXELLES IIBIS, ART. 11 – DÉCISION DE NON-RETOUR PRISE PAR LES AUTORITÉS POLONAISES – RISQUE GRAVE DE DANGER PHYSIQUE OU PSYCHIQUE – ABSENCE DE VÉRIFICATION DES DISPOSITIONS ADOPTÉES DANS LE PAYS D'ORIGINE EN VUE DE LA PROTECTION DE L'ENFANT APRÈS LE RETOUR – DÉCISION ULTÉRIEURE SUR LA GARDE DES ENFANTS ADOPTÉE PAR LE JUGE (BELGE) DE LA RÉSIDENCE HABITUELLE DE L'ENFANT AVANT LE DÉPLACEMENT – INCOMPÉTENCE DES TRIBUNAUX BELGES POUR ORDONNER LE RETOUR – HÉBERGEMENT PRINCIPAL ACCORDÉ – DÉLIVRANCE DU CERTIFICAT PRÉVU À L'ARTICLE 42 DU RÈGLEMENT BRUXELLES IIBIS.

La décision prise en matière d'hébergement et qui implique le retour, par la juridiction de l'État de sa résidence habituelle avant l'enlèvement de l'enfant, prévaut sur la décision antérieure de non-retour prise en application de l'article 13 de la Convention de La Haye.

Selon l'esprit de la Convention, il convient de trancher en faveur du retour de l'enfant lorsque, bien qu'un danger existe pour celui-ci, l'État requérant est en mesure d'assurer sa protection jusqu'à ce qu'il soit statué sur les droits de garde et de visite. La décision polonaise statuant dans le sens d'un refus de retour, sans s'être assurée préalablement de l'existence ou non de mesures de protection en faveur des enfants, méconnaît l'article 11, point 4 du Règlement Bruxelles IIBis et l'esprit des dispositions internationales en la matière.

Objet de la demande:

Les parties se sont mariées le 20 février 1998 à Lublin en Pologne et ont eu 4 enfants, tous nés à Lublin en Pologne:

A, née le (...) 1998 (appelée également Z)

B, née (...) 2002,

C, né le (...) 2003,

D, née le (...) 2005.

L'action menée par M. X tend à obtenir le retour immédiat en Belgique des deux aînées, Z et B, et que leur hébergement

lui soit confié avec inscription au registre de la population de son domicile situé à 1070 Bruxelles.

Subsidiairement, M. X demande, s'il n'était pas fait droit à sa demande principale de retour immédiat, de pouvoir héberger ses quatre enfants durant toutes les vacances scolaires selon le calendrier belge (Toussaint, Noël, Carnaval, Pâques et grandes vacances).

Discussion

- sphère de notre saisine

Le litige s'inscrit dans le cadre de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants complétée par le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 (dit Bruxelles IIBis) relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le Règlement (CE) n° 1347/2000.

La Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement