

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La formation des couples

Beague, Maïté; Cap, Sylvie ; SOSSON, Jehanne

Published in:

Le statut juridique du couple marié et du couple non-marié en droit belge et français,

Publication date:

2012

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Beague, M, Cap, S & SOSSON, J 2012, La formation des couples. Dans J-L Renchon & J Hauser (eds), Le statut juridique du couple marié et du couple non-marié en droit belge et français,: Volume 1 – Les statuts légaux en droit belge et en droit français. Larcier , Bruxelles, p. 19-56.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE I

La formation et la dissolution des couples

Section I. La formation des couples

Maité BEAGUE, Sylvia CAP
et Jehanne SOSSON

Introduction

1. Le Code Napoléon réglementait au Titre V du Livre premier une seule forme juridique d'union du couple : le mariage. Si le mariage était souvent présenté comme un contrat, ne pouvant qu'être librement conclu entre les époux, il était également considéré comme une institution organisée par la société à laquelle l'homme et la femme qui voulaient fonder un couple et une famille étaient socialement et juridiquement tenus d'adhérer. En dehors du mariage, le couple ne bénéficiait d'aucune reconnaissance sociale et le droit n'attachait aucun effet à la relation de couple nouée hors mariage. Progressivement, dans la dernière partie du XX^e siècle, la vie de couple hors mariage a cessé d'être considérée comme étant illégitime. En adoptant la loi du 23 novembre 1998 ayant introduit la cohabitation légale, le législateur belge a marqué sa volonté de reconnaître la pluralité des modèles conjugaux; le mariage n'est plus la seule forme de reconnaissance juridique du couple. Un couple peut donc décider de se lier soit par un mariage, soit par une déclaration de cohabitation légale. Il peut également ne pas officialiser l'union; on parle alors d'union libre ou de cohabitation de fait.

Le droit français a connu une évolution similaire. En effet, si le mariage était la seule forme de ménage reconnue par le Code civil français, le pacte civil de solidarité a été institué en 1999, le droit français reconnaissant ainsi une nouvelle forme de vie en couple. On parle également d'union libre ou de « concubinage » pour les couples ne souhaitant pas officialiser leur union en droit français.

On envisagera dès lors, en droit belge, la formation des couples sous l'angle du mariage (§ 1), de la cohabitation légale (§ 2) et de la cohabitation de fait (§ 3).

§ 1. *Le mariage*

I. Généralités

2. Le mariage n'étant pas défini par le législateur, sa nature juridique a toujours suscité la controverse chez les auteurs (A). D'autre part, même si les fiançailles n'ont que la valeur d'un usage social, la rupture de celles-ci a posé des questions juridiques auxquelles la jurisprudence a tenté d'apporter des réponses. Il est donc important d'aborder ce point (B).

A. Définition et nature juridique

3. Le mariage n'est pas défini par le Code civil. La définition traditionnelle qui en était donnée, notamment par Portalis qui le définissait dans les travaux préparatoires du Code civil comme étant « la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer l'espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée »⁽¹⁾, doit être revue à la suite des différentes évolutions et notamment de l'entrée en vigueur de la loi du 13 février 2003, ouvrant le mariage à des personnes de même sexe⁽²⁾. La Cour constitutionnelle (ayant eu à se prononcer sur un recours en annulation introduit à l'encontre de cette loi) a ainsi considéré que « le législateur conçoit désormais le mariage comme une institution ayant pour but principal la création, entre deux personnes, d'une communauté de vie durable, dont les effets sont réglés par la loi »⁽³⁾.

L'absence de définition légale du mariage implique une certaine confusion quant à sa nature juridique. Le terme « mariage » désigne à la fois « l'acte

(1) PORTALIS, *Exposé des motifs au Corps Législatif*, séance du 16 ventôse An XI, Locré, éd. belge, tome II, n° 4, p. 379.

(2) Voy. *infra*, n° 7.

(3) C.A., arrêt n° 159/2004, 20 octobre 2004, *M.B.*, 29 octobre 2004, p. 74.279, [B.4.7.].

créateur de l'union conjugale et l'état matrimonial établi par cet acte»⁽⁴⁾. Ainsi, la nature juridique du mariage a suscité l'équivoque, et les auteurs se positionnent différemment selon qu'ils s'attachent à l'état permanent établi par cet acte (théorie institutionnelle) ou à l'acte créateur du mariage (théorie contractuelle). Dès lors, certains considèrent le mariage comme une institution, «c'est-à-dire comme un ensemble de règles imposées et auxquelles les parties ont simplement la faculté d'adhérer, l'état matrimonial étant soustrait à l'autonomie des volontés»⁽⁵⁾. D'autres estiment qu'il s'agit «purement et simplement d'un contrat»⁽⁶⁾. La question de la nature juridique du mariage se pose de la même manière en droit français et oppose, à l'instar des auteurs de doctrine belges, les partisans de la théorie institutionnelle et ceux de la théorie contractuelle. Le conflit entre la conception institutionnelle et la conception contractuelle du mariage est cependant appelé à évoluer, «au gré des atteintes progressives que tantôt la jurisprudence, tantôt la loi lui font subir, nourries l'une et l'autre des conceptions plus individualistes que véhicule la société»⁽⁷⁾.

Tant la conception institutionnelle que la conception contractuelle peuvent faire l'objet de critiques. Si le mariage peut être considéré comme une institution, mettant ainsi l'accent sur les fins sociales qui lui sont assignées, cette conception est fortement critiquée par François Rigaux, qui estime que cette théorie ne trouve pas sa place en droit positif et que le mariage ne peut être assujéti à des fins qui lui seraient extérieures, parce qu'il n'est pas uniquement destiné à servir la famille⁽⁸⁾. Par ailleurs, si le mariage peut être considéré comme un contrat, exigeant le consentement libre des époux et comportant des engagements réciproques, on ne peut le réduire au contrat car «c'est négliger au profit de l'acte qui le crée, l'état auquel il donne naissance, et dont l'importance, si on veut avoir une notion exacte des choses, prime l'acte créateur»⁽⁹⁾.

Les évolutions de la conception du mariage, les revendications individuelles, l'influence des droits fondamentaux sur le mariage et les facilités apportées à

(4) PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. I, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1954, p. 233, n^o 693, cités par D. STERCKX, «Le mariage en droit civil», *Rép. not.*, t. I, «Les personnes», liv. IX, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 59, n^o 4.

(5) D. STERCKX, «Le mariage en droit civil», *op. cit.*, p. 59, n^o 4.

(6) *Ibid.*

(7) *Ibid.*

(8) FR. RIGAUX, *Les personnes*, t. I, «Les relations familiales», coll. Précis de la Faculté de droit de l'U.C.L., Bruxelles, Larcier, 1971, mis à jour au 1^{er} juillet 1978, avec collab. M.-Th. MEULDERS-KLEIN, n^{os} 679 à 687.

(9) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 4^e éd. mise à jour par J.-P. MASSON, Bruxelles, Bruylant, 1990, n^o 488.

la dissolution de cette union reposent la question de la nature du mariage. Eu égard à la signification dernièrement apportée au mariage, ce dernier ne pouvant plus être considéré « comme une institution rigide et indissoluble mais comme un pacte *sui generis* renouvelé au jour le jour »⁽¹⁰⁾, et à la contractualisation plus générale du droit de la famille, la nature du mariage est appelée à être remise en cause.

B. Les fiançailles

4. Les fiançailles ou promesses de mariage, non régies par le Code civil, n'ont pas d'effet juridique par elles-mêmes. Droit belge et droit français se rejoignent sur ce point puisque ni l'un ni l'autre n'exige la conclusion de fiançailles pour que le mariage soit valable.

Tant la doctrine que la jurisprudence belges estiment que les fiançailles ne peuvent constituer un engagement civil obligatoire. Elles ne lient donc pas juridiquement les fiancés, d'une part, parce que le consentement des futurs époux doit rester libre jusqu'au jour de la célébration du mariage et, d'autre part, parce que le mariage, en tant que constitutif de l'état des personnes, est indisponible et ne peut donc faire l'objet d'une convention. Elles n'ont donc que la valeur d'un usage et peuvent être rompues unilatéralement. La rupture volontaire peut cependant engager la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle de son auteur. En effet, si la rupture volontaire par l'un des fiancés ne peut constituer une faute en soi, les circonstances entourant la promesse de mariage ou les circonstances de la rupture elle-même peuvent se révéler abusives et fautives et engager la responsabilité de leur auteur. Les promesses de mariage mensongères aux fins de séduction ou la dissimulation d'un fait rendant le mariage impossible peuvent engendrer un dommage moral et/ou matériel donnant lieu à réparation. De même, les ruptures tardives, scandaleuses et injurieuses peuvent être considérées comme fautives et engager la responsabilité de leur auteur en vertu de l'article 1382 du Code civil⁽¹¹⁾. Enfin, lorsque la rupture n'est pas volontaire mais intervient à la suite du décès accidentel de l'un des fiancés dû à la faute d'un tiers, l'autre fiancé, même s'il ne peut prétendre à la perte d'un droit (en raison de l'absence de lien juridique avec le défunt), peut demander des dommages et intérêts au tiers auteur de l'accident en invoquant la perte d'un avantage légitime découlant de la promesse de mariage.

(10) Exposé des motifs du projet de loi réformant le divorce, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 51-2341/001, p. 6.

(11) A.-Ch. VAN GYSEL (sous la dir. de), *Précis de droit de la famille*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 168.

Il faut noter qu'en droit belge à l'inverse de ce qui est possible en droit français ⁽¹²⁾, les fiançailles ne donneront jamais lieu à leur transformation en mariage à la suite du décès de l'un des fiancés, dans la mesure où le mariage posthume n'est pas reconnu en droit belge ⁽¹³⁾.

II. Les conditions de fond du mariage

Pour être valable, le mariage doit répondre à certaines conditions de fond que l'on qualifie d'objectives (A) et de subjectives (B).

A. Les conditions objectives

Les conditions objectives concernent les qualités requises dans le chef de la personne des futurs époux, afin de pouvoir être objet du choix de l'autre. Elles ont trait aux conditions naturelles d'aptitude au mariage ⁽¹⁴⁾, autrement qualifiées de conditions d'ordre biologique (1), et aux conditions d'ordre moral ou social (2).

1. Les conditions d'ordre biologique

Il existe trois conditions d'ordre biologique pour que le mariage puisse être conclu : la vie et la santé (a), le sexe (b) et la nubilité (c). Néanmoins, à l'heure actuelle, seule la condition de l'âge est encore requise.

a) La vie et la santé

5. Comme nous l'avons souligné *supra*, le droit belge n'admet pas le mariage posthume, à la différence du droit français. En effet, les futurs époux doivent être en vie. Un décès survenu après l'échange des consentements rend dès lors « impossible l'établissement posthume par l'officier de l'état civil d'un acte de mariage ou l'obtention d'un jugement l'y contraignant » ⁽¹⁵⁾. Le droit belge admet par contre le mariage contracté *in extremis*, si le consentement des époux est valable ⁽¹⁶⁾.

6. Le droit belge n'exige par contre pas que les époux soient en bonne santé pour pouvoir se marier. Aucun contrôle de l'état de santé des époux

(12) Art. 171 et suivants du Code civil français.

(13) Voy. *infra*, n° 5.

(14) D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », *op. cit.*, p. 80, n° 48.

(15) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 1^{re} éd., Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2005, p. 273, n° 319.

(16) Sur le mariage *in extremis*, ou mariage contracté « in articulo mortis » : voy. Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 274, n° 319. Il ne s'agit pas d'un mariage posthume, mais d'un mariage contracté avec un prémourant. Concernant la validité du consentement : *infra*, n° 14 et s.

n'est prévu et il n'existe donc pas d'empêchement eugénique à mariage, tel que les maladies héréditaires ou vénériennes⁽¹⁷⁾. Jusqu'il y a peu, le droit français différait du droit belge puisqu'il prévoyait la production d'un certificat prénuptial comme contrôle médical de l'état de santé des futurs époux. La loi du 20 décembre 2007 a néanmoins supprimé cette exigence.

b) Le sexe

7. La différence de sexe des conjoints n'est plus considérée comme une condition du mariage⁽¹⁸⁾ depuis la loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe⁽¹⁹⁾. Il s'agit là d'une différence fondamentale avec le droit français, puisque, même si la question de l'ouverture du mariage aux couples homosexuels s'y est également posée, la différence des sexes reste néanmoins une condition de validité du mariage. Si l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe a fait l'objet d'un vaste débat entre les opposants et les partisans du mariage homosexuel, le législateur belge, contrairement au législateur français, a donc fait le choix de modifier la conception même du mariage en l'ouvrant aux couples de même sexe, écartant notamment un avis négatif du Conseil d'État⁽²⁰⁾.

Le mariage entre personnes de même sexe est cependant privé d'effet en matière de filiation. L'alinéa 2 de l'article 143 nouveau du Code civil stipule en effet que «si le mariage a été contracté entre des personnes de même sexe, l'article 315 n'est pas applicable». La présomption de paternité du mari de la mère d'un enfant n'est donc pas applicable dans le cadre du mariage homosexuel⁽²¹⁾ ⁽²²⁾.

(17) La dissimulation d'un problème de santé antérieur au mariage pouvait par contre, sous l'empire du divorce pour faute, constituer un comportement injurieux et une cause de divorce s'il était d'une gravité suffisante : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 274, n° 320. Il fallait toutefois qu'il s'agisse d'un problème de santé dont on savait ou dont on devait savoir qu'il mettrait en péril la communauté de vie. Cette dissimulation n'a plus vraiment de sanction depuis 2007 dans le cadre du divorce pour désunion irrémédiable, d'autant qu'elle ne constitue pas un vice de consentement invalidant le mariage.

(18) D. STERCKX, «Le mariage en droit civil», *op. cit.*, p. 81, n° 49.

(19) *M.B.*, 28 février 2003. Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2003.

(20) Sur les débats et le contexte législatifs d'adoption de cette loi, voy. J.-L. RENCHON, «L'avènement du mariage homosexuel dans le Code civil belge», *Rev. trim. dr. fam.*, 2003, pp. 439 et s.; A.-Ch. VAN GYSEL, «Mariage, vie en couple et divorce : thème et variation», *Div. act.*, 2002/4, p. 49.

(21) La constitutionnalité de cette exclusion de l'épouse de la mère du bénéficiaire de la présomption de paternité, réservée au mari de la mère, a été mise en cause dans une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle le 18 novembre 2011 et inscrite au rôle sous le numéro 5252.

(22) Depuis l'adoption de la loi du 18 mai 2006 ayant modifié certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l'adoption par des personnes de même sexe (*M.B.*, 20 juin 2006, entrée en vigueur le 30 juin 2006), un couple homosexuel peut par contre adopter un enfant en droit belge.

Par ailleurs, les questions liées à l'identification du sexe, à l'intersexualisme, au changement de sexe sont donc aussi devenues sans objet en ce qui concerne l'aptitude au mariage⁽²³⁾. Ces questions restent par contre pertinentes en droit français, puisqu'en vertu de ce dernier, la différence des sexes constitue une condition de validité du mariage.

c) La nubilité

8. Tant en droit belge qu'en droit français, l'âge minimum pour pouvoir contracter mariage est fixé à 18 ans, les deux ordres juridiques prévoyant toutefois la possibilité d'accorder des dispenses d'âge en cas de motifs graves. C'est l'article 144 du Code civil belge qui fixe à 18 ans, tant pour les garçons que pour les filles, l'âge de la capacité matrimoniale⁽²⁴⁾. L'article 145 du Code civil permet au tribunal de la jeunesse d'accorder des dispenses d'âge pour motifs graves. Le tribunal apprécie souverainement la gravité des motifs invoqués⁽²⁵⁾. La requête peut être introduite soit par les père et mère, soit par l'un d'eux, soit par le tuteur, soit enfin par le mineur lui-même à défaut d'initiative des parents ou du tuteur. Le tribunal doit statuer dans les quinze jours.

2. Les conditions d'ordre social

Les conditions d'ordre social se présentent sous forme d'empêchements à mariage pouvant résulter du mariage précédent de l'un des futurs époux, d'une part (a), et d'un lien de parenté ou d'alliance, d'autre part (b).

(23) D. STERCKX, «Le mariage en droit civil», *op. cit.*, p. 81, n° 49. En ce qui concerne la question du transsexualisme et du mariage avant l'adoption de la loi du 13 février 2003, voy. par exemple un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 27 janvier 1999 dans lequel il a été considéré que la demande de changement de sexe par une personne mariée était contraire à la règle d'ordre public selon laquelle le mariage suppose des partenaires de sexe différent : Anvers, 27 janvier 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 89.

(24) Avant l'entrée en vigueur de la loi du 19 janvier 1990 relative à l'abaissement de l'âge de la majorité (*M.B.*, 30 janvier 1990), cet âge était fixé à 15 ans pour les filles et 18 ans pour les garçons. La loi a ainsi voulu faire prévaloir la maturité psychologique sur la maturité physiologique, tout en faisant coïncider l'âge de la capacité matrimoniale avec celui de la majorité civile.

(25) La grossesse de la future épouse a pu, par exemple, comme en droit français, constituer un motif grave au sens de l'article 145 du Code civil et justifier l'octroi d'une dispense d'âge. Cela ne constitue néanmoins pas un motif automatique d'octroi d'une dispense d'âge : Trib. Jeun. Gand (25^e ch.), 9 mai 2005, *T. Fam.*, 2008, liv. 5, p. 90, note R. VASSEUR ; Gand, 27 juin 2007, *NjW*, 2008, liv. 192, p. 887, note G. VERSCHELDEN. La dispense d'âge pourrait également être accordée sur la base du fait que le couple vit déjà de manière autonome et sur l'appréciation du choix de la mineure de se marier comme étant réfléchi et fondé : Trib. Jeun. Gand (25^e ch.), 5 novembre 2007, *T. Fam.*, 2008, liv. 5, p. 92, note R. VASSEUR.

a) L'absence d'un autre lien matrimonial

9. En vertu de l'article 147 du Code civil, on ne peut contracter un mariage si le précédent mariage n'a pas été annulé ou dissous par le divorce ou par le décès de l'un des époux. L'article 147 du Code civil consacre ainsi clairement le principe de la monogamie. Ce principe s'applique également en droit français. La polygamie est d'ailleurs réprimée pénalement tant en droit français qu'en droit belge⁽²⁶⁾. La séparation de corps ou la déclaration d'absence ne constituant pas une cause de dissolution du mariage, cela empêche donc de pouvoir se remarier. L'existence d'une déclaration de cohabitation légale fondée sur la loi du 23 novembre 1998 n'empêche par contre pas la conclusion d'un mariage⁽²⁷⁾.

b) L'absence d'un lien de parenté ou d'alliance

10. La prohibition de l'inceste est fondée sur des raisons d'ordre physiologique (éviter les dangers de la consanguinité), d'ordre moral (éviter les graves désordres qui pourraient en résulter au sein des relations familiales) et d'ordre social (nécessité de l'exogamie, « c'est-à-dire de la création de liens entre familles par le biais du mariage »)⁽²⁸⁾.

Certains des empêchements liés à cette prohibition de l'inceste sont absolus, d'autres sont par contre susceptibles d'une dispense accordée par le Roi. Cette dispense doit être demandée avant le mariage et est régie par une procédure administrative se soldant rarement par un refus⁽²⁹⁾.

– Les empêchements liés à la parenté de sang sont régis par les articles 161 à 164 du Code civil⁽³⁰⁾. À l'instar du droit français, la prohibition est absolue entre tous les parents en ligne directe, ascendante ou descendante, et en ligne collatérale mais uniquement au second degré. Entre collatéraux au troisième degré, l'empêchement est susceptible de dispense. Il n'y a plus aucun empêchement à mariage à partir du quatrième degré.

(26) L'article 391 du Code pénal belge stipule en effet que « quiconque, étant engagé dans les liens du mariage, en aura contracté un autre avant la dissolution du précédent, sera puni de la réclusion de cinq ans à dix ans ».

(27) C'est, à l'inverse, la conclusion d'un mariage qui met fin de plein droit à la cohabitation légale (art. 1476, §2 C. civ.).

(28) D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », *op. cit.*, p. 91, n° 67; A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, *op. cit.*, p. 177.

(29) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 286, n° 331.

(30) Les articles 162, 163 et 164 du Code civil ont été modifiés par la loi du 13 février 2003 ayant ouvert le mariage aux personnes de même sexe, afin d'étendre les empêchements liés à la parenté de sang au mariage homosexuel.

– Les empêchements liés à l’alliance sont régis par l’article 161 du Code civil. Cet article stipule que le mariage est prohibé entre les alliés en ligne directe, ascendante ou descendante (beau-père – bru, belle-mère – gendre, beaux-enfants – beaux-parents par remariage). Cette prohibition subsiste même après la dissolution du mariage qui a créé le lien d’alliance (par décès ou par divorce). Jusqu’à l’entrée en vigueur d’une loi du 15 mai 2007 ⁽³¹⁾, la prohibition était absolue. La loi précitée est cependant venue modifier l’article 164 du Code civil qui régit les cas dans lesquels le Roi peut, pour des causes graves, accorder une dispense. Il en résulte que les empêchements liés à l’alliance peuvent désormais faire l’objet d’une dispense. Avant l’adoption de la loi du 15 mai 2007, la Cour constitutionnelle avait été saisie d’une question préjudicielle relative à la constitutionnalité de l’interdiction du mariage entre un beau-parent et un bel-enfant après le décès du conjoint qui avait créé l’alliance. Dans son arrêt du 18 octobre 2006 ⁽³²⁾, la Cour soulignait la particularité de la prohibition de l’inceste entre alliés en ligne directe qui se fonde sur des raisons d’ordre moral et social, puisqu’elle vise à protéger l’intégrité de la famille et à éviter une concurrence entre les membres du ménage. Tout en rappelant ces principes, la Cour a néanmoins considéré que, de par son caractère absolu, la mesure a « des effets disproportionnés en ce qu’elle interdit dans tous les cas à un beau-parent et un bel-enfant de contracter mariage après le décès du conjoint qui créait l’alliance » ⁽³³⁾. L’arrêt de la Cour constitutionnelle invitait donc le législateur à atténuer le caractère absolu de l’empêchement à mariage entre alliés, en envisageant la possibilité de dispense pour certains mariages entre alliés en ligne directe après le décès du conjoint qui avait créé le lien d’alliance. La loi du 15 mai 2007 a néanmoins été plus loin puisque le Roi peut désormais accorder une dispense de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe dans tous les cas et non pas seulement lorsque le conjoint ayant créé le lien d’alliance est décédé ⁽³⁴⁾.

– Les empêchements liés à la parenté adoptive sont régis par les articles 353-13, 354-3, 356-1 et 356-3, § 1^{er} du Code civil.

En cas d’adoption plénière, les empêchements à mariage au sein de la famille adoptive sont identiques à ceux qui existent au sein de toute famille. Les

(31) Loi du 15 mai 2007 modifiant le Code civil en ce qui concerne le mariage entre alliés, *M.B.*, 29 juin 2007.

(32) C.A., 18 octobre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007/3, p. 687.

(33) *Ibid.*, [B.7.].

(34) J.-L. RENÇON, « Commentaire de la loi du 15 mai 2007 modifiant le Code civil en ce qui concerne le mariage entre alliés », *Rev. trim. dr. fam.*, 2007/3, pp. 663-665.

empêchements à mariage subsistent également à l'égard de la famille d'origine.

En cas d'adoption simple, la prohibition était absolue, jusqu'à une loi récente du 2 juin 2010⁽³⁵⁾, entre l'adoptant et l'adopté et ses descendants, entre l'adopté et l'ancien conjoint ou l'ancien ou actuel cohabitant de l'adoptant et entre l'adoptant et l'ancien conjoint ou l'ancien ou actuel cohabitant de l'adopté. La loi du 15 mai 2007 ayant modifié le Code civil en ce qui concerne le mariage entre alliés n'avait pas pris en compte les dispositions spécifiques à l'adoption et n'avait donc pas envisagé la possibilité de dispense. Néanmoins, une loi récente du 2 juin 2010⁽³⁶⁾ a modifié le Code civil en vue de permettre au Roi d'accorder une dispense dans les cas d'empêchements à mariage survenant après une adoption simple entre l'adoptant et l'adopté, d'une part, et l'ex-conjoint ou le partenaire cohabitant de l'adopté ou l'adoptant, d'autre part.

Un empêchement à mariage est également institué entre les enfants adoptifs du même adoptant et entre l'adopté et les enfants de l'adoptant. Cet empêchement est susceptible de dispense. En outre, les empêchements à mariage avec la famille d'origine subsistent.

– Les empêchements liés à la parenté vraisemblable sont régis par l'article 341 du Code civil. En vertu de l'article 336 du Code civil, un homme peut être condamné à payer une pension alimentaire au profit de l'enfant né d'une femme avec laquelle il a eu des relations sexuelles pendant la période légale de conception. Bien que ce jugement ne soit pas déclaratif de filiation, il produit les mêmes effets en ce qui concerne les empêchements à mariage que l'établissement de la filiation paternelle.

B. Les conditions subjectives

Le droit belge exige le contrôle de l'aptitude des époux à consentir au mariage, ce qui constitue en réalité une condition commune à tous les actes juridiques. Ainsi, la capacité juridique des époux est requise pour pouvoir

(35) Loi du 2 juin 2010 modifiant le Code civil en ce qui concerne les empêchements à mariage en cas d'adoption, *M.B.*, 21 juin 2010.

(36) Cette loi est issue d'une proposition de loi du 8 juillet 2008 modifiant le Code civil en ce qui concerne les empêchements à mariage en cas d'adoption (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2007-2008, n° 1338/001). Cette proposition de loi a été évoquée par le Sénat le 3 mai 2010 (Projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les empêchements à mariage en cas d'adoption, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2009-2010, n° 4-1766/1). La date de fin d'examen du projet par le Sénat était fixée au 2 juillet 2010.

consentir valablement au mariage (1). Le consentement des futurs époux doit par ailleurs exister et être exempt de vices (2).

1. La capacité juridique

La question de la capacité juridique se pose tant pour le mariage des mineurs (a), que pour celui des interdits judiciaires et des mineurs prolongés (b). Elle se pose également pour les personnes mises sous conseil judiciaire ou sous administration provisoire (c). Notons qu'en droit français, la vulnérabilité de certaines personnes peut entraîner l'instauration d'un des trois régimes de protection (sauvegarde de justice, curatelle ou tutelle) prévus en droit français. Ces trois régimes ne sont pas identiques en droit belge, et la question de la capacité juridique des futurs époux se pose donc différemment en droit français en ce qui concerne les points (b) et (c) ci-dessous.

a) Le mariage des mineurs

11. Comme nous l'avons vu, l'article 145 du Code civil permet au mineur d'âge de se marier sous réserve d'avoir obtenu une dispense d'âge, accordée pour motifs graves, par le tribunal de la jeunesse. En droit français, des dispenses d'âge peuvent également être accordées pour motifs graves par le procureur de la République.

Outre la dispense d'âge, le consentement des parents du mineur au mariage est exigé tant en droit belge qu'en droit français, le mineur ne jouissant pas de la capacité d'exercice.

L'article 148 du Code civil belge stipule en effet que «le mineur ne peut contracter mariage sans le consentement de ses père et mère». Si les deux filiations sont établies, le mineur doit obtenir le consentement de ses père et mère. Si le mineur n'a qu'un seul lien de filiation établi, il ne doit obtenir que le consentement du parent à l'égard duquel le lien de filiation est établi. De même, si les deux filiations sont établies mais que l'un des parents du mineur est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, seul le consentement de l'autre parent est requis. Si les deux parents du mineur sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou ne comparaissent pas, c'est le tribunal de la jeunesse qui donnera son consentement au mariage⁽³⁷⁾, et ce, à la différence du droit français qui prévoit dans ce cas le remplacement des parents par les aïeuls de l'enfant.

(37) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 1^{re} éd., op. cit., p. 275, n° 323.

Lorsque les deux parents du mineur doivent consentir au mariage, deux ordres de difficultés peuvent survenir⁽³⁸⁾. Soit les deux parents sont en désaccord. Dans ce cas, le tribunal de la jeunesse autorise le mariage s'il juge le refus de l'un des parents comme étant *non fondé*, c'est-à-dire s'il estime que le mariage correspond à l'intérêt de l'enfant au regard des circonstances de la cause. Le droit français diffère sur ce point puisqu'en vertu de l'article 148 du Code civil français, le partage des parents emporte le consentement. Soit les deux parents refusent de donner leur accord. Dans ce cas, le tribunal de la jeunesse autorise le mariage s'il juge ce refus *abusif*, c'est-à-dire s'il estime que les parents fondent leur refus sur des motifs égoïstes et non « sur des raisons susceptibles de justification et en rapport avec l'intérêt de l'enfant »⁽³⁹⁾.

b) Le mariage des interdits judiciaires et des mineurs prolongés

12. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation⁽⁴⁰⁾, les interdits judiciaires, dont l'état de démence ou d'imbécillité a été constaté par le tribunal qui a prononcé leur interdiction, sont privés du droit de se marier. Ils sont en effet frappés d'une incapacité totale d'exercice reposant sur une présomption irréfragable d'absence de discernement découlant des articles 489 et 502 du Code civil. La représentation étant exclue en matière de mariage, ils ne peuvent valablement se marier. Les mineurs prolongés sont également privés du droit de se marier, puisqu'en application de l'article 487*bis* du Code civil, ils sont frappés d'une incapacité totale d'exercice fondée sur une présomption irréfragable d'absence de discernement⁽⁴¹⁾.

c) Le mariage des personnes sous conseil judiciaire et sous administration provisoire

13. Les personnes mises sous conseil judiciaire (art. 513 C. civ.) ou sous administration provisoire (art. 488*bis*-A C. civ.) sont également frappées d'une incapacité d'exercice. Cette incapacité ne porte toutefois que sur le plan patrimonial et non personnel⁽⁴²⁾. Elles conservent dès lors la capacité

(38) *Ibid.*

(39) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 276, n° 323.

(40) Cass., 21 février 1895, *Pas.*, I, p. 109.

(41) Une dispense ne peut être accordée dans ce cas, et le mariage n'est donc possible qu'en cas de mainlevée du régime de la minorité prolongée.

(42) A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, *op. cit.*, p. 177.

de se marier à condition de disposer d'un discernement suffisant pour pouvoir donner valablement leur consentement.

2. Le consentement

14. L'article 146 du Code civil stipule qu'«il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement». L'échange des consentements est donc un élément constitutif essentiel du mariage. Le consentement doit être *personnel*, ce qui exclut la représentation par un mandataire pour se marier. Il doit être *actuel*, ce qui signifie que les deux époux doivent y consentir ensemble. Comme nous l'avons vu *supra*, le mariage posthume n'est donc pas permis en droit belge, et ce, contrairement au droit français⁽⁴³⁾. Enfin, le consentement doit être *réel* et *libre*⁽⁴⁴⁾. Autrement dit, il doit exister (a) et être exempt de vices (b). Il ne peut, par ailleurs, être simulé (c).

a) L'absence totale de volonté

15. Il y a lieu de distinguer l'absence totale de volonté du simple vice de consentement. L'absence totale de volonté peut être due au manque de lucidité, à l'état d'aliénation mentale, «voire aux syndromes graves liés à l'alcoolisme ou à d'autres assuétudes»⁽⁴⁵⁾. Si l'absence totale de volonté est apparente, l'officier de l'état civil refusera de célébrer le mariage. Si le contractant maîtrise, ou paraît maîtriser ses moyens d'expression, le mariage sera célébré, malgré l'existence d'une distorsion entre le consentement apparemment exprimé et la volonté réelle de son auteur. Le mariage ainsi célébré pourra être annulé en l'absence d'aptitude à pouvoir réellement y consentir⁽⁴⁶⁾. L'insanité d'esprit devra être démontrée par celui qui agit en nullité pour défaut de consentement⁽⁴⁷⁾.

b) Les vices de consentement

16. Les vices qui peuvent entacher le consentement au mariage sont appréciés de manière plus stricte par le Code civil ainsi que par la jurisprudence et la doctrine qu'en droit commun des contrats.

(43) Voy. *supra*, n° 5.

(44) A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, *op. cit.*, p. 173.

(45) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 278, n° 325.

(46) Selon Y.-H. LELEU, «un consentement formel devant l'officier de l'état civil, mais vide de contenu faute de lucidité, par exemple, est sanctionné par la nullité et non par une prétendue inexistence du mariage» : Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 278, n° 325.

(47) En droit français, l'inexistence du consentement peut également donner lieu à l'annulation du mariage.

1) L'erreur

17. L'article 180, alinéa 2 du Code civil, inchangé depuis le Code Napoléon, stipule que «lorsqu'il y a eu erreur dans la personne, le mariage ne peut être attaqué que par celui des deux époux qui a été induit en erreur».

L'erreur doit donc porter sur la personne elle-même du conjoint et non pas sur les mobiles du mariage. En outre, la notion d'erreur «dans la personne» a été interprétée de manière restrictive par la doctrine et la jurisprudence : seules l'erreur portant sur la personne physique du conjoint présente au moment de la célébration – hypothèse supposant pratiquement une substitution de personne et donc extrêmement rare en raison de l'interdiction du mariage par procuration – et l'erreur sur l'identité civile (usurpation de nom ou d'état civil d'une autre personne, adoption d'un nom ou d'un état civil imaginaire ⁽⁴⁸⁾) sont admises. L'erreur doit par ailleurs avoir été déterminante dans le chef de celui qui l'a commise.

La jurisprudence belge traditionnelle n'admet pas d'autre erreur. Ainsi, l'erreur sur la personnalité civile ou l'erreur sur une qualité substantielle ne sont pas retenues par la jurisprudence traditionnelle qui continue à suivre les enseignements d'un arrêt de la Cour de cassation du 17 juillet 1925 ⁽⁴⁹⁾ qui a considéré qu'il n'y avait pas d'erreur dans la personne lorsqu'un homme avait épousé une femme qui s'était fait passer pour veuve alors qu'elle était divorcée. L'erreur sur la nationalité du conjoint, l'ignorance d'une condamnation pénale grave ou de l'appartenance à une communauté religieuse, ou encore l'inaptitude aux relations sexuelles ⁽⁵⁰⁾ ou à la procréation ⁽⁵¹⁾ n'invalident donc pas le mariage. Il s'agit d'une différence à remarquer entre le droit belge et le droit français, le second ayant modifié l'article 180 du Code civil pour y préciser expressément que l'erreur sur une qualité substantielle de la personne d'un époux permet d'annuler le mariage. Pour cette raison, on peut penser que les tribunaux belges n'auraient ainsi pas invalidé un mariage pour absence de virginité de l'épouse ⁽⁵²⁾. Si la doc-

(48) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., n° 508; D. STERCKX, «Le mariage en droit civil», op. cit., n° 105, p. 104.

(49) Cass., 17 juillet 1925, *Pas.*, 1925, I, p. 375, qui suivait lui-même l'enseignement de l'arrêt *Berthon* du 24 avril 1862 de la Cour de cassation française.

(50) Bruxelles, 22 janvier 1980, *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, p. 31; Civ. Bruxelles, 11 février 1986, *Pas.*, 1986, III, p. 37.

(51) Civ. Bruxelles, 12 avril 1957, *Bull. Fédération des avoués de Belgique*, 1958, n° 1, p. 19.

(52) Pour une analyse comparée du droit belge et du droit français sur ce point, voy. notamment A.-Ch. VAN GYSEL, «Virginité, dissimulation et annulation du mariage : une petite étude de droit comparé», note sous Douai, 17 novembre 2008, *Act. dr. fam.*, 2009-7, pp. 129 et s.; voy. également P. MARTENS, «Virginité, mariage et consentement», observations sous TGI Lille, 1^{er} avril 2008, *J.L.M.B.*, pp. 1126 et s.; J.-P. MASSON, «Point de vierge, point de mariage», observations sous TGI Lille, 1^{er} avril 2008, *J.T.*, 2008, p. 473; J. SOSSON, «Trois mariages et une virginité», *J.T.*, 2009, p. 50.

trine approuve généralement cette interprétation restrictive, d'autres auteurs plaident néanmoins pour une extension de la jurisprudence sur l'erreur⁽⁵³⁾.

2) Le dol

18. Sous réserve des manœuvres dolosives ayant le même objet que celui qui justifie l'annulation pour erreur, le dol ne constitue pas un vice de consentement en matière de mariage⁽⁵⁴⁾. On applique encore traditionnellement, comme en France, le vieil adage de Loysel «En mariage trompe qui peut»...

3) La violence

L'article 180, alinéa 1^{er} du Code civil belge tel qu'issu du Code Napoléon prévoyait jusqu'il y a peu que «le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux ou celui des deux dont le consentement n'a pas été libre». La violence se définissait comme toute contrainte physique, matérielle ou morale exercée sur l'un des futurs époux, contrainte telle que, sans celle-ci, l'intéressé n'aurait pas donné son consentement, la seule crainte révérencielle envers les parents et ascendants n'étant pas considérée comme suffisante. Peu de décisions belges avaient admis que la violence était établie⁽⁵⁵⁾. La nullité était alors une nullité relative, ne pouvant être invoquée que par le conjoint victime de violence.

Exactement comme son homologue français un an plus tôt, le législateur belge a néanmoins souhaité récemment lutter plus efficacement contre le phénomène des «mariages forcés» qui n'ont manifestement pas disparu sur le territoire belge, à savoir le mariage que la famille parvient à imposer, généralement à la future épouse, en recourant à divers moyens coercitifs (contrainte physique, enfermement, confiscation des papiers d'identité, chantage affectif...). À côté de l'insertion d'une incrimination pénale spécifique de «mariage forcé» à l'article 391*sexies* du Code pénal, la loi du 25 avril 2007⁽⁵⁶⁾ a déplacé le vice de violence de l'article 180, alinéa 1^{er} du

(53) Voy. not. J.-P. MASSON, «L'annulation du mariage», in *Démariage et coparentalité : le droit belge en mutation*, Diegem, Éd. Story-Scientia, 1997, p. 185; C. JEEGERS, *L'engagement matrimonial des époux*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 225 et s.

(54) Civ. Turnhout, 6 février 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 506; *Rev. trim. dr. fam.*, 1999, p. 170, somm.

(55) Civ. Mons, 23 janvier 1980, *Rev. trim. dr. fam.*, 1981, p. 403; Mons, 7 février 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 957; Civ. Liège, 24 octobre 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 3/2007, p. 689 (ayant considéré comme non valable parce que forcé un mariage antérieur).

(56) Loi du 25 avril 2007 insérant l'article 391*sexies* dans le Code pénal et modifiant certaines dispositions du Code civil en vue d'incriminer et d'élargir les moyens d'annuler le mariage forcé, *M.B.*, 15 juin 2007, p. 32.654. Voy. le commentaire de J.-L. RENCHON, *Rev. trim. dr. fam.*, 3/2007, pp. 657 et s.

Code civil (qui a été abrogé) dans un nouvel article 146ter du Code civil énonçant qu'«il n'y a pas de mariage non plus lorsque celui-ci est contracté sans le libre consentement des deux époux et que le consentement d'au moins un des époux a été donné sous la violence ou la menace». Le mariage forcé est désormais sanctionné par une nullité absolue⁽⁵⁷⁾, de sorte que cette nullité peut désormais être sollicitée en justice par le ministère public ou par toute personne intéressée (contrairement au droit français qui quant à lui a également élargi le champ des titulaires de l'action mais uniquement au ministère public). Si, contrairement au droit français, le droit belge ne fait pas comme tel de la crainte révériencielle une cause d'annulation du mariage, le terme «menace» utilisé dans l'article 146ter nouveau du Code civil ouvre un champ nouveau et pourrait conduire les tribunaux à devoir faire le départ entre le degré de «puissance» acceptable ou non pour «convaincre» un jeune au mariage dans certains milieux, ce qui pourrait ne pas être aisé.

c) Le consentement simulé

19. Dans cette hypothèse, le consentement de l'un des époux ou des deux époux est exprimé sans vice, mais il est simulé, c'est-à-dire que l'un des époux ou les deux époux n'avaient pas le projet ni l'intention de conclure un véritable mariage. Un consentement formel est bien exprimé et contient la volonté de se marier, mais ce sont exclusivement «les conséquences périphériques»⁽⁵⁸⁾ du mariage qui sont recherchées, et non pas la communauté de vie durable entre les époux. Il y a donc simulacre de mariage dans la mesure où ce dernier est contracté avec l'intention d'obtenir un permis de séjour, la nationalité, un permis de travail ou un avantage en matière de sécurité sociale. L'article 146bis du Code civil consacre expressément la nullité du 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». Le consentement simulé est également envisagé en droit français et vise les cas dans lesquels les époux n'ont pas entendu faire un mariage définitif : les époux souhaitent obtenir certains avantages du mariage, mais n'ont pas l'intention de faire durer leur union. Droit belge et droit français s'alignent donc sur ce point.

(57) Art. 184 C. civ.

(58) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 1^{re} éd., op. cit., p. 279.

La jurisprudence française opère néanmoins une distinction que l'on ne retrouve pas dans la jurisprudence belge, distinction selon laquelle lorsque l'effet recherché en contractant mariage est un effet attaché au mariage par la loi, le mariage ne sera pas annulé, alors qu'il le sera si l'effet recherché par les époux n'est pas un effet propre au mariage. Ceci implique par exemple que le mariage légitimant, contracté dans l'unique but de légitimer un enfant n'est pas nul pour absence d'intention matrimoniale alors que le «mariage calcul», destiné à faire bénéficier un époux d'une libéralité peut être annulé. Si l'on ne retrouve pas explicitement cette distinction dans la jurisprudence belge, il découle néanmoins de l'article 146*bis* du Code civil belge que ce sont les mêmes hypothèses qui donneront lieu, en droit français et en droit belge, à l'annulation du mariage pour consentement simulé.

Nonobstant le rôle préventif accordé en outre à l'officier de l'état civil par la loi du 4 mai 1999⁽⁵⁹⁾ pour lutter contre ceux-ci, les mariages simulés constituent la cause de nullité du mariage la plus importante en droit belge⁽⁶⁰⁾.

III. Les conditions de forme du mariage

20. Le mariage étant un acte solennel, sa conclusion s'entoure de formalités. À la différence des autres figures que peut revêtir l'union d'un couple, le mariage est «célébré» devant l'autorité publique et prononcé «au nom de la loi».

La loi définit les formes précises qui accompagnent l'échange des consentements (B). Le caractère public de l'engagement matrimonial exige par ailleurs l'accomplissement d'importantes formalités préalables (A).

A. Les formalités préalables au mariage

21. Jusqu'au 1^{er} janvier 2000, le droit belge connaissait un régime tout à fait similaire au droit français actuel de *publication des bans*, qui consistait en

(59) Loi du 4 mai 1999 modifiant certaines dispositions relatives au mariage, *M.B.*, 1^{er} juillet 1999 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000). Voy. *infra*, n° 32.

(60) Voy. également *infra*, nos 38 et 40. À ce sujet, voy. J. SOSSON, «Les mariés de l'an 2000... Les nouvelles dispositions relatives à la simulation et aux formalités préalables au mariage», *J.T.*, 2000, p. 649. La jurisprudence est abondante sur ce point. Avant l'adoption de l'article 146*bis* du Code civil, voy. not. Bruxelles, 1^{er} février 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 599, note M. LIENARD-LIEGNY; Bruxelles, 9 mars 1999, *Rev. trim. dr. fam.*, 2000, p. 360, note J. SOSSON. Après l'adoption de l'article 146*bis* du Code civil, voy. not. Bruxelles (3^e ch.), 11 juin 2002, *Rev. trim. dr. fam.*, 2003/2, p. 329; Bruxelles (3^e ch.), 20 janvier 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007/2, p. 417; Gand, 21 septembre 2006, *NjW*, 2007/171, p. 849, note S. LEFEBVRE; Civ. Bruxelles (réf.), 11 décembre 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009/3, p. 690, note M. FALLON.

l'affichage du projet de mariage à la porte de la maison communale du domicile ou de la résidence de chacun des futurs époux, à partir d'un dimanche et durant dix jours, et était destiné à rendre publique l'intention matrimoniale et à permettre aux tiers de dénoncer des causes légales d'empêchement à mariage. Le mariage ne pouvait être célébré endéans ces dix jours et devait l'être dans l'année qui suivait l'expiration de ce délai.

Considérant que cette procédure ne parvenait pas à dissuader les éventuels mariages irréguliers et que l'affichage aux valves ne présentait plus guère d'utilité que pour les «démarcheurs commerciaux du marché du mariage», le législateur belge a décidé de la remplacer par un système de *déclaration de mariage*, à travers une loi du 4 mai 1999 qui a opéré une réforme substantielle des conditions de forme du mariage⁽⁶¹⁾.

1. La déclaration de mariage

22. Ceux qui désirent se marier doivent en faire la déclaration (art. 63 C. civ.).

La détermination du lieu où la déclaration peut être faite est importante, dès lors que le mariage ne pourra être célébré que devant l'officier de l'état civil qui aura dressé l'acte de déclaration (art. 166 C. civ.).

Conformément à l'article 63, §1^{er} du Code civil, cette déclaration doit être faite à l'officier de l'état civil de la commune où l'un des futurs époux est inscrit dans les registres de la population, le registre des étrangers ou le registre d'attente. À titre d'exception, si aucun des futurs époux n'est inscrit dans ces registres ou si, pour des raisons légitimes qui sont de stricte interprétation⁽⁶²⁾, la résidence actuelle de l'un d'eux ne correspond pas à cette inscription, la déclaration peut être effectuée dans la commune où l'un d'eux a sa résidence actuelle⁽⁶³⁾.

Contrairement au régime belge antérieur et à ce que prévoit le droit français, les futurs époux ne disposent donc pas de la faculté de choisir de se

(61) Loi du 4 mai 1999 modifiant certaines dispositions relatives au mariage, *M.B.*, 1^{er} juillet 1999, p. 24.828.

(62) J. SOSSON, «Les mariés de l'an 2000...», *op. cit.*, p. 650, n° 3.

(63) Ces «raisons légitimes» doivent s'entendre d'une impossibilité de se rendre à son domicile (ainsi, pour les bateliers, les personnes hospitalisées, les forains, les sans-abri ou les détenus), et excluent les simples motifs de convenance personnelle, comme le choix d'une maison communale en fonction des heures auxquelles il est possible de se marier, du cadre de l'endroit... (S. D'HONDT et G. VERSCHELDEN, «Art. 63 B.W.», v° Personen en familierecht, in *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer, Anvers, 2000, II, B, 2, b).

marier dans la commune où l'un d'eux a soit son domicile, soit sa résidence ⁽⁶⁴⁾.

La déclaration est faite par les futurs époux mais elle peut aussi, comme le précise l'article 63, §2 du Code civil, être effectuée par un seul d'entre eux moyennant alors «une preuve écrite légalisée, émanant du futur époux absent lors de la déclaration du mariage, dont il ressort que celui-ci consent à la déclaration», requise par l'article 64, §1^{er}, 6°. Ainsi, la déclaration ne nécessite pas la présence sur le territoire de l'étranger qui désire épouser un Belge ou un étranger résidant en Belgique ⁽⁶⁵⁾.

À la différence du droit français, la loi belge n'organise pas comme telle la nécessité d'auditionner les époux aux fins de s'assurer de la réalité de leur consentement ⁽⁶⁶⁾. Elle confie toutefois à l'officier de l'état civil – nous le verrons ⁽⁶⁷⁾ – un rôle actif de prévention des mariages irréguliers.

2. Les pièces à fournir à l'officier de l'état civil

23. L'article 64 du Code civil dresse la liste complète des documents qui doivent être remis à l'officier de l'état civil lors de la déclaration de mariage. Ces pièces constitueront le «dossier du mariage», établissant la réunion dans le chef de chacun des futurs époux des conditions de fond requises par la loi ⁽⁶⁸⁾. Il s'agit d'une copie conforme de l'acte de naissance, d'une preuve d'identité, d'une preuve de nationalité, d'une preuve de l'inscription dans les registres de la population, le registre des étrangers ou le registre d'attente et/ou une preuve de la résidence actuelle, d'une preuve de célibat ou, le cas échéant, d'une preuve de la dissolution ou de l'annulation du dernier mariage célébré devant un officier de l'état civil belge ou des derniers mariages célébrés devant une autorité étrangère, ainsi que de toute autre pièce authentique dont il ressort que l'intéressé remplit les conditions requises par la loi pour pouvoir contracter mariage.

(64) L'article 74 du Code civil français propose cette alternative, à condition que la résidence soit effective depuis un mois au moins.

(65) J. SOSSON, «Les mariés de l'an 2000...», *op. cit.*, p. 650, n° 5.

(66) Voy. Titre II : Droit français, n° 722.

(67) Voy. *infra*, n° 32.

(68) Pour une présentation détaillée de ces pièces, voy. J. SOSSON, «Les mariés de l'an 2000...», *op. cit.*, pp. 651-152, n° 6; D. STERCKX, «Le mariage en droit civil», *op. cit.*, pp. 119-124 et G. VERSCHELDEN, «Article 64 B.W.», v° Personen en familierecht, in *Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, *op. cit.*, n°s 2 et s.

Depuis une loi du 3 décembre 2005 ⁽⁶⁹⁾, adoptée dans un objectif de simplification de la procédure de déclaration de mariage ⁽⁷⁰⁾, le candidat au mariage n'est plus tenu de remettre lui-même la copie certifiée conforme de son acte de naissance ou des autres actes de l'état civil, dès lors que l'article 64, §3 du Code civil impose désormais à l'officier de l'état civil de demander ces documents au dépositaire du registre concerné, lorsque l'acte a été dressé ou transcrit en Belgique. Il en va de même des preuves de nationalité, de célibat et d'inscription dans les registres de la population, pour lesquelles l'officier de l'état civil consulte lui-même le registre national et en joint un extrait au dossier (art. 64, §4 C. civ.).

3. L'acte de déclaration de mariage

24. Une fois la déclaration de mariage recueillie et les pièces nécessaires rassemblées, l'officier de l'état civil dresse l'*acte de déclaration de mariage*, qui est inscrit dans un registre spécifique. Plus aucune publication du projet de mariage n'est par ailleurs organisée, le législateur – inspiré par un souci de privatisation du mariage – considérant que la déclaration et l'inscription de l'acte de déclaration dans les registres de l'état civil constituent une publicité suffisante ⁽⁷¹⁾. Le droit belge connaît donc en matière de mariage un acte de l'état civil spécifique, à la différence du droit français qui n'organise pas cette formalité de la déclaration, puisqu'il maintient un système de publication des bans.

Si les deux futurs époux ne sont pas inscrits dans la même commune, l'officier de l'état civil transmet copie de l'acte de déclaration à l'officier de l'état civil de la commune où l'autre futur époux est inscrit. Cette notification permet à ce dernier de vérifier s'il n'existe pas d'empêchement au mariage et, le cas échéant, d'en avvertir dans les dix jours l'officier de l'état civil qui a acté la déclaration ⁽⁷²⁾. L'objectif de la disposition est ainsi de déjouer les manœuvres des candidats à un mariage simulé qui auraient déjà tenté de se marier dans

(69) Loi du 3 décembre 2005 modifiant les articles 64 et 1476 du Code civil et l'article 59/1 du Code des droits de timbre en vue de simplifier les formalités du mariage et de la cohabitation légale, *M.B.*, 23 décembre 2005, p. 55.487.

(70) Comme, du reste, de simplification de la procédure d'enregistrement d'une déclaration de cohabitation légale – voy. *infra*, n° 49.

(71) Comme pour tout acte de l'état civil, l'accès à un acte de déclaration de mariage est régi par les règles définies à l'article 45 du Code civil, en sorte que ne pourront se voir délivrer une copie conforme de l'acte que la personne que l'acte concerne, son représentant légal, ses ascendants, ses descendants, ses héritiers, leur notaire et leur avocat. Toute autre personne justifiant d'un intérêt ne pourra obtenir cet accès qu'après en avoir reçu l'autorisation du président du tribunal de première instance.

(72) Art. 63, §3 C. civ.

une autre commune, celle-ci pouvant communiquer les informations dont elle dispose à l'officier de l'état civil nouvellement sollicité⁽⁷³⁾ ⁽⁷⁴⁾.

L'officier de l'état civil refusera de dresser l'acte si les parties restent en défaut de déposer toutes les pièces requises ou s'il apparaît que l'un de ces documents est un faux⁽⁷⁵⁾. Sa décision motivée doit être notifiée sans délai aux parties et une copie transmise au procureur du Roi. Un recours contre ce refus est ouvert aux parties intéressées dans un délai d'un mois suivant la notification, devant le tribunal de première instance⁽⁷⁶⁾.

4. Délais entre l'établissement de l'acte de déclaration et le mariage

25. Le mariage ne peut être célébré avant le quatorzième jour qui suit la date à laquelle l'acte de déclaration a été établi (art. 165, §1^{er} C. civ.). Ce délai d'attente minimal est prescrit en vue de permettre à l'officier de l'état civil de recueillir toutes les informations qu'il juge pertinentes pour exercer le pouvoir de contrôle qui lui est expressément reconnu par la loi⁽⁷⁷⁾.

La célébration du mariage doit par ailleurs avoir lieu dans les six mois qui suivent l'expiration de ce délai de quatorze jours, à défaut de quoi une nouvelle déclaration de mariage devra être effectuée (art. 165, §3 C. civ.).

Le procureur du Roi peut, pour « raisons graves »⁽⁷⁸⁾, dispenser les futurs époux de tout délai d'attente mais aussi de la formalité de la déclaration elle-même. Il peut encore, pour de mêmes motifs, accorder une prolongation du délai de six mois (art. 165, §2 C. civ.).

La prolongation pourra également être demandée au juge qui se prononce sur un recours contre un refus de l'officier de l'état civil de célébrer le mariage (art. 165, §3, al. 2 C. civ.)⁽⁷⁹⁾.

(73) D. STERCKX, «Le mariage en droit civil», *op. cit.*, p. 117, n° 140.

(74) C'est ainsi qu'il a été prévu que toutes les décisions que prend l'officier de l'état civil où a été faite la déclaration – par exemple, une décision de refus de dresser l'acte en cas de pièce manquante ou fautive (art. 63, §4, al. 3 C. civ.) ou de refus de célébrer le mariage (art. 167, al. 5 C. civ.) – doivent être notifiées à l'officier de l'état civil de l'autre commune concernée.

(75) J. SOSSON, «Les mariés de l'an 2000...», *op. cit.*, p. 652, n° 8.

(76) Dans son appréciation, le juge semble pouvoir tenir compte de tous les (nouveaux) documents qui lui sont soumis. Ainsi, Gand, 3 mai 2007, *R.W.*, 2007-2008, liv. 23, p. 956.

(77) Voy. *infra*, n° 32.

(78) Par exemple, un mariage *in extremis* (Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 287). Voy. *supra*, n° 5.

(79) Le juge fixe souverainement la durée de cette prorogation, pour autant que la demande en ait été faite avant l'expiration du premier délai (voy. not. Liège, 15 novembre 2005, *J.T.*, 2006, liv. 6207, p. 10).

Les formalités préalables régulièrement accomplies, le mariage peut être célébré.

B. La célébration du mariage

«Le mariage est célébré publiquement devant l’officier de l’état civil qui a dressé l’acte de déclaration». L’article 166 du Code civil pose deux principes importants : celui de l’autorité compétente pour célébrer le mariage (1), et celui du caractère public de l’engagement d’un couple dans les liens du mariage (2). La célébration se déroule suivant certaines formalités (3), au terme desquelles sera dressé l’acte de mariage (4).

1. L’autorité compétente

26. Le mariage ne peut être célébré que devant un officier de l’état civil, qui doit nécessairement être celui qui aura dressé l’acte de déclaration.

La loi communale détermine qui, au sein de chaque commune, a la charge de l’état civil – le collège des bourgmestre et échevins – et qui remplira les fonctions d’officier de l’état civil – le bourgmestre ou un échevin désigné à cet effet par le collège, exceptionnellement un conseiller communal ⁽⁸⁰⁾.

Si le prononcé de l’union matrimoniale par l’officier de l’état civil ne semble pas, contrairement à ce qu’affirmait une doctrine classique, un élément constitutif du mariage, la présence de l’officier pour recevoir l’échange des consentements est un élément indispensable et une condition essentielle à l’existence même du mariage ⁽⁸¹⁾.

2. Le caractère public de la célébration

27. Le mariage doit être célébré publiquement, c’est-à-dire qu’il doit se dérouler dans un lieu auquel le public a accès.

L’article 75 du Code civil précise qu’il prend place dans la maison communale. Une loi du 12 juillet 2009 modifiant le Code civil en ce qui concerne le lieu du mariage ⁽⁸²⁾ a récemment introduit une dérogation à cette disposition, prévoyant la possibilité pour le conseil communal de désigner sur le territoire de la commune d’autres lieux *publics*, à caractère *neutre* et dont la commune a un *usage exclusif* pour célébrer les mariages.

(80) Art. 125 de la loi communale du 24 juin 1988.

(81) Sur cette question, voy. D. STERCKX, «Le mariage en droit civil», *op. cit.*, pp. 129-130.

(82) Loi du 12 juillet 2009 modifiant le Code civil en ce qui concerne le lieu du mariage, *M.B.*, 24 août 2009, p. 56.385.

Le législateur belge n'a pas profité de cette loi pour régler, à l'instar du droit français⁽⁸³⁾, la situation qui se présente parfois en pratique dans laquelle, en raison de circonstances exceptionnelles comme le mariage *in extremis* ou la maladie de l'un des fiancés qui l'empêche de se déplacer, l'officier de l'état civil est amené à se rendre au domicile de l'un des futurs époux pour y célébrer le mariage⁽⁸⁴⁾. Dans ce cas, les portes de l'immeuble et de la pièce doivent à tout le moins rester ouvertes pour préserver le caractère public de la célébration⁽⁸⁵⁾.

3. L'accomplissement des formalités

28. Les futurs époux doivent obligatoirement comparaître en personne.

Jusqu'il y a peu, la présence de deux témoins était par ailleurs nécessaire pour contracter un mariage valable. Considérant que leur présence avait une «fonction moins juridique que symbolique et sociale»⁽⁸⁶⁾, le législateur, inspiré par un souci de simplification administrative, a toutefois récemment⁽⁸⁷⁾ supprimé le caractère obligatoire de cette formalité, laissant aux futurs époux le choix de prendre ou non des témoins. S'ils souhaitent y recourir, la loi leur donne désormais la possibilité de désigner au maximum quatre témoins⁽⁸⁸⁾. Elle s'aligne en cela sur le droit français, qui admet la présence de maximum quatre témoins, mais qui diffère du nouveau régime belge en ce qu'il en exige au moins deux.

Après la lecture des actes et des textes visés à l'article 75 du Code civil, l'officier de l'état civil reçoit «de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour époux» et prononce «au nom de la loi» que les parties sont unies par le mariage.

(83) Art. 75, al. 2 C. civ.

(84) E. VAN ROYEN, «De wet van 12 juli 2009 tot wijziging van het B.W. wat de plaats van het huwelijk betreft», *T. Fam.*, 2009/10, pp. 198 et 201.

(85) A.-Ch. VAN GYSEL, *Précis de droit de la famille*, op. cit., p. 183.

(86) Proposition de loi modifiant l'article 75 du Code civil en ce qui concerne le nombre de témoins au mariage civil, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mme S. LAHAYE-BATTHEU, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 2165/005, p. 3.

(87) Loi du 6 avril 2010 modifiant le Code civil en ce qui concerne les témoins au mariage civil, *M.B.*, 21 mai 2010, p. 31.396.

(88) Voy. les termes de l'article 75 nouveau du Code civil : «éventuellement en présence de quatre témoins au plus, parents ou non parents».

4. L'acte de mariage

29. À l'issue de la célébration, l'officier de l'état civil procède immédiatement à l'établissement de l'acte de mariage, reprenant les mentions indiquées à l'article 76 du Code civil.

L'acte de mariage ne constitue pas l'un des éléments intrinsèques nécessaires à la validité du mariage, mais est destiné à en fournir la preuve. Si l'acte devait ne pas être dressé, parce que l'un des époux refuse de le signer ou que l'officier de l'état civil refuse de l'établir, le mariage n'en serait pas moins valable⁽⁸⁹⁾.

IV. La sanction de l'inobservation des conditions de fond et de forme du mariage

30. Les conditions de fond et de forme qu'impose la loi doivent nécessairement être réunies pour former un mariage juridiquement valable. Lorsque l'une d'elles vient à manquer et que le mariage est néanmoins célébré, celui-ci est entaché de nullité et son annulation peut, sous certaines conditions, être mise en œuvre (B). Des mécanismes préventifs sont institués, en amont, pour empêcher que soit conclu un mariage qui ne serait pas conforme à la loi. Ils sont le signe de l'importance que revêt pour la société l'engagement dans le lien matrimonial (A).

A. La prévention du non-respect des conditions de validité

31. La loi confie à l'officier de l'état civil chargé de célébrer le mariage un important rôle de prévention du non-respect par les futurs époux des conditions de validité (1). Le système des oppositions à mariage qui permettait à certaines personnes de faire obstacle à la conclusion d'un mariage irrégulier a quant à lui récemment été supprimé par le législateur belge. La possibilité d'une dénonciation officieuse d'un empêchement à mariage reste toutefois ouverte, bien que non organisée légalement (2).

1. Le rôle actif de l'officier de l'état civil

32. Dès avant que ce rôle ne soit formalisé dans une loi, l'officier de l'état civil s'était toujours vu reconnaître la compétence – et même l'obligation –

(89) D. STERCKX, «Le mariage en droit civil», *op. cit.*, p. 134. *Contra* : Civ. Huy, 20 septembre 1993 (J.L.M.B., 1994, p. 176), qui refuse de reconnaître la validité d'un mariage pour lequel l'officier de l'état civil n'avait pas apposé sa signature sur l'acte.

de refuser de célébrer une union en cas d'empêchement légal. Avec la prise de conscience de la multiplication des mariages simulés, contractés dans le seul but de permettre le séjour en Belgique d'un étranger, il fut par ailleurs admis que l'officier de l'état civil pouvait vérifier la réalité du consentement des futurs époux et refuser de célébrer le mariage lorsque ce consentement lui apparaissait simulé⁽⁹⁰⁾.

C'est dans ce souci de lutte contre les mariages de complaisance que le législateur belge a, à travers la loi du 4 mai 1999 déjà mentionnée, consacré légalement le rôle actif de l'officier de l'état civil, qu'il investit d'un pouvoir de contrôle de l'ensemble des conditions de validité du mariage et, singulièrement, de la véracité du consentement des futurs époux. Ainsi, l'article 167, alinéa 1^{er} du Code civil prévoit expressément que «l'officier de l'état civil refuse de célébrer le mariage 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».

En ce qui concerne spécifiquement le mariage simulé, cette disposition est à mettre en relation avec l'article 146*bis* du Code civil, introduit par la même loi, qui précise qu'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»⁽⁹¹⁾.

Pour pouvoir déceler une telle intention frauduleuse dans le chef de l'un ou des deux candidats au mariage, l'officier de l'état civil est guidé dans son appréciation par une circulaire ministérielle du 17 décembre 1999 qui dresse la liste des «indices» dont la combinaison peut constituer une indication sérieuse de projet de mariage simulé⁽⁹²⁾. Cette appréciation s'effectue

(90) La pratique, soutenue par une doctrine et une jurisprudence majoritaires, avait été encouragée et encadrée par une circulaire du 4 juillet 1994 émanant du ministre de la Justice et du ministre de l'Intérieur, qui établissait la liste des éléments circonstanciels dont la combinaison pouvait fournir à l'officier de l'état civil des indices vraisemblables de simulation, de nature à le conduire à refuser de célébrer le mariage projeté (circulaire du 4 juillet 1994 relative aux conditions dans lesquelles l'officier de l'état civil peut refuser la célébration du mariage, *M.B.*, 7 juillet 1994, p. 18.098).

(91) Voy. *supra*, n° 19.

(92) Circulaire du ministère de la Justice du 17 décembre 1999 relative à la loi du 4 mai 1999 et destinée aux procureurs généraux auprès des cours d'appel et aux officiers de l'état civil du Royaume (*M.B.*, 31 décembre 1999, p. 50.361), qui retient des critères tels que notamment le fait que «les parties ne se comprennent pas ou ont des difficultés à dialoguer, ou font appel à un interprète, ne se sont jamais rencontrées avant la conclusion du mariage, ne connaissent pas le nom ou la nationalité de l'autre, ne savent pas où l'autre travaille, divergent quant aux circonstances de la rencontre ou encore si une somme d'argent est promise pour contracter le mariage ou si un des deux se livre à la prostitution», etc. La circulaire insiste néanmoins sur la prudence requise en la matière, eu égard à la liberté de mariage, et précise qu'il convient d'évi-

sur la base du dossier du mariage⁽⁹³⁾, des déclarations des futurs époux et de leurs proches, et éventuellement d'une enquête qui peut être réalisée notamment par les services de police⁽⁹⁴⁾.

La loi permet à l'officier de l'état civil d'exercer son rôle préventif en mettant à sa disposition deux moyens de décision distincts.

Lorsqu'il constate que l'une des conditions de validité n'est pas remplie, ou lorsqu'il a acquis la conviction que les candidats au mariage ne sont pas animés de l'intention de former une communauté de vie durable, l'officier de l'état civil *refuse* de célébrer le mariage (art. 167, al. 1^{er} C. civ.). Cette décision doit bien entendu être motivée et notifiée aux parties. Un recours est ouvert à l'encontre de cette décision⁽⁹⁵⁾, qui doit être introduit auprès du président du tribunal de première instance dans le mois de la notification. Le juge exerce sur ce recours sa pleine juridiction, et non un simple contrôle de légalité, limité à la censure d'une « erreur manifeste d'appréciation ». Il peut du reste étendre son contrôle à l'ensemble des éléments portés à sa connaissance, y compris les éléments survenus postérieurement à la décision litigieuse⁽⁹⁶⁾.

L'officier de l'état civil peut aussi, lorsqu'il émet des doutes sur la validité du mariage et, notamment, quant à la sincérité du consentement, sans pouvoir encore asseoir sa conviction sur des éléments probants, décider de *surseoir à*

ter que tout mariage mixte soit considéré comme suspect *prima facie*. La jurisprudence récente rappelle que la situation de séjour irrégulier et l'avantage que le candidat au mariage pourrait tirer quant à son droit de séjour ne peut fonder à elle seule le refus de l'officier de l'état civil de célébrer le mariage (voy. J. FIERENS, « Quand le mariage ne sent pas la rose. Les suspicions de mariage simulé et la jurisprudence récente », note sous Bruxelles, 16 octobre 2008, *Act. dr. fam.*, 2009/7, p. 139, n° 14 et les références y citées).

(93) Voy. *supra*, n° 23.

(94) La collaboration entre les officiers de l'état civil (voy. art. 63, § 3 C. civ.) est du reste mise en avant, en vue de déjouer les plans de ceux qui, après s'être vu refuser le mariage dans une commune, tenteraient de contracter un mariage simulé dans une autre. Pour assurer l'uniformité de cette pratique, il est fait appel aux services de l'Office des étrangers, qui peuvent fournir les renseignements utiles quant à la situation de l'étranger (circulaire du 13 septembre 2005 des ministres de la Justice et de l'Intérieur relative à l'échange d'information entre les officiers de l'état civil, en collaboration avec l'Office des étrangers, à l'occasion d'une déclaration de mariage concernant un étranger, *M.B.*, 6 octobre 2005, p. 43.177). Voy. not. V. SAINT-GHISLAIN, « La lutte hasardeuse contre les mariages blancs et gris », *J.T.*, 2010, p. 514.

(95) Art. 587, al. 1^{er}, 9° C. jud. Ce recours est dirigé contre l'officier de l'état civil et non contre la commune (voy. not. Mons, 15 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007/2, p. 430).

(96) Cass., 13 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010/1, p. 111; Bruxelles, 13 janvier 2005, *J.T.*, 2005, p. 327, note D. STERCKX; Bruxelles, 16 juin 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007/2, p. 424; Bruxelles, 17 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007/2, p. 433; Bruxelles, 7 mars 2006, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007/2, p. 440; Civ. Bruxelles (prés.), 30 septembre 2010, *J.T.*, 2010, p. 70. *Contra* : Ch. LEPINOIS et A.-Ch. VAN GYSEL (« L'état des personnes, les officiers de l'état civil et le droit administratif », *Act. dr. fam.*, 2009/1, pp. 8-10), selon lesquels l'officier de l'état civil, en tant qu'autorité administrative, dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire, de telle sorte que le pouvoir du juge doit se limiter à un contrôle de légalité.

la célébration du mariage pendant un délai de deux mois à partir de la date choisie pour le mariage par les futurs conjoints (art. 167, al. 2 C. civ.), afin de procéder à une enquête complémentaire, qui sera diligentée par les services de police ou, le cas échéant, des services spécialisés⁽⁹⁷⁾. S'il ne rend pas de décision définitive dans les deux mois, l'officier de l'état civil est tenu de célébrer le mariage⁽⁹⁸⁾. Cette mesure permet de ne pas laisser les parties dans une trop longue attente. Aucun recours n'est par contre prévu pour attaquer la décision de surséance, en sorte que les candidats au mariage sont contraints d'attendre l'expiration de ce délai maximal de deux mois⁽⁹⁹⁾.

En France, l'officier de l'état civil qui constate que le mariage envisagé ne satisfait pas aux conditions de validité ne dispose pas de cette même faculté de décision. Il peut saisir le procureur de la République qui, lui, prendra la décision soit de laisser procéder au mariage, soit de s'opposer à celui-ci, soit de surseoir à sa célébration⁽¹⁰⁰⁾. On perçoit, de manière plus générale, une différence dans le rôle qui est attribué à l'officier de l'état civil entre les deux pays. Si l'officier de l'état civil français est légalement tenu, à la différence de son homologue belge, d'auditionner les futurs époux, ce dernier dispose de moyens d'investigation plus étendus – dès lors qu'il peut aller jusqu'à mobiliser les services de police pour réaliser une enquête –, de même que des compétences de décisions que la loi française réserve quant à elle au procureur de la République. Un rôle plus actif semble donc confié à l'officier de l'état civil belge dans la prévention des mariages irréguliers.

2. La dénonciation officieuse d'un empêchement à mariage

33. Jusqu'il y a peu, le Code civil belge organisait⁽¹⁰¹⁾, à l'instar de son *alter ego* français, la possibilité pour certaines personnes limitativement énumérées de dénoncer un empêchement à mariage au moyen d'un acte formel d'opposition signifié à l'officier de l'état civil et aux futurs époux, qui avait

(97) J. SOSSON, «Les mariés de l'an 2000...», *op. cit.*, p. 656, n° 24. Certaines zones de police, comme celle de Bruxelles, disposent d'une cellule «mariage blanc» (voy. dans Bruxelles, 13 janvier 2005, *J.T.*, 2005, p. 327 et la note de D. STERCKX, «Le mariage refusé ou l'ère du soupçon», p. 329; voy. également V. SAINT-GHISLAIN, «La lutte hasardeuse contre les mariages blancs et gris», *op. cit.*, p. 514). Voy., pour la pratique antérieure à la loi du 4 mai 1999, P. FRANCE, «La pratique judiciaire à Bruxelles en matière de mariages simulés», in *Démariage et coparentalité : le droit belge en mutation*, Diegem, Éd. Story-Scientia, 1997, pp. 191-230.

(98) G. HIERNAX, «Des difficultés de l'officier de l'état civil à appliquer la loi du 4 mai 1999», *Rev. trim. dr. fam.*, 2003/3, p. 525.

(99) J. SOSSON, «Les mariés de l'an 2000...», *op. cit.*, p. 656.

(100) Art. 175-2 C. civ. fr.

(101) Anciens art. 66 à 69, 172 et 179 C. civ.

pour effet d'interdire la célébration du mariage, à tout le moins jusqu'à ce que soit décidée l'éventuelle mainlevée (volontaire ou judiciaire) de l'opposition⁽¹⁰²⁾.

La loi du 19 février 2009⁽¹⁰³⁾ a abrogé cette procédure formaliste peu utilisée, qui avait quelque peu perdu de son sens depuis la suppression de la publication des bans et qui ne présentait plus guère d'utilité compte tenu du renforcement du rôle de l'officier de l'état civil⁽¹⁰⁴⁾.

34. À côté de cette dénonciation officielle, la doctrine a toujours reconnu la possibilité pour toute personne, intéressée ou non, de porter à la connaissance de l'officier de l'état civil, de manière officieuse, l'existence d'un empêchement à mariage⁽¹⁰⁵⁾. Contrairement à l'opposition, cet avis officieux ne lie aucunement l'officier de l'état civil, auquel il appartient de vérifier la réalité de l'empêchement mis en lumière et de prendre, le cas échéant, les décisions visées à l'article 167 du Code civil⁽¹⁰⁶⁾.

B. Les nullités de mariage

35. La loi soumet l'engagement dans le mariage à des conditions très strictes. Si l'une de ces conditions n'est pas satisfaite, il existe un empêchement à mariage qui peut, le cas échéant, donner lieu à l'annulation du mariage qui serait malgré tout contracté. Il s'agit là d'une sanction lourde, qui déroge au droit commun. Il convient de déterminer quelles sont les différentes causes de nullité en droit belge (1), avant d'en étudier les effets (2).

1. Les causes de nullité du mariage

36. En fonction de leur gravité, les empêchements à mariage étaient traditionnellement présentés comme soit prohibitifs soit dirimants. Les seconds entraînent la nullité; les premiers, par contre, empêchaient l'officier de l'état civil de prononcer le mariage mais n'affectaient pas la validité de celui-ci s'il était néanmoins célébré. Il ne subsiste toutefois plus d'empêchements prohibitifs en droit belge depuis que le dernier – l'opposition à mariage – a été

(102) Pour une présentation détaillée des oppositions à mariage, voy. not. D. STERCKX, «Le mariage en droit civil», *op. cit.*, pp. 136-147.

(103) Loi du 19 février 2009 modifiant le Code civil et l'article 1399 du Code judiciaire en ce qui concerne l'opposition à mariage, *M.B.*, 11 mars 2009.

(104) Pour une analyse de la *ratio legis* de cette loi, voy. G. VERSCHULDEN, «De wet van 19 februari 2009 tot afschaffing van het verzet tegen het huwelijk», *T. Fam.*, 2009/5, pp. 84 et s.

(105) Voy. not. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, op. cit.*, p. 557, n° 539.

(106) Voy. *supra*, n° 32.

supprimé par la loi du 19 février 2009. La distinction a dès lors perdu de sa pertinence dans notre droit ⁽¹⁰⁷⁾.

La distinction classique entre nullités absolues (a) et nullités relatives (b) ne présente pas en matière de mariage le même caractère radical qu'en droit commun. En effet, certaines nullités dites absolues ne peuvent pas être invoquées par tout intéressé ou sont prescriptibles. Par contre, l'article 193bis du Code civil prévoit expressément que le ministère public peut se porter partie intervenante dans toute action en nullité – y compris relative – de mariage, en raison du caractère d'ordre public général de la matière.

L'action en nullité relève de la compétence exclusive du tribunal de première instance ⁽¹⁰⁸⁾.

a) Les nullités absolues

37. Il convient de distinguer, parmi les nullités absolues, celles qui sont prévues par le Code civil et que l'on peut dès lors qualifier de « nullités textuelles » (1), et celles qui ne sont prévues par aucun texte, mais qui sont admises en raison de la gravité de l'empêchement; on parlera alors de « nullités virtuelles » (2). Certaines causes de nullité sont par ailleurs laissées à l'appréciation du juge, qui n'est pas tenu de prononcer l'annulation; il s'agit dès lors de « nullités facultatives » (3).

1) Les nullités textuelles

38. L'article 184 du Code civil belge énumère les différentes causes de nullité absolue du mariage. Y figurent trois empêchements objectifs du mariage : l'absence de la condition d'âge (art. 144 et 145 C. civ.), la bigamie (art. 147 C. civ.) et l'inceste (art. 161 à 163 et art. 341 et 353-13 C. civ.).

On y retrouve également, depuis la loi du 4 mai 1999, le renvoi à l'article 146bis du Code civil, qui consacre la nullité du mariage simulé dans le but d'obtenir un avantage en matière de séjour ⁽¹⁰⁹⁾.

Enfin, le vice de violence, qui auparavant donnait lieu la nullité relative du mariage, ne pouvant être demandée que par l'époux victime, est devenu

(107) Comp. avec le droit français, où la distinction continue d'être faite et a toujours du sens. Voy. *infra*, Titre II : Droit français, n^{os} 738-739.

(108) D. STERCKX, « Le mariage en droit civil », *op. cit.*, p. 173, n^o 285.

(109) Voy. J. SOSSON, « Les mariés de l'an 2000... », *op. cit.*, pp. 157-158, n^{os} 27-33. Pour une présentation de l'abondante jurisprudence récente sur ce point, voy. aussi J. FIERENS, « Quand le mariage ne sent pas la rose. Les suspicions de mariage simulé et la jurisprudence récente », *op. cit.*

une cause de nullité absolue du mariage (renvoi à l'art. 146ter C. civ. dans l'art. 184 C. civ.), en vue d'attaquer plus largement les mariages forcés⁽¹¹⁰⁾.

À la différence du droit français, le droit belge ne prévoit plus de cause de nullité en cas d'identité de sexe, puisque le mariage de deux personnes de même sexe est explicitement admis depuis la loi du 13 février 2003⁽¹¹¹⁾.

39. Dans chacune de ces cinq hypothèses, l'annulation du mariage pourra être demandée soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont un intérêt, soit par le ministère public.

Toutefois, les articles 185 à 190 du Code civil apportent diverses restrictions au caractère absolu de ces nullités, dérogeant ainsi au droit commun.

Ainsi, l'action en nullité pour violation de la condition d'âge est prescrite lorsqu'il s'est écoulé un délai de six mois depuis que le ou les époux qui ont contracté mariage sans avoir obtenu de dispense d'âge du tribunal de la jeunesse ont atteint l'âge de dix-huit ans (art. 185 C. civ.).

Par ailleurs, le droit d'agir en nullité de mariage est attribué au ministère public, mais uniquement du vivant des époux (art. 190 C. civ.).

Enfin, si les époux et leurs descendants peuvent agir sans démontrer un intérêt particulier, les collatéraux et les enfants qui ne sont pas nés du mariage en cause ne peuvent, du vivant des deux époux, demander la nullité que lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel (art. 187 C. civ.), c'est-à-dire un intérêt pécuniaire.

2) Les nullités virtuelles

40. Trois causes supplémentaires de nullités absolues sont admises en droit belge.

Non prévue légalement, la sanction de l'*absence totale de consentement*, dans le cas particulier de l'aliénation mentale de l'un des conjoints, a donné lieu à une importante controverse quant à son caractère absolu ou relatif. La Cour de cassation y voit une cause de nullité absolue⁽¹¹²⁾, pouvant donc être invoquée par toute personne intéressée, y compris le conjoint du malade mental. Cette solution a été abondamment critiquée par la doctrine, qui propose plutôt de retenir la nullité relative⁽¹¹³⁾.

(110) Voy. *supra*, n° 18.

(111) Voy. *supra*, n° 7.

(112) Cass., 28 mai 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 1069.

(113) Voy. l'argumentation de Fr. RIGAUX, *Précis de droit des personnes*, t. II, «Les relations familiales», Bruxelles, Larcier, 1971, p. 369, nos 1134-1136.

La *simulation* n'avait pas non plus été expressément envisagée par le Code Napoléon. Progressivement admise par la jurisprudence et la doctrine comme cause de nullité absolue du mariage, elle est désormais prévue par le Code civil lorsque le but de la simulation est d'obtenir un avantage en matière de séjour. La simulation reste toutefois une cause de nullité virtuelle dans les autres hypothèses où le consentement n'a pas été donné dans l'intention de former une communauté de vie durable, mais exclusivement aux fins de retirer du mariage un avantage extrinsèque, comme un avantage successoral ou un avantage de la sécurité sociale⁽¹¹⁴⁾.

Le *défaut de célébration* devant un officier de l'état civil donne également lieu à une nullité absolue virtuelle, en l'absence de disposition légale. La nullité ne pourra toutefois être demandée qu'à la condition qu'il y ait eu une apparence de célébration suffisante pour laisser croire à l'existence d'un mariage.

3) Les nullités facultatives

41. L'absence de célébration publique, le défaut de déclaration préalable et l'incompétence territoriale de l'officier de l'état civil sont sanctionnés par la nullité absolue (art. 191 C. civ.). Il ressort toutefois des termes de l'article 193 du Code civil que cette nullité n'est que facultative, laissant au juge un important pouvoir d'appréciation pour décider, en fonction de la transgression commise, s'il y a lieu ou non de prononcer la nullité du mariage. Il apparaît que la jurisprudence ne sanctionne que lorsque le mariage est clandestin, c'est-à-dire lorsque les époux ont eu l'intention de dissimuler leur union dans un but de fraude⁽¹¹⁵⁾.

b) Les nullités relatives

42. Le seul vice de consentement qui donne encore lieu à la nullité relative est l'erreur (art. 180, al. 2 C. civ.), la loi du 25 avril 2007 ayant fait de la violence une cause de nullité absolue du mariage. En cas d'erreur dans la personne, seul l'époux dont le consentement a été vicié pourra donc demander l'annulation du mariage, l'action n'étant toutefois plus recevable s'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis qu'il a eu connaissance de son erreur.

(114) E. VIEUJEAN, «Nullités de mariage», *Div. act.*, 2003, p. 81.

(115) *Ibid.*, p. 85.

Le mariage conclu par l'interdit judiciaire en dépit de son incapacité est également entaché d'une nullité relative, qui ne peut être demandée que par le représentant légal de l'interdit ⁽¹¹⁶⁾.

2. Les effets de la nullité du mariage

43. Un mariage annulable ne sera annulé que si son annulation est demandée. Le jugement ou l'arrêt qui prononce la nullité du mariage a alors pour effet d'effacer rétroactivement le mariage, d'en anéantir tous les effets.

Compte tenu des inconvénients des effets considérables d'une annulation quant à la personne et aux biens des époux, la théorie du mariage putatif, issue du droit canon, est admise en droit belge comme en droit français et permet d'atténuer ces effets. Le mariage putatif suppose que le mariage soit annulé mais qu'en raison de la bonne foi de l'un ou des deux époux ayant cru contracter un mariage valable qui est en réalité entaché d'un vice, certains effets de l'union déclarée nulle soient maintenus au profit du ou des époux de bonne foi et des enfants. Le jugement d'annulation opère dans ce cas sans rétroactivité, c'est-à-dire qu'il maintient les droits acquis par l'époux de bonne foi durant le mariage jusqu'à la date où la décision d'annulation acquiert force de chose jugée ⁽¹¹⁷⁾.

Le mariage putatif ne produit ses effets qu'à l'égard du ou des époux qui a pu prouver sa bonne foi. À l'égard des enfants, par contre, le mariage déclaré nul conserve ses effets sans que soit requise la bonne foi dans le chef d'au moins l'un des époux.

V. La preuve de la conclusion du mariage

44. La preuve du mariage procède du même formalisme que le mariage lui-même et consiste à établir que les époux ont consenti et que ce consentement a été donné dans les formes légales ⁽¹¹⁸⁾.

Elle est ainsi, conformément au principe posé par l'article 194 du Code civil, rapportée par la production de l'acte de mariage inscrit sur les registres de l'état civil.

Ce principe admet toutefois trois exceptions.

(116) Cass., 21 février 1895, *Pas.*, I, p. 109.

(117) E. VIEUJEAN, «Nullités de mariage», *op. cit.*, p. 107.

(118) D. STERCKX, «Le mariage en droit civil», *op. cit.*, p. 186, n° 321.

Lorsqu'il s'avère *impossible de produire l'acte de mariage*, parce qu'il n'existe pas de registres, qu'ils ont été détruits ou perdus (art. 46 C. civ.)⁽¹¹⁹⁾, la preuve de la conclusion du mariage pourra être rapportée tant par titres que par témoins. Il y a alors lieu de rapporter la preuve de l'inexistence ou de la perte des registres de l'état civil, ainsi que le fait de la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil.

La seconde exception est la *preuve acquise par le résultat d'une procédure criminelle* (art. 198 à 200 C. civ.). Elle concerne l'hypothèse rare où le défaut d'acte résulte de l'omission ou de la destruction volontaire soit par l'officier de l'état civil soit par un tiers. Le jugement pénal constatant cette infraction constituera la preuve du mariage, et son dispositif devra être transcrit dans les registres de l'état civil.

La possession d'état est également admise *comme élément de preuve de la filiation dans le mariage* (art. 197 C. civ.), et uniquement dans cette hypothèse particulière (art. 195 C. civ., qui exclut la preuve par possession d'état). Il s'agit du cas de l'enfant, né de parents mariés mais tous deux décédés, qui est dans l'impossibilité de produire l'acte de mariage de ses parents afin de prouver sa naissance dans le mariage si celle-ci était contestée. Il appartiendra à l'enfant d'apporter la preuve du décès, de la possession d'état d'époux dans le chef de ses parents, de la possession d'état d'enfant né du mariage dans son chef, et du fait que cette possession d'état n'est pas contredite par les mentions de son acte de naissance.

45. La preuve du mariage est organisée de manière tout à fait similaire en France, les deux systèmes juridiques ayant conservé sur ce point les dispositions originales du Code civil de 1804.

§2. La cohabitation légale

46. La multiplication des situations de vie commune hors mariage et, par ailleurs, l'émergence d'une revendication de reconnaissance sociale par les couples homosexuels ont porté sur la scène politique belge, dans les années quatre-vingt-dix, la question de la reconnaissance juridique des couples non mariés.

Ce n'est qu'après de longs débats parlementaires – et au terme de ce qui peut être considéré comme une application du fameux « compromis à la

(119) La disposition, qui vise les cas d'inexistence ou de perte des registres, est interprétée par la doctrine comme non limitative, mais s'appliquant à tous les cas où il est impossible de se procurer l'acte de l'état civil. Voy. D. STERCKX, «Le mariage en droit civil», *op. cit.*, p. 190, n° 335 (destruction des registres, feuillets devenus illisibles, omission de l'acte, acte dressé sur feuille volante...).

belge»⁽¹²⁰⁾ – que le législateur a décidé d’instaurer dans notre droit, par une loi du 23 novembre 1998, un nouveau statut juridique du couple auquel il a donné le nom de «cohabitation légale»⁽¹²¹⁾.

Si le débat avait à l’origine porté sur la mise en place d’un «contrat de vie commune», dont la nature et les effets se rapprochaient de ceux du mariage, le statut de la «cohabitation légale», organisé par un titre *Vbis* – qui fait suite au titre consacré aux régimes matrimoniaux – dans le Livre III du Code civil (art. 1475 à 1479), propose une protection minimale de nature purement patrimoniale de la cohabitation. Aucun effet personnel n’est attaché à la situation de vie commune⁽¹²²⁾.

La portée pratique de ce régime juridique est donc relativement limitée, mais sa portée symbolique ne doit cependant pas être sous-estimée⁽¹²³⁾, dès lors qu’il s’agit, d’une part, d’une consécration légale de la vie de couple hors mariage et, d’autre part, d’un premier instrument juridique permettant d’officialiser une relation homosexuelle⁽¹²⁴⁾.

47. La cohabitation légale permet d’organiser la protection juridique de ceux qui, sans adhérer à l’institution du mariage, partagent une communauté de vie. Le statut ne vise toutefois pas uniquement le couple, puisque le législateur a finalement entendu régler la situation de vie commune de deux personnes majeures célibataires vivant ensemble et désirant s’assurer mutuellement une protection patrimoniale, sachant que «la nature sexuelle ou affective de la relation n’a pas la moindre importance»⁽¹²⁵⁾.

Son régime juridique a été modifié par diverses lois qui ont étendu le champ de la protection qu’il procure, sans toutefois remanier les conditions de sa formation.

La cohabitation légale prend forme au moyen d’une *déclaration* remise par les cohabitants à l’officier de l’état civil, qui n’affecte toutefois en rien l’état

(120) Pour une présentation de ces discussions, voy. J.-L. RENCHON, «La régulation par la loi des relations juridiques du couple non marié», in J.-L. RENCHON et F. TAINMONT (éd.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2000, pp. 7-44.

(121) Loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale, *M.B.*, 12 janvier 1999, p. 786 (vig. 1^{er} janvier 2000).

(122) C’est d’ailleurs en ce sens que s’explique le choix de la notion de «cohabitation légale» plutôt que de «contrat de vie commune» ou «union civile».

(123) Sur cette portée, voy. J.-L. RENCHON, «Mariage, cohabitation légale et union libre», in *Liber amicorum Marie-Thérèse Meulders-Klein*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 57 et s.

(124) L’on sait que la Belgique a depuis franchi un pas autrement plus conséquent en ouvrant le mariage aux personnes de même sexe, par la loi du 13 février 2003, présentée *supra*, n° 7.

(125) Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Mmes D. VANDENBOSCHE et F. LOZIE, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1997-1998, n° 170/8, p. 13.

de la personne (II). L'accès au statut est largement ouvert et ne repose que sur un nombre limité de *conditions de fond* (I).

I. Les conditions de fond

48. La cohabitation légale ne peut concerner que deux personnes⁽¹²⁶⁾, quel que soit leur sexe. La loi n'a par ailleurs, à la différence du régime du mariage, posé aucune condition relative à un lien de parenté. Le statut s'étend en effet aux autres situations de vie commune que la relation de couple.

Aucune de ces personnes ne peut être liée par un mariage ou une autre cohabitation légale (art. 1475, §2, 1^o C. civ.).

Les deux parties doivent être capables de contracter. Les mineurs ne peuvent accéder à ce statut dès lors qu'aucun régime de dispense d'âge analogue à celui prévu pour le mariage n'est organisé. Il en va de même des interdits judiciaires ou des mineurs prolongés. Les personnes placées sous administration provisoire conservent par contre leur capacité en matière personnelle et pourraient dès lors établir valablement une déclaration de cohabitation légale⁽¹²⁷⁾.

II. Les conditions de forme

49. La cohabitation légale procède d'une déclaration, effectuée par les deux cohabitants au moyen d'un écrit remis contre récépissé à l'officier de l'état civil du domicile commun (art. 1476, §1^{er} C. civ.). La loi n'exige pas la comparution personnelle des cohabitants, si bien que la déclaration pourrait être remise par mandataire⁽¹²⁸⁾.

L'officier de l'état civil vérifie si les parties satisfont aux conditions légales (art. 1476, §1^{er}, al. 3 C. civ.).

La déclaration contient, à peine d'irrecevabilité, les mentions suivantes (art. 1476, §1^{er}, al. 2, 1^o-6^o) : la date de la déclaration, les noms, prénoms, lieux et dates de naissance et signatures des deux déclarants, le domicile commun, la mention de la volonté des parties de cohabiter léga-

(126) Pour une critique de cette limitation à deux personnes dans le cas d'une cohabitation légale entre parents, voy. S. BRAT, «La loi du 23 novembre 2008 instaurant la cohabitation légale : bilan d'une année d'application», *Dir. act.*, 2001/3, p. 27, et les références doctrinales y citées.

(127) Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 353, n^o 402.

(128) Ph. DE PAGE, *op. cit.*, p. 199; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, 1^{re} éd., *op. cit.*, p. 354, n^o 403.

lement⁽¹²⁹⁾, la mention de ce que les parties ont pris connaissance du contenu des articles 1475 à 1479 du Code civil et enfin la mention de l'éventuelle convention de cohabitation visée à l'article 1478⁽¹³⁰⁾.

La cohabitation légale n'ayant aucun effet sur l'état de la personne, la déclaration ne fait l'objet d'aucun acte de l'état civil mais est actée dans les registres de la population.

Le caractère formaliste de la déclaration de cohabitation légale est bien présent, même s'il s'agit de formalités purement administratives et non de formes solennelles. Ainsi, la cohabitation légale ne prend cours qu'au moment où auront été accomplies ces formalités, et ne peut s'établir par la seule rédaction d'un écrit constatant la volonté des parties⁽¹³¹⁾. Concrètement, la date du début de la cohabitation légale n'est donc pas celle de la déclaration, mais bien celle que porte le récépissé délivré par l'officier de l'état civil⁽¹³²⁾. La détermination de ce moment revêt une importance cruciale notamment pour l'existence de la vocation successorale du cohabitant légal survivant (art. 745*octies* C. civ.)⁽¹³³⁾. La mention dans le registre de la population n'a quant à elle qu'une fonction de preuve⁽¹³⁴⁾.

50. En droit français, la figure juridique «intermédiaire» entre le mariage et la cohabitation de fait, qui peut dès lors être comparée avec la cohabitation légale, est organisée de manière sensiblement différente. Le pacte civil de solidarité, institué par la loi du 15 novembre 1999, est né des débats du même type que ceux qui avaient animé la Belgique avant l'instauration de la cohabitation légale. Il vise à organiser la vie commune des couples hétérosexuels ou homosexuels qui ne choisissent pas le mariage.

Bien que les deux institutions présentent des similitudes, d'importantes différences doivent être relevées, tant au niveau de leur nature que des conditions qui président à leur formation.

(129) Cette mention de la volonté qui doit explicitement apparaître dans la déclaration s'explique par le fait que l'officier de l'état civil ne vérifie pas, comme il le fait lors de la célébration d'un mariage, l'existence du consentement libre des parties au moment où il est émis (Ph. DE PAGE, *op. cit.*, p. 200).

(130) Les cohabitants légaux peuvent en effet régler les modalités de leur cohabitation par convention, qui doit obligatoirement être passée en la forme authentique devant notaire (art. 1478 C. civ.). L'existence de cette convention doit être mentionnée dans leur déclaration.

(131) Bruxelles, 27 juin 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009/2, p. 552, *T. Fam.*, 2009/4, p. 70 (refus de l'officier de l'état civil d'acter dans le registre de la population la déclaration signée par les deux partenaires, mais dont l'un était décédé entre la rédaction de l'écrit et la déclaration).

(132) A. HUGÉ, «Union libre, cohabitation légale et mariage : comparaison pratique», in *Les régimes matrimoniaux*, t. IX, p. 38.

(133) K. BOONE, «Het tijdstip van aanvang van de wettelijke samenwoning», note sous Bruxelles, 27 juin 2008, *T. Fam.*, 2009/4, p. 73, n° 5.

(134) P. DELNOY, «Le successible par la cohabitation légale (projet de loi)», in *Chroniques notariales*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 560-561.

Le pacte civil de solidarité est légalement défini comme un *contrat* destiné à organiser, entre deux personnes formant un *couple*, une *vie commune*.

Le caractère contractuel du PACS, qui implique l'emprunt des règles du droit commun de la formation des contrats, le distingue de la cohabitation légale, qui se forme par une déclaration devant l'officier de l'état civil et ne s'apparente aucunement à un contrat (même si des dispositions conventionnelles peuvent compléter le statut tel qu'il est légalement organisé).

Alors que la cohabitation légale peut être formée par deux personnes qui ne partagent pas un lien affectif et sexuel – et, singulièrement, par deux parents –, le PACS est un statut qui ne concerne que les couples⁽¹³⁵⁾. Des empêchements calqués sur le droit du mariage sont dès lors posés comme conditions à la constitution de ce pacte⁽¹³⁶⁾.

Le PACS tend à organiser la vie commune des partenaires, tant au niveau patrimonial qu'en ce qui concerne leurs relations personnelles. À la grande différence de la cohabitation légale, des effets personnels sont donc attachés au pacte civil de solidarité, qui affecte ainsi l'état des personnes.

Compte tenu de ces implications «personnelles», le contrat conclu entre les parties doit faire l'objet d'une déclaration *en personne* au greffe du tribunal d'instance, alors que la déclaration de cohabitation légale peut être effectuée par mandataire. Dans la mesure où le PACS intéresse l'état de la personne, le greffier, après avoir procédé à l'enregistrement du pacte, transmet également l'information à l'officier de l'état civil du lieu de naissance des partenaires, qui fait mention du pacte dans les actes de naissance respectifs. L'état civil s'en trouve ainsi modifié, à la différence de la cohabitation légale qui ne l'affecte guère.

§ 3. La cohabitation de fait

51. Le Code civil belge, à la différence de son équivalent français qui définit ce qu'est le «concubinage»⁽¹³⁷⁾, ne donne pas de définition de la cohabitation de fait. On peut la décrire comme l'état de deux personnes qui vivent ensemble et qui ont entendu donner à leur union un certain caractère durable⁽¹³⁸⁾.

(135) Conseil constitutionnel, n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *J.O.R.F.*, 16 novembre 1999, p. 16.961, considérant n° 28.

(136) Voy. Titre II : Droit français, n°s 766-767.

(137) Art. 515-8 C. civ. fr. Voy. *infra*, Titre II : Droit français, n° 773.

(138) Pour une recherche des critères permettant de définir le couple non marié, voy. J. SOSSON et N. DANDOY, «La reconnaissance juridique du couple non marié», in *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, *op. cit.*, pp. 45-72.

Les cohabitants de fait ne cherchent pas à inscrire leur relation dans un des modèles de couple définis par le législateur. Leur union reste une affaire privée. Au nom de leur conception du couple, les compagnons n'ont pas souhaité formaliser leur relation, se soumettre à l'intervention de l'autorité publique et adhérer à un état défini par la collectivité ⁽¹³⁹⁾.

La cohabitation de fait ne se forme dès lors que par la volonté des parties, sans que leur union ne soit portée sur le terrain du droit, et n'exige donc pas les conditions de fond et de forme qui permettent d'accéder à un statut.

Les couples de cohabitants de fait ne sont, en l'état actuel du droit positif belge, soumis à aucune règle juridique spécifique, sauf quelques exceptions, comme cela sera exposé plus loin ⁽¹⁴⁰⁾. Afin de combler l'absence de cadre légal, le couple peut néanmoins, de la même manière que peuvent le faire les concubins français, décider de s'organiser de manière conventionnelle. Une convention de vie commune ⁽¹⁴¹⁾ peut ainsi venir préciser les modalités de leur cohabitation. Des conventions particulières peuvent également régler certains aspects de leur vie commune de manière plus ponctuelle. Les règles du droit commun s'appliquent alors à la formation de leurs conventions ⁽¹⁴²⁾.

§ 4. *Droit international privé*

Régine HAZÉE

I. Le mariage

A. Compétence des autorités belges pour célébrer le mariage

52. La question de la compétence internationale des officiers de l'état civil belges, habilités à procéder à la célébration de mariages en vertu de l'article 166 du Code civil est réglée à l'article 44 du Code de droit international privé (Codip) ⁽¹⁴³⁾. Cette disposition prévoit que le mariage peut être célébré en Belgique lorsque l'un des futurs époux est Belge, est domicilié en

(139) J.-L. RENCHON, «La régulation par la loi des relations juridiques du couple non marié», *op. cit.*, p. 11.

(140) *Voy. infra*, Chapitre II.

(141) Pour une présentation des conventions de vie commune et une étude des questions juridiques qu'elles soulèvent et ont soulevé, voy. S. DEMARS, «La problématique générale des conventions de vie commune», in *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, *op. cit.*, pp. 73-101.

(142) À la différence des conventions de cohabitation légale, qui doivent être passées devant notaire (art. 1478 C. civ.).

(143) Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé (*M.B.*, 27 juillet 2004), entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2004.

Belgique ou a depuis plus de trois mois sa résidence habituelle sur le sol belge⁽¹⁴⁴⁾, lors de la célébration.

Le Code de droit international privé a ainsi mis en œuvre trois critères alternatifs de compétence relativement larges. Le dernier critère de résidence renvoie à une notion de pur fait, qui autorise, le cas échéant, le mariage de personnes dont le séjour n'est pas autorisé en Belgique⁽¹⁴⁵⁾, pourvu, naturellement, que le projet matrimonial ne tombe pas sous le coup des dispositions justifiant la prévention et la sanction des mariages simulés ou dits de complaisance⁽¹⁴⁶⁾.

Aussi l'article 4, §2 du Codip précise-t-il que «la résidence habituelle se comprend comme : 1° le lieu où une personne physique s'est établie à titre principal, même en l'absence de tout enregistrement et indépendamment d'une autorisation de séjourner ou de s'établir; pour déterminer ce lieu, il est tenu compte, en particulier, de circonstances de nature personnelle ou professionnelle qui révèlent des liens durables avec ce lieu ou la volonté de nouer de tels liens [...]»⁽¹⁴⁷⁾.

Au vœu de l'article 129 du Codip, doit être, le cas échéant, jointe à la déclaration de mariage la preuve de la résidence habituelle en Belgique depuis plus de trois mois. Cette preuve peut être rapportée par toutes voies de droit⁽¹⁴⁸⁾.

(144) C'est que l'objectif poursuivi consiste naturellement à prévenir toute velléité de «tourisme matrimonial», notamment s'agissant de la faculté de faire célébrer une union entre personnes de même sexe (voy. *infra*).

(145) Il convient en effet de rappeler que le droit au mariage est garanti par deux instruments internationaux d'importance. D'une part, l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose qu'«à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille, selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit» (Cass., 13 avril 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 111), et d'autre part, l'article 23, alinéas 1^{er} et 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui prévoit encore que «La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État. Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile.»

(146) Deux circulaires ministérielles ont vocation à faciliter la mise en œuvre de la mission de contrôle préventif dont est investi l'officier de l'état civil aux termes de la loi du 4 mai 1999 : d'une part, la circulaire du 17 décembre 1999 relative à la loi du 4 mai 1999 modifiant certaines dispositions relatives au mariage (*M.B.*, 31 décembre 1999) et, d'autre part, la circulaire du 13 septembre 2005 relative à l'échange d'information entre les officiers de l'état civil, en collaboration avec l'Office des étrangers, à l'occasion d'une déclaration de mariage concernant un étranger (*M.B.*, 6 octobre 2005). Cfr. *supra*, n° 32. Voy. également V. MELIS «La lutte contre les mariages simulés : une histoire sans fin», *R.D.E.*, 2006, p. 3.

(147) La circulaire du 23 septembre 2004, relative aux aspects de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé concernant le statut personnel (*M.B.*, 28 septembre 2004) précise encore qu'on vise ici «les circonstances de fait qui détermineront s'il y a dans le chef d'une personne "résidence habituelle" ou pas. Les critères à prendre en considération seront [...] la concentration des intérêts de la personne, jointe à une certaine durée ou à une intention d'établissement stable».

(148) Et la circulaire précitée du 23 septembre 2004 de préciser, à titre exemplatif, qu'il peut s'agir de «billets d'avion, reçus de loyer, preuves de démarches diverses auprès des autorités, etc.».

B. Droit applicable à la formation du mariage ⁽¹⁴⁹⁾

1. Couples hétérosexuels

53. Les conditions de fond de validité du mariage sont déterminées, pour chacun des époux, par le droit de l'État de sa nationalité lors de la célébration du mariage. Ce facteur de rattachement par référence au critère de la nationalité, qui prévalait déjà avant l'entrée en vigueur du Code ⁽¹⁵⁰⁾, mène donc à une application distributive des lois personnelles respectives des candidats au mariage ⁽¹⁵¹⁾. Certains empêchements, résultant soit d'un précédent mariage non encore valablement dissous, soit de la parenté ou de l'alliance, supposent, de par leur caractère bilatéral, une application cumulative des conditions de validité; c'est qu'il est alors impossible d'apprécier distinctement et de manière autonome, au regard de chaque statut personnel, la condition de validité visée ⁽¹⁵²⁾.

La solution consacrée à l'article 46 du Codip implique que les conditions d'âge, de capacité matrimoniale, de consentement et d'aptitude au (re)mariage ⁽¹⁵³⁾ soient vérifiées au regard de chacune des lois nationales.

Sous réserve d'une éventuelle application de l'exception d'ordre public, d'autres conditions, bien qu'inconnues de notre système juridique, peuvent

(149) L'on ne vise pas ici la promesse de mariage, qui répond à un rattachement spécifique, selon le système en cascade prévu à l'article 45 du Codip : «La promesse de mariage est régie : 1° par le droit de l'État sur le territoire duquel l'un et l'autre des futurs époux ont leur résidence habituelle au moment de la promesse de mariage; 2° à défaut de résidence habituelle sur le territoire d'un même État, par le droit de l'État dont l'un et l'autre des futurs époux ont la nationalité au moment de la promesse de mariage; 3° dans les autres cas, par le droit belge». Ce contentieux est donc rattaché à la matière du statut personnel et non plus à celle de la responsabilité non contractuelle, ainsi que l'imposait la solution qui prévalait avant l'entrée en vigueur du Codip (D. STERCKX, «Le mariage en droit civil», *op. cit.*, p. 79, n° 46-1).

(150) Solution classique tirée de l'article 3, alinéa 3 du Code civil (N. WATTÉ, «Examen de jurisprudence (1990-2002) – Droit international privé (conflit de lois) 1^{re} partie», *R.C.J.B.*, 2003, p. 505, n° 15).

(151) Bruxelles, 20 janvier 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2007, p. 417; Bruxelles, 15 novembre 2005, *Rev. trim. dr. fam.*, 2006, p. 839; Bruxelles, 29 juin 2009, *Revue@dipr.be*, 2010, n° 3, p. 81. La solution d'une application distributive des lois personnelles est également connue en droit international privé français.

(152) Il en serait de même d'une condition de différence d'âge entre les candidats au mariage (J. ERAUW, *Internationaal privaatrecht*, Malines, Kluwer, 2009, p. 496, n° 409; P. WAUTELET, «Le Code de droit international privé et les relations matrimoniales internationales», *Div. act.*, 2005, p. 51, n° 8).

(153) La question de la validité d'un mariage polygamique, célébré dans un pays autorisant ce type d'unions, relève ainsi de la compétence de la loi nationale. En revanche, le fait que pareil mariage puisse être considéré, dans son existence même, comme valide conformément au droit étranger, n'implique pas que certains des effets intrinsèques de ce mariage ne puissent être jugés comme manifestant une grave incompatibilité avec l'ordre public international. Par ailleurs, et en toute hypothèse, il serait absolument impossible de procéder, en Belgique, à la célébration d'un mariage polygamique.

également être visées, telle la constitution obligatoire d'une dot au bénéfice de l'un des époux ⁽¹⁵⁴⁾.

Dans le cas de la dot, la jurisprudence majoritaire n'admet cependant pas qu'il y ait de cause de nullité au seul motif que la dot n'aurait pas été versée. Néanmoins, cet élément, joint à un faisceau de circonstances également significatives, peut constituer un indice déterminant du défaut de volonté réelle de créer une communauté de vie durable ⁽¹⁵⁵⁾.

54. En cas de changement de nationalité, le conflit mobile est tranché en faveur de l'application de la loi personnelle par référence à la nationalité de l'époux au moment de la célébration du mariage.

2. Couples homosexuels

55. Inspiré du souci de ne pas contrarier – fût-ce indirectement –, sitôt qu'un élément d'extranéité serait apparu, la mise en œuvre la plus large des récentes dispositions ⁽¹⁵⁶⁾ autorisant, en droit interne, le mariage de personnes de même sexe, le législateur de 2004 a prévu une dérogation essentielle à la règle de rattachement unique des conditions de fond de validité du mariage aux lois personnelles, en établissant un régime spécifique s'agissant de la condition particulière de différence de sexe ⁽¹⁵⁷⁾.

L'article 46, §2 du Codip stipule en effet que l'application de la disposition de la loi étrangère selon laquelle le mariage homosexuel serait prohibé est écartée si l'un des candidats au mariage est ressortissant d'un État ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit autorise pareil mariage.

Cette innovation ne connaît aucun équivalent en droit international privé français.

En pratique, cette règle illustre la prééminence du facteur de la résidence habituelle sur celui de la nationalité. Parce qu'il est davantage apte à concrétiser une intégration sociale de la personne intéressée dans un milieu de vie déterminé, le critère de résidence habituelle manifeste la prise en compte d'un lien de proximité plus étroit par rapport à tel ordre juridique donné. L'éviction de la loi étrangère se justifie par l'immédiate intégration des dispo-

(154) Bruxelles, 17 avril 1985, R.G. n° 1460/84 (inédit); M. EL KAROUNI, «La dot : une institution contraire à l'ordre public international belge», *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 409.

(155) P. FRANCE, «La pratique judiciaire à Bruxelles en matière de mariages simulés», in *Démariage et coparentalité : le droit belge en mutation, op. cit.*, p. 226.

(156) Loi du 13 février 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil (*M.B.*, 28 février 2003).

(157) Dans les pays n'autorisant pas le mariage homosexuel, l'empêchement lié à l'identité de sexe revêt en effet un caractère bilatéral.

sitions légales internes dans la sphère de l'ordre public⁽¹⁵⁸⁾. Les autres conditions de fond de la loi étrangère demeurent, en revanche, d'application.

Il suffit dès lors que l'un des candidats au mariage soit visé par l'un ou l'autre de ces critères alternatifs – sans égard pour la situation de l'autre membre du couple – pour qu'il puisse être procédé à la célébration du mariage.

Ainsi, malgré l'empêchement lié à l'identité de sexe édicté par le droit français, un couple homosexuel français peut sans difficulté aucune contracter mariage en Belgique à la condition que l'un d'eux au moins réside en Belgique.

De la même façon, un ressortissant marocain qui réside en Espagne peut épouser une personne de même sexe et de même nationalité habitant en Belgique.

56. Les États dont sont ressortissants les candidats au mariage qui bénéficieraient des dispositions plus «libérales» de la législation belge, en dépit d'un droit national n'autorisant pas le mariage de personnes de même sexe⁽¹⁵⁹⁾, ne sont naturellement pas tenus de reconnaître effet à de tels mariages dans leur propre ordre juridique. Par définition, cette problématique intéresse non pas le droit belge mais le droit international privé étranger.

Certains États justifient leur refus de reconnaître le statut nouvellement acquis en Belgique par référence au jeu de l'exception d'ordre public; d'autres, telle la Suisse, reconnaissent effet à pareilles unions en les accueillant sous les réserves expresses de la qualification de partenariat enregistré. Il semble qu'après avoir, un temps, considéré de tels mariages comme purement inexistantes aux yeux du droit français, et dès lors privés de tout effet⁽¹⁶⁰⁾, les autorités françaises aient actuellement opté en faveur d'une position nuancée, confirmant en quelque sorte le caractère «semi-boiteux» de ces unions en France. D'une part, les autorités françaises ne paraissent pas disposées à permettre l'opposabilité aux tiers du mariage de personnes de même sexe en France⁽¹⁶¹⁾. Pour ce motif, la transcription d'un tel mariage dans les registres d'état civil français est exclue, ce qui constitue une sanction indirecte non négligeable. Pour autant, le mariage d'un ressortissant français, même non transcrit mais valablement célébré par une

(158) Cette exception renvoie à une conception «positive» de l'ordre public (J.-Y. CARLIER, «Article 46 – Formation du mariage», in *Le Code de droit international privé commenté*, Anvers-Bruxelles, Intersentia-Bruylant, 2006, p. 251).

(159) En Europe, seuls six pays ont à l'heure actuelle autorisé le mariage homosexuel *sensu stricto* : les Pays-Bas, la Belgique, l'Espagne, la Norvège, la Suède et le Portugal. Des débats sont actuellement en cours en France (voy. proposition de loi déposée le 5 février 2010 n° 2290 «visant à ouvrir le droit au mariage à tous les couples sans distinction de sexe ni de genre»), au Luxembourg et en Grèce.

(160) P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille*, Paris, Defrénois, 2004, p. 72; N. GALLUS, «Le mariage des homosexuels et le droit international privé», in *Droit familial, Actualité législative et jurisprudentielle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 17.

(161) Art. 171-5 C. civ. fr.

autorité étrangère, n'en produit pas moins ses effets civils en France à l'égard des époux et des enfants. D'autre part, l'institution du mariage homosexuel est appréhendée de manière différenciée selon la nature des effets susceptibles d'être reconnus dans l'ordre juridique français. Ainsi, sur le plan de certains effets fiscaux et civils – en matière de droit patrimonial par exemple⁽¹⁶²⁾ –, les autorités françaises s'orientent vers une position de principe qui tend à reconnaître effet aux unions homosexuelles⁽¹⁶³⁾. En revanche, l'application du règlement Bruxelles IIbis aux couples homosexuels demeure largement controversée⁽¹⁶⁴⁾.

Il résulte de ce qui précède que les ressortissants de pays n'autorisant pas le mariage homosexuel doivent être rendus particulièrement vigilants par les autorités belges aux aléas que suppose le moindre degré de protection et de sécurité juridiques attaché à ce type d'union dans l'hypothèse où les intéressés prétendraient à la reconnaissance de certains effets de leur union à l'égard d'autorités étrangères.

C. Droit applicable aux formalités relatives à la célébration du mariage

57. À l'instar de ce que prévoit le droit international privé français, l'article 47 du Codip reconduit la solution traditionnelle *Locus regit actum*⁽¹⁶⁵⁾, en vertu de laquelle les formalités du mariage, en ce compris la question de la publicité de ce dernier et de l'autorité compétente (civile ou confessionnelle), sont régies par la loi du lieu de célébration. La référence à l'application impérative des formes de la loi locale a en effet été considérée comme étant la mieux à même de définir la manière de procéder pour célébrer le mariage.

(162) Il semblerait en effet qu'il soit admis que les époux de même sexe puissent se consentir des donations et modifier leur régime matrimonial sans grande difficulté, du moins aux termes des déclarations de principe fournies par certaines réponses ministérielles aux questions parlementaires émises à ce sujet (voy. par exemple la question du député Thierry MARIANI posée au Garde des Sceaux, publiée au *J.O.R.F* le 15 juin 2004, p. 4398, réponse publiée le 26 juillet 2005, p. 7437, <http://questions.assemblee-nationale.fr/q12/12-41533QE.htm>). L'assimilation de statut paraît plus incertaine s'agissant du droit successoral. La prudence reste donc de mise, d'autant que les réponses mettent en exergue que, pour l'heure, il n'existe pas de jurisprudence en la matière. Voy. pour la réponse précitée : «[...] Ces solutions correspondent aux rattachements classiques du droit international privé, mais restent soumises à l'appréciation souveraine des tribunaux, au regard notamment des exigences de l'ordre public. Il n'existe pas, en l'état, de décisions judiciaires relatives à ces questions.»

(163) P. WAULETEL et C. HENRICOT, «La formation du mariage et ses effets», in *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique*, CUP, vol. 118, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 36 et s.

(164) P. WAULETEL, «En guise d'introduction : sources et concepts de base», in *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique*, CUP, vol. 118, *op. cit.*, p. 19, note 37.

(165) S. SAROLÉA, «Chronique de jurisprudence. Les conflits de lois relatifs à la personne et aux relations familiales (1988-1996)», *Rev. trim. dr. fam.*, 1998, p. 23, n° 16; Bruxelles, 31 mai 2007, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 407; N. WATTÉ, «Examen de jurisprudence (1990-2002) – Droit international privé (conflit de lois) 1^{re} partie», *op. cit.*, p. 501, n° 13.

Cette disposition énonce par ailleurs, en son second paragraphe, une liste exemplative du champ d'application de la loi ainsi désignée, qui détermine ainsi, notamment, si et selon quelles modalités :

- 1° des déclarations et publications préalables au mariage sont requises dans cet État;
- 2° l'acte de mariage doit être établi et transcrit dans cet État;
- 3° le mariage célébré devant une autorité confessionnelle confère des effets de droit civil;
- 4° le mariage peut avoir lieu par procuration ⁽¹⁶⁶⁾.

D. Reconnaissance dans l'ordre juridique belge de mariages célébrés à l'étranger

58. L'acte de mariage étranger ne peut être reconnu en Belgique, faire l'objet d'une mention en marge d'un acte de l'état civil, être transcrit dans un registre de l'état civil ou encore servir de base à une inscription dans un registre de la population, un registre des étrangers ou un registre d'attente, que s'il satisfait aux conditions énoncées à l'article 27 du Codip.

Il peut être reconnu par toute autorité habilitée pour ce faire (administrations communales, Office des étrangers, etc.), sans qu'il soit besoin de procéder judiciairement.

Suivant le prescrit de l'article 27 du Codip, «un acte authentique étranger est reconnu en Belgique par toute autorité sans qu'il faille recourir à aucune procédure si sa validité est établie conformément au droit applicable en vertu de la présente loi, en tenant spécialement compte 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».

59. La validité de l'acte de mariage dressé à l'étranger doit donc être établie conformément aux règles de rattachement prévues aux articles 46 (conditions de fond) et 47 (conditions de forme) ⁽¹⁶⁷⁾, dans le respect de l'ordre

(166) Voy. pour le droit marocain : art. 17 du Code de la Famille, qui permet le mariage par procuration, après autorisation judiciaire, sur la base de circonstances particulières; M. TRAEST, «La réception du droit marocain de la famille dans la jurisprudence belge, en particulier le mariage, sa dissolution et la contestation de paternité», *J.T.*, 2010, p. 447, n° 12; Bruxelles, 16 octobre 2008, *R.D.E.*, 2009, p. 671 et *Act. dr. fam.*, 2009, p. 131; Civ. Bruxelles, 15 janvier 2008, *R.D.E.*, 2008, p. 274 et note P. WAUTELET; M.-C. FOLETS et J.-Y. CARLIER, *Le Code marocain de la Famille, Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 22-23; M.-C. FOLETS et M. LOUKILI, «Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille : quelles implications pour les Marocains en Europe?», *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 541.

(167) Bruxelles, 17 avril 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2009, p. 674; ADDE (Association pour le droit des étrangers asbl), *Guide pratique de droit international privé familial*, Bruxelles, 2009, p. 59.

public (art. 21)⁽¹⁶⁸⁾ et sans qu'il y ait indice d'une quelconque fraude à la loi (art. 18)⁽¹⁶⁹⁾.

Ces deux réserves traduisent, à l'évidence, une sévérité et une méfiance certaines du législateur à l'endroit des mariages célébrés à l'étranger. D'aucuns soutiennent ainsi, non sans pertinence, que le degré d'exigence posé s'apparente à un « test de conformité » aux règles de rattachement du Code⁽¹⁷⁰⁾.

60. Dans l'hypothèse où l'autorité requise refuserait de reconnaître la validité de l'acte, un recours peut être introduit devant le tribunal de première instance du lieu du domicile ou de la résidence habituelle du défendeur et, à défaut de domicile ou de résidence en Belgique, devant le tribunal du lieu d'exécution. L'article 23, §2, alinéa 2 du Codip précise encore que « lorsque la demande concernant la reconnaissance d'une décision ne peut être portée devant un tribunal désigné à l'alinéa 1^{er}, le demandeur peut saisir le juge du

(168) Art. 21 Codip : « L'application d'une disposition du 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. Lorsqu'une disposition du droit étranger n'est pas appliquée en raison de cette incompatibilité, une autre disposition pertinente de ce droit ou, au besoin, du droit belge, est appliquée. » Est donc visée l'éviction de dispositions de droit étranger jugées incompatibles avec des principes considérés comme « essentiels à l'ordre moral, politique ou économique », suivant la définition de la notion d'ordre public par la Cour de cassation, dans son arrêt du 27 février 1986 (*J.T.*, 1987, p. 52). À titre d'exemple, le mariage polygamique ne sera pas reconnu dans l'ordre juridique belge. Toutefois, à supposer cette union valide au regard des dispositions du droit étranger, certains des effets du mariage sont néanmoins susceptibles d'être reconnus dans l'ordre juridique belge, tels le droit aux aliments ou celui à une pension de survie. L'application de la théorie de l'ordre public atténué permet dès lors, dans un certain nombre de circonstances appréciées *in concreto*, de conférer à la polygamie une existence relative dans l'ordre juridique belge (P. WAUTELET et C. HENRICOT, « La formation du mariage et ses effets », in *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique*, CUP, vol. 118, *op. cit.*, 2010, pp. 77 et s.; C. HENRICOT, « Les effets du mariage polygamique sur l'octroi de droits sociaux », *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 825; M. FALLON, obs. sous C. const., 26 juin 2008, *Rev. trim. dr. fam.*, 2008, p. 1157; C. const., 4 juin 2009, *Rev. trim. dr. fam.*, 2010, p. 99 et note M. FALLON, « L'effet de l'union polygamique sur le droit à la pension de survie au regard du principe constitutionnel de non-discrimination »; Cass., 3 décembre 2007, *Revue@dipr.be*, 2008, p. 71; J.-Y. CARLIER, obs. sous Cass., 18 juin 2007 et 3 décembre 2007, « Quand l'ordre public fait désordre, pour une interprétation nuancée de l'ordre public de proximité en droit international privé. À propos de deux arrêts de cassation relatifs à la polygamie et à la répudiation », *R.G.D.C.*, 2008, p. 525).

(169) Art. 18 Codip : « Pour la détermination du droit applicable en une matière où les personnes ne disposent pas librement de leurs droits, il n'est pas tenu compte des faits et des actes constitués dans le seul but d'échapper à l'application du droit désigné par la présente loi. » Il s'agit ici, dans un contexte référant le plus souvent au contrôle des mariages simulés, de sanctionner la manœuvre consistant à modifier intentionnellement et artificiellement le critère de rattachement désignant la loi applicable aux conditions de fond ou – le cas est sans doute plus fréquent – de forme du mariage. Dans ce dernier type d'hypothèse, il convient de démontrer concrètement dans quelle mesure la « délocalisation » du mariage peut paraître frauduleuse au regard du résultat effectivement atteint (P. WAUTELET, F. COLLIENNE et S. PFEIFF, « Actualités du droit familial international », in *Droit des familles*, CUP, vol. 92, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, p. 288; Civ. Bruxelles, 10 février 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 325).

(170) P. WAUTELET, « En guise d'introduction : sources et concepts de base », in *Relations familiales internationales. L'actualité vue par la pratique*, CUP, vol. 118, *op. cit.*, 2010, p. 24.

lieu de son domicile ou de sa résidence habituelle; à défaut de domicile ou de résidence en Belgique, il peut saisir le tribunal de l'arrondissement de Bruxelles». L'article 31, § 1^{er} prévoit quant à lui qu'en cas de refus de mention ou de transcription de l'acte dans les registres, il y a lieu de saisir le tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel le registre est tenu.

Sitôt qu'une juridiction de l'ordre judiciaire a reconnu la validité du mariage célébré à l'étranger, le constat de validité «s'impose à toutes les autorités belges à qui il serait demandé ultérieurement de tenir compte du mariage»⁽¹⁷¹⁾.

61. Enfin, les relations de vie commune conclues à l'étranger et considérées comme équivalentes au mariage sont reconnues en Belgique dans les mêmes conditions que les mariages célébrés à l'étranger.

II. Relation de vie commune

A. Notion

62. Le concept de «relation de vie commune», que le législateur a préféré à la notion de «cohabitation légale»⁽¹⁷²⁾ prévalant en droit interne, est défini précisément aux termes de l'article 58 du Codip. Il doit s'agir d'«une situation de vie commune donnant lieu à enregistrement par une autorité publique et ne créant pas entre les cohabitants de lien équivalent au mariage».

En quelque sorte statut intermédiaire entre le mariage et l'union libre⁽¹⁷³⁾, le partenariat enregistré se définit, non pas de façon autonome mais de manière négative, en ce qu'il n'est ni celui-ci, ni celle-là.

C'est qu'il faut un minimum de formalisme – ce qu'exclut nécessairement la cohabitation de fait, simple union de fait⁽¹⁷⁴⁾ – sans pour autant que la protection légale ne soit du même ordre que celle qu'organise le statut conjugal *sensu stricto*.

(171) P. WAUTELET, «Mariages célébrés à l'étranger : la preuve de la fraude à la loi et le moment de son appréciation» (note sous Civ. Bruxelles, 15 janvier 2008), *R.D.E.*, 2008, p. 274; M. TRAEST, «La réception du droit marocain de la famille dans la jurisprudence belge, en particulier le mariage, sa dissolution et la contestation de paternité», *J.T.*, 2010, p. 446, n° 9.

(172) Loi du 23 novembre 1998 instaurant la cohabitation légale (*M.B.*, 12 janvier 1999), voy. *supra*.

(173) *A contrario*, l'union libre se définit comme un état de communauté de vie relativement stable mais non enregistré, comme tel, par une autorité administrative.

(174) En matière d'union de fait, aucun rattachement spécifique n'est prévu par le Codip (voy. *infra*).

63. Par essence, la relation de vie commune ne peut *a priori* pas impliquer d'effets sur l'état de la personne des partenaires⁽¹⁷⁵⁾. Si l'institution étrangère prévoit des effets personnels identiques à ceux du mariage (la création d'un empêchement à contracter mariage et un devoir de fidélité par exemple), il conviendrait de considérer qu'il y a purement et simplement mariage, dans la mesure où il s'agit là d'indices déterminants d'une parenté très proche avec l'institution matrimoniale et justifiant, par voie de conséquence, un raisonnement par analogie.

Eu égard à la variété des formes d'unions civiles consacrées au cours des deux dernières décennies, la condition fondamentale de défaut d'équivalence conduit à considérer, dans une perspective de droit comparé à réactualiser sans cesse, que nombre d'institutions étrangères, en dépit des appellations parfois trompeuses qu'elles reçoivent dans leur pays d'origine, ne peuvent être qualifiées comme autant de «relations de vie commune» au regard du droit international privé belge⁽¹⁷⁶⁾.

(175) Si l'on devait considérer, par exception, qu'en dépit de certains effets personnels – alors nécessairement limités –, le partenariat peut être qualifié de «relation de vie commune» au regard du droit international privé, il faudrait admettre que les effets affectant l'état de la personne des partenaires soient régis par la loi de l'État du lieu d'établissement de la relation.

(176) Fr. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 582, n° 12.106; S. FRANCO, «Nouvelles formes de relation de couple. Mariage entre personnes du même sexe, partenariat enregistré, PACS, etc.», in *Actualités du contentieux familial international*, CUP, vol. 80, Bruxelles, Larcier, septembre 2005, p. 259; circulaire du 29 mai 2007 modifiant la circulaire du 23 septembre 2004 relative aux aspects de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé concernant le statut personnel (M.B., 31 mai 2007) : «[...] Dans l'avant-dernier alinéa du point M.1. de la circulaire du 23 septembre 2004, il est déjà indiqué que l'assimilation d'une relation de vie commune au mariage, pour l'application des diverses dispositions du Code de droit international privé, a des conséquences importantes en ce qui concerne la reconnaissance de cette relation et le droit qui lui est applicable, notamment sur la naissance de cette relation, les effets sur la personne et le patrimoine ainsi que sur les conditions et les moyens de cessation de la relation. Pour l'instant, il me semble dès lors approprié, sous réserve d'une interprétation contraire des cours et tribunaux en la matière, d'assimiler une relation de vie commune étrangère à un mariage si le droit étranger qui a instauré l'institution juridique concernée contient pour ce qui regarde les trois domaines précités une réglementation identique ou quasi identique à celle prévue en matière de mariage, à l'exception des effets relatifs à la filiation et à l'adoption. En effet, pareille assimilation – et par conséquent l'application des dispositions du Code relatives au mariage – ne semble indiquée que si la naissance, les effets et la cessation de la relation sont réglés de manière identique. Cela permet d'éviter qu'une assimilation ait des conséquences inattendues et indésirables en raison de l'application d'une autre loi que la loi initiale, et ce quant à l'appréciation, aux effets et/ou à la dissolution de la relation [...] Il me semble que [...] peut être considérée comme équivalente au mariage pour l'application du présent Code toute institution de droit étranger ayant des effets analogues à ceux du mariage qui donne lieu à un enregistrement par une autorité publique et qui, en ce qui concerne les conditions d'établissement de la relation, les causes, conditions et modalités de dissolution de cette relation, ainsi que les effets de celle-ci en ce qui concerne la personne et les biens, renvoie aux règles relatives au mariage ou règle cette relation de manière identique ou quasi identique [...]. Toutefois, il n'y a pas lieu de considérer l'institution comme équivalente au mariage si l'ordre juridique sur lequel se fonde l'institution permet également aux partenaires concernés de contracter mariage [...]»

L'examen «fonctionnel» des différents régimes en présence permet d'assimiler les partenariats allemand et scandinaves (Danemark, Finlande, Islande, Norvège et Suède) au mariage, tandis que le PACS français, le partenariat luxembourgeois et la cohabitation belge répondent, sans doute aucun, à la définition de la relation de vie commune et doivent être appréhendés comme tels.

B. Compétence des autorités belges pour procéder à l'enregistrement

64. Au vœu de l'article 59, alinéa 2 du Codip, l'enregistrement de la conclusion de la relation de vie commune ne peut avoir lieu en Belgique que lorsque les parties ont une résidence habituelle commune en Belgique au moment de la conclusion ⁽¹⁷⁷⁾.

Une personne en séjour illégal en Belgique peut parfaitement résider habituellement sur le sol belge dans l'acception que retient l'article 4 du Codip. Le terme «domicile commun» dont use l'article 1476 du Code civil n'énerve en rien cette règle puisqu'à défaut de définition contraire, la notion de domicile renvoie à celle de l'article 102 du Code civil, lequel vise le «lieu du principal établissement» ⁽¹⁷⁸⁾.

C. Droit applicable aux conditions d'établissement

65. L'article 60 du Codip dispose que la relation de vie commune est régie par le droit de l'État sur le territoire duquel elle a donné lieu à enregistrement pour la première fois ⁽¹⁷⁹⁾.

Ce droit détermine, notamment, les conditions d'établissement de la relation. Il résulte de ce qui précède que les relations de vie commune enregistrées à l'étranger seront reconnues en Belgique pourvu qu'elles aient été établies conformément à la loi de l'État du lieu d'enregistrement, et dans le respect des articles 18 et 21 du Codip.

(177) Suivant l'article 59, alinéa 1^{er} du Codip, s'agissant de la compétence internationale des juridictions belges, celles-ci peuvent connaître de toute demande relative à la validité de la relation de vie commune pour peu que soit rencontré l'un des critères de l'article 42 du Codip, applicable par analogie (J. ERAUW, *Internationaal privaatrecht*, op. cit., p. 546).

(178) Circulaire du 23 septembre 2004, relative aux aspects de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé concernant le statut personnel (*M.B.*, 28 septembre 2004), point M.2.

(179) La solution préconisée en droit français (art. 515-7-1) paraît relativement semblable.