

La maladie du mariage blanc (À propos de la loi sur l'immigration du 26 novembre 2003)

Élise Ralser

► **To cite this version:**

Élise Ralser. La maladie du mariage blanc (À propos de la loi sur l'immigration du 26 novembre 2003). Droit de la famille, LexisNexis ; Ed. du Juris-Classeur, 2004, pp.6-10. hal-01770426

HAL Id: hal-01770426

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-01770426>

Submitted on 15 Jun 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA MALADIE DU MARIAGE BLANC . - (À propos de la loi sur l'immigration du 26 novembre 2003)

Élise RALSER

Sommaire

Tous les ans, régulièrement, un mois du calendrier coïncide avec bonheur avec la farandole des salons du mariage. C'est là, paraît-il, le moment de dire « oui » et, passant les modes, de continuer à se marier en blanc... Le mariage blanc ne correspond pourtant pas au même symbole. C'est ici un mariage où l'on fait semblant, où l'on fait « comme si », c'est un mariage « de complaisance », « fictif », « simulé ». De cette petite comédie, les pseudo-époux cherchent à tirer un avantage particulier^{Note 1}. La formule n'est utilisée aujourd'hui que dans le cadre restreint des mariages dits « titularisants » ou « naturalisants ». En effet, le mariage avec un ressortissant français, confère au ressortissant étranger un statut particulier et séduisant : l'article 21-2 du Code civil permet à celui-ci d'acquérir la nationalité française de son conjoint par simple déclaration ; l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, lui permet d'obtenir plus aisément un titre de séjour : il bénéficie de même d'une immunité contre l'expulsion ou contre toute reconduite à la frontière^{Note 2}.

Le thème du mariage blanc semble à l'heure actuelle limité à ces questions qui, seules, intéressent le législateur. Les chasseurs de dot ont de belles années devant eux : « En mariage, il trompe qui peut »^{Note 3}. Mais l'adage ne s'applique pas en toute circonstance et l'Etat français, conférant sa nationalité ou accordant son hospitalité, n'aime pas les mystificateurs. C'est ainsi qu'en l'espace de dix ans, deux lois importantes ont été adoptées pour s'armer, entre autres, contre les mariages de complaisance : la loi *Pasqua* du 24 août 1993 et la loi *Sarkozy* du 26 novembre 2003, toutes deux relatives à la maîtrise de l'immigration^{Note 4}.

L'essentiel de notre étude portera alors sur le nouveau dispositif de lutte contre les mariages fictifs. Comme il ne s'agit pas de prendre parti pour un camp, l'expression « mariage blanc » nous convient assez bien, car le blanc est aussi la couleur de la neutralité. Associée au mariage, c'est la couleur du mariage calculé, échafaudé froidement sans être consommé. Le blanc, c'est aussi la couleur de l'hôpital, celle du corps médical. Un mariage blanc perturbe notre système, infecte en quelque sorte l'institution du mariage.

Une thérapie miracle est alors mise en place. Elle consiste tout d'abord en l'élaboration de « vaccins » à la conclusion de mariages blancs. Elle consiste ensuite à trouver des moyens de « guérir des mariages blancs, en prescrivant tout un arsenal de médicaments. Ces deux aspects de la réglementation, concernant d'une part l'immunisation contre les mariages blancs, d'autre part le traitement contre ces mêmes mariages, constitueront les deux pivots de notre réflexion.

I -- L'IMMUNISATION CONTRE LES MARIAGES BLANCS

Les textes relatifs au mariage simulé ont pour première ambition d'éviter en amont leur conclusion. À ce titre, la dernière loi s'articule autour de deux axes : rendre les mariages blancs moins attractifs et empêcher leur conclusion.

A -- DÉCOURAGER ET DISSUADER DE CONCLURE UN MARIAGE BLANC

Le nouveau dispositif tend tout d'abord à décourager les mariages frauduleux en durcissant les critères d'obtention d'un titre de séjour et d'acquisition de la nationalité française.

Ainsi, l'exigence de communauté de vie entre les époux, déjà en vigueur entre 1993 et 1997, est rétablie pour l'obtention d'une carte de séjour temporaire et la durée de mariage exigée d'un ressortissant étranger conjoint de français pour obtenir une carte de résident de dix ans a été allongée de un à deux ans^{Note 5}.

On a de même allongé de un à deux ans la durée de mariage nécessaire pour acquérir la nationalité française par déclaration. De plus, la communauté de vie *tant affective que matérielle* ne doit pas avoir cessé, et si l'étranger n'a pas résidé de manière ininterrompue pendant au moins un an en France à compter du mariage, le délai exigé est porté à trois ans. Le conjoint étranger doit en outre justifier d'une connaissance suffisante de la langue française (*C. civ., art. 21-2, nouveau*)^{Note 6}. L'exigence d'une communauté de vie tant affective que matérielle est intéressante et permettra certainement de vérifier la réalité de l'intention matrimoniale : la précision aurait pu assortir également la condition permettant d'obtenir une carte de résident. Les autres conditions posées pour la déclaration de nationalité imposent une intégration minimale dans la société française.

La nouvelle loi crée ensuite deux infractions nouvelles de participation volontaire et d'organisation de mariages de complaisance : « *Le fait de contracter un mariage aux seules fins d'obtenir, ou défaire obtenir, un titre de séjour, ou aux seules fins d'acquérir, ou de faire acquérir, la nationalité française est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende [...]* »^{Note 7}. La sanction ne peut, bien sûr, intervenir qu'après le mariage, mais la loi pénale a toujours eu une fonction autant répressive que dissuasive : les détournements de l'institution du mariage devraient ainsi être moins nombreux.

B -- EMPÊCHER LES MARIAGES BLANCS

Deux dispositions, issues de la loi *Pasqua*, concernent le droit d'opposition du Ministère public.

L'article 175-1 du Code civil dispose que celui-ci « *peut former opposition pour les cas où il pourrait demander la nullité du mariage* ». Cette possibilité avait déjà été reconnue, au nom de la défense de l'ordre public, sur le fondement de l'article 423 du Nouveau Code de procédure civile. La nouvelle disposition semble généraliser ainsi les cas d'opposition aux cas où le parquet pourrait demander la nullité du mariage.

Il n'y a pas ici *a priori* de réserve à formuler. Cependant, dans les cas où le Ministère public peut demander la nullité (*C. civ., art. 184*), on remarque que son pouvoir sera souvent inopérant. Si l'opposition est fondée sur l'article 146 (fondement de la nullité des mariages blancs), l'opposant devra faire la preuve de l'absence de consentement ce qui, nous le verrons pour l'article 175-2, sera difficile. Si l'opposition est fondée sur l'article 146-1 (absence du français à son mariage), le Ministère public sera également démuné, l'absence de l'époux ne pouvant, là aussi, être constatée qu'au jour du mariage et l'information devant ensuite être communiquée (par qui ?) aux autorités françaises. Il reste les cas prévus aux articles 144, 147, 161 à 163 du Code civil, qui n'entrent pas dans le domaine du mariage blanc, mais dans celui de la défense de l'ordre public.

L'article 175-2 du Code civil, ensuite, a été conçu pour remédier à l'impuissance des officiers d'état civil confrontés à des unions manifestement feintes : lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé au titre de l'article 146, l'officier d'état civil saisit le procureur de la République, ce dernier pouvant, dans le délai de quinze jours, décider qu'il sera sursis à la célébration. Le texte a été retouché par la loi du 26 novembre 2003. S'il est sursis au mariage, sa durée (un mois)^{Note 8} est « renouvelable une fois par décision spécialement motivée » (C. civ., art. 175-2, al. 3). La modification ne semble pas majeure ; elle permet simplement, à la condition que cela soit *spécialement* justifié, d'attendre « les résultats de l'enquête à laquelle il a fait procéder » (C. civ., art. 175-2, al. 2). Le Ministère public fait ensuite savoir « *s'il laisse procéder au mariage ou s'il s'oppose à sa célébration* » (C. civ., art. 175-2, al. 4).

Le législateur de 2003 a par ailleurs constaté que les « indices sérieux », dont la présence permet de saisir le Ministère public, étaient difficiles à collecter. C'est pourquoi le projet de loi envisageait d'assimiler l'irrégularité du séjour à un indice sérieux et obligeait l'officier d'état civil à en informer immédiatement le préfet^{Note 9}. Mais le conseil constitutionnel a estimé que cette nouveauté portait atteinte à la liberté du mariage^{Note 10}.

Le dispositif comporte alors un certain nombre de limites. Tout d'abord, les pouvoirs de l'officier d'état civil ne sont accrus d'aucune façon. Si le procureur de la République ne se décide pas, l'officier d'état civil *doit* célébrer le mariage^{Note 11}. Il n'a pas lui-même le pouvoir de surseoir à la célébration. Ensuite, l'article 175-2 n'apparaît pas comme un élargissement du droit d'opposition, comme le souhaitait le législateur de 1993 : la notion d'indices sérieux ne se suffit pas à elle-même. Si le Ministère public décide de former opposition, il devra motiver son action sur le fondement de l'article 146 du Code civil. Or, du fait de ce renvoi exprès, l'opposition risque de ne jamais aboutir, le consentement au mariage devant être donné et s'appréciant le jour du mariage et non avant celui-ci. Il est presque impossible, dans ces conditions, d'opérer un contrôle véritable *avant* le mariage^{Note 12}.

C'est sans doute pourquoi la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 a apporté une nouveauté qui permettra *peut-être* de réunir des éléments de preuve de l'absence de consentement, sans pour autant, toutefois, permettre de s'opposer au mariage. Dans sa nouvelle rédaction, l'article 175-2 du Code civil, fait référence à l'article 63, lui-même modifié pour prévoir une audition des époux par l'officier d'état civil en charge de la célébration. Il ne pourra procéder à la publication des bans du mariage qu'après « *l'audition commune des futurs époux, sauf en cas d'impossibilité ou s'il apparaît, au vu des pièces du dossier, que cette audition n'est pas nécessaire au regard de l'article 146. L'officier de l'état civil, s'il l'estime nécessaire, peut également demander à s'entretenir séparément avec l'un ou l'autre des futurs époux* ». Cette modification serait, selon les travaux préparatoires, destinée à détecter les mariages forcés et, surtout, permettrait à l'officier d'état civil de s'assurer de la véracité des renseignements fournis et de la réalité du consentement de chacun des futurs conjoints, lorsque le mariage est célébré en France.

Une procédure identique a été instaurée pour les mariages célébrés à l'étranger. Aux termes de l'article 170 du Code civil, qui admet la validité des mariages célébrés en la forme locale ou diplomatique, une publication préalable doit être effectuée au domicile ou à la résidence en France du français qui se marie à l'étranger. La preuve de l'accomplissement de cette formalité est fournie par les futurs époux à l'officier public étranger sous la forme d'un certificat délivré par le consul de France.

Désormais, les deux époux se mariant à l'étranger devraient en outre être auditionnés par l'agent diplomatique ou consulaire *lors* de la demande de publication des bans ; ou *lors* de la délivrance du « certificat de mariage » : ou *en cas* (c'est donc seulement une possibilité) de demande de transcription du mariage^{Note 13}. Ces modifications créent un nouvel empêchement à mariage, qui n'est en principe que prohibitif : il peut empêcher la conclusion du mariage, mais non entraîner sa nullité^{Note 14}. La jurisprudence n'a annulé le mariage que dans le cas où le défaut de publication avait été intentionnel^{Note 15} ; il devrait *a priori* en être de même de l'exigence d'audition préalable. Par ailleurs, les formalités de publicité sont des conditions de forme, soumises à la loi locale. Les étrangers se mariant en France doivent s'y soumettre. Pour les français se mariant à l'étranger, il s'agit d'une loi d'application nécessaire applicable à tous les français domiciliés ou résidants en France. L'époux français est dispensé de cette formalité s'il n'a ni domicile ni

résidence en France^{Note 16}.

On s'interroge alors sur la portée du texte.

Les agents diplomatiques, tout d'abord, *doivent* procéder à l'*audition* des époux et *peuvent* aussi requérir la *présence* des intéressés à l'occasion des formalités demandées (*C. civ., art. 170, al. 4*). On en conclut que l'audition pourrait être purement téléphonique et on ne voit pas comment on peut, dans ces conditions, s'assurer de la réalité du consentement du fiancé. Ensuite, « en cas d'impossibilité ou s'il apparaît, au vu des pièces du dossier, que cette audition n'est pas nécessaire au regard de l'article 146 » (*C. civ., art. 63 et art. 170*), l'autorité requise est dispensée d'exiger ces formalités. Là encore, on se demande comment, au vu du dossier^{Note 17}, l'absence de violation de l'article 146 peut apparaître, puisque l'audition ajustement pour but de s'assurer de la réalité du consentement !

En admettant encore que l'agent français, après audition, suspecte une fraude, que pourra-t-il faire ? Il pourra saisir le procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Nantes^{Note 18} qui décidera s'il sursoit à la célébration ou s'oppose au mariage. Cette possibilité ne vaut cependant que si le mariage doit être célébré en la forme consulaire, l'agent diplomatique français obéissant à la loi française. Si le mariage doit être célébré en la forme locale, l'article 175-2 de notre Code civil ne s'impose pas à l'officier public étranger, agissant suivant la seule *lex auctoris*. D'ailleurs, si la détermination des personnes habilitées à faire opposition et les motifs qu'elles peuvent invoquer relèvent bien de la loi nationale des futurs conjoints, la forme et la procédure d'opposition sont soumises à la loi locale^{Note 19}. Enfin, le texte ne devrait pas s'appliquer en cas d'absence de domicile en France, sauf à faire de la condition une véritable condition de *fond* du mariage^{Note 20}. Ainsi, en définitive, l'agent consulaire ne pourra que difficilement contrôler les mariages en amont. Il ne pourra le faire qu'*a posteriori*, lors d'une demande de transcription^{Note 21}.

Empêcher à tout prix la conclusion, en France comme à l'étranger, de mariages blancs s'avérant ainsi difficile, voire impossible, des moyens curatifs s'imposent...

II -- LE TRAITEMENT CONTRE LES MARIAGES BLANCS

Certaines des mesures dissuasives étudiées contiennent en elles-mêmes une sanction pour les mariages blancs^{Note 22}. Mais le véritable traitement consiste principalement à aboutir à la *nullité* du mariage, la difficulté étant d'en trouver le bon fondement.

Un remède déjà ancien est contenu dans l'article 146 du Code civil. Mais le législateur a concocté les ingrédients de nouvelles médecines. Notre « Vidal » juridique s'est ainsi agrémenté de nouvelles rubriques : article 146-1 et, jusqu'à hier encore, article 190-1. On sanctionne alors l'absence de consentement et le mariage par procuration ; il s'agissait ensuite de déjouer une fraude à la loi. La loi du 24 août 1993 avait par ailleurs créé un article 170-1 dans le Code civil, permettant à l'agent diplomatique, dans certaines circonstances, de surseoir à la transcription du mariage célébré à l'étranger pour permettre au Ministère public de former une demande en nullité. Ce texte n'a pas été retouché en 2003. On a en revanche retoilé l'article 47 du Code civil, en vue d'une nouvelle procédure de contrôle des faux documents d'état civil^{Note 23}. Ceci intéresse ici la preuve du mariage, non la validité de celui-ci. On s'en tiendra ainsi aux cas de nullité.

A -- LA NULLITÉ POUR ABSENCE DE CONSENTEMENT

L'article 146 du Code civil, selon lequel « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* », contient les ingrédients du remède de base contre les mariages blancs. La jurisprudence en a précisé le principe : « *le mariage est nul, faute de consentement, lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale* »^{Note 24}. La solution est justifiée par le caractère consensualiste du mariage et par le fait que l'officier d'état civil, au moment de la célébration, n'a pas à vérifier ni l'existence ni la réalité du consentement^{Note 25}. Sa

mise en oeuvre est toutefois délicate.

Du fait tout d'abord que la manoeuvre n'apparaît aujourd'hui comme généralement utile qu'en cas de mariage « international », les mariages blancs posent inévitablement une question de conflits de lois. L'article 146 du Code civil sanctionne ici un défaut de consentement, condition de fond régie par la loi nationale de l'intéressé. Son application commande donc l'implication d'un époux français. Dans la négative, on se doit d'appliquer la loi nationale étrangère^{Note 26}. La formulation très générale de l'article 146 invite cependant à l'appliquer à l'ensemble de la relation. Si le défaut de consentement ne peut être reproché qu'au conjoint étranger du français, la nullité pourrait tout de même être poursuivie sur le fondement de l'article 146 du Code civil, même si la loi nationale étrangère ne contenait pas de disposition analogue au texte français^{Note 27}.

Ensuite, pour que le mariage soit valable, il ne suffit pas de consentir, il faut encore consentir au mariage. C'est ici que l'on a introduit une distinction tenant à l'*objet* du consentement^{Note 28} et au caractère exclusif du but recherché par les intéressés : si le *seul et unique* but poursuivi est un résultat *étranger* à l'union matrimoniale, le mariage est nul. Si le *seul et unique* effet recherché n'est pas étranger à l'institution, si c'est un effet *légal*, le mariage est valable^{Note 29}. Seulement, l'effet recherché n'est jamais étranger au mariage et il s'agit toujours d'un effet *légal* du mariage. Comment soutenir en effet que l'acquisition de la nationalité française par le conjoint n'est pas un effet *légal* du mariage, alors qu'elle est contenue dans une loi et est destinée à faciliter à la fois l'intégration du conjoint d'un français et l'unité, en droit international privé, du statut des personnes appartenant à une même famille ?

Tout est donc affaire de degrés, degrés qui n'apparaissent pas à la lecture de l'article 146 du Code civil, mais qui ont transformé l'absence de « consentement en absence « d'intention matrimoniale ». Les seuils sont d'autant plus difficiles à déterminer qu'il peut très bien y avoir absence d'intention matrimoniale *sans* recherche d'un résultat frauduleux^{Note 30}. Inversement, les époux peuvent rechercher un résultat soi-disant étranger à l'institution matrimoniale tout en étant animés d'une véritable intention matrimoniale. Le cas a notamment été illustré dans l'affaire *Taleb*, où les époux ont divorcé et se sont remariés pour faire bénéficier le mari des nouvelles dispositions de l'époque sur la nationalité^{Note 31}.

Le résultat étranger au mariage reste difficile à définir. Il faudrait, pour ce faire, établir quelles sont les fins du mariage ; or, ni le Code civil, ni la jurisprudence n'ont défini l'institution. Ce ne sont pourtant pas les effets légaux, *fins civiles*, du mariage qui le caractérisent de manière exclusive, mais au contraire les fins *non civiles*, reposant sur les conceptions et convictions personnelles des époux, c'est-à-dire toutes les raisons non juridiques qui poussent un couple à choisir le mariage plutôt qu'une autre forme d'union.^{Note 32} On mesure alors ici toute la difficulté à définir exactement le défaut de consentement, faute de précision sur le mariage lui-même. Une adjonction au Code civil en ce sens serait peut-être bienvenue...

B -- LA NULLITÉ POUR « ABSENCE »

La loi de 1993 a introduit une nouvelle condition au mariage : «*Le mariage d'un français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence* ». L'exigence est sanctionnée, aux termes de l'article 184 du Code civil, par une nullité qui peut être invoquée par les époux, par le Ministère public et par tout intéressé. La règle signifie qu'un français doit être personnellement présent à son mariage et interdit par là le mariage par procuration. Cette interdiction semblait pourtant acquise du fait que l'on oblige les époux à comparaître personnellement devant l'officier d'état civil, du moins lorsque le mariage est célébré en France^{Note 33}. La précision expresse apportée par la nouvelle disposition ne paraît donc utile que pour les mariages célébrés à l'étranger. La disposition soulève, de plus, quelques difficultés.

La première tient à l'articulation de l'article 146-1 avec l'article 146 du Code civil, mais peut être facilement surmontée. Si le consentement d'un époux fait défaut, on applique l'article 146 ; mais si c'est l'époux qui est absent, on applique l'article 146-1, même si le consentement fait également défaut, l'absence de l'époux, qui est facile à prouver, permettant en quelque sorte d'établir, au sens du droit français, l'absence de consentement.

La seconde difficulté tient à la nature de la nouvelle règle en droit international privé. Selon un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 15 juillet 1999, l'article 146-1 du Code civil, intégré dans le chapitre premier du titre cinquième dudit code intitulé « des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage », pose désormais « une condition de fond du mariage régie par la loi personnelle »^{Note 34}.

Le principe bouleverse les solutions classiques de nos règles de conflit de lois. En effet, les modalités de la représentation étaient jusqu'alors considérées comme des règles de forme soumises à la *lex loci celebrationis*, conformément à l'article 170 du Code civil, ce qui entraînait la reconnaissance de principe de la validité du mariage sans comparution personnelle lorsqu'il était admis par la loi du lieu de sa conclusion^{Note 35}. La nouvelle qualification est certes séduisante. Puisque l'obligation de comparution personnelle repose sur l'idée que le consentement doit exister au jour du mariage et peut donc être rétracté jusque-là, la condition appartient à la même catégorie que celles relatives au consentement lui-même. La question relèverait de la loi personnelle de l'intéressé, et non de la loi du lieu de conclusion^{Note 36}.

Cependant, l'article 146-1 vise le « français » et la « célébration à l'étranger », et sa rédaction n'est pas bilatérale. Il n'est pas prévu, comme le laisse penser une première lecture de la décision, que la loi personnelle de l'intéressé détermine s'il a l'obligation ou non d'être présent à son mariage, mais que le *français* doit personnellement comparaître à son mariage. Il s'agit certes d'une nouvelle condition de fond, mais qui n'est applicable qu'au français. La formulation, rappelant celle de l'article 3 du Code civil, est unilatérale et revêt les atouts d'une loi de police^{Note 37}. De fait, visant l'article 146-1 du Code civil ainsi que l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, la Cour de cassation précise que ces textes « [conduisent] *en France, à l'application de la seule loi française* ». D'ailleurs, publiée au *Bulletin*, la liste des mots-clés ne fait pas apparaître le terme de conflit de lois. Ainsi, même si le critère de rattachement de la loi personnelle venait à changer, pour lui préférer, par exemple, celui de la résidence habituelle, l'article 146-1 du Code civil, continuerait à s'appliquer au français même résidant à l'étranger.

C -- L'EX-NULLITÉ POUR FRAUDE À LA LOI

En 1993 a été introduit dans le Code civil un nouvel article 190-1. selon lequel « *Le mariage qui a été célébré en fraude à la loi peut être annulé à la demande de l'époux de bonne foi ou du Ministère public, formée dans l'année du mariage* ». En 2003, la disposition est sortie de notre Code civil (*Abrogé, L. n° 2003-1119, 26 nov. 2003, art. 77, I*). Cette suppression est justifiée pour plusieurs raisons.

On s'est d'abord demandé comment appliquer l'article 190-1 du Code civil, à tout mariage international. Son utilisation nécessiterait en effet la désignation du droit français par la règle de conflit. Il a été en outre suggéré que le texte ne s'appliquerait pas ni si les époux étaient de nationalité étrangère, ni si l'époux français était de bonne foi^{Note 38}, la fraude devant être nécessairement par lui commise. Toutefois, si l'article 190-1 réserve l'action à l'époux de bonne foi, ce n'est pas la bonne ou la mauvaise foi de l'époux qui désigne le droit français mais la règle de conflit. Ce n'est qu'une fois désignée par celle-ci que la loi française peut dire si le mariage a été célébré en fraude à la loi et si l'époux est de bonne foi. La démonstration n'est ensuite valable qu'autant l'article 190-1 du Code civil, pose une condition de fond du mariage. Or, il n'est pas certain que la question soit susceptible d'un tel classement : deux ressortissants étrangers peuvent se marier aux seules fins, par exemple, de faire profiter à l'autre du bénéfice du regroupement familial et il y aura bien un mariage célébré en fraude à la loi^{Note 39}.

La règle nouvelle supposée applicable, on s'interrogeait encore sur son champ d'application matériel.

Un « mariage célébré en fraude à la loi » suppose tout d'abord la réunion de trois éléments^{Note 40}. *L'élément matériel* (le moyen de la fraude) consiste, en droit international privé, à se placer sous l'empire d'une loi étrangère qui permettra ce que la loi française ne permet pas. soit en agissant sur la règle de conflit, en modifiant l'élément de rattachement (comme la nationalité), soit en se plaçant directement sous l'empire de la loi étrangère. Dans le mariage blanc, c'est le mariage qui est devenu le moyen de la fraude, indépendamment de toute idée de conflit mobile. *L'élément légal*, ensuite,

est l'impératif auquel le fraudeur veut échapper^{Note 41}. Dans le mariage blanc, cependant, il n'y a apparemment pas de violation directe d'un texte impératif ou prohibitif auquel l'on tente *d'échapper*. Mais il y a assurément un texte que l'on voudrait voir *appliqué*. Il y a ici volonté délibérée de se soumettre à certaines dispositions *spéciales* de la loi française, sur le statut du conjoint étranger d'un français, pour se soustraire aux dispositions *générales*, ordinaires, sur l'acquisition de la nationalité et sur le séjour des étrangers. Il y a, en quelque sorte, fraude au principe général du droit selon lequel la règle spéciale déroge à la règle générale. La fraude se compose enfin d'un *élément moral* : l'intention de frauder la loi. C'est l'élément décisif, à la condition que ce soit l'unique but de l'opération : les intéressés excluent tous les effets du mariage sauf un, celui qui leur permet d'avoir un statut administratif plus avantageux. Au regard de ces trois éléments, il était possible de considérer le mariage blanc comme un « mariage célébré en fraude à la loi »^{Note 42}. Le mariage célébré aurait été le moyen de la fraude ; la règle « générale », l'impératif légal auquel l'intéressé voulait échapper pour lui préférer la règle spéciale ; la volonté de détourner le mariage dans ce seul but aurait constitué l'élément moral de la fraude.

Cependant, l'article 190-1 du Code civil, s'articulait mal avec d'autres dispositions en vigueur et, notamment, avec l'article 146 du Code civil^{Note 43}.

Le mariage simulé étant un mariage célébré en fraude à la loi et cette fraude révélant l'absence de consentement, l'article 190-1 supplantait l'article 146 alors que ces deux textes n'obéissent pas au même régime. Selon le premier, seuls l'époux de bonne foi et le Ministère public pouvaient agir en nullité, et ce, dans l'année du mariage, alors que selon le second, la nullité est absolue et l'action se prescrit par trente ans^{Note 44}. Ainsi, l'époux de bonne foi aurait pu se trouver maintenu de force dans un lien matrimonial irréal, faute d'avoir agi à temps. Le délai était d'autant plus contestable que le conjoint étranger devait attendre un an avant de souscrire une déclaration de nationalité ou de demander la délivrance d'une carte de résident. On comprenait donc assez mal le progrès escompté par le législateur. Il avait alors été proposé d'allonger le délai à deux ans^{Note 45}. Il aurait été préférable de proposer de faire courir le délai à compter de la découverte de la fraude ou de sa transcription, selon le lieu de conclusion du mariage.

La coordination avec l'article 146-1 s'avéra également malheureuse. La jurisprudence fit une application conjointe de ces deux textes. voyant dans le premier, l'article 146-1, un nouveau cas de clandestinité et dans le second, le régime auquel l'action en nullité devrait être soumise.^{Note 46} Pour simplifier le rejet d'une telle solution, on dira, en premier lieu, que l'article 146-1 du Code civil, ne concerne pas la publicité du mariage qui, du reste, a très bien pu être respectée. En second lieu, la soumission du mariage sans comparution au régime de l'article 190-1 est curieuse et contestable, car l'article 146-1 est expressément visé à l'article 184, parmi les cas de nullité absolue du mariage, qui ne sont pas enfermés dans le délai d'un an !

Enfin, l'inutilité du texte apparaissait au regard des sanctions du mariage frauduleux. La nullité du moyen de la fraude était déjà prévue par l'article 146 et l'inefficacité de l'effet recherché a toujours relevé de la compétence de l'administration, qui peut, par exemple, s'opposer à l'acquisition de la nationalité française^{Note 47}.

Il est alors louable que la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 ait abrogé ce texte encombrant.^{Note 48}

De tout ceci que reste-t-il ? Si la menace d'une sanction pénale et le durcissement du droit des étrangers peuvent éventuellement être dissuasifs, les vaccins concoctés par ailleurs depuis dix ans ont été sensiblement inefficaces. La modification des articles 63, 170 et 175-2 du Code civil n'y changera manifestement rien, ou si peu, du fait de la référence à l'absence de consentement, qui ne peut être constatée que le jour du mariage. La multiplication des formalités ne pourra servir (grâce aux éléments réunis) qu'à étoffer une action en nullité du mariage. Le front ne peut donc se concentrer que sur le plan des traitements et non des empêchements. Il resterait tout de même, peut-être, à compléter l'article 146 d'une définition du mariage... On le voit, la construction du dispositif de lutte contre le mariage blanc n'est assurément pas terminée, car le système actuel rencontre encore trop de limites. Une seule chose semble certaine : si, pour sanctionner les mariages blancs, on continue de reprocher aux pseudo-époux d'avoir eu pour but d'atteindre un résultat étranger à l'institution matrimoniale, il faut bien reconnaître que souvent, dans sa volonté de tout

modifier, le résultat atteint par le législateur est en pratique bien étranger au but poursuivi...

Note 1 . C.-I. Foulon-Piganiol, Le mariage simulé : RTD civ. 1960, p. 217 : Mariage simulé ou mariage à effets limités ? : D. 1965. chron. p. 9. - J. Rubellin-Devichi. Les mariages blancs, aspects de droit privé et de droit public. La justice et les mariages blancs : RFD adm. 1993. p. 166.

Note 2 . Ord. n° 45-2658. 2 nov. 1945, art. 12 bis. 15 et 25. - H. Fulchiron, Acquisition de la nationalité française à raison du mariage : J.-Cl. Civil Code. Art. 17 à 33-2. Fasc. 60 ou Dr. international. Fasc. 502-60. - R. Abraham. Mariage blanc et délivrance à un étranger d'une carte de résident : RFD adm. 1993. p. 175.

Note 3 . Lovsel. 105.

Note 4 . L. n° 93-1027. 24 août 1993, relative à la maîtrise de l'immigration : JCP G 1993, III, 66371 et 66372. - Travaux préparatoires, projet de loi n° 267 et propositions de loi n° 37. 49, 50, 104 et 132.- Rapp. J.-P. Philibert et avis J. Myard, n° 326. - L. n° 2003-119, 26 nov. 2003, relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers et à la nationalité (loi Sarkozy) : Journal Officiel 27 Novembre 2003. p. 20136. - Projet de loi n° 823. - Rapp. Th. Mariani. n° 949. - Rapp. J.-P. Courtois, n° 1, n° 1164 et n° 36 (2003-2004). - N. Guimezanes, La loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité : JCP G 2003, act. 592.

Note 5 . Ord. n° 45-2658. 2 nov. 1945. art. 12 bis. 4° et art. 15.

Note 6 . La disposition, dans son ancienne rédaction, prévoyait une exception à l'exigence de stage lorsque naissait un enfant dont la filiation était établie à l'égard des deux conjoints.

Note 7 . Ord. n° 45-2658. 2 nov. 1945. art. 21 quater (Créé, L. n° 2003-1119, 26 nov. 2003).

Note 8 . L'article, censuré par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 12 et 13 août 1993. n° 93-325 : Journal Officiel 18 Aout 1993. p. 11729), a fait l'objet d'une nouvelle rédaction : L n° 93-1417. 30 déc. 1993 : Journal Officiel 1er Janvier 1994. p. 11. La durée du sursis ne peut plus excéder un mois et les époux peuvent contester la décision du procureur de la République devant le tribunal de grande instance qui statuera dans les dix jours.

Note 9 . L'alinéa 1er de l'article 175-2 du Code civil, était complété par les phrases suivantes : Constitue un indice sérieux le fait. pour un ressortissant étranger, de ne pas justifier de la régularité de son séjour, lorsqu'il y a été invité par l'officier de l'état civil qui doit procéder au mariage. Ce dernier informe immédiatement le préfet ou. à Paris, le préfet de police de cette situation ». L'alinéa 2 de l'article 175-2 du Code civil, se terminait ainsi : « et. le cas échéant, au préfet ou. à Paris, au préfet de police ». V. aussi la proposition de loi n° 282. visant à limiter les mariages de complaisance, présentée M. Scellier. qui envisageait la création d'un article 146-2 du Code civil, ainsi rédigé : « Le mariage d'un étranger requiert qu'il soit en situation régulière au regard des dispositions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France ».

Note 10 . Cons. const., déc. n° 2003-484 DC. 20 nov. 2003 : Journal Officiel 27 Novembre 2003. p. 20154.

Note 11 . CA Paris, 13 nov. 1998 : D. 1999, somm. p. 371.

Note 12 . CA Versailles. 15 juin 1990 : JCP G 1991, II, 21759. note F. Laroche-Gisserot : D. 1991. p. 268. note J. Hauser : « Il est difficile, voire impossible, l'empêchement invoqué étant en l'occurrence un défaut de consentement, de déterminer l'absence de consentement avant même qu'il ait été donné ; (...) la sincérité et la validité du consentement doivent être appréciées lors de la célébration du mariage devant l'officier d'état civil même si l'attitude des époux antérieurement au mariage peut éclairer la réalité de ce consentement (...) ».

Note 13 . « Sauf en cas d'impossibilité ou s'il apparaît, au vu des pièces du dossier, que celle audition n'est pas nécessaire au regard de l'article 146. les agents diplomatiques et consulaires doivent, pour l'application du premier et du deuxième alinéa du présent article, procéder à l'audition commune des futurs époux ou des époux, selon les cas. soit lors de la demande de publication prescrite par l'article 63. soit lors de la délivrance du certificat de mariage, soit en cas de demande de transcription du mariage par le ressortissant français. Les agents diplomatiques et consulaires peuvent demander à s'entretenir, si nécessaire, avec l'un ou des époux ou futurs époux. Ils peuvent également requérir la présence des époux ou des futurs époux à l'occasion de chacune des formalités ci-dessus indiquées » (C. civ. art. 170, al. 4).

Note 14 . L'officier de l'état civil encourt toutefois une amende de 3 à 30 euros si la formalité n'a pas été accomplie (C. civ. art. 63. al. 5).

Note 15 . J. Mestre. Le mariage en droit international privé. Conditions de forme : J.-Cl. Civil Code. App. art. 144 à 228. Fasc. 20 ou Dr. international. Fasc. 546-20, n° 70 et s.

Note 16 . P. Mayer et V. Heuzé, Droit international privé : Montchrestien, 7e éd., 2001. n° 564.

Note 17 . La mention de la nationalité française des intéressés suffirait sans doute ?

Note 18 . Instruction générale relative à l'état civil (IGEC. II mai 1999 : Journal Officiel 28 Juillet 1999 et 2 mars 2002 : Journal Officiel 28 Avril 2002). § 506-2.

Note 19 . J. Mestre. Le mariage en droit international privé. Sanction des conditions de formation : J.-Cl. Civil Code. App. art. 144 à 228, Fasc. 30 ou Dr. international. Fasc. 546-30, n° 2. Il en est probablement de même de la procédure de sursis à célébration. V. aussi la Convention de La Haye, 15 nov. 1965. relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale et Cons. UE. régl. n° 1348/2000, 29 mai 2000, sur la notification : JOCE n° L 160, 30 juin 2000, p. 37.

Note 20 . La question reste débattue en doctrine.

Note 21 . La modification de l'article 170 ne servirait alors qu'à renforcer la procédure de sursis à transcription prévue à l'article 170-1.

Note 22 . Le Ministère public peut par exemple contester l'enregistrement de la déclaration de nationalité (C. civ., art. 26-4).

Note 23 . « Tout acte de l'état civil des français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. En cas de doute, l'administration, saisie d'une demande d'établissement, de transcription ou de délivrance d'un acte ou d'un titre, surseoit à la demande et informe l'intéressé qu'il peut, dans un délai de deux mois, saisir le procureur de la République de Nantes pour qu'il soit procédé à la vérification de l'authenticité de l'acte. S'il estime sans fondement la demande de vérification qui lui est faite, le procureur de la République en avise l'intéressé et l'administration dans le délai d'un mois. S'il partage les doutes de l'administration, le procureur de la République de Nantes fait procéder, dans un délai qui ne peut excéder six mois, renouvelable une fois pour les nécessités de l'enquête, à toutes investigations utiles, notamment en saisissant les autorités consulaires compétentes. Il informe l'intéressé et l'administration du résultat de l'enquête dans les meilleurs délais. Au vu des résultats des investigations menées, le procureur de la République peut saisir le Tribunal de grande instance de Nantes pour qu'il statue sur la validité de l'acte après avoir, le cas échéant, ordonné toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles, » (C. civ., art. 47).

Note 24 . Cass. 1re civ., 20 nov. 1963, Appietto : JCP G 1964, II, 13498, note J. Mazeaud : D. 1964, p. 465, note Raymond.

Note 25 . IGEC, n° 95 et n° 347.

Note 26 . CA Paris. 14 janv. 1994 : D. 1994, somm. p. 357, obs. B. Audit. - V aussi Cass. 1re civ., 13 oct. 1998. A.M. c/ Ministère public : Rev. crit. DIP 1999, p. 281, note B. Ancel.

Note 27 . Contra, F Fourment, L'article 190-1 du Code civil et les mariages naturalisants, un exemple de disposition législative inutile : JDI 1998, p. 945. Le mariage naturalisant serait annulé non parce que les époux ont masqué un défaut de consentement mais parce que l'époux français aurait violé les articles 146 ou 190-1 du Code civil.

Note 28 . L'objet du consentement au mariage pourrait résulter des articles 212, 213 et 214 du Code civil, auxquels on ne peut déroger. Quand un mariage est « naturalisant », les pseudo-époux sont d'accord ab initia pour ne jamais satisfaire aux obligations contenues dans ces textes. Le consentement formellement exprimé devant l'officier d'état civil est donc dépourvu de l'objet que la loi lui assigne. V. F. Fourment, op. cit. note (27).

Note 29 . L'effet légal ne pourrait découler que du mariage ; le résultat étranger serait celui qui peut être obtenu par un autre moyen que le mariage.

Note 30 . TGI Paris. 7 mai 1996 : Dr. famille 1997, comm. n° 38, obs. H. Lécuyer, prononçant la nullité du mariage sur le fondement de l'article 146 du Code civil, après avoir relevé que « la femme avait conçu une inclination pour un autre homme, peu compatible avec l'engagement définitif que porte le mariage ». - Cass. 1re civ., 8 juin 1999 : Juris-Data n° 1999-002431.

Note 31 . Cass. 1re civ., 17 nov. 1981, Taleb : D. 1982, jurispr. p. 573, note Guiho : Rev. crit. DIP 1982, p. 668, note J. Foyer : JDI 1982, p. 448, note B. Audit : JCP G 1982, II, 19842, note M. Gobert ; Défrénois 1982, art. 32967, p. 1552, note Massip : RTD civ. 1983, p. 334, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi. Tout en considérant l'union valable, les juges ont ici refusé de faire jouer l'effet acquisitif de nationalité au motif que les époux ne s'étaient « prêtés à la cérémonie du mariage qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale », l'effet en cause ayant été frauduleusement recherché.

Note 32 . L'objectif recherché pourrait être « une des fins naturelles du mariage » : CA Grenoble, 3 nov. 1998 : Dr. famille 1999. comm. n° 23. obs. H. Lécuyer ; D. 1999. somm. p. 373. L'article 4 du Code algérien de la famille précise aussi par exemple que le mariage a. entre autres buts. celui de fonder une famille basée sur l'affection, la mansuétude, l'entraide, de protéger moralement les deux conjoints et de préserver les liens de la famille. Sur la distinction entre fins civiles/non civiles du mariage, V. notre thèse. La célébration du mariage en droit international privé. Paris II, n° 113 et s.

Note 33 . L. Leveneur. Leçons de droit civil, la famille, t. 1 Monchrestien. 7e éd., 1995. n° 733.

Note 34 . Cass. 1re civ., 15 juill. 1999 : Bull. civ. I, n° 244 : Rev. crit. DIP 2000, p. 207. note L. Gannagé : D. 2000, somm. p. 414, obs. J.-J. Leinouland.

Note 35 . Le droit allemand considère aussi le mariage par procuration comme une forme de célébration, régie par la lex loci actus : U. Jacobs. Die Handschuhehe - Inhalt und Herkunft einer Eheschließungsform : StAZ 1992. p. 5.

Note 36 . Rappr., L. Gannagé, note sous l'arrêt.

Note 37 . Il est possible de voir dans l'article 146-1 une pièce de la conception française du mariage et une loi de police, imposée à tout français même si son mariage a lieu à l'étranger. En portant atteinte à cette conception française du mariage, le défaut de comparution personnelle doit être sanctionné en tant que tel ; cf. P. de Vareilles-Sommières. note ss CA Paris. 2 oct. 1997 : Rev. crit. DIP 1998. p. 424. - V aussi Y Loussouarn et P. Bourel. Droit international privé : Dalloz, 7e éd., 2001. n° 296.

Note 38 . V : F Fourment, op. cit. note (27).

Note 39 . Il a été précisé que le texte ne se limitait pas aux mariages mixtes : circ. n° 94-13. 17 mai 1994. relative à la modification du droit du mariage (non publiée au JO), mais V annexe, in L'état civil. Instruction générale : Journal officiel. 1994.

Note 40 . L'exception de fraude à la loi trouve son illustration la plus célèbre dans l'arrêt Princesse de Bauffremont (C. cass., 18 1878 : GA n° 6 : S. 1878, I, p. 193. note Labbé). - Sur C. civ., art. 190-1. V. aussi notre thèse, n° 415 et s.

Note 41 . J. Vidal, Essai d'une théorie générale de la fraude à la loi en Paris, 1957. - B. Audit, La fraude à loi : J.-Cl. Civil Code, Art. 3. Fasc. 50 ou Dr. international. Fasc. 535, n° 1 Dalloz, 1974.

Note 42 . Contra, F. Boulanger. Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? : JCP G 1993, I, 3665. - F. Fourment, op. cit. note (27) : il n'y aurait pas soustraction à une règle obligatoire et le but recherché serait licite ; par ricochet, l'intention frauduleuse ferait aussi défaut. - V° aussi circ. 17 mai 1994. op. cit. note (39).selon laquelle le législateur n'aurait pas voulu soumettre les mariages simulés à la nullité du nouveau texte. - Et CA Grenoble, 1er oct. 1996 : JCP G 1997, I, 3996. n° 5, obs. M. Forge.

Note 43 . L'action fondée sur l'article 190-1 du Code civil. ferait double emploi avec celle fondée sur l'article 146 et se juxtaposerait aux actions classiques sans les éliminer : J. Carbonnier, La famille, l'enfant, le couple : PUF. Coll. Themis, 20e éd., 1999. p. 403. - G. Cornu. Droit civil, la famille : Montchrestien, 7e éd., 2001. n° 171. - P. Courbe. Droit de la famille : A. Colin. 2e éd., 2000, n° 125. - H. Fulchiron. op. cit. note (2). n° 140.

Note 44 . Certains la considèrent même comme imprescriptible. Dans ce sens, à propos de l'article 146-1. mais en se référant au défaut de consentement : CA Grenoble. 20 janv. 1998 JCP G 1998, IV 3538.

Note 45 . Proposition de loi n° 419 relative aux mariages et aux pactes civils de solidarité de complaisance, déposée le 28 novembre 2002.

Note 46 . CA Paris, 2 oct. 1997 : Rev. crit. DIP 1998. p. 424. note P. de Vareilles-Sommières.

Note 47 . C. civ., art. 21-4. - Le mariage déclaré nul rend aussi caduque la déclaration de nationalité souscrite par le conjoint de mauvaise foi (C. civ., art. 21-5). - V. aussi S. Lebreton, Réflexions sur la sanction des mariages célébrés en fraude à la loi. à partir de la critique de l'article 190-1 du Code civil : JCP N 1999, I, 967. - CE. 9 oct. 1992, Abihilali : JCP G 1993, II, 22025, note F. Laroche-Gisserol : Rev. crit. DIP 1993, p. 25, note Paul Lagarde ; JCP G 1992, IV, 2883, obs. M.-C. Rouault : D. 1993, jurispr. p. 252. note Maillard Desgrés du Loû.

Note 48 . Le rapport Courtois relève entre autres que le dispositif semble inutile et même nuisible à la cohérence de l'état du droit.