



Le mariage blanc et le droit international privé

Élise Ralser

► **To cite this version:**

Élise Ralser. Le mariage blanc et le droit international privé. Revue juridique de l'Océan Indien, Association " Droit dans l'Océan Indien " (LexOI), 2001, pp.129-153. hal-01770428

HAL Id: hal-01770428

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-01770428>

Submitted on 29 Apr 2020

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.

LE MARIAGE BLANC ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Par Elise RALSER

Maître de conférences à l'Université de La Réunion

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 c'est non sans une certaine émotion que l'on remarque qu'en dépit du succès remporté par les contrats d'amour libre à facettes multiples, on continue à se marier en blanc.... Vous comprendrez alors certainement, qu'il n'a pas été si facile d'attribuer un intitulé très précis à notre communication, mais nous dirons, à notre décharge, que l'expression et celles qui lui sont apparentées sont communément admises pour désigner, en fait, le même phénomène.

Le mariage blanc est en effet avant tout une métaphore. C'est un mariage où l'on fait semblant, où l'on fait "comme si", dans le cadre d'une réalité toute différente. De cette petite comédie, les pseudo-époux cherchent à tirer un avantage : échapper à une obligation de service militaire, recueillir une dot, pour reprendre des exemples désormais un peu anciens¹, mais l'imagination n'a pas *a priori* de limites. Dans l'ordre international, la farce permet d'obtenir un effet que seul un mariage international peut conférer, comme l'acquisition de la nationalité du conjoint ou l'obtention d'un titre de séjour. Récemment encore, le *Journal de l'Ile* en date du 19 avril 2002 relatait l'histoire de deux « amoureux plumés » par un couple de Mauriciens désireux de s'installer à La Réunion et qui avaient utilisé le biais du mariage pour être certains de rester définitivement dans notre département.

Les stratagèmes sont multiples et il existe également plusieurs expressions pour désigner le mariage blanc. On parle souvent de mariage "fictif" ou "simulé". On utilise également la formule des mariages "de complaisance"² bien que la complaisance, affective, économique ou sociale, existe toujours dans le mariage.

Dans tous les cas, il est patent que la formule n'est utilisée aujourd'hui que dans le cadre restreint des mariages dits "titularisants" ou "naturalisants". C'est là le point de rencontre, sans jamais le dire, du mariage blanc et du droit international privé.

¹ Voir notamment : FOULON-PIGANIOL (Claude-Isabelle), "Le mariage simulé", *R.T.D.Civ.* 1960, p. 217 ; "Mariage simulé ou mariage à effets limités ?", *D.* 1965, chron., p. 9.

² C'est d'ailleurs le terme retenu par le Conseil de l'Union européenne, dans une Résolution du 4 décembre 1997, sur les mesures à adopter en matière de lutte contre les mariages de complaisance, selon laquelle "on entend par mariage de complaisance, le mariage d'un ressortissant d'un Etat membre ou d'un ressortissant d'un pays tiers, séjournant régulièrement dans un Etat membre, avec un ressortissant d'un pays tiers, dans le seul but de détourner les règles relatives à l'entrée et au séjour des ressortissants des pays tiers et d'obtenir, pour le ressortissant du pays tiers, un permis de séjour ou une autorisation de résidence dans un Etat membre" ; JOCE, n° C382, 16 décembre 1997, p. 1.

Il est exact que le mariage, lorsqu'il prend une dimension internationale, notamment en cas de mariage mixte avec un ressortissant français, confère au ressortissant étranger un statut particulier et séduisant. Sans refaire l'historique de la question, l'article 21-2 du Code civil permet à celui-ci d'acquérir la nationalité française de son conjoint par simple déclaration¹, déposée un an après le mariage². Quand on connaît ou quand on devine la course d'obstacles que représente une demande de naturalisation, on conçoit sans trop de peine que le projet de se marier pour faciliter son intégration dans la société française soit moins difficile à réaliser que la première. Sur ce terrain, le terme de mariage "naturalisant" serait d'ailleurs impropre car il ne décrit pas la même procédure.

Le mariage avec un Français permet également, par ailleurs, d'obtenir plus aisément un titre de séjour et notamment une carte de résident qui est délivrée de plein droit au conjoint étranger d'un Français, à la condition toutefois que le mariage soit monogamique, que la communauté de vie dure depuis au moins un an, que l'entrée sur le territoire et le séjour en France soient réguliers³. Sinon, depuis la loi du 11 mai 1998, le conjoint pourra tout de même obtenir une carte de séjour temporaire portant la mention "vie privée et familiale"⁴. Enfin, l'étranger marié à un conjoint français, dans les conditions précitées, et vivant avec lui de manière effective, bénéficie également d'une immunité contre l'expulsion ou contre toute reconduite à la frontière⁵.

¹ A la condition que la communauté de vie n'ait pas cessé et que le conjoint ait conservé sa nationalité française. Sur ce point, voir LAGARDE (P.), *La nationalité française*, 3^e éd., Dalloz, 1997 ; "La loi du 16 mars 1998 sur la nationalité : une réforme incertaine", *R.C.D.I.P.* 1998, 379 ; FULCHIRON (H.), "Acquisition de la nationalité française à raison du mariage", *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 502-60, 1995.

² Contre deux ans dans la rédaction issue de la loi du 22 juillet 1993.

³ Article 15 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945, non modifié par la loi n° 98-349 du 11 mai 1998, relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, *J.O.* 12 mai 1998, p. 7087 ; FULCHIRON (H.), "La réforme du droit des étrangers (commentaire de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, dite loi "Chevènement" ou loi "RESEDA")", *J.D.I.* 1999, 5 et 335. Voir aussi ABRAHAM (R.), "Mariage blanc et délivrance à un étranger d'une carte de résident", *R.F.D.A.* 1993, 175.

⁴ Si son entrée sur le territoire a été régulière (article 12 bis, 4°, ord. 1945) ; dans le cas inverse, il pourra tout de même la demander s'il justifie de circonstances particulières (article 12 bis, 7°, ord. 1945) ; en revanche, la communauté de vie n'est pas ici une condition requise, sauf en cas de renouvellement de la carte temporaire.

⁵ Article 25, 4° et 5° de l'ordonnance de 1945. Sur toutes ces questions : GUIHO (P.), "La nouvelle révision de Code de la nationalité... et son abolition", *D.* 1994, chron., 1 ; GUIMEZANES (N.), "Aperçu rapide sur les récentes retouches apportées au droit des étrangers", *J.C.P.* 18/01/1995, *Actualités* ; "Présentation de la loi n°93.933 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité", *J.C.P.* 4.08.1993, *Actualités* ; "Présentation des lois n°93.1027 du 24 août 1993 et n°93.992 du 10 août 1993 relatives à la maîtrise de l'immigration", *J.C.P.* 8.09.1993, *Actualités* ; "Dernières précisions législatives relatives à la maîtrise de l'immigration", *J.C.P.* 26/01/1994, *Actualités* ; "L'arrêt de l'immigration en France ? Commentaire de la loi n°93.1027 du 24 août 1993 sur la maîtrise de l'immigration", *J.C.P.* 1994, I, 3428 ; "Les étrangers et les récentes réformes du droit de l'immigration et de la nationalité", *J.D.I.* 1994, 59, not. pp. 69-70, sur les dérogations à la protection en principe accordée par l'article 25. Une nécessité impérieuse pour la sûreté de l'Etat permettrait en effet une telle expulsion. Voir aussi : BOUMAZA (L.), "La réforme de la procédure d'expulsion avec la loi du 24 août 1993 relative à la maîtrise de

Notre sujet semble alors limité à ces questions et il faut bien admettre, d'une part, que l'ensemble des décisions relatives au mariage blanc mettent en cause le droit de la nationalité ou celui des étrangers et, d'autre part, que c'est dans ce cadre limité que la question semble se poser en droit international privé et suscite le plus de discussions. Au-delà du statut privé de l'individu, c'est en effet ici l'organisation politique de l'Etat qui est en jeu. Cet aspect a pris de l'ampleur au point que l'on se demande même si l'on peut parler de "mariage blanc" lorsque l'intérêt étatique n'est pas en jeu ; le mariage sans intention matrimoniale mais "politiquement correct" ne serait pas un mariage blanc. C'est donc l'hypothèse opposée qui mobilise l'attention et c'est cette manœuvre que les autorités souhaitent sanctionner. La mobilisation judiciaire et législative a été d'autant plus perceptible que les médias ont, ces dernières années, porté le débat sur la scène publique.

C'est plus ou moins dans ces circonstances qu'a été élaborée la loi *Pasqua* du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et modifiant le Code civil¹. Les travaux préparatoires ont clairement posé l'objectif principal de la loi : " *remédier à la faiblesse des moyens dont disposent les officiers d'état civil et la justice de s'opposer aux mariages de complaisance, qu'ils soient célébrés à l'étranger ou en France (...)* ".

Le législateur aurait pu, tout simplement, choisir de modifier le droit de la nationalité ou le droit des étrangers, en supprimant par exemple tout effet du mariage sur la nationalité ou le séjour. Efficace et radicale, cette solution aurait cependant été mal perçue et elle se heurte, dans ses conséquences pratiques, au principe du droit à une vie familiale normale², en tout cas pour ce qui concerne le séjour de l'étranger. Cette possibilité ayant été écartée, les dispositions en ces matières ont cependant été modifiées. Par exemple, le mariage déclaré nul entraîne la déchéance de la nationalité française³ ; de plus, l'enregistrement de la déclaration de nationalité peut être contesté par le Ministère public en cas de mensonge ou de fraude dans un délai de deux ans à compter de leur découverte⁴ ; et, en cas de cessation de la vie commune dans les douze mois suivant l'enregistrement, la fraude est présumée. Le mensonge ou la fraude n'étant toutefois pas toujours faciles à établir, les autorités ont tout intérêt à solliciter l'annulation des mariages qui leur paraissent suspects et on comprend mieux pourquoi l'essentiel de la discussion porte

l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France", *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, n° 1, 1/1/1994, 175-202.

¹ Loi n° 93.1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration, *J.C.P.* 1993, III, 66371 et 66372. Voir aussi les *Travaux préparatoires de la loi n°93-1027*, projet de loi n° 267 et propositions de loi n° 37, 49, 50, 104 et 132 ; rapport de M. Jean-Pierre Philibert, au nom de la commission des lois et annexe, avis de M. Jacques Myard, au nom de la commission des affaires étrangères, n° 326 ; voir notamment l'art. 28 du projet, p. 121.

² Article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

³ Pour l'époux de mauvaise foi (article 21-5, C. civ.) ; voir aussi FULCHIRON (H.), *op. cit.*, n°155 et suiv, spéc. n° 340 et suiv.

⁴ Art. 26-4, al. 2, C. civ.

sur cette question. Poser de nouveaux cas de nullité ou empêcher la conclusion de mariages susceptibles, de toute façon, d'être annulés, a nourri l'obsession du législateur, concrétisée par l'adoption de nouveaux textes.

Le but de ces textes a toujours été clairement affiché, mais on commence seulement aujourd'hui à éprouver leur efficacité ou plus exactement, à les désapprouver¹. A l'heure où nombre de réflexions s'articulent autour de la question la rénovation de notre droit de la famille, ne faudrait-il pas revoir le dispositif destiné à lutter contre les mariages de complaisance ? L'essentiel de notre étude portera alors un regard critique sur la législation actuelle, et sur son application. Soulignons d'emblée que ce regard conduit pratiquement aux mêmes conclusions, que l'on se place parmi les partisans de la liberté matrimoniale, par essence hostiles aux obstacles élevés contre l'exercice de cette liberté ou que l'on se place parmi les partisans de la lutte contre les mariages blancs, par égard à l'institution du mariage ou à ses opinions personnelles. Qu'il n'y ait donc aucune méprise sur le contenu de notre propos, celui-ci se veut objectif et non démagogique.

En tout état de cause, et pour toutes ces raisons, l'expression " mariage blanc " nous convient assez bien car c'est justement 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, le droit de la nationalité, etc., et rend, surtout, malades les autorités étatiques. Il faudrait, bien sûr, se garder de tomber dans la psychose : tous les mariages internationaux ne sont pas fictifs et, d'ailleurs, quand bien même, ils ne sont pas contagieux.

Penchons-nous alors plus avant sur la thérapie miracle imaginée par le législateur.

Celle-ci a d'abord consisté à trouver des moyens de " guérir " des mariages blancs, en prescrivant, sur ordonnance, tout un arsenal de médicaments. Sur cette lancée, des moyens préventifs ont également été imaginés, par l'élaboration de " vaccins " à la conclusion de mariages blancs. Ces deux aspects de la réglementation, concernant d'une part le traitement contre les mariages blancs (I), d'autre part l'immunisation contre ces mêmes mariages (II), constitueront les deux axes de notre réflexion.

I/ LE TRAITEMENT CONTRE LES MARIAGES BLANCS

Dans son laboratoire, dès que le phénomène s'est développé de façon critique, le législateur s'est mis en effervescence afin d'imaginer le traitement idéal et radical permettant d'enrayer ledit phénomène. L'objectif étant d'aboutir à la nullité des mariages blancs, la fabrication du médicament a consisté à trouver la

¹ Certains pensent pourtant que la loi Pasqua a ôté tout intérêt aux mariages fictifs : Dalloz Action, Droit de la famille, dir. J. Rubellin-Devichi, 1999, n°123.

bonne formule chimique, c'est-à-dire à trouver le ou les fondements de la nullité de ces mariages. Un remède, déjà ancien, existait pourtant, contenu dans l'article 146 du Code civil et existe toujours. Mais le législateur français n'a pas résisté à la tentation des nouvelles médecines, dont il concocte lui-même, au cours de nombreuses ébullitions parlementaires, les ingrédients. Notre "Widal" juridique s'agrémenté ainsi de nouvelles rubriques : l'article 190-1 et l'article 146-1.

Mais remplir son armoire à pharmacie est une chose ; se soigner en est une autre. Et, en tant que médecin, le juge aura peut-être du mal, parfois, à rédiger son ordonnance, tout en respectant les incompatibilités et les contre-indications : dès l'apparition des premiers symptômes, et durant toute la durée du traitement, un comprimé d'article 146, matin et soir ; en cas de douleurs frauduleuses, une cuillère d'article 190-1, quatre fois par jours ; enfin, en cas de dédoublement de la personnalité, une infusion d'article 146-1.

On l'aura compris, le traitement contre les mariages blancs consiste tout d'abord à sanctionner l'absence de consentement (A) ; il s'agit ensuite de faire obstacle à la fraude à la loi (B) et, enfin, de sanctionner le mariage par procuration (C).

A/ L'Article 146 du Code civil et l'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 de base du remède anciennement et originellement prescrit contre les mariages blancs. C'est le texte le plus important mais c'est la jurisprudence, dans l'arrêt *Appietto*, qui a posé la formulation de principe, retenue aujourd'hui encore : "*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...*"¹.

La solution est tout d'abord justifiée par le caractère consensualiste du mariage², et par le fait que l'officier d'état civil, au moment de la célébration, n'a pas, contrairement à une idée largement reçue, à vérifier ni l'existence ni la réalité du consentement, ce que rappelle l'Instruction générale relative à l'état civil³.

¹ Civ. 1^{re}, 20 novembre 1963, *Appietto*, *J.C.P.* 1964, II, 13498, n. J. Mazeaud ; *D.* 1964, 465, n. Raymond. Le principe a été repris par la suite : PARIS 25 septembre 1986, *D.* 1987, 124, n. D. Mayer et P. Cale. La cour a estimé que rien ne démontrait que les époux ne s'étaient prêtés à la cérémonie que dans le seul but d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale ; TOULOUSE, 5 avril 1994, *J.C.P.* 1995, II, 22462, n. F. Boulanger, où le juge précise toutefois que vouloir atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale consiste, par exemple, à permettre à l'épouse de rester en France ; PARIS, 9 juin 1995, *D.* 1996, somm., 171, obs. B. Audit ; Civ. 1^{re}, 19 janvier 1999, *Droit de la famille*, mars 1999, n° 23, p. 13, obs. H. Lécuyer ; Civ. 1^{re}, 12 novembre 1998, *Droit de la famille*, mars 1999, n° 23, p. 13, obs. H. Lécuyer.

² La Déclaration universelle des droits de l'homme rappelle aussi cette condition (art. 16, al. 2) : "*Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux*".

³ L'Instruction générale relative à l'état civil (du 11 mai 1999, *J.O.* 28 juillet 1999, p. 11272, annexe au n° 172) lui enjoint de refuser son concours lorsque le caractère illégal de l'acte résulte de la consultation des pièces qui doivent être produites légalement (lien de parenté au degré prohibé et révélé par les extraits d'acte de naissance), mais il n'a aucune qualité pour s'assurer au préalable de la légalité et de la sincérité

La solution paraît ensuite claire, *a priori*.

Sa mise en œuvre est cependant loin d'être aisée. Elle soulève en premier lieu les plus grandes difficultés quant à la définition précise du défaut de consentement (1). Elle soulève en second lieu la question de son application en droit international privé, même si celui-ci semble parfois être mis au second plan (2).

1° Le défaut de consentement : définition

Tout d'abord, pour que le mariage soit valable, il ne suffit pas en effet de consentir, il faut encore consentir au mariage. C'est ici que l'on a introduit une distinction tenant à l'*objet* du consentement¹ et au caractère exclusif ou non 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' - (comme l'établissement d'une filiation), le mariage est valable².

Seulement, l'effet recherché n'est jamais étranger au mariage. De plus, il s'agit toujours d'un effet *légal* du mariage. Comment soutenir en effet que l'acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger d'un Français 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, C. civ., 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 de consentement, c'est-à-dire absence d'intention matrimoniale, *sans* recherche d'un résultat étranger à l'institution matrimoniale.

des déclarations (IGEC, n°95) ni de la réalité du consentement (IGEC, n° 347). Mais il doit informer le Procureur de la République de tout élément qui laisserait à penser que le consentement n'est pas sérieux afin que le Ministère Public puisse faire opposition dans les conditions prévues aux articles 172 et suivants du Code civil. Le refus de procéder au mariage serait considéré comme une atteinte à une liberté fondamentale. Voir aussi RUBELLIN-DEVICHI (J.), "Les mariages blancs, aspects de droit privé et de droit public. La justice et les mariages blancs", *R.F.D.A.* 1993, 166. Ce principe de liberté matrimoniale auquel l'officier d'état civil ne peut déroger est également rappelé dans les travaux préparatoires de la loi *Pasqua* de 1993, *op. cit.*

¹ L'objet du consentement au mariage pourrait résulter des articles 212, 213 et 214 du Code civil. Ces textes ont en effet pour thème les dispositions essentielles du droit du mariage et de la famille, celles auxquelles on ne peut déroger valablement ni *ab initio* (art. 6, C. civ.), ni pendant le mariage (art. 1388, C. civ.). Ainsi, quand un mariage est "naturalisant", les pseudo-époux sont d'accord *ab initio* pour ne jamais satisfaire aux obligations des articles 212 et suivants du Code civil. Le consentement formellement exprimé devant l'officier d'état civil est donc dépourvu de l'objet que la loi lui assigne. Voir : FOURMENT (François), "L'article 190-1 du Code civil et les mariages naturalisants, un exemple de disposition législative inutile", *J.D.I.* 1998, p. 945.

² 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.

Est à cet égard intéressante une récente décision du Tribunal de grande instance de Paris¹. Dans cette affaire purement interne, où il n'était pas question d'acquisition de la nationalité française ou d'un titre de séjour, un mari intenta une action en nullité de son mariage sur le fondement de l'article 146 du Code civil, pour défaut d'intention conjugale de son épouse. Relevant un certain nombre d'indices en ce sens, les juges ont accueilli l'action et, ne reprenant pas la formulation de l'arrêt Appietto, ils ont tenté de déterminer positivement l'intention conjugale et non de déduire celle-ci de la nature de l'effet recherché.

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*², rendue par la première Chambre civile, le 17 novembre 1981, où les époux ont divorcé, puis se sont

¹ Trib. Gr. Inst. de PARIS, 7 mai 1996, *Droit de la famille*, n° 3, mars 1997, n° 38, p. 8, obs. H. Lécuyer : “ La nullité du mariage pour défaut d'intention conjugale doit être prononcée notamment à la lumière des événements qui se sont déroulés antérieurement et postérieurement à la célébration, indiquant que la femme avait conçu une inclination pour un autre homme, peu compatible avec l'engagement définitif que porte le mariage ”. Il est à noter que les juges n'ont pas ici fait référence à l'absence ou non de communauté de vie.

² Civ. 1^{re}, 17 novembre 1981, *Taleb*, D. 1982, 573, n. Guiho ; R.C.D.I.P. 1982, 668, n. J. Foyer ; J.D.I. 1982, 448, n. B. Audit ; J.C.P. 1982, II, 19842, n. M. Gobert ; *Rép. Défrenois* 1982, art. 32967, p. 1552, n. Massip ; R.T.D.Civ. 1983, 334, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi.

Ahmed Taleb, né en Algérie, avait perdu la nationalité française à l'Indépendance, et avait épousé Gisèle Goyot, Française, en 1970. Il se heurta, semble-t-il à un refus de sa demande de réintégration dans la nationalité française. Ils divorcèrent en mai 1976 pour se remarier en juin de la même année. En septembre, il fit une demande d'acquisition de la nationalité française par déclaration, comme le permettait l'article 37-1 du Code de la nationalité, issu de la nouvelle loi du 9 janvier 1973. Le ministre de la population refusa d'enregistrer la déclaration, estimant que le divorce, puis le remariage des époux tendaient à faire fraude aux règles sur l'acquisition de la nationalité française. Ahmed Taleb forma alors le recours prévu à l'article 105, § 1^{er}, ancien, du Code de la nationalité, pour contester le refus d'enregistrement de sa déclaration. Le Ministère Public, de son côté, forma tierce-opposition contre le jugement de divorce, dont il demanda la rétractation, et l'annulation du nouveau mariage, comme contracté entre deux personnes déjà mariées entre elles. Le Tribunal rejeta la demande du Ministère Public et accueillit celle de Taleb contre le refus d'enregistrement. La Cour d'appel confirma la décision, considérant la tierce-opposition recevable, mais mal fondée. Elle constata bien que les époux n'avaient divorcé et ne s'étaient remariés que dans le dessein de faire acquérir la nationalité française à Taleb, mais refusa de retenir la fraude à la loi, le mobile inspirant les époux n'étant ni illicite ni illégitime. Le demandeur au pourvoi se plaça alors sur le terrain de la fraude et de l'ordre public (le fait de détourner le divorce de son but constituant, selon lui, un trouble à l'ordre public), pour attaquer la décision des juges du fond.

La Cour de cassation, quant à elle, estima qu'on ne pouvait revenir sur le prononcé du divorce, sur le terrain de sa cause. En effet, lorsque le divorce a été prononcé sur requête conjointe, la cause, les mobiles qui ont animé les époux, restent secrets, le juge se bornant à vérifier l'existence du consentement. Le remariage des époux Taleb fut donc maintenu, bien que toute l'opération (divorce et remariage) ait eu pour but de faire acquérir à Taleb la nationalité française. La Cour ajouta cependant que cette conclusion n'aurait pas pour prolongement de faire jouer l'effet acquisitif de nationalité, car cet effet avait été frauduleusement recherché : “ (l'article 37-1 du Code de la nationalité) ne peut être appliqué lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie du mariage qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale ”.

remariés, pour faire bénéficier au mari, d'origine algérienne, des nouvelles dispositions sur la nationalité issues de la loi du 9 janvier 1973. 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 recherché¹.

La distinction entre résultat légal ou étranger au mariage reste difficile à poser. Il faudrait, pour ce faire, établir quelles sont les fins du mariage et, partant, ce qui est de l'essence du mariage. Or, ni le Code civil, ni la jurisprudence n'ont défini le mariage². Peut-être est-il alors possible de remplacer la distinction par une division entre fins civiles et fins non-civiles du mariage. Ce ne sont pas les effets " *légaux* ", fins civiles, du mariage qui caractérisent l'institution, car non réservés exclusivement au mariage, mais au contraire ceux qui ne relèvent pas, ni directement, ni exclusivement, de la loi³. Les fins non-civiles au contraire concentrées sur les conceptions personnelles des époux, familiales, philosophiques, politiques, permettent de le caractériser. Il s'agirait de toutes les raisons non juridiques qui poussent un couple à choisir le mariage plutôt que le concubinage ou le PACS. Si ces fins sont atteintes, alors peu importe que l'un des époux ait voulu

La formule rappelle celle de la jurisprudence *Appietto*, mais elle ne paraît pas appropriée en l'espèce. Il résulte en effet de la jurisprudence précitée que l'absence d'intention matrimoniale se déduit du " *résultat étranger* " recherché. Or, en l'espèce, cette intention était indéniable. C'est pourtant sur le fondement de la poursuite d'un résultat étranger à l'institution matrimoniale que l'opération a été déclarée inopposable à l'Administration. Il aurait donc été souhaitable de trouver un autre fondement à la solution, ce que la Haute juridiction a peut-être tenté de faire en faisant allusion à la fraude des époux. Pour éviter que de telles situations ne se reproduisent à l'avenir, la loi du 7 mai 1984 a autorisé l'étranger marié avant son entrée en vigueur à faire usage de l'art. 37-1, anc., du code de la nationalité ; cf. LAGARDE (P.), *op. cit.*, n° 266, p. 186.

¹ On remarquera incidemment qu'un mariage frauduleux peut de cette manière être un véritable mariage. Pourtant, pour certains auteurs, le mariage " *naturalisant* " se caractérise par un défaut de consentement, au sens de l'article 146, C. civ., et " *ne saurait que difficilement prendre la qualification de fraude à la loi* " : FOURMENT (François), *op. cit.*

² Alors que le législateur vient de donner une définition du concubinage, contenue désormais dans l'article 515-8 du Code civil : " *Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple* ".

Pour M. RAYMOND (note sous l'arrêt *Appietto*, D. 1964, 465), la fin essentielle du mariage serait la fondation d'une famille légitime. Or, apparemment, aucune allusion n'est faite, dans la décision, à l'intention de fonder un foyer. Néanmoins, pour dire si l'effet recherché était en l'espèce étranger ou non à l'union, la Cour a estimé que " *le désir et le souci d'assurer à l'enfant une naissance légitime au sein d'un foyer légalement fondé* " constituait l'une des raisons majeures de l'institution matrimoniale. On peut peut-être expliquer, dans cette espèce, le maintien de l'effet légitimant recherché par le fait, qu'à l'époque, la nullité du mariage aurait fait perdre sa légitimité à l'enfant. La solution serait aujourd'hui sans doute différente, depuis la modification, par la loi du 3 janvier 1972, de l'article 202 du Code civil qui dispose que le mariage nul produit toutefois ses effets à l'égard des enfants.

³ Un arrêt récent retient une formulation intéressante, en précisant que l'objectif recherché n'était pas " *une des fins naturelles du mariage* " : Cour d'appel de Grenoble, 3 novembre 1998, *Droit de la famille*, mars 1999, n° 23, p. 13, obs. H. Lécuyer ; D. 1999, somm., p. 373.

joindre l'utile à l'agréable en se conférant un avantage administratif ou successoral. Cependant, en cas de fraude, l'effet peut leur être refusé¹.

On mesure alors ici toute la difficulté à définir exactement le défaut de consentement, faute de précision sur le mariage lui-même².

La solution fondée sur l'article 146, C. civ., pose par ailleurs un second problème, rarement abordé, qui est celui de son application en droit international privé.

2°/ L'application de l'article 146 du code civil en droit international privé

Du fait que les hypothèses touchent aujourd'hui essentiellement au droit de la nationalité ou au droit des étrangers, les mariages blancs posent en effet la plupart du temps une question de droit international privé. La manœuvre n'apparaît alors généralement comme utile qu'en cas de mariage mixte, entre un Français et un étranger.

Pour le mariage avec un Français, la compétence de la loi française s'impose *a priori*, puisqu'elle sanctionne ici un défaut de consentement. S'agissant d'une condition de fond, c'est bien la loi nationale de l'intéressé qui est compétente. Mais encore faut-il que l'un des époux soit français ! Or, la plupart des décisions ont totalement éludé la question du conflit de lois et ont même appliqué l'article 146, C. civ., et annulé l'union, alors que les deux époux étaient de nationalité étrangère³. Pourtant, l'article 146, règle matérielle du droit interne français, ne peut être applicable que par le biais de l'article 3 du Code civil, c'est-à-dire lorsque la loi personnelle de l'intéressé est la loi française.

Des décisions plus récentes ont toutefois pris conscience de cette imprécision et justifient désormais la compétence de l'article 146 par son application à l'époux français⁴. Après avoir rappelé qu'en application de l'article 3 du Code civil, les conditions de fond du mariage sont régies par la loi nationale de chacun des époux,

¹ Cf. l'arrêt *Taleb*, précité. On pourrait y voir un "mariage célébré en fraude à la loi" ; il serait aujourd'hui entré dans le champ d'application de l'article 190-1, C. civ.

² On pourrait éventuellement envisager l'adjonction d'un alinéa 2 à l'article 146 du Code civil, qui préciserait la notion de consentement dans le mariage.

³ PARIS, 16 octobre 1958, *J.C.P.* 1958, II, 10897 ; *R.T.D.Civ.* 1959, 75, n. 1, obs. H. Desbois. Un Italien et une Polonaise s'étaient mariés, à Paris, dans le seul but de faciliter à la femme l'accès à son pays, grâce à l'acquisition de la nationalité italienne.

⁴ PARIS, 8 juin 1993, *D.* 1993, IR, 192 : " En application de l'art. 3, C. civ., les conditions de validité au fond du mariage sont déterminées par la loi personnelle des époux ; (...) En application de ces principes, l'existence du consentement au mariage doit être examinée au regard de la loi française en ce qui concerne le mari de nationalité française et de la loi algérienne pour ce qui est de la femme de nationalité algérienne (...) ". Voir aussi des décisions plus anciennes, mais isolées à leur époque : Trib. civ. SEINE, 7 janvier 1948, *Loiseau c./ Dlle Batsch*, *J.C.P.* 1948, II, 4430, n. J. Mazeaud : " *Lorsque le mari est Français, c'est d'après la loi française que [doit] être apprécié[e] (...) l'absence de sa part de consentement au mariage* " ; Trib. civ. MELUN, 20 janvier 1954, *Gaz. Pal.* 1954, 1, 272 ; *D.* 1954, somm., 53 ; *J.D.I.* 1954, 954, n. Salielli ; après la guerre, une Allemande avait épousé un Français pour acquérir la nationalité française et le juge a annulé le mariage, en application de la loi allemande en vigueur au moment du mariage.

appliquées distributivement, la jurisprudence va même parfois jusqu'à appliquer une loi nationale étrangère. La Cour d'appel de PARIS a ainsi annulé un mariage en application de l'article 149 du Code civil mauricien¹. Le rappel est ici d'autant plus significatif que le juge semble s'être presque entièrement fondé sur la loi mauricienne (la loi française n'est évoquée que pour dire que la loi mauricienne lui est identique), alors que le mari était français.

Il faut, par ailleurs, considérer que l'article 146 du Code civil ne s'applique pas seulement au Français, même si, pour être applicable, un Français est nécessairement mis en cause ; ce texte s'applique à l'ensemble de la relation. L'interdiction qu'il édicte constitue un empêchement bilatéral, au même titre que l'empêchement pour bigamie, posé par l'article 147 du Code civil, qui empêche le Français pourtant célibataire de se marier avec une personne déjà mariée, alors même que la loi nationale de celle-ci le permet. Ainsi, 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, C. civ., même si la loi nationale étrangère ne contient pas de disposition analogue au texte français².

Partant sur ces nouvelles bases, et à la condition que le défaut de consentement puisse être prouvé et, peut-être, mieux redéfini, le remède fondé sur l'article 146, C. civ., a permis et permet encore d'apporter une réponse à la question des mariages blancs. Mais dans sa volonté de tout changer, le législateur n'a pas résisté à l'attrait des "nouvelles médecines". L'article 190-1 du Code civil est l'un de ces nouveaux textes, censés apporter un traitement redoutablement efficace. Nous verrons cependant que la disposition est surtout redoutablement contestée.

B/ L'Article 190-1 du Code civil et la fraude à la loi

Selon l'article 190-1, C. civ., "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,

¹ PARIS, 14 janvier 1994, *D.* 1994, IR, 100, et somm., 357, obs. B. Audit ; voir aussi Civ. 1^{re}, 13 octobre 1998, *A.M. c./ Ministère public, R.C.D.I.P.* 1999, 281, n. B. Ancel, espèce dans laquelle les juges du fond ont annulé le mariage pour défaut de consentement en application de la loi algérienne du mari, qui fait du consentement au mariage un élément constitutif de celui-ci.

² On peut peut-être voir une application de ce raisonnement dans une décision de la Cour d'appel de Paris du 8 juin 1993, où après avoir rappelé qu'en cas de mariage mixte (franco-algérien, en l'occurrence) il est fait une application distributive des lois en présence, le juge ne considère que l'article 146, sans s'interroger sur la loi étrangère ; décision précitée, *op. cit.* Voir aussi : BORDEAUX, 30 juin 1993, *J.C.P.* 1994, IV, 504 : "Il convient d'annuler le mariage prononcé entre une Marocaine et un Français alors qu'il apparaît que le consentement au mariage donné par la femme poursuivait un résultat étranger à cette institution et visait seulement à bénéficier d'un titre de séjour". Curieusement, il y a bien eu ici annulation du mariage et non prononcé d'un divorce pour faute, alors que l'intention matrimoniale existait bien du côté du mari ; voir, pour une autre solution : P. Murat, *J.C.P.* 1996, I, 3903, n°2 ; *contra*, FOURMENT (François), *op. cit.* 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 ; pour que l'article 146 soit applicable, il suffirait que le Français (sur qui seul s'appliquerait cette disposition) se soit prêté à la cérémonie pour que le défaut de consentement soit consommé.

formée dans l'année du mariage"¹. L'origine de ce texte est confuse mais il a été précisé, dans les travaux préparatoires, que la disposition a été spécialement introduite pour lutter contre les mariages de complaisance, mais aussi qu'elle s'applique à tous les mariages, qu'ils soient mixtes ou non².

Cette nouvelle arme contre le mariage blanc soulève deux questions : celle, tout d'abord, de son champ d'application dans l'espace, et de la nature de la nouvelle règle en droit international privé (1) ; celle, ensuite, de son champ d'application matériel, c'est-à-dire de son articulation avec d'autres causes de nullité existantes (2). Le tout conduit à s'interroger sur l'efficacité et l'utilité de la nouvelle disposition.

1°/ Champ d'application dans l'espace et nature de l'article 190-1 du code civil

Le champ d'application dans l'espace et la nature de la règle nouvelle en droit international privé posent quelques difficultés.

Tout d'abord, ce texte n'aurait vocation à s'appliquer que si la règle de conflit désignait la loi française et donc seulement si l'un des époux était français³. Il ne s'appliquerait pas si les époux étaient de nationalité étrangère. Allant plus loin, il a même été récemment suggéré que l'article 190-1 n'étant pas la loi personnelle de l'époux étranger, le succès de l'action supposerait nécessairement que la fraude ait été commise par le Français⁴ et que, si l'époux français était de bonne foi, il n'y aurait pas fraude et ni lui ni le Ministère public ne pourraient agir. Cette interprétation n'est pourtant pas entièrement convaincante. 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.

Ensuite, la démonstration n'est valable qu'autant l'article 190-1, C. civ., pose une condition de fond du mariage. Or, il n'est pas certain que la question soit susceptible d'un classement et on ne sait dans quelle mesure l'application de l'article 190-1, C. civ., obéit au raisonnement conflictuel. La question touche à l'ordre public. Dès lors, pourquoi le texte ne s'appliquerait-il pas à des époux de nationalité étrangère ? En effet, on peut imaginer des cas de mariages blancs entre deux personnes de nationalité étrangère conclus aux seules fins, par exemple, de faire profiter à l'autre du bénéfice du regroupement familial⁵. Dans ce cas, il y a bien un mariage qui a été célébré en fraude à la loi et, d'ailleurs, une circulaire du Garde

¹ Sur cet article et la question de la détermination de la fraude, voir notre ouvrage, *La célébration du mariage en droit international privé*, thèse multig., Paris II, n° 415 et suiv.

² *Travaux préparatoires, op. cit.*

³ Par application distributive des lois nationales des intéressés.

⁴ FOURMENT (François), *op. cit.*

⁵ Sur le regroupement familial, voir : JAULT-SESEKE (Fabienne), *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1996, préface de P. Lagarde.

des Sceaux en date du 17 mai 1994, interprétant le texte, a précisé qu'il ne se limitait pas aux mariages mixtes¹.

Peut-être faudrait-il alors, si on veut la voir appliquée à toutes les hypothèses de mariage célébré en fraude à la loi, reconnaître à la disposition le caractère d'une loi d'application nécessaire, au risque, sinon, de ne pas satisfaire complètement la volonté du législateur².

2°/ Champ d'application matériel de l'article 190-1 du code civil

La règle nouvelle étant considérée comme applicable, on s'interroge encore sur son champ d'application matériel.

a) Limité en effet au " mariage célébré en fraude à la loi ", il faut partir, nous semble-t-il, de la notion difficile de fraude à la loi³.

Nous savons que celle-ci est constituée de trois éléments : un élément matériel (le moyen de la fraude) ; un élément légal (impératif auquel le fraudeur veut échapper) ; un élément moral (la volonté de se servir du droit dans un seul but).

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. C'est le cas du Français qui se marie à l'étranger pour échapper à l'une des conditions de fond imposées par la loi française⁴. L'hypothèse du mariage blanc est différente, le moyen de la fraude s'est déplacé. Le but de l'opération n'est plus le mariage mais c'est le mariage qui est devenu le moyen de la fraude, indépendamment de toute idée de conflit mobile et indépendamment du lieu de célébration.

L'élément légal, ensuite, est l'impératif auquel le fraudeur veut échapper⁵. Mais dans toutes les hypothèses de mariage blanc, il n'y a pas, apparemment, de violation directe d'un texte impératif ou prohibitif. Il faut donc rechercher ailleurs l'élément légal de la fraude. Deux hypothèses s'offrent alors à notre réflexion.

- Il est en premier lieu possible de reconnaître que l'élément légal consiste bien dans la violation d'une règle, dans la volonté d'échapper à celle-ci. Dans

¹ Circulaire n°94-13 du 17 mai 1994, relative à la modification du droit du mariage, non publiée au J.O., mais voir, en annexe, in *L'état civil. Instruction générale*, publications du Journal Officiel, 1994.

² On peut cependant supposer que l'application de la loi serait déclenchée principalement par l'existence d'une fraude à la loi française.

³ L'exception de fraude à la loi trouve son illustration la plus célèbre dans l'arrêt *Princesse de Bauffremont*, rendu par la Cour de cassation le 18 mars 1878, *Gr. arrêts* n°6 ; S. 1878, I, 193, n. Labbé.

⁴ Trib. Gr. Inst. TROYES, 9 novembre 1966, *Libold c./ Decamps*, *R.C.D.I.P.* 1967, 530, n. Malaurie ; *J.D.I.* 1968, 705, n. B. Audit ; Cour d'appel de MONTPELLIER, 27 mai 1997, *J.C.P.* 1998, IV, 1280.

⁵ La fraude désigne principalement une violation de la loi qui s'abrite derrière une apparente régularité. Une personne cherche à se soustraire à une obligation préexistante. Voir VIDAL (J), *Essai d'une théorie générale de la fraude à la loi en droit français*, Paris, 1957 ; AUDIT (B.), *La fraude à la loi*, Dalloz, 1974 ; *J.-Cl. Dr. int.*, fasc. 535, 1995, V°Fraude à la loi, n°1.

l'affaire *Taleb*, par exemple, on a pu relever l'existence d'une fraude aux dispositions françaises sur la nationalité, et plus précisément aux règles de conflit de lois dans le temps de la loi du 9 janvier 1973.¹

L'article 26 de la loi refusait en effet à l'étranger antérieurement marié à une Française de bénéficier des nouvelles dispositions, ne les accordant qu'aux époux mariés après l'entrée en vigueur de la loi. Il en résultait dès lors une violation des règles de conflits de lois dans le temps de cette loi et l'on se trouvait alors bien dans l'hypothèse d'une fraude constituée par une apparence de régularité formelle mais recouvrant une situation irrégulière.

Cette analyse ne peut plus toutefois être transposée car, aujourd'hui, les nouvelles dispositions sur la nationalité ne réservent plus leur bénéfice aux seuls époux mariés après l'entrée en vigueur de la loi.

- En deuxième lieu, l'élément légal ne se trouve pas nécessairement dans l'impératif auquel l'on tente d'*échapper*, mais dans la disposition que l'on voudrait voir *appliquée*. Il y a ici une *volonté délibérée* de se soumettre à certaines dispositions spéciales de la loi française, concernant par exemple le statut de l'étranger, époux 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 *troisième élément* : l'intention de fraude ou encore "l'intention d'asservir le droit à ses desseins"². C'est l'élément moral, décisif de la fraude, à condition que ce dessein, auquel l'opération juridique doit servir, soit l'unique but de l'opération³. Le cas des mariages blancs correspond assez bien à ce schéma : les intéressés excluent tous les effets du mariage sauf un : celui qui leur permet d'avoir un statut administratif plus avantageux. C'est ici ce caractère exclusif de l'opération qui permettra de mettre l'intention frauduleuse en relief.

Au regard de ces trois éléments⁴, il est possible de considérer le mariage blanc comme un "mariage célébré en fraude à la loi", même si cette opinion n'est pas toujours partagée⁵. Le mariage célébré est le moyen de la fraude ; la règle

¹ FOYER (J.), note sous Civ. 1^{re}, 17 novembre 1981, *Taleb*, R.C.D.I.P. 1982, 668, et voir aussi, pour le même arrêt, la note de M. GUIHO (P.), D. 1982, 573.

² ANCEL (Bertrand) & LEQUETTE (Yves), *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Sirey, 3^e éd., 1997, n°6.9.

³ Dans l'arrêt *Bauffremont* il avait été souligné que le changement de nationalité avait pour "seul but d'échapper à la loi française". L'idée sera reprise dans l'arrêt *Société Lafarge* : il y a fraude à la loi, au sens du droit international privé, lorsque "les parties ont volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de se soustraire à la loi normalement compétente" : Civ. 1^{re}, 17 mai 1983, *Société Lafarge*, R.C.D.I.P. 1985, 346, n. B. Ancel.

⁴ Voir aussi FULCHIRON (Hugues), *op. cit.*, n°141

⁵ BOULANGER (F.), "Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ?", J.C.P. 1993, I, 3665 ; FOURMENT (François), *op. cit.*, n°13. Pour cet auteur il n'y aurait pas fraude à la

“ générale ” est l’impératif légal auquel l’intéressé veut échapper pour lui préférer la règle spéciale ; la volonté de détourner le mariage dans ce seul but constitue l’élément moral de la fraude. Ainsi le mariage aurait été célébré dans le seul et unique but de frauder les règles générales sur le statut des étrangers¹. Le mariage blanc entrerait donc bien dans le champ d’application de l’article 190-1.

Cette position semble toutefois en partie en contradiction avec une circulaire du Garde des sceaux, en date du 17 mai 1994, qui, dans un sens tout à fait opposé, déclare que le législateur n’a pas voulu soumettre les mariages simulés au régime de nullité prévu dans ce nouveau texte, la nullité des mariages simulés restant prononcée sur le fondement de l’article 146 du Code civil². La circulaire indique que l’hypothèse visée à l’article 190-1 du Code civil est celle où un époux a la volonté délibérée de se soustraire à la législation française ou étrangère régissant son mariage, dans le seul but, par exemple, d’échapper à des interdictions ou empêchements déterminés par le statut personnel du conjoint étranger.

Il est vrai que, dans le projet initial, le texte contenait une incidente : “ le mariage qui a été célébré en fraude à la loi, en particulier s’il n’a été contracté que dans un but étranger à l’union matrimoniale, peut être annulé... ”. Cet élément a été supprimé, certains parlementaires craignant que tous les mariages mixtes ne soient suspectés et rappelant que l’article 146 du Code civil permettait déjà de lutter contre les mariages de complaisance³. Cependant, lorsque les fiancés cherchent à échapper à un empêchement au mariage déterminé par leur statut personnel, ce n’est pas le mariage qui est célébré en fraude à la loi mais, par exemple, le lieu de célébration qui a été choisi en fraude à la loi. Par ailleurs, la sanction d’une telle manœuvre existe déjà⁴. L’interprétation administrative du texte nous laisse ainsi une image déformée de la réalité.

b) On en vient ainsi à la question de l’articulation de l’article 190-1, C. civ., avec d’autres dispositions en vigueur et, notamment, avec l’article 146, C. civ., le législateur voyant dans ces deux textes un fondement possible à la nullité des mariages blancs.

loi, au sens du droit international privé, dans le mariage naturalisant ; il n’y aurait pas soustraction à une règle obligatoire et le but recherché serait licite ; par ricochet, l’intention frauduleuse ferait aussi défaut.

¹ En visant tout “ mariage qui a été célébré en fraude à la loi ”, l’article 190-1 ne concerne que le cas où la *conclusion du mariage* constitue la manœuvre frauduleuse, destinée à déclencher l’application d’un statut (ici statut de l’étranger époux d’un Français) pour frauder le statut normalement applicable (ici celui d’étranger ordinaire) ; cf. VAREILLES-SOMMIERES (de) (P.), note sous Cour d’appel de PARIS, 2 octobre 1997, *R.C.D.I.P.* 1998, 424.

² Circulaire du 17 mai 1994, *op. cit.* Le ministre rappelle à cet effet les débats parlementaires sur la question, *J.O. Sénat*, 10 juillet 1993, p. 2433 et suiv. Une décision récente semble toutefois avoir abondé dans le sens de la circulaire : GRENOBLE, 1^{er} octobre 1996, *J.C.P.* 1997, I, 3996, n. 5, obs. M. Farge.

³ *J.O. Sénat*, 10 juillet 1993, p. 2434, et l’intervention de Mme Ben Guiga.

⁴ Article 191, C. civ., qui s’applique à l’inobservation des formalités de publicité prescrites par l’article 170, C. civ.

Selon une première interprétation, l'application de l'article 146 serait exclue lorsque le " mariage a été célébré en fraude à la loi " ¹. Ceci réduirait considérablement le champ d'application de l'article 146, puisque nous considérons le mariage blanc comme un mariage célébré en fraude à la loi. Par ailleurs, l'inconvénient de cette thèse est de donner la préférence à l'article 190-1, C. civ., qui a pourtant été compris comme un recul par rapport au droit antérieur, quant aux personnes investies du droit d'agir et quant au délai pour agir. Seuls en effet l'époux de bonne foi et le ministère public peuvent agir en nullité ². Ensuite, alors que l'action fondée sur l'article 146, C. civ., se prescrit par 30 ans ³, la nouvelle action doit être intentée dans l'année du mariage. Ainsi, l'époux de bonne foi pourrait se trouver maintenu de force dans un lien matrimonial irréal, faute d'avoir agi à temps ⁴. Le délai est d'autant plus contestable que, de toute façon, le conjoint étranger doit attendre un an avant de souscrire une déclaration de nationalité ou de demander la délivrance d'une carte de résident ⁵. Et si le mariage a eu lieu à l'étranger, l'article 170-1 du Code civil prévoit bien un mécanisme d'information du Ministère public par l'agent diplomatique chargé de transcrire l'acte sur les registres français. Seulement, dans ce cas, aucun délai n'est exigé pour la demande de transcription sur les registres ⁶. On comprend donc assez mal le progrès escompté par le législateur. Il serait dès lors peut-être souhaitable de faire courir le délai à compter de la découverte de la fraude, si le mariage a été célébré en France, ou de sa transcription, s'il a été conclu à l'étranger.

¹ Il peut en effet y avoir défaut de consentement sans fraude à la loi et à ce moment, seul l'article 146 est applicable (c'est l'hypothèse classique de la personne atteinte d'un trouble mental au moment de la célébration) ; d'un autre côté, la fraude peut révéler l'absence de consentement.

² Réserver l'action à l'époux de bonne foi et au Ministère public est en effet inopportun ; chaque époux doit pouvoir demander la nullité du mariage, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi. L'exclusion des tiers est également discutable, notamment celle des membres de la famille, d'autant que dans le cadre d'une réforme du droit de la famille, on envisage de supprimer le droit d'opposition des parents ; seul le Ministère public conserverait son droit d'opposition. Voir : DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), *Rénover le droit de la famille. Rapport au Gardé des sceaux, ministre de la justice*, Documentation Française, 1999, p. 112 ; *J.C.P.* 1999, n° 39, Actualités.

³ Certains la considèrent même comme imprescriptible. Dans ce sens, à propos de l'article 146-1, mais en se référant au défaut de consentement : Cour d'appel de GRENOBLE, 20 janvier 1998, *J.C.P.* 1998, IV, 3538.

⁴ Il est vrai que le délai de 30 ans est sans doute trop long pour notre cas, l'absence d'intention matrimoniale ne pouvant durer indéfiniment.

⁵ Pour souscrire la déclaration de nationalité française, le conjoint étranger d'un Français devait auparavant laisser s'écouler un délai de deux ans après la célébration du mariage ; l'article 190-1, C. civ., restait bien inutile. Depuis la loi n°98-170 du 16 mars 1998 (*J.O.* n°64, 17 mars 1998, p. 3935) relative à la nationalité, le délai a été réduit d'un an. Les deux délais coïncident, ce qui constitue une amélioration, mais non suffisante.

⁶ Cf. VAREILLES-SOMMIERES (de) (P.), *op. cit.*, qui souligne que, même si le mariage a eu lieu en France, on ne voit pas qui informera le Ministère public de la fraude. En effet, l'officier d'état civil l'aurait fait avant la célébration s'il avait eu des doutes et l'époux complaisant restera silencieux. Il reste le préfet requis de délivrer un titre de séjour ; cependant, son information viendra trop tard puisque la loi prévoit l'écoulement d'un délai d'un an après la célébration du mariage pour que la carte de résident soit délivrée (art. 15, 1°).

Selon une autre interprétation, l'action fondée sur l'article 190-1, C. civ., ferait double emploi avec celle fondée sur l'article 146 et se juxtaposerait aux actions classiques sans les éliminer¹. L'article 190-1 n'apporte donc rien et son application se heurtera aux mêmes difficultés de preuve : pour établir que le mariage était le moyen de la fraude, il faudrait par exemple établir l'absence totale d'intention matrimoniale.

Enfin, et au-delà des deux interprétations exposées, l'article 190-1 du Code civil s'avère bien inutile pour sanctionner le mariage célébré en fraude à la loi : puisque la fraude porte tant sur le moyen utilisé (l'institution du mariage) que sur l'effet légal recherché (le statut spécial de l'étranger), on pourrait envisager deux sanctions complémentaires : le prononcé de la nullité du mariage et l'inopposabilité du mariage aux instances administratives². Il reste à constater que ces deux sanctions existent indépendamment de l'article 190-1, C. civ., puisque la nullité du moyen est déjà prévue par l'article 146 (dont le domaine est d'ailleurs plus large)³ et que l'inefficacité de l'effet recherché relève de la compétence de l'administration, qui peut, par exemple, contester l'enregistrement de la déclaration de nationalité, comme le lui permet l'article 21-4, C. civ.⁴.

Ainsi, en définitive, des incompatibilités chimiques aux effets secondaires incontrôlables, l'article 190-1 s'avère d'un maniement délicat et plutôt que d'approuver son introduction dans notre Code civil, on est conduit, avec d'autres, à en proposer l'amputation. Il reste à vérifier, toujours sur le plan des remèdes, si le dernier "traitement" conçu par le législateur, l'article 146-1, C. civ., conduit à de meilleurs résultats.

C/ L'Article 146-1 du Code civil et le mariage par procuration

La loi de 1993 a en effet 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, modifié en conséquence, par une nullité qui peut être invoquée par les époux, par le Ministère Public et par tout intéressé.

¹ CARBONNIER (Jean), *La famille, l'enfant, le couple*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 20^e éd., 1999, p. 403 ; CORNU (Gérard), *Droit civil, La famille*, Paris, Montchrestien, 7^e éd., 2001, n°171 ; COURBE (Patrick), *Droit de la famille*, Paris, A. Colin, 2^e éd., 2000, n°125 ; FULCHIRON (Hugues), *op. cit.*, n°140. En effet, dans l'esprit du législateur, il s'agissait d'explicitier une solution admise par une jurisprudence déjà ancienne : *Travaux préparatoires, op. cit.*, p. 128.

² Dans l'article 190-1, C. civ., le législateur n'envisage que la sanction du moyen utilisé et non celle de l'effet ; mais l'inopposabilité n'est pas *a priori* exclue.

³ La disposition peut être invoquée par l'un ou l'autre des époux, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, ainsi que par tout intéressé et par le Ministère public, pendant trente ans.

⁴ Voir aussi LEBRETON (Sylvie), "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", *J.C.P.*, éd. Not., 1999, I, 967 ; Conseil d'Etat, avis, 9 octobre 1992, Abihilali, *J.C.P.* 1993, II, 22025, n. F. Laroche-Gisserot ; *R.C.D.I.P.* 1993, 25, n. Paul Lagarde, *J.C.P.* 1992, IV, 2883, obs. M.-C. Rouault ; *D.* 1993, 252, n. Maillard Desgrés du Loû.

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 France¹. La précision expresse apportée par la nouvelle disposition ne paraît donc utile que pour les mariages célébrés à l'étranger.

La disposition s'avère, de plus, d'application délicate. D'une part, le nouveau texte pose, lui aussi, le problème de son articulation avec d'autres textes (1) et, d'autre part, il suscite de nombreuses réflexions quant à la nature de la règle qu'il contient (2), ces réflexions intéressant essentiellement le droit international privé.

1°/ Articulation des textes

La première difficulté, celle de l'articulation du texte avec d'autres, peut être assez aisément surmontée.

- Le doute avait surtout été instauré, à propos de l'article 190-1, C. civ., suite à une décision rendue par la Cour d'appel de Paris le 2 octobre 1997, qui a fait 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.

Pour simplifier le rejet d'une telle solution, on dira, en premier lieu, que l'article 146-1, C. civ., 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 contestable² 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 an³. De plus la décision assimile mariage clandestin et mariage célébré en fraude à la loi, alors que, dans le premier, ce n'est pas le mariage qui a été célébré en fraude à la loi, mais le lieu de célébration qui a été fixé à l'étranger en fraude à la loi... Un mariage clandestin n'est pas en effet incompatible avec une véritable intention matrimoniale⁴. Il se peut bien sûr qu'un mariage clandestin soit aussi un mariage célébré en fraude à la loi, même si, en imposant la présence du conjoint français lors d'un mariage à l'étranger, la réalisation de la fraude est rendue

¹ Quelques dérogations à ce principe ont cependant été admises, en cas de circonstances de guerre : le consentement est donné devant l'officier d'état civil de la résidence ou devant les autorités (militaires) compétentes, et l'acte est transmis à l'officier d'état civil du lieu de célébration. Cf. loi du 4 avril 1915, décret-loi du 9 septembre 1939 (mod. loi du 28 novembre 1957) ; voir LEVENEUR (L.), *Leçons de droit civil. La famille*, t. I, Monchrestien, 7^e éd., 1995, n°733. La règle nouvelle, de portée générale, ne devrait pas remettre en cause ces règles spéciales.

² La Cour d'appel aurait dû admettre la recevabilité de l'action intentée par le Ministère public sur le fondement des art. 146-1, 184 et 190 combinés, à l'exclusion de 190-1 ; cf. VAREILLES-SOMMIERES (de) (P.), *op. cit.*

³ D'autres décisions, isolées, ont assimilé le défaut de comparution personnelle à l'absence de consentement, pour dire l'action imprescriptible, *op. cit.*

⁴ VAREILLES-SOMMIERES (de) (P.), *op. cit.*

plus difficile et plus onéreuse et même si l'article 146-1, C. civ., à été introduit pour lutter contre les mariages fictifs¹.

Quant à l'articulation de l'article 146-1 avec l'article 146, C. civ., on signalera simplement qu'elle est facile à réaliser. 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.

2°/ Nature de l'article 146 du code civil

La deuxième difficulté soulevée par l'article 146-1 est sensiblement moins facile à résoudre. La question de la nature de cette règle en droit international privé mérite toute notre attention, d'autant que, récemment, la Cour de cassation a donné sa propre interprétation du texte, dans un arrêt du 15 juillet 1999.² Selon elle, l'article 146-1 du Code civil, intégré par la loi n°93-1027 du 24 août 1993 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 "

Le principe bouleverse les solutions classiques de notre droit international privé et il faut d'ailleurs relever le caractère exceptionnel de la chose. L'arrêt a été rendu, suite à un pourvoi formé dans l'intérêt de la loi, ce qui lui confère un poids tout particulier.

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, C. civ., 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 conclusion³. A présent, l'article 146-1 réduit le champ d'application de l'article 170 en faisant sortir les règles de représentation des époux de la catégorie des conditions de forme pour les introduire dans celle des conditions de fond.

¹ Travaux préparatoires, *op. cit.*

² Civ. 1^{re}, 15 juillet 1999, *Proc. Gén. C. cass., Bull. civ.*, I, n° 244, p. 158 ; *D.* 1999, IR, 213 ; *J.C.P.* 1999, *Actualités* ; *R.C.D.I.P.* 2000, p. 207, n. Léna Gannagé ; *D.* 2000, somm., p. 414, obs. J.-J. Lemouland : " Cassation pour violation de ce texte, ensemble l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 conduisant, en France, à l'application de la seule loi française, du jugement qui, pour débouter le ministre public de sa demande en nullité d'un mariage célébré au Maroc hors la présence de l'époux représenté par son frère, énonce que celui-ci est valable tant au regard de la loi marocaine que de la législation française ". Pour des décisions antérieures, voir : Trib. Gr. Inst. de PARIS, 28 novembre 1995, inédit, mais voir *R.T.D.Civ.* 1996, 365, obs. J. Hauser ; *J.C.P.* 1996, I, 3946, obs. Michel Farge ; *Bull. info. C. cass.* n°427, p. 23 ; voir aussi TGI Nanterre, 21 décembre 1995, inédit : " la présence exigée à la cérémonie du mariage constitue une garantie de la liberté et de la réalité du consentement en une expression publique et concomitante à la célébration et non point une simple forme du mariage (...) " ; Cour d'appel de AIX-EN-PROVENCE, 24 mars 1998, (inédit) ; *J.C.P.* 1998, I, 151, obs. Michel Farge.

³ Le droit allemand considère aussi le mariage par procuration comme une *forme* de célébration, régie, en droit international privé, par la *lex loci actus* et non par la loi personnelle ; cf. JACOBS (U.), " Die Handschuehe - Inhalt und Herkunft einer Eheschließungsform ", *StAZ* 1992, p. 5.

Ce nouveau classement est certes séduisant. 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 conclusion¹.

L'analyse du texte et de la décision n'est toutefois pas si simple.

De fait, le texte vise le " Français " et la " célébration à l'étranger ", deux éléments évoquant la possible extranéité, et sa formulation s'apparente à une règle de droit international privé et non simplement à une condition du droit interne.

Seulement, la rédaction du texte n'est pas bilatérale. Celui-ci ne prévoit pas, 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. Elle s'apparente ainsi davantage à une règle unilatérale² et n'est pas sans rappeler l'article 3 du Code civil. Il est possible, bien sûr, d'imaginer qu'on a voulu ici bilatéraliser l'article 146-1. En effet, il n'était pas besoin, pour l'application de ce texte à un Français, de préciser que la condition était régie par la loi personnelle ; dire qu'il s'agissait d'une condition de fond suffisait. La précision ne serait donc utile que pour un époux de nationalité étrangère.

Il faut de plus relever le caractère substantiel de la formulation du texte. La condition est applicable dès lors que le mariage est international et conclu avec un Français. Ainsi, même si le critère de rattachement de la loi personnelle venait à changer, pour lui préférer, par exemple, celui de la résidence habituelle ou du domicile, l'article 146-1, C. civ. s'appliquerait certainement même au Français résidant à l'étranger. La nouvelle disposition revêt plutôt les atours d'une loi de police³. D'ailleurs, publiée au Bulletin, la décision n'est pourtant classée que dans la

¹ *Rappr.*, GANNAGE (L.), note sous Civ. 1^{re}, 15 juillet 1999, *op. cit.*, qui, d'une part, estime que le changement de qualification était peut-être guidé par la volonté d'éviter la loi marocaine (le mariage ayant été conclu au Maroc), d'autant que, dans l'esprit de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, la question est plutôt à placer au sein des conditions de forme. L'auteur propose d'autre part un affinement de la qualification opérée dans le domaine du mariage par procuration. L'exigence de la présence des époux n'étant que le prolongement de la règle non écrite de la prohibition de la représentation dans le domaine du mariage, la question de la licéité de la représentation est donc une question de fond, alors que la question de la présence des époux n'en est que la modalité, qui est une question de forme, régie par la *lex loci celebrationis*. Par adaptation de ses règles matérielles, cette loi s'effacerait lorsque la loi personnelle interdit le mariage par procuration. L'articulation des deux catégories permettrait ainsi d'appliquer la méthode conflictuelle en atténuant les difficultés posées par l'article 146-1 du Code civil.

² Rien n'interdit 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 et non pas seulement quand il sert une fraude à la loi ; cf. VAREILLES-SOMMIERES (de) (P.), *op. cit.*

³ Voir aussi LOUSSOUARN (Yvon) & BOUREL (Pierre), *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 7^e éd., 2001, n°296.

rubrique “ mariage ” et la liste des mots-clés ne fait pas apparaître le terme de conflit de lois. De plus, 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* ”.

La combinaison de l’ensemble reste cependant curieuse. On s’interroge tout d’abord sur l’intérêt de classer la condition parmi les conditions de fond si la règle est une loi de police. Le détour paraît inutile, la loi de police évinçant la règle de conflit.

Il y aurait ensuite, ce qui est plus contestable, une règle pour le Français et une règle pour les étrangers¹. En effet, deux étrangers résidant en France pourraient se marier à l’étranger par procuration donnée à un proche, si leur loi personnelle le permettait ; le mariage devrait pourtant être valable.

De même *a priori* pour deux étrangers se mariant ainsi en France. Mais il est admis sur le fondement de l’article 75, C. civ., que la célébration du mariage ne peut avoir lieu en France sans la présence de chacun des époux. Cette règle s’impose sur le territoire et on en revient à la relativité de la soumission de la nouvelle condition à la loi personnelle des intéressés².

On constate ainsi que les moyens mis en place pour guérir des mariages blancs conduisent à de maigres résultats. Mais le législateur ayant, dans la foulée, conçu quelques vaccins contre ces mêmes mariages, il nous faut vérifier si cette option remporte un plus grand succès et si les autorités concernées peuvent se croire parfaitement immunisées.

II/ L’IMMUNISATION CONTRE LES MARIAGES BLANCS

Comme pour les textes précédents, les vaccins découverts appartiennent à la catégorie des nouveaux antidotes. Mais ici, pas de médecine homéopathique ou chinoise. La piqûre se veut plus agressive et a l’ambition d’être dissuasive. Les dispositions nouvelles ont eu la grande ambition de mettre en place un mécanisme de contrôle préventif de la validité d’un mariage célébré en France. Le système se traduit par l’introduction, dans le Code civil, des articles 175-1 et 175-2 qui donnent, d’une part, au Ministère Public le droit de s’opposer au mariage projeté et à l’officier d’état civil, d’autre part, la possibilité de surseoir à la célébration.

A/ L’Article 175-1 du Code civil : l’opposition au mariage

Le premier des nouveaux textes, l’article 175-1 du Code civil, dispose que “ Le Ministère Public peut former opposition pour les cas où il pourrait demander la nullité du mariage ”.

Avant même la modification du Code civil, cette possibilité avait déjà été reconnue au Ministère public, au nom de la défense de l’ordre public, sur le

¹ On relèvera également que le classement opéré donnera naissance à de nouveaux cas d’unions boiteuses, d’autres systèmes classant le mariage par procureur dans la catégorie des formes.

² Voir cependant la proposition précitée.

fondement de l'article 423 du Nouveau Code de procédure civile. La nouvelle disposition semble généraliser ainsi les cas dans lesquels le parquet peut faire opposition au mariage. Il pourra le faire, nous dit le texte, dans tous les cas où il pourrait demander la nullité du mariage. Il faut, pour établir la liste de ces cas, se référer à l'article 184, C. civ., qui renvoie, entre autres, aux articles 146 (absence de consentement), 146-1 (absence du Français à son mariage), 147 (bigamie), etc. Sans doute faut-il également y ajouter le cas de la fraude, sanctionné dans le nouvel article 190-1.

Il n'y a pas ici *a priori* de réserve à formuler. Cependant, dans les cas où le Ministère public peut demander nullité, on remarque que son pouvoir sera souvent inopérant.

Si l'opposition est fondée sur l'article 146, l'opposant devra faire la preuve de l'absence de consentement ce qui, nous le verrons pour l'article 175-2, sera difficile, le consentement au mariage devant être donné et s'appréciant le jour du mariage et non avant celui-ci.

Si l'opposition est fondée sur l'article 146-1, le Ministère public sera également démuné, la présence ou l'absence de l'époux ne pouvant, là aussi, être constatée qu'au jour du mariage, que celui-ci soit célébré en France ou à l'étranger.

Si l'opposition est fondée sur l'article 190-1, il sera relativement difficile d'établir les trois éléments composant la fraude, l'intention frauduleuse n'étant généralement révélée que *a posteriori*, lorsque, justement, l'absence d'intention matrimoniale devient évidente.

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 423 du Nouveau Code de procédure civile pouvait donc assurément continuer à fonder le droit du Ministère public d'intervenir.

Enfin, les objectifs de la loi de 1993 seront d'autant moins atteints qu'il appartient en principe à la loi nationale de chacun de déterminer les personnes qui peuvent former opposition et les motifs qu'elles peuvent invoquer, tandis que la procédure d'opposition elle-même est soumise à la *lex loci celebrationis*. Le Ministère public ne pourrait donc intervenir que si un Français est en cause ou si la loi personnelle du fiancé contient une disposition identique à celle de l'article 175-1, alors qu'il peut par ailleurs, sur le fondement de l'article 184, C. civ., agir en nullité si la loi de la condition violée est la loi française¹.

On assiste alors, nous semble-t-il, à un certain recul par rapport à un droit général d'opposition fondé sur le seul ordre public et l'on perçoit mal le progrès réalisé et les hypothèses où le Ministère public pourra former opposition au mariage

¹ Pour l'action en nullité, cette qualité lui est conférée par l'article 184 du Code civil, mais l'attribution du droit d'action se rattache à la loi gouvernant les conditions du mariage : Civ. 1^{re}, 13 octobre 1998, *A.M. c./Ministère public*, *R.C.D.I.P.* 1999, 281, n. B. Ancel ; LA PRADELLE (de) (G.), *Les conflits de lois en matière de nullités*, Paris, Dalloz, 1967 ; NIBOYET-HOEGY (M.), *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, Paris, Economica, 1986.

blanc de manière effective. Toute la portée du texte, et notamment ses implications en droit international privé, n'ont donc pas été mesurées lors de son élaboration.

Le manque d'efficacité est encore plus flagrant au regard du second texte supposé pouvoir vacciner les autorités contre les mariages blancs.

B/ L'Article 175-2 du Code civil : le sursis à la célébration du mariage

Le nouvel article 175-2 du Code civil a été conçu pour remédier à l'impuissance des officiers d'état civil confrontés à des unions manifestement feintes¹. Il prévoit que, lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage n'est envisagé que dans un but étranger à l'union matrimoniale, 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 célébration².

Les travaux préparatoires indiquent qu'il s'agit, là encore, de généraliser les cas où le parquet peut faire opposition. Il n'aurait pas seulement la possibilité de le faire lorsqu'il existe une cause de nullité du mariage. L'existence d'*indices sérieux* laissant présumer que le mariage est un mariage de complaisance suffirait à lui conférer ce pouvoir³.

¹ Pour des applications récentes du texte : Cour d'appel de PARIS, 13 novembre 1998, *D.* 1999, somm., p. 372, sur les rôles respectifs de l'officier d'état civil et du procureur de la république face à un mariage ayant fait l'objet d'un signalement ; Cour d'appel de PARIS, 2 août 1996, *J.C.P.* 1998, I, 101, obs. Michel Farge, rappelant que le ministère public doit respecter les articles 66 et 176 du Code civil qui imposent, à peine de nullité, la signification de l'opposition aux fiancés par acte d'huissier. Le seul fait, par exemple, de l'irrégularité de séjour ne saurait constituer un motif de refuser de procéder au mariage. Une telle décision est sanctionnée par les tribunaux pour voie de fait, dans la mesure où elle porte atteinte à une liberté fondamentale et où elle n'est manifestement pas susceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir de l'administration. Entre autres, l'officier d'état civil ne peut pas non plus effectuer d'investigations pour s'assurer de la liberté et de la réalité du consentement des époux.

² La première rédaction du texte prévoyait que le sursis pouvait être prévu pour une durée ne pouvant excéder trois mois mais ne prévoyait aucun recours contre cette décision. Cette disposition a été censurée par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 13 août 1993, comme méconnaissant le principe de la liberté du mariage : " si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République ; que (...) figurent parmi ces droits et libertés (...) la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale (...) ces dispositions méconnaissent le principe de la liberté du mariage, qui est une des composantes de la liberté individuelle " ; Conseil Constitutionnel n°93-325, 12 et 13 août 1993, *R.C.D.I.P.* 1993, 597 ; *J.C.P.* 1993, III, 66372 ; *J.O.* 18 août 1993, p. 11729.

Déclaré inconstitutionnel, motif pris tant de la durée trop longue du sursis que de l'absence de recours contre cette décision, l'article a fait l'objet d'une nouvelle rédaction : Loi n° 93-1417 du 30 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration et modifiant le Code civil, *J.O.*, 1^{er} janvier 1994, p. 11, *D.* 1994, IV, 72, *R.C.D.I.P.* 1994, p. 133. La durée du sursis ne peut plus désormais excéder un mois (article 175-2, al. 3) et les époux peuvent contester la décision du Procureur de la République devant le Tribunal de grande instance qui statuera dans les dix jours (article 175-2, al. 5).

³ " Lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage envisagé est susceptible d'être annulé au titre de l'article 146 du présent code, l'officier d'état civil peut saisir le Procureur de la République. Il en informe les intéressés ". La disposition vise l'article 146 C. civ. relatif à l'absence de

Ce dispositif comporte toutefois un certain nombre de limites.

Tout d'abord, les pouvoirs de l'officier d'état civil ne sont pas accrus par les nouvelles dispositions. Si le Procureur de la République ne se décide pas dans le délai de quinze jours de sa saisine ou à l'expiration du sursis, l'officier d'état civil *doit* célébrer le mariage. Il n'a pas lui-même le pouvoir de surseoir à la célébration¹.

Ensuite, l'article 175-2 n'apparaît pas véritablement comme un élargissement du droit d'opposition : 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, cette obligation de motivation résultant du renvoi exprès opéré à ce texte par l'article 175-2. Or, du fait de ce renvoi, l'opposition risque de ne pas aboutir. Les conditions relatives à l'existence et à la validité du consentement doivent être réunies *au* jour du mariage et leur réunion est vérifiée principalement *après* celui-ci. La coïncidence de ces conditions est notamment déduite d'éléments matériels tels que la cohabitation durable ou la survenance d'un enfant. L'opposition fondée sur le motif qu'il n'y a pas

consentement car c'est sur ce fondement que l'on sanctionne les mariages blancs. Elle a donc été confectionnée pour ce cas précis, exclusivement.

On entend par indices sérieux, les "retards répétés et anormaux pour produire les pièces du dossier de mariage ; projets de mariage successivement reportés ou annulés, comportant parfois un changement en la personne de l'un des futurs conjoints ; présentation du dossier de mariage et accomplissement des diverses formalités par un tiers servant d'interprète entre les époux, ou par un seul des époux sans que l'autre y soit jamais associé ; (...) projets de mariage de couples différents comportant les mêmes témoins ; (...) attitude distante des époux, présence d'un témoin ou d'un membre de la famille qui sert d'interprète entre les époux constatée lors de la célébration" : *Travaux préparatoires, op. cit.* L'amendement de M. Estrosi, permettant au maire de surseoir à un mariage dont il estimerait qu'il risquerait de troubler l'ordre public, a été cependant rejeté, le rôle de l'officier d'état civil ne pouvant être d'apprécier l'existence d'une menace de trouble de l'ordre public.

Cette liste "d'indices sérieux" n'est certainement pas limitative. Ainsi, même si la situation irrégulière d'un époux sur le territoire n'est pas, en principe, un empêchement à mariage (ce qui serait, sinon, contraire au principe de liberté matrimoniale), elle est certainement de nature à alimenter les soupçons de l'officier d'état civil. Celui-ci y verra sans doute un indice suffisant pour saisir le Procureur de la République. Le domaine de son action ainsi que les pouvoirs de l'officier d'état civil seraient élargis et l'on disposerait là d'un moyen efficace de lutter, au stade du simple projet, contre les mariages blancs. On notera cependant que, en Italie (décret-loi n°416 du 30 décembre 1989) et aux Pays-Bas (art. 44, C. civ.), l'officier d'état civil doit s'informer sur la régularité du séjour des fiancés étrangers : GUYON-RENARD (I.), "La fraude en matière d'état civil dans les Etats membres de la Commission Internationale de l'état civil", *R.C.D.I.P.* 1996, 541 et suiv., n° II. I. 4. 2, p. 547.

¹ Ce pouvoir ne lui est pas véritablement reconnu, même si les travaux préparatoires laissent entendre qu'il y est autorisé, sans saisir le Procureur de la République au préalable, lorsque le cas est urgent (cas où les indices sérieux évoqués n'apparaissent que le jour de la cérémonie). Si elle devait être mise en œuvre, cette faculté serait enserrée dans des règles strictes : le différé ne pourrait excéder 8 jours ; le Procureur de la République devrait en être informé et devrait, dans ce délai, faire connaître sa décision à l'officier d'état civil ; à défaut, l'officier d'état civil devrait célébrer le mariage (*Travaux préparatoires, op. cit.*). Ce serait là donner à l'officier d'état civil un pouvoir que la loi ne lui confère pas expressément. En outre, cette possibilité offerte à l'officier d'état civil de saisir le parquet existait déjà auparavant, indépendamment de tout fondement textuel : *Rép. min.* n° 8753, *J.C.P.* 1990, IV, p. 311, incitant les officiers d'état civil à relever les détails suspects lors de la cérémonie.

consentement véritable restera donc souvent sans effet car il est presque impossible d'opérer un contrôle véritable *avant* le mariage.

La difficulté a été illustrée dans une décision de la Cour d'appel de Versailles du 15 juin 1990¹.

Un homme avait formé opposition au mariage de sa fille, au motif qu'il avait pour seul but de permettre au fiancé de régulariser son séjour en France et que le mariage serait donc nul faute de consentement. Il avançait, pour établir la supercherie, que sa fille entretenait, entre autres, une relation avec le frère de l'intéressé depuis trois ans. La future épouse assigna alors son père en mainlevée de l'opposition. Sa demande fut rejetée par le tribunal sur le fondement de témoignages montrant l'absence d'intention matrimoniale. La conviction des juges était renforcée par le fait que le fiancé s'était vu refuser le statut de réfugié et avait été invité, par le préfet, à quitter le territoire. Le mariage aurait donc eu pour seul but de faire bénéficier le jeune homme de l'article 37-1 (ancien) du Code de la nationalité (acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger d'un Français). La jeune fille interjeta appel de cette décision, avec succès.

La Cour d'appel, en effet, ordonna la mainlevée de l'opposition, au motif notamment que, l'opposition portant une atteinte grave au principe de la liberté du mariage, l'empêchement au mariage devait être établi avec certitude. Or cette certitude peut difficilement être acquise, lorsque l'empêchement repose sur le consentement des époux.

En effet, " 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 (...) ”.

Cette affaire a certes été traitée avant l'introduction dans le Code civil du nouvel article 175-2 mais il est tout à fait probable que la mise en œuvre de cette disposition se heurtera aux mêmes obstacles².

L'action du Ministère Public se heurte donc ici à un évident problème de preuve³. Ainsi, en définitive, les vaccins soigneusement élaborés sont en grande partie tenus en échec car les dispositions contiennent en elles-mêmes ce qui les contamine. La disposition n'est-elle donc pas, finalement, bien encombrante et ne pourrait-on pas, sérieusement, envisager, là aussi, de la supprimer ? A l'heure où

¹ VERSAILLES, 15 juin 1990, *J.C.P.* 1991, II, 21759, n. F. Laroche-Gisserot ; *D.* 1991, 268, n. J. Hauser.

² Se heurtant aux mêmes problèmes, mais à l'époque où le Ministère Public agissait en vertu de l'article 423 du Nouveau Code de procédure civile, voir COLMAR, 24 juin 1994, *J.C.P.* 1995, II, 22462, n. F. Boulanger. L'arrêt adopte une solution analogue à celle de la Cour d'appel de VERSAILLES.

³ Le témoignage reste un des modes de preuve les plus utiles : voir, notamment, BORDEAUX, 30 juin 1993, *op. cit.*, qui prend en compte le témoignage des voisins du soi-disant couple.

l'on permet, à presque tous, sans contrôle véritable, de conclure un PACS, le texte accuse, selon nous, un grand décalage.

De tout ceci que reste-t-il ? Supprimer les articles 190-1 et 175-2, modifier les articles 146-1 et 175-1, compléter l'article 146 ? Autant de questions en suspens entretient une regrettable confusion. Une seule chose semble toutefois certaine : si, pour sanctionner les mariages blancs, on continuera de reprocher aux pseudo-époux d'avoir eu pour but d'atteindre un résultat étranger à l'institution matrimoniale, il faut bien reconnaître que, dans sa volonté de tout modifier, le résultat atteint par le législateur est en pratique bien étranger au but poursuivi.

3^{ème} thème : Contrats