



HAL
open science

La célébration du mariage en droit international privé

Élise Ralser

► **To cite this version:**

Élise Ralser. La célébration du mariage en droit international privé. Droit. Université Panthéon-Assas (Paris II), 1998. Français. NNT: . tel-03260994

HAL Id: tel-03260994

<https://hal.univ-reunion.fr/tel-03260994v1>

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.

UNIVERSITÉ PANTHÉON-ASSAS (PARIS II)
Droit - Économie - Sciences Sociales

LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Thèse pour le Doctorat en Droit (Arrêté du 30 mars 1992)
Présentée et soutenue publiquement
devant le jury de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
le 16 Janvier 1998
par

Elise RALSER

JURY

Directeur de recherche : **Monsieur Jacques FOYER**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du Jury : **Madame Hélène GAUDEMET-TALLON**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Gérard CHAMPENOIS
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Patrick COURBE
Professeur à l'Université de Rouen

Madame Bénédicte FAUVARQUE-COSSON
Professeur à l'Université de Rouen

RÉSUMÉ

Les évolutions récentes de la famille et du droit de la famille ont profondément marqué cette fin de siècle, tant en France qu'à l'étranger, et ont notamment conduit à une diversification des formes d'union des sexes. Ces nouvelles données rejaillissent inévitablement dans le domaine de la célébration du mariage et, plus particulièrement, en droit international privé où les situations se diversifient sans pour autant produire les mêmes effets juridiques.

Il convenait dès lors de s'interroger sur la valeur de la célébration du mariage en droit international privé, avec d'autant plus d'attention que les règles de conflit gouvernant la matière n'ont pas, pour le moment encore, tenu compte des profondes modifications que notre société connaît. Il importait ainsi d'en déterminer les finalités et les mécanismes. Cette étude n'a pas manqué de dévoiler la véritable nature du conflit de lois régissant la matière et a révélé que la célébration du mariage relevait des conditions de fond de l'union et non de ses conditions de forme. Elle a également mis en évidence le caractère principalement privé du mariage, au stade de sa conclusion.

Ces observations ont conduit à une réévaluation des méthodes et de la règle de conflit applicables à la formation de l'union. Elle consiste à proposer un système pluraliste, sous forme de règle de conflit alternative, donnant compétence à plusieurs lois pour régir les modes de célébration du mariage en droit international privé.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

B.G.B.	Bürgerliches Gesetzbuch
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
C. civ.	Code civil
C.G.I.	Code général des impôts
D.	Recueil Dalloz
E.G.B.G.B.	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
<i>FamRZ</i>	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Gr. arrêts</i>	Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
IGEC	Instruction générale relative à l'état civil
<i>J.-Cl. comp.</i>	Jurisclasseur de droit comparé
<i>J.-Cl. dr. int.</i>	Jurisclasseur de droit international
<i>J.C.P.</i>	Jurisclasseur périodique. La semaine juridique, édition générale
<i>J.D.I.</i>	(Clunet) Journal de droit international privé (1874-1941) ; Journal du droit international
<i>J.O.</i>	Journal Officiel
N. C. Pén.	Nouveau Code pénal
N.C.P.C.	Nouveau Code de procédure civile
<i>R.C.A.D.I.</i>	Recueil des Cours de l'Académie de La Haye
<i>R.C.D.I.P.</i>	Revue de droit international privé et de droit pénal international (1905-1921) ; Revue de droit international privé (1922-1933) ; Revue critique de droit international (1934-1946) ; Revue critique de droit international privé (depuis 1947)
<i>R.I.D.C.</i>	Revue internationale de droit comparé
<i>R.T.A.F.</i>	Recueil des traités et accords de la France, Imprimerie nationale (de 1958 à 1968), Direction des Journaux officiels (depuis 1969)
<i>R.T.D.Civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>R.T.D.H.</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>RabelsZ.</i>	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationale Privatrecht
<i>Rép. Dalloz de dr. int.</i>	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international
S.	Recueil Sirey
<i>StAZ</i>	Das Standesamt. Zeitschrift für Zivilstandeswesen

T.C.F.D.I.P.

Travaux du comité français de droit international privé

INTRODUCTION

1. « Institution fascinante, fondamentale, fondatrice »¹ le mariage a depuis toujours constitué un thème inépuisable, non seulement pour les romanciers et autres célèbres dramaturges, mais aussi pour les sociologues, démographes, politiciens, historiens, philosophes ou théologiens.... Les juristes ont de même, bien entendu, puisé à cette source. Au carrefour de toutes les sciences humaines, il se trouve aussi au croisement de toutes les branches du droit.

Fondateur, tout d'abord, le mariage reste, malgré les fêlures dont il souffre aujourd'hui, le support dominant de la famille. Il en établit la base et le modèle. Grâce à lui, notre société s'est tissée et s'est construite.

Fondamental, ensuite, le mariage est le symbole de l'union des sexes. Il reproduit le cadre et les conditions nécessaires à la procréation, problème commun à toute l'humanité.

Fascinant, enfin, le mariage l'est sans doute par l'ambiguïté du terme même, le mariage désignant à la fois l'acte de sa formation, entendu comme cérémonie ou célébration, et l'état des époux, une fois franchie la porte de l'institution. Il chatouille aussi avec certaine insistance l'esprit par la définition que l'on en donne habituellement : « *le mariage est l'union légitime d'un homme et d'une femme en vue de vivre en commun et de fonder une famille, un foyer* »². Or, s'il est assez banal de relever aujourd'hui que le mariage n'est plus la forme exclusive de l'union des sexes, force est de constater que cette définition ne correspond plus à l'exacte réalité sociale et juridique, et pourrait peut-être aussi bien convenir à celle de l'union dite 'libre', le seul élément distinctif portant sur le mot 'légitime', qui se définit lui-même par le mariage³. L'institution fascine dans tous les cas par sa force et sa vigueur. Concurrencée et attaquée de toutes parts, elle plie mais ne rompt pas, démontrant par là qu'il n'est pas si désuet de

¹ CARBONNIER (J.), *Droit civil, la famille*, Thémis, 17^e éd., 1995, n°11.

² *Vocabulaire juridique*, association H. Capitant, sous la direction de G. CORNU, P.U.F., 6^e éd., 1996

³ « Légitime : inhérent au mariage », *Vocabulaire juridique, op. cit.*, note 2.

s'intéresser encore au mariage et que celui-ci ne manque pas d'être passionnant.

2. Banalité, certes, mais fatalité, notre société a, en quelques décennies, subi une évolution telle qu'elle n'a pu que rejaillir sur l'évolution du droit de la famille en général, et du droit du mariage en particulier. L'évolution touche aussi le droit international privé car, loin de se cantonner à un seul secteur géographique ou un seul système de droit, ce mouvement a gagné, peu à peu, mais à un rythme différent, tous les pays européens ou de type 'occidental'. Il s'introduit de même doucement dans les systèmes les plus 'conservateurs'. Il s'est principalement traduit, à partir des années soixante-dix, par une augmentation du nombre des divorces et du concubinage, et par une baisse de la fécondité et du nombre des mariages⁴.

Le résultat de ces changements se traduit actuellement par une définition polysémique de la famille. Alors que, durant plusieurs siècles, seule la famille 'légitime' bénéficiait de toutes les attentions, on se penche aujourd'hui sérieusement non seulement sur le cas de la famille naturelle, non fondée sur le mariage, mais aussi sur celui de la famille 'de fait', regroupant un individu et les personnes à sa charge, ou de la famille 'recomposée' après la rupture d'une précédente union⁵.

Le mariage n'est plus, dès lors, l'unique mode fondateur de la famille. Le modèle a lui-même changé. On s'éloigne, insidieusement, de la définition donnée par POTHIER à la veille du Code civil : le mariage est « *un contrat revêtu des formes que les lois ont prescrites, par lequel un homme et une femme, habiles à faire ensemble ce contrat, s'engagent réciproquement l'un envers l'autre à demeurer toute leur vie ensemble dans l'union qui doit être entre un époux et une épouse* »⁶. Si les lois continuent à prescrire les formes que doit respecter cette union, les époux ne s'engagent plus pour l'éternité et les concubins, de leur côté, associent leur sort ou leurs intérêts dans une communauté de vie stable et durable, créatrice d'un lien familial sûr et juridiquement pris en compte, à un niveau quasiment égal.

⁴ ROUSSEL (L.), « La famille en Europe occidentale : divergences et convergences », *Population*, 1, 1992, p. 133 et suiv. De plus de 416.000 en 1972, le nombre de mariages célébrés en France a été de 279.000 en 1996 ; voir *Les notes bleues de Bercy*, 16-31 mars 1997, 107.

⁵ *Vocabulaire juridique*, op. cit., note 2, v° Famille.

⁶ POTHIER (R.J.), *Traité du contrat de mariage*, 1771, in *Oeuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, tome V, sous la direction de M. DUPIN, éd. Charles-Béchet, 1835, n°3.

3. On peut dès lors à juste titre s'interroger sur l'utilité d'une officialisation de l'union, et sur les critères permettant réellement d'attribuer au mariage un caractère spécifique le distinguant clairement des autres modes d'union, à l'heure où le droit, et plus particulièrement certains droits étrangers, accordent des effets juridiques de plus en plus nombreux, semblables à ceux qu'entraîne le mariage, à des unions qui n'en sont pas. La question se pose avec plus d'acuité encore en droit international privé. Si le for doit de plus en plus faire face à une population étrangère, de plus en plus nombreuse, il doit également répondre des situations parfois complexes créées par ses propres nationaux. Le XX^e siècle aura été riche en avancées technologiques et, notamment, dans les domaines touchant à la communication et aux transports, réduisant ainsi les durées et les distances, multipliant les échanges entre les particuliers et engendrant, de ce fait, des conflits de lois toujours plus nombreux.

4. Derrière la question de la célébration, en premier lieu, se cache celle de la validité du mariage. L'étude du droit international privé du mariage s'articule classiquement autour de la bistructure des conditions posées à la validité du mariage. Celle-ci reflète en fait la transposition, dans notre domaine, des dispositions du droit interne : le mariage est valide et produit tous ses effets s'il répond exactement aux conditions de fond et conditions de forme exigées par la loi. Or, un mariage valable n'entraîne pas les mêmes effets qu'un mariage nul qui, lui-même, n'entraîne pas les mêmes effets qu'un mariage inexistant, auquel on peut d'ores et déjà, sous réserve de certaines interprétations doctrinales⁷, comparer l'union libre. Si le problème conserve, aujourd'hui encore, quelque intérêt dans l'ordre interne, la diversité des situations juridiques internationales se conjugue avec une grande diversité sur le plan de leurs effets.

Supposons une femme, de nationalité algérienne, et un homme, de nationalité française mais de statut personnel musulman, qui décident de s'installer ensemble, quelque part en France, juste avant de s'unir par un mariage musulman coutumier, sans le faire précéder ni suivre par une célébration devant l'officier d'état civil français. La forme du mariage étant régie par la loi du lieu de sa conclusion et le droit français exigeant une célébration civile, lorsque le mariage est conclu en France, celui-ci ne reconnaît pas de mariage dans cette union. De cette union naît toutefois un enfant, non reconnu par le père. Après une brutale séparation, la mère intente contre son partenaire, devant les tribunaux français, une action en recherche de paternité naturelle. L'établissement de la

⁷ Le mariage inexistant étant, dans un sens strict et restrictif, celui qui a été célébré, mais qui ne l'a pas été devant l'officier d'état civil, conformément aux exigences de la loi. Voir *infra*, n°508 et suiv.

filiation est régi par la loi désignée par la règle édictée à l'article 311-14 du Code civil, c'est-à-dire par la loi de la mère, loi algérienne en l'occurrence. Or, cette loi ne connaissant que la filiation légitime, la filiation paternelle de l'enfant ne peut être établie⁸.

Supposons encore deux Français installés depuis toujours dans un Etat des Etats-Unis admettant, parmi les modes de conclusion possibles du mariage, le mariage *by cohabitation and reputation*, encore appelé mariage de *Common Law*, c'est-à-dire un mariage ayant toutes les caractéristiques du mariage, à l'exclusion de l'existence d'une célébration, l'union étant établie par la possession d'état d'époux. Les époux décident, plus tard, de passer les dernières années d'une vie paisible et heureuse dans le pays de leur origine, où ils continuent de passer des jours tranquilles, jusqu'au moment où, fatalement, l'un d'eux vient à s'éteindre, sans avoir rédigé de testament. Tous leurs biens se situant en France, la succession sera régie et liquidée selon les dispositions du droit français, qui n'appelle à la succession *ab intestat* que les ascendants, descendants et conjoint, à l'exclusion du concubin. Or, en vertu de la règle qui donne ici compétence à la loi du lieu de conclusion, le droit français reconnaît la validité formelle de l'union, ce qui permettra au survivant de figurer parmi les successibles. En revanche, deux Américains vivant en France et s'y unissant de la même façon, ne seront pas considérés comme mariés par le droit français, et le survivant ne pourra recueillir la succession de son partenaire.

5. Ce dernier exemple nous conduit, en deuxième lieu, à réfléchir sur la spécificité de la célébration du mariage en droit international privé.

A s'en tenir à l'ordre général, c'est bien l'existence d'une célébration de l'union qui semble exprimer la distinction *a priori* essentielle et déterminante entre le mariage et toute autre forme d'union. Celle-ci apparaît alors comme une sorte d'étape initiatique, comme un pont reliant deux reliefs qu'un précipice sépare, et que l'on s'apprête à franchir. Les personnes n'ayant pas osé franchir le pont restent du premier côté.

Si nous parlons de 'célébration' du mariage et non de 'formation' ou de 'conclusion', c'est que nous entendons insister sur l'aspect exceptionnel de cet acte juridique qui fait entrer dans sa conclusion une dimension rituelle et sacrée. La célébration du mariage est portée *vers le haut*, elle fait l'objet d'une

⁸ Nous nous inspirons ici d'une décision célèbre où la question fut réglée sous l'angle de l'autorité de la règle de conflits de lois, la Cour de cassation décidant que le juge devait, d'office, appliquer la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Cf. Civ. 1^{re}, 11 octobre 1988, Rebouh c./ Bennour, R.C.D.I.P. 1989, 368 et chron. Y. Lequette, p. 277 ; J.D.I. 1989, 349, note D. Alexandre et chron. D. Bureau, J.D.I. 1990, p. 317 ; Rép. Defrénois 1989, 310, obs. Massip ; Gr. arrêts n°70.

proclamation solennelle ; elle ne peut se contenter de l'apposition de quelques signatures. Le mariage est un *événement*, un acte important de la vie sociale : il fait donc l'objet d'une cérémonie, d'une déclaration publique. La célébration a une connotation presque nécessairement religieuse⁹.

Sous une acception plus juridique, bien qu'il n'en existe pas de définition juridique, la célébration est l'opération par laquelle les parties s'engagent (dans l'institution du mariage) et qui donne naissance à leur accord. La 'conclusion' se définit aussi en ces termes, mais elle se distingue de la première par l'absence de solennités, de cérémonie, l'absence de rites. La 'formation', quant à elle, tout en étant synonyme de la conclusion, peut également englober la phase d'élaboration de l'acte juridique jusqu'à l'aboutissement de celui-ci, marqué par la réunion de toutes les conditions nécessaires¹⁰.

Ainsi entendues, ces deux dernières expressions peuvent convenir au mariage de *Common Law*, mais non la première puisque cette union n'est pas *célébrée*. Celle-ci est pourtant considérée comme appartenant à la catégorie du mariage. Traiter de la célébration du mariage oblige dès lors à traiter également des mariages sans célébration et conduit à estimer que l'existence d'une cérémonie officielle n'est peut-être pas un critère suffisant à caractériser le mariage en droit international privé. Quelques précisions historiques nous témoigneront d'ailleurs que ce n'est véritablement qu'au XVI^e siècle, et notamment en Europe, que l'on donna une importance accrue à la célébration dans la formation du lien matrimonial¹¹. Pourtant, de nos jours, mis à part peut-être ce cas exceptionnel et marginal du mariage *by cohabitation and reputation*, la célébration, quelle que soit sa forme, publique ou privée, reste, selon toute vraisemblance, le moyen unique d'accéder à l'état de mariage. L'absence de définition légale du mariage laisse alors dans l'embarras. Ainsi, conjuguée aux nouvelles données sociales et à l'internationalisation croissante des relations juridiques, l'ensemble de l'étude conduit à une réflexion, plus générale, sur la valeur de la *forme* du mariage en droit international privé.

⁹ « La célébration (...) est un de ces temps forts où nous laissons un autre que nous prendre la parole devant nous où nous l'invitons à s'asseoir avec nous, à notre table, où nous acceptons un instant qu'il nous prenne avec Lui pour nous taire et l'écouter le voir et le contempler. Notre coeur alors devient brûlant, notre regard se transforme et nous voyons le monde à sa façon. » ; cf. SCOUARNEC (M.), *Vivre, croire, célébrer*, éd. Ouvrières, p. 34.

¹⁰ *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, note 2, v° Conclusion et v° Formation.

¹¹ LE BRAS (G.) (†) & GAUDEMET (J.) (dir.), *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*, tome 14, *L'époque de la Réforme et du concile de Trente*, par BERNHARD (J.), LEFEBVRE (Ch.) & RAPP (F.), éd. Cujas, 1990, p.°217. Voir *infra*, n°21 et suiv.

6. Point central du droit international privé du mariage, l'interrogation suppose que la célébration relève bien d'une question de *forme* de l'union, l'enjeu du problème étant que conditions de fond et conditions de forme ne sont pas régies par la même règle de conflit.

Alors que d'autres systèmes juridiques considèrent, ou ont considéré, la célébration du mariage comme relevant du fond de l'union, le droit français a proclamé, dans l'arrêt *Caraslanis*, que : « *La question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond doit être tranchée par les juges français suivant les conceptions du droit français, selon lesquelles le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme* »¹².

Si le fond d'un acte juridique concerne tout ce qui touche à la personne de ses auteurs, à la valeur de leur consentement, au contenu de l'acte, à la *substance* de l'opération considérée, à l'*exclusion du mode d'expression des volontés*, la forme ne viserait que la mise sur pied de l'opération¹³.

Pourtant, poussée au plus haut degré (on parle alors de formalisme), la forme *exigée* consiste à subordonner la validité d'un acte (dit solennel) à l'accomplissement de formalités déterminées, requises à peine de nullité absolue. Il y aurait formalisme lorsque la manifestation de volonté n'est pas à elle seule suffisante pour conditionner les effets de droit¹⁴. La forme ne serait plus, lorsque l'on franchit ce seuil, un simple mode d'expression de la volonté, mais aurait également trait à la *substance* de l'acte considéré, ce qui la ferait entrer, dans le même temps, dans la catégorie du fond. Elle perdrait dès lors son caractère spécifique pour devenir entièrement accessoire au fond¹⁵.

De fait, si on se limite à l'exemple du droit français, le mariage semble intimement lié à l'existence d'une célébration. Alors que l'on reconnaît des effets juridiques à la possession d'état d'enfant légitime ou naturel, les articles 194 à 196 du Code civil ne prennent en considération la possession d'état d'époux que dans des cas limités et seulement si l'acte de mariage est représenté.

La réflexion sur la forme de la célébration porte de même sur l'incidence des

¹² Civ. 1^{re}, 22 juin 1955, *Caraslanis*, R.C.D.I.P. 1955, 723, n. H. Batiffol.; D. 1956, 73, n. Chavrier; J.D.I. 1955, 682, n. Siacelli; Gr. arrêts n°28; J.C.P. 1956, II, 9328, n. Guiho; *Journal des juristes Hellènes* 1956, 217, n. Francescakis.

¹³ *Vocabulaire juridique, op. cit.*, note 2.

¹⁴ GUERRIERO (M.-A.), *L'acte juridique solennel*, L.G.D.J., 1975, n°23.

¹⁵ Dans ce dernier sens, mais non limité au cas où le droit devient formaliste, voir : DELAPORTE (V.), *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse Paris I, 1974.

évolutions de la famille sur les règles et les méthodes régissant la célébration du mariage en droit international privé, notamment sur la règle de conflit et sur les problèmes de qualification nécessairement engendrés par ces nouvelles données. Les diverses formes d'unions rencontrées dans l'ordre international, par exemple, sont-elles toutes suffisamment proches de l'institution du mariage pour qu'on leur ouvre cette catégorie ou bien doivent-elles se contenter d'un régime différent ? Cependant, qu'on leur offre la première solution ou qu'on la leur refuse, cela suppose un classement qui, lui-même, suppose de déterminer avec précision les spécificités de la célébration du mariage. Or celles-ci ne semblent pas pouvoir être identifiées autrement que par l'étude des fins, des finalités, de cet acte juridique particulier et de son mode de formation. Ces caractéristiques devraient de plus conduire à répondre à la précédente interrogation, celle de l'utilité de la forme solennelle, et à révéler la valeur de la forme du mariage en droit international privé

7. Répondre à la question cruciale de la valeur de la célébration du mariage et de sa qualification en droit international privé nécessite ainsi la recherche de sa cause finale, c'est-à-dire sa finalité¹⁶. « *Toute finalité est une série de causes et d'effets dans laquelle on remarque : 1° un terme où elle s'arrête, et c'est pourquoi on le nomme fin ; 2° un terme intermédiaire, le moyen, ou une série de termes intermédiaires, les moyens ; 3° un terme où elle commence, car le nom de moyen ne se justifierait pas s'il ne se plaçait entre le commencement et la fin (...)* »¹⁷. La finalité d'une chose étant alors tout ce qui tend vers un but et ce qui procède à l'agencement des moyens, c'est-à-dire tout ce qui est à la fois fin et moyen¹⁸, c'est autour de cette structure que s'articulera notre recherche bien que cette présentation puisse être contestée.

Le schéma fins-moyens est en effet parfois présenté comme trop imparfait et approximatif. Il masquerait le véritable caractère des situations où le même état de choses, à deux moments distincts, est une fois fin et l'autre fois moyen pour des fins ultérieures. La distinction entre les fins et les moyens encourrait ensuite et surtout le reproche de ne pas pouvoir être faite. La 'fin' devrait inclure *toutes* les notions qui poussent le sujet à tel acte et les 'moyens' *tous* les

¹⁶ Pour les explications du doyen Batiffol relatives à la nécessaire détermination du but poursuivi par une institution, voir BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, n°19, p. 43.

¹⁷ Cf. LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., 1972, citant GOBLOT, *Vocabulaire*, v° Finalité.

¹⁸ MORFAUX (L.-M.), *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, éd. A. Colin, 1980.

comportements ou actions antérieurs à la réalisation du but¹⁹.

La critique n'est pas convaincante. Il n'est pas, d'une part, nécessairement gênant qu'un élément puisse être considéré à la fois comme fin et comme moyen. La célébration du mariage peut être présentée comme le moyen d'accéder à l'état de mariage, mais à supposer que l'on reconnaisse, peu à peu, les mêmes effets à plusieurs types d'unions, elle pourrait aussi constituer un but en soi. Mais une distinction est toujours possible. D'autre part, il n'est pas utile, pour opérer la distinction, d'établir une liste exhaustive des buts et des outils de réalisation. Quelques éléments de cette distinction peuvent suffire.

8. Au demeurant, le droit positif lui-même nous invite à utiliser ce schéma. Saisie d'une espèce (purement interne) de validité d'un mariage « légitimant », la Cour de cassation décida en effet que : « *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* ». Adoptée pour apporter une solution au problème des mariages simulés, et reprise maintes fois par la suite, dans des décisions ultérieures, retentissantes d'actualité, et concernant, cette fois, des unions mixtes conclues entre personnes de nationalité différente, la célèbre formule nous entraîne dans une recherche sur les finalités du mariage. La tentation est d'autant plus grande que ni le législateur ni le juge n'ont déterminé ces finalités. Pour apprécier la valeur d'une institution, il faut d'abord se demander ce pour quoi elle est faite.

Il serait possible de tempérer cette exigence en remarquant que les fins de la célébration du mariage n'ont pas nécessairement le même domaine que les fins du mariage lui-même. Toutefois, en apparence circonscrit à un chapitre et à un moment bien déterminés du droit du mariage, le sujet apparaît difficilement détachable de l'ensemble de l'institution. Les conditions de la célébration ne sont posées qu'en vue de cet ensemble et, inversement, les finalités générales de l'institution peuvent contribuer à apporter certains éléments de précision nécessaires à la qualification de la célébration du mariage en droit international privé.

9. C'est ensuite la nature de la règle de conflit qui nous conduit à nous pencher sur les fins de la célébration du mariage.

Dire que les conditions de fond, d'une part, sont régies par la loi nationale de chacun des intéressés et que les conditions de forme, d'autre part, le sont par la

¹⁹ GRZEGORCZYK (Ch.), « La rationalité de la décision juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1978, t. 23, p. 237, spéc. p. 246 et suiv.

loi du lieu de célébration, est à coup sûr exposer la règle de conflit sous un angle tout à fait classique, sous son aspect neutre et bilatéral. Dans le rapport juridique que représente le mariage, on examine l'élément qui constituera le *siège du rapport de droit*, et on en conclut qu'il s'agit respectivement, pour les deux catégories énoncées, de la *nationalité* et du *lieu de célébration*. Ces deux éléments constituent les rattachements définis par la règle de conflit.

La règle de conflit est *indirecte* en ce qu'elle se borne à désigner la loi qui régira la situation, sans donner elle-même immédiatement la solution concrète. Elle conduit indifféremment soit à la loi du for, soit à une loi étrangère (c'est en cela qu'elle est *bilatérale*), sans établir de hiérarchie entre elles, et sans préjuger du résultat concret que l'application de cette loi entraînera : c'est la *neutralité* et l'*objectivité* de principe de la règle de conflit. C'est l'intensité du lien qu'il présente avec tel ou tel Etat qui dicte le rattachement du rapport de droit, et non le résultat ni les intérêts en cause²⁰. La localisation des rapports de droit présente un caractère purement mécanique. La règle de conflit se tient en quelque sorte à l'écart du problème de fond.

10. Il apparaît cependant que l'affirmation de la neutralité de principe de la règle de conflit doit être tempérée. La règle de droit international privé n'est pas une règle totalement désincarnée, mécanique car elle prend en compte un certain nombre de valeurs sociales et la solution du problème de fond tend par ailleurs à influencer le mécanisme conflictuel.

Si, par exemple, les pays d'immigration soumettent le statut personnel à la loi du domicile, c'est sans doute parce que celle-ci coïncide le plus souvent avec la loi du for²¹. Les solutions s'inspirent de principes divers. La valorisation du principe de l'égalité des sexes a par exemple conduit à supprimer le rattachement de certaines catégories à la seule loi nationale du mari²². L'entorse à la règle de conflit ne se limite pas par ailleurs à la prise en considération de principes généraux. On s'inspire aussi de l'esprit des lois et des institutions. Dans la doctrine américaine des intérêts gouvernementaux, le juge doit rechercher quel

²⁰ Cette méthode trouve son origine dans la pensée de SAVIGNY, mais que l'on trouve aussi ensuite dans celle de BARTIN : LOUSSOUARN (Y.), « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *T.C.F.D.I.P.* 1980-1981, t. II, p. 43

²¹ Les pays d'émigration rattachent en revanche le statut personnel à la loi nationale. Telle est la conception personnaliste de Mancini, pour qui la loi doit être permanente, même en dehors du territoire.

²² Voir, par exemple, BORRAS (A.), « Non-discrimination à raison du sexe et modification de droit international privé espagnol », *R.C.D.I.P.* 1991, pp. 626-634 ; ou encore une décision italienne soulevant l'inconstitutionnalité de ce rattachement : Cour constitutionnelle d'Italie, 26 février et 25 novembre 1987, *R.C.D.I.P.* 1987, 563 et *R.C.D.I.P.* 1988, 710, n. Bertrand Ancel.

est l'Etat dont la loi a le plus intérêt à être appliquée. La théorie de la *proper law* resterait neutre si elle se contentait de chercher la loi applicable en se fondant sur le groupement des points de contact, mais le juge recherche aussi la finalité des lois en présence²³.

11. Loin de la méthode classique élaborée par Savigny, les règles de conflit actuelles ne sont plus, ainsi, aussi détachées de la règle de fond et de son résultat concret, et paraissent poursuivre une certaine finalité. Le droit international privé du mariage n'échappe pas à cette évolution des règles et des méthodes. Les règles gouvernant sa célébration dans l'ordre international sont en effet largement imprégnées des conceptions et orientations du for. La question des *fins de la célébration du mariage* fera donc l'objet de la première partie de l'étude.

12. Les fins de la célébration du mariage étant dégagées, il faut s'interroger ensuite sur les modalités de leur mise en œuvre, les *moyens* de leur réalisation. L'étude des fondements de la célébration du mariage rejaille en effet inévitablement sur celle des mécanismes régissant la matière. La concurrence de nouvelles formes d'union, dont la conclusion, laissée à l'entière liberté des individus, échappe apparemment à toute autorité étatique, met par exemple en évidence l'intrusion de plus en plus marquée de la volonté dans le domaine de la famille et du statut personnel. De son côté, la conclusion du mariage apparaît comme encadrée par la volonté publique, étatique, révélant ainsi son caractère politique. Ces deux éléments pourraient néanmoins conduire au même résultat : la célébration du mariage étant de l'essence même du mariage, ne relèverait pas nécessairement de ses conditions de forme. Au cœur de tous les enjeux, puisque les conditions de fond et les conditions de forme de l'institution ne sont pas soumises à la même règle de conflit, la question permet d'aborder celle des méthodes sous un aspect différent. Elle participera de même à la révélation de la véritable nature des règles de conflit en la matière, règles depuis longtemps inchangées. Bien que d'origine largement jurisprudentielle, les solutions que le droit international privé prévoit laissent une impression de fixité et de rigidité. L'étude des moyens permettra dès lors de s'interroger sur l'actualité de ces solutions et d'envisager leur éventuelle évolution.

²³ *Arrêt Babcock c./ Jackson*, Cour suprême de l'Etat de New York (court of appeals), 9 mai 1963, R.C.D.I.P. 1964, 284. Voir aussi AUDIT (B.), *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit*, R.C.A.D.I. 1984, vol. 186, pp. 219-398.

13. Plusieurs façons d'exposer la question de la célébration du mariage auraient pu être proposées. Une présentation habituelle aurait consisté, d'une part, à adopter la division consacrée entre les conditions de fond et les conditions de forme de la célébration du mariage et, d'autre part, après avoir déterminé la loi applicable à ces différentes conditions, à en déterminer le domaine. Il aurait de même été possible, après avoir qualifié la célébration du mariage, d'en tirer les conséquences sur le droit international privé et sur la loi applicable. Ces schémas auraient toutefois été trop classiques et auraient peut-être eu l'inconvénient de réduire le champ d'investigation et de ne pas permettre, en raison du trop grand confort que confèrent les cadres traditionnels, d'aborder certains angles du sujet.

L'articulation entre les fins et les moyens aurait pu, de son côté, recevoir plusieurs présentations. On aurait pu tout d'abord envisager de reprendre chaque fin exposée, pour lui appliquer le moyen prévu à son effet et discuter de son opportunité. Mais cette présentation aurait pu avoir l'inconvénient d'être fastidieuse et, surtout, de ne pas rendre compte de l'étude somme toute linéaire du problème central de la place de la célébration du mariage en droit international privé. C'est pourquoi elle ne sera retenue que parcimonieusement, à l'occasion de quelques unes, seulement, des finalités principales de l'institution.

Il aurait de même été possible de partir, dès le commencement, des moyens, c'est-à-dire des règles, pour expliquer ensuite quelles fins elles sont censées servir. Il s'agit globalement de la démarche adoptée à l'occasion de l'étude des fins de la célébration car, même si la distinction fins-moyens est intellectuellement possible, il est difficile d'exposer les premières de façon abstraite, détachées des règles qui les illustrent.

C'est pourquoi la question des moyens de la célébration du mariage se dédouble. Il s'agira de déterminer de façon précise le *fonctionnement* des règles applicables à la célébration du mariage, plutôt que les règles elles-mêmes, pour en apprécier, ici encore, la valeur, c'est-à-dire qu'il faudra tenter d'évaluer leur efficacité par rapport aux éléments dégagés et, le cas échéant, proposer d'autres analyses ou solutions. Les *moyens* constitueraient les chemins à suivre pour trouver le juste partage, inventer la solution de droit²⁴.

14. Partant de ces préceptes, les fins du mariage ayant permis de dégager les éléments substantiels de la célébration de l'union, il sera possible, dans un

²⁴ VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, II, *Les moyens*, Dalloz, 2^e éd., 1984, n°131, et I, *Les fins*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 1986.

deuxième temps, de s'interroger sur les *moyens de la célébration du mariage* en droit international privé. Le plan proposé s'articule dès lors comme suit :

Première partie :

LES FINS DE LA CELEBRATION DU MARIAGE

Seconde partie :

LESMOYENS DE LA CELEBRATION DU MARIAGE

- PREMIÈRE PARTIE -

**LES FINS DE LA CÉLÉBRATION DU
MARIAGE**

15. La bonne compréhension des règles et des méthodes de droit international privé gouvernant la célébration du mariage nécessite de rechercher les fins, les fondements de l'institution : « *c'est le but poursuivi qui peut seul donner un sens à une institution* »²⁵. Les règles du droit international privé français en la matière étant fortement inspirées des conceptions internes, nous raisonnerons essentiellement à partir de l'exemple français²⁶. Celui-ci est toutefois assez symptomatique de l'évolution qu'ont connue ou connaissent la plupart des pays occidentaux.

16. La *fin* a un double sens en latin : elle est première dans l'intention, dernière dans l'exécution, c'est-à-dire qu'elle est à la fois but, résultat, d'une part, et terme, limite, d'autre part. Nous ne retiendrons, pour notre étude, que le premier de ces sens : la fin est ce pourquoi une chose est ou est faite, ou ce vers quoi elle tend²⁷.

S'interroger sur les fins de la célébration du mariage consiste à poser le postulat que la célébration, la cérémonie, aussi solennelles soient-elles, n'est peut-être pas un but en soi. Ainsi le mariage tend vers la réalisation d'un certain objectif car il entraîne une modification substantielle de l'état des personnes. C'est donc supposer qu'il n'y a pas en soi de célébration du mariage *pour* la célébration du mariage. Une clé est généralement introduite dans la serrure d'une porte pour pouvoir entrer ou sortir d'un endroit clos, rarement pour le simple plaisir de se servir de cet instrument. Ceci n'ôte pas pour autant toute sa finalité à l'instrument lui-même. Il s'agit ici simplement de distinguer l'action du moyen d'agir.

L'analyse du mariage sous l'angle de ses conséquences juridiques, notamment dans le cadre des relations privées internationales, et la confrontation des intérêts publics et privés en présence soulignent le caractère singulier de la célébration du mariage. Le mariage est souvent présenté comme une matière 'mixte', relevant à la fois du droit public et du droit privé. Il relèverait d'une

²⁵ BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, n°19, p. 43.

²⁶ La variété des institutions étrangères oblige à approfondir nos propres concepts : BATIFFOL (H.), *op. cit.*, note 25, n°18, p. 41.

²⁷ MORFAUX (L.-M.), *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, éd. A. Colin, 1980 ; LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., 1972.

certaine catégorie d'actes de nature hybride qui ne seraient ni privés en raison de la présence formelle de l'organe public, ni publics, car élaborés principalement par des particuliers²⁸.

17. Il faut distinguer ainsi les fins (privées) que les particuliers se sont fixées, de celles (publiques) que l'Etat poursuit aussi, de son côté. Les individus, personnes physiques, sont ceux qui *agissent* (action d'ouvrir la porte). Reste à savoir *pourquoi* ils souhaitent agir de la sorte (« entrer »)(Titre 2). L'Etat, dépositaire du droit objectif, remplit le rôle de geôlier : il est celui qui a fermé la porte et qui est le gardien des clés. En cette époque de libéralisme grandissant, où l'intérêt public cède souvent la place à la force de l'intérêt et de la volonté privés, il est peut-être nécessaire de s'interroger sur la justification de la présence de ce « geôlier » (Titre 1).

²⁸ PAMBOUKIS (Ch.), *L'acte public étranger en droit international privé*, L.G.D.J., 1993 ; également « L'acte quasi public en droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1993, 565, spéc. p. 580.

- Titre 1 -

LES FINS "PUBLIQUES" DU MARIAGE

18. Il serait certes tentant d'avancer que le droit international privé régit les seuls intérêts privés des particuliers. Mais élaboré par le législateur et par le juge, il est également à l'évidence le serviteur des intérêts politiques, économiques et sociaux, de l'Etat, ce qui donnera à la forme du mariage international une force spécifique²⁹. L'Etat représente la Nation et il doit en garantir l'intégrité. Ce qui est 'public' concerne le peuple, les rapports de l'Etat avec les citoyens, et ce domaine est régi et contrôlé par l'Etat lui-même.

Dire que la célébration du mariage poursuit des fins publiques signifie que le mariage ne touche pas seulement le couple, les familles respectives des conjoints ainsi réunies, et la future famille, mais concerne une population tout entière. Cet aspect du mariage ne trouve d'ailleurs pas meilleure représentation que sur la scène internationale, puisqu'y sont justement confrontés plusieurs

²⁹ « (...) la liberté est le premier attribut de la personne humaine ; c'est celui qui en caractérise vraiment la dignité ». Mais la liberté n'est pas un but en soi. « C'est pourquoi la liberté humaine, attribut de l'homme, ne peut pas ne pas subir de limite en fonction des devoirs de l'homme envers l'humanité, et plus spécialement de la nation dont il fait partie. Dès lors, nous sommes au seuil du droit public, puisque le droit public, ce sont les relations de l'homme avec la société nationale dont il fait partie. Si donc on donne à l'homme la souveraineté sur les biens dont il est propriétaire ; si on lui permet d'épouser la femme de son choix, et de passer, avec qui il lui plaît, les contrats dont le contenu lui paraît bon, ce n'est pas exclusivement dans l'intérêt de sa fantaisie. C'est aussi pour contribuer, par là, à l'intérêt général de la société. Ainsi le droit privé, le droit civil, va inévitablement rejoindre le droit public. Dès qu'on entre dans cette voie, le mariage n'est plus simplement la rencontre de deux fantaisies, qui, s'étant rejointes, pourraient aussi se séparer ; le mariage, c'est la fondation d'une cellule sociale, la famille, dont on verra qu'elle tend à entrer parmi les institutions de droit public » : SAVATIER (R.), *Du droit civil au droit public*, L.G.D.J., 1945, p. 7. L'auteur prévient néanmoins qu'il serait dangereux de considérer la famille comme contribuant uniquement au bien commun de la collectivité, car ce serait, finalement, nier la personne humaine ; cf., spéc., pp. 15-33.

peuples, et leurs visions respectives du monde, ce qui marquera profondément les règles de droit international privé régissant la matière.

19. Le mariage mêle ainsi intérêts privés et intérêts publics. Mais ces derniers ne sont pas de même nature que les premiers. Alors que les fins privées visent de façon générale l'épanouissement de la personnalité et des libertés individuelles, les fins publiques tendent vers l'épanouissement de toute la société, tant pour l'individu pris séparément que pour le groupe ; leur fonction est essentiellement politique³⁰.

20. Ces fins publiques et politiques du mariage se trouvent principalement exprimées dans sa dimension solennelle : l'union des sexes doit être *célébrée*, conformément à des rites prédéterminés et imposés par la loi. Ce caractère résulte d'un processus de formalisation de l'union des sexes (chapitre 1), formalisation dont il nous faudra apprécier les fondements (chapitre 2).

³⁰ Le terme 'politique' nous vient du grec *politikos*, qui concerne les citoyens, l'Etat, et de *polis*, la ville, la cité. Ce qui est politique concerne donc l'ensemble des citoyens ou la vie collective de la cité ; cf. MORFAUX (L.-M.), *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, A. Colin, 1980.

Chapitre 1

LA FORMALISATION DE L'UNION DES SEXES

21. Le mariage est un acte consensuel à l'origine car il repose avant tout sur la volonté des époux de s'unir et aussi parce que sa conclusion résulte en principe du seul échange de ces volontés. Pourtant, le mariage est également formaliste car l'échange des volontés ne peut se faire que conformément à certains rites qui ont été, peu à peu, imposés par le législateur.

22. Cette formalisation de l'union des sexes résulte d'un long conflit de pouvoirs qui ont amené les autorités en place à retirer aux particuliers un peu de leur liberté, ainsi qu'à endiguer leur volonté individuelle, afin de les encadrer, de mieux les contrôler et, enfin, de mieux servir les intérêts étatiques.

Ce but fut atteint au terme d'un assez long processus. Informel, le mariage est devenu formaliste, dans le sens où la forme de l'union n'est pas laissée au seul choix des individus, mais où, au contraire, une forme unique domine et est érigée en règle obligatoire, sanctionnée, en conséquence, par la nullité de l'union. La forme actuelle du mariage résulte de cette phase de solennisation de l'institution (section 1).

23. De cette formalisation on retient aujourd'hui tout un assortiment de conditions que notre droit requiert pour la validité du mariage. Ces conditions restent entièrement imprégnées par la conception que le système français se fait de l'institution, conception de droit interne qui marque profondément les règles régissant l'union dans l'ordre international (section 2).

Section 1

La solennisation du mariage

24. De consensuel, le mariage est devenu solennel. Sa validité est soumise au respect d'un certain nombre de conditions de forme. Le mariage est donc formaliste, et cet aspect constitue sa première caractéristique et résulte d'un long cheminement historique (§ 1).

L'évolution de la forme du mariage n'est pas seulement marquée par son passage de la forme consensuelle à la forme solennelle, elle l'est aussi dans sa substance. Alors qu'il a été régi durant des siècles par les puissances religieuses, et pour la France et nombre de pays occidentaux, par le droit canonique, le mariage est devenu une institution civile et laïque (§ 2).

§ 1 : Naissance du mariage solennel et formaliste

25. Longtemps, sous l'inspiration du droit canon, le mariage a été consensuel, c'est-à-dire que l'on n'exigeait aucune forme particulière, à sa conclusion, en vue de sa validité. Selon la doctrine canonique, les époux étaient eux-mêmes ministres du sacrement du mariage, le prêtre ne jouant, à la rigueur, qu'un rôle de témoin. La présence de celui-ci était alors facultative, et le mariage pouvait se conclure clandestinement, sans pour autant être invalide. Quant à établir son existence, la possession d'état d'époux suffisait pour convaincre l'opinion : « *Boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble* » ; cet adage est longtemps resté le principe, à la fois comme mode de conclusion et comme mode de preuve de l'union³¹.

Le mariage se concluait donc de façon purement privée. On pouvait néanmoins distinguer deux façons de se marier. Ou bien les époux se mariaient *per verba de praesenti*, c'est-à-dire qu'ils déclaraient 'dès à présent' se prendre pour époux, et le lien était indissolublement formé dès cette déclaration ; ou bien ils se mariaient *per verba de futuro*, c'est-à-dire qu'ils n'échangeaient qu'une sorte de promesse de se prendre pour époux, le mariage se formant ensuite soit par une nouvelle

³¹ ROLAND (H.) & BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 3^e éd., 1992, n°35.

déclaration, soit par la cohabitation³².

26. Pratique, et laissant pleine liberté dans le domaine des relations privées, le mariage consensuel n'en présentait pas moins un certain nombre d'inconvénients. La clandestinité laissait libre cours à tous les abus. Elle pouvait engendrer la bigamie, l'inceste, autoriser le mariage des prêtres, permettre d'échapper au consentement des parents ; elle invitait aussi à abuser de la naïveté de certains, elle favorisait les mésalliances, etc. L'absence de preuve objective permettait de se dédire facilement³³. Cela permettait du même coup de tourner la prohibition du divorce.

27. Dès lors on tenta, dès le IX^e siècle, de remédier à ces problèmes. Les conciles, et notamment celui de Latran, en 1215, prescrivirent certaines formalités comme la publication des bans³⁴, l'intervention du prêtre et interdirent les mariages clandestins. Mais l'Eglise ne considéra pas ces exigences nécessaires pour la validité du mariage, ce qui priva les recommandations d'efficacité.

Il faudra attendre le Concile de Trente, en 1563, pour voir apparaître une véritable exigence de solennité. Désormais, le mariage doit être conclu *in facie Ecclesiae*, devant le curé de la paroisse de l'un des époux, et en présence de deux témoins. A défaut, le mariage est nul. On passe alors du consensualisme à l'acte juridique solennel³⁵. C'est la première apparition d'une condition de forme pour la validité du mariage.

Le texte du Concile, le décret *Tametsi*, issu des autorités de l'Eglise, ne fut

³² BEAUCHET (L.), « Etude historique sur les formes de la célébration du mariage dans l'Ancien droit français », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1882, 351-393, et 631-683, not. p. 386 et suiv. ; LE BRAS (G.), « La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mil », *Dictionnaire de Théologie Catholique*, 1899, t. IX, col. 2123-2317.

³³ LEFEBVRE-TEILLARD (A.), *Les Officialités à la veille du Concile de Trente*, L.G.D.J., 1973, pp. 164-179, donnant l'exemple de quelques procès qui eurent lieu, notamment en Angleterre, pour condamner le jeune homme à épouser celle qu'il avait déclarée vouloir prendre pour épouse. Voir aussi GAUDEMET (J.), *Le mariage en Occident*, éd. du Cerf, 1987, not. p. 223 et suiv.

³⁴ Les publications n'ont pas été une innovation, mais une coutume que le concile a transformée en loi ; cf. GENDREL (M.), *Les mariages in extremis*, L.G.D.J., 1958, n°66.

³⁵ On fait parfois mention d'une époque plus tardive, pour le passage du contrat consensuel au contrat solennel. Ce passage se trouverait dans le décret *Ne Temere*, de Pie X (2 août 1907) ; cf. BERNHARD (J.), *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*, tome 14, *L'époque de la Réforme et du concile de Trente*, éd. Cujas, 1990, pp. 212-310, not. p. 273.

pourtant jamais reçu en France. Mais les directives royales qui suivirent en furent directement inspirées. L'Ordonnance de Blois de 1579 (article 40), se montrant encore plus stricte, exigea la présence du curé, de quatre témoins, la publications des bans avant le mariage³⁶. Elle interdit par ailleurs les mariages 'par parole de présent', conclus devant notaire³⁷. Même si le texte ne fut pas appliqué à la lettre dans l'immédiat, certains couples ayant eu recours à des moyens détournés, comme les mariages 'à la Gaulmine'³⁸, il marque une étape importante dans l'évolution de la conclusion du mariage vers le formalisme. Néanmoins les rapt et les mariages clandestins demeuraient fréquents. Sous LOUIS XIII, la Déclaration Royale de 1639 ordonna la célébration publique du mariage, privant de droits successoraux les enfants nés d'unions clandestines. La même sévérité s'imposa aux mariages conclus *in extremis*³⁹.

28. Parallèlement à l'exigence de ces formalités, on vit apparaître la nécessité d'un enregistrement. Il s'agissait notamment d'interdire les mariages illicites de trop proche parenté. Il était indispensable, à cette fin, de connaître la parenté des futurs époux.

C'est sous l'instigation de l'évêque de Nantes, HENRI le Barbu, en 1406, que sont apparus les premiers registres, transcrivant les baptêmes qui avaient eu lieu dans la paroisse. Cette pratique venait en complément de la coutume qui voulait également qu'à l'occasion de ces événements, une offrande fut faite au prêtre célébrant. La paroisse tenait ainsi les comptes en même temps qu'elle consignait les célébrations⁴⁰.

Innovante, cette démarche ne resta pas isolée, le Pouvoir royal comprenant très vite l'intérêt de ces registres. En 1539, FRANÇOIS 1^{er} signa à Villers-Cotterêts un édit confirmant l'obligation qu'ont les curés de tenir de tels registres, et de les

³⁶ Le but de l'ordonnance de Blois était d'ailleurs clair à cet égard : elle avait pour finalité d'« obvier aux abus et inconvénients qui adviennent des mariages clandestins ». L'ordonnance de janvier 1629 (le 'Code Michaud') sanctionna alors de nullité les mariages conclus sans célébration publique. Puis l'ordonnance civile d'avril 1667 imposa la tenue d'un seul registre pour les mariages, baptêmes et décès ; cf. DUGAS DE LA BOISSONNY (Ch.), *L'état civil*, P.U.F., *Que-sais-je ?* n°2335, 1987, p. 18 et suiv. Cela permettait ainsi de vérifier en une seule fois, par le même moyen, l'existence ou l'absence d'éventuels empêchements.

³⁷ Article 44 de l'ordonnance.

³⁸ L'échange des consentements avait lieu devant un curé pris brusquement à témoin, ou de connivence, en présence de deux témoins qui dressaient l'acte. L'interdiction de tels mariages fut réitérée dans l'Edit de 1697.

³⁹ GENDREL (M.), *Les mariages in extremis*, L.G.D.J., 1958, n°91, 132.

⁴⁰ MARQUANT (R.), *L'état civil et l'état des personnes*, Masson, 1977, p. 12.

déposer chaque année au siège du bailli⁴¹. Mais en pratique, les curés ne les tenaient pas de façon régulière, et n'effectuaient pas le dépôt prévu.

29. Le Concile de Trente créant des solennités du mariage, commanda aussi une bonne tenue des registres. A la fin du XVI^e siècle, toutes les paroisses tiennent des registres où sont transcrits les événements importants, (mariage, baptêmes, décès) se produisant au sein de la communauté. Le rôle de la tenue des registres fut tout naturellement confié, à l'origine, aux curés, non seulement en raison de leur fonction de célébrants, mais aussi parce qu'ils savaient lire et écrire⁴². Pour les actes concernant les protestants, le synode national de 1559 crée l'enregistrement des réformés et l'édit d'Amboise, de Charles IX, donne implicitement valeur civile aux registres protestants. Après la Réforme, on donna à cette catégorie de sujets la possibilité d'être enregistrés par le juge royal du lieu de naissance, avant de donner, en 1664, mission aux pasteurs de tenir des registres pour leurs coreligionnaires⁴³.

Mais après la révocation de l'édit de Nantes, en 1685, et jusqu'en 1792, l'état civil des protestants reste incertain. La grande présence de l'église, dans la tenue des registres, représente un réel handicap.

30. Et pourtant, peu à peu, le pouvoir séculier vient s'immiscer dans ce monopole. Sous le règne de LOUIS XIV, en 1667, le Code Louis réglemente l'état civil : les Registres doivent être tenus en double, la grosse devant être déposée au greffe du juge royal, la minute étant conservée dans la paroisse. Les besoins de statistiques démographiques viennent renforcer le rôle de l'état civil. Mais c'est en 1736, puis en 1792, que l'Eglise perd son pouvoir en matière de preuve de l'état civil : les deux exemplaires du registre (minute et grosse) deviennent deux originaux, ayant donc la même force probante⁴⁴. C'est ainsi que, peu à peu, on s'est dirigé vers un mariage civil et laïque.

⁴¹ Edit de Villers-Cotterêts, § 51.

⁴² LAMARQUE (P.), « La laïcisation de l'état civil », *Cahiers laïques*, 1989, n°217, p. 57 et suiv.

⁴³ PINTARD (J.-N.), « Les registres de l'état civil : l'histoire d'un long conflit de pouvoirs », in *Repères pour l'économie Languedoc-Roussillon*, INSEE, 1984, n°3, p. 13 et suiv.

⁴⁴ PINTARD (J.-N.), *op. cit.*, note 43.

§ 2 : Naissance du mariage civil et laïque

31. La formalisation de l'union s'est accompagnée d'une laïcisation de celle-ci. Cette laïcisation a suivi des voies différentes selon les pays⁴⁵ mais, en France,, elle a suivi celle de la sécularisation : le sacrement divin a été abandonné, pour en faire une sorte de sacrement laïque⁴⁶. Le mariage civil a en effet pris une signification politique substantielle : il est une garantie de la laïcité, fondement de notre paix sociale.

La naissance du mariage civil et laïque n'est pas seulement issue de la question du mariage des protestants (A). Elle fut aussi le signe de l'affirmation du pouvoir politique par rapport à l'emprise de l'Eglise dans le domaine de la famille (B).

A/ LE MARIAGE DES PROTESTANTS

32. L'adoption d'une forme civile et laïque pour la célébration du mariage a de multiples causes, mais en France, 'fille aînée de l'Eglise', elle fut l'objet d'un long combat, sur fond de guerre civile, entre catholiques et protestants, adeptes de la Réforme, mouvement religieux né au XVI^e siècle et très nettement inscrit contre l'Eglise et la Papauté, dont ils dénoncent les abus⁴⁷. Mais c'est surtout dans le domaine du mariage que la scission sera la plus sensible.

33. Aux XI-XV^e siècles, l'Eglise a le monopole sur la discipline matrimoniale, tant législative que juridictionnelle. Or, la doctrine protestante conteste tout ce qui a été 'ajouté', selon elle, au message du Christ et qui est l'œuvre des papes. L'essentiel du droit matrimonial, et notamment le caractère sacramentel de l'union, est abandonné⁴⁸. Les protestants élaborent leur propre conception du

⁴⁵ Voir AGOSTINI (E.), « Etat laïque et mariage chrétien en droit comparé », in *Mariage civil et mariage canonique*, p. 149.

⁴⁶ Dans le même sens, voir : CARBONNIER (J.), « La sécularisation du droit civil par le Code civil des Français », in *Cristianesimo secolarizzazione e diritto moderno*, Per la storia del pensiero giuridico moderno, II/12, Milan, A. Giuffrè, 1981, pp.1007-1019. L'auteur souligne que « le mariage est mieux que l'enregistrement d'un acte d'état-civil, c'est une célébration [...]. Expression plus forte : l'officier d'état civil *célèbre* le mariage [...] ; il est investi d'un authentique ministère » ; cf. p. 1011.

⁴⁷ LUTHER, CALVIN et ZWINGLI furent les instigateurs de la Réforme. Voir, par exemple, d'un point de vue catholique, CRISTIANI (L.), in *Dictionnaire de théologie catholique*, v°Réforme, col. 2020 et suiv.

⁴⁸ On sait d'ailleurs que l'affirmation, par le Concile de Trente, du caractère

mariage, et délaissent ainsi la cérémonie *in facie Ecclesiae* des catholiques.

Ce n'est pas pour autant que les protestants renoncent à toute cérémonie religieuse. En vertu de l'édit de Beaulieu du 6 mai 1576 sur la liberté de culte, le Pouvoir Royal ne s'occupe pas du mariage des protestants⁴⁹. Ils se marient alors religieusement, mais devant leurs propres pasteurs, et ce jusqu'en 1685, c'est-à-dire jusqu'à la révocation de l'Edit de Nantes.

34. Mais le pouvoir séculier prenait de plus en plus conscience de l'inconvénient de laisser échapper toute une partie de la population au contrôle du service public naissant de l'état civil, service dont il avait saisi l'utilité politique et économique. Aussi, un arrêt du Conseil du 9 août 1683 avait prescrit le dépôt des registres d'état civil protestants aux greffes des bailliages ou des sénéchaussées. On ordonnait dans le même temps la publication des bans au siège de la justice locale et une célébration en présence des consuls à un jour fixé par des ministres autorisés. Les mariages devaient ensuite être enregistrés au greffe. On voit ainsi apparaître, à côté du ministre du culte qui célèbre le mariage, l'officier d'état civil laïque qui le constate et en tient le registre⁵⁰. Un arrêt du Conseil du 15 septembre 1685 créa ainsi un mariage pour les réformés : l'autorité civile devait désigner un pasteur, surveiller la célébration et conserver les actes de mariage⁵¹.

35. Mais le 18 octobre de la même année, l'Edit de Nantes qui assurait, depuis 1598, la paix entre catholiques et protestants, est révoqué⁵². Cet état de fait donna tout d'abord l'impression que les protestants auraient la faculté de se marier légalement et librement sans recourir aux prêtres catholiques. Mais en

sacramentel du mariage, fut prise en réaction contre la doctrine protestante.

⁴⁹ BELS (P.), *Le mariage des protestants français jusqu'en 1685*, L.G.D.J., 1968, p. 98.

⁵⁰ LÉONARD (E.-G.), « Le problème du mariage civil et les protestants français au XVIII^e », *Revue de théologie et d'action évangélique*, 1942, n°3, p. 241, not. p. 244. Voir aussi BASDEVANT (J.), *Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage du Concile de Trente au Code civil*, thèse Paris, 1900 ; BONIFAS (E.), *Le mariage des protestants depuis la Réforme jusqu'à 1789*, Paris, 1901.

⁵¹ TAILLANDIER (P.), *Le mariage des protestants français sous l'Ancien Régime*, Clermont-Ferrand, 1919, p. 48.

⁵² Le 13 avril 1598, HENRI IV, par l'Edit de Nantes, mettait fin à quarante années de guerres religieuses et civiles, et réglait les conditions et les limites de l'exercice du culte protestant, officiellement toléré. Le 18 octobre 1685, LOUIS XIV, révoquait cet édit à Fontainebleau, entraînant l'émigration de nombreux protestants ; voir QUÉNIART (J.), *La révocation de l'édit de Nantes*, Desclée de Brouwer, 1985.

réalité, la démolition des temples et l'expulsion des pasteurs du territoire leur ôta cette possibilité. Ils se marièrent alors par contrat devant notaire. De nouveau, le Pouvoir Royal ne vit pas cette pratique d'un bon oeil, et l'Edit de 1697 mit fin à ces mariages, ainsi qu'il obligea tous les sujets à se marier *in facie Ecclesiae*. Pour justifier cette obligation, on prétendait que le Roi pensait que tous les protestants étaient convertis ; d'ailleurs, par une déclaration du 8 mars 1715, tous les sujets du roi furent présumés catholiques⁵³.

La persécution juridique était efficace : les protestants ne pouvaient qu'abjurer et se marier à l'Eglise ou vivre en concubinage, c'est-à-dire prendre le risque de donner à leurs enfants la condition de « bâtards ». Certains, non désireux de courir ce danger, se conformèrent aux prescriptions royales, et se marièrent devant le prêtre catholique après s'être convertis. Mais, dans leur for intérieur, ils restaient attachés à la religion protestante, et ne faisaient donc que se prêter à une comédie de conversion. Exaspérés de voir ainsi bafoués les sacrements, de plus en plus de prêtres catholiques exigèrent des « épreuves de catholicité » avant de procéder aux mariages. C'était un obstacle de plus au mariage des protestants, qui ne surmontaient pas ces épreuves.

36. Les protestants les plus aisés se rendaient alors à l'étranger ou dans les ambassades parisiennes des nations protestantes pour procéder à une bénédiction religieuse. Pour les autres, des pasteurs itinérants procédaient aux baptêmes et aux mariages. Mais la plupart des réformés ne renoncèrent pas aussi facilement à leur religion. Ils continuaient de se rassembler, régulièrement, dans des lieux tenus à l'écart des curieux, afin d'y célébrer leur culte. C'est ainsi qu'apparurent les 'assemblées au désert', où les protestants continuaient la pratique de leur religion et où les pasteurs célébraient les baptêmes ou les mariages. Les protestants ne tinrent donc pas compte des diverses interdictions que l'on tentait d'élever contre eux, et étaient plus que jamais décidés à ne pas renier leur identité. Ils continuèrent de se marier conformément à leurs croyances, mais comme la pratique de leur culte était rendue difficile et périlleuse, ils se marièrent 'au désert'.

Ces mariages respectaient une discipline, des conditions de fond, et même une certaine publicité (bans), afin d'éviter la bigamie. Le mariage se déroulait en quatre étapes : le contrat, son examen par le consistoire, la publication des bans et la cérémonie nuptiale, qui avait lieu dans les assemblées publiques, 'au désert'. Les pasteurs, de leur côté, tenaient parfois un registre des mariages. Les mariés se faisaient même parfois délivrer un certificat de mariage, qui n'avait

⁵³ LÉONARD (E.-G.), *op. cit.*, note 50, not. p. 252.

pourtant aucune valeur légale, et qui pouvait même leur nuire⁵⁴.

Ces mariages protestants étaient en effet réputés clandestins, et donc nuls, suivant la législation de l'époque. Ils étaient, de surcroît, sévèrement sanctionnés. Un texte du 14 mai 1724 menaçait de punition (envoi aux galères) les mariés du 'désert'⁵⁵. Certains de ces mariages furent même attaqués devant les parlements (par exemple par un collatéral qui voulait exclure les enfants 'légitimes' de la succession de leur père), qui devinrent plus sévères et annulèrent nombre de ces unions. Les protestants compromettaient ainsi l'état de leurs enfants en contractant des mariages frappés de nullité.

37. Mais cette sévérité à l'égard des protestants entraîna nombre d'émigrations qui affaiblirent le royaume, par l'exportation des biens qui en découlait, une baisse démographique, etc. Le problème du mariage des protestants ne pouvait laisser indifférent le pouvoir séculier, même en dehors de toute considération simplement humaine.

La question fut prise en compte avec le règne de LOUIS XVI. Par la Lettre de Rabaut du 4 janvier 1774, on fit savoir aux protestants que la mise en cause de leurs mariages par des particuliers ne serait plus admise⁵⁶. Les mariages au désert finirent donc par être indirectement reconnus. On demanda également à ce qu'il fût permis aux protestants de se marier devant notaire, après avoir fait publier leurs bans à l'audience d'un tribunal de justice par l'huissier audiencier.

Dans un mémoire célèbre *sur la validité du mariage des protestants*, PORTALIS soutint la validité des unions contractées, de bonne foi, sans observation des formes prescrites par le concile de Trente. D'après lui, la religion, fût-elle non catholique, garantit l'honnêteté de toutes les conventions, en raison de son ascendant moral ; il soutint alors qu'on ne pouvait obliger les protestants à observer, sous peine de nullité, les institutions catholiques sur le mariage. Pour lui, il fallait considérer les mariages des protestants comme légitimes : « *Comme dans ces premiers temps d'innocence, où Dieu était l'unique Magistrat du genre humain, le ciel a été pris à témoin des Conventions que l'on formait, il a reçu les promesses, il a été invoqué pour en garantir la foi.* »⁵⁷. Un peu plus tard, TURGOT et MALESHERBES rédigèrent eux aussi deux mémoires sur le mariage des

⁵⁴ LÉONARD (E.-G.), *op. cit.*, note 50, p. 241 et suiv.

⁵⁵ LAMARQUE (P.), *op. cit.*, note 42.

⁵⁶ LÉONARD (E.-G.), *op. cit.*, note 50, not. p. 288.

⁵⁷ PORTALIS (J.-E.), *Consultation sur la validité des mariages des protestants en France*, Genève, 1771, in *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p. 192 et suiv.

protestants⁵⁸. Ils proposèrent la création d'un acte civil pour l'état civil des citoyens⁵⁹. C'est d'ailleurs au deuxième de ces auteurs, alors ministre d'Etat, que l'on doit « *l'Edit concernant ceux qui ne feront pas profession de la religion catholique* » du 18 novembre 1787, autrement dit l'Edit de tolérance, dont l'article 17 traite du mariage. Il créa ainsi un mariage civil applicable aux non catholiques, célébré soit par le juge royal, soit par le curé catholique investi du rôle d'officier d'état civil.

38. La question du mariage des protestants trouva son issue dans cet Edit de 1787, qui marqua une étape importante dans l'histoire de la naissance du mariage civil et laïque. Pour la première fois, en effet, il confiait à la justice civile des responsabilités jusque-là confiées aux ministres du culte catholique. C'est l'occasion, pour le pouvoir séculier, de s'affirmer encore davantage.

B/ LA VICTOIRE DU POUVOIR SÉCULIER

39. La logique de « laïcisation » serait caractéristique des pays catholiques, parce que l'Eglise (catholique) avait vocation à prendre globalement en charge la vie sociale⁶⁰. Aussi, l'apparition des églises réformées n'est pas la seule cause de l'atteinte au monopole de l'Eglise en matière matrimoniale. La volonté de l'Etat de s'affirmer dans ce domaine est également flagrante. La doctrine du XVII^e enseignant que « *le bon ordre de l'Etat (résulte du) bon ordre des familles* », et que ce dernier résulte du mariage, il revenait donc au Roi, « *gardien de la société publique, d'avoir une autorité souveraine sur les mariages* ». Le *Traité du contrat de mariage* de POTHIER, de 1771, constitue d'ailleurs l'aboutissement de la réflexion doctrinale de l'Ancien Régime sur ce sujet : il tient le mariage pour un contrat, qui appartient donc à l'ordre politique⁶¹.

La Royauté se donna les moyens de s'imposer. Elle créa par exemple « l'appel comme d'abus » recours qui pouvait être dirigé, devant les parlements, contre

⁵⁸ LAMOIGNON de MALESHERBES (Ch.-G.) (de), *Mémoire sur le mariage des protestants*, 1785. Il a contribué à rendre aux protestants un état civil ; TURGOT (A.-R.), *Mémoire sur la tolérance*, 1775.

⁵⁹ GAUDEMET (J.), *Le mariage en Occident*, éd. du Cerf, 1987, not. pp. 278, 313, 324 et suiv., 378 et suiv.

⁶⁰ CHAMPION (F.), « Entre laïcisation et sécularisation ; des rapports Eglise-Etat dans l'Europe communautaire », in revue *Le débat, histoire, politique, société*, n°77, novembre-décembre 1993, pp. 46-72, not. p. 48.

⁶¹ GAUDEMET (J.), *op. cit.*, note 59, not. pp. 325 et 332.

tout acte de l'autorité ecclésiastique. Le parlement annulait l'acte considéré comme abusif (comme les mariages conclus sans le consentement des parents)⁶². Elle imposait également ainsi la compétence de ces juridictions en matière matrimoniale.

40. Avec les hommes de la Révolution, famille et mariage sont à l'honneur. Dans un projet présenté par JACQUEMINOT, le mariage bénéficie de la plus large attention, et pas moins de 71 articles lui sont consacrés. Ce projet inspirera plus tard les rédacteurs du Code civil et, effectivement, dans le *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, PORTALIS consacre de longs développements au mariage⁶³. Mais famille et mariage n'appartiennent plus à la religion. Dans les trois projets de Code civil élaborés par CAMBACÉRÈS, l'union matrimoniale est considérée, à la suite de POTHIER, comme un acte *civil*. La fin du mariage n'y est

⁶² MORIN (G.), « Les conflits de l'Eglise et de l'Etat dans le domaine du mariage du XVII^e siècle jusqu'à nos jours », *Bull. Acad. des Sc. et Lettres de Montpellier*, 1930, pp. 131-145.

Il est curieux de noter qu'historiquement, un des sujets de conflits entre l'Eglise et le pouvoir royal portait justement sur le consentement des parents au mariage. Le droit canonique voyant dans le mariage un acte purement consensuel, dont les époux sont eux-mêmes les ministres, n'exigeait pas une telle caution parentale. Pour lui, le mariage était valable du seul fait de l'échange des consentements entre les fiancés.

Le Pouvoir royal, quant à lui, répondant aux exigences des familles nobles et bourgeoises, qui avaient le souci des alliances bien faites, c'est-à-dire économiquement avantageuses, et qui craignaient, dans le même temps, les mésalliances, continuait d'imposer ces autorisations. L'ordonnance du 26 novembre 1639 (dite 'de Saint-Germain-en-Laye') imposa le consentement des parents au mariage de leurs enfants mineurs ; voir, par exemple, DUGAS DE LA BOISSONNY (Ch.), *L'état civil*, P.U.F., *Que-sais-je ?* n°2335, 1987, not. p. 16.

Cette injonction était présente dans l'article 40 de l'ordonnance de Blois qui commandait une célébration. Le consensualisme permettant de se marier à l'insu des familles, ce qui compromettait de vastes ambitions patrimoniales, il fallait ainsi remédier aux mariages clandestins ; voir, également, GARAUD (M.) & SZRAMKIEWICZ (R.), *La Révolution française et la famille*, P.U.F., 1978, p. 37 et suiv ; GAUDEMET (J.), *op. cit.*, note 59, not. p. 313 ; VANTROYS (A.), *Etude historique et juridique sur le consentement des parents au mariage de leurs enfants en droit romain, droit ancien et droit civil*, thèse Paris, 1889 ; RAYMOND (G.), *Le consentement des époux au mariage ; étude de droit positif français*, L.G.D.J., 1965. Les mineurs, de 25 ans pour la femme, et de 30 ans pour l'homme, devaient donc recueillir ce consentement. Son défaut était appelé 'rapt de séduction', et pouvait être puni de mort. La séduction était présumée du seul fait de la différence de condition des époux, et les parents pouvaient alors agir par la voie de l'appel comme d'abus ; cf. OURLIAC (P.) & GAZZANIGA (J.-L.), *Histoire du droit privé français depuis l'An Mil au Code civil*, 1985, p. 297.

⁶³ PORTALIS (J.-E.), *Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage*, présenté le 16 pluviôse an XI, in *Ecrits et discours juridiques et politiques*, 1988, p. 79 et suiv. ; voir aussi GAUDEMET (J.), *op. cit.*, note 59, not. pp. 278, 313, 324 et suiv., 378 et suiv.

pas la procréation, et la perfection de l'union résulte du seul échange des consentements.

41. L'église n'est pas seulement atteinte dans ses conceptions sur le mariage. Elle l'est aussi dans son organisation même. En 1790 est rédigée la Constitution civile du Clergé, qui fut maintenue jusqu'au décret du 18 septembre 1794, où l'on déclara que la République ne reconnaît aucun culte. La religion catholique reste la religion officielle, mais elle est indépendante du Saint-Siège.

Cependant, les désaccords sont nombreux : à côté des prêtres assermentés, seuls reconnus par l'Etat, on voit naître les prêtres réfractaires (ayant refusé serment à la Constitution). La Constitution de l'an III (1795) tente ensuite de séparer les cultes de la République : « *nul ne peut être forcé de contribuer aux dépenses d'un culte ; la République n'en salarie aucun* ».

Pour ce qui concerne le mariage, la Constitution du 3 septembre 1791 déclare que les naissances, mariages et décès de tous les habitants, seront constatés par un officier public, chargé d'en recevoir et d'en conserver les actes. Elle affirme d'autre part que « *la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil (...)* » (article 7 du titre III)⁶⁴.

42. Néanmoins, durant ces années mouvementées, la laïcité n'est encore qu'en préparation. Alors que le problème des protestants est réglé en 1787, c'est en 1792, par les décrets des 20 et 25 septembre, que la société française devint véritablement une société laïque, avec encore toutefois quelques imperfections. Ces textes instituent un véritable état civil indépendant de toute autorité religieuse. Les registres relèvent désormais des autorités civiles et administratives. Cette date marque le déclin du pouvoir des autorités religieuses, et la montée en puissance du principe de laïcité et ainsi des autorités laïques, en dépit d'un régime de transition : le régime concordataire. Le concordat de 1801 (loi du germinal an X) assure la liberté des cultes, mais certains sont simplement licites. Les cultes reconnus sont érigés en services publics ; les ministres du culte sont payés par l'Etat. En dépit de ce régime de faveur, l'église perd du terrain. On procède à la laïcisation des cimetières (1881), des funérailles (1887), de l'enseignement primaire (1882-1886), etc.⁶⁵

⁶⁴ Voir aussi ONORIO (d') (J.-B.), « L'institution du mariage entre l'Eglise et l'Etat », in *Mariage civil et mariage canonique*, Actes du V^e colloque national des juristes catholiques, Téqui, 1985, p. 37.

⁶⁵ MESSNER (F.), « Laïcité imaginée et laïcité juridique ; l'évolution du régime des cultes en France », in revue *Le débat, histoire, politique, société*, n°77,

Des querelles s'élèvent par ailleurs, entre l'église et l'Etat, à propos de la consécration des évêques, du rétablissement du divorce, de l'exclusion des congrégations religieuses, de la liberté d'association. Le 25 juillet 1904 les relations diplomatiques entre la France et le Vatican sont rompues. Un an plus tard, la loi du 9 décembre 1905 pose vraiment pour la première fois, le principe de la laïcité⁶⁶.

43. A partir de ce moment, l'Etat n'aura de cesse d'affirmer et de rappeler ce principe et c'est dans le domaine du mariage international qu'il trouvera sujet de le faire.

Section 2

Des conditions requises pour pouvoir contracter mariage

44. On oppose souvent mariage et concubinage en disant du premier que la loi le soumet à des règles strictes quant à sa formation et à sa dissolution, alors que le deuxième n'est soumis à aucune condition⁶⁷. Le mariage est un contrat, mais un contrat *légalement* formé, ce qui est la marque de sa différence.

Solennité et laïcité sont en partie projetées dans l'ordre international car, même si les règles de droit international privé tiennent compte de la diversité des systèmes juridiques et de la richesse des relations individuelles, elles auront fortement imprégné l'élaboration de ces règles.

On retrouve alors, dans les conditions de formation du mariage, l'empreinte étatique et le désir de ne pas laisser l'établissement des relations à la discrétion des individus. Ces exigences se retrouvent tant sur le plan interne que sur le plan international, et pour que le mariage se forme convenablement, la loi exige, à peine de nullité, que soient remplies un certain nombre de conditions de fond

novembre-décembre 1993, pp. 88-94, not p. 90.

⁶⁶ ROBERT (J.) & DUFFAR (J.), *Libertés publiques et droits de l'homme*, L.G.D.J., 4^e éd, 1988, 414.

⁶⁷ MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Droit civil, Les personnes*, Sirey, 3^e éd., 1976, n°63, p. 66.

(§ 1) et de conditions de forme (§ 2).

§ 1 : Des conditions de fond du mariage

45. Les conditions de fond du mariage sont les conditions relatives à la personne même de l'époux. Elles sont relatives à son état et à sa capacité. Variables d'un système juridique à l'autre, tous les droits n'ayant pas les mêmes exigences, les principes du droit interne (A) se retrouvent néanmoins en partie projetés dans le droit international (B).

A/ LES PRINCIPES DU DROIT INTERNE

46. Les conditions de fond du mariage sont de plusieurs ordres. Nous pouvons distinguer les conditions de fond 'biologiques' (différence de sexe, âge, aptitude physique) et les conditions 'sociologiques' du mariage (union antérieure non dissoute, délai de viduité, parenté ou alliance à un degré prohibé), qui relèvent, elles aussi, du fond de l'union⁶⁸.

47. La première disposition du Code civil relative aux qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage concerne l'âge requis⁶⁹. Contrairement à la Convention Européenne des Droits de l'Homme qui consacre le droit de se marier dès l'âge nubile (article 12), le Code civil prescrit un seuil minimum : 18 ans pour le mari, 15 ans pour la femme⁷⁰. Il sous-entend également par-là que le mariage ne peut être conclu qu'entre personnes de sexe différent. La Cour

⁶⁸ Pour un ensemble des conditions de fond du mariage en droit interne : HAUSER (J.) et LEMOULAND (J.-J.), *Rép. Dalloz de dr. civ.*, v°Mariage, n°42 et suiv., et 456 et suiv. ; BÉNABENT (A.), *Droit civil, La famille*, Litec, 8^e éd., 1997, n°60 et suiv. ; CARBONNIER (J.), *Droit civil, la famille*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 17^e éd., 1995 ; CORNU (G.), *Droit civil, La famille*, Paris, Montchrestien, 5^e éd., 1996 ; COURBE (P.), *Droit de la famille*, A. Colin, 7^e éd., 1997 ; HAUSER (J.) & HUET-WEILLER (D.)†, *La famille. Fondation et vie de la famille*, L.G.D.J., 2^e éd., 1993 ; MALAURIE (Ph.) & AYNÈS (L.), *Cours de droit civil*, t. III, *La famille*, Paris, Cujas, 5^e éd., 1995.

⁶⁹ Titre cinquième, chapitre premier, article 144.

⁷⁰ Le droit canonique fixe ce seuil, respectivement, à 16 et 14 ans (canon 1083, § 1). Cette limite est avant tout destinée à empêcher les mariages d'enfants qui ne seraient pas suffisamment mûrs, ni physiologiquement, ni psychologiquement, leur volonté ne pouvant pas s'affirmer avec autant d'autorité que celle d'un adulte.

Européenne des Droits de l'Homme a d'ailleurs très clairement affirmé que l'article 12 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme relatif à la liberté matrimoniale ne visait que « *le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent* »⁷¹.

Parmi les conditions purement physiologiques, on peut encore retenir que le droit français ne fait pas de la santé une condition du mariage⁷². Le législateur a bien établi une obligation de délivrance, à l'officier d'état civil compétent, d'un certificat médical attestant que le futur conjoint s'est bien prêté à un examen médical (article 63 du Code civil), mais son absence ne constitue pas un empêchement dirimant au mariage. Cette mesure est seulement destinée à responsabiliser les intéressés et seul le médecin conserve les informations

⁷¹ Cour Européenne des Droits de l'Homme, Affaire Mark Rees c./ Royaume-Uni, 17 octobre 1986, Série A, n°106 ; *J.D.I.* 1982, 183 ; et *in* BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 5^e éd., 1996, arrêt n°128, §§ 929-934.

Mark Rees, citoyen britannique, né de sexe féminin, est un transsexuel opéré. Il porte depuis son opération un prénom masculin, ce que l'absence de formalités en la matière, en droit anglais, permet. Il demande ensuite la rectification de son identité sexuelle sur le registre des naissances. Mais le Conservateur en chef des actes de l'état civil repousse sa demande. Par requête introduite le 18 avril 1979, M. Rees se plaint que le droit britannique ne lui confère pas un statut juridique correspondant à sa condition réelle. Il invoque, entre autres, l'article 12 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, garantissant le droit de se marier. Mais la Cour estime que cette disposition vise le mariage traditionnel entre personnes de sexe biologique différent. Elle ajoute toutefois que les limitations de ce droit ne doivent pas le restreindre ou le réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même, mais qu'on ne saurait attribuer un tel effet aux empêchements légaux apportés au mariage des personnes n'appartenant pas à un sexe biologique différent.

Voir également PARIS, 17 février 1984, *D.* 1984, 350, où un transsexuel ne put obtenir la mainlevée de l'opposition faite à son mariage, projeté avec une personne de même sexe chromosomique ; BOUCAUD (P.), « Le droit de se marier », *R.T.D.H.* 1992, n°9, p. 3 et suiv.

Si le cas des homosexuels ne fait aucun doute, celui des transsexuels pose plus de difficultés depuis que la jurisprudence, tant européenne que française, autorise les modifications des mentions portées sur les actes de l'état civil, notamment celles du sexe et des prénoms. Voir Cour Européenne des Droits de l'Homme, 25 mars 1992, B. c./ France, Série A, n°232-C ; *D.* 1993, 101, n. J.-P. Marguénaud ; *J.C.P.* 1992, II, 21955, n. Th. Garré ; *in* BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 5^e éd., 1996, arrêt n°129, §§ 935-943 ; Ass. Plén., 11 décembre 1992, René X. et Marc X. (2 arrêts), *J.C.P.* 1993, II, 21991, concl. Jéol, n. G. Mémeteau ; *Gaz. Pal.* 13-15 décembre 1992, 25. La situation risque par ailleurs de se compliquer avec la possibilité pour un étranger transsexuel, résidant en France, de faire modifier son état civil en France ; voir PARIS, 14 juin 1994, Osmar B. c./ Proc. gén. près la Cour d'appel de Paris, *D.* 1994, IR, 208 ; *R.C.D.I.P.* 1995, 308, n. Y. Lequette.

⁷² A tel point qu'on admet les mariages posthumes (article 171, C. civ.) ou conclus *in extremis* (article 169, al. 3, C. civ.).

résultant de cet examen, qui ne sont pas révélées à l'officier d'état civil. Le procureur de la République peut, par ailleurs, dispenser exceptionnellement de ce certificat (article 169 du Code civil)⁷³.

48. Les conditions sociologiques du mariage semblent occuper une place plus importante et marquent davantage la conception française de l'institution. Elles se caractérisent tout d'abord par la prohibition de l'inceste, les mariages entre parents ou alliés étant interdits dans une large mesure (articles 161 et suivants du Code civil). C'est ensuite la bigamie qui se trouve interdite, à la fois par le Code civil (article 147) et par le Code pénal qui en fait un délit correctionnel (article 433-20 du Nouveau Code pénal). Enfin, le remariage, s'il est limité dans certains pays, n'est pas interdit en France, à la seule condition, pour la femme uniquement, de respecter un 'délai de viduité' (article 228 du Code civil)⁷⁴, ceci dans le but de s'assurer de la véritable filiation paternelle de l'enfant.

49. Encore plus essentielle est, enfin, la condition du consentement : « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* » ; telle est la condition résultant de l'article 146 du Code civil, sanctionnée par la nullité absolue. L'article 180, de son côté, prévoit une nullité relative lorsque le consentement de l'époux n'a pas été libre, ou vicié. L'absence⁷⁵ ou l'altération⁷⁶ du consentement

⁷³ Il ne faudrait pas toutefois que ces anomalies physiologiques exercent quelque influence sur l'intégrité du consentement et qu'elles aient été méconnues de l'autre conjoint. Le cas contraire pourrait en effet justifier une action en nullité pour erreur ou constituer une cause de divorce. La santé vise aussi bien la santé physique, que mentale. Pour un cas, par exemple, d'erreur sur les aptitudes sexuelles : PARIS, 26 mars 1982, Gaz. Pal. 1982, 519, n. J.M. Le législateur, suivant en cela un courant jurisprudentiel novateur, a introduit, la loi du 11 juillet 1975, la notion d'erreur sur les qualités essentielles de la personne (art. 180, al. 2, C. civ.), ce qui doit s'entendre comme celles qui, tant du point de vue individuel que du point de vue sociologique, sont regardées comme liées à la conception du mariage. Enfin, la dissimulation d'affections physiques ou mentales graves peut constituer une faute, cause de divorce : Civ. 2^e, 12 mai 1960, Bull. civ., II, n°309, p. 209.

⁷⁴ Celle-ci doit respecter une période de 300 jours depuis la dissolution du mariage précédent, avant de pouvoir contracter de nouveau mariage, à moins de d'accoucher dans cette période (ce qui permettra, dans ce cas, de rattacher l'enfant au premier mari) ou de justifier qu'elle n'est pas enceinte. Si le mariage a été dissout judiciairement, ce délai de viduité court depuis la date d'autorisation de résidence séparée des époux.

⁷⁵ L'absence du consentement s'entend soit de l'altération des facultés mentales (articles 490, 506 et 514, C. civ.), soit du défaut d'intention conjugale. Voir *infra*, n. 384 et suiv.

⁷⁶ Le mariage est frappé de nullité relative lorsque le consentement existe, mais a été vicié, c'est-à-dire s'il a été conclu sous l'empire de la violence ou de l'erreur

constituent ainsi des empêchements véritablement dirimants au mariage.

Dans sa dimension internationale, le mariage requiert également que des conditions de fond soient respectées. Cette vérification nécessite cependant de rechercher auparavant la loi applicable, qui déterminera ces conditions.

B/ LA LOI APPLICABLE AUX CONDITIONS DE FOND DU MARIAGE

50. Les relations de famille sont le domaine de prédilection du conflit de lois. La matière du mariage n'échappe pas à cette tendance. De par la diversité des lois internes et les différences de conception de l'institution, elle engendre les conflits.

De nature en principe neutre et bilatérale, la règle applicable à la formation du mariage part de la distinction de la forme et du fond. Cette distinction n'est, en apparence, que la projection, dans l'ordre international, des principes du droit interne. Toutefois, la particularité, en droit international privé, est de ne pas soumettre les deux catégories de conditions à la même loi. Les conditions de fond, quant à elles, sont régies par la loi nationale de chacun des époux, appliquées distributivement (1). Exceptionnellement, toutefois, il est fait une application cumulative de ces lois (2).

1) Application distributive de la loi nationale de chacun des deux Époux

51. Les conditions de fond, régies en droit interne par les articles 144 à 164 du Code civil, sont, en droit international privé, de la compétence de principe de la loi personnelle des futurs époux. Cette solution découle de l'article 3, alinéa 3 du même Code et incidemment de l'article 170. Ce texte prévoit que le Français doit

(art. 180, C. civ.). La violence exercée sur l'un des époux peut être aussi bien morale (par exemple révélation faite au futur époux sur sa fiancée à la veille d'un mariage auquel sept cents personnes étaient conviées et qu'il était impossible de décommander : Trib. Gr. Inst. de VERSAILLES, 25 avril 1979, Gaz. Pal. 1979, II, 132), que physique (menaces). L'erreur, quant à elle, peut porter sur la personne elle-même (erreur sur l'identité physique de la personne) ou sur les qualités essentielles de la personne de son conjoint, à condition que l'erreur ait été déterminante, c'est-à-dire sans laquelle l'intéressé ne se serait pas marié : Ch. réunies, 24 avril 1862, Berthon, D.P. 1862, I, 153 ; S. 1862, I, 342 ; Trib. civ. de BRESSUIRE, 26 juillet 1944, D. 1945, 94 ; Trib. Gr. Inst. de RENNES, 9 novembre 1976, D. 1977, 539, n. H.D. Cosnard ; Trib. Gr. Inst. LE MANS, 18 mars 1965, D. 1967, 203, n. J. Pradel ; Trib. Gr. Inst. de AVRANCHES, 10 juillet 1973, D. 1974, 174, n. Guiho.

avoir respecté les conditions de fond de la loi française. Si on bilatéralise cette exigence, cela revient à demander à l'étranger de respecter les conditions de fond prévues par sa loi nationale.

La règle trouve son fondement principal dans le fait que chaque Etat est directement intéressé par l'état et la condition de ses ressortissants.

52. Ce rattachement peut toutefois entraîner plusieurs sortes de difficultés.

La première est relative à la détermination de la loi nationale. Tout d'abord s'il s'agit d'un réfugié ou d'un apatride, on substituera la loi du domicile ou de la résidence à la loi nationale⁷⁷.

L'un des époux peut ensuite posséder deux, voire plusieurs nationalités. Faut-il alors appliquer toutes les lois en présence ? On retiendra généralement la loi française lorsque la nationalité française est en cause, et la loi de la nationalité la plus effective lorsque ce sont deux nationalités étrangères qui sont en concurrence⁷⁸.

Il se peut d'autre part que, tout en ne possédant, chacun, qu'une seule nationalité, les deux futurs époux soient de nationalité différente. Les mariages mixtes sont du reste de plus en plus fréquents. S'agissant de vérifier l'aptitude de

⁷⁷ Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés politiques, décret du 14 octobre 1954, *D.* 1954, 432, art. 12 ; Convention de New York du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides, décret du 4 octobre 1960, *D.* 1960, 348, art. 12.

⁷⁸ Civ. 1^{re}, 17 juin 1968, Kasapyan, *R.C.D.I.P.* 1969, 59, n. H. Batiffol ; Gr. arrêts n°47 ; Cass. civ., 7 novembre 1972, Louis c./ Dame Thirion, *R.C.D.I.P.* 1973, 300, n. P. Lagarde ; Civ., 15 mai 1974, Consorts Martinelli c./ Dame Benkhalifa, *R.C.D.I.P.* 1975, 260, n. Nizard ; *J.D.I.* 1975, 298, n. D. Alexandre. Voir aussi LAGARDE (P.), *La nationalité française*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1997, n°19 et suiv.

Par ailleurs le conflit mobile est tranché dans le sens des règles de droit transitoire du droit interne, transposées dans le domaine international, c'est-à-dire qu'en cas de changement de nationalité au cours du mariage, c'est la nationalité au jour de la célébration qui sera seule prise en compte : AGEN, 6 juillet 1860, *S.* 1860, 2, 353 ; Trib. de LYON, 28 novembre 1975, Dif c./ Dame Loudjani, *R.C.D.I.P.* 1976, 477, n. P. Lagarde ; *J.D.I.* 1976, 675, n. D. Mayer. Il peut également arriver que le contenu de la loi nationale ait changé. Là encore le principe est que l'on apprécie la validité de l'acte juridique conformément aux règles en vigueur au jour de sa conclusion. Mais lorsque le droit étranger, qui a modifié le contenu de sa loi, la déclare expressément rétroactive, on estime qu'il faut respecter cette volonté du législateur étranger, sauf contrariété avec notre ordre public : ROUBIER (P.), *Le droit transitoire*, Dalloz et Sirey, 2^e éd., 1960, 569 et suiv. ; GIARDINA (A.), « Les lois étrangères rétroactives en matière de mariage et de régimes matrimoniaux », *R.C.D.I.P.* 1972, 401. La solution a été appliquée pour les conditions de forme : Civ. 1^{re}, 10 juillet 1973, Sieur Magro c./ Dame Tornabène, *R.C.D.I.P.* 1974, 340, n. M. Nizard ; *J.D.I.* 1974, 341, n. B. Audit.

chacun à contracter mariage, il ne saurait être question d'écarter l'une des deux lois en présence au profit de l'autre, sous prétexte, par exemple, qu'elle serait la plus effective. Le lien matrimonial n'existant pas encore, un tel raisonnement ne tient pas. Il faut donc consulter les deux lois intéressées, la difficulté principale étant de savoir s'il faut les appliquer cumulativement⁷⁹ ou distributivement.

La première proposition revient en fait à privilégier la loi la plus sévère, chacun devant non seulement répondre aux exigences de sa loi nationale, mais aussi aux exigences de la loi nationale de l'autre. C'est pourquoi la faveur est donnée à l'autre solution qui consiste à appliquer chaque loi nationale, de façon distributive⁸⁰. Si chacun des futurs époux remplit les conditions prévues par sa loi nationale, le mariage peut être en principe célébré, même s'il ne remplit pas l'une des conditions prévues par la loi nationale de son conjoint. Si par exemple la loi A prévoit un âge minimal de vingt et un ans pour pouvoir contracter mariage, alors que la loi B fixe cet âge à dix-huit ans, le mariage peut être célébré et être valable si le ressortissant du pays A a vingt et un ans, alors même que le ressortissant du pays B n'en aurait que dix-huit.

53. On a cependant coutume de distinguer deux catégories de conditions de

⁷⁹ C'était la conception de LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Précis de droit international privé*, Dalloz, 6^e éd., 1954, n°327 ; ARMINJON (P.), *Précis de droit international privé*, II, Dalloz, 3^e éd., 1958, n°214. *Contra* BATIFFOL (H.) & LAGARDE (P.), *Traité de Droit international privé*, t. I, 8^e éd., L.G.D.J., 1993 ; MESTRE (J.), « Le mariage en droit international privé. Conditions de fond », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 546 A, 1992, n°67 ; BISCHOFF (J.-Marc), *Rép. Dalloz de dr. int.*, v°Mariage, n°25.

BARTIN avait par ailleurs proposé de soumettre les conditions de fond à la loi nationale du futur mari ; cela se justifiait notamment par le fait que la femme prenait automatiquement la nationalité de son mari ; BARTIN (E.), *Principes de droit international privé*, t. II, 1932, p.123. Mais il n'en est plus de même aujourd'hui et ce rattachement heurte le principe d'égalité des sexes qui sous-tend à présent (presque) toutes les règles de droit.

Certaines décisions ont par ailleurs appliqué la loi du domicile, en qualité de loi unique du statut de famille : Trib. civ. de GRENOBLE, 7 mai 1958, *Venturi*, *Gaz. Pal.* 1958, 2, 82. Cependant, voir MESTRE (J.), « Le mariage en droit international privé. Conditions de fond », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 546 A, 1992, n°64, qui critique cette solution car il estime que la loi des effets du mariage ne peut s'appliquer à un problème *préalable* à l'existence de l'union. Il ne faudrait pas confondre le lien formé avec l'aptitude de chacun à créer le lien. Nous ajouterons toutefois que l'application de la loi du domicile aux conditions de fond n'est pas totalement dénuée de sens, dans la mesure où il existe sans doute une forte probabilité de coïncidence entre le lieu où les futurs époux vivent et sont établis, et celui où ils célébreront leur union.

⁸⁰ C'est cette solution qui a la préférence de la doctrine, et de la jurisprudence : Trib. civ. de la SEINE, 5 mai 1919, *Montariol*, S. 1921, 2, 9, n. Niboyet ; R.C.D.I.P. 1919, 543 ; PARIS, 2 décembre 1966, *J.C.P.* 1967, II, 15278, n. R. B. ; J.D.I. 1968, 705, n. B. Audit ; R.C.D.I.P. 1967, 530, n. Ph. Malaurie.

fond ou d'empêchements, chaque condition constituant un seuil minimal, au-dessous duquel il y a empêchement à mariage. On considère que certains sont « unilatéraux » parce qu'ils visent l'aptitude simplement individuelle de l'époux (âge, consentement, consentement des parents, délai de viduité) et peuvent être appréciés distributivement, en la personne de chacun des époux, tandis que d'autres sont dits « bilatéraux » parce qu'ils atteignent également l'autre époux, le lien à créer. C'est une question d'interprétation de la loi qui édicte l'empêchement mais elle conduit à appliquer cumulativement les lois en présence.

2) Application exceptionnellement cumulative des lois nationales en présence

54. Les empêchements bilatéraux commandent donc que la loi de l'autre époux soit également consultée. Ceci justifie dans ce cas l'application exceptionnellement cumulative des lois en présence. Cela conduira à donner, finalement, satisfaction à la loi la plus restrictive, le mariage n'étant valable que si aucune des lois nationales ne l'annule.

Si l'empêchement est édicté par la loi française, le mariage ne sera pas considéré comme valable, même si l'autre époux remplissait les conditions prévues par sa loi nationale. Il en est surtout ainsi pour les prohibitions tenant à la parenté ou l'alliance et pour la prohibition de la polygamie.

L'interdiction du mariage lorsque l'un des époux est par exemple engagé dans une union non dissoute (article 147 du Code civil) empêche une Française célibataire d'épouser un ressortissant étranger déjà marié même si la loi nationale de celui-ci admet la polygamie⁸¹.

55. La même solution (la nullité) s'impose normalement, sous réserve du jeu de l'ordre public, dans le cas où l'empêchement est certes édicté par une loi étrangère mais où l'on reconnaît un empêchement bilatéral. Il en sera généralement ainsi lorsque le commandement est similaire à ce qu'impose la loi française. Un arrêt récent a par exemple déclaré nul le mariage contracté entre une Polonaise et un Libanais déjà marié, car il a vu dans l'interdiction de la polygamie édictée par la loi polonaise un empêchement bilatéral⁸².

Les réponses sont certainement plus nuancées pour les prescriptions qui sont

⁸¹ Trib. Gr. Inst. de la SEINE, 21 juin 1967, Dame Courtois c./ Medou Me Ze, R.C.D.I.P. 1968, 294, n. H. Batiffol. ; Rec. gén des lois 1969, II, 77, n. Droz ; PARIS, 27 novembre 1981, D. 1983, 142, n. G. Paire.

⁸² PARIS, 14 juin 1995, D. 1995, IR, 192 ; D. 1996, 156, n. Boulanger.

étrangères à celles du droit français, mais auxquelles on donne toutefois un caractère bilatéral. On peut ici évoquer les dispositions qui prohibent le mariage lorsque l'un des futurs époux est atteint d'une maladie physique ou mentale. Cette prohibition est bilatérale car elle ne concerne pas seulement la personne atteinte, mais aussi son futur conjoint⁸³ (l'article 123 du Code civil italien faisait par exemple de l'impuissance une cause de nullité). Mais on se demande ici si ces lois peuvent recevoir application en France. La réaction serait plutôt de les écarter, au nom de l'ordre public, car elles portent atteinte à la liberté matrimoniale⁸⁴. Il en irait de même des empêchements édictés pour des raisons raciales, politiques ou religieuses⁸⁵.

On peut également faire une place à part à la question du remariage du conjoint divorcé. Certains droits interdisent ou plutôt interdisaient (comme le droit espagnol jusqu'à la loi du 7 juillet 1981 introduisant le divorce), à leurs ressortissants non seulement de se remarier après un divorce prononcé à l'étranger, mais aussi d'épouser un étranger divorcé. Considérant le mariage comme indissoluble, ce remariage constituait, au regard du droit canon, une union polygamique bien entendu prohibée⁸⁶.

En dépit de cet empêchement, les tribunaux français admirent, sur le fondement de l'ordre public, la validité des mariages contractés en pays laïques entre un Espagnol célibataire et une Française (par exemple) divorcée⁸⁷. Certains auteurs

⁸³ MESTRE (J.), « Le mariage en droit international privé. Conditions de fond », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 546 A, 1992, n°82.

⁸⁴ La jurisprudence reste cependant divisée : GRENOBLE, 19 juin 1963, *J.C.P.* 1963, II, 13334, concl. Brouillonnet ; *R.C.D.I.P.* 1964, 520, n. J. Déprez ; *D.* 1964, somm., 43. Cet arrêt n'a pas écarté la loi italienne faisant de l'impuissance une cause de nullité.

⁸⁵ MESTRE (J.), *op. cit.*, note 83, n°163, 164.

⁸⁶ Pour toutes les questions concernant le remariage du conjoint divorcé : MAKAROV (A.N.), « Le remariage du conjoint divorcé en droit international privé. Etude comparative », *R.C.D.I.P.* 1967, 643 ; OVERBECK (von) (A.E.), « Die Wiederverheiratung des nach schweizerischen Rechte geschiedenen Angehörigen eines Staates der keine Ehescheidung anerkennt », *Zeitschrift für Zivilstandeswesen*, 1967, pp. 346-358 ; « Le remariage du conjoint divorcé selon le projet de convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et selon les droits allemand et suisse », *R.C.D.I.P.* 1970, 45 ; SERIN (M.), *Les conflits de lois dans les rapports franco-espagnols en matière de mariage, de divorce et de séparation de corps*, thèse Toulouse, 1929.

⁸⁷ AIX-EN-PROVENCE, 24 janvier 1924, *J.D.I.* 1924, 670 ; *R.C.D.I.P.* 1924, 277 ; également, pour un Italien, Trib. de la SEINE, 17 mars 1948, *Sciachi*, *R.C.D.I.P.* 1948, 112, n. Niboyet. La jurisprudence allemande donnait au contraire pleine latitude à la loi nationale, se refusant à célébrer des unions boiteuses puisque non reconnues dans le pays d'origine du conjoint. Mais un tournant a été marqué dans les années 70 avec un important arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale, préférant la liberté matrimoniale à la cohérence de la loi nationale : B.V.G., 4 mai 1971, *R.C.D.I.P.* 1974, 57 ; et chron. LABRUSSE (C.), « Droit

avaient pourtant préconisé de respecter les lois nationales⁸⁸.

56. Les autres conditions de fond sont en général considérées comme de simples empêchements unilatéraux, telles que les conditions relatives à l'âge, au consentement (y compris celui des parents), aux publications du projet de mariage, etc. La loi nationale étrangère trouve ici normalement application. Elle peut toutefois rencontrer l'obstacle de l'exception d'ordre public. La seule différence notable, d'avec l'empêchement bilatéral, réside dans le fait que l'application des lois nationales en présence reste distributive et non cumulative⁸⁹. Par ailleurs, alors que l'ordre public ne s'oppose pas en principe à l'application sur notre territoire de lois plus sévères que la nôtre, il semble que l'inverse puisse être constaté s'agissant des empêchements bilatéraux. Dans ce cas, on s'oppose à tenir compte de l'empêchement bilatéral édicté par la loi étrangère⁹⁰.

Rappelons également qu'il n'y a pas *a priori* de parallélisme entre la distinction

constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale », *R.C.D.I.P.* 1974, p. 1. Ce principe nouveau est également consacré dans la nouvelle loi de droit international privé du 25 juillet 1986 : article 13, *EGBGB*, *R.C.D.I.P.* 1987, 170 ; *Bundesgesetzblatt* 30. Juli 1986, N. 37, S. 1142 ff.

⁸⁸ CHAMPCOMMUNAL (J.), « Un conflit de lois nouveau : l'exclusion du divorce entraîne-t-elle l'interdiction d'épouser des étrangers divorcés ? », *R.C.D.I.P.* 1921, 41.

D'autres encore ont envisagé le problème sous l'angle des questions préalables, mais résolues de façon autonome : soit une question principale qui est celle de l'aptitude d'un Espagnol à se marier et une question préalable, la validité du divorce prononcé en Allemagne entre époux allemands. Appréciée de façon autonome, la validité de la dissolution du premier mariage doit s'apprécier selon la règle de conflit du for. La validité du second mariage est donc garantie par l'Etat du for. Enfin, on se demandait si la possibilité de se remarier ne devait pas être appréciée en tant qu'effet du jugement de divorce. Si celui-ci a été rendu ou reconnu dans l'Etat du for, la cohérence du système du for commande que chaque époux a recouvré sa liberté et doit donc pouvoir se remarier. Voir MESTRE (J.), *op. cit.*, note 83, n°88.

⁸⁹ Voir notamment LOUSSOUARN (Y.) & BOUREL (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 1996, n°302-1 et suiv. ; AUDIT (B.), *Droit international privé*, Economica, 2^e éd., 1997, n°622 et suiv. ; MESTRE (J.), *op. cit.*, note 83, n°68 et suiv. ; HOLLEAUX (D.)†, FOYER (J.) et LA PRADELLE (de GEOUFFRE de) (G.), *Droit international privé*, A. Colin, 1987, n°1141 et suiv. ; MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°549 et suiv. ; BATIFFOL (H.) & LAGARDE (P.), *Traité de Droit international privé*, t. II, 7^e éd., L.G.D.J., 1983, n°414.

⁹⁰ Un auteur dénie toutefois à la notion d'empêchements bilatéraux toute spécificité et toute effectivité : BOURDELOIS (B.), *Mariage polygamique et droit positif français*, GLN Joly, 1993, n°19 et suiv. Pour cet auteur, seul, à la rigueur, l'article 147 du Code civil édicterait un empêchement bilatéral, quoiqu'elle lui dénie ensuite ce caractère ; cf. n°38.

des empêchements uni-/ bilatéraux et celle des empêchements simplement prohibitifs/ dirimants que connaît le droit interne. Un empêchement est tout motif pour lequel l'officier d'état civil doit refuser de célébrer le mariage. Il s'agit de faits antérieurs au mariage et qui y font obstacle. L'officier d'état civil, lorsqu'il a connaissance de ces empêchements, ne doit pas procéder à la célébration. Si le mariage est néanmoins célébré, celui-ci devrait en principe être déclaré nul. Mais la nullité est une sanction grave que l'on tente de réserver à des cas exceptionnels. Ainsi, toutes les conditions du mariage ne sont-elles pas mises sur le même plan. Certains empêchements sont dirimants (du latin *dirimere* = rompre) et entraînent la nullité ; d'autres sont seulement prohibitifs : le mariage est maintenu mais une amende vient pénaliser les intéressés et l'autorité célébrante⁹¹.

57. Le respect par les futurs époux des conditions de fond de l'union ne leur confère qu'un état incomplet. La seule possession d'état d'époux ne leur permet pas en principe d'accéder pleinement à l'institution. Ils doivent aussi observer certains rites que véhiculent les conditions de forme du mariage.

§ 2 : Des conditions de forme du mariage

58. Le seul respect des conditions de fond brièvement exposées ci-dessus ne suffit pas. Les futurs époux doivent également se plier à un certain nombre de formalités, requises pour la validité même du mariage (A). Là encore, cette exigence ne disparaît pas dans l'ordre international, même si elle y reçoit un certain assouplissement (B).

A/ LES FORMALITÉS DU MARIAGE EN DROIT INTERNE

59. Le Code civil, tout d'abord, organise une publicité du projet de mariage⁹². Cette publication se fait par apposition d'une affiche, pendant dix jours, à la porte

⁹¹ Ce cas vise par exemple le défaut de publication (en l'absence de fraude), le non-respect du délai de viduité, l'existence d'une opposition non levée, le défaut de certificat prénuptial, le défaut d'autorisation administrative (par exemple des supérieurs pour les militaires de carrière) et le défaut de production de certaines pièces exigées en cas de remariage (jugement de divorce ou acte de décès du précédent conjoint).

⁹² Voir aussi *infra*, n°95 et suiv.

de la mairie du lieu du mariage et à celle du lieu où chacun des futurs époux a son domicile ou sa résidence (articles 63 et 166 du Code civil). Cette obligation de publication est maintenue, même pour les personnes se mariant à l'étranger, comme l'exige l'article 170 du même code. Les époux doivent par ailleurs fournir un certain nombre de pièces justificatives : un acte de naissance (article 70) ou acte de notoriété, et un certificat médical prénuptial (article 63)⁹³.

Il est ensuite procédé à la célébration proprement dite, qui ne peut avoir lieu moins de dix jours ni plus d'un an après la publication des bans. Les articles 74 et 165 du Code civil prévoient le lieu de célébration du mariage : à la mairie, publiquement et en présence de témoins. Il est célébré par l'officier d'état civil, qui fait lecture aux intéressés des articles 212 et suivants du Code civil, et leur demande s'il a été fait un contrat de mariage. Puis solennellement, il reçoit leurs déclarations respectives qu'ils veulent se prendre pour mari et femme, et enfin, les déclare unis par le mariage. Un acte de mariage, comportant un certain nombre d'énonciations, est immédiatement dressé (article 76).

Les conditions du droit interne sont projetées dans l'ordre international, où l'on observe cependant parfois plus de souplesse. Cet élargissement des possibilités dépend toutefois de la loi applicable aux conditions de forme.

B/ LA LOI APPLICABLE AUX CONDITIONS DE FORME DU MARIAGE

60. La forme des actes juridiques est en principe régie par la règle *Locus Regit Actum*. D'application générale, la maxime a été étendue au mariage, où elle s'exprime traditionnellement sous la formule de la *lex loci celebrationis*.

La règle *Locus Regit Actum* a longtemps régi à la fois le fond et la forme des actes. La question de la loi applicable aux contrats n'ayant pas été traitée par les rédacteurs du Code civil⁹⁴ ; la jurisprudence s'accordait alors à soumettre l'ensemble de leurs conditions, de fond et de forme, à la loi du lieu de conclusion.

⁹³ Pour les conditions de forme du mariage : HAUSER (J.) et LEMOULAND (J.-J.), *Rép. Dalloz de dr. civ.*, 1990, v° mariage, n°354 et suiv. ; BÉNABENT (A.), *Droit civil, La famille*, Litec, 8^e éd., 1997, n°108 et suiv. ; CARBONNIER (J.), *Droit civil, la famille*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 17^e éd., 1995 ; CORNU (G.), *Droit civil, La famille*, Paris, Montchrestien, 5^e éd., 1996 ; COURBE (P.), *Droit de la famille*, A. Colin, 7^e éd., 1997 ; HAUSER (J.) & HUET-WEILLER (D.)†, *La famille. Fondation et vie de la famille*, L.G.D.J., 2^e éd., 1993 ; MALAURIE (Ph.) & AYNÈS (L.), *Cours de droit civil*, t. III, *La famille*, Paris, Cujas, 5^e éd., 1995.

⁹⁴ Gr. arrêts n°11.4.

Ce sont les nécessités du commerce et de l'ouverture aux relations étrangères qui ont finalement conduit à utiliser la loi locale. Les systèmes de personnalité des lois d'une part, puis de territorialité d'autre part, empêchaient son application (notamment pour le deuxième, du fait qu'il écarte l'application des textes étrangers). Le principe de la validité des actes juridiques a été ainsi posé, dès lors que les règles en vigueur au lieu de leur formation ont été respectées⁹⁵.

La règle trouve sa justification dans la volonté de l'Etat d'imposer sa loi à celui qui contracte sur son territoire, mais aussi dans l'intention implicite des parties de se référer à la loi locale. Méconnaissant le plus souvent les formalités requises au lieu de leur domicile, et ces formalités étant ignorées aux lieux où ils contractent, les individus ne peuvent donc que s'instruire auprès des praticiens du lieu de l'acte. Grâce à cette règle simple, la continuité d'exercice de l'activité juridique de l'individu est assurée, en quelque endroit qu'il se trouve.

61. Le fond de l'acte était également attaché à la loi locale. C'est DUMOULIN qui entama la réduction du principe à la seule forme. Partant de l'idée que la *lex loci actus* n'exprimait que la volonté implicite des parties, il fallait admettre qu'elles puissent, pour le fond de l'acte, en choisir une autre et qu'il faut toujours rechercher leur intention. Ce n'est que plus tard que l'on opta pour la loi choisie par les parties, pour régir le fond de l'acte⁹⁶. La règle *Locus Regit Actum* devint par ailleurs facultative⁹⁷.

Le principe a été étendu au mariage. Ainsi, dans un premier temps, les conditions de fond et les conditions de forme du mariage étaient-elles régies par la même loi, celle du lieu de conclusion⁹⁸.

⁹⁵ La systématisation du principe est due à BARTOLE ; pour l'ensemble de la maxime, voir ROLAND (H.) & BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 3^e éd., 1992, n°195. Voir aussi : DOPFFEL (H.), *Die Wurzeln der Regel Locus Regit Actum im römischen Altertum*, thèse Hambourg, 1967 ; GENIN-MERIC (R.), *La maxime locus regit actum, nature et fondement*, Paris, L.G.D.J., 1976 ; LÉGIER (G.), *La règle locus regit actum et les conflits de lois en matière de forme des actes*, thèse Aix-en-Provence, 1976 ; SILZ (E.), *Locus regit actum. La notion de forme en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1929.

⁹⁶ Ch. civ., 5 décembre 1910, American Trading C° c./ Québec Steamship C°, R.C.D.I.P. 1911, 395 ; J.D.I. 1912, 1156 ; S. 1911, 1, 129 ; Gr. arrêts n°11.

⁹⁷ Civ., 20 juillet 1909, Viditz, R.C.D.I.P. 1909, 900, concl. Baudouin ; J.D.I. 1909, 1097, concl. Baudouin ; D.P. 1911, 1, 185, n. Politis ; Civ. 1^{re}, 28 mai 1963, Soc. les films Richebé c./ Soc. Roy Export et Charlie Chaplin, R.C.D.I.P. 1964, 513, n. Y. Loussouarn ; J.D.I. 1963, 1004, n. B. Goldman ; J.C.P. 1963, II, 13347, n. Ph. Malaurie ; D. 1963, 677, Rec. gén. lois 1963, 633, n. G. Droz ; Gr. arrêts n°41 ; Civ. 1^{re}, 10 décembre 1974, Pierucci c./ Harnay, R.C.D.I.P. 1975, 474, n. A. P. ; J.D.I. 1975, 542, n. Kahn ; *Rép. Défrenois* 1975, 1081, n. Malaurie et Morin.

⁹⁸ DELAUME (G.-R.), *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, Thèse Paris,

62. Le principe *Locus Regit Actum* est aujourd'hui énoncé aux articles 47 et 170 du Code civil, mais la jurisprudence y voit une *obligation* de se conformer aux prescriptions de la loi du pays où ces actes sont conclus⁹⁹. L'article 170 du Code civil prévoit que « *le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre Français et étranger sera valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite à l'article 63 [...]* ». Ce texte vise les mariages célébrés à l'étranger, mais formulé de façon bilatérale, il a vocation à s'appliquer également à l'hypothèse inverse de mariages célébrés en France. Les conditions de forme sont donc soumises à la loi du lieu où le mariage est conclu.

La règle vaut à la fois pour les mariages contractés en France, entre étrangers ou entre étrangers et Français, et pour les mariages contractés à l'étranger. Même si la forme locale étrangère n'est pas celle que prévoit le droit français, le mariage sera néanmoins reconnu valable et pourra produire des effets en France. C'est ainsi qu'un Français pourra se marier à l'étranger selon un rite strictement religieux, ou selon un rite purement privé, si cette/ ces forme(s) sont admises dans l'Etat où la célébration a lieu.

63. La solution est clairement affirmée¹⁰⁰ et s'impose au point de conférer à la règle, dans le domaine du mariage, un caractère impératif qu'elle n'a pas par ailleurs¹⁰¹. Elle reçoit de même une assez large application, puisque de nombreuses législations ont adopté le même critère de rattachement y compris dans certains pays de statut personnel¹⁰². Sur un plan supranational, bien que de faible effectivité, les deux Conventions de La Haye relatives au mariage, celle du 12 juin 1902 (article 5) et celle du 14 mars 1978 (article 2) ont également posé la

1947, p. 223. Mais on n'a pas toujours appliqué ce critère ; on est passé, en droit international privé, par un rattachement à la loi nationale, même pour la forme du mariage, à une époque où les idées personnalistes de MANCINI étaient en vogue ; voir par exemple : Cass. civ., 29 mai 1905, *Levinçon*, R.C.D.I.P. 1905, 518. Ce n'est que par la suite que l'on a opéré une distinction et opté pour le critère de la *lex loci celebrationis*.

⁹⁹ *Gr. arrêts* n°41.3 ; voir aussi *infra*, n°298 et suiv.

¹⁰⁰ Cass. civ., 10 août 1819, *Gaudin c./ Sommaripa*, S. 1819, chron. 1, 452 ; S. 1819-1821, 1, 111 ; PARIS, 20 janvier 1873, *Dussauce c./ Dussauce*, S. 1873, 2, 177 ; D.P. 1873, 2, 59 : « *Le mariage d'un Français à l'étranger est régi, quant à ses formes extrinsèques et à son mode de preuve, par la législation du pays où il est contracté* ».

¹⁰¹ Voir *infra*, n°298 et suiv.

¹⁰² MESTRE (J.), « Le mariage en droit international privé. Conditions de forme », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 546-20, 1993, n°9 et suiv., et la liste des pays ayant adopté cette solution.

compétence de la *lex loci celebrationis* pour régir les conditions de forme de l'union¹⁰³.

La *lex loci celebrationis* n'est qu'une application de la maxime *Locus regit actum*. Sa justification réside dans le fait que le mariage doit être accessible à tous dans tous les pays. La nécessité d'une part d'observer immédiatement les règles de forme du lieu et la possibilité d'autre part de se renseigner facilement et rapidement sur elles, font de ce lieu de conclusion (célébration) le rattachement le plus commode¹⁰⁴. Les mêmes considérations conduisent à permettre également aux personnes de nationalité étrangère de se marier au sein des ambassades et consulats du pays dont ils sont ressortissants, situés sur notre territoire¹⁰⁵.

Conclusion du chapitre 1

64. Des hommes et des femmes se sont depuis tous temps unis dans le mariage. Mais depuis quelques siècles, la *célébration* de l'union semble avoir remplacé sa *conclusion*. La liberté individuelle a été freinée, encadrée, pour laisser la place à une forme unique de mariage : le mariage civil et laïque, signe à la fois de la mainmise de l'Etat sur une partie de la vie privée de ses citoyens et de sa victoire sur les autorités qui lui faisaient concurrence.

Pour se marier, l'homme et la femme, en âge de le faire, doivent non seulement avoir l'aptitude, physique et morale, à le faire, mais doivent encore se plier aux

¹⁰³ BUZATTI (G.C.), *Le droit international privé d'après les conventions de La Haye, I, Le mariage d'après la convention du 12 juin 1902*, Sirey, 1911 ; MINCU (A.D.), *Les conflits de lois relatifs au mariage d'après la convention de La Haye de 1902*, Rousseau, 1909 ; TRAVERS (M.), *La convention de La Haye relative au mariage*, Sirey, 1912 ; « Effets de la dénonciation par la France des conventions de La Haye de 1902 en matière de mariage, de divorce, de séparation de corps et de tutelle, *J.D.I.* 1914, p. 778 ; LALIVE (P.), « La Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages », *Ann. suisse du droit international*, 1978, pp. 31-46.

¹⁰⁴ Relèvent en principe de cette loi : la compétence des autorités chargées de célébrer les mariages et l'étendue de leurs pouvoirs ; les conditions de résidence des futurs époux ; les règles de procédure ; les publications préalables (voir cependant, pour les Français se mariant à l'étranger, *infra*, n°279 et suiv.) ; la forme des oppositions, les délais, la procédure, les mainlevées (mais c'est la loi nationale qui décide des personnes habilitées à faire des oppositions) ; les pièces à produire lors de la célébration (documents d'état civil, établissement d'un certificat prénuptial) ; les formes de la célébration proprement dite ; la possibilité et les conditions d'un mariage par procuration (voir, cependant, le nouvel article 146-1, C. civ., *infra*, n°425 et suiv.) ; les formes de l'acte de mariage ; les modes de preuve de la formation du mariage.

¹⁰⁵ Sur la question de la loi applicable au mariage consulaire, voir *infra*, n°279 et suiv.

exigences formalistes instaurées par le pouvoir étatique dans son processus de solennisation de l'union ; à défaut, le mariage encourt la nullité. Ces exigences ne disparaissent pas avec la dimension internationale de l'union. Les conditions de fond régies par la loi nationale, suivent l'individu où qu'il aille. En revanche, plus de souplesse peut être constatée, pour ce qui concerne les conditions de forme. Soumises à la *lex loci celebrationis*, expression de la règle *Locus Regit Actum*, le mariage international ne sera pas nécessairement célébré en la forme civile et laïque ; le droit français le considérera néanmoins comme valable.

Chapitre 2

LES FONCTIONS DU MARIAGE SOLENNEL ET LAIQUE

65. « *L'intérêt social que le mariage met en jeu est trop considérable pour qu'on pût songer à en faire un acte privé et clandestin, ce qu'il était avant le Concile de Trente* »¹⁰⁶. Il était donc impensable, pour les constructeurs du nouvel ordre post-révolutionnaire, de laisser l'union des sexes au seul bon vouloir des particuliers. Le mariage est une matière mixte qui ne met pas seulement en cause le jeu des intérêts privés. La liberté matrimoniale était certes garantie, mais il fallait également la contrôler, l'encadrer, au besoin. Ainsi fut pensé et rédigé le Code civil, dans ses dispositions sur l'institution matrimoniale. Les formalités du mariage poursuivent donc une mission d'intérêt général. Le mariage dépasse la sphère purement privée : il n'est pas seulement un droit ou une liberté, il est une institution sociale, d'ordre public¹⁰⁷. L'Etat a la charge d'agencer le principe de vie ; la civilisation du droit civil doit alors assurer la cohérence des trois éléments qui définissent toute humanité : l'élément biologique, l'élément social, l'élément individuel ou subjectif¹⁰⁸.

Au-delà des considérations historiques, les règles internes, ainsi que les règles de conflits de lois applicables en la matière démontrent que l'Etat français est intéressé à la conclusion de tous les mariages contractés sur son territoire, et de tous les mariages concernant un Français. Les justifications des règles de l'ordre juridique interne ne sont pas nécessairement les mêmes que celles des règles de l'ordre juridique international, mais elles se rejoignent le plus souvent. La recherche de ces fonctions aidera alors peut-être à mieux comprendre les règles

¹⁰⁶ GARAUD (M.) & SZRAMKIEWICZ (R.), *La Révolution française et la famille*, P.U.F., 1978, p. 39.

¹⁰⁷ HAUSER (J.) & HUET-WEILLER (D.)†, *La famille. Fondation et vie de la famille*, L.G.D.J., 2^e éd., 1993, n°103

¹⁰⁸ LEGENDRE (P.), *Les enfants du texte. Etude sur la fonction parentale des Etats*, Leçons, VI, Fayard, 1992, p. 110 et suiv.

de droit international privé relatives au mariage.

66. Ainsi, la formalisation de l'union des sexes et du mariage ne s'explique pas seulement par des considérations historiques, ni même par la volonté de l'Etat de supplanter l'autorité religieuse dans le domaine de la famille. Dans la poursuite de ses intérêts, l'Etat cherche à protéger des intérêts sociaux et individuels ; on parlera alors d'intérêt général (section 1). Toutefois, dépassant les impératifs sociaux, il poursuit des objectifs plus proprement politiques, visant à sauvegarder, dans son ensemble, l'ordre étatique (section 2).

Section 1

LA PROTECTION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

- La protection du mariage et de la famille -

67. Par la force des choses, c'est l'Etat, détenteur de la puissance publique, et ses organes, qui sont à la fois destinataires et garants de l'intérêt général. L'intérêt général est un instrument de légitimation de ses actions. Cela explique peut-être par ailleurs certaines réactions et le recours à certains mécanismes spécifiques lorsque la situation est internationale.

68. L'intérêt *général* est proprement l'ensemble des intérêts communs aux différents individus qui composent la société et l'intérêt *public*, l'ensemble des intérêts de cette société en tant que telle¹⁰⁹. Il est vrai que la notion d'intérêt général, nulle part définie, est insaisissable et contradictoire. Elle renvoie en effet à la « *somme consensuelle d'intérêts particuliers* », ainsi qu'au « *dépassement dialectique de ces mêmes intérêts* »¹¹⁰. Elle se comprend, pour

¹⁰⁹ Ces deux expressions ne devraient pas en principe être confondues car on ne peut affirmer que la société n'est *que* la juxtaposition des êtres qui la composent ; cf. LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., 1972. Pour M. TRUCHET, pourtant, intérêt général, intérêt public, utilité publique, intérêt national font référence à la même notion ; cf. *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, L.G.D.J., 1977, p. 22.

¹¹⁰ RANGEON (F.), *L'idéologie de l'intérêt général*, *Economica*, 1986, p. 8. Il est par ailleurs donné quelques exemples de ce que peut contenir la notion : intérêt de la

d'autres, de ce qui est pour le bien public, à l'avantage de tous ; reliée au système de valeurs sur lesquelles repose la société, elle serait une donnée essentiellement variable¹¹¹. Nous utiliserons, pour notre part, l'expression d'*intérêt public général* (dans le sens d'intérêt de la société tout entière), afin de la concilier avec l'ensemble des définitions (§ 1).

69. La poursuite d'un but d'intérêt *privé* général est d'un autre ordre. Il ne s'agit pas de déterminer quels sont les avantages *personnels*, les attachements égoïstes et parfois matériels, que l'on peut attendre du mariage. La notion est ici plus proche de celle d'intérêt général, dans le sens où celui-ci désigne l'ensemble des intérêts communs aux différents individus qui composent une société¹¹², ou encore « *une somme consensuelle d'intérêts privés* »¹¹³. Ici, la satisfaction des intérêts privés poursuit une fonction d'ordre général¹¹⁴. On ne se place pas sur le terrain des seuls *droits* des époux mais aussi sur celui des *devoirs*¹¹⁵. Le mariage investit l'individu de responsabilités importantes¹¹⁶, dont la société sera, du même coup, déchargée. Le nouvel état de l'individu modifiera la consistance de ses relations avec les tiers, dans la société. Cela justifie alors une protection (publique) de certains intérêts privés (§ 2).

sécurité et de la commodité de la circulation, intérêt de la coordination des transports, de la santé publique ou de l'hygiène publique, de la défense, du ravitaillement de la population, de l'ordre public, etc. On peut ajouter que le concept est également imprégné d'une certaine notion de moralité ; cf. TRUCHET (D.), *op. cit.*, note 109, p. 278, et p. 274. Pour ce qui nous intéresse, on peut dire effectivement que les 'fins publiques' sont difficilement détachables de l'idée d'ordre public.

¹¹¹ *Lexique de politique*, Dalloz, 6^e éd., 1992 ; et voir aussi *Vocabulaire juridique*, association H. Capitant, sous la direction de G. CORNU, P.U.F., 6^e éd., 1996.

¹¹² LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., 1972.

¹¹³ RANGEON (F.), *op. cit.*, note 110, p. 8 et suiv.

¹¹⁴ Il faut relever l'existence, à côté des intérêts privés, d'intérêts généraux dont la loi a la charge, mais on peut toutefois constater que les particuliers tirent finalement profit d'un résultat poursuivi dans l'intérêt général. Cf. BATIFFOL (H.), *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, n°101, p. 225.

¹¹⁵ Il faut donc distinguer parmi ces effets, les droits (ex : condition d'entrée et de séjour ; succession) et les devoirs ; cf. COLLET (L.), *La notion de droit extrapatrimonial*, thèse Paris II, 1992, n°203 et suiv. La protection de la famille et de la « partie faible » (devoirs) relèvent davantage d'une préoccupation de l'ordre étatique.

¹¹⁶ Cf., dans le Code civil, les chapitres consacrés aux « obligations qui naissent du mariage » et aux « devoirs et droits respectifs des époux » (chapitres V et VI du titre sur le mariage, articles 203 à 226).

§ 1 : La protection de l'intérêt *public* général

70. PORTALIS justifiait la forme solennelle du mariage par le fait « *que le mariage soumet les conjoints à de grandes obligations envers ceux à qui ils donnent l'être. Il faut donc que l'on puisse connaître ceux qui sont tenus de remplir ces obligations...* »¹¹⁷.

Le mariage étant un contrat auquel la société est partie, il doit subir le contrôle de cette société. Puisque le mariage est à l'origine de la famille, qui en constitue la première fin, et qu'il instaure le modèle familial, il faut constater qu'il en est réellement la reproduction fidèle et durable. C'est l'un des premiers fondements de la solennisation de l'union. Il s'agit alors avant tout d'organiser le modèle, afin qu'il puisse remplir la fonction sociale qui lui est impartie (A) et qu'il soit protégé contre les mauvaises imitations (B).

A/ LA FONCTION SOCIALE DU MARIAGE

71. La société familiale est antérieure à toute autre association humaine ; elle en est l'origine¹¹⁸. Les premiers rapports entre les hommes ont été des rapports de famille ou entre chefs de famille¹¹⁹. Personne ne niera donc que l'organisation familiale est considérée comme une matière d'ordre public¹²⁰, parce que l'ordre familial s'inscrit dans l'ordre social.

La famille remplit une fonction sociale à deux titres. Tout d'abord, la famille assure la reproduction de l'espèce. Elle constitue ensuite une petite société, et prend en charge, à la place de la 'grande', un certain nombre de tâches.

72. « *Pauvre ou riche, primitive ou évoluée, une société, comme tout tissu vivant, doit d'abord, pour survivre, se reproduire* »¹²¹.

¹¹⁷ Cité par BEAUCHET (L.), « Etude historique sur les formes de la célébration du mariage dans l'Ancien droit français », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1882, pp. 351-393, et pp. 631-683.

¹¹⁸ SPITZ (J.-F.), « L'Etat et la famille », *Droits*, n°16, 1993, pp. 59-70.

¹¹⁹ PONTAVICE (du) (E.), « Droit de la famille et droit au bonheur », in *Mélanges offerts à M. le Professeur Pierre VOIRIN*, L.G.D.J., 1966, p. 678.

¹²⁰ COULOMBEL (P.), « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.T.D.Civ.* 1956, p. 1, n°18.

¹²¹ Extrait de l'ouvrage de Mme SULLEROT, *Pour le meilleur et sans le pire*, Fayard, 1984, p. 10 : « *La formation des couples, la nature des liens unissant les*

La société, quelle qu'elle soit, et le couple sont interdépendants. Toute société repose sur un regroupement organisé, dont la cellule primaire serait la famille et la cellule atomique, le couple, celui-ci permettant sa reproduction¹²². Ainsi toute société a intérêt à veiller à ce que les couples se forment « normalement » (dans le sens ici de favorable à la reproduction de l'espèce), et elle y parvient au moyen de divers rituels, dont le mariage est le modèle.

La sexualité n'est pas laissée à la seule liberté individuelle, car elle représente la procréation et la survie du groupe. Le mariage assure en conséquence la régulation de la sexualité et la survie du groupe.

73. La famille, ensuite, « a des liens organiques et vitaux avec la société parce qu'elle en constitue le fondement et qu'elle la sustente sans cesse en réalisant son service de la vie : c'est au sein de la famille, en effet, que naissent les citoyens et dans la famille qu'ils font le premier apprentissage des vertus sociales, qui sont pour la société l'âme de sa vie et de son développement »¹²³. Ceci souligne le caractère essentiellement *social* du mariage¹²⁴. Il apparaît ainsi que le social précède naturellement le juridique.

74. Les protagonistes de la Révolution avaient du reste bien compris qu'il y avait tout intérêt à préserver et renforcer la famille. A l'exception de quelques uns, les philosophes étaient convaincus de l'utilité sociale de la famille¹²⁵. La famille constitue en effet une 'petite patrie' et le gouvernement politique d'un

couples, la vie économique, sociale, personnelle, affective et morale des couples forment la trame de ce tissu. La naissance des enfants, leur éducation, le partage avec eux des ressources matérielles, culturelles et morales forment la chaîne de ce tissu, qui permet la continuité, fût-ce dans le changement ».

¹²² La toute récente loi n°94-629 du 25 juillet 1994 relative à la famille exprime d'ailleurs dans son article premier son attachement à la famille : « La famille est une des valeurs essentielles sur lesquelles est fondée la société. C'est sur elle que repose l'avenir de la Nation » ; J.O. 26 juillet 1994, 10739.

¹²³ « Le mariage et la famille constituent l'un des biens les plus précieux de l'humanité » : S.S. Jean-Paul II, Exhortation Apostolique post-synodale *Familiaris consortio*, 22 novembre 1981, §§ 1 et 42 ; cité par ONORIO (d') (J.-B.), « La protection constitutionnelle du mariage et de la famille en Europe », *R.T.D.Civ.* 1988, 1.

¹²⁴ Voir : CARBONNIER (J.), *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 8^e éd., 1995, p. 217 et suiv. L'auteur s'interroge sur le point de savoir si Adam et Eve étaient mariés, et pense qu'il est logique de répondre négativement à cette question puisque « le mariage tient au droit et le droit à la société ». Il est vrai que la société n'avait pas encore pénétré en tiers dans cette relation d'individu à individu.

¹²⁵ Voir GARAUD (M.) & SZRAMKIEWICZ (R.), *op. cit.*, note 106, p. 2-4.

pays n'est que la réplique à grande taille du 'gouvernement de la famille'. Elle remplit, par ailleurs, une fonction éducative non négligeable. C'est en son sein que les enfants apprennent les *devoirs* de chaque individu, vis-à-vis tout d'abord des autres membres de la famille (les principes d'égalité, dans la famille, n'étaient pas encore de mode, et les relations étaient basées sur des principes d'autorité hiérarchisée), puis vis-à-vis des membres de la société : « *Les vertus privées font les vertus publiques ; et c'est par la petite patrie qu'est la famille, que l'on s'attache à la grande ; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens* »¹²⁶.

Les grands principes sont alors rappelés dans les grandes chartes, comme dans la Déclaration des Droits et des devoirs de l'Homme et du Citoyen (1795) : « *Nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon père et bon époux* » (article 4 du chapitre 'devoirs')¹²⁷.

On voit alors, dès cette époque, apparaître la famille comme intérêt protégé, notamment dans le Code pénal de 1810 (sanction des violences intrafamiliales, des devoirs conjugaux, des devoirs parentaux), mais aussi bien sûr, dans le Code civil, où PORTALIS s'est fait le meilleur porte-parole de la valeur supérieure de la famille et du mariage : « *Les familles sont la pépinière de l'Etat, et c'est le mariage qui forme la famille. De là les règles et les solennités du mariage ont toujours occupé, une place distinguée, dans la législation civile de toutes les nations policées* ». Le discours préliminaire au Code civil, dans sa partie sur le mariage, commence par cet énoncé¹²⁸. Le bien des familles et « *celui de la grande famille qui les comprend toutes* » constitue un des objectifs du mariage. Cela lui donne encore une fonction d'intérêt privé général, protégé à ce titre.

75. Le mariage conférant, enfin, un certain nombre de droits politiques (séjour, nationalité), on s'assure que les époux sont dignes de foi. On combat alors avec

¹²⁶ Discours préliminaire au Code civil prononcé au Conseil d'Etat le 1^{er} pluviôse an IX et signé par PORTALIS, TRONCHET, BIGOT de PRÉAMENEU et MALEVILLE ; cité par LASCOUMES (P.), « L'émergence de la famille comme intérêt protégé par le droit pénal, 1791-1810 », in *La famille, la loi, l'Etat. De la Révolution au Code civil*, 1990, p. 340, not. p. 344. « *Le couple conjugal cesse (...) d'être à lui-même sa propre fin, pour devenir un moyen en vue d'une fin qui lui est supérieure (...). Chaque époux est devenu un fonctionnaire de la société domestique, chargé, comme tel, d'en assurer, par sa part, le bon fonctionnement* » ; cf. DURKHEIM (É.), *Textes 2. Religion, morale, anomie*, éd. de Minuit, 1975, p. 190, cité in *L'esprit sociologique des lois*, COMMAILLE (J.), P.U.F., 1994, p. 149.

¹²⁷ BARRET-KRIEGEL (B.), « Sphère privée, citoyenneté, démocratie », in *La famille, la loi, l'Etat. De la Révolution au Code civil*, 1990, p. 503.

¹²⁸ PORTALIS (J.-E.), *Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage*, présenté le 16 pluviôse an XI, in *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p. 79 et suiv.

vigueur les détournements de l'institution traditionnelle.

Pour échapper au service militaire, un jeune homme n'hésita pas, par exemple, à épouser une femme de 68 ans¹²⁹; une femme a épousé un mendiant pour s'approprier une dot¹³⁰. Plus récemment, le tribunal civil de la Seine a constaté la nullité du mariage célébré, en Allemagne, entre un prisonnier français, qui venait d'être libéré, et une Allemande, car le mariage n'avait d'autre but que de faire acquérir la nationalité française à la jeune femme, pour qu'elle puisse fuir la zone occupée par les Russes¹³¹. La question du mariage simulé se concentra ensuite essentiellement sur celle de l'acquisition de la nationalité française ou d'un titre de séjour sur le territoire français¹³².

Or, le mariage n'est pas un contrat comme les autres. Il obéit à certaines règles impératives auxquelles on ne peut déroger et il ne doit pas faire l'objet d'abus. L'Etat ne peut tolérer que l'on détourne l'institution de ses fonctions. Il veille alors à la protection de la Nation toute entière, ne conférant les avantages politiques du mariage qu'aux époux véritables. La formalisation du mariage permet ainsi, en principe, à l'Etat d'exercer son contrôle de la sincérité de ses citoyens ou futurs citoyens. Il convient dès lors d'étudier les modalités de la protection de l'intérêt public général.

B/ LES MODALITÉS DE LA PROTECTION

76. Le mariage poursuivant une mission sociale essentielle, mission d'intérêt public, la protection de cet intérêt public général consiste tout d'abord à instaurer un contrôle des conditions de fond du mariage (1). Ensuite, pour que le mariage remplisse sagement sa fonction, il est nécessaire de lui assurer une protection institutionnelle efficace (2).

1) Le contrôle des conditions de fond du mariage

77. L'utilité de l'état civil n'a jamais été remise en cause. Formidable source de renseignements pour les observatoires statistiques, son efficacité dans l'organisation de la preuve de la situation d'une personne dans la famille et dans

¹²⁹ LYON, 10 avril 1856, D. 1857, 2, 54.

¹³⁰ AIX, 4 mars, 1813, S. Chr. 1812-1814, 2, 267.

¹³¹ Cf., notamment, Trib. de la Seine, 7 janvier 1948, Loiseau c./ Dlle Bartsch, J.C.P. 1948, II, 4430, n. J. Mazeaud.

¹³² Voir *infra*, n°131 et suiv.

la société n'a jamais faibli. Grâce à lui, les empêchements à mariage sont connus inévitablement. Sont évités ainsi les mariages trop précoces, incestueux ou bigames. « *L'état civil a pour objet de faire connaître avec précision 'l'état' des personnes physiques, c'est-à-dire l'existence et l'évolution de leur condition juridique, en établissant à cet effet, pour les événements importants de leur vie, certains moyens de preuve* »¹³³. En conséquence, une réflexion sur l'organisation et la protection de l'état civil s'impose.

Concernant l'état des personnes, l'idée de contrôle est inhérente à celle d'état civil. Des nécessités administratives, sociales, fiscales, démographiques ou militaires obligent l'Etat à connaître la situation juridique des personnes vivant sous son autorité. Toutefois ce seul besoin de statistiques précises, utiles pour faire évoluer les politiques économiques et sociales, ne suffit pas à justifier l'instauration de ce service public. La première utilité de l'état civil fut et reste encore aujourd'hui de vérifier le respect des conditions de fond du mariage.

Les conditions de fond posées à sa célébration ne poursuivent pas d'autre but que d'assurer le bon fonctionnement de la famille.

78. Concernant tout d'abord la première de ses fonctions (la fonction biologique), les conditions liées à la différence de sexe, à l'âge, à la santé sont associées au fait que le mariage est une institution de droit naturel, dont la fin primaire réside dans la transmission de la vie¹³⁴. Notre Ancien droit, dominé par le droit canon, faisait bien sûr de la procréation (et donc de la consommation de l'union) une condition indispensable de la conclusion du mariage. Certes, les rédacteurs du Code civil se sont en partie fortement inspirés du droit canonique lorsqu'ils ont conçu les dispositions sur le mariage¹³⁵. Toutefois, le Code civil

¹³³ DUGAS DE LA BOISSONNY (Ch.), *L'état civil*, P.U.F., *Que-sais-je ?* n°2335, 1987.

¹³⁴ Cf. la doctrine matrimoniale de St THOMAS D'AQUIN fondée sur la distinction hiérarchisée des fins du mariage : la fin première, qui est la procréation, et la fin secondaire, qui est l'aide mutuelle des conjoints. Voir *Dictionnaire de droit canonique*, 1935-65, p. 751, et BONNET (L.), « L'influence du cardinal Gasparri sur la conception du mariage du Code de droit canonique de 1917 », *L'Année canonique* 1992, t. 35, p. 181 et suiv., not. p. 182 ; MATHON (G.), *Le mariage des chrétiens*, t. I, *Des origines au Concile de Trente*, Desclée, 1993, p. 226 ; PECAUT-RIVOLIER (L.), *La procréation dans le mariage*, Thèse Paris II, 1994.

La pensée judaïque de l'Ancien testament plaçait également la signification essentielle et le but du mariage dans la procréation ; cf. MEYENDORFF (J.), *Le mariage dans la perspective orthodoxe*, Paris, 1986, p. 11 et POUPARD (P.) (Dir.), *Dictionnaire des religions*, P.U.F., 1984, v°Mariage.

¹³⁵ *Mariage civil et mariage canonique*, Actes du V^e colloque national des juristes catholiques, Paris, Téqui, 1985.

n'a pas fait de la procréation une condition de validité du mariage¹³⁶ ; il se contente d'en faire une de l'éventualité de la procréation. Dans cette ère de liberté, on ne peut obliger un homme et une femme à procréer, mais une union n'est pas considérée comme 'normale', si cette possibilité est totalement exclue (mariage d'individus trop jeunes, de même sexe, mariages blancs, etc.).

Ensuite, les prohibitions de l'inceste, de la polygamie, l'exigence du respect d'un délai de viduité sont également imposées en vue d'assurer la tranquillité et la moralité dans la famille. La première interdiction est assurément une interdiction morale, mais elle vise aussi à éviter les tares biologiques dont peuvent parfois souffrir les enfants issus de telles unions. De même, notre conception de la famille nous empêche d'accepter qu'un individu entretienne des relations avec une ou plusieurs personnes à la fois. Cela nuirait par ailleurs à la bonne stabilité, matérielle et psychologique, du foyer et, par-là, à la bonne éducation et au bon épanouissement des enfants, et donc à la deuxième des fonctions de la famille, la fonction politique.

Le délai de viduité, enfin, a pour but d'assurer la quiétude des familles quant à la paternité de l'enfant qui naîtrait pendant cet intervalle incertain qui s'étend de la fin du premier mariage au début du second¹³⁷.

79. Afin d'assurer une certaine stabilité de la famille, il est nécessaire d'organiser des limitations aux libertés que pourraient prendre les intéressés. Pour que la famille puisse jouer pleinement son rôle, il lui faut se déployer dans le temps. Ses objectifs réclament la durée. Il faut donc attirer l'attention des futurs époux sur leur engagement véritable et tenter d'assurer leur plein consentement, par la lecture solennelle, obligatoire pour tous les mariages célébrés en France, de quelques textes du Code civil : « *Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance* » (article 212, C. civ.) ; « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* » (article 213, C. civ.) ; « *Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie* » (article 215, al.1, C. civ.). Le consentement doit porter sur cet engagement qui est censé protéger cet univers familial. Ce dernier serait effectivement troublé si la volonté d'un ou des époux faisait défaut. Le consentement est la pierre angulaire qui doit garantir la fonction familiale, mais il est malheureusement fragile et doit se

¹³⁶ "*Consensus non concubitus facit nuptias*" (C'est le consentement non le coucher qui fait le mariage), in *Adages du droit français*, ROLAND (H.) & BOYER (L.), Litec, 3^e éd., 1992, n°55, p. 108.

¹³⁷ L'article 311 du Code civil présume toutefois que l'enfant est conçu entre le trois centième et le cent quatre-vingtième jour précédant la naissance.

renouveler tout au long de l'union.

C'est pourquoi on cherche, par le mariage, non seulement à assurer des familles normales susceptibles de procréer, mais aussi à protéger les membres de la famille contre sa dislocation éventuelle. La dissolution volontaire (par opposition à accidentelle) de la famille est nécessairement judiciaire car, de cette façon, seront contrôlés et vérifiés tous les intérêts en cause. Il sera tenté jusqu'au dernier moment, par la procédure de conciliation, lorsqu'elle existe, de préserver l'unité de la famille.

Le Code civil français ne prévoit que deux causes de dissolution du mariage : le décès de l'un des époux ou le divorce légalement prononcé (article 227)¹³⁸. Nous pourrions y ajouter la déclaration de la nullité de l'union, bien que celle-ci considère en principe l'absence *ab initio* de tout mariage car la nullité doit, elle aussi être déclarée judiciairement. La dissolution du mariage suppose donc soit la volonté d'une autorité étatique, soit celle du Tout-Puissant. La volonté des époux de mettre fin à leur union est strictement encadrée, en dépit de l'apparente facilité avec laquelle ils peuvent le faire. Le droit français ne reconnaît la répudiation, même prononcée à l'étranger, que de façon parcimonieuse¹³⁹. De plus, la procédure de divorce, longue et coûteuse, rappelle aux époux qu'on ne brise pas impunément un mariage, et que certains de ses devoirs survivent à la séparation. Ainsi, le mariage marque de son empreinte indélébile l'histoire des individus.

80. Il y a donc un désir, de la part des autorités, c'est-à-dire de la part du groupe tout entier, de contrôler la formation des ménages : « *Le mariage est avant tout un élément d'un système socio-politique* »¹⁴⁰. Si l'on excepte la consécration publique en elle-même, les formalités qui précèdent la célébration visent uniquement à vérifier la conformité du mariage à la norme sociale. La remise d'une copie de l'acte de naissance¹⁴¹ permet par exemple à l'officier d'état civil d'opérer lui-même un certain nombre de vérifications, quant au sexe

¹³⁸ On peut assimiler à la mort l'absence déclarée par jugement, qui produit ici les mêmes effets (art. 128, C. civ.).

¹³⁹ Voir en dernier lieu, Civ. 1^{re}, 11 mars 1997, D. 1997, 400, n. M.-L. Niboyet ; Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1994, *Bull. civ.*, I, n°192, p. 141 ; D. 1995, 263, n. J. Massip ; D. 1994, IR, 169. *R.C.D.I.P.* 1995, 103, n. J. Déprez. La Cour a cassé un arrêt admettant la répudiation prononcée en violation de l'ordre public procédural.

¹⁴⁰ HAUSER (J.) & HUET-WEILLER (D.)†, *La famille. Fondation et vie de la famille*, L.G.D.J., 2^e éd., 1993, n°169.

¹⁴¹ L'expédition doit dater de moins de trois mois si elle a été faite en France, et de moins de six mois si elle a été faite par les services consulaires fixés à l'étranger.

de l'intéressé, à sa filiation, à ses éventuelles précédentes unions, etc.

81. Les publications, enfin, ont pour objet de prévenir le milieu social des futurs époux et inciter ceux qui auraient connaissance de quelque empêchement à se manifester, par le biais des oppositions. Le Français qui se marie à l'étranger doit également se plier à cette formalité (article 170, C. civ.). L'absence de publications n'est pourtant pas sanctionnée par la nullité, bien que la clandestinité soit en principe frappée de nullité absolue (article 191, C. civ.)¹⁴². Le Procureur de la République peut, de plus, dispenser les intéressés de cette formalité (article 169, C. civ.).

Il ressort des articles 172 à 179 du Code civil que, dans son propre intérêt ou dans l'intérêt public, tout intéressé peut empêcher la conclusion du mariage frappé d'un cas de nullité précis. Les publications, provoquant les oppositions, ont alors un rôle préventif. Toutefois une opposition, qui doit dans tous les cas être motivée, ne pourrait être formée lorsque le mariage est frappé d'un empêchement simplement prohibitif. L'opposition, qui répond elle-même à certaines conditions de forme, celles du lieu de célébration¹⁴³, peut empêcher le mariage dans les cas limitativement énumérés par la loi. Mais c'est la loi nationale de chacun des futurs époux qui dira quelles sont les personnes investies de ce droit et les motifs qu'elles peuvent invoquer. Si un des époux est Français, peuvent former opposition : les parents et ascendants des futurs époux, le premier conjoint, en cas de bigamie, les collatéraux et le tuteur, en cas de défaut de consentement du conseil de famille lorsqu'il était requis et en cas de démence du futur conjoint (mais il leur faut en même temps demander la mise sous tutelle de l'intéressé), le Ministère public, dans les cas où il pourrait demander la nullité, c'est-à-dire dans les cas de nullité absolue (article 175-1, nouveau, C. civ.)¹⁴⁴.

Les oppositions tentent, par avance, d'éviter la naissance d'un mariage qui serait atteint d'une cause de nullité et notamment d'une cause de nullité absolue (comme l'impuberté, l'absence totale de consentement, la bigamie, l'inceste).

¹⁴² La jurisprudence est restée bienveillante. L'inobservation des formalités prescrites n'entraînant la nullité que si les époux ont entendu faire fraude à la loi : Civ. 1^{re}, 13 février 1961, D. 1961, 349, n. G. Holleaux ; J.D.I. 1961, 1094, n. B. G.

¹⁴³ En droit français, elle est un acte d'huissier, extrajudiciaire, qui répond aux conditions posées aux articles 66 à 68, et 176 à 179 du Code civil. L'opposition devra, pour être efficace, et même si elle n'a pas fait l'objet d'une mainlevée, être renouvelée tous les ans. En revanche, après une mainlevée, une autre opposition par la même personne ne pourra être formée (article 17, alinéa 2, C. civ.).

¹⁴⁴ Voir *infra*, n°387 et suiv.

Une opposition régulière a donc valeur d'empêchement ; le mariage ne pourra être célébré tant qu'aucune mainlevée n'aura été ordonnée par le juge, à la demande des époux ou de l'un d'eux.

82. Quel sera pourtant l'avenir de telles formalités, alors que certaines mairies accordent à tout-va, sans aucun contrôle, des certificats de concubinage, et ce, même aux homosexuels ? Pourquoi se soucier du respect des conditions de fond, puisqu'il n'existe par ailleurs, dans d'autres cas de figure, aucun contrôle ? La dimension biologique, reproductrice du mariage, que nous avons vue plus haut, n'est pas seule en cause.

Il s'agit peut-être, dans un premier temps, d'amoindrir les charges qui pèsent sur la société. L'obligation alimentaire, par exemple, est d'ordre public, incessible et insaisissable, car elle concerne aussi l'intérêt général. La société n'a pas, dans le cas du couple légitime, à prendre en charge la personne dans le besoin. Or, en enregistrant les personnes qui entrent dans le mariage et qui sont soumises aux devoirs prévus par la loi, on sait par avance qui supportera la dette alimentaire. On peut aussi par ailleurs penser aux dépenses de santé qui seraient occasionnées par une progéniture issue d'une union consanguine et qui constitueraient par-là une charge pour la société.

Mais la raison majeure réside sans doute dans la dimension sociologique du mariage. Il s'agit de respecter l'institution du mariage, c'est-à-dire de respecter un certain modèle. Les cas de nullité absolue prévus par la loi (article 184 du Code civil), tels que l'impuberté, l'inceste et la bigamie ou encore les cas d'inexistence pour identité de sexe, ne trouvent leurs justifications que dans la morale, dans une certaine conception du mariage. Le mariage est un modèle social qu'il faut préserver et dont on espère qu'il guidera les comportements. A défaut de contrôle et de sanction, il ne peut plus montrer l'exemple. C'est l'instauration d'un service de l'état civil qui a rendu ce contrôle possible et permis d'éviter les abus. Autrefois, dans l'ignorance de leur filiation, il n'était pas simple hypothèse d'école que deux personnes s'épousent alors qu'elles étaient parentes. L'hypothèse était d'autant moins théorique que les migrations et les voyages étaient très peu nombreux.

Il est vrai qu'aujourd'hui, cette possibilité est fort rare, voire rarissime, la filiation étant la plupart du temps établie, même lorsqu'elle est naturelle¹⁴⁵. La mobilité géographique fait décroître la probabilité de telles unions incestueuses. Le problème pourrait cependant resurgir avec la loi n°94-654 du 29 juillet 1994

¹⁴⁵ Il faut néanmoins réserver le cas de l'accouchement « sous X », prévu à l'article 341-1 du Code civil.

relative, entre autres, à l'assistance médicale à la procréation. Cette loi interdit à l'enfant conçu dans ces conditions d'intenter par la suite une action en recherche de paternité (article 311-20 du Code civil). Elle a néanmoins prévu qu'en cas d'insémination artificielle avec donneur, le recours aux gamètes d'un même donneur ne peut délibérément conduire à la naissance de plus de cinq enfants¹⁴⁶. Combien, dans le cas contraire, de frères et de sœurs s'uniraient-ils sans connaître leur parenté ? Les règles régissant le mariage ne reposent donc pas entièrement sur des données naturelles. Leurs fondements sont avant tout sociologiques.

2) La protection publique de la famille et du mariage

83. La famille, lieu de la vie privée, devrait en principe échapper à l'autorité publique, à moins qu'il ne s'agisse peut-être de la défendre¹⁴⁷.

Néanmoins, famille et Nation sont indéniablement liées. « *En sauvegardant le mariage et la famille, l'ordre public juridique sauvegarde la société tout entière* »¹⁴⁸. Chargée d'une fonction sociale importante, la famille mérite alors une protection particulière de la part des institutions. Pourtant les lois, à elles seules, ne suffisent pas à fournir cette protection, même si le législateur bénéficie en ce domaine d'une compétence exclusive pour intervenir dans les matières concernant « *la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités* » (article 34 de la Constitution)¹⁴⁹.

¹⁴⁶ loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *J.O.* 30 juillet 1994, p. 11060 ; *J.C.P.* 1994, III, 66974 ; RAYMOND (G.), « Aperçu rapide sur la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *J.C.P.* 14/09/1994, *Actualités*. Il a été à ce propos ajouté un certain nombre de dispositions dans le Code civil, notamment les articles 311-19 et 311-20.

¹⁴⁷ BATIFFOL (H.), « Existence et spécificité du droit de la famille », in *Arch. de Philosophie du droit*, 1975, p. 9.

¹⁴⁸ Pour l'ensemble de la question, voir ONORIO (d') (J.-B.), « La protection constitutionnelle du mariage et de la famille en Europe », *R.T.D.Civ.* 1988, 1, not. p. 28 ; LUCHAIRE (F.), « Les fondements constitutionnels du droit civil », *R.T.D.Civ.* 1982, p. 259 et suiv. ; BOULOUIS, « Famille et droit constitutionnel », *Mélanges Kayser*, 1979, I, 147.

¹⁴⁹ Le domaine de l'état des personnes est d'ordre public et seule la loi peut le régir. Il est donc inconcevable que certains maires se donnent la liberté de délivrer des certificats de concubinage qui, pour être sans valeur juridique, n'en confèrent pas moins de multiples avantages en matière d'assurance, de Sécurité sociale, de procréation médicalement assistée, etc. Voir notamment HAUSER (J.) & HUET-WEILLER (D.)†, *op. cit.*, note 140, n°407.

84. Ce sont donc les Constitutions, reprenant parfois les commandements inscrits dans les grands textes, tels que la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, qui se chargent de défendre la famille et/ ou le mariage au plus haut niveau¹⁵⁰.

Parmi les Etats européens traitant explicitement du mariage et/ou de la famille dans leur Constitution, on peut distinguer deux catégories de dispositions : celles qui, comme en Irlande, en Italie¹⁵¹, en Grèce, au Luxembourg, reconnaissent pleinement la nature fondamentale de l'institution matrimoniale (le mariage et la famille sont alors considérés comme les véritables fondements constitutifs de l'ordre social) ; et celles qui assurent simplement la protection constitutionnelle des droits économiques et sociaux de la famille. Tel est le cas du Portugal, de l'Allemagne, de l'Espagne¹⁵², de la France.

En France, cependant, aucun article de la Constitution du 4 octobre 1958 ne traite expressément de la famille et du mariage. Ces deux institutions ne font l'objet que d'un renvoi opéré par son Préambule à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et au préambule de la Constitution de 1946. D'ailleurs, le premier de ces textes ne traite pas non plus directement de ces matières, étant davantage préoccupé par les questions d'égalité entre les citoyens. Il proclame néanmoins, le principe de la liberté d'opinion, de conscience et de religion, qui permettra d'obtenir une liberté matrimoniale effective. C'est finalement au Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qu'il faut s'attacher pour trouver un texte, règle juridique *interne* à caractère obligatoire, se préoccupant de la protection publique de la famille. Y sont considérés « *comme particulièrement nécessaires à notre temps, les principes politiques, économiques et sociaux ci-après : (...) La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ». La formule est assez vague et peut donner lieu à de multiples interprétations mais aucune

¹⁵⁰ Nous nous en tiendrons, ici, à l'Europe.

¹⁵¹ Constitution italienne du 27 décembre 1947, article 29 : « (1) *La République reconnaît les droits de la famille en tant que société naturelle fondée sur le mariage.* (2) *Le mariage repose sur la parité morale et juridique des époux* ». Voir RIALS (S.), *Textes constitutionnels étrangers*, P.U.F., *Que-sais-je ?* n°2060, p. 90.

¹⁵² Constitution espagnole du 29 décembre 1978 (in *Pouvoirs*, 1979, n°8, p. 131 et suiv.) : l'article 32 du chapitre 2 relatif aux droits et libertés dispose que « 1. *L'homme et la femme ont le droit de contracter mariage en pleine égalité juridique.* 2. *La loi fixe les formes du mariage, l'âge et la capacité pour le contracter, les droits et les devoirs des conjoints, les causes de séparation et dissolution et leurs effets* » ; puis l'article 39, dans le chapitre relatif aux principes directeurs de la politique sociale et économique, rappelle que « 1. *Les pouvoirs publics assurent la protection sociale, économique et juridique de la famille* ».

jurisprudence n'est venue l'éclaircir¹⁵³.

85. La protection constitutionnelle de la famille consisterait, négativement, à ce qu'il n'y ait pas d'ingérence étatique dans la vie privée et, positivement, à intervenir en faveur du mariage et de la famille.

La protection de la vie privée est en effet un principe généralement bien suivi, surtout dans le domaine familial proprement dit. La liberté laissée aux individus de mener leur vie comme ils l'entendent a effectivement été respectée, puisque nulle autorité ne vient s'immiscer dans la vie des couples, fussent-ils homosexuels, pour venir leur reprocher leur conduite. Tout au plus peut-on refuser à ceux-ci certains droits. Néanmoins comme ces droits ne sont accordés que sur preuve, par l'intéressé, de son état civil, l'Etat est dispensé d'entamer des investigations qui nuiraient au respect de la vie privée. Comme nous l'avons dit, il s'agit d'une obligation négative de l'Etat ; il doit simplement s'abstenir d'agir.

Depuis la Révolution et, plus récemment, depuis l'adoption de notre Constitution, le législateur est effectivement intervenu dans le domaine de la famille, sans que l'on puisse dire, toutefois, qu'il l'ait fait *en faveur* de la famille et du mariage. A l'exception du mariage, le droit de la famille a été entièrement réformé depuis 1804, et on y a de fait gagné, par exemple, l'égalité entre les membres de la famille. Mais on y a également introduit le divorce, que notre droit a d'ailleurs admis de plus en plus facilement. Est-ce là réellement une intervention en faveur du groupe familial ? Il s'agirait plutôt d'une réforme favorable à l'individualisme croissant que traversent nos sociétés. Quant au mariage, il n'a fait depuis ces dates l'objet d'aucune attention particulière, si ce n'est que le législateur de 1993 a introduit dans le Code civil des dispositions visant à protéger et assurer l'intention matrimoniale et la volonté de fonder un

¹⁵³ Voir cependant Conseil Constitutionnel, 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. Le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration prévoyait que l'officier d'état civil serait obligé de saisir le Procureur de la République lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage n'est envisagé que dans un but autre que l'union matrimoniale : le Procureur de la République aurait disposé d'un délai de 15 jours à l'effet de décider, sans recours possible, qu'il soit sursis à la célébration du mariage pour une durée qui pouvait aller jusqu'à trois mois. Le Conseil constitutionnel a décidé que « ces dispositions méconnaissent le principe de la liberté du mariage, qui est une des composantes de la liberté individuelle », rappelant que « 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 ». Mais cela contribue à préciser le contenu des libertés fondamentales, non à expliciter la formule précitée.

foyer¹⁵⁴.

86. La Constitution protège donc davantage la famille dans son ensemble, ainsi que ses membres, que l'institution qui la fonde. Toutefois, comme la famille naturelle n'est réellement protégée que depuis les années 70, on pourrait avancer que seule la famille *légitime* est protégée constitutionnellement¹⁵⁵. La lecture des instruments internationaux conduit également à cette interprétation.

La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, dans son article 16, traite en effet de la famille et du mariage dans les termes suivants :

1. *A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.*
2. *Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux.*
3. *La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat.*

Le Pacte International des Droits civils et politiques, dans son article 23, et la Convention Européenne des Droits de l'Homme, dans son article 12, contiennent des dispositions semblables¹⁵⁶. Dans le premier de ces textes, le mariage

¹⁵⁴ Article 21-27 du Code civil (sur l'acquisition de la nationalité par mariage) ; article 146-1 (sur le consentement et requérant la présence du Français qui se marie, même à l'étranger) ; articles 170-1, 175-1 et 175-2 (pour le cas où l'officier d'état civil a des doutes sur les intentions des futurs époux) ; l'article 190-1 (prévoyant l'annulation d'un mariage célébré en fraude à la loi). Ces articles résultent de la loi n°93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration. Voir *infra*, n°240 et suiv.

¹⁵⁵ Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs récemment rappelé que le droit à une vie familiale normale, qui consiste, pour un étranger résidant en France de manière stable et régulière, en la faculté de faire venir auprès de lui son conjoint et ses enfants mineurs, ne s'étend pas aux concubins : Conseil constitutionnel, 16 juillet 1996, DC n°96.377, J.C.P. 1997, I, 4023, n°26.

¹⁵⁶ Article 12 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme :
« *A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit* ».

Article 23 du Pacte International des Droits civils et politiques :
« 1. *La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat.*
2. *Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile.*
3. *Nul mariage ne peut être conclu sans le libre et plein consentement des futurs époux.*

apparaît en premier lieu, avant la famille, qu'il conditionne. C'est donc le mariage, dans la conception apparemment universelle des relations entre les hommes, qui fonderait la famille. Pourtant, la Convention Européenne, que les juges français invoquent de plus en plus souvent, apparaît comme la moins explicite et la jurisprudence de ses instances juridictionnelles n'aide pas à éclaircir le débat. Celle-ci a en effet d'abord affirmé que la famille naturelle avait également droit à la protection de la Convention¹⁵⁷. Elle n'a pas voulu, ensuite, prendre parti à propos de la revendication, de la part d'un transsexuel, du droit de se marier (article 12)¹⁵⁸. Est-ce à dire que, pour les juges de Strasbourg, la procréation n'est pas une fin du mariage ? Le mot 'mariage' vient pourtant de '*matrimonium*', c'est-à-dire 'maternité'.

87. Ainsi, comme nous venons de l'évoquer, la Patrie des Droits de l'Homme n'est pas toujours garante des principes qu'elle proclame. La protection constitutionnelle de la famille est mieux assurée, par exemple, en Allemagne qu'en France. Alors que certains maires, en mal de prouver leur libéralisme, décident qu'ils accorderont des certificats de concubinage aux couples homosexuels¹⁵⁹, la Cour constitutionnelle allemande affirme bien haut que « la différence de sexe appartient aux caractéristiques essentielles du mariage, et qu'un mariage homosexuel ne peut être conclu sans enfreindre la Constitution »¹⁶⁰.

4. *Les Etats parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité des droits et des responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage, et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire. »*

On peut citer aussi, en dépit de sa moindre effectivité dans l'ordre juridique français, la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant (préambule) : « *Convaincus que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté ».*

¹⁵⁷ Cour Européenne des Droits de l'Homme, 13 juin 1979, Marckx c./ Belgique, Série A, n°31 ; in BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 5^e éd., 1996, arrêt n°106, §§ 783-794.

¹⁵⁸ Cour Européenne des Droits de l'Homme, 25 mars 1992, B. c./ France, Série A, n°232-C ; D. 1993, 101, n. J.-P. Marguénaud ; J.C.P. 1992, II, 21955, n. Th.Garré ; in BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 5^e éd., 1996, arrêt n°129, §§ 935-943.

¹⁵⁹ DAVID (A.), *Le Monde*, 20 septembre 1995, et AULAGNON (M.), *Le Monde*, 22 septembre 1995. Le certificat n'a en principe pas de valeur juridique ; il n'empêche qu'en pratique, il permet d'obtenir certains avantages accordés aux couples.

¹⁶⁰ B.Verf.G., 4 octobre 1993, *FamRZ* 1994, Heft 1, S. 21 : « *Die Geschlechtsverschiedenheit gehört zu den prägenden Merkmalen der Ehe. Ein Recht auf*

La protection de l'intérêt public général n'est pas la seule fonction de la formalisation du mariage. Celle-ci vise également à protéger l'intérêt privé général.

§ 2 : La protection de l'intérêt *privé* général

88. Le mariage est un engagement important ; il ne comporte pas exclusivement des droits, il comporte aussi des *devoirs* dont le manquement constitue une faute susceptible d'être sanctionnée. Le mariage désigne ceux qui supporteront ces obligations familiales. Il est donc important que liberté matrimoniale et liberté du consentement soient assurées, non seulement pour protéger la liberté individuelle mais aussi pour préserver la famille, la famille à *venir*.

Les époux ont ainsi l'entière maîtrise et le monopole du *negotium*. L'ingérence étatique dans le mariage ne leur ôte pas celui-ci ; au contraire, elle le leur assure.

Il est donc essentiel, tant au regard de la formation du mariage que de ses effets, d'assurer la liberté de celui qui s'engage (A), que l'information de ceux qui l'entourent (B).

A/ ASSURER LA LIBERTÉ DE CELUI QUI S'ENGAGE

89. Pour le droit canonique et pendant très longtemps, même depuis que le droit civil régit la matière de la famille, le mariage est indissoluble. Assurer la liberté du consentement de celui qui allait s'engager dans les *liens* du mariage pouvait revêtir une signification que l'on saisit moins aisément aujourd'hui. Cette fonction reste pourtant essentielle.

Eingehung einer Ehe mit einem gleichgeschlechtlichen Partner kann daher nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG weder aus Art. 6 I GG noch aus Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG noch aus Art. 3 I GG hergeleitet werden ».

Art. 6, I, GG : « Le mariage et la famille sont placés sous la protection particulière de l'Etat » ;

Art. 2, I, GG : « Chacun a droit au libre épanouissement de sa personnalité, pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel ou la loi morale » ;

Art. 3, I, GG : « Tous les êtres humains sont égaux devant la loi » ;

Voir RIALS (S.), *Textes constitutionnels étrangers*, P.U.F., *Que-sais-je ?* n°2060.

90. Le mariage est consensuel à l'origine¹⁶¹ et dans son fondement : il repose sur l'intention non équivoque des futurs époux de se prendre pour mari et femme, et d'assumer ensemble les obligations du mariage. L'instauration d'exigences formelles (formalités antérieures à la cérémonie, et célébration elle-même), dont certaines sont commandées pour la validité même du mariage, n'a rien ôté à l'importance du consentement dans le mariage. Au contraire, une des fonctions de la solennité est justement d'inciter les époux à réfléchir sur la portée de leur engagement, afin que leur consentement soit libre et éclairé au moment de la célébration.

C'est pourquoi la liberté matrimoniale et la liberté du consentement, la première étant une modalité de celle-la, bénéficient d'une protection particulière.

91. La liberté matrimoniale est une liberté fondamentale, à ce titre garantie par la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 16), la Convention Européenne des Droits de l'Homme (article 12), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 23, al. 2). L'Etat, partie à ces conventions et renvoyant même à certains de ces textes dans le Préambule de sa Constitution, doit en assurer l'effectivité, car il est garant de ces libertés publiques dont elle fait partie¹⁶².

Droit de l'homme, le mariage serait aussi un droit naturel, tel que l'envisageait PORTALIS¹⁶³. Quoi qu'il en soit, la liberté matrimoniale n'est pas assurée de

¹⁶¹ Telle était la solution du droit canonique et de l'Ancien Droit.

¹⁶² BENABENT (A.), « La liberté individuelle et le mariage », *R.T.D.Civ.* 1973, 440 ; COIRET (N.), « La liberté du mariage au risque des pressions matérielles », *R.T.D.Civ.* 1984, 63. Voir également HAUSER (J.) & HUET-WEILLER (D.)†, *La famille. Fondation et vie de la famille*, L.G.D.J., 2^e éd., 1993, qui consacrent tout un chapitre au 'droit au mariage' (n°21 et suiv., chapitre 1). Les auteurs ne voient cependant pas dans le mariage un droit naturel, car alors il ne se distinguerait pas du concubinage. L'élément naturel serait plutôt dans le droit de s'unir librement (n°23). Voir aussi, notamment pour un aperçu historique et comparatif de la liberté matrimoniale, BOUCAUD (P.), « Le droit de se marier », *R.T.D.H.* 1992, n°9, p. 3.

¹⁶³ PORTALIS (J.-E.), *Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage formant le titre V du Code civil*, présenté le 16 pluviôse an XI, in *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p. 79 et suiv. Voir aussi l'explication de la pensée de Portalis, in *La famille, la loi, l'Etat. De la Révolution au Code civil*, 1990, p. 104 et suiv., not. p. 109 et suiv. : « (le mariage) n'est ni un acte civil, ni un acte religieux, mais un acte naturel qui a fixé l'attention des législateurs, et que la religion a sanctifié ». Dans le même esprit, voir FADLALLAH (I.), *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz, 1977, n°53 et suiv., et FRANCESKAKIS (Phocion), note sous Ch. civ., 6 mars 1956, Veuve Moreau c./ Dame Bazbaz, *R.C.D.I.P.* 1956, 305, qui a proposé que la faveur du mariage putatif

manière universelle. Si l'on écarte les exceptions historiques, certains pays limitent cette liberté d'une façon qui semble abusive aux yeux de nos systèmes juridiques. Il s'agit notamment des restrictions raciales ou religieuses qui rendent difficile l'union d'un ressortissant d'un tel pays avec un étranger¹⁶⁴. On peut encore citer le cas de l'interdiction pour la femme de confession musulmane d'épouser un 'non-croyant', alors que le contraire est possible ; un musulman peut épouser une non-musulmane (à la condition toutefois que celle-ci se convertisse). A la restriction s'ajoute donc une considération sexiste. Par ailleurs, dans certains droits, notamment en droit malékite, toute personne impubère, quel que soit son sexe, et tout individu atteint d'aliénation mentale est soumis au 'droit de djibr' ou de la contrainte matrimoniale. Ce droit est reconnu au père, au tuteur testamentaire et, à défaut, au juge matrimonial. Cette contrainte touche principalement la femme musulmane, mise sous l'autorité de son 'wali'. Pour elle, en effet, le choix du mari reste souvent une affaire de famille, dicté par la cupidité (afin de profiter de la dot), par le souci de conserver 'intacte' la pureté de la jeune fille jusqu'au mariage ou par le souhait de se débarrasser au plus vite du fardeau qu'elle représente. Ceci conduit à bon nombre de mariages forcés ou précoces.¹⁶⁵

soit constituée directement en une règle matérielle de droit international. Voir aussi, du même auteur, « Droit naturel et droit international privé », *Mélanges Maury*, Dalloz, 1960, p. 113 ; et LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), « La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le droit international privé français », *Etudes Ripert*, t. I, 1950, p. 255, qui rappelle l'existence de droits inhérents à la personne humaine, et étudie la conséquence de la prise en compte de ces droits sur le conflit de lois. Ce dernier déduit par exemple de l'utilisation, dans un arrêt de la Cour de cassation de 1938, de l'expression « droit imprescriptible », la reconnaissance implicite d'un droit de la mère à reconnaître son enfant naturel, bien que ce droit ne puisse être juridiquement exercé qu'en vertu d'une loi qui le régleme ; cf. p. 264. Une loi étrangère qui refuserait la jouissance de ce droit serait contraire à l'ordre universel, et par-là même évincée par le jeu de l'exception de l'ordre public ; mais l'auteur n'admet pas que la loi française normalement compétente puisse être écartée de la même façon, pour les mêmes raisons ; p. 259.

Il faut cependant noter que les ethnologues ont mis en évidence la multiplicité des systèmes de parenté : l'union est naturelle, mais l'institution de la famille et celle du mariage ne sont pas uniformes. Voir LEVI-STRAUSS (C.), *Les structures élémentaires de la parenté*, P.U.F., 2^e éd., 1969.

¹⁶⁴ En principe l'ordre public n'intervient pas contre les lois étrangères plus sévères (prévoyant par exemple un âge minimum au mariage plus élevé qu'en droit français) ; mais lorsque le droit étranger prévoit des empêchements à mariage fondés sur des discriminations ethniques, religieuses, nationales, raciales, etc., il heurte alors notre conception de la liberté matrimoniale. Voir MESTRE (J.), *op. cit.*, note 83, n°157.

¹⁶⁵ BELHADJI (L.), « Les atteintes à la liberté du mariage », in *revue algérienne des sc. jur., poli. et eco.*, 1988, pp. 425-44, n°8, 13 et 16. L'auteur relève par ailleurs la contradiction existant dans les nouvelles dispositions des Codes Maghrébins : après avoir consacré le caractère personnel du mariage et le principe de l'échange

Rappelons, enfin, que cette liberté du mariage bénéficie également aux étrangers. Tel ne fut pas toujours le cas, les étrangers n'ayant pas toujours eu la jouissance de tous les droits civils¹⁶⁶. Dans l'Ancien droit, à partir du XII^e siècle, l'institution du formariage et l'octroi de licences de mariage moyennant finance à partir du XIII^e siècle, restreignait le droit au mariage des étrangers¹⁶⁷. On niait aux étrangers la personnalité juridique et, par-là, la possibilité de se marier. Ce système a aujourd'hui disparu mais, récemment encore, l'ordonnance du 2 novembre 1945 et son décret d'application du 21 février 1946 prévoyaient que l'officier d'état civil ne pouvait célébrer le mariage d'un étranger, résident temporaire, que si celui-ci justifiait d'une autorisation délivrée, après enquête, par le Préfet du département. Il fallut attendre la loi du 29 octobre 1981 (art. 9) pour que cette disposition soit abrogée¹⁶⁸. Aujourd'hui, même le séjour irrégulier ne fait plus obstacle au mariage¹⁶⁹.

92. La liberté matrimoniale est à la fois positive et négative. Tout individu a le droit de se marier, et l'Etat doit lui préserver cette possibilité ; c'est l'aspect positif de cette liberté. Sous son angle négatif, tout individu a le droit de *ne pas* se marier.

libre des consentements (article 3, al. 1, du Code tunisien ; articles 9, 10 et 32 du Code algérien), ils ont permis le mariage par procuration (article 9 et 10 du Code tunisien ; articles 10, al. 1, 12, al. 2 et 3 du Code marocain ; article 20 du Code algérien). Voir aussi : KEHL (C.), « Le mariage mixte algérien », *Annales juridiques, politiques, économiques et sociales*, Alger, 1955, n°3/4, p. 29 ; MESSAOUDI (L.), « La discrimination à l'égard de la femme en droit international privé marocain », *R.I.D.C.* 1992, pp. 947-957.

¹⁶⁶ Voir, notamment, pour une récapitulation de l'évolution générale de la condition des étrangers : Ch. civ., 27 juillet 1948, Lefait, *R.C.D.I.P.* 1949, 75, n. H. Batiffol ; *D.* 1948, 535 ; *Gr. arrêts* n°20.

¹⁶⁷ OURLIAC (P.) & GAZZANIGA (J.-L.), *Histoire du droit privé français depuis l'An Mil au Code civil*, 1985, p. 189.

¹⁶⁸ Certaines discriminations subsistent toutefois. Il n'est pas certain en effet que la liberté matrimoniale s'étende aux sans-domicile-fixe, puisqu'il est nécessaire de justifier d'une résidence sur le territoire du pays où l'on veut se marier. Voir Décret n°94-876 du 12 octobre 1994 relatif à la carte nationale d'identité, *J.O.* 14 octobre 1994, p. 14566 ; *J.C.P.* 1994, III, 67068 : « *Les personnes qui n'ont pas la possibilité d'apporter la preuve d'un domicile ou d'une résidence, ou auxquelles la loi n'a pas fixé une commune de rattachement doivent, pour obtenir une carte nationale d'identité, fournir une attestation établissant leur lien avec un organisme d'accueil figurant sur une liste préfectorale. La carte nationale d'identité mentionne l'adresse de l'organisme (mais non sa dénomination). Cette mention n'emporte pas les effets juridiques attachés à la résidence ou au domicile* ».

¹⁶⁹ Conseil Constitutionnel, 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 ; réponse ministérielle du 2 septembre 1991 relative aux pouvoirs de l'officier d'état civil, *J.O. Ass. nat. (Q)*, 2 septembre 1991, p. 3525 ; *J.C.P.* 1991, IV, 413.

93. Nul ne peut obliger quelqu'un à se marier ou à se remarier. Le législateur, par exemple, ne peut adopter une loi imposant le mariage à tout sujet en âge de se marier, sous peine de graves sanctions¹⁷⁰.

L'Etat, bien au contraire, protège l'individu contre les incursions d'autrui. Il le fait en vérifiant que le consentement des futurs époux à la conclusion de l'union n'est vicié d'aucune façon, mais aussi en posant comme un principe exclusif que les fiançailles n'ont aucun caractère juridiquement obligatoire. Cette position, réaffirmée à de nombreuses reprises, illustre parfaitement ce souci de garantir jusqu'au dernier moment la liberté de l'individu¹⁷¹.

94. Chacun est, d'autre part, libre de se marier. Sous réserve de quelques exceptions légales (prohibition de l'inceste et de la polygamie ; condition d'âge), tout citoyen est libre d'épouser la personne (de sexe opposé) de son choix. Son futur conjoint ne doit pas lui être imposé¹⁷² et les oppositions à mariage, notamment celles que peuvent formuler les membres de la famille, ne sont pas

¹⁷⁰ Il n'en a pas toujours été ainsi. Dans la cité grecque (V^e et IV^e siècles av. J.-C.), le mariage était indispensable pour donner à l'enfant issu de l'union de deux citoyens grecs, la qualité de citoyen grec. A Rome, il s'agit non d'un droit mais d'un *devoir* de se marier, l'accord des futurs époux étant toujours présumé. Selon les termes du *Digeste* (23-2-22), « si un fils épouse une femme sous la contrainte de son père, le mariage est valablement contracté, quoiqu'on ne puisse marier contre son gré : on présumera cependant qu'il a préféré accepter » ; cité par : BOUCAUD (P.), « Le droit de se marier », *R.T.D.H.* 1992, n°9, p. 3.

¹⁷¹ Voir, en dernier lieu, *Civ. 1^{re}, 4 janvier 1995, D. 1995, 251, n. A. Bénabent*. L'arrêt non seulement rappelle ce principe, mais souligne de plus que seule la rupture *fautive* des fiançailles peut donner lieu à réparation. Voir aussi *Civ, 30 mai 1838, Bouvier c./ Coutreau, D.J.G., v°Mariage, n°82 ; S. 1838, 1, 492 ; Gr. arrêts de la jurisprudence civile n°28*.

Le droit international privé a tendance à voir dans la rupture de fiançailles une source de responsabilité quasi-délictuelle soumise à la loi du lieu de la rupture. Mais la question étant celle de la liberté matrimoniale, ne pourrait-elle pas plutôt être rattachée au statut personnel et, en particulier, à la loi personnelle de l'auteur de la rupture, puisque c'est sa liberté qui est en cause ? Cf. MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°548.

¹⁷² Ce qui soulève le problème de certaines communautés, notamment musulmanes, où la jeune fille 'est mariée' plus qu'elle ne 'se marie'. Les pressions familiales sont malheureusement difficiles à contrôler, même par la célébration devant l'officier d'état civil. D'autant que la crainte révérentielle n'est pas considérée comme une violence morale ayant déterminé le consentement. La loi nationale est en principe compétente pour statuer sur l'existence éventuelle de vices du consentement. Mais l'ordre public interviendrait certainement contre une loi étrangère qui validerait une union contractée sous l'empire de la violence. Une union forcée ne saurait produire aucun effet en France, même au titre des droits acquis à l'étranger : MESTRE (J.), *op. cit.*, note 83, n°122, 155, 185.

reçues sans contrôle¹⁷³.

La liberté matrimoniale pourrait certes sembler restreinte par ces oppositions. D'autant qu'existe toujours un mécanisme d'autorisations des parents. Lorsque l'un des futurs époux, ou les deux, sont mineurs, la loi nationale de l'intéressé exige parfois, pour la célébration, le consentement des parents de l'intéressé au mariage. En droit français, ce cas ne concerne en fait que celui de la jeune fille mineure de 15 à 18 ans, l'homme ne pouvant se marier en dessous de l'âge légal fixé pour lui à 18 ans, sauf possibilité de dispense. Mais là encore, l'autorisation parentale, qui est libre et discrétionnaire, et qui n'est sujette à aucun recours, n'est pas toute-puissante : le consentement d'un seul des parents suffit à permettre le mariage et en cas de dissentiment entre les deux parents, le consentement positif l'emporte sur le refus d'autorisation¹⁷⁴.

La liberté de se marier se heurte également aux restrictions qui y sont apportées conventionnellement. Une clause de célibat insérée dans un contrat de travail est en principe nulle¹⁷⁵. Certaines décisions ont cependant admis, curieusement, de telles restrictions à la liberté matrimoniale, dans les cas où les fonctions

¹⁷³ Articles 172 et suiv. du Code civil. Le droit de former opposition au mariage est notamment accordé au père, à la mère et, à défaut, aux aïeuls des enfants et descendants, même majeurs (article 173), et s'il n'y a aucun ascendant, ce droit est donné au frère ou soeur, oncle ou tante, cousin ou cousine germains. Le but de ces oppositions est de prévenir l'officier d'état civil de l'existence d'un empêchement prohibitif ou dirimant au mariage.

¹⁷⁴ Articles 148 à 160 du Code civil : « *Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement* » (article 148). Pour les majeurs en tutelle, l'article 506 du Code civil commande l'autorisation de ses père et mère ou celle d'un conseil de famille spécialement convoqué pour en délibérer ; pour le mariage d'un majeur en curatelle, le consentement du curateur est requis ou, à défaut, celui du juge des tutelles (article 514, C. civ.).

¹⁷⁵ Interdiction, par exemple, pour les hôtes de l'air de se marier : PARIS, 30 avril 1963, D. 1963, 428, n. L. Granjon et M.-A. Rouast ; R.T.D.Civ. 1963, 570, obs. G. Cornu et p. 697, obs. Desbois : « *Le droit au mariage est un droit individuel d'ordre public qui ne peut se limiter ni s'aliéner ; il en résulte que, dans le domaine des rapports contractuels de droit privé à titre onéreux, et spécialement du contrat de travail, la liberté du mariage doit en principe être sauvegardée, et qu'à moins de raisons impérieuses évidentes, une clause de célibat doit être déclarée nulle comme attentatoire à un droit fondamental de la personnalité* ». Voir aussi VOIRIN (P.), « *Marion pleure, Marion crie, Marion veut qu'on la marie. A propos de l'arrêt de la cour de Paris du 30 avril 1963* », D. 1963, chron. 247 ; arrêt commenté au D. 1963, 428, n. M.-A. Rouast ; DESPAX (M.), « *La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail* », J.C.P. 1963, I, 1776 ; HUET (A.), « *Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques* », R.T.D.Civ. 1967, 45 ; NERSON (R.), « *De l'atteinte portée par un employeur à la liberté du mariage* », R.T.D.Civ. 1976, chron., 119, not. pp. 122-125 ; SAVATIER (J.), *Le licenciement à raison de ses moeurs d'un salarié d'une association à caractère religieux*, Droit social 1991, 485. BOUCAUD (P.), « *Le droit de se marier* », R.T.D.H. 1992, n°9, p. 3 ; BENABENT (A.), « *La liberté individuelle et le mariage* », R.T.D.Civ. 1973, 440 ; COIRET, « *La liberté du mariage au risque des pressions matérielles* », R.T.D.Civ. 1984, 63.

l'exigeraient¹⁷⁶. Mais il n'est pas assuré que cette position soit maintenue aujourd'hui, quand les principes issus de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme condamnent une telle atteinte¹⁷⁷.

La liberté matrimoniale n'est pas la seule préoccupation de l'intérêt privé général. Il s'agit également d'assurer l'information de l'entourage du futur époux.

B/ ASSURER L'INFORMATION DE CEUX QUI L'ENTOURENT

95. Le mariage entraîne un changement d'état qui intéresse non seulement les époux mais aussi toutes les personnes, notamment les créanciers présents et

¹⁷⁶ Soc., 7 février 1968, D. 1968, 429, pour les hôtesse de l'air, et Ass. Plén., 19 mai 1978, Cours de Sainte-Marthe, D. 1978, 541, concl. Schmelk, note Ph. Ardant ; R.T.D.Civ. 1978, 665, obs. G. Cornu ; R.T.D.Civ. 1979, 370, obs. Nerson et J. Rubellin-Devichi. J.C.P. 1979, II, 19009, rapport Sauvageot, note Lindon ; Gr. arrêts de la jurisprudence civile, n°27, dans le cas du licenciement, en raison de son mariage après divorce, d'un professeur enseignant, sous contrat, dans un établissement catholique. Voir également à propos du refus du mari de confession israélite de délivrer le *gueth* à sa femme, qui seul permettrait à celle-ci de se remarier religieusement : Civ. 2^e, 13 décembre 1972, D. 1973, 493, n. C. Larroumet ; Gaz. Pal. 1973, 1, 416, n. J.-P. D. ; PARIS, 17 décembre 1986, D. 1987, IR, 20 ; Civ. 2^e, 15 juin 1988, J.C.P. 1989, II, 21223, n. Morançais-Demeester ; Civ. 2^e, 21 novembre 1990, D. 1991, 434, n. Agostini ; J.C.P. 1991, IV, 26.

Une jurisprudence un peu particulière a également été rendue, lorsque la condition de ne pas se marier ou de se remarier est insérée dans une libéralité. Si l'auteur de la restriction était animé d'une intention répréhensible, la clause de célibat est réputée non écrite : Civ. 1^{re}, 8 novembre 1965, R.T.D.Civ. 1966, 332. Si elle est, par exemple, la clé d'un enrichissement sans contrepartie, elle est tolérée : Req., 11 novembre 1912, D.P. 1912, I, 105, note Ripert.

¹⁷⁷ Voir d'ailleurs Trib. Gr. Inst. de PARIS, 4 mars 1988, R.C.D.I.P. 1988, 588, n. P.-Y. Gautier : « La disposition d'un jugement suisse interdisant à un divorcé, en application du Code civil suisse, de se remarier pendant un délai de deux années est contraire à la conception française de l'ordre public international en ce qu'elle porte atteinte à la liberté matrimoniale ». Mais il est à noter que les décisions précédentes ont été rendues dans le cas très particulier d'un contrat de travail. On peut néanmoins supposer qu'un certain courant libéral s'opposera, à l'avenir, à de telles solutions. La Suisse avait par ailleurs déjà été condamnée par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, pour les mêmes raisons : Cour Européenne des Droits de l'Homme, 18 décembre 1987, F. c./ Suisse, Série A, n°128 ; Gaz. Pal. 1988, 1, 437 ; in BERGER (V.), Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Dalloz, 5^e éd., 1996, arrêt n°105, §§ 778-782 ; J.D.I. 1988, 892, n. P. T. ; R.T.D.Civ. 1989, 408, obs. Guillod et Schweitzer.

En matière de droit social, voir Soc., 17 avril 1991, J.C.P. 1991, II, 21724, n. A. Sériaux ; R.T.D.Civ. 1991, 706, n. Hauser : un employeur ne peut licencier un salarié à raison de ses moeurs.

futurs, qui pourront être amenées, un jour ou l'autre, à traiter avec l'un des conjoints. Le mariage entraînant, par exemple, des effets d'ordre patrimonial, découlant notamment du régime matrimonial des époux et le gage des créanciers dépendant en très grande partie de ce régime, il est important pour eux de connaître l'état de leur contractant.

C'est pourquoi, là encore, l'officier d'état civil, lors de la célébration, demande aux époux s'ils ont conclu un contrat de mariage. Puis, de même que l'acte de mariage fait l'objet d'une publicité, le contrat de mariage est mentionné sur les registres d'état civil. De cette façon tout le monde pourra savoir sous quel régime les époux ont choisi de vivre.

Ainsi, pour faciliter la vie quotidienne du ménage et pour assurer le crédit envers les tiers, la loi a prévu une solidarité minimum en garantie des dettes qualifiées de ménagères. L'article 220 du Code civil (dont le contenu a été précisé par la loi du 23 décembre 1985) dispose en effet que « *chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants : toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement* ». Les époux sont donc solidairement obligés aux dettes contractées pour le ménage. Chacun en répondra notamment sur son patrimoine propre. Leurs créanciers pourront, en cas de litige avec celui avec lequel ils ont directement contracté, réclamer leur dû à l'autre conjoint. La solidarité est ici attachée au titre d'époux.

96. Les tiers ne peuvent s'opposer au mariage, mais la publicité de cet événement les informe du changement d'état de leur contractant et donc du changement (éventuel) du statut de certains éléments du patrimoine.

Le mariage est un acte juridique solennel, parce qu'il faut attirer l'attention des époux sur la gravité de leur engagement, mais il est aussi un acte qui se conclut *publiquement*. La publicité (action de rendre public) est une des conditions de formation de l'union. Elle s'effectue de diverses façons et à divers stades de la formation. Lorsqu'il est conclu en France, le mariage fait tout d'abord, avant la célébration, l'objet de publications préalables. L'annonce de la célébration est affichée dix jours auparavant à la mairie (articles 63, 64 et 192 du Code civil). L'union est ensuite célébrée publiquement, à la mairie ; enfin, la mention du mariage sera portée en marge de l'acte de naissance de chacun des époux (article 192 du Code civil)¹⁷⁸ et, s'il y a lieu, pour le commerçant, sur le Registre

¹⁷⁸ Tout requérant peut de plus demander un extrait d'acte de naissance : Décret n°62-921 du 3 août 1962, article 10.

du Commerce et des Sociétés (Décret du 30 mai 1984, articles 8-4 et 66)¹⁷⁹. Ainsi, en vertu d'une présomption légale de connaissance, les tiers sont supposés connaître la qualité d'époux de celui avec qui ils ont affaire.

La publicité légale est parfois présentée comme une solennité amoindrie, car elle est réalisée par la forme solennelle elle-même de l'acte principal. Mais cette formalité de publicité constituerait un acte juridique autonome, différente des conditions de forme et solennités, et uniquement tournée vers l'extérieur, les tiers¹⁸⁰. La publicité du mariage remplit ainsi des fonctions variées. Elle poursuit plusieurs finalités, dont l'une est l'information des tiers, en vue de la protection de leurs propres intérêts.

97. Toutefois, il serait excessif de déduire une présomption d'ignorance de l'absence de publication d'un acte et de considérer en outre cette présomption comme irréfragable. L'ignorance par les tiers du mariage n'entraîne pas nécessairement l'inopposabilité de cet acte à leur égard. Quand le mariage est célébré publiquement, la solennité constitue la publicité. C'est une formalité de publicité constitutive, qui déclenche une présomption légale de connaissance (réserve faite du cas des commerçants). Mais si cette formalité fait défaut, on admet, le cas échéant, la possession d'état d'époux, également pour protéger les tiers¹⁸¹.

Le mariage et la famille méritent protection et les formalités qui entourent la conclusion du mariage sont destinées à cette protection. Il n'est cependant pas possible d'exclure, parmi les finalités des règles ainsi posées, le souci d'assurer

¹⁷⁹ La publication du mariage du commerçant est obligatoire à son opposabilité : BARREAU-SALIOU (C.-T.), *Les publicités légales. Information du public et preuve des actes*, L.G.D.J., 1990, n°164 ; PATARIN (J.), *Rép. Dalloz de dr. int.*, v.°Publicité des actes.

¹⁸⁰ « La finalité de la publicité légale est d'assurer l'information du public. Il s'agit de divulguer les informations que le législateur estime nécessaire de porter à sa connaissance (...). Son utilité pratique est évidente : elle constitue, au profit des contractants, un élément essentiel de la sécurité juridique dans les relations contractuelles. A cet égard, elle présente un double aspect d'institution civile et d'institution de police. L'intérêt privé des parties et l'intérêt public des tiers et de l'Etat sont, en effet, simultanément présents et protégés » : BARREAU-SALIOU (C.-T.), *op. cit.*, note 179, n°1 et suiv.

¹⁸¹ JOBARD-BACHELIER (M.-N.), *L'apparence en droit international privé*, L.G.D.J., 1984, n°134, 136, 339, 453 ; SEILLAN (Y.), « La possession d'état d'époux », in *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, 1967, 747, notamment p. 750 et 758 ; mais si les tiers ont la possibilité de se prévaloir d'une fausse apparence, ils ne peuvent utiliser une apparence exacte comme preuve du mariage. Cette faveur est réservée aux seuls enfants nés de l'union. La possession d'état ne constitue une fin de non-recevoir qu'à l'action intentée par l'un des époux, elle est inopposable aux tiers.

également le respect des valeurs de la République et, notamment, du principe de laïcité.

Section 2

LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DE LA RÉPUBLIQUE

- La protection du principe de laïcité -

98. La volonté de l'Etat de s'affirmer trouve toute son expression dans la forme civile et laïque du mariage, et ce sera d'ailleurs dans leur dimension internationale que les solennités laïques du mariage rencontreront leur véritable signification.

Née en France de l'expérience de la religion d'Etat¹⁸², la laïcité serait « *un mouvement au service des hommes, sans intermédiaire ou intervention surnaturelle, qui tient compte des aspirations sociales et spirituelles de l'Homme ; elle fonde son action sur les valeurs laïques : liberté et responsabilité, solidarité et fraternité, justice et égalité ; elle respecte toutes les croyances et cultes qui ne portent pas atteinte à la liberté des autres et, dans cet esprit, combat le cléricalisme sous toutes ses formes* »¹⁸³. Partant de cette définition de la laïcité, précisons son contenu (§ 1), ainsi que ses finalités (§ 2).

§ 1 : Le contenu du principe de laïcité : un principe de neutralité

99. L'Etat français fait partie des Etats qui défendent vigoureusement le principe de laïcité, particulièrement dans le droit du mariage : « *L'exécution en France (...) d'un jugement prononçant l'annulation de son mariage contracté en France, au seul motif du défaut préalable de célébration religieuse heurte de front le principe de laïcité du mariage, principe essentiel du droit français et est*

¹⁸² ROBERT (J.) & DUFFAR (J.), *Libertés publiques et droits de l'homme*, L.G.D.J., 4^e éd, 1988, 411 et suiv.

¹⁸³ HAARSCHER (G.)(dir.), *Laïcité et Droits de l'Homme*, Bruxelles, 1989, p. 9.

incompatible avec les exigences de l'ordre public français »¹⁸⁴. Emanant certes d'une juridiction du premier degré, cet attendu est néanmoins édifiant. Il est ainsi évident que la protection de ce principe est une finalité capitale que l'Etat tend à assurer, le juge rappelant ici qu'on ne peut, en France, se marier que dans la forme civile et laïque.

Dans son sens le plus courant, le mot 'laïque' s'oppose à celui de 'religieux'. Dans son sens le plus large, il désigne la séparation entre la religion et les réalités profanes. Il entraîne cette conséquence importante que l'Etat est ainsi entièrement indépendant de toute religion et que les religions sont libres vis-à-vis de l'Etat¹⁸⁵.

Mais en dépit des apparences, la laïcité est essentiellement une question politique et non une question religieuse¹⁸⁶.

100. Le principe de laïcité est inscrit dans la Constitution (par la référence à l'article 10 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, et au Préambule de 1946), et résulte de la loi du 9 décembre 1905 : « *La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les restrictions édictées dans l'intérêt de l'ordre public* » (article 1) ; « *La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte* » (article 2).

La laïcité vise en premier lieu le respect de la croyance d'autrui dans les rapports privés. L'article 31 de la loi de 1905 crée même le délit d'atteinte à la liberté de conscience. La laïcité consiste ensuite dans l'abandon du système des religions reconnues : aucune subvention n'est accordée ; tous les cultes sont mis sur le même plan ; on supprime le service public de l'Eglise.

La nature de la laïcité repose sur un principe de neutralité : l'Etat n'intervient pas

¹⁸⁴ Trib. Gr. Inst. de PARIS, 7 avril 1981, Dame Didier c./ Benabdellah, R.C.D.I.P. 1981, 510, n. D. Lefort ; J.D.I. 1982, 699, n. M-L. Niboyet. Cette référence à la laïcité est désormais une caractéristique des pays occidentaux : voir par exemple, pour l'Autriche : Verwaltungsgerichtshof, 30 janvier 1991, OJZ 1992, 63, n°1 et 2 ; J.D.I. 1993, p. 379 : « *L'annulation d'un mariage pour des raisons religieuses est contraire à l'ordre public autrichien puisqu'elle serait en contradiction avec le principe de la laïcité de l'Etat* ».

¹⁸⁵ BARBIER (M.), « Esquisse d'une théorie de la laïcité », in revue *Le débat, histoire, politique, société*, novembre-décembre 1993, pp. 73-87, not p. 73. L'auteur note que cette séparation est incomplète puisque l'Etat impose des limites aux religions.

¹⁸⁶ Remarquons à cet égard que l'Islam ne sépare pas le religieux du politique. Mais la forte implantation de cette religion en France pourrait conduire l'Etat laïque à pousser l'Islam vers un processus de laïcisation, comme le souhaiteraient d'ailleurs certains théologiens, français et résidant en France, qui professent cette religion ; cf. aussi *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruylant, 1992.

en matière religieuse, il admet toutes les religions et ne peut prendre de dispositions affectant leur organisation ou leur exercice, comme le commandent l'article 1 de la Constitution de 1946 et l'article 2 de la Constitution de 1958. La notion de laïcité traduit l'indifférence de l'Etat. Les Eglises disposent de leur autonomie juridique, de leur propre droit et bénéficient d'une immunité juridictionnelle. Cette « non-confessionnalité » de l'Etat implique également que celui-ci n'établisse pas de hiérarchie au sein des croyances¹⁸⁷. Elle conduit enfin à l'ignorance, par le droit civil, des problèmes posés par les mariages inter-religieux pourtant nombreux dans l'ordre international¹⁸⁸. Dans un autre sens, on pourrait avancer que, étant neutre, le mariage laïque permet de résoudre les conflits liés à la religion.

La neutralité de l'Etat ne se situe pas seulement vis-à-vis des religions. L'institution du mariage civil répond également à un besoin et une attente de la population. Alors que la Monarchie se préoccupait de l'état moral des familles, le couple veut acquérir la maîtrise de ses choix sexuels et familiaux¹⁸⁹. La laïcité permet en quelque sorte de répondre à la volonté d'autonomie conjugale.

101. La séparation absolue du spirituel et du temporel est un des principes fondamentaux sur lesquels l'Etat entend désormais se fonder¹⁹⁰. Pour ce qui concerne le mariage, le système fonctionne grâce à la priorité qui est donnée à la célébration civile. Non seulement seule celle-ci produit des effets au regard du droit civil, mais l'existence d'une célébration religieuse, qui n'aurait pas été précédée de la cérémonie civile, exposerait les participants à une sanction pénale. L'article 433-21 du nouveau Code pénal a conservé cette interdiction qui a pour unique but de préserver le monopole de la laïcité et d'inviter au respect de

¹⁸⁷ MESSNER (F.), « Laïcité imaginée et laïcité juridique ; l'évolution du régime des cultes en France », in revue *Le débat, histoire, politique, société*, n°77, novembre-décembre 1993, pp. 88-94, not p. 89.

¹⁸⁸ Les différentes religions édictent un certain nombre d'empêchements tirés de la confession des époux. La religion musulmane interdit par exemple à la musulmane d'épouser un non-musulman (mais non l'inverse). Le droit canonique, quant à lui, considère comme invalide le mariage « dispar » (entre une personne baptisée dans l'Eglise catholique et une personne non baptisée), sauf dispense, et n'accepte le mariage « mixte » (entre deux personnes baptisées mais dont une seule appartient à la religion catholique) que sous réserve de l'autorisation de l'autorité compétente. Voir, à ce sujet, FOYER (J.), « Les mariages inter-religieux », in *Les droits de la famille*, 1996, p. 81 et suiv.

¹⁸⁹ BURGUIÈRE (A.), « La famille et l'Etat. Débats et attentes de la société française à la veille de la Révolution », in *La famille, la loi, l'Etat. De la Révolution au Code civil*, 1990, p. 147.

¹⁹⁰ CLUZEL (G.), « Le mariage et le divorce confessionnels des étrangers en France », *J.D.I.* 1909, 1.

la primeur de la célébration civile. Ils reflètent les rapports entre l'Eglise et l'Etat. L'ordre des célébrations est l'aboutissement de la laïcisation du mariage, et aussi l'affirmation du rôle actif de l'officier d'état civil, qui n'est plus un simple témoin. Alors qu'une proposition de loi envisageait la suppression de ces dispositions pénales, d'autres ne cachent pas leur attachement à l'ordre des choses et se prononcent en faveur de leur maintien¹⁹¹.

Le fonctionnement du principe de laïcité ayant été exposé, il convient désormais d'en préciser les fonctions.

§ 2 : Les fonctions du principe de laïcité

102. Le principe de laïcité s'exprime par une neutralité de l'Etat vis-à-vis des affaires privées. Mais il s'agit d'une indifférence finalisée. L'Etat reste et doit rester neutre notamment face aux religions, afin de garantir les libertés de religion et de conscience (A). Mais, au-delà des raisons historiques déjà exposées, on peut se demander s'il est toujours, aujourd'hui, redevable d'une telle garantie¹⁹². Le principe pourrait aussi, à présent, assurer l'intégration des individus dans une même Nation (B).

A/ GARANTIR LES LIBERTÉS DE RELIGION ET DE CONSCIENCE

103. La neutralité de l'Etat, exprimée grâce au principe de laïcité, permet la liberté religieuse. Elle permet à chacun d'adopter la religion de son choix et de l'exercer librement.

Le droit d'exercer sa religion est un droit fondamental qui n'est pas expressément protégé par la Constitution¹⁹³, mais par des textes internationaux tels que la

¹⁹¹ Proposition de loi présentée par Alain MADELIN, Ass. nat. n°294, session extraordinaire de 1980-1981 ; REVET (T.), « De l'ordre des célébrations civile et religieuse », *J.C.P.* 1987, I, 3309.

¹⁹² « Une des tâches majeures de la laïcité d'aujourd'hui consiste en ce paradoxe : garantir laïquement la sacralité des droits de l'homme » : BAUBÉROT (J.), *Vers un nouveau pacte laïque ?*, Seuil, 1990, p. 224. Il est vrai que, de nos jours, les libertés publiques occupent une place de plus en plus importante. La laïcité semblerait être le seul moyen de parvenir à un équilibre entre elles.

¹⁹³ Il est néanmoins indirectement garanti par le principe de laïcité de la République française affirmé dans l'article 2 de la Constitution.

Convention Européenne des Droits de l'Homme¹⁹⁴, dans son article 9, et l'article 18 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Cette liberté signifie que chacun est libre de donner ou non son adhésion intellectuelle à telle ou telle religion. La notion renvoie à toute croyance, toute foi, toute explication ou vision du monde, toute conception de l'univers... C'est une liberté d'opinion, mais c'est aussi plus que cela, c'est la pratique de rites, la pratique d'un culte. La liberté religieuse comprend donc à la fois la liberté de conscience et la liberté de culte, c'est-à-dire la liberté d'exercer sa religion¹⁹⁵.

La liberté religieuse est placée sous la garantie des Etats. Dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme, la liberté de religion ne fait pourtant pas partie des droits auxquels on ne peut déroger (article 15), alors que c'est le cas dans le Pacte International des Droits civils et politiques (article 18)¹⁹⁶. Il s'avère cependant que le principe de liberté religieuse prime sur celui de laïcité. La preuve en est que le premier de ces textes, dans son article 9, et le deuxième, dans son article 18, insistent sur la liberté religieuse alors qu'ils ignorent la laïcité¹⁹⁷. Cela signifie peut-être seulement que le but fixé est obligatoire, mais que les destinataires de ces dispositions ont le choix des moyens. La Cour Européenne des Droits de l'Homme a d'ailleurs récemment rappelé ce droit

¹⁹⁴ « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »

Peut-on alors, à la lecture de cette disposition, raisonnablement penser qu'il serait dangereux pour « l'ordre », la « santé » ou la « morale » publiques d'autoriser, à ceux qui le souhaitent, la simple célébration religieuse, non précédée de « cérémonie » civile ?

¹⁹⁵ ROBERT (J.), *La liberté religieuse et le régime des cultes*, P.U.F., 1977, p. 7 et suiv. Mais la personnalité juridique des groupements religieux n'est pas indispensable à l'exercice de cette liberté. Le droit français a par ailleurs fourni une existence civile aux collectivités religieuses (associations cultuelles et diocésaines) et donna un statut aux ministres du culte : Loi du 2.02.1978 ; MESSNER (F.), *op. cit.*, note 187, pp. 88-94, not. p. 89.

¹⁹⁶ FLAUSS (J.-F.), « Les sources internationales du droit français des religions », *Les Petites Affiches*, 7 et 10 août 1992 ; GOY (R.), « La garantie européenne de la liberté de la religion. L'article 9 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », *rev. dr. pub.* 1991, p. 5.

¹⁹⁷ « La laïcité ne consiste plus seulement à libérer l'Etat de la religion, mais à assurer la liberté religieuse dans la société » ; BARBIER (M.), *op. cit.*, note 185, spéc. p. 84, qui regrette par ailleurs que le droit français n'ait pas encore adopté, à l'image de certains pays comme le Portugal (loi de 1971 et Constitution de 1976), l'Espagne (loi organique de 1980), ou encore l'Italie (accords de 1984 signés avec l'Eglise catholique), de loi moderne et adaptée sur la liberté religieuse.

fondamental, en précisant toutefois que celui-ci pouvait faire l'objet de restrictions fondées sur le maintien de l'ordre public, notamment pour assurer la coexistence de plusieurs religions¹⁹⁸.

104. La sécularisation du mariage est ainsi commandée par le souci de liberté de conscience et celui d'éviter que les différences de croyances et de religions ne soient un obstacle à l'égalité entre les citoyens¹⁹⁹. La neutralité est source d'égalité et de liberté. Mais par ailleurs, la laïcité n'empêche pas la prise en compte du fait religieux²⁰⁰, ce qui va de pair, en quelque sorte, avec la liberté matrimoniale.

D'autres systèmes ont de ce fait envisagé des moyens différents pour assurer tout à la fois des relations pacifiques entre l'Etat et les Eglises et la coexistence des religions. Il en est ainsi dans les cas où les matières dites 'mixtes' obéissent à un régime concordataire. Un concordat est un traité, un accord, conclu entre le pouvoir religieux, le Saint-Siège, et le pouvoir civil, un Etat souverain, pour régler en commun certaines matières 'mixtes' qui touchent à la fois aux activités respectives de l'un et l'autre pouvoir²⁰¹. De nombreux pays de tradition catholique ont conclu ce type d'accord. Le Concordat de 1801, conclu entre les représentants de Pie VII et de BONAPARTE, reconnaissait que la religion catholique était celle de la majorité des Français (et non de l'Etat) et donnait au chef de l'Etat le droit de nommer les évêques, auxquels le pape accordait

¹⁹⁸ Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, 25 mai 1993, *Kokkinakis c./ Grèce*, Série A, n°260 ; J.C.P. 1994, I, 3742 ; in BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 5^e éd., 1996, arrêt n°142, §§ 1035-1043.

¹⁹⁹ GARAUD (M.) & SZRAMKIEWICZ (R.), *La Révolution française et la famille*, P.U.F., 1978, p. 4.

²⁰⁰ On pourrait, en guise d'exemple, citer la jurisprudence rendue à propos de la clause de dureté de l'article 240 du Code civil, qui permet au juge de ne pas prononcer un divorce demandé pour rupture de la vie commune, lorsque le divorce aurait des conséquences matérielles ou morales d'une exceptionnelle dureté pour l'époux défendeur. Le juge a en effet parfois tenu compte des convictions religieuses de l'intéressé pour évaluer les conséquences morales du divorce : Civ. 2^e, 9 juillet 1986, et MONTPELLIER, 16 février 1987, D. 1988, p. 5, note J. Villacèque. Voir cependant Civ. 2^e, 23 octobre 1991, et PARIS, 19 septembre 1991, D. 1993, p. 193, note J. Villacèque ; la Cour d'appel écarte la clause de dureté, notamment au motif que le divorce n'atteint que le mariage civil et non le mariage religieux qui, lui, reste indissoluble. Voir aussi COULOMBEL (P.), « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.T.D.Civ.* 1956, p. 1.

²⁰¹ LEROY DE LA BRIERE (Y.-M.), « Le droit concordataire dans la nouvelle Europe », *R.C.A.D.I.* 1938, vol. 63, pp. 367-468 ; JULG (J.), *L'Eglise et les Etats. Histoire des Concordats*, Nouvelle Cité, 1990. Les deux matières 'mixtes' par excellence, sont le mariage et l'école.

l'institution canonique. Mais seul le mariage civil continuait à produire des effets.

D'autres Etats, tels que l'Italie, se sont entendus sur le problème du mariage. Les accords du Concordat de LATRAN (signés le 11 février 1929), dans leur article 34, reconnaissent au sacrement de mariage, les effets civils du mariage. Le célébrant lisait les articles du Code civil, rédigeait l'acte et en transmettait la copie à l'autorité civile pour transcription sur les registres. Ce régime était difficilement conciliable avec les principes posés par la Constitution de 1948 et la législation civile sur le divorce. Désormais, l'article 8 du nouvel accord de 1984 reconnaît les effets civils au mariage religieux, mais le célébrant rédige 'en double original' l'acte de mariage et la transcription sur les registres est soumise à certaines conditions (âge, empêchements, prévus par la loi civile). Toutefois le texte reconnaît que le mariage prend effet à partir de la célébration, ce qui donne effet au mariage religieux²⁰².

Le principe de laïcité ne permet pas seulement de garantir les libertés de religion et de conscience. Il a également pour but l'intégration des populations dans une même nation.

B/ GARANTIR L'INTÉGRATION DES POPULATIONS ÉTRANGÈRES DANS UNE MÊME NATION

105. L'internationalisation croissante des relations privées familiales²⁰³ oblige à reconsidérer les fondements de nos institutions.

La France n'a pas toujours été un pays d'immigration²⁰⁴. Longtemps, ce furent les

²⁰² GAUDEMET (J.), « L'accord du 18 février 1984 entre l'Italie et le Saint-Siège », *A.F.D.I.* 1984, 209. Cet accord rappelle un peu celui conclu entre le Saint-Siège et l'Espagne du 3 janvier 1979 (article 6).

²⁰³ MM. BÉGUIN et BOUREL soulignent d'ailleurs que le sujet rend compte, entre autres, de « l'un des traits les plus marquants de l'évolution de notre droit en cette fin de XX^e siècle », in « L'internationalisation du droit », *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, avant-propos. Voir aussi : LÉVY-BRUHL (H.), *Sociologie du droit*, P.U.F., *Que sais-je*, n°951, 1990, p. 117 et suiv., et RUYSSSEN (T.), *Sociologie humaine. Réflexions sur la communauté humaine*, R.C.A.D.I. 1939, vol. 67, not. p. 134 : « L'expérience des siècles montre que partout où l'homme rencontre un homme d'une autre race il peut nouer avec lui les relations sociales les plus diverses ».

²⁰⁴ HAUT CONSEIL À L'INTÉGRATION, *L'intégration à la française*, Paris, coll. 10/18, 1993, p. 21 et suiv. On constate une augmentation de l'immigration au titre de la famille. Sur 102 483 immigrés enregistrés en 1991, 58 612 sont entrés en France à ce titre (dont 18 763 au titre de conjoint d'un Français). On peut noter aussi que, parmi les 35 625 personnes ayant bénéficié de la procédure du regroupement familial, 27 607 venaient du continent africain ; cf. HAUT CONSEIL À

Français qui partaient, pour des raisons religieuses ou économiques, à la recherche de nouvelles terres à coloniser (Québec, Louisiane). C'est au tournant des XVIII^e et XIX^e siècles que le mouvement bascule. Déjà en 1881, plus d'un million d'étrangers se trouvaient sur le territoire, et près de trois millions en 1931. Depuis 1975, l'importance de la population étrangère totale a peu varié, mais son renouvellement est important. En 1990 le nombre de personnes de nationalité étrangère s'élevait à plus de trois millions et demi d'individus, soit 6,3 % de la population totale (sont exclus les touristes, les travailleurs saisonniers, ainsi que les personnes faisant un séjour de courte durée)²⁰⁵.

Ces réalités, qui intéressent bien sûr au plus près le droit de la condition des étrangers, engendrent sur le plan des relations privées internationales non seulement, des conflits de compétence législative et juridictionnelle, mais également, des conflits d'ordre culturel²⁰⁶. C'est ce troisième type de conflits que révèle l'observation sociologique. Les confrontations de cette sorte sont, de toute évidence, en augmentation. Il suffit, pour s'en rendre compte, d'observer et d'analyser le nombre de mariages mixtes célébrés en France²⁰⁷.

Plus significatif encore est le renversement des proportions, quant à l'origine « occidentale » ou non du conjoint étranger d'un Français. Pour deux mariages mixtes sur trois, le conjoint d'origine étrangère vient d'Afrique ou du Maghreb. Lorsqu'on sait les différences culturelles sensibles et les diversités de conception du mariage entre ces civilisations, les questions de choix politique de respect de l'origine culturelle ou d'intégration que les mariages mixtes soulèvent n'en sont que plus aiguës.

L'INTÉGRATION, *La connaissance de l'immigration et de l'intégration*, Documentation française, coll. des rapports officiels, décembre 1992, pp. 38, 42 et 53. Il est également intéressant de noter que sur 59 700 personnes ayant acquis la nationalité française en 1991, 32 800 l'ont été par déclaration, c'est-à-dire au titre de l'article 37-1, ancien, du Code de la nationalité.

²⁰⁵ Etude et chiffres : voir LABAT (J.C.), « La population étrangère et son évolution », in *La société française. Données sociales 1993*, INSEE, pp. 37 et suiv.

²⁰⁶ « En termes non juridiques, on dira que le fait sociologique de l'appartenance à une culture originelle, le plus souvent celle du pays dont la personne porte la nationalité est concurrencé, éclipsé par une autre réalité sociologique plus actuelle, plus palpable, celle de la présence et souvent de l'intégration de l'étranger dans le milieu du pays d'accueil » ; cf. DEPREZ (J.), « Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques », *R.C.A.D.I.* 1988, vol. 211, pp. 9-372, et spéc. p. 202, n°95, *in fine*.

²⁰⁷ En 1992, 11,4 % des mariages étaient des unions mixtes, contre 6,2 % en 1900. Cependant au début du siècle, pour les deux tiers des unions mixtes, le conjoint étranger était d'origine européenne, contre un tiers seulement aujourd'hui, alors que le conjoint étranger est désormais plutôt originaire des pays d'Afrique ou du Maghreb ; chiffres recueillis dans le journal *Infomatin* du 18.01.1994.

106. La neutralité de l'Etat vis-à-vis des religions ne permet pas seulement de respecter la liberté religieuse. La laïcité a un pouvoir unificateur : elle met les citoyens sur un pied d'égalité. Elle est donc facteur d'intégration²⁰⁸.

Le mariage dans la sphère internationale pose certainement une question de pluralisme. D'importants mouvements migratoires de par le monde font se confronter des civilisations dont les esprits sont fort différents. Or, un pourcentage important de ces populations étrangères, pour des raisons économiques ou politiques, s'installe dans un de ces pays de type 'romano-germanique', tels que la France. Il n'est pas à nier qu'elles rencontrent de nombreuses difficultés dans leur terre d'accueil. Mais ces difficultés ne sont pas seulement d'ordre juridique (se conformer avec la réglementation en matière de séjour sur le territoire) ou économique (trouver un emploi), elles sont aussi, et avant tout, sociales. L'étranger a de tout temps posé le problème de son acceptation ou de son rejet par les populations locales. Comment accepter « l'autre » et le faire participer à la vie de la Nation ? Se pose alors la question de son intégration dans sa nouvelle 'patrie'.

Selon le Haut Conseil à l'intégration celle-ci est un processus visant à « *susciter la participation active à la société nationale d'éléments variés et différents, tout en acceptant la subsistance de spécificités culturelles, sociales et morales et en tenant pour vrai que l'ensemble s'enrichit de cette variété, de cette complexité* ». L'intégration se différencie de l'assimilation, qui signifie le refus de ces spécificités, et de l'insertion, qui est une simple présence dans la communauté nationale sans participation à celle-ci. La politique de l'intégration, toujours difficile et contestée, implique l'adhésion de tous à un minimum de valeurs communes (...) ²⁰⁹.

107. Ainsi, tout en reconnaissant l'existence de spécificités, que le droit international privé prend justement en compte (par exemple par le biais de l'ordre public atténué), l'intégration suppose également par ailleurs l'existence de valeurs communes, sur un territoire donné, auxquelles tout le monde, national comme étranger, doit se soumettre. La « *subsistance de spécificités culturelles, sociales et morales* » ne doit pas nuire à la « *participation active à la société nationale* ». L'intégration désigne en effet l'établissement d'une interdépendance

²⁰⁸ Sur la laïcité en général, voir : *La laïcité*, Pouvoirs, 1995, n°75, et notamment l'article de M. Y. MADIOT, « Le juge et la laïcité », p. 73 et suiv., qui, à propos des 'foulards islamiques', déplore que le problème ait pour effet de séparer certains élèves des règles de la vie commune de l'école (p. 80). Il s'agit donc bien, ici aussi, d'un problème d'intégration.

²⁰⁹ DEBBASCH (Ch.) & DAUDET (Y.), *Lexique de politique*, Dalloz, 6^e éd., 1992, v° *Intégration*.

plus étroite entre les membres d'une société. L'Etat, dans l'élaboration de ses règles, vise un certain nombre d'objectifs, dont certains, comme dans le droit du mariage, ont un fondement politique absolument indéniable. Qu'il s'agisse de protéger la conception monogamique et égalitaire du mariage ou de contrôler ses effets (notamment sur la nationalité ou sur le séjour), il ne serait pas souhaitable, qu'en application d'une loi nationale, des personnes qui vivent sur le même territoire depuis le même nombre d'années, soient soumises à un régime différent. Cela reviendrait à admettre que notre conception du mariage a la même valeur, sinon une moindre valeur, que celle du système étranger. Cela conduirait à nier toute spécificité à la Nation elle-même.

Or il n'en est rien puisque, d'une part, le droit international privé français impose de revenir aux dispositions de la loi française en matière de mariage, par le biais de la règle *lex loci celebrationis*, pour la forme, et par le jeu de mécanismes, comme l'ordre public²¹⁰, pour le fond. Le droit international privé retient la nationalité comme lien politico-juridique²¹¹. D'autre part, la politique sur la condition des étrangers influence les conditions de formation du mariage²¹². Cette politique suit un raisonnement somme toute justifié : c'est sans aucun doute au pays d'accueil de favoriser l'imprégnation culturelle, en imposant *son* modèle et non en se laissant envahir par une multitude d'autres modèles. L'intégration est à sens unique, des immigrants vers la Nation d'accueil, mais les efforts demeurent partagés. Cette attitude va non seulement dans le sens de la notion de « Nation »²¹³, mais permet aussi la coexistence pacifique de personnes qui, bien que d'origines différentes, peuvent ainsi aspirer à un canevas commun qui les réunira.

108. La voie du mariage offre alors ici une sorte de béquille. Elle sert réellement de mode d'intégration puisque, par exemple, les conditions pour

²¹⁰ L'officier d'état civil peut célébrer le mariage, même si la loi nationale de l'un ou des époux n'est pas respectée ; voir Instruction générale relative à l'état civil, n°541.

²¹¹ DEPREZ (J.), « Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques », *R.C.A.D.I.* 1988, vol. 211, pp. 9-372, spéc. n°118, p. 247.

²¹² Cf. nouvelles dispositions introduites dans le Code civil par la loi n°93.1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration, *J.C.P.* 1993, III, 66371 et 66372.

²¹³ « Communauté généralement fixée sur un territoire déterminé dont la réalité résulte de caractéristiques ethniques, linguistiques, culturelles, de coutumes sociales, de traditions historiques et religieuses, tous facteurs qui développent un sentiment d'appartenance et des aspirations politiques (communs) (...) » : *Vocabulaire juridique*, association H. Capitant, sous la direction de G. CORNU, Paris, P.U.F., 6^e éd., 1996. Elle peut par ailleurs être caractérisée par une volonté de vivre ensemble ; cf. DEBBASCH (Ch.) & DAUDET (Y.), *op. cit.*, note 209, v°*Nation*.

acquérir la nationalité française par déclaration, lorsqu'on est le conjoint d'un Français, sont moins rigoureuses que pour l'acquérir par naturalisation. Cette situation paraît d'autant plus paradoxale qu'un étranger qui vit depuis vingt ans en France, y a fait ses études et y travaille, etc., est certainement déjà mieux intégré que l'étranger qui vient d'épouser une Française depuis juste deux ans. La différence tient au fait que le mariage avec un Français est un *moyen* d'intégration (avec une sorte d'effet 'constitutif') dans la société française, alors que la naturalisation est une *consécration* (effet 'déclaratif') de celui qui s'est déjà intégré dans cette même société.

Conclusion du chapitre 2

109. Deux justifications essentielles à la solennité du mariage semblent se dégager à ce stade de la recherche : cette solennité assure le respect des conditions de fond et le respect des valeurs et principes de la République, ce dernier contenant lui-même l'idée de liberté matrimoniale, d'intégration et d'adhésion au principe de laïcité. On veut que le futur époux consente également à épouser ces valeurs. On peut néanmoins déceler une différence de degré entre ces deux finalités : l'utilité de la forme du mariage apparaît moins dans les fins familiales et naturelles de l'union des sexes que dans le besoin de l'Etat de s'affirmer et de s'imposer, comme si le consentement des époux devait refléter son propre consentement. Le mariage est avant tout fondé sur le consentement ; néanmoins, dans l'intérêt de la société, des époux et de leurs familles, il existe des limites à la volonté des époux.

Un Etat moderne est chargé de veiller à l'intérêt général et au respect des droits des citoyens. Il assure la formation d'une société où les individus poursuivent librement leurs intérêts particuliers et où les droits de l'Homme seraient respectés. L'absence de laïcité serait le signe d'une faiblesse ou d'une insuffisance de l'Etat.

110. La laïcité est conçue aujourd'hui en termes de liberté ou de neutralité de l'Etat et non pas seulement comme une opposition entre l'église et l'Etat²¹⁴. La cause principale en est certainement que l'Etat n'a plus à combattre pour s'affirmer et se séparer de la société. Il se situe au-dessus des intérêts

²¹⁴ WACKENHEIM (Ch.), « La sacramentalité du mariage », *Rev. dr. canonique* 1991, I, p. 1. La concurrence Eglise-Etat n'aurait plus de raison d'être puisque la mission de l'Eglise ne se situe pas au même plan.

particuliers et son rôle est de promouvoir l'intérêt général²¹⁵. La société a par ailleurs elle-même changé et sollicite de plus en plus souvent l'aide de l'Etat. L'Etat pourrait donc se passer de laïcité, qui était au départ son arme de combat contre les pouvoirs de l'église, pour s'affirmer.

Pourtant, l'apparente tiédeur du sentiment religieux de nos populations ne doit pas tromper. De nombreuses populations étrangères, pour qui la religion a conservé toute son influence, résident sur des territoires laïques. Les dangers ont par ailleurs pris d'autres formes. Les intégrismes de toutes sortes cherchent à faire pression sur l'Etat pour faire reconnaître leurs préférences, pour imposer leurs façons de penser et leurs modes de vie²¹⁶. Le principe de laïcité conserverait donc toute son utilité. Il serait signe de modernité.

Conclusion du titre 1

111. On prête souvent à la famille et au mariage un projet positif : le bonheur des individus. La famille est moins une institution qui vaudrait par elle-même qu'un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité. Il s'agirait d'une sorte de droit à la famille, forme de droit au bonheur garanti par l'Etat²¹⁷.

Mais dans le même temps, on ne peut nier le caractère institutionnel du mariage et de la famille car il dépasse « *l'autonomie des volontés individuelles en vue d'un but supérieur : le bien des familles et à travers lui l'ordre social* »²¹⁸. Le lien matrimonial ne peut être laissé à la libre disposition des individus. La célébration

²¹⁵ Certains dénoncent cependant les dangers du « fanatisme laïque » : en réaction peut-être à une certaine crainte de l'augmentation de l'immigration en France, et face à une crainte encore plus grande de la montée de l'intégrisme musulman, l'Etat français érige certaines barrières, au nom de l'identité nationale, et « *l'on voit apparaître, face à cette affirmation identitaire, une nouvelle forme d'intégrisme : l'intolérance laïcarde et jacobine* » : ETIENNE (B.), « D'un intégrisme l'autre », *Le Nouvel Observateur*, 24 février-2mars 1994, p. 81. Cette réaction de l'Etat ne pourrait qu'être critiquée puisque, en effet, en vertu du caractère de neutralité que confère le principe de laïcité, l'Etat ne peut en aucun cas ériger celle-ci en doctrine ou idéologie ; voir aussi BARBIER (M.), *op. cit.*, note 185, spéc. p. 81.

²¹⁶ HAUT CONSEIL À L'INTÉGRATION, *L'intégration à la française*, Paris, coll. 10/18, 1993, p. 37.

²¹⁷ CARBONNIER (J.), « A chacun sa famille, à chacun son droit », *Essais sur les lois*, p. 167 et suiv.

²¹⁸ MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale », *Droit et Société*, 23/24, 1993, p. 169.

d'un mariage ne vise pas seulement la publicité ou la preuve ; un simple enregistrement suffirait sinon *a priori*²¹⁹.

C'est pourquoi le consentement exigé des époux est en fait le consentement à respecter une institution qui a pour objet le renouvellement harmonieux de l'espèce humaine. Les conditions du mariage ont donc principalement une fonction familiale et, par-là même, une fonction sociale.

112. Le fait que les textes de droit public traitent de la famille et du mariage est un signe de l'intérêt public porté à cette institution. Ceci souligne le caractère éminemment *public* du mariage et contrarie en partie le caractère bilatéral de la règle de conflit en la matière.

Par ailleurs, la nature très politique de la forme du mariage, par son histoire et par son actualité, en accentue encore le caractère fondamental. Le caractère civil et laïque de la célébration est de l'essence même du mariage en droit français. Il relève ainsi du *fond* de l'acte. La qualification donnée traditionnellement à la célébration est peut-être alors remise en cause. L'étude des fins privées du mariage conduira aux mêmes interrogations.

²¹⁹ BATIFFOL (H.), « Existence et spécificité du droit de la famille », in *Arch. de Philosophie du droit*, 1975, p. 13.

- Titre 2 -

LES FINS PRIVÉES DU MARIAGE

113. La réalisation des fins publiques a nécessité la formalisation de l'union des sexes et la solennisation du mariage. La célébration du mariage reste pourtant une affaire privée, dans la mesure où l'autorité étatique ne peut obliger ses 'sujets' à se marier. Or, nous assistons, sous l'angle individuel, à une « déformalisation » de l'union des sexes, de plus en plus d'hommes et de femmes s'unissant, sans emprunter la voie du mariage. Ce constat, d'ordre purement sociologique, conduit dès lors à s'interroger sur les fins poursuivies par ceux qui choisissent de s'unir par et dans le mariage, ce qui ne manquera pas de retentir sur la nature de l'institution dans son ensemble et sur les règles de droit international privé qui lui sont applicables.

114. Les fins privées du mariage sont de deux ordres.

Les unes sont d'ordre juridique ; on les qualifiera de fins « civiles » car elles concernent les effets de droit du mariage. Si nous employons le terme d'« effets civils du mariage », c'est en vue de l'opposer aux effets 'immatériels', qui relèvent du for interne, de la conscience de chacun. L'expression fait également référence à la distinction opérée entre le mariage civil et le mariage religieux. Beaucoup de systèmes laïcisés marquent la différence, au regard du droit, en disant du deuxième qu'il n'emporte aucun effet civil, le laissant ainsi dans la sphère des relations purement privées. Nous établissons ensuite une différence de terminologie entre les 'fins' et les 'effets'. Les effets comprennent les droits et les devoirs et sont engendrés systématiquement, tandis que les fins relèveraient plutôt des prérogatives, et avantages individuels conférés par le mariage et

recherchés par les candidats au mariage²²⁰. Elles procéderaient d'une certaine intention (sous-titre 1).

Les autres fins privées du mariage sont plus subjectives, et relèvent davantage de la conscience morale et de la vie personnelle de chacun : il s'agit là des fins « non-civiles » de l'institution (sous-titre 2).

²²⁰ Par commodité, toutefois, le terme 'effet' sera parfois employé comme synonyme du terme 'fin'.

- Sous-Titre 1 -

LES FINS CIVILES DU MARIAGE

115. On ne peut raisonnablement dissocier la célébration du mariage de ses effets.

La particularité du mariage en effet, par rapport à d'autres formes d'unions, réside dans l'adhésion, en bloc, à un statut spécifique. De même, en droit international privé, il n'est pas possible de choisir la loi applicable aux effets du mariage²²¹, contrairement à la solution normalement retenue pour les actes juridiques. Les règles constituant le statut des personnes mariées sont d'ordre public : les époux ne peuvent pas ne choisir qu'une partie d'entre elles. Le statut de personne mariée est donc un statut imposé, déterminé à l'avance par le législateur. La célébration du mariage entraîne l'adhésion automatique à ce statut. Seules les dispositions relatives au régime matrimonial sont supplétives.

Il faut, en réalité, parmi les effets juridiques du mariage, distinguer ceux à caractère contraignant qui sont en réalité édictés en vue de protéger la famille, et l'individu au sein de la famille (on parle plutôt alors des *devoirs* des époux)²²², et ceux qui confèrent des *droits*²²³. Notons que le Code civil, dans ses dispositions sur le mariage, intitule son chapitre VI « des devoirs et droits respectifs des époux ». Les devoirs sont placés en priorité, avant les droits, et les rédacteurs ont choisi le terme « devoirs », à connotation morale, plutôt que celui

²²¹ Sous réserve de quelques exceptions, comme en matière de régime matrimonial. Certaines législations permettent le choix par les époux de la loi applicable aux effets de leur mariage. Il en est ainsi du droit allemand (article 14, al. 2, EGBGB) : « *lorsque l'un des époux est ressortissant de plusieurs Etats, les époux peuvent (...), choisir la loi de l'un de ces Etats pourvu que l'autre possède également cette nationalité* ». Voir *infra*, n°495 et suiv.

²²² Cf. *supra*, n°70 et suiv.

²²³ Par exemple en matière de conditions d'entrée et de séjour des étrangers ; voir *infra*, n°136 et suiv.

d'« obligations ». Ces obligations ont néanmoins un caractère réciproque, puisqu'elles sont à la fois droits et devoirs : elles constituent pour chacun des époux un devoir de les respecter et un droit d'en exiger de l'autre le respect²²⁴. Si l'on peut parfois parler de droits auxquels ne correspondent pas nécessairement de devoirs²²⁵, le propos inverse ne tient pas : les devoirs assignés à l'un des époux deviennent prérogative pour l'autre.

Si les deux aspects de la question semblent inséparables, nous nous intéresserons cependant ici principalement aux droits, aux prérogatives que confère le mariage plutôt qu'aux devoirs.

Aucun chapitre du Code civil ne regroupe ni ne traite directement des effets du mariage. Même le chapitre consacré aux « obligations qui naissent du mariage » vise en réalité les devoirs des parents et des membres d'une famille (même naturelle) en général, et non ceux, spécifiques, des époux²²⁶. Seul l'article 194 relatif à la preuve du mariage emploie le terme d'« effets civils du mariage », et seules les solutions de droit international privé se réfèrent à la « loi des effets du mariage », en dépit des amputations que cette catégorie a subies²²⁷.

116. A première vue, la célébration du mariage ne serait pas ici une fin en soi mais tendrait uniquement à accéder à l'état d'époux et aux avantages qu'il procure. L'objet de notre présent propos n'est pas de remettre en cause l'effilochement de la catégorie des effets du mariage, ni la loi compétente à les régir²²⁸, mais de souligner les intérêts juridiques des particuliers à conclure un

²²⁴ BÉNABENT (A.), *Droit civil, La famille*, Litec, 8^e éd., 1997, n°157.

²²⁵ Acquisition de la nationalité française par déclaration, ou obtention d'une carte de résident. On pourrait néanmoins signaler, par exemple, le devoir de communauté de vie ; mais il n'apparaît pas vraiment ici comme un véritable devoir, mais plutôt comme un gage de bonne foi de la part de celui qui réclame le droit en question.

²²⁶ La conséquence en est une dispersion des textes relatifs aux effets du mariage, car le chapitre VI intitulé « des devoirs et droits respectifs des époux » n'en donne pas non plus une liste exhaustive. La dispersion des textes se retrouve d'ailleurs en droit international privé.

²²⁷ Voir notamment, sur ce dernier point, LEQUETTE (Y.), « Evolution du droit de la famille en droit international privé français », *Trav. Ass. H. Capitant*, 1988, p. 467.

²²⁸ Il y aurait pourtant beaucoup à dire sur la question. Il est notamment frappant de constater l'égoïsme flagrant du système français. La cérémonie, par exemple, consiste essentiellement à informer les époux des effets de leur mariage. Or, l'officier d'état civil leur fait lecture des articles 212 et suivants du Code civil, sans se soucier du régime qui leur sera effectivement applicable. Même à s'en tenir à la loi des effets du mariage, qui reprend la solution dégagée par la jurisprudence *Rivière-Tarwid*, les futurs époux sont ici victimes d'un mensonge car les effets du mariage ne se limitent certainement pas aux

mariage. Il s'agit alors de rechercher quels sont les effets réellement déterminants du mariage, qui font de lui une institution irremplaçable.

Parfois de faible portée en droit interne, les effets du mariage prennent tout leur poids dans l'ordre international. Ils tiennent, principalement, à la légitimité que confère le mariage (section 1), ainsi qu'au précieux instrument de preuve qui l'accompagne (section 2).

Section 1

Une légitimité nécessaire à la production d'effets civils

117. L'effet essentiel du mariage, le premier de tous les effets, réside dans le fait qu'il confère la *légitimité*. C'est la consécration, la reconnaissance publique dans les rapports juridiques. Elle rayonne sur toutes les relations que les époux nouent entre eux, mais aussi celles qu'ils entretiennent avec les membres de leur famille ou encore avec les tiers.

Cette reconnaissance publique est nécessaire à la production d'effets juridiques déterminés. Si, aujourd'hui, cette affirmation manque peut-être un peu de pertinence dans l'ordre interne, elle revêt toute son importance dans l'ordre international, du fait de la soumission des effets du mariage à des lois différentes (§ 1) et du fait que certains effets n'appartiennent qu'au mariage international (§ 2).

§ 1 : Effets communs à l'ordre interne et à l'ordre international

118. La règle de conflit rattache les effets du mariage à la loi nationale commune des époux ; à défaut de nationalité commune, à la loi du domicile commun ; à défaut, à la loi du for. Pourtant, ce ne sera pas toujours la loi ainsi

articles 212 et suiv. du Code civil, ni même aux dispositions françaises. Voir aussi FADLALLAH (I.), *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz, 1977, n°2. Les contrats entre époux, par exemple, restent régis par la loi des effets du mariage, ce qui peut donc conduire à la désignation d'une loi étrangère.

désignée qui régira tous les effets du mariage. La catégorie manque d'unité. Ainsi, certains effets seront peut-être régis par la loi du for, alors que d'autres le seront par une loi étrangère. C'est pourquoi, si la légitimité a aujourd'hui moins d'importance en droit interne qu'autrefois, elle est presque toujours essentielle dans sa dimension internationale. Sans aspirer à l'exhaustivité en matière d'effets du mariage, nous illustrerons ce point à l'aide de quelques exemples tirés de la filiation (A) et des rapports patrimoniaux entre époux (B).

A/ LÉGITIMITÉ ET FILIATION

119. La filiation est le lien qui unit un enfant à sa mère et/ ou à son père, et dont le droit tire des conséquences importantes : vocation successorale, obligation alimentaire, nom, autorité parentale, etc., qui sont autant de domaines où l'on extrait souvent son droit d'un lien de parenté préétabli. Ce lien ne présuppose pas toujours le mariage²²⁹. Toutefois, la présence ou l'absence d'une telle union déterminera le plus souvent les conditions d'établissement du lien de filiation, et, en dépit de l'effort d'égalisation entre les filiations légitime et naturelle opérée par la loi du 3 janvier 1972, agira sur ses effets.

1) Mariage & établissement de la filiation

120. L'article 311-14 du Code civil, on le sait, ne fait pas dépendre l'établissement de la filiation du mariage mais de la loi personnelle de la mère. Or, si celle-ci, bien que vivant en France, a la nationalité algérienne ou marocaine, et si son mariage n'est pas valable, l'enfant ne pourra jamais faire établir sa filiation à l'égard de son père, quelle que soit du reste la nationalité de celui-ci. En effet, dans les systèmes juridiques inspirés des fondements de l'Islam, il ne peut y avoir d'enfant que dans le mariage, et la filiation paternelle est légitime ou elle n'existe pas²³⁰. Cela tient en partie au fait que les relations

²²⁹ Le mariage n'a guère plus d'influence, depuis la loi du 8 janvier 1993, sur l'attribution de l'autorité parentale, l'égalité des filiations étant désormais complète sur ce plan-là, si ce n'est que, pour la filiation naturelle, les conditions d'établissement de la filiation dépendront de l'établissement d'un lien de filiation à l'égard des deux parents, ou de seulement l'un d'eux. L'autorité parentale n'est pas une conséquence du mariage mais de l'établissement de la filiation.

²³⁰ Voir l'article 40 du Code algérien de la famille ; également *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruylant, 1992, pp. 56, 116 et suiv., 195, 260 et suiv. Dans le même ouvrage, p. 120, il est précisé : « *c'est plus qu'un statut inférieur, c'est une inexistence* ».

sexuelles hors mariage y sont fortement prohibées²³¹. Rappelons, par exemple l'affaire *Rebouh*, célèbre à un autre point de vue, où l'action était certes fondée sur une recherche en paternité naturelle, mais où la situation de départ reposait sur un mariage nul. Si le mariage avait été considéré comme valide, l'enfant aurait été légitime, et son père eut été tenu de ses obligations²³².

121. Le mariage peut aussi être conclu aux fins de légitimation, qui reposera ainsi entièrement sur l'existence d'une union légitime. La légitimation est un des buts de l'institution ; les rattachements prévus à l'article 311-16 du Code civil ont d'ailleurs été édictés en vue de favoriser cette légitimation, puisque celle-ci est conférée si elle est admise par l'une des quatre lois énumérées, et que l'on considère qu'elles s'appliquent tant pour la légitimation par mariage subséquent que pour la légitimation *post nuptias*²³³.

²³¹ Ainsi pour l'Algérie, voir : SALAH-BEY (M.), *J.-Cl. comp.*, Algérie, 1993, n°33 et suiv. L'enfant naturel ne peut donc prétendre à aucune obligation d'entretien ou droit successoral de la part de son père.

²³² Civ. 1^{re}, 11 octobre 1988, Rebouh c./ Bennour, R.C.D.I.P. 1989, 368 et chron. Y. Lequette, p. 277 ; J.D.I. 1989, 349, note D. Alexandre et chron. D. Bureau, même revue, 1990, p. 317 ; *Rép. Defrénois* 1989, 310, obs. Massip ; *Gr. arrêts* n°70. Une Algérienne avait, en violation des règles du droit français, contracté en France, avec un Algérien, un mariage en la seule forme coranique. Apprenant sa grossesse, le 'mari' chassa sa femme. Celle-ci intenta une action en recherche de paternité naturelle, sur la base de l'ancien article 340 du Code civil. Elle fut déboutée en appel, les juges estimant qu'elle n'apportait pas la preuve d'une séduction dolosive. Elle forma un pourvoi, mais sans invoquer l'article 311-14 du Code civil qui soumet l'établissement de la filiation à la loi de la mère. La Cour de cassation a vu, dans la non-application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit française, un moyen de pur droit, que l'article 1015, N.C.P.C., lui permet de relever d'office. Mais cela aboutit à désigner la loi algérienne, qui ne connaît de filiation que légitime.

²³³ La jurisprudence a soumis la légitimation à la loi des effets du mariage : Civ. 1^{re}, 8 juillet 1969, Weyrich-Laroche, et AMIENS, 6 juillet 1970, Bonomo, R.C.D.I.P. 1971, 255, n. A. Weill ; Civ. 1^{re}, 3 mars 1970, Weyrich-Laroche, R.C.D.I.P. 1971, 255, n. A. Weill. En dépit des nouveaux rattachements, un arrêt de la Cour d'appel de Paris a réitéré la solution : PARIS, 5 décembre 1991, D. 1992, somm., p. 170, obs. B. Audit ; D. 1992, 290, n. F. Boulanger et IR, 75. Voir, cependant, Civ. 1^{re}, 10 mars 1993, D. 1993, IR, 87 ; R.C.D.I.P. 1993, 456, n. B. Ancel ; D. 1994, somm., 33, obs. E. Kerckhove, qui insiste sur la vocation des dispositions de l'art. 311-16 du Code civil à régir la légitimation, fût-elle *post nuptias*.

La loi désignée par l'article 311-16 dira aussi quels sont les enfants susceptibles d'être légitimés et notamment si la légitimation *post mortem* est possible. Elle régira de même les conditions de la légitimation ; cf. FADLALLAH (I.), *op. cit.*, note 228, n°332.

Il existe par ailleurs une Convention de Rome du 10 septembre 1970 sur la légitimation par mariage qui prévoit que la légitimation résultant de la loi nationale du père ou de la mère est reconnue dans tous les Etats contractants

Sauf pour la loi des effets du mariage, les rattachements ne semblent pas liés au mariage. Pourtant le texte dispose que : « *Le mariage emporte légitimation lorsque, au jour où l'union a été célébrée, cette conséquence est admise, soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par la loi personnelle de l'enfant* ». La coloration matérielle des rattachements alternatifs ne faisant aucun doute, il faut aussi souligner le caractère matériel des premiers mots : le mariage reste, du moins dans l'ordre international, la pierre angulaire de la légitimation. On aurait pu, sinon, supprimer du texte le mot « mariage ».

122. Par ailleurs, la présence d'enfant *légitime* peut être parfois déterminante, notamment lorsqu'une loi interdit l'adoption d'un autre enfant dans ce cas, alors que la liquidation de la succession est en jeu. Il en était ainsi dans l'arrêt *Ponnoucannamale*. L'espèce soulevait une question de dévolution successorale d'immeubles soumise à la loi française, et qui opposait deux enfants de nationalité indienne, l'un adoptif, l'autre légitime et déjà né au moment de l'adoption. La loi française, applicable à la dévolution successorale, prohibait l'adoption en présence d'enfant légitime, alors que la loi indienne l'admettait²³⁴.

De même, à l'époque où la reconnaissance d'enfant adultérin était prohibée, il pouvait être important de déterminer la légitimité d'une relation, comme cela a été le cas dans certaines espèces²³⁵.

(art. 1^{er}) ; mais elle prévoit aussi que ses dispositions ne mettent pas obstacle à l'application de règles plus favorables (art. 5), ce qui autorise l'application de l'art. 311-16 du Code civil. Cette Convention a été élaborée au sein de la Commission Internationale de l'état civil et est entrée en vigueur en France le 8 février 1976 ; décret n°76-228 du 2 mars 1976, *J.D.I.* 1976, 740 ; *J.O.* 10 mars 1976, p. 1556.

²³⁴ *Req.*, 21 avril 1931, *S.* 1931, 1, 377, n. Niboyet ; *R.C.D.I.P.* 1932, 526.

La vocation successorale de l'enfant adoptif dépendait donc de la loi applicable à la question préalable de validité du lien de parenté. Tout droit sur la succession lui fut refusé, la Cour décidant que l'établissement d'un lien de parenté était soumis à la loi successorale, ici à la loi française, qui ne reconnaissait pas l'adoption litigieuse. Or, si la question préalable semblait porter exclusivement sur la validité de l'adoption, il ne faut pas occulter la question, en filigrane, de la *légitimité* du premier enfant. Voir aussi *infra*, n°541 et suiv.

²³⁵ On peut citer notamment un cas où le mariage n'était pas pris comme source de légitimité, mais où, par une sorte d'effet inverse, son défaut de validité était la condition de la reconnaissance de paternité naturelle : *Civ. 1^{re}, 10 juillet 1973, Sieur Magro c./ Dame Tornabène*, *R.C.D.I.P.* 1974, 340, n. M. Nisard ; *J.D.I.* 1974, 341, n. B. Audit. Et aussi, *AIX-EN-PROVENCE, 8 mai 1967, Dlle Augier*, *J.C.P.* 1968, II, 15352, n. Y. Loussouarn. Un Turc catholique, Domino, avait épousé en 1900, en Turquie, religieusement, une Anglaise de religion protestante. Deux enfants sont nés de cette union, Jeanne-Marie et Louis. Pendant la deuxième guerre mondiale, Domino vint s'installer en France, où il vécut maritalement avec une Demoiselle

2) Mariage & effets de la filiation

123. Si l'on veut souligner l'importance du mariage dans le domaine de la filiation²³⁶, il faut non seulement traiter les modes d'établissement de cette dernière, mais aussi les effets qu'elle produit.

124. La filiation naturelle est en effet longtemps restée une filiation tronquée de ses effets primordiaux, notamment en matière successorale. La loi du 3 janvier 1972 est venue supprimer toute discrimination entre enfants légitimes et illégitimes²³⁷. Si l'affirmation reste vraie en droit interne, les dispositions relatives à l'autorité parentale, à l'obligation parentale d'entretien, à l'obligation alimentaire, à la succession²³⁸, étant les mêmes dans les deux cas, elle ne vaut

Augier dont il eut une fille, Marie-Antoinette, et dont il reconnut la paternité. En 1957, Jeanne-Marie, fille issue de la première union du défunt, assigna Marie-Antoinette, fille naturelle, afin de voir déclarer nulle la reconnaissance de cette dernière par le défunt. Selon elle, Marie-Antoinette était née d'une relation adultérine et son père ne pouvait donc valablement la reconnaître. Le Tribunal civil de Marseille accueillit sa demande, jugement confirmé par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence en 1962 et par un arrêt de la Cour de cassation en 1966. Mais, dans le même temps, en 1963, Marie-Antoinette assignait les deux enfants à l'effet de voir déclarer inexistant le mariage de leur mère ; Civ. 1^{re}, 18 novembre 1969, Dlle Augier c./ consorts Domino-Ginisty, *Gaz. Pal.* 1970, 1, 56 ; *J.C.P.* 1970, II, 16216 bis.

²³⁶ Sur la filiation dans son ensemble, voir, pour le droit international privé : FADLALLAH (I.), *op. cit.*, note 228, pp. 265 et suiv. ; FOYER (J.), *Filiation illégitime et changement de loi applicable*, Dalloz, 1964 ; FOYER (J.) & SIMON-DEPITRE (M.), *Le nouveau droit international privé de la filiation*, Libr.techniques, 1973 ; FOYER (J.), « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *R.C.A.D.I.* 1985, I, vol. 193, pp. 9-118 ; FOYER (J.) et LABRUSSE-RIOU (C.) (dir.), *L'adoption d'enfants étrangers*, Economica, 1986 ; FOYER (J.), « Vingt ans d'application des articles 311-14 à 311-18 du Code civil », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Droit des personnes et de la famille, P.U.S., L.G.D.J., 1994, p. 127. Voir, pour le droit interne : FOYER (J.), COLOMBET (C.), HUET-WEILLER (D.), LABRUSSE-RIOU (C.), *La filiation légitime et naturelle. Etude de la loi du 3 janvier 1972*, Dalloz, 1977, 2^e éd. ; CARBONNIER (J.), « Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante de l'article 197 du Code civil », *Mélanges Marty*, pp. 255-266 ; RUBELLIN-DEVICHI (J.), « Réflexions sur la réforme attendue du droit de la filiation », *Mélanges offerts à A. Colomer*, 1993, p. 397.

²³⁷ Elle a été relayée et complétée par la loi Malhuret de 1987 et le loi du 8 janvier 1993 ; voir références, *infra*, n°187 et suiv.. Des différences subsistent toutefois. L'action en retranchement, prévue à l'art. 1527, al. 2, C. civ., qui protège les enfants du premier lit contre une modification du régime matrimonial de leur parent remarié, est réservée aux enfants légitimes : Civ. 1^{re}, 8 juin 1982, *D.* 1983, 19, n. Beaubrun ; *J.C.P.* 1983, II, 20018, n. Henry. L'arrêt refuse toutefois l'homologation du changement de régime matrimonial, « les droits d'un héritier réservataire [étant] d'ordre public ». La jurisprudence prend donc ici le relais de la loi pour ne pas laisser les enfants naturels totalement démunis.

²³⁸ La loi du 3 janvier 1972 a en principe posé l'égalité entre les filiations (art. 334, C. civ.). Tous les enfants, même adultérins, ont des droits égaux.

pas nécessairement en droit international privé. Les nouveaux rattachements issus de la loi de 1972 (articles 311-14 à 311-18 du Code civil) ne s'appliquent pas en réalité aux effets de la filiation et sont donc réservés principalement à l'établissement de la filiation. La solution antérieure s'applique alors. Celle-ci fait régir les effets de la filiation naturelle par la loi nationale de l'enfant, alors que les effets de la filiation légitime sont soumis à la loi des effets du mariage²³⁹. Etant donné la disparité des droits internes en la matière, on comprend alors mieux l'incidence que peut avoir l'existence d'un mariage valide sur l'établissement de la filiation, et donc sur les effets de la filiation.

La catégorie même des effets de la filiation n'est pas uniforme. Si, par exemple, les questions relatives à l'autorité parentale ont pu être régies par la loi des effets du mariage, pour l'enfant légitime, et par la loi personnelle de l'enfant, lorsque sa filiation était naturelle, celles-ci relèvent pour le moment de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la protection des mineurs²⁴⁰. Cette convention, il est vrai, ne distingue pas selon que l'enfant est naturel ou légitime²⁴¹ ; toutefois, le droit commun des effets de la filiation continue de s'appliquer pour les enfants n'ayant leur résidence habituelle ni en France ni dans un Etat contractant de la Convention²⁴². Le présupposé d'existence et de validité

Cependant, la famille légitime est protégée en tant que victime de l'adultère. Les enfants adultérins ont les mêmes droits successoraux que les enfants légitimes, mais lorsqu'ils viennent en concours avec le conjoint ou avec les enfants légitimes (y compris les enfants légitimés ou adoptifs) issus de l'union pendant laquelle ils ont été conçus, leurs droits sont diminués. Le conjoint trompé est d'abord protégé par l'article 759 du Code civil. De même lorsque l'enfant adultérin vient en concours avec un enfant légitime, il n'a droit qu'à la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, eussent été légitimes...(art. 760, C. civ.). La loi frappe en outre l'enfant adultérin d'une incapacité de recevoir plus que sa part successorale, dans les mêmes cas (art. 908, C. civ.). Ses droits réservataires sont également atteints (art. 915, C. civ.). Notons que le projet de réforme abroge ces dispositions. Toutes ces dispositions ne visent pas à sanctionner l'enfant adultérin, mais à protéger les victimes éventuelles de l'adultère. Voir, notamment, MALAURIE (Ph.) & AYNES (L.), *Droit civil. Les successions ; les libéralités*, Cujas, 1993, n°75.

²³⁹ Voir MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°620 ; pour les effets de la filiation naturelle, voir Paris, 3 mars 1981, R.C.D.I.P. 1981, 496, n. Y. Lequette.

²⁴⁰ Une nouvelle convention a été récemment signée, mais n'est pas encore entrée en vigueur : Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants ; R.C.D.I.P. 1996, p. 813.

²⁴¹ AUDIT (B.), *Droit international privé*, Economica, 2^e éd., 1997, n°719.

²⁴² La jurisprudence décide néanmoins de plus en plus souvent de soumettre la question à des règles qu'elle considère comme d'application territoriale. Voir en dernier lieu, Civ. 1^{re}, 6 avril 1994, D. 1995, somm., 137, obs. A. Bottiau, *Bull. civ.*,

ou non d'un mariage reprendrait alors toute son importance, le choix de la loi applicable (loi des loi des effets du mariage ou loi nationale de l'enfant), dépendant alors de la légitimité ou non de l'enfant.

125. On considérera en dernier lieu que la légitimité repose essentiellement sur l'existence du mariage et non sur sa validité. En droit interne, l'article 202 du Code civil dispose en effet que, même nul et même si les époux ont été de mauvaise foi, le mariage produit tous ses effets à l'égard des enfants. C'est la célébration qui importe donc le plus (ainsi que la bonne foi, lorsque l'un des époux réclame le bénéfice du mariage putatif)²⁴³.

Le mariage produit par ailleurs un nombre non négligeable d'effets d'ordre patrimonial, notamment en matière de régime matrimonial.

B/ LÉGITIMITÉ ET PATRIMOINE : L'EXEMPLE DU RÉGIME MATRIMONIAL

126. L'organisation, entre les époux, de leurs intérêts patrimoniaux repose elle aussi sur le mariage, même si, là encore, la catégorie a subi quelques fractionnements²⁴⁴, et même si le régime primaire et les règles générales du

I, n°139 : « *Les lois relatives à l'assistance éducative sont d'application territoriale et il s'ensuit que les juridictions françaises sont incompétentes pour prendre des mesures d'assistance éducative à l'égard de mineurs résidant à l'étranger, sauf application éventuelle des dispositions contraires des art. 3 et 5 Convention de La Haye du 5 octobre 1961.* ». Ce rattachement territorial à la résidence aurait au moins l'avantage d'utiliser un critère réellement égalitaire, qui ne distinguerait pas suivant l'origine de la filiation de l'enfant. Voir aussi, sur cette convention, LEQUETTE (Y.), *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Dalloz, 1976.

²⁴³ Voir *infra*, n°562 et suiv.

²⁴⁴ La loi des effets du mariage n'a plus qu'une compétence résiduelle. Entrent dans son domaine : les contrats entre époux (Civ. 1^{re}, 15 février 1966, Dame Campbell-Johnston, R.C.D.I.P. 1966, 273, n. H. Batiffol ; J.D.I. 1967, 95, n. Goldman ; D. 1966, 370, n. Malaurie ; *Rec. gén. des lois* 1966, 637, n. Droz ; *Gr. arrêts* n°43 ; Civ. 1^{re}, 3 avril 1990, Klein, R.C.D.I.P. 1991, 104, n. B. Ancel : « *S'agissant de déterminer l'existence, d'apprécier la validité et de statuer sur la révocation d'une donation entre époux de nationalité différente et ayant leur domicile commun en France, est applicable la loi française qui régit les effets du mariage* ») ; de même pour l'hypothèque légale des époux : Trib. Gr. Inst. de la SEINE, 19 janvier 1966, Prati, R.C.D.I.P. 1966, 632, n. H. B. ; J.D.I. 1966, 822, n. Malaurie ; J.C.P. 1967, II, 15015, n. Brulliard : « *En matière d'hypothèque légale, la femme étrangère jouit en France de tous les droits dont dispose la femme française, à la condition que la loi régissant les effets de son mariage, à laquelle elle est restée soumise, ne s'y oppose pas. En particulier, ne peut se prévaloir de son hypothèque légale une femme italienne, mariée à un Italien sous le régime légal italien de la séparation des*

régime matrimonial ne sont pas nécessairement soumis à la même loi²⁴⁵.

127. Le régime matrimonial s'applique dès la conclusion du mariage. Ces effets sont automatiques et ne dépendent que de l'institution matrimoniale et n'existent que par elle, les juges continuant de nier ces effets aux concubins²⁴⁶. S'il y a un contrat de mariage, celui-ci doit certes être conclu avant le mariage. Mais à supposer que les futurs époux renoncent à leur union, le contrat est frappé de caducité.

Au-delà des règles impératives du régime primaire, les époux peuvent convenir de leurs rapports pécuniaires, et s'ils n'ont rien prévu, la loi les organise à leur place. C'est ce qui résulte de l'institution du régime matrimonial.

Il existe donc un régime légal et un régime conventionnel, consigné dans un contrat de mariage, mais la question se pose de savoir si le régime légal doit être considéré comme un contrat tacite ou comme un effet légal du mariage²⁴⁷. La question intéresse surtout le droit international privé car, dans le deuxième cas, il

biens, lequel ne reconnaît pas d'hypothèque légale au profit de la femme ». Voir aussi : *Gr. arrêts n°27.8* ; MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°571.

²⁴⁵ Le régime primaire fut tout d'abord régi par la loi des effets personnels du mariage : *Civ. 1^{re}, 22 octobre 1985, Bologna, J.D.I. 1986, 1005, n. Wiederkehr* : « (...) *sauf dispositions prohibitives édictées par les règles du statut matrimonial de base relevant de la loi française des effets du mariage (...)* ». Il fut ensuite soumis à la loi française, prise comme loi d'application immédiate : *Civ. 1^{re}, 20 octobre 1987, Sieur Cressot c./ Dame Cozma, J.D.I. 1988, 446, n. André Huet ; R.C.D.I.P. 1988, 540, n. Y. Lequette* ; pour être enfin assimilé aux obligations alimentaires et donc régi par la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 : *Civ., 6 novembre 1990, R.C.D.I.P. 1991, 348* : « *Les juges du fond ayant condamné un mari de nationalité camerounaise à payer à son épouse, résidant en France et de même nationalité que lui, une contribution aux charges du mariage sur le fondement de l'article 214 du Code civil, leur décision est légalement justifiée, l'article 4 de la Convention de La Haye de 1973...prévoyant que la loi qui régit les obligations alimentaires découlant du mariage est la loi interne de la résidence du créancier d'aliment* » ; voir aussi *Civ. 1^{re}, 19 mars 1991, Chen c./ Mme Devos, Bull. civ., I, n°92, p. 60*. Les questions alimentaires mises à part, il faut donc considérer que celles relevant du régime primaire dépendent tantôt des conflits de lois, tantôt des lois de police ; cf. aussi AUDIT (B.), *Droit international privé*, Economica, 2^e éd., 1997, n°653 ; MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°548, n°783.

²⁴⁶ La concubine, quant à elle, ne peut par exemple rien réclamer au titre de la contribution aux charges du ménage : *Civ. 1^{re}, 9 janvier 1979, Bull. civ., I, n°11 ; D. 1979, IR, obs. D. Martin ; D. 1981, 241, obs. Breton*. L'organisation institutionnalisée des rapports patrimoniaux entre les époux reste donc une des différences essentielles d'avec le concubinage.

²⁴⁷ M. André COLOMER, quant à lui, adhère à la deuxième thèse ; cf. *Régimes matrimoniaux*, Litec, 7^e éd., 1995, n°4 ; et on s'accorde d'ailleurs plutôt à dire que la doctrine dominante voit dans le régime matrimonial un effet du mariage : CHAMPENOIS (G.), *Les régimes matrimoniaux*, A. Colin, 1996, p. 136, n°157.

serait soumis à la loi qui régit le mariage, alors que dans le premier, c'est la loi que les parties sont supposées avoir choisie qui le déterminera. Le droit international privé français a adopté cette dernière hypothèse.

128. La dimension internationale de la relation prend alors toute son importance, puisqu'alors le champ d'intervention de la volonté ne se limite pas aux dispositions françaises, mais peut s'étendre à des lois étrangères, supposées avantageuses pour les époux, ou s'harmonisant avec leur environnement socio-économique. Le choix s'est au demeurant diversifié, quoique n'y gagnant pas en simplicité, depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} septembre 1992, de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux. Mais celle-ci ne s'appliquant en principe qu'aux mariages célébrés après son entrée en vigueur, les règles anciennes restent encore en vigueur et coexistent avec les nouvelles.

Place est donc laissée à la volonté des époux d'organiser eux-mêmes leurs rapports patrimoniaux. C'est seulement en l'absence de volonté exprimée que l'on localise celle-ci, selon l'ancienne méthode, au lieu de leur premier domicile²⁴⁸. Ce système a l'avantage de conférer à l'institution une certaine homogénéité spatiale et temporelle.

La nouvelle Convention rompt avec cette solution qui avait pourtant le mérite de la clarté, puisqu'elle permet, dans son article 3, le dépeçage du contrat de mariage, tout en limitant l'éventail des lois que les époux peuvent choisir, à la loi nationale ou à la loi de la résidence habituelle de l'un d'entre eux, au moment de la désignation, ou à la loi de la nouvelle résidence après le mariage ; les immeubles, quant à eux, peuvent être régis par la loi de leur situation²⁴⁹. L'indivisibilité du régime, considérée auparavant comme d'ordre public, est ainsi abandonnée²⁵⁰. En l'absence de choix exprès des époux, la Convention prévoit un rattachement en faveur de la loi de la première résidence habituelle des époux après le mariage, avec un tempérament subsidiaire en faveur de la loi nationale

²⁴⁸ Rattachement dégagé par DUMOULIN dans sa consultation aux époux de Ganay en 1525. Son application jurisprudentielle fut assez tardive : Req., 4 juin 1935, époux Zelcer c./ Schwab, R.C.D.I.P. 1936, 755, n. Basdevant ; S. 1936, 377, rapport Pilon, note Niboyet ; D.P. 1936, 1, 7, rapport Pilon, note R. Savatier ; Gr. arrêts n°15.

²⁴⁹ Voir aussi DROZ (Georges A.L.), « Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux », R.C.D.I.P. 1992, 631.

²⁵⁰ MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°548, n°774, et la jurisprudence citée et, notamment, PARIS, 3 décembre 1980, R.C.D.I.P. 1981, 501, n. H. Gaudemet-Tallon ; J.D.I. 1981, 578, n. Wiederkehr, qui s'appuie sur le « principe fondamental de l'indivisibilité et de la permanence du régime matrimonial » ; PARIS, 31 octobre 1991, J.D.I. 1992, 373, n. L. Idot.

commune (article 4).

129. Le caractère international du lien matrimonial permet donc aux époux de choisir, explicitement ou implicitement, la loi qui régira leurs rapports patrimoniaux, ainsi que le type de régime matrimonial. Cette souplesse s'étend aussi aux modifications éventuelles qui peuvent intervenir au cours du régime.

Tandis que, en droit français, l'article 1396 alinéa 3 du Code civil pose un principe d'immutabilité du régime matrimonial²⁵¹, il en va différemment en droit international privé où la cohérence commande que l'on interroge préalablement la loi applicable. Le changement de régime peut être volontaire, mais il peut aussi être involontaire²⁵².

130. La modification peut en effet d'abord résulter d'un problème de conflit de lois dans le temps, la loi régissant le régime matrimonial ayant été remaniée par le législateur. Il faudra alors tenir compte des règles du droit transitoire de cette loi²⁵³. Elle peut également découler du déplacement du facteur de rattachement, c'est-à-dire d'un conflit mobile. Celui-ci n'a aucune influence lorsque les époux ont conclu un contrat de mariage, que le choix de la loi soit ou non exprès. La solution vaut tant dans le système conventionnel (article 7, al. 1) que dans le droit commun. Mais c'est en l'absence de désignation de toute loi ou en l'absence de contrat de mariage que la Convention apporte de profondes innovations quant à la possibilité de changer de régime matrimonial. Elle prévoit en effet, dans son article 7, alinéa 2, trois cas de changement automatique de loi, en cas de changement de nationalité ou de résidence habituelle des époux. La loi de la

²⁵¹ En l'absence d'immutabilité on pourrait redouter que l'un des conjoints ne profite de changements qui ne seraient favorables qu'à lui, ou qui nuieraient aux tiers. La règle interne est toutefois assouplie par une possibilité de modification judiciaire du régime (art. 1397, C. civ.).

²⁵² Une récente loi, en date du 28 octobre 1997, vient de modifier le Code civil afin de l'adapter aux dispositions de la Convention et d'organiser la publicité du changement de régime matrimonial obtenu par application d'une loi étrangère. Il y est notamment prévu que les époux procèdent aux mesures de publicité relatives à la désignation de la loi applicable (article 1397-3, nouveau, al. 2, C. civ.) ; en l'absence de ces formalités, la désignation de la loi applicable est inopposable aux tiers, sauf si, dans les actes passés avec eux, les époux ont déclaré la loi applicable à leur régime matrimonial (article 1397-4, nouveau, C. civ.). Cf. la loi n°97-987 du 28 octobre 1997, *J.O.* 29 octobre 1997, p. 15684 ; *D.* 1997, législation, p. 361 ; *J.C.P.* 1997, III, 68574.

²⁵³ MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°548 et n°789.

nouvelle résidence habituelle se substitue alors à la précédente loi applicable²⁵⁴.

La possibilité de changement volontaire est déterminée par la loi du régime, qui dira également quel pourra être le nouveau régime. Bien que le droit français permette la mutation et la considère même parfois comme d'ordre public²⁵⁵, les époux peuvent se la voir refuser si la loi étrangère applicable à leur régime l'interdit.

Si les époux peuvent changer de régime matrimonial, ils peuvent aussi soumettre le nouveau régime à une autre loi que la loi initiale. Le changement est d'abord ouvert même aux époux mariés antérieurement « *qui désignent la loi applicable à leur régime matrimonial après son entrée en vigueur* » (article 21). Mais il limite ensuite le changement à la loi de la nationalité ou celle de la résidence habituelle de l'un des époux, avec la possibilité pour chaque immeuble de rester régi par la loi de sa situation. Le changement est, de plus, rétroactif.

Importants dans l'ordre interne, certains effets du mariage sont propres à l'ordre international. Ils ne sont générés qu'en présence d'une situation internationale.

§ 2 : Effets propres à l'ordre international

131. Les effets propres à l'ordre international ont principalement trait au statut administratif de la personne.

Il est des domaines, comme celui de la condition de l'étranger, où seul le mariage semble conférer de précieuses possibilités. Les conséquences d'un mariage dans ce domaine ne trouvent, là encore, leur exacte portée que dans les relations internationales, mais pas uniquement en cas de mariage mixte.

L'état de personne mariée peut effectivement modifier la condition de l'étranger

²⁵⁴ Le système risque d'être dangereux dans la mesure où les époux peuvent se croire toujours soumis à leur régime initial. Voir aussi : MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°548, 790, 791.

Article 7, al. 2, de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux : « (...) si les époux n'ont ni désigné la loi applicable, ni fait de contrat de mariage, la loi interne de l'Etat où ils ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable, au lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis ».

²⁵⁵ *Rép. min.*, J.O. Sénat (Q), 21 décembre 1967, p. 2512 ; R.C.D.I.P. 1968, 169, qui reconnaît, même aux étrangers, la possibilité d'invoquer l'article 1397 du Code civil français. Cependant, un arrêt de la Cour d'appel de PARIS, écarte la notion d'ordre public familial telle qu'elle entendue par la réponse ministérielle : PARIS, 7 mars 1973, R.C.D.I.P. 1973, 524, n. A. P. ; COLMAR, 19 janvier 1993, R.C.D.I.P. 1993, 281, qui soumet la possibilité de changement à la loi du régime.

de deux façons : il agit sur ses conditions d'entrée et de séjour sur le territoire d'accueil (B) ; il peut même permettre ensuite une véritable intégration de l'intéressé, en conférant à celui-ci la nationalité de son conjoint (A).

A/ LÉGITIMITÉ & NATIONALITÉ

132. La possibilité d'acquérir la nationalité française est une prérogative conférée à l'un des époux. On parle assez peu, lorsque l'on traite des effets du mariage, de ses effets sur la nationalité, alors qu'il s'agit ici d'une conséquence juridique non négligeable, qui peut même motiver certains candidats au mariage. Elle est par ailleurs un effet propre aux relations privées internationales et ne peut être envisagée que dans le cadre d'un mariage *mixte*.

133. En l'état actuel des dispositions sur la nationalité, le mariage n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité de la femme ou du mari²⁵⁶. Il confère cependant un certain nombre d'avantages, dont il faut rendre compte, ainsi que de l'évolution constatée en la matière, jusqu'à son dernier état résultant de la réforme de 1993²⁵⁷.

Originellement, la femme française qui épousait un étranger suivait la condition de son mari (article 19, C. civ.), ce qui avait pour effet de lui faire perdre de plein droit la nationalité française pour prendre celle de son mari, sauf s'il en résultait une apatridie, auquel cas elle conservait sa nationalité française (loi du 26 juin 1889). Puis, les contraintes démographiques obligèrent le législateur, la population de nationalité française se faisant de moins en moins nombreuse, à réagir. La loi du 10 août 1927 renversa le système en supprimant ce cas de perte de la nationalité française par mariage. La femme étrangère perdant sa nationalité de plein droit, pouvait acquérir, par son mariage avec un Français, la nationalité française, et inversement, la femme française pouvait perdre sa nationalité pour prendre celle de son mari, à condition que le ménage s'installe à

²⁵⁶ Article 37 de l'ancien Code de la nationalité, actuel article 21-1 du Code civil.

²⁵⁷ Pour une histoire des effets du mariage sur la nationalité, voir LAGARDE (P.), *La nationalité française*, Dalloz, 3^e éd., 1997, n°248 et suiv. ; BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Traité de Droit international privé*, t. I, 8^e éd., L.G.D.J., 1993, n°124 et suiv. Voir également FULCHIRON (H.), « La réforme du droit de la nationalité. Commentaire des art. 17 à 33-2 nouveaux du Code civil (L. 22 juillet 1993) », *J.C.P.* 1993, I, 3708, n°53 et suiv. ; « Acquisition de la nationalité française à raison du mariage », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 502-50, 1995. Les réactions étatiques contre les diverses fraudes au droit de la nationalité et de la condition des étrangers seront étudiées ultérieurement ; voir *infra*, n°384 et suiv.

l'étranger. Le décret du 12 novembre 1938 vint encore modifier cette règle, en fondant le changement de nationalité sur un acte de volonté de la part de la femme qui se marie. La Française ne perdait sa nationalité que si elle optait pour celle de son mari, et l'étrangère ne pouvait acquérir la nationalité française qu'à sa demande. La situation de l'étrangère fut de nouveau inversée par le Code de 1945 : celle-ci obtenait la nationalité française *automatiquement* par son mariage avec un Français, à moins qu'elle ne déclinât cette acquisition.

C'est le principe de l'égalité des sexes qui inspira ensuite la loi du 9 janvier 1973, venue bouleverser une fois de plus le droit de la nationalité. Celle-ci décida que le mariage n'exerçait de plein droit aucun effet sur la nationalité (article 37, précité, de l'ancien Code de la nationalité). Cependant, le conjoint (mari ou femme) français pouvait répudier sa nationalité pour prendre celle de son conjoint, et le conjoint étranger pouvait, de son côté, acquérir la nationalité française par simple déclaration (article 37-1).

134. La fraude commença de s'organiser à partir de cette période. Le mariage devint le moyen le moins fatigant d'acquérir la nationalité française. La loi du 7 mai 1984 tenta de remédier à ce problème, en posant une condition de communauté de vie de six mois au moment de la déclaration et de continuité de vie commune après acquisition de la nationalité. Mais le cas du conjoint d'un Français restait toujours plus favorable que celui d'un étranger qui vit paisiblement en France depuis plusieurs années et qui demande à être naturalisé.

Dans le cas de l'époux, aucune condition de résidence en France n'était exigée, ni d'intégration à la Nation, seuls l'indignité ou le défaut d'assimilation pouvant motiver une opposition de la part du Gouvernement à l'acquisition de la nationalité²⁵⁸. Même la nullité du mariage ne remettait pas en cause l'acquisition de la nationalité française (articles 39 à 43 de l'ancien Code de la nationalité).

Dans le cas de l'étranger, non marié avec un Français, qui demande à être

²⁵⁸ Le défaut d'assimilation est aujourd'hui prévu à l'actuel article 21-4 du Code civil. Un arrêt du Conseil d'Etat a estimé que la bigamie pouvait constituer un défaut d'assimilation à la communauté française, alors même que le fait de s'être marié sous le régime polygamique de droit commun, tout en étant monogame de fait, n'établissait pas à lui seul le défaut d'assimilation. « *En s'opposant à ce qu'un étranger acquière la nationalité française au motif que sa bigamie fait obstacle à ce qu'il puisse être regardé comme assimilé à la communauté française, le Gouvernement ne se fonde pas sur des faits matériellement inexacts (1^{re} espèce). De la part d'un ressortissant d'un ancien territoire français d'outre-mer marié sous le régime polygamique de droit commun dans son pays d'origine, l'absence d'option pour un régime monogamique alors qu'il est monogame de fait, n'établit pas à elle seule l'absence d'assimilation qui peut justifier un refus d'autorisation de souscrire la déclaration de réintégration prévue par l'art. 153 C. nationalité alors en vigueur (2^e espèce) » : Conseil d'Etat, 24 janvier et 11 février 1994, D. 1995, 108, n. P. Guiho.*

naturalisé, le Gouvernement pose, entre autres, une condition de résidence d'au moins cinq années sur le territoire français, et l'intégration à la communauté française n'est pas seulement un motif d'opposition de la part des autorités françaises, qui doivent apporter la preuve du défaut d'assimilation, mais doit être justifiée par le prétendant à la nationalité française (articles 61 à 71, anciens).

135. Le récent développement des mariages de complaisance poussa le législateur, derechef, à réagir.

Les nouvelles dispositions sur la nationalité résultant de la loi n°93-933 du 22 juillet 1993 modifiant le Code civil et abolissant le Code de la nationalité²⁵⁹, subordonnent la déclaration de nationalité française (article 21-2, C. civ.) à une communauté de vie *effective* de deux ans (avant déclaration), sauf lorsqu'il y a naissance d'un enfant (auquel cas aucun délai n'est exigé), à la conservation de la nationalité française par le conjoint, et à l'absence d'arrêté d'expulsion ou d'interdiction du territoire (article 21-27, C. civ.). Ne peut acquérir de cette façon la nationalité française celui dont le séjour en France est irrégulier. L'irrégularité du séjour n'empêche pas le mariage, mais celui-ci ne peut plus couvrir l'irrégularité par le biais de la déclaration de nationalité. En revanche, le mariage peut favoriser le séjour de l'étranger sur le territoire français.

B/ LÉGITIMITÉ & SÉJOUR DE L'ÉTRANGER

1) Mariage avec un Français et conditions d'entrée et de séjour de l'étranger

136. La condition de l'étranger a de tous temps fait l'objet d'une appréciation administrative. Il ne s'agit pas seulement de dire quels sont les droits des étrangers sur notre territoire, mais aussi de faire dépendre ces droits d'une autorisation. Jusqu'à sa suppression en 1927, l'article 13 du Code Napoléon assujettissait par exemple la jouissance et l'exercice de ces droits à l'admission à domicile. L'étranger jouissait alors de tous les droits civils²⁶⁰. Mais peu à peu,

²⁵⁹ Loi n°93.933 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité, *J.O.* 23/07/1993, p. 10342 ; *J.C.P.* 1993, III, 66302. Voir aussi la décision du Conseil Constitutionnel, *J.O.* 23/07/1993, p. 10391 et *J.C.P.* 1993, III, 66303, ainsi que le commentaire de H. Fulchiron, *J.C.P.* 1993, I, 3708 ; *J.C.P.* 04/08/1993, *Actualités* (présentation du projet).

²⁶⁰ Ch. civ., 27 juillet 1948, Lefait, *R.C.D.I.P.* 1949, 75, n. H. Batiffol ; *D.* 1948, 535 ; *Gr. arrêts* n°20 : « Il est de principe que les étrangers jouissent en France des droits qui ne leurs sont pas spécialement refusés ».

l'endurcissement du phénomène de l'immigration incita les autorités administratives à le contrôler davantage. Il s'agit alors de s'assurer la maîtrise de l'entrée et du séjour de l'étranger sur le territoire. La législation en la matière se fit de plus en plus sévère, et les dispositions, d'abord éparses, notamment perturbées par les événements jalonnant la première moitié de ce siècle, trouvèrent leur aboutissement dans l'ordonnance du 2 novembre 1945, qui reste, même à l'heure actuelle, le texte de base sur la condition des étrangers. Le régime administratif des étrangers traite aussi bien de leur entrée en France et des titres de séjour que de leur activité professionnelle ou de leur éventuelle expulsion par le Gouvernement.

Mais tous les étrangers ne sont pas logés à la même enseigne. Il y a bien sûr les inévitables privilégiés, tels que les ressortissants européens, ou encore ceux qui bénéficient d'une Convention internationale. Mais les liens que peut entretenir un étranger avec la France, du fait par exemple de son mariage avec un Français, facilitent également son séjour sur le territoire, et ce, de façon conséquente.

137. Tout étranger âgé de plus de dix-huit ans, en séjour en France, doit être titulaire soit d'une carte de séjour temporaire, soit d'une carte de résident (article 9, ord. 2 novembre 1945, réd. L. 2 août 1989). Pour obtenir la première, l'étranger doit justifier d'un visa de long séjour et de ressources suffisantes, et sa présence en France ne doit pas être une menace pour l'ordre public. Cette carte est délivrée pour une période d'un an, renouvelable. Le deuxième type de titre de séjour est destiné aux étrangers qui justifient d'une résidence non interrompue et régulière d'au moins trois ans, et de moyens d'existence suffisants²⁶¹. Les démarches pour obtenir un titre de séjour sont semées d'embûches, et le parcours de celui qui traite avec l'administration est certainement des plus pénibles²⁶².

Il est en revanche plus difficile de contrarier l'étranger qui bénéficie, de la part du législateur, d'un régime de faveur. La carte de résident est, effectivement, délivrée de plein droit à certaines catégories de personnes (article 15, nouveau, de l'ordonnance de 1945). Il s'agit par exemple des étrangers ayant des liens familiaux avec un Français. Ce dernier peut être un enfant, un ascendant, ou encore, ce qui nous intéresse ici, le conjoint (à condition toutefois que le mariage soit monogamique et dure depuis au moins un an)²⁶³. Cette carte de séjour est

²⁶¹ L'Administration peut même exiger la production d'un contrat de travail (article R. 341-5 nouv.C.trav.).

²⁶² La lecture (même partielle) du roman *Le château*, de Franz KAFKA, illustre parfaitement le parcours de ces aventuriers.

²⁶³ La loi du 9 septembre 1986 posait la condition de communauté de vie,

valable dix ans, elle est renouvelable de plein droit, et confère à son titulaire quelques avantages non négligeables. L'étranger marié à un conjoint français dans les conditions précitées, et vivant avec lui de manière effective, bénéficie notamment d'une immunité contre l'expulsion (article 25, 4° et 5°, nouveau, de l'ordonnance de 1945) ou contre toute reconduite à la frontière²⁶⁴.

Le fait d'être marié à un Français améliore la situation de l'étranger. Mais il suffit parfois d'être seulement marié, même avec un étranger, pour être favorisé, comme c'est le cas en matière de droit au regroupement familial.

2) Mariage et droit au regroupement familial

138. Le regroupement familial est une procédure permettant à un étranger et à sa famille, comme lui de nationalité étrangère, de vivre réunis dans le pays où celui-ci est installé. Il suppose une immigration individuelle suivie, ultérieurement, d'une immigration familiale²⁶⁵.

Le droit de mener une vie familiale normale est protégé par la Convention Européenne des Droits de l'Homme (article 8 de la convention), et sanctionné par la Cour et la Commission de Strasbourg²⁶⁶. Si un étranger séjourne régulièrement

effective, de six mois au moins. Puis la loi du 2 août 1989 a supprimé ces conditions. Les abus ont été ainsi favorisés. Voir l'article de M. ABRAHAM (R.), « Mariage blanc et délivrance à un étranger d'une carte de résident », *R.F.D.A.* 1993, 175.

²⁶⁴ Sur toutes ces questions, on pourra consulter avec profit un article de M. GUIHO (P.), « La nouvelle révision de Code de la nationalité... et son abolition », *D.* 1994, chron. 1, ainsi que les nombreux commentaires de Mme GUIMEZANES (N.), « Aperçu rapide sur les récentes retouches apportées au droit des étrangers », *J.C.P.* 18/01/1995, *Actualités* ; « La loi du 29 octobre 1981 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France », *D.* 1982, chron. 173 ; « 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 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.

²⁶⁵ JAULT-SESEKE (F.), *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, L.G.D.J., 1996, n°2.

²⁶⁶ Par exemple dans l'affaire *Abdulaziz*, où trois étrangères d'origine indienne, vivant en Grande-Bretagne, étaient privées de leur conjoint ; cf. Cour Européenne

sur le territoire depuis deux ans et s'il est en possession d'un titre de séjour régulier, il peut alors faire venir sa famille en France au titre du regroupement familial. Les membres de la famille reçoivent alors un titre de séjour équivalent à celui de l'étranger qui les a fait venir. Les nouvelles dispositions en matière de condition des étrangers, issues de la loi du 24 août 1993, consacrent cette possibilité, qui ne résultait jusqu'ici que de la jurisprudence interne ou européenne²⁶⁷. La conséquence en est la substitution d'une immigration familiale à une immigration individuelle.

139. Mais celle-ci n'est possible que dans des conditions bien précises. Le regroupement familial suppose d'une part l'existence de la famille. Or deux conceptions s'affrontent : celle du pays d'origine, où la famille est souvent entendue de manière très extensive, et où la polygamie peut être admise, et celle

des Droits de l'Homme, 28 juin 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c./ Royaume-Uni, Série A, n 94 ; in BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 5^e éd., 1996, arrêt n°117, §§ 840-848. Sur l'applicabilité directe de la Convention, voir Civ. 1^{re}, 15 novembre 1989, J.D.I. 1990, 611.

La jurisprudence administrative française a par ailleurs reconnu un principe général du droit comportant la faculté pour les étrangers de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs : Conseil d'Etat, 8 décembre 1978, GISTI, *Gr. arrêts de droit administratif*, 9^e éd., n°110 ; *Dr. soc.* 1979, 57, concl. Dondoux ; *A.J.D.A.* 1979, 3, 38, obs. Dutheillet de Lamothé et Robineau ; *D.* 1979, 661, n. L. Hamon. Le préambule de la Constitution de 1946, alinéa 10, dispose en effet que « *la nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ». Il faut alors admettre que, en droit positif, ce droit bénéficierait aussi aux étrangers. Le Conseil Constitutionnel, saisi à l'occasion du contrôle de la loi du 24 août 1993, a enfin approuvé la consécration législative qui a été faite du droit au regroupement familial : Conseil Constitutionnel, 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. Ceci fait du droit au regroupement familial un principe découlant directement de la Constitution, et non pas seulement de la loi.

Voir aussi GUIMEZANES (N.), « Les étrangers et les récentes réformes du droit de l'immigration et de la nationalité », *J.D.I.* 1994, 59, not. pp. 77 et suiv. ; KAYSER (P.), « Le regroupement familial dans le droit communautaire, la Convention Européenne des Droits de l'Homme et le droit interne français », *J.C.P.* 1993, I, 3679 ; également, in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, L.G.D.J., 1993, VANDENDRIESSCHE (X.), « Le droit public face à l'insertion familiale », p. 51 et suiv., et GUIMEZANES (N.), « L'approche comparatiste », p. 31 et suiv.

²⁶⁷ Loi n°93.1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration, *J.C.P.* 1993, III, 66371 et 66372 . Notons que ce droit de mener une vie familiale normale pourrait avoir une portée plus large que celle qui lui est conférée par la loi française. Reposant sur un principe édicté dans le cadre de la protection des droits de l'homme, il pourrait par exemple empêcher une expulsion ; voir, par exemple, Conseil d'Etat, 19 avril 1991, Belgacem, *J.C.P.* 1991, II, 21757 ; *Rec. Lebon*, 493 ; *J.C.P.* 1992, II, 21832, n. Icard. L'intéressé n'était pas en l'espèce conjoint d'un Français, mais cet arrêt illustre bien la portée du droit au respect de la vie familiale.

du pays d'accueil, généralement un pays occidental, où la famille est souvent réduite au groupe constitué par le couple et les enfants qui en sont issus, et où le couple est de caractère strictement monogamique. Quelle conception faire prévaloir ? Les systèmes occidentaux préfèrent bien entendu appliquer leurs propres critères plutôt que ceux retenus par la loi nationale des intéressés²⁶⁸. La famille est donc comprise comme une famille de type nucléaire, issue d'une union monogamique.

Cette possibilité du regroupement familial est d'autre part rigoureusement réservée au conjoint et aux enfants. Laissant de côté les questions de lien filial, comment interpréter la notion de conjoint ? Le mariage serait-il la seule union pouvant donner droit au regroupement ? L'affirmative semble en effet l'emporter. Il faudrait retenir le sens du droit civil qui donne du 'conjoint' une traduction restrictive, et donc exclure le concubin du champ d'application des dispositions²⁶⁹. L'existence et la validité du mariage ont donc, ici encore, une importance capitale.

Section 2

Une légitimité établie : la preuve préconstituée du mariage

140. L'article 194 dispose que « *nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil (...)* »²⁷⁰.

La production d'effets civils dépend avant tout de l'existence du lien matrimonial et suppose donc qu'il en soit aussi rapporté la preuve. Comment, en effet, donner

²⁶⁸ JAULT-SESEKE (F.), *op. cit.*, note 265, n°109 et suiv. Ceci admis, comment établir les liens de parenté ? On peut hésiter entre la méthode conflictuelle et celle des règles matérielles ; cf. n°128 et suiv.

²⁶⁹ JAULT-SESEKE (F.), *op. cit.*, note 265, n°149 et suiv. La prise en compte du concubinage ne pourrait se justifier que s'il était totalement assimilé au mariage. Or cela pose un problème de preuve évident, notamment de durée de la vie commune, que ne soulève pas le mariage. Le droit allemand a d'ailleurs nettement spécifié que l'article 6 GG (Grundgesetz, loi fondamentale), qui protège la famille, ne s'appliquait qu'à compter de la conclusion du mariage : Bundesverwaltungsgericht, 26 février 1990, BVerwGE 60, 75 ff., à moins que ne survienne la naissance d'un enfant.

²⁷⁰ Et ce, indépendamment de ce que dit la loi nationale des intéressés : PARIS, 3 mars 1898, J.D.I. 1898, 366.

foi aux déclarations des intéressés, et leur accorder ces effets si particuliers du mariage, si rien ne peut confirmer leurs dires de manière neutre et objective ? Etant donné la différence importante que l'on entend observer entre les concubinages et les unions dites 'légitimes', la démonstration de l'existence du lien matrimonial n'est pas qu'un simple détail de procédure.

Apporter la preuve du mariage est donc une exigence de la loi. Son absence, à la lecture de cet article, rendrait le droit inefficace. Prouver le mariage est donc une nécessité²⁷¹.

141. L'article 194 est bien sûr limité au cas où le droit français est applicable. Il n'est ni une loi d'application immédiate, ni une loi de police, ni même une règle matérielle de droit international privé. Des époux étrangers (ou s'étant mariés à l'étranger) se prévalant de leur état devant le juge français, n'auront pas nécessairement l'obligation de présenter 'un acte de célébration inscrit sur les registres'²⁷². Mais le sens général de cette disposition du Code civil est néanmoins revêtu d'une grande portée et s'applique également à tous les mariages internationaux : les effets civils du mariage, dont on vient de voir l'importance et la singularité, ne sont accordés que si le mariage existe. La preuve de cette existence doit donc, de toutes les façons, être rapportée, même si le jeu des conflits de lois peut conduire à une solution différente de celle du droit français ; elle est indispensable. Exigence de la loi en vue de l'application d'effets civils (§ 1), elle est aussi un instrument de procédure destiné à convaincre son interlocuteur ou, en cas de litige, le juge. Son utilité est incontestable (§ 2).

§ 1 : La preuve aux fins d'application des effets civils du mariage

142. Les maximes qui célèbrent la fonction de la preuve ne manquent pas²⁷³.

²⁷¹ Le mode de preuve préconstituée est l'exemple, 'dénoncé' dans l'introduction générale, d'un élément constitutif à la fois d'une fin et d'un moyen.

²⁷² Cf. *infra*, n°515 et suiv.

²⁷³ Voir ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 3^e éd., 1992 : (n°9) *Actore non probante, reus absolvitur* (si le demandeur ne fait pas sa preuve, le défendeur est libéré) ; (n°152) *Idem est non esse et non probari* (Ne pas être, ou ne pas être prouvé, c'est tout un) ; (n°189) *Littere passent témoins* (à propos de la précellence de la preuve écrite) ; (n°255) *Non jus deficit sed probatio*

Affirmer que la preuve de l'acte juridique n'a aucune incidence sur la validité de celui-ci, n'est pas entièrement vrai. Prouver son droit équivaut souvent à un succès judiciaire. Les espèces où des enjeux successoraux sont en cause en constituent une bonne illustration²⁷⁴.

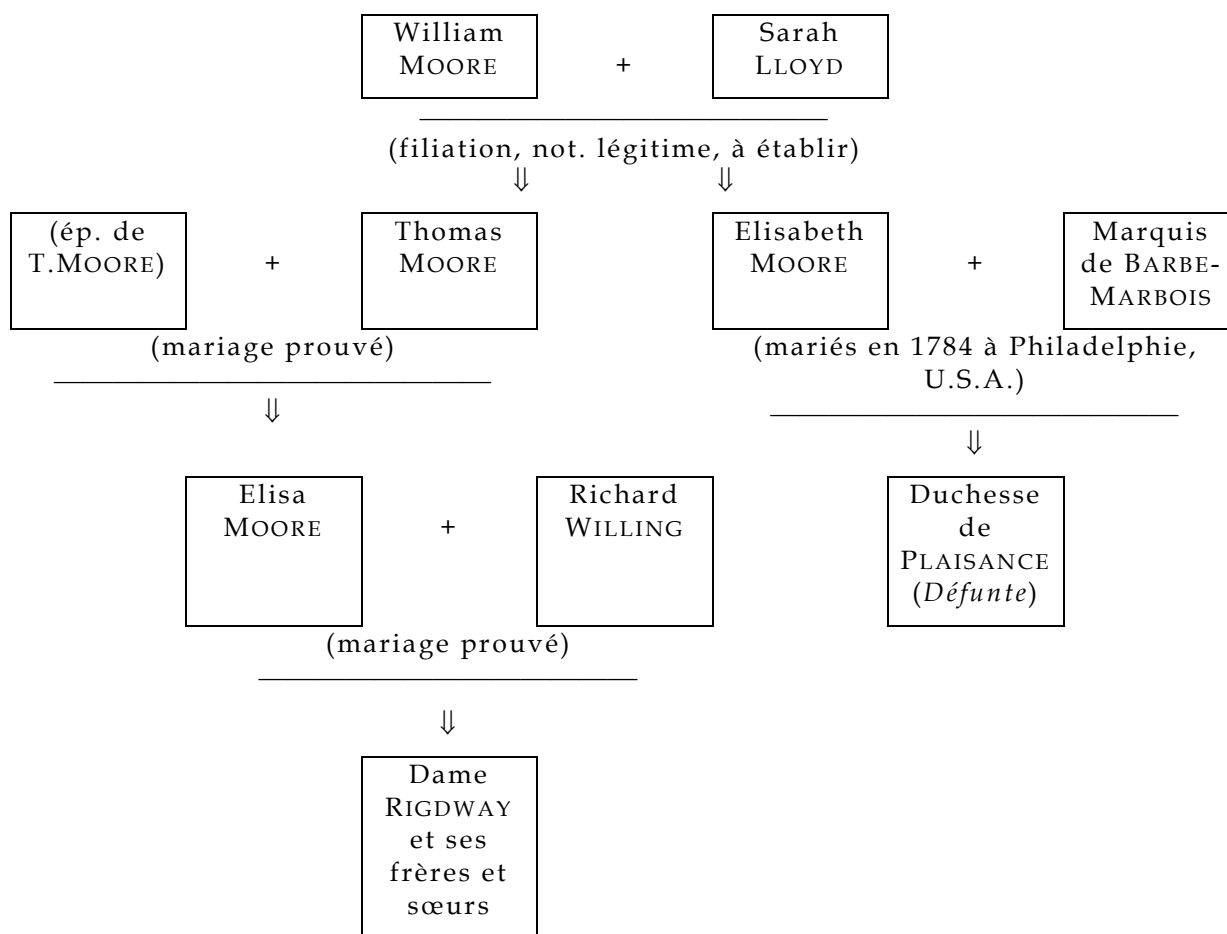
La duchesse de Plaisance, Française domiciliée en France, décède en 1854 sans laisser de testament. Le duc de Valmy et le vicomte de Léry, collatéraux les plus proches de la ligne paternelle, se présentent pour recueillir la succession. Puis Dame Rigdway et ses frère et sœur, demandent le partage pour moitié de la succession, alléguant leur parenté collatérale dans la ligne maternelle. Il s'agissait donc non seulement de prouver cette parenté commune entre la duchesse et les intimés, mais aussi d'établir que les ascendants, dont ils se

(Ce n'est pas le droit qui est défaillant, mais la preuve) ; (n°391) *Scripta publica probant se ipsa* (Les écrits publics font preuve par eux-mêmes).

²⁷⁴ En cas de succession *ab intestat*, et au contraire des concubins, le conjoint survivant figure parmi les successibles du *de cuius*, même si sa place dans l'ordre successoral varie selon les personnes avec lesquelles il est en concours : MALAURIE (Ph.) & AYNES (L.), *Droit civil. Les successions ; les libéralités*, Cujas, 1993, n°78, 107, 108 ; voir, aussi, l'article 765 du Code civil. Depuis la loi du 26 mars 1957, il recueille toute la succession lorsqu'il n'y a pas de successible autre qu'un descendant, ascendant ou collatéral privilégié (frère, neveu du *de cuius*). La moitié de la succession lui revient en pleine propriété lorsque le *de cuius* n'a pour héritier que des ascendants dans une ligne et, de l'autre, des parents plus éloignés que des collatéraux privilégiés. Si le conjoint n'a pas de vocation en pleine propriété, il a droit à un usufruit, même en présence d'enfants. Par ailleurs la quotité disponible qui peut lui être attribuée est plus importante que celle dont peuvent jouir les concubins. Et, pour finir, les droits payés au Fisc sont parmi les plus faibles (5 à 20% selon la tranche imposable), le conjoint survivant étant intégré dans la famille directe.

prétendaient issus, étaient mariés²⁷⁵. La validité de l'union n'était pas, en l'espèce, mise en cause. Seule son existence était mise en doute. Or, à l'époque, cette branche de la famille était établie aux Etats-Unis, en Pennsylvanie, où n'existaient pas de registres d'état civil pour le mariage, les naissances, les décès, établis par la seule notoriété publique. Le mariage se formait donc « by cohabitation and reputation », c'est-à-dire de manière informelle. Prouver le mariage des auteurs communs s'avérait donc une tâche difficile, mais indispensable pour recueillir la succession²⁷⁶.

²⁷⁵ La parenté collatérale était la suivante :



²⁷⁶ L'admission élargie des modes de preuve permet dans ce cas, d'établir plus facilement l'union. La cause fut alors, du même coup, gagnée. *Req., 13 janvier 1857, De Valmy c./ Rigdway, S. 1857, 1, 81 ; D.P. 1857, 1, 106* : « 1°/ Aux Etats-Unis, et particulièrement dans l'Etat de Pennsylvanie, où le statut local n'exige, pour constater l'existence du mariage légitime, ni acte civil, ni acte religieux, ni acte authentique, ni même acte privé, et où il suffit, pour prouver le mariage, de la notoriété résultant de la cohabitation et de la reputation, en qualité de mari et femme légitimes, la preuve de cette notoriété suffit également pour attribuer aux enfants issus de ceux qui ont la notoriété de mari et femme, la qualité d'enfants légitimes. Il en est ainsi, encore bien que l'époque à laquelle se rapportent les faits desquels résulte cette notoriété soit postérieure à la naissance des enfants, lorsque d'ailleurs il est constaté, en fait, qu'à toute époque et en toute circonstance l'homme et la femme ont eu la possession d'état de gens mariés. - Dans ce cas, il n'est pas nécessaire, pour attribuer à ces enfants la qualité d'enfants légitimes, de constater de plus qu'ils ont eu la possession d'état d'enfants

143. Prouver l'existence du mariage permet donc, c'est une évidence, de le dissocier du concubinage. C'est pourquoi finalement, même si le mariage n'est pas valide ou s'il est boiteux, on lui accorde quand même des effets. C'est d'ailleurs ce qu'a fait remarquer la Cour constitutionnelle allemande, dans une espèce où la validité du mariage était boiteuse : « *Le mariage boiteux se distingue nettement du concubinage par le fait qu'il existe, d'après un droit étranger, une célébration valable, et par-là même 'démontrable'* »²⁷⁷. Ainsi invalide, mais existant, le mariage pourra néanmoins être déclaré putatif et produire des effets²⁷⁸. La preuve du mariage permet aussi, de façon imparable, de convaincre autrui de son existence.

§ 2 : La preuve aux fins de la conviction d'autrui.

144. L'objet d'une preuve est non seulement d'établir la vérité, mais aussi de former la conviction d'autrui, notamment lors d'un procès. Or ici le mariage présente l'incomparable avantage d'offrir, d'une part, un mode de preuve préconstituée quasiment imparable et, d'autre part, de faire présumer de la validité du fond de l'acte.

légitimes de leurs père et mère (C.civ 197, 320). Par suite les étrangers dont la descendance légitime est ainsi établie et qui représentent la ligne maternelle d'une personne décédée en France sans postérité, peuvent concourir pour le partage de la succession avec les héritiers français, représentant la ligne paternelle (Loi 14 juillet 1819, art. 1^{er}).

Voir, de même, BESANCON, 17 juillet 1895, Dame Mouquin c./ veuve Berlet, J.D.I. 1895, 1051, qui a même appliqué cette solution à des Français mariés aux Etats-Unis.

²⁷⁷ « *Die hinkende Ehe unterscheidet sich erkennbar von der eheähnlichen Lebensgemeinschaft dadurch, daß eine nach ausländischem Recht wirksam und damit auch nachweisbare Eheschließung vorliegt* », BVG, 30 novembre 1982, J.D.I. 1984, 643 ; FamRZ 1983, 251 ; IPRax 1984, 88.

²⁷⁸ V.C. de la REUNION, 7 juillet 1939, J.C.P. 1940, II, 1494 : « (...) Pour qu'il y ait mariage putatif, il faut d'abord que soit rapportée la preuve qu'il y a eu une célébration de mariage. S'il n'y a eu qu'une union libre sans célébration de mariage, il ne peut y avoir mariage putatif ». C'est donc bien l'existence d'une célébration, quelle qu'elle soit, qui fait toute la différence : Civ., 6 octobre 1976, époux Zazzera c./ Dame Carrara, D. 1976, IR, 324 : « C'est par une interprétation souveraine de la loi italienne, sans la dénaturer et sans se contredire, qu'une Cour d'appel admet que l'inexistence civile du mariage de nationaux italiens, célébré en Italie en 1904 en une forme purement religieuse et non transcrit depuis 1929 sur les registres de l'état civil, n'empêche pas de considérer ce mariage comme putatif ». L'inexistence civile fait ici référence à la validité (civile) du mariage et non à la distinction que nous opérons entre validité et existence. Voir *infra*, n°562 et suiv.

145. En premier lieu, « *l'avantage du mariage, c'est que tout de suite, il vous procure des papiers* »²⁷⁹. C'est en effet un des grands intérêts du mariage formel : dans le même temps qu'il est procédé à la conclusion du mariage, une preuve de cette conclusion est en général préconstituée, de diverses façons. En France, l'officier d'état civil dresse un acte de mariage, acte de l'état civil, qui sera ensuite transcrit dans les registres prévus à cet effet. Dans d'autres pays, les procédés diffèrent peut-être, mais un enregistrement, quel qu'il soit, est un mode généralement répandu. Ce qui confère une grande supériorité au mariage, par rapport aux autres formes d'unions, c'est qu'il laisse des traces visibles, claires et objectives.

L'acte de mariage est, du moins en droit français, un mode de preuve parfait. C'est un acte authentique, acte écrit, qui bénéficie d'une force probante hors du commun, c'est-à-dire que son efficacité comme moyen de preuve peut difficilement être remise en cause. Il y a trois avantages à disposer d'un écrit préconstitué. Ce moyen de preuve est tout d'abord accueilli favorablement (le droit de la preuve privilégie même ce mode de preuve). Il bénéficie ensuite d'une force probante supérieure. Il s'agit, enfin, d'une preuve contraignante qui lie le juge²⁸⁰. Ajoutons à cela que la preuve préconstituée est un élément de prévision des parties, générateur de sécurité juridique.

146. La présence d'un mode de preuve préconstituée est ensuite ce qui distingue peut-être le mieux le mariage du concubinage. Alors que dans l'Ancien Droit, la preuve du mariage se déterminait par la possession d'état, celle-ci ne suffit plus aujourd'hui : « *La possession d'état ne pourra dispenser les prétendus époux qui l'invoqueront respectivement, de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil* », nous enseigne l'article 195 du Code civil. Et il est vrai qu'une des plus grandes difficultés rencontrées par les concubins réside justement dans la preuve de leur union. Celle-ci ne peut justement se prouver (et ne se forme) que par la possession d'état...de concubin. On pressent alors le danger d'accepter également ce mode de preuve pour le mariage. L'admission de ce moyen de preuve pour le mariage consisterait à faire tomber les frontières entre mariage et concubinage²⁸¹. Se pose là aussi la question des

²⁷⁹ CARBONNIER (J.), « Pas de droits si l'on refuse le droit », in *La famille contre les pouvoirs*, p. 169 et suiv., not. p. 174 et suiv.

²⁸⁰ RIGAUX (F.), « La force probante des écrits en droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1961, 19, n°2.

²⁸¹ « (...) l'on a pu faire la remarque qu'en effaçant seulement deux lettres de l'article 195, $n + e = ne$, de la nuit au lendemain se réveilleraient virtuellement maris et femmes et ne pourraient sortir de cet état qu'en recourant au divorce. Mais la preuve

mariages informels²⁸².

147. Mais, en dernier lieu, l'intérêt le plus éclatant de la preuve préconstituée réside dans les liens existant entre le fond du droit (validité) et sa preuve. La preuve du mariage est en principe indépendante de la validité de celui-ci. Deux choses sont effectivement à distinguer dans le cérémonial du mariage : l'essence de l'acte (qualités, de fond et de forme, que doit revêtir le contenu d'un acte pour que cet acte puisse être fait valablement) et sa preuve²⁸³. Cette différence se traduit d'ailleurs en droit international privé dans le fait que si des époux ne peuvent se marier que selon les formes *ad solemnitatem* prévues par la *lex loci celebrationis*, ils peuvent prouver ce mariage soit selon ces modes prévus par cette loi, soit par ceux prévus par la *lex fori*²⁸⁴.

La preuve de l'acte lui donne néanmoins une apparence de validité²⁸⁵. Les exigences de l'article 194 du Code civil marquent d'ailleurs ce lien. Pas de droit sans preuve de ce droit.

148. Les règles de preuve affectent donc le fond du droit, car elles sont un élément de la prétention des parties, et commandent l'efficacité du droit invoqué. Elle renforce le droit : « *La preuve, c'est la rançon des droits que l'on demande à la justice de consacrer. Si la rançon est élevée, c'est-à-dire si la preuve est difficile, la valeur pratique des droits diminue d'autant. Faciliter la preuve, dans la plus large mesure possible, est des points les plus importants qui, dans la*

*par la possession d'état, dès qu'elle n'est plus la pure défensive d'un possidens, est lourde à manier, alourdie encore par la nécessité d'être rétrospective. Elle convient beaucoup mieux, du reste, à la filiation qu'au mariage : la vie de l'enfant, elle peut la saisir de l'extérieur ; la vie du couple, pour la connaître pleinement, il faudrait s'insinuer dans l'alcôve. De quelle discrétion flegmatique est, en regard, l'acte de l'état civil : deux oui au départ, et de tout ce qui se passera par la suite, lit et table, le droit n'aura plus besoin de s'informer. Merveilleux état civil qui dispense le droit d'être un «voyeur» » : CARBONNIER (J.), préface de l'ouvrage *Les concubinages. Approche socio-juridique*, éd. C.N.R.S., 1986, p. 12. L'auteur tient seulement à souligner « combien est fragile la feuille de papier qui sépare la cohabitation du mariage » : CARBONNIER (J.), *op. cit.*, note 279, not. p. 175.*

²⁸² Voir *infra*, n°522 et suiv.

²⁸³ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, note 279, not. p. 174. Notons que la pratique des certificats de concubinage, soi-disant sans valeur juridique, mais néanmoins revêtus d'une valeur de fait, montre bien que les concubins ne peuvent se passer de papiers.

²⁸⁴ Voir *infra*, n°515 et suiv.

²⁸⁵ Apparence renforcée par l'idée qu'un mariage reste valable tant que sa nullité n'a pas été demandée : voir *infra*, n°559 et suiv.

formation des droits, ait à fixer l'attention du législateur »²⁸⁶.

La constitution quasi automatique d'une preuve de l'union, lors de la conclusion du mariage, peut correspondre, étant donné les nombreux avantages qu'elle présente, à une fin du mariage car cette fonction 'probatrice' fait partie intégrante de l'institution.

Conclusion du sous-titre 1

149. Le mariage entraîne, dès sa célébration, des effets de droit, qui constituent certainement des effets d'« opportunité ». Le mariage est alors un instrument pratique, entre les mains des époux ; il est une association sociale et économique. C'est ensuite dans l'ordre international que le mariage produit les effets les plus importants. D'ordre purement privé, ces intentions spéculatives ne sont en principe pas contrôlées ; elles ne sont pas une condition du mariage. Il apparaîtra pourtant que la recherche exclusive des fins civiles de l'union pourra être sanctionnée.

On ne peut par ailleurs réduire la conclusion du mariage à une simple opération juridique abandonnée à la volonté des parties et dont la cause résiderait uniquement dans l'acquisition de l'état d'époux dans le sens purement juridique du terme²⁸⁷. Les époux aspirent sans doute aussi à d'autres ambitions. C'est pourquoi l'on s'attache également à l'étude des fins non civiles du mariage, qui permettront peut-être, à elles seules, de caractériser le mariage.

²⁸⁶ HUET (A.), *Les conflits de lois en matière de preuve*, Dalloz, 1965, n°37 et suiv., citant JHERING, *L'esprit du droit romain*, t. IV, p. 200.

²⁸⁷ Cela reposerait, en somme, sur une définition de l'acte juridique où la cause serait uniquement entendue comme la cause *objective* de l'acte. Sur la cause du contrat, voir par exemple TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 6^e éd., 1996, n°312 et suiv., p. 267.

- Sous-Titre 2 -

LES FINS NON-CIVILES DU MARIAGE

150. Si l'on perçoit assez bien à quoi correspondent les fins civiles du mariage (les effets juridiques qu'emporte le mariage), les fins non-civiles semblent plus difficiles à définir.

Nous entendons par « non-civile » toute raison animant les futurs époux qui répond à un autre souci que celui de simplement régulariser une situation. Leur but n'est pas ici de se conformer à la règle de conduite sociale obligatoire. Leurs motivations sont d'un autre ordre, et se situent en dehors du droit. Elles pourraient, à la limite, se passer de lui pour exister et s'affirmer. Elles contribuent pourtant, de façon essentielle, à qualifier l'union, permettant ainsi son classement dans une catégorie juridique déterminée.

151. Il existe, semble-t-il, deux motivations de cet ordre.

La première consiste dans la création d'une famille. Tout ce qui modifie l'état d'une personne est généralement lié à l'état familial. Une des fins essentielles, voire unique, du mariage, est d'ailleurs la constitution et l'épanouissement de la famille. C'est pourquoi elle constitue, certainement, la première des fins du mariage (chapitre 2).

Toutefois la Nature elle-même n'a pas besoin du mariage pour s'unir et se reproduire. C'est un fait que personne n'entend nier et c'est pourquoi les fins 'familiales' de l'union ne seront abordées qu'en second lieu. L'anthropologie nous enseigne cependant que toute société humaine a connu et connaît le mariage ou certaines de ses formes, et surtout, lui attribue une très grande valeur. Même les peuples les plus primitifs - et peut-être surtout eux ? - ont 'spiritualisé' les grands événements de la vie, notamment l'union de l'homme et de la femme, en la gratifiant parfois de fonctions divines. Cette dimension religieuse ou mystique du

mariage a certes évolué, mais n'a pas entièrement disparu. La célébration du mariage reste un acte *solennel*. L'idée ensuite que les individus se font de leur mariage va au-delà de la dimension mystique, et en nourrit la deuxième fin 'subjective'. La célébration du mariage s'inscrit en effet dans un schéma plus large qui comprend les conceptions philosophiques et les intentions politiques de chacun : elle est l'expression d'une idéologie (chapitre 1).

Chapitre 1

LES FINALITÉS IDÉOLOGIQUES DU MARIAGE

152. « *Le mariage n'est pas une donnée naturelle mais une 'invention ou une institution humaine'. En d'autres termes, il n'y a pas dans l'homme un instinct qui l'incite à mener une vie conjugale. Toutefois, l'homme a une morale et une culture qui le contraignent à mettre ordre et mesure dans ses désirs passionnels* »²⁸⁸.

La crainte d'une méconduite sexuelle a incontestablement marqué l'homme (et pas seulement l'homme occidental) durant des siècles. L'Etat, secondé du pouvoir religieux, l'a fait vivre dans la crainte de la faute afin de mieux pouvoir le contrôler et le manipuler. L'Homme vivait dans une permanente angoisse : les châtiments divins, les épidémies, les loups, la famine... . La famille reposait ainsi sur les incertitudes face au destin. Désormais les individus (du moins la plupart d'entre eux) sont libérés du carcan étatique, moral ou religieux, qui les oppressait.

153. En tirer cependant la conclusion que l'individu est entièrement, totalement libéré de ce carcan, serait une déduction par trop hâtive.

Il ne paraît pas raisonnable en effet de nier le fait que l'individu qui se marie est également animé de considérations plus élevées. Dans son for intérieur, c'est-à-dire dans la sphère de ses convictions personnelles et religieuses, l'Homme se marie car il véhicule certaines croyances, opinions, ou certains principes religieux, philosophiques, politiques...et qu'il souhaite s'y conformer. Ses finalités sont donc 'idéologiques', dans le sens où elles sont relatives à l'esprit, aux idées et non aux faits matériels²⁸⁹.

La célébration, et plus particulièrement la forme du mariage, ne sont donc pas

²⁸⁸ ARTS (H.), *Pourquoi se marier ? Le mariage des chrétiens*, éd. Duculot, 1990, p. 21.

²⁸⁹ LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., 1972.

complètement accessoires au fond²⁹⁰. La forme de la célébration est révélatrice, justement, de la substance de l'acte, reflète la conception que les époux ont d'une telle union, tant dans sa dimension morale (§ 1) que politique (§ 2).

§ 1 : La dimension morale du mariage

154. La morale s'oppose au corps, à la chair, à la vie animale²⁹¹ : « *L'homme, en tout pays et à toute époque, s'inscrit en fait dans deux sociétés, celle, terrestre, des besoins immédiats et des joies éphémères (la 'cité') ; et celle qui lui laisse entrevoir des espoirs plus grands, plus lointains, peut-être ; plus incertains, sans doute ; celle qui le 'relie' ('religion') à un autre monde, qu'aucun peuple n'a voulu ignorer, qui propose des réponses aux questions insolubles, et que le Christianisme a qualifiée d'Eglise* »²⁹². C'est la dimension religieuse du mariage (A). Mais, même au-delà de celle-ci, le mariage reste fortement imprégné par les traditions et les solennités qui l'accompagnent (B).

A/ LA DIMENSION RELIGIEUSE DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

155. Originellement, c'est la dimension la plus fondamentale. Le mariage a été de tous temps élevé au rang des événements 'divins'. Par ailleurs, c'est à raison de cette dimension que le droit international privé a soulevé, et parfois résolu, des problèmes importants, touchant à la théorie générale des conflits de lois²⁹³.

²⁹⁰ Voir, *contra*, DELAPORTE (V.), *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse Paris I, 1974. M. LOUIS-LUCAS (P.), quant à lui, est moins radical, et pense qu'il n'est pas possible de les dissocier de façon aussi catégorique ; voir « La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois », *Mélanges Maury*, Dalloz 1960, t. I, p. 175.

²⁹¹ MORFAUX (L.-M.), *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, éd. A. Colin, 1980.

²⁹² GAUDEMET (J.), *Eglise et Cité*, éd. Cerf/ Montchrestien, 1994, p. V.

²⁹³ L'acceptation ou non de cette dimension religieuse a parfois abouti à des conséquences pratiques plus ou moins heureuses. Nous pensons par exemple à l'arrêt *Rebouh*, précité, Civ. 1^{re}, 11 octobre 1988, Rebouh c./ Bennour, R.C.D.I.P. 1989, 368 et chron. Y. Lequette, p. 277 ; J.D.I. 1989, 349, note D. Alexandre et chron. D. Bureau, 1990, p. 317 ; *Rép. Defrénois* 1989, 310, obs. Massip ; *Gr. arrêts* n°70. Dans cette affaire, un mariage religieux *more arabico* avait été célébré, mais non précédé, ni même suivi, d'une célébration civile. La solution concrète (établissement de la filiation paternelle) aurait reçu une issue différente si le

La dimension paraît avec d'autant plus d'évidence que, même dans les pays comme la France, où le mariage est considéré comme un acte purement civil, la plupart des intéressés procèdent à une deuxième célébration religieuse²⁹⁴. Pour d'autres systèmes, le mariage est considéré comme un acte nécessairement religieux²⁹⁵.

1) La dimension sacramentelle de la célébration du mariage

156. « *Les mariages se font au Ciel et se consomment en la terre* »²⁹⁶. Cet adage peut illustrer le symbolisme dont le mariage est chargé. La célébration du mariage n'est pas un acte banal, il est un sacrement.

L'idée du mariage-sacrement n'est pas née tout à fait en même temps que le christianisme et elle a même mis un certain temps à s'instaurer. Elle est en fait née de l'interprétation des textes bibliques qu'en ont fait les théologiens. C'est une idée qui aurait surgi vers le IV^e siècle, mais ce n'est véritablement que vers la fin du XI^e et le début du XII^e siècles qu'une césure s'opère²⁹⁷ : pour la première fois en effet, les canonistes commencent à s'interroger sur la signification des

droit français avait estimé le mariage valable.

Le rôle joué par la religion dans la sphère juridique est réel et s'imprime dans les rapports internationaux : voir, notamment, CHARFI (M.), *L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans*, R.C.A.D.I. 1987, vol. 203, p. 325.

²⁹⁴ La jurisprudence nous offre par ailleurs un cas intéressant démontrant que beaucoup d'individus attachent plus d'importance à la célébration religieuse qu'à la cérémonie civile : deux personnes, veuves toutes deux et vivant en concubinage furent un jour désireuses de régulariser leur union vis-à-vis de l'Eglise en raison de leurs convictions religieuses. Ce qu'elles firent, mais sans procéder au mariage civil. Le litige fut mis sur le terrain de la violation de l'art. 433-21, N. C. pén., qui interdit au prêtre de célébrer le mariage si le mariage civil n'a pas été effectué, mais il est assez révélateur d'un certain esprit de la part des candidats au mariage : Trib. corr. de DUNKERQUE, 9 mars 1972, Gometz et Chavanat, J.C.P. 1972, II, 17215, obs. R. de Lestang ; *Gaz. Pal.* 1972, 1, 436 ; *R.T.D.Civ.* 1972, 771, n°6, obs. R. Nerson.

²⁹⁵ Tel est encore le cas de certains pays : en Egypte, au Liban, en Syrie, chacun est régi par sa loi religieuse. Le mariage religieux est enfin obligatoire dans la Cité du Vatican et les Républiques de Saint-Marin et d'Andorre. Tel était aussi le cas, avant la Première Guerre mondiale, de l'Autriche-Hongrie, de l'Espagne jusqu'à la loi du 7 juillet 1981 et des pays où la religion orthodoxe était religion d'Etat, comme la Russie, la Serbie, le Monténégro, la Bulgarie et la Grèce, jusqu'à la loi du 5 avril 1982. Voir MESTRE (J.), « Le mariage en droit international privé. Conditions de fond », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 546 A, 1992.

²⁹⁶ LOYSEL, 106, in *Adages du droit français*, ROLAND (H.) & BOYER (L.), Litec, 3^e éd., 1992, n°203.

²⁹⁷ WACKENHEIM (Ch.), « La sacramentalité du mariage », in *Le mariage sacrement*, 1^{re} partie, *Rev. dr. canonique* 1991, I, p. 1

rites religieux dans le processus conduisant à la formation du lien matrimonial²⁹⁸. Alors que le mariage se formait de façon purement consensuelle, ce qui tendait à relativiser toutes les formes civiles et culturelles, le décret *Tametsi* affirme que la présence du prêtre constitue une condition *sine qua non* de la formation du lien²⁹⁹. Les conciles de Vérone (1184) et de Lyon (1274) mettent le mariage au rang des sept sacrements mais sans lui reconnaître encore l'efficacité de grâce (ce que fait le concile de Florence, en 1439, dans le décret pour les Arméniens). Puis, enfin, lors du concile de Trente (1545-1563), la sacralité du mariage est très nettement affirmée³⁰⁰. Le caractère sacramentel du mariage a été maintenu jusqu'à aujourd'hui, dans les codes de droit canonique et les codes orientaux. Le canon 1012 § 2 a en effet été repris dans le canon 1055 § 2 du Code de 1983 : « *entre baptisés il ne peut exister de contrat matrimonial valide qui ne soit, par le fait même, un sacrement* », et le canon 776 § 2 du code oriental du 18 octobre 1990 dispose, lui aussi que « *de par l'institution du Christ, un mariage valide entre baptisés est, par le fait même, un sacrement, par lequel des conjoints sont unis, à l'image de l'union indéfectible du Christ et de l'Eglise, et comme consacrés et affermis par la grâce sacramentelle* »³⁰¹.

157. Le droit canonique, lorsqu'il discute de la question du sacrement du mariage, distingue la forme de la matière du sacrement : ce qui fait la forme du sacrement, c'est le consentement ; les époux en constituent la matière. Il apparaît, dans tous les cas que l'accord de volontés de deux baptisés revêt le caractère d'un sacrement et que ce sont les époux qui sont les ministres du sacrement, le prêtre n'en étant que l'administrateur. Le rôle de celui-ci est

²⁹⁸ WACKENHEIM (Ch.), *op. cit.*, note 297.

²⁹⁹ VOGEL (C.), « Les rites de célébration du mariage : leur signification dans la formation du lien durant le haut Moyen-Age », in *Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioevo XXIV*, Spoleto, 1977, pp. 397-472, p. 444 et suiv. et 464. Il faut noter aussi l'influence déterminante de Saint-Augustin "docteur du mariage chrétien", sur toute l'histoire du mariage sacramentel : MATHON (G.), *Le mariage des chrétiens*, t.I, *Des origines au Concile de Trente*, Desclée, 1993, p. 8.

³⁰⁰ BERNHARD (J.), « Le mariage sacrement au Concile de Trente », in *Le mariage sacrement*, 2^e partie, *Rev. dr. canonique* 1992, II, p. 269, not. p. 270. A propos de l'évolution du sacrement, une suggestion intéressante a été émise : « le mariage ne s'est installé que progressivement, au fur et à mesure que la femme abandonnait son rôle de 'bien meuble' dont disposent le clan, le mari pour un statut de partenaire avec ses droits et ses devoirs. La sacralisation du mariage est allée de pair avec cette évolution du statut de la femme » ; cf. KUNTZMANN (R.), « Le mariage et le sacré dans l'Ancien Testament », in *Le mariage sacrement*, 1^{re} partie, *Rev. dr. canonique* 1991, p. 59 et suiv., not. p. 61.

³⁰¹ Voir, notamment, CANDELIER (G.), « Incroyance et invalidité du mariage sacramentel », in *Le mariage sacrement*, 1^{re} partie, *Rev. dr. canonique* 1991, p. 81 et suiv.

toutefois prépondérant, la célébration liturgique étant indispensable à la validité du sacrement. Par ailleurs, le baptisé qui se marie ne peut exclure, par une stipulation contraire, que le contrat soit du même coup un sacrement³⁰².

158. Le sacrement a incontestablement partie liée avec l'idée du sacré. Le mot sacré nous vient du latin *sacer*, consacré à la divinité, et de *sancire*, qui signifie : rendre inviolable par un acte religieux, consacrer, prescrire, interdire. Il désigne aussi celui ou ce qui ne peut être touché sans être souillé et sans se souiller. Il est à la fois objet de respect religieux, de quasi crainte et d'amour, et appartient à un ordre puissant et redoutable séparé des choses et des êtres ordinaires, dits profanes, par des interdictions rituelles : « *Les choses sacrées sont celles que les interdits protègent et isolent* »³⁰³. L'idée du sacré n'est certainement pas propre au christianisme, et on la retrouve dans la plupart des rites, des observances et des pratiques, qui lui attribuent une efficacité surnaturelle. Mais il revêt, dans la vision chrétienne une signification particulière. Le mariage-sacrement est le signe de l'union du Christ et de l'Eglise. Le fait que Jésus a voulu inaugurer son ministère à l'occasion d'une célébration nuptiale (noces de Cana) est chargé d'un sens prophétique : le Sauveur aurait voulu ainsi nous introduire dans la signification spirituelle de cet événement et jusqu'au mystère qui s'y cache. Le premier motif de la présence de Dieu à Cana serait de confirmer que c'est bien Dieu qui a institué le mariage ; et qu'il manifeste au grand jour ses propres noces avec l'humanité. Par ailleurs, le texte de la Genèse (1, 26-28) situerait le mariage dans la perspective de Dieu même ; la doctrine catholique du mariage est intimement liée au déroulement de l'histoire du salut. Le mariage est un élément essentiel de la création³⁰⁴.

³⁰² Voir *Dictionnaire de droit canonique*, 1935-65, pp. 750 et suiv. ; cependant, l'absence de foi compromettrait la validité du sacrement ; voir VERNAY (J.), « Chronique de jurisprudence matrimoniale », *L'Année canonique* 1990, t. 33, pp. 163 et suiv., citant un cas d'exclusion de la sacramentalité du mariage résultant d'une décision du tribunal de la Rote du 18/04/1986 c./Serrano Il diritto ecclesiastico, 1986/ II, pp. 499-509-JU 996-1002. Egalement, MATHON (G.), *op. cit.*, note 299, n°31, Desclée, 1993, p. 251 et suiv. Cependant, l'alliance conjugale ne serait pas sacrement en vertu d'un statut juridique (baptême), mais par la proclamation ecclésiale publique du sacrement du mariage : DENIS (H.) (dir.), *Le mariage, un sacrement pour les croyants ?*, Cerf, 1990, p. 194 ; DURRWELL (F-X.), « Le sacrement du mariage : une recherche », in *Le mariage sacrement*, 1^{re} partie, *Rev. dr. canonique* 1991, pp. 147 et suiv., not. p. 153 : « cette réalité humaine, créationnelle, qu'est le mariage, devient un sacrement, quand elle est célébrée dans la communauté de foi au Christ qu'on appelle Eglise (...) ».

³⁰³ LALANDE (A.), *op. cit.*, note 289 ; MORFAUX (L.-M.), *op. cit.*, note 291, citant DURKHEIM.

³⁰⁴ DENIS (H.) (dir.), *Le mariage, un sacrement pour les croyants ?*, Cerf, 1990, p. 176 ; SCHMITT (E.), « Le sacramentum dans la théologie augustinienne du

Tout repose en fin de compte sur la présence divine à la formation du mariage, et sur l'idée de Providence : les conjoints ne se sont pas rencontrés par hasard, mais providentiellement. Le mariage a une dimension religieuse car, comme toutes les créatures, l'homme et la femme relèvent de l'autorité du créateur³⁰⁵.

159. Les chrétiens de rite orthodoxe reconnaissent eux aussi au mariage une signification sacramentelle. Mais pour ceux-ci, au contraire des catholiques, le prêtre joue un rôle capital, car il est le ministre du sacrement ; il est donc l'instrument indispensable et nécessaire du mariage. A défaut de célébration religieuse, le mariage n'existe pas. Cette conception entraîna, sur le plan du droit international privé, l'obligation pour les Grecs orthodoxes de se marier conformément au rite religieux, même en cas de célébration à l'étranger³⁰⁶. La signification du sacrement lui-même sinon ne change pas. Pour les chrétiens, le mariage constitue plus qu'un accord légal, il constitue un 'mystère' ; le sacrement ne supprime pas la liberté de l'homme, mais le libère des limites du péché³⁰⁷.

2) La dimension « céleste » du mariage

160. Tout mariage religieux n'est pourtant pas un sacrement. Si cette conception prédomine chez la plupart des chrétiens, elle n'apparaît pas nécessairement dans toutes les confessions³⁰⁸.

mariage », in *Le mariage sacrament*, 2^e partie, *Rev. dr. canonique* 1992, p. 197, not. pp. 210-211. Et aussi, FORNO (J.-N.), « La conception du mariage selon le Code de droit canonique », in *Mariage civil et mariage canonique*, Actes du V^e colloque national des juristes catholiques, Téqui, 1985, p. 95, not. p. 108.

³⁰⁵ ESMEIN (A.), *Le mariage en droit canonique*, 1936 ; LE BRAS (G.), « La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mil », *Dictionnaire de Théologie Catholique*, 1899, t. IX, col. 2123-2317.

³⁰⁶ MARIDAKIS (G.), « Le mariage des Grecs orthodoxes hors de Grèce », *R.C.D.I.P.* 1952, 661 ; EFTHYMIATOU (A.), *La célébration religieuse du mariage imposée par le Code civil hellénique dans le cadre de la société internationale*, thèse Paris II, 1981, not. p. 9. Voir, à présent, la Loi 1250/1982 du 5 avril 1982 sur la consécration du mariage civil ; texte et comm. E. Vassilakakis, *R.C.D.I.P.* 1982, 790.

³⁰⁷ MEYENDORFF (J.), *Le mariage dans la perspective orthodoxe*, Paris, 1986, p. 19 et 23.

³⁰⁸ Pour la conception judaïque du mariage, voir : MATHON (G.), *op. cit.*, note 299, spéc. pp. 42-44. Voir également le *Dictionnaire des religions*, P.U.F., 1984, sous la direction de Paul POUPARD, v^o Sacrement, pp. 1043-1044 ; WINOGRADSKY (A.), *Les portes royales ; le sacrement de l'ordre et le judaïsme*, Nouvelle Cité, 1989, not. pp. 150 et 168.

161. Dans le mariage *more judaïco*, l'idée de sacrement n'apparaît pas, mais le mariage conserve toutefois un aspect divin, Yahvé étant considéré comme l'auteur du mariage et l'union conjugale était naturellement perçue dans sa dimension salvifique et sanctifiante.

162. Les Eglises réformées ont, ensuite, de leur côté, rejeté délibérément le caractère sacramentel du mariage³⁰⁹.

Convaincu que la sacramentalité, déjà affirmée aux conciles de Vérone (1184) et de Lyon (1274), fondait l'empire du droit canonique sur le mariage, LUTHER rejeta l'idée de la sacramentalité du mariage. Pour lui, le mariage est une réalité terrestre dont la réglementation et la juridiction relèvent du droit étatique³¹⁰. Il croit en la valeur de l'absolution sacramentelle, mais d'après lui, celle-ci est reçue par la foi en la promesse divine. Par ailleurs, le mariage serait un état commun à tous les hommes, institué par Dieu à l'usage de tous ; l'Eglise n'aurait rien à ajouter à cet état³¹¹.

Par la suite, CALVIN critique lui aussi le caractère sacramentel du mariage, le mariage ne confirmant, selon lui, aucune promesse de Dieu³¹². Mais cette conception ne l'empêche pas de considérer le mariage comme étant de l'ordre du divin. On se réfère alors à Saint Matthieu (XVIII, 20) qui rappelle que le Christ a promis d'être présent là où deux ou trois sont réunis en son nom.

Les conséquences de ces conceptions sur le droit sont considérables : les protestants placent alors clairement le mariage dans le domaine de la puissance laïque et non dans celui de la puissance religieuse. Il revient donc à la loi civile de réglementer le mariage.

163. Pour d'autres confessions, l'interprétation religieuse du mariage prête davantage à discussion. Certains auteurs ont parfois insisté sur l'absence de

³⁰⁹ GREINER (A), *La doctrine des sacrements chez Luther et Calvin*, Genève, 1948. Voir aussi TOUATI (M.), *Le caractère religieux de la formation du mariage en droit international privé*, thèse Paris, 1963, pp. 117, 126, 131 ; MATHON (G.), *op. cit.*, note 299, p. 347.

³¹⁰ BERNHARD (J.), *op. cit.*, note 300, not. p. 271

³¹¹ LUTHER (M.), *De captivitate babilonica Ecclesiae proeludium...*, 1520 ; voir aussi : BELS (P.), *Le mariage des protestants français jusqu'en 1685*, L.G.D.J., 1968, not. p. 44.

³¹² CALVIN (J.), *Institution de la religion chrétienne*, 1541, éd. J. Pannier, 1936-1939, vol. 4, pp. 122-128 ; voir aussi BELS (P.), *Le mariage des protestants français jusqu'en 1685*, L.G.D.J., 1968, p. 21.

caractère religieux ou sacramentel du mariage en droit musulman³¹³, en dépit de l'usage de réciter des prières à l'occasion du mariage. Le mariage musulman serait un contrat, conclu par le seul échange des consentements, mais il ne serait pas lié à la foi³¹⁴. On a même prêté au mariage musulman le caractère d'une vente dont la femme serait l'objet, en comparant la dot à un prix de vente³¹⁵.

Il est vrai que le mariage musulman ne suppose pas nécessairement l'intervention du *kadi* ou d'un personnage religieux. Mais la forme consensuelle du mariage musulman, et l'absence de formule sacramentelle, n'ôtent pourtant pas à celui-ci tout caractère religieux³¹⁶. On pense même parfois que le caractère sacré n'est pas inexistant et se retrouve, par exemple, dans la lecture de la *fatih*a, première sourate du Coran, qui sacralise le contrat de mariage³¹⁷. La Loi de l'Islam marque, de toutes les façons, l'origine divine du mariage : « *Un de Ses signes est qu'Il a créé pour vous des épouses, de votre propre espèce, pour que vous reposiez auprès d'elles, et Il a établi entre vous l'amour et l'affection mutuels* »³¹⁸. La Loi impose au Musulman l'ensemble de ses obligations d'homme et de citoyen. Dans l'Islam, tout est donc religion et cela envahit la vie publique et privée. Le droit du mariage est ainsi, lui aussi, en dépit du caractère juridique qu'on lui attribue, un chapitre de la religion, car la loi, au sens juridique, est groupée avec la règle

³¹³ Dans les communautés musulmanes, droit et religion sont pourtant intimement liés : FLORY (M.) & REMY (J.R.) (dir), *L'enseignement du droit musulman*, C.N.R.S., 1989, p. 14 ; FILLION (B.), « La spécificité du droit musulman », in *L'enseignement du droit musulman*, C.N.R.S., 1989, p. 93 et suiv., not. p. 96-97, où il est souligné que le Coran est la source de toutes les règles et que Dieu seul est législateur.

³¹⁴ SADEK (H.) et EL HADDAD (H.), « Les règles matérielles de droit musulman en matière de statut personnel en Egypte », in *Le statut personnel des musulmans*, 1992, p. 42 ; FADLALLAH (I.), « Lien conjugal et rencontre de civilisations », in *Le statut personnel des musulmans*, 1992, p. 345. D'après ce dernier auteur, le mariage religieux aurait en fait été institué par le christianisme.

³¹⁵ MILLIOT (L.) & BLANC (F.P.), *Introduction à l'étude du droit musulman*, Sirey, 2^e éd., 1987, n°309. Ces auteurs ne sont pas d'accord avec cette assimilation, notamment parce que mariage et vente produisent des effets juridiques différents et qu'il y a incompatibilité entre les droits du propriétaire et les devoirs de l'époux.

³¹⁶ MILLIOT (L.) & BLANC (F.P.), *op. cit.*, note 315, n°356 et suiv. Le contrat n'est ensuite pas tout à fait consensuel, la présence de deux témoins constituant, à peine de nullité, la solennité de l'acte.

³¹⁷ RUDE-ANTOINE (E.), *Le mariage maghrébin en France*, Paris, 1990, pp. 79 et 159.

³¹⁸ Sourate al-Rûm, 30 : 21 ; ou encore : « *Il est le Créateur des cieux et de la terre ; Il vous a donné des partenaires tirés de vous-mêmes - et (similairement Il a établi) dans le troupeau des couples. C'est de cette façon qu'Il vous multiplie. Il est incomparable ! Il est Celui qui entend tout et voit tout* » ; cf. Sourate al-Chourâ, 42 : 11 ; textes cités par BEHECHTI (M.) & BAHONAR (J.), *Philosophie de l'Islam*, éd. Abbas Ahmad Al-Bostani, Paris, 1990, p. 327 et suiv. Le Saint-Prophète aurait également dit que « *aucune institution islamique n'est aimée par Allah plus que celle du mariage...* ».

morale et l'observance religieuse³¹⁹.

Revêtu pour certains d'une dimension religieuse incontournable, le mariage se caractérise dans tous les cas par sa dimension solennelle.

B/ LA DIMENSION SOLENNELLE DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

164. La famille est du domaine du droit, cependant c'est l'attachement à des coutumes, à des règles de non-droit, à des traditions paysannes, qui conduit les intéressés à se mettre en règle avec le droit³²⁰.

La dimension rituelle et sacrée du mariage ne se situe pas seulement dans les limites de la religion. Même en dehors de toute croyance religieuse, le mariage conserve un aspect spirituel et l'importance du rite (et de la fête) n'est pas amoindrie par l'absence officielle (c'est-à-dire du point de vue des théologiens) de l'idée de sacrement. Si elle n'est pas sacrée, la célébration du mariage reste solennelle, ne serait-ce que par la dimension traditionnelle dont elle ne parvient pas à se départir : « (...) *il y a à la fois une immanence et une transcendance, des aspects humains et d'autres que l'humanité n'explique pas, un mélange, une rencontre de la terre et du ciel (...). Il y a une dignité, une sainteté du mariage qui ne dépend pas des religions établies. Même ceux pour qui il n'est plus un sacrement n'ont pas cessé d'y voir quelque chose de sacré* »³²¹.

Le mariage est un mode de vie qui fait entrer dans la famille une dimension morale, une sorte de sagesse qui lui est propre. Le mariage est aussi revêtu

³¹⁹ MILLIOT (L.) & BLANC (F.P), *op. cit.*, note 315, n°20, 29 ; voir aussi n°307 et suiv. Voir de même : WAËL (de) (H.), *Le droit musulman. Nature et évolution*, C.H.E.A.M., 1989, qui rappelle que certaines formes d'unions trouvent leur origine dans le Coran, tel que le mariage polygamique (verset IV, 3) ou le mariage temporaire (verset IV, 28).

³²⁰ PONTAVICE (du) (E.), « Droit de la famille et droit au bonheur », in *Mélanges offerts à M. le Professeur Pierre VOIRIN*, L.G.D.J., 1966, p. 678.

³²¹ CARBONNIER (J.), « Terre et ciel dans le droit du mariage », in *études offertes à G. Ripert*, 1950, I, p. 327, 339. « *Le mariage répond à une nécessité physique et morale de l'espèce humaine (...). Quant à la nécessité morale, chaque homme l'éprouve dans le sentiment qu'il a d'être mortel : c'est, pour lui, une manière exaltante de lutter contre sa fragilité que de se lier pour la vie, c'est-à-dire jusqu'à la mort ; le mariage tire de là, même depuis qu'il est laïcisé, une sorte de gravité religieuse qui lui est propre, et qui le sépare de l'union libre* » ; cf. CARBONNIER (J.), *Droit civil, la famille*, Thémis, 17^e éd., 1995, n°12. ARTS (H.), *op. cit.*, note 288, p. 57 : « *l'Homme a l'infrastructure d'un mammifère, mais sa superstructure est de nature spirituelle et même potentiellement divine. Il est destiné à l'éternité : ses actions ont une valeur et des conséquences éternelles* ».

d'une certaine superstition, qui ajoute à cette dimension singulière. Les contraintes environnantes ayant disparu, la valeur sentimentale du mariage a pris quelque peu le dessus, et cette entreprise ressemble à une quête de bonheur individuel. L'enjeu est de taille. Le mariage est une union sérieuse, qu'on ne peut prendre à la légère.

165. A côté de cette dimension 'intérieure' du mariage, nous trouvons un autre caractère fondamental du mariage, qui le place justement dans une espèce de sphère sacrée : la valeur d'engagement de celui-ci. Les époux s'engagent en commun, théoriquement, pour la vie. Le temps fane sans doute l'exaltation des premiers jours, mais au moment de la célébration, ils donnent leur parole, ils se font une promesse. Là encore, l'aspect moral de la situation transparaît, mais on ne peut nier, qu'au moment où cela s'accomplit, la parole est donnée solennellement³²² : « *Dans la famille, le formel n'est pas banal, il est solennel* »³²³.

Il convient, enfin, souligner que le mariage revêt également parfois une dimension politique indéniable.

§ 2 : La dimension politique du mariage

166. Nous avons précédemment souligné le caractère public et politique du mariage, sous l'angle de l'intérêt général, étatique³²⁴.

Le politique est relatif à la cité, au gouvernement de l'Etat, à la société organisée ; il est relatif à l'exercice du pouvoir, aux rapports du gouvernement et de son opposition, au pouvoir et à la lutte autour du pouvoir. Mais il concerne aussi, plus simplement, l'ensemble des citoyens ou la vie collective de la cité³²⁵. Dans ses aspects plus 'intérieurisés', la célébration du mariage peut alors également être regardée sous un incontestable angle politique. Même les dehors religieux du mariage ont d'ailleurs presque toujours eu un revers politique, la religion étant un instrument stratégique aux mains des autorités, de toutes les

³²² Voir aussi ELLUL (J.), *Ce que je crois*, Paris, 1987, pp. 113-114.

³²³ CORNU (G.), « Le fond et la forme dans le droit de la famille », *Ann. Louvain* 1989, 257, not. p. 259. Egalement, p. 260 : « *Les points forts de la solennité sont des actes ostensibles, de grands piliers dressés pour être vus* ».

³²⁴ Voir *supra*, n°67 et suiv.

³²⁵ MORFAUX (L.-M.), *op. cit.*, note 291. Le mot nous vient du grec *politikos*, qui concerne les citoyens, l'Etat, et de *polis*, ville, cité. Voir aussi le dictionnaire *Le petit Robert*.

époques et de tous les pays.

167. D'un point de vue purement privé, le côté politique du mariage nous est donné par le biais de la volonté plus ou moins grande d'intégration dans un groupe social. Il s'exprime tout d'abord par cette publicité privée qu'est la fête du mariage. La célébration, même purement privée, du mariage se prépare longtemps à l'avance, est généralement annoncée à tout l'entourage, parents, amis, voisins, qui d'ordinaire participeront à la noce. De même, le fait de procéder ou non à une deuxième célébration religieuse est un choix politique d'intégration dans un certain milieu social : on veut répondre aux traditions familiales, aux souhaits des parents ou des beaux-parents. L'histoire nous a aussi toujours démontré que le mariage était un instrument politique indéniable.

168. Mais cet aspect politique apparaît plus fort aujourd'hui dans le cas d'unions mixtes ou d'unions de personnes d'origine étrangère sur un territoire qui n'est pas leur territoire national. Les enjeux ne sont pas les mêmes, car ils n'intéressent pas seulement un petit groupe social limité souvent au cercle familial, mais la société tout entière. Le choix d'une certaine forme de cérémonie peut être la marque soit d'une contestation, d'un rejet des valeurs instaurées, soit d'une approbation.

Face à une population aux origines et aux cultures très diverses, l'instauration d'une forme unique de célébration peut signifier une volonté d'unification, et donc d'intégration³²⁶. En contrepartie, le fait, pour les futurs époux, de ne pas recourir à ce mode de célébration, dénote peut-être le souhait de conserver leur originalité par rapport à un modèle préétabli. Le mariage est une alliance, mais il est aussi le signe d'une alliance politique. Tout comme le domicile prolongé, la naturalisation, ou encore l'éducation, il favorise l'insertion. L'intégration passe aussi par un certain partage des valeurs, qui se rejoignent peut-être dans l'idée de tolérance, d'acceptation de l'autre. Cette idée peut être traduite de deux façons : ou bien en admettant, comme équivalentes, la compétence de toutes les religions en matière de mariage, ou bien en imposant, justement un modèle unique, un modèle laïque de célébration. Comme c'est cette deuxième voie que le système français a choisie, il faut alors comprendre les comportements politiques des uns et des autres en fonction de cet élément.

169. Or, justement, deux situations se présentent. Certains immigrés procèdent

³²⁶ Voir *supra*, n°105 et suiv.

à la célébration coutumière de leur mariage sans se soucier des prescriptions françaises, alors que d'autres se conforment à celles-ci et ne procèdent à la célébration religieuse qu'en deuxième lieu³²⁷. Cette situation est assez révélatrice. Le mariage procède ainsi d'une stratégie individuelle d'intégration ; du degré d'intégration à la société d'accueil semble dépendre le choix et l'ordre des cérémonies. Le choix de la forme admise par la société n'a pas la publicité pour seule fonction. Le rite qui correspond à cette forme symbolise d'une certaine façon la cohésion du groupe social³²⁸.

170. Il apparaît donc, ici encore, que la forme de la célébration du mariage, n'est pas un simple accessoire du fond, mais participe bien aux fondements mêmes du mariage.

Conclusion du chapitre 1

171. La dimension idéologique du mariage place celui-ci sur le plan de la conscience humaine et met en valeur sa signification politique et religieuse. Cela signifie également que la forme du mariage, la célébration du mariage, peut être une fin en soi, contrairement à ce qui avait été suggéré au commencement de cette étude³²⁹, car la conception fondamentale qu'elle sous-tend déterminera tout le lien matrimonial, lui donnera sa véritable portée.

Par ailleurs, le choix de la célébration paraît d'autant plus important que, d'une part, le mariage supporte la concurrence d'autres formes d'unions et que, d'autre part, il est possible aux intéressés d'aller se marier à l'étranger, si la forme prescrite dans leur pays leur paraît ne pas correspondre à l'idée qu'ils se font du mariage.

Le tout paraît remettre en partie en cause la distinction entre le fond et la forme : si l'on voit dans l'extériorisation du mariage un élément essentiel, fondamental de

³²⁷ Voir, pour un dernier cas de jurisprudence : PARIS, 8 décembre 1992, D. 1994, 272, n. Catherine Hochart ; voir aussi, un peu moins récemment, dans un cas de demande en restitution de la dot fondée sur la nullité du mariage, mais mettant en évidence les pratiques de certaines communautés : Civ. 1^{re}, 4 avril 1978, Benziani c./ Chabanne Sadaoui, J.D.I. 1979, 353, n. Y. Lequette.

³²⁸ RUDE-ANTOINE (E.), *op. cit.*, note 317, spéc. pp. 70 et 81 ; et KHELLIL (M.), *L'intégration des Maghrébins en France*, P.U.F., 1991, p. 168. Pour le problème de l'immigration et ses incidences en droit international privé, voir LABRUSSE (C.), « La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère », *T.C.F.D.I.P. 1975-1977*, p. 111.

³²⁹ Cf. *supra*, n°16 et suiv.

celui-ci, tout relèverait alors du fond de l'union, et serait donc à ranger dans la catégorie juridique correspondante. L'étude des finalités familiales et naturelles du mariage tendrait également vers ce résultat.

Chapitre 2

LES FINALITÉS FAMILIALES OU NATURELLES DU MARIAGE

172. Le mariage a la famille pour première finalité. Il suffit d'examiner les conditions de fond posées à la validité du mariage, tant en droit interne que dans certains droits étrangers, pour s'en convaincre.

Or, sur cet 'état familial', le mariage régnait jusqu'alors en maître. Seuls les individus mariés pouvaient en réclamer les prérogatives, l'absence de mariage étant même largement réprouvée. Mais le souffle du XX^e siècle est venu bouleverser cet ordre bien établi. Il est possible désormais de posséder l'état d'époux ou du moins un état proche de celui des gens mariés, sans être, justement, marié. Un engouement soudain, pour le concubinage, a modifié les données de la famille. De la même façon qu'apparaissent de nouvelles formes de famille (à tel point que l'on utilise, pour la désigner, le pluriel et non plus le singulier)³³⁰, l'union des sexes, qui en est à l'origine, prend des formes multiples, ou plutôt même, se « déformalise » (section 1).

La question de départ, relative à la valeur de la forme du mariage en droit international privé, prend ici un tour nouveau. S'éloignant du mariage, tout en le prenant pour modèle, ces couples d'un genre nouveau, aspirent à rejoindre l'état qu'il confère. Il semblerait que ces unions aient la même nature 'familiale', la même fonction biologique et naturelle propre à toute société humaine (section 2).

³³⁰ Le dictionnaire Larousse propose deux définitions de la famille : « société de personnes liées entre elles par les rapports du mariage et de la parenté » et « ensemble de ceux qui vivent sous le même toit ». Les auteurs du *Traité de droit de la famille* jugent par ailleurs concevable de définir la famille comme « l'ensemble des personnes unies par un « vécu » commun, voire par une affection commune ». La famille pourrait donc exister même en dehors du mariage ou de la parenté ; cf. HAUSER (J.) & HUET-WEILLER (D.)†, *La famille. Fondation et vie de la famille*, L.G.D.J., 2^e éd., 1993, n°1. Voir aussi GAUDEMET-TALLON (H.), *Encyclopédie Dalloz*, 1987, v° Famille.

Section 1

La déformalisation de l'union des sexes

173. Etudier le mariage et son (ou ses) mode(s) de formation implique de le replacer tout d'abord dans son contexte initial, celui de la famille. Celle-ci se définit comme « *un groupe de personnes qui sont reliées entre elles par des liens fondés sur le mariage et la filiation. La simple affection, même avec vie commune, n'y suffit pas : malgré l'extension actuelle du concubinage, personne ne parle de véritable famille avant le lien créé par un enfant, lien de filiation* »³³¹. Il est significatif à cet égard que le droit de fonder une famille inscrit dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (article 16), ainsi que dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme (article 12) n'est retenu que dans le cadre du droit de se marier.

174. Force est pourtant de constater que le droit de la famille est multiple. Le lien familial, s'il représente une réalité sociologique, économique et juridique évidente, présente aussi une double nature et résulte ainsi soit d'un lien de parenté, soit d'un lien d'alliance³³². Mais ce lien de parenté peut naître hors alliance.

Le lien familial constitue en effet sans doute le plus important des trois piliers du droit³³³. Pourtant, le droit de la famille a considérablement évolué au cours de ces dernières décennies. Le mariage a pour fin la famille, certes ; mais il ne paraît plus être le seul à poursuivre cet objectif³³⁴ (§ 1).

175. La démarche sociologique est, il est vrai, pour le moins inhabituelle et

³³¹ BÉNABENT (A.), *Droit civil, La famille*, Litec, 8^e éd., 1997, n°1.

³³² BÉNABENT (A.), *op. cit.*, note 331, n°5.

³³³ CARBONNIER (J.), *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 8^e éd., 1995, III^e partie, p. 217.

³³⁴ C'est sans doute la raison pour laquelle le doyen CARBONNIER déclare : « *Tout le droit de la famille pourrait s'orienter sur deux axes : le mariage et la filiation (...)- le mariage avec ce qui le contredit (ex : le divorce ou l'union libre), la filiation avec la diversité de ses trois branches* » : CARBONNIER (J.), *Droit civil, la famille*, Thémis, 17^e éd., 1995, n°1.

L'année 1994 a été déclarée année internationale de la famille. Cela révèle peut-être de la part des institutions politiques et sociales une certaine prise de conscience de la nécessité d'une mise au point. Puisque les points de repère ont changé à l'insu de tous, il faut tenter de se réorienter.

inattendue en droit international privé. Et pourtant, elle fait prendre conscience au juriste des insuffisances de l'approche ordinaire, et lui permet « (d') échapper aux excès de la théorisation et aux risques d'une conception désincarnée, cérébrale, mécanique du droit international privé »³³⁵. C'est pourquoi nous nous interrogerons sur les raisons de la déformalisation de l'union des sexes (§ 2).

§ 1 : Les modifications du paysage familial

176. Les données sociales, cadre dans lequel le mariage s'inscrivait et bénéficiait d'un monopole, ont changé. Le début des années soixante-dix a marqué une rupture de très grande ampleur dans les comportements familiaux³³⁶ : « d'assurée, la famille est devenue incertaine »³³⁷, et comme l'écrit le doyen CARBONNIER : « les savants d'il y a cent ans se demandaient d'où elle venait ; ceux d'aujourd'hui se demandent où elle va »³³⁸.

³³⁵ DÉPREZ (J.), « Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques », *R.C.A.D.I.* 1988, vol. 211, pp. 9-372, p. 219, n°103. La nécessité de replacer la discussion dans son contexte global, tant politico-économique que culturel, permet de comprendre un système de droit, de l'analyser et d'échafauder, en retour, des principes de solutions qui se veulent mieux adaptés à la réalité : « Derrière les règlements échafaudés par le droit, derrière les systèmes de droit dont on s'efforce d'amménager les relations, il y a la ou les sociétés pour lesquelles ils sont faits » ; cf. p. 221, n°104 ; voir aussi, n°107 *in fine*, p. 228 : « L'élaboration d'une théorie juridique mieux adaptée passe par une meilleure connaissance préalable des profondeurs de la société du for ».

³³⁶ « En dix années, à partir de 1972, avec une rapidité surprenante, on voit alors le tissu de notre société se défaire : les nœuds craquent, les fils ne sont plus croisés solidement, les mailles filent. Soudainement, de moins en moins de mariages, de plus en plus de divorces, de plus en plus d'unions libres, de plus en plus de foyers monoparentaux, de plus en plus d'enfants naturels, de plus en plus de solitaires. Le bouleversement est sans précédent (...) par sa nature, son ampleur, sa rapidité », SULLEROT (E.), *Pour le meilleur et sans le pire*, Fayard, 1984, p. 14.

³³⁷ ROUSSEL (L.), *La famille incertaine*, éd. Odile Jacob, 1989, p. 8. Mais aussi, REMY (Ph.), « Philosophie du mariage civil dans la législation contemporaine », *L'année canonique*, 1989, p. 23 et suiv., not. pp. 29, 33 : plus profondément, c'est la signification même du mariage, son statut institutionnel qui se trouvent mis en péril. Le mariage est certainement en train de perdre son sens : 1°/ la législation se préoccupe essentiellement des crises conjugales ; c'est une législation de remèdes ; 2°/ l'idée que la volonté des époux pourrait modeler librement l'institution se renforce. « Si le mariage n'est qu'une forme de vie de couple équivalente à d'autres formes, et si la loi renvoie, pour l'élection de ces formes, à l'ordre des mœurs, la famille devient bien, en droit comme en fait, "incertaine". L'avenir du mariage en droit, sera ce qu'en feront nos mœurs, ou notre morale - et celle de nos enfants. Il serait donc peut-être sage de ne plus légiférer pour ce mariage incertain ; il vaut mieux prier ».

³³⁸ CARBONNIER (J.), *op. cit.*, note 333, p. 240.

Même si, pour une part encore importante d'individus, la famille dite « traditionnelle », fondée sur le mariage, reste le modèle familial, de plus en plus nombreux sont ceux qui estiment celui-ci dépassé et prodiguent de nouvelles références³³⁹. De fait, les fonctions familiales ont changé (A), ce qui a contribué à affaiblir le modèle matrimonial (B).

A/ MODIFICATIONS DE LA FONCTION FAMILIALE

177. La famille traditionnelle, si l'on excepte ses bases essentiellement religieuses, reposait essentiellement sur quatre piliers.

Le premier souci de la société des époques anciennes était de survivre. Elle se trouvait effectivement confrontée à un fort taux de mortalité, l'espérance de vie était très faible, les épidémies et les maladies ravageaient les populations. La famille était donc entièrement tournée vers la production de la vie et vers l'organisation de la nuptialité³⁴⁰. Les moyens institutionnels imposés par les hommes se justifiaient par les contraintes elles-mêmes imposées par la nature. Une nature rude et hostile obligeait les individus à se regrouper afin d'assurer leur propre survie.

La deuxième préoccupation de la famille résidait dans la transmission d'un patrimoine, matériel et culturel. L'objectif de l'union était donc le maintien d'une lignée autant dans son patrimoine symbolique que dans son enracinement foncier³⁴¹.

Le troisième objectif de la société consistait à régulariser certains comportements violents, tenant avant tout à la compétition des mâles pour les femelles³⁴². L'organisation de la nuptialité permet d'établir un certain ordre, une certaine paix sociale, au sein du groupe, mais aussi entre les peuples. Elle permet également

³³⁹ Voir : JAFFRE (J.), communication, in *La nouvelle famille*, Colloque organisé par l'Institut de Formation Continue du Barreau de Paris, le 2 juin 1994.

³⁴⁰ « *La vie ne cessait d'être précaire ; on acceptait les enfants "que le ciel nous envoyait" ; on se mariait suivant la coutume. Tout n'était pas dit dès la naissance ; mais peu d'évènements, jusqu'à la mort, relevaient d'une décision. Institutions et destin n'étaient d'ailleurs pas des réalités indépendantes : les premières devaient aménager le second, faire en sorte que celui-ci ne crée pas de difficultés insurmontables pour la vie collective* », ROUSSEL (L.), *op. cit.*, note 337, p. 17 *in fine* ; voir également LEVY-BRUHL (H.), *Ethnologie générale*, éd. La Pléiade, 1968, pp. 1133 et suiv., not. p. 1134.

³⁴¹ ROUSSEL (L.), *op. cit.*, note 337, spéc. pp. 18-19.

³⁴² LEVI-STRAUSS (C.), *Les structures élémentaires de la parenté*, P.U.F., 2^e éd., 1969. Également, BADINTER (E.), *L'Un est l'Autre*, éd. Odile Jacob, 1986, p. 136 et suiv. ; SEGALÉN (M.), *Sociologie de la famille*, 1992.

de répondre à la nécessité de distinguer les individus, afin de rendre leur union possible. Il s'agissait d'assurer la complémentarité des sexes, tout en interdisant les unions mêlées de trop proche parenté (prohibition de l'inceste). Cette distinction fondamentale édifiait le quatrième pilier de la famille³⁴³.

178. Cependant, la force de l'institution matrimoniale semblait alors inébranlable. Tout cet ensemble d'interdits était « sacré » et chacun le tenait pour indubitable et se pliait à ses exigences. Il était impossible de s'écarter des interdits du groupe³⁴⁴. L'individualité n'existait pas ; il fallait, avant tout, donner la priorité aux nécessités, l'urgence imposant ses contraintes et faisant fi des préférences personnelles³⁴⁵.

179. Pour nos sociétés occidentales, les contraintes liées à un environnement physique hostile, à la nécessité de survivre, ont disparu. C'est la société dans son ensemble, par l'intermédiaire d'organismes spécialisés, par tout un ensemble d'assurances et de prestations sociales, qui prend en charge, le cas échéant, les moyens de subsistance des personnes en difficultés. La dépendance de la survie de l'individu et de la cohésion du groupe a donc ici été considérablement atténuée, du moins s'est-elle déplacée de la famille vers l'Etat³⁴⁶. Les agitations par ailleurs causées par les querelles que pouvaient connaître les communautés primitives, ne se rencontrent plus désormais.

³⁴³ LEVI-STRAUSS (C.), *op. cit.*, note 342.

³⁴⁴ ROUSSEL (L.), *op. cit.*, note 337, spéc. p. 26 et p. 27 *in fine* : « L'idée d'une autonomie de l'individu était ainsi barrée jusque dans l'imaginaire collectif (...) pour que l'institution fonctionnât plus facilement (et l'institution matrimoniale n'échappait pas à cette règle), il était indispensable à la fois que la crainte de la mort ne se démentît pas et que demeurât refoulé de la conscience claire le montage social qui permettait la survie du groupe. Que l'acteur sache qu'il est pour une part responsable du scénario, et le voilà aussitôt disposé à prendre des libertés avec le texte. Si au contraire l'homme est conditionné pour ignorer que l'institution est de son fait, il en attribuera l'existence à quelque être supérieur. Alors la volonté de survivre sera ennoblie ; alors la pression collective apparaîtra comme la loi de quelque dieu ; alors les prescriptions des lois deviendront morales. La nécessité sera métamorphosée en Bien. Ainsi le droit dans la société traditionnelle n'était pas perçu comme un pacte ; c'était la reconnaissance d'une loi externe dictée par un être supérieur, ancêtre prestigieux ou divinité, qui avait disposé toute chose suivant un ordre juste et bon ». De même, CARBONNIER (J.), *Droit civil, la famille*, Thémis, 17^e éd., 1995, n°12.

³⁴⁵ ROUSSEL (L.), *op. cit.*, note 337, spéc. p. 43, voir aussi pp. 33-34.

³⁴⁶ Pour une vue d'ensemble et une approche « comparée », voir MEULDERS-KLEIN (M.-Thérèse) et EEKELAAR (J.) (dir), *Famille, Etat et sécurité économique d'existence*, 1988 ; LEGENDRE (P.), *Les enfants du texte. Etude sur la fonction parentale des Etats*, Leçons, VI, Fayard, 1992.

180. Des quatre fondements de la famille traditionnelle il n'en reste guère aujourd'hui que deux.

Le désir d'assurer la pérennité de la famille, non pas seulement par le souvenir, mais aussi tout à fait concrètement, par la succession, est un sentiment que l'on retrouve encore aujourd'hui, même s'il s'est quelque peu déplacé de la transmission verticale (parents-enfants) vers la transmission horizontale (conjoint ; concubins) des biens³⁴⁷. La communication d'un savoir est également importante et reste une fonction essentielle de la famille, qui constitue le lieu le plus favorable à cette transmission³⁴⁸.

La famille repose par ailleurs sur une notion, un cadre fondamentalement naturel. Cela explique le souci d'assurer des unions exogames, non incestueuses, un âge minimum. Toutes ces conditions principalement physiologiques constituent des conditions fondamentales du mariage³⁴⁹, mais il semble admis que ces mêmes principes « naturels » gouvernent toutes les unions³⁵⁰. C'est pourquoi aussi on ne parle pas de « famille » pour les couples homosexuels³⁵¹.

181. Mais aux deux fonctions traditionnelles de la famille (procréation ; transmission du patrimoine) il faut certainement ajouter la préoccupation nouvelle de garantir l'épanouissement de l'individu au sein de la famille, la personnalité de chacun comptant finalement davantage que son état civil³⁵².

A l'origine, c'était l'institution, par l'intermédiaire des parents, qui déterminait qui

³⁴⁷ Tout le monde, bien sûr, reste favorable (à 91 %) à la transmission de ses biens à ses enfants, mais beaucoup (85 %) estiment qu'il serait préférable, en cas de décès de l'un des parents, d'accorder la succession en priorité au « conjoint » survivant : voir JAFFRE (J.), *op. cit.*, note 339.

³⁴⁸ Voir HAUSER (J.), « Les effets des liens de famille », in *La nouvelle famille*, Colloque organisé par l'Institut de Formation Continue du Barreau de Paris, le 2 juin 1994.

³⁴⁹ Voir *supra*, n°77 et suiv.

³⁵⁰ Voir les propos du doyen CARBONNIER, imaginant un statut du concubinage, « Le droit et le non-droit, conclusion juridique pour un colloque de démographie sur la nuptialité », *Population*, 1992, n°3, p. 745, not. p. 753.

³⁵¹ Soc., 11 juillet 1989, (2 arrêts), *J.C.P.* 1990, II, 21553, concl. Dorwling-Carter, obs. Martine Meunier ; *D.* 1990, 582, n. Malaurie ; *R.T.D.Civ.* 1990, 53, n. Rubellin-Devichi ; *Bull. civ.*, V, n°514, 515.

³⁵² Voir SINGLY (F.) (de), « La famille constituée dans son environnement social », in *La nouvelle famille*, Colloque organisé par l'Institut de Formation Continue du Barreau de Paris, le 2 juin 1994. L'auteur souligne par ailleurs que l'individualité est valorisée, mais non la solitude, ce qui permettrait de dire que les familles recomposées sont alors mieux perçues que les familles monoparentales. Voir également, du même auteur, *Sociologie de la famille contemporaine*, éd. Nathan, coll. 128, 1993, pp. 59 et suiv. ; pp. 86 et suiv.

pouvait épouser qui, ou même parfois qui *devait* épouser *qui*. Désormais, le couple se marie, ou s'installe ensemble, parce qu'un sentiment apparemment fort et durable a réuni les « conjoints ». Là est la différence : le triomphe des sentiments sur les objectifs de survie ou de lignage. La famille paraît rechercher avant tout l'harmonie et se soucier d'un engagement sérieux, où le hasard n'aurait pas sa place³⁵³. Le 'sentiment' n'est d'ailleurs plus valorisé seulement dans le couple, mais aussi à tous les stades des rapports familiaux, par exemple à travers la voix de l'enfant et de son intérêt³⁵⁴.

182. Cet ensemble d'intérêts, tourné non vers le groupe mais vers chaque constituant de celui-ci, dénote pourtant, en dépit de ses objectifs idéalistes, une certaine dévalorisation de la famille. La banalisation du divorce³⁵⁵, de l'union libre

³⁵³ ROUSSEL (L.), *op. cit.*, note 337, spéc. p. 113, voir aussi pp. 130-131. C'est aussi en partie l'avis de l'annotateur d'une décision rendue par le juge du MANS, où le juge a annulé un mariage, sur le fondement de l'art. 180 C. civ., pour erreur sur les qualités substantielles de la personne, erreur renforcée par les convictions religieuses profondes de l'épouse - « victime ». En l'espèce, quelques semaines après son mariage (suivi d'une cérémonie religieuse), précédé de fiançailles religieuses, l'épouse s'aperçoit que son mari entretient une relation extra-conjugale depuis une époque antérieure à leur union ; puis il quitte le foyer pour rejoindre sa maîtresse. La malheureuse épouse en déduit donc que celui-ci n'avait jamais eu l'intention de conclure une union sérieuse et durable, et qu'elle s'est donc trompée sur sa personne. Elle intente une action en nullité, que le tribunal reçoit. Le commentateur fait alors remarquer que l'erreur portait sans doute plus sur les sentiments du conjoint que sur le degré de sa foi ou sur l'intention de constituer un foyer. Et d'ajouter que la conception actuelle du mariage pourrait très bien transformer le sentiment en véritable qualité, sur laquelle une action en nullité pourrait être fondée. Voir Trib. Gr. Inst. LE MANS, 7 décembre 1981, J.C.P. 1986, II, 20573, note J.-J. Lemouland.

³⁵⁴ D'après un sondage réalisé en février 1994, beaucoup voient dans le mariage moins une pratique sociale qu'une façon d'extérioriser ses sentiments amoureux : pour 44 % d'opinions, c'est le motif principal du mariage. Pour ce qui concerne par ailleurs les relations avec les enfants, 89 % des personnes interrogées pensent que l'enfant devrait pouvoir divorcer de ses parents en cas de mauvais traitements, et 48 % qu'il devrait pouvoir choisir, en matière d'adoption, sa famille d'accueil. Voir JAFFRE (J.), *op. cit.*, note 339.

³⁵⁵ Une fois le mariage célébré, la perspective de vivre longtemps ensemble n'est pas assurée : on compte aujourd'hui en moyenne un divorce pour trois mariages. En 1960, on comptait 319.000 mariages pour 30.200 divorces, contre respectivement 281.200 et 103.000 en 1991 : voir « La France et sa population », *Cahiers Français*, n°259, janvier-février 1993, La Documentation Française, p. 49. La durée de vie commune par ailleurs s'amenuise : 14 % des mariages contractés dans les années 1980-1981 par des femmes de moins de 20 ans ont été dissous avant la 3^e année. En 1987, 3,5 % des mariages (contre 2,3 en 1975) sont rompus au bout de 3 ans de vie commune, 7,5 % le sont au bout de 5 ans, 12 % au bout de 10 ans de vie commune. A la vitesse de cette évolution, on peut prévoir qu'en 1995, 9 % des mariages célébrés en 1990 seront rompus ; étude et chiffres présentés par SABOULIN (M.) (de) et THAVE (S.), « La vie en couple marié : un modèle qui s'affaiblit », in *La société française. Données sociales 1993*, INSEE,

et des familles monoparentales ou recomposées, révèle une évidente instabilité des comportements et des relations³⁵⁶. Le schéma classique de la vie d'une famille semblait autrefois immuable : on se mariait, selon un modèle unique ; on avait des enfants que l'on élevait dans un cadre constant ; puis on mourait, confiant à sa descendance la charge des coutumes familiales, des membres de celle-ci et des biens lui appartenant.

Le schéma d'aujourd'hui est plus accidenté : la famille se constitue et ce, de différentes façons ; elle procrée, accessoirement ; souvent la famille se décompose (divorce, séparation, rupture) ; elle se recompose parfois³⁵⁷. Ce schéma conduit dès lors à un certain affaiblissement du modèle matrimonial.

B/ AFFAIBLISSEMENT DU MODÈLE MATRIMONIAL

183. « *La question du mariage résumons-la crûment ; c'est la question du concubinage* »³⁵⁸. De toute évidence, on ne peut échapper à celle-ci, ne serait-ce que par l'attirance exercée par cette apparente antinomie entre la célébration du mariage et son absence. Le concubinage remplit en quelque sorte le même rôle que le révélateur utilisé dans la technique photographique³⁵⁹. Son apparition ne

pp. 314 et suiv., p. 318.

Il ne faudrait pourtant pas garder de ces chiffres un sentiment entièrement pessimiste de la baisse de popularité du mariage, qui conserve malgré tout une vigueur certaine. Il suffit, pour s'en convaincre d'observer la répartition des mariages célébrés chaque année selon les états matrimoniaux antérieurs des époux. Nous remarquerons qu'en dépit de la baisse constante du nombre de mariages entre 1980 et 1987, où il accuse son taux le plus bas, le nombre d'unions où l'un au moins des deux conjoints était divorcé est resté à peu près constant. Cela signifie qu'en termes de proportions, le nombre de remariages a augmenté. Une autre étude montre que sur cent hommes et cent femmes divorcés en 1980, respectivement 47 et 42 se sont remariés en 1990 ; voir le tableau de l'étude précitée : SABOULIN (M.) (de) et THAVE (S.), article précité, figures 9 et 10.

³⁵⁶ L'existence du couple s'inscrit désormais dans une durée dont le décès de l'un des « conjoints » ne marque pas nécessairement exclusivement le terme. Le mariage tend en cela à rejoindre le concubinage qui, par nature, n'engage pas les individus pour la vie. C'est une union durable mais non perpétuelle. Voir notamment la thèse de SAUVAGE (F.), *La durée du mariage*, thèse Paris II, 1994, p. 60.

³⁵⁷ Nous nous référons ici aux quatre thèmes étudiés in *La nouvelle famille*, Colloque organisé par l'Institut de Formation Continue du Barreau de Paris, le 2 juin 1994.

³⁵⁸ CARBONNIER (J.), « Le droit et le non-droit, conclusion juridique pour un colloque de démographie sur la nuptialité », *Population*, 1992, n°3, p. 745, not. p. 746.

fait pas pour autant disparaître la famille.

La différence essentielle réside principalement dans le constat indéniable que la famille ne commence pas *nécessairement* par le mariage, sans pour autant annoncer le crépuscule du mariage légal³⁶⁰.

Même s'il n'est pas apparu soudainement³⁶¹, le phénomène du « concubinage » s'est considérablement répandu depuis les années soixante dix³⁶².

Davantage que d'un déclin, il faudrait cependant parler d'une transformation du paysage matrimonial. La forme d'union traditionnelle, où le mariage jouait en quelque sorte un rôle initiatique, serait devenue multiple. Désormais, on « finit »

³⁵⁹ Sur l'ensemble de la question de cette évolution, voir : SULLEROT (E.), *Le statut matrimonial et ses conséquences juridiques, fiscales et sociales*, rapport présenté au Conseil Economique et Social le 11 janvier 1984.

³⁶⁰ Cette inquiétude travaillait déjà les esprits dans les années 30, notamment : JOSSERAND (L.), « L'avènement du concubinat », *D.H.* 1932, p. 46 ; ESMEIN (A.), « L'union libre », *D.* 1935, chron. 49, NAST (M.), *D.* 1938, chron., p. 37. M. BOULANGER (F.) dénonce l'expression : « *La formule est devenue une des plus usées et probablement des plus vaines de la littérature juridique. Car, dans le droit de la famille, plus qu'en aucun autre domaine, le juriste s'épuise à courir derrière le sociologue et craint le reproche d'aller à l'encontre de l'évolution des mœurs* », note sous Civ. 1^{re}, 11 janvier 1983, *J.C.P.* 1984, II, 20127. Pourtant, l'auteur souligne l'apport des disciplines non juridiques, telle la sociologie ou la démographie, dans le droit de la famille : *Droit civil de la famille*, tome I, *Aspects internes et internationaux*, Economica, 2^e éd., 1992, n 7-14.

³⁶¹ Il en était ainsi en droit romain et au Moyen Age où la formation du couple n'était pas encore empreinte de solennité. Jusqu'au Concile de Trente, le mariage était purement consensuel, et la preuve de celui-ci était administrée par la possession d'état. Il était néanmoins, selon le droit canonique, lié au sacrement. Dans la société égyptienne, aucun terme ne désignait l'institution du mariage car celui-ci constituait, du moins pour les particuliers, un état de fait manifesté par la cohabitation. Voir BURGUIERE, KLAPISCH-ZUBUR, SEGALIN, ZONABEND, *Histoire de la famille*, t. I, A. Colin, p. 138.

Dans sa forme préuptiale cependant, l'union libre pourrait même répéter des modèles traditionnels qui autorisaient autrefois les jeunes gens et les jeunes filles à entretenir des relations quasi conjugales, comme le maraîchinage vendéen. Il s'agissait d'une pratique de fréquentations préconjugales entre jeunes gens, à la fois permissives et ritualisées, que l'on observait dans de nombreuses provinces d'Europe. Cf. même ouvrage, v^o définitions.

³⁶² L'INSEE a pu constater tout d'abord que le nombre de naissances hors mariage a augmenté, passant de 57.866 en 1970 à 229.107 en 1990, et ensuite que ce chiffre représenterait 30 % du total des naissances. Cette évaluation permet indirectement et très approximativement de comptabiliser les couples de concubins. Environ douze couples sur cents ne seraient pas mariés en 1990, alors que l'on n'en comptait que trois, trente années auparavant : étude de RABIN (B.), « Un enfant sur trois naît hors mariage », in *La société française. Données sociales* 1993, INSEE, pp. 24 et suiv., not. les figures 1 et 5 ; voir aussi *Le Monde*, 14 avril 1992, 17 ; INSEE, recensement de la population, et SABOULIN (M.) (de) et THAVE (S.), *op. cit.*, note 355. Voir, de même, les tableaux reproduits par BOULANGER (F.), *op. cit.*, note 360, spéc. pp. 81-83.

par se marier, et la cohabitation précède souvent la cérémonie. Il y a ainsi actuellement dissociation des étapes. Le couple ne se forme pas instantanément, par le prononcé d'une décision, mais lentement, au terme d'un long processus³⁶³, dans lequel le mariage ne constitue qu'une étape parmi d'autres.

184. Le phénomène de l'union libre n'est certes pas propre à la France, ni même aux pays de type occidental. Selon les systèmes cependant, il n'est pas né des mêmes raisons, et ne se présente pas toujours sous les mêmes aspects ou formes, ni dans les mêmes proportions³⁶⁴. Il ne produit pas non plus partout les mêmes effets. Or il en est des concubins comme des gens mariés : ils voyagent, déménagent, procréent...bref, se dispersent ici ou là, dans leurs biens ou dans leur personne. Les questions relevant du droit international privé ne manqueront alors pas de se poser tant à raison de la qualification de l'union que de la compétence législative³⁶⁵.

La coexistence sur la scène internationale de plusieurs formes de relations « matrimoniales » vient certainement modifier l'appréhension juridique de celles-ci. Il faut alors reconnaître qu'une vision ouverte sur le droit comparé n'est pas à négliger, et qu'à la diversification des modes de vie doivent correspondre des solutions juridiques appropriées.

³⁶³ Selon F. de SINGLY, l'entrée dans la vie de couple se fait par l'apparition progressive dans le territoire de l'autre d'objets appartenant au premier. De façon beaucoup plus anecdotique, il pense, qu'aujourd'hui, l'entrée dans le couple ne se fait pas par le mariage, mais par l'achat d'une machine à laver ; voir « La famille constituée dans son environnement social », *op. cit.*, note 352.

³⁶⁴ Nous pouvons avoir une vue d'ensemble des systèmes juridiques les plus représentatifs dans l'étude en quatre volumes dirigée par Mme RUBELLIN-DEVICHI, *Concubinages*, Travaux du centre de droit et de la famille de l'université de Lyon, C.N.R.S., 1986-1990. Voir aussi : MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « Mariage et concubinages ou le sens et le contresens de l'histoire », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 263.

³⁶⁵ La question de la loi applicable aux effets du concubinage n'ayant pas, à notre connaissance, encore été tranchée de façon unitaire, mais revêtant davantage une allure casuistique. Voir Trib. Gr. Inst. de PARIS, 21 novembre 1983, Ferreira c./ Mme Cristovao, R.C.D.I.P. 1984, 628, n. P. Lagarde. Les juges analysant le concubinage de deux Portugais ayant vécu en France comme une situation de fait, en déduisent que le litige relève du droit commun de la propriété et des obligations, et est soumis à la loi française, et non à la loi portugaise, loi des effets du mariage : « *Les effets de la rupture du concubinage en France de deux nationaux portugais sur les fonds déposés par l'un et l'autre dans une banque portugaise en France doivent être régis par le droit français. En effet, la cohabitation en elle-même et les apports de fonds effectués, nonobstant la circonstance que ces derniers ont été finalement transférés à l'étranger, sont des faits dont les effets juridiques doivent s'apprécier d'après la loi du pays où ils se sont produits* ».

185. La notion de mariage n'a pas par ailleurs seulement à souffrir du concubinage "naturel" (qui s'établit entre un homme et une femme) mais aussi d'unions qui s'inscrivent parfois en marge d'une certaine normalité. Qui s'étonnera désormais (ou osera s'étonner) de voir un individu afficher ouvertement ses préférences sexuelles ? Les concubins homosexuels d'Amsterdam sont devenus presque aussi connus que son quartier rouge et le Danemark leur a offert un statut que les concubins hétérosexuels leur envient peut-être³⁶⁶.

La liberté sexuelle ose alors révéler toutes ses formes, réclame même, et obtient parfois, certains droits qui jusqu'ici étaient réservés au mariage (droit de succession, droit de visite, etc.). La justice hollandaise a eu par exemple à examiner la demande par une femme de l'obtention d'un droit de visite à l'enfant né d'une autre femme avec laquelle elle avait vécu pendant plus de cinq années. Les faits étaient les suivants :

Deux femmes (X¹ et X²) ont vécu ensemble pendant cinq ans et demi, tout en prenant soin de rédiger un contrat relatif à leurs droits et obligations mutuels, notamment en cas de désunion. Durant l'union, X² mit un enfant au monde, grâce à une insémination artificielle. L'enfant grandit avec elles. Puis intervient la rupture, après laquelle naquit un deuxième enfant, par le même procédé. X¹ demanda alors un droit de visite sur les deux enfants. Sa demande fut acceptée pour le premier, et non pour le deuxième, les juges estimant que le droit de visite était subordonné à l'existence d'une vie familiale préalable, qui n'existait que pour le premier³⁶⁷.

³⁶⁶ Les concubins homosexuels, à condition toutefois que l'un des deux au moins ait sa résidence au Danemark et soit de nationalité danoise, ont la possibilité de faire enregistrer leur concubinage, ce qui leur confère les mêmes effets légaux que le mariage. Mais ils ne peuvent ni adopter un enfant, ni être titulaire d'une garde conjointe. Voir PEDERSEN (M.H.), « Danemark : le certificat de concubinage homosexuel et les nouvelles dispositions concernant le divorce et la séparation », in *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, C.N.R.S., 1991, p. 127. L'auteur, rappelant qu'il n'y a pas de projet de loi concernant le statut des concubins, conclut que « *ce vide juridique est certainement dû au désir de défendre l'institution du mariage* » (sic) !

³⁶⁷ Cour de cassation des Pays-Bas, 5 décembre 1986, *Rev. de droit*, 24.12.1986, IV, n°200. Affaire citée in ROOD DE BOER (M.), « Considérations sur les concubinages aux Pays-Bas », in *Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques*, C.N.R.S., 1989, p. 233 et suiv. La justice française a été confrontée à un cas semblable : voir Civ. 1^{re}, 9 mars 1994, *Bull. civ.*, n°89, p69 ; D. 1994, IR, 107. Un homme et une femme qui étaient, chacun de leur côté, engagés dans une relation homosexuelle, ont décidé d'avoir un enfant ensemble, par insémination artificielle. De cette « union » en laboratoire est née, le 13 juin 1988, une fille, Julie, reconnue par chacun de ses parents. La mère de l'enfant ayant déménagé, le père saisit le juge aux affaires familiales, tendant à l'exercice commun de l'autorité parentale. Cette prétention fut rejetée à deux reprises mais les premiers juges lui ont accordé un droit de visite. Ayant fait appel de ces décisions, la Cour

186. La particularité des personnes engagées dans une union marginale est qu'elles revendiquent leur inscription dans la branche familiale. Elles se proclament comme famille et réclament le droit au mariage.

C'est en effet grâce au vœu de se marier d'un transsexuel que les tribunaux français et la Cour Européenne des Droits de l'Homme ont eu l'occasion de se prononcer sur la possibilité du changement des indications portées sur l'état civil, comme la mention du sexe et les prénoms. Dans l'affaire la plus récente, avant le revirement de 1992, Norbert B., né de sexe masculin, mais qui avait subi une intervention chirurgicale lui donnant l'apparence d'une personne de sexe féminin, avait demandé le droit de porter un prénom féminin et la possibilité de modifier les mentions (notamment celle du sexe) de ses actes d'état civil, alors qu'il était animé par le désir de se marier avec son compagnon. Cette modification devait en effet lui permettre de le faire, puisque les formalités aux fins du mariage exigent la présentation d'un extrait d'acte de naissance. La Cour de cassation a, à l'époque, rejeté cette demande.

Les recours ensuite portés devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme invoquaient en sus de l'article 8 de la Convention relatif à la protection de la vie privée, l'article 12 qui protège le droit de se marier dès l'âge nubile³⁶⁸.

d'appel de Bordeaux décida que l'autorité parentale serait exercée conjointement, avec résidence de l'enfant chez sa mère. Celle-ci forma un pourvoi en cassation, faisant valoir que la convention passée entre deux homosexuels en vue de la procréation d'un enfant par insémination artificielle était contraire à l'ordre public ; ainsi, le 'géniteur' ne saurait réclamer des droits sur l'enfant. La Cour de cassation rejette le pourvoi, en se fondant sur l'absence de contestation de la reconnaissance d'enfant naturel.

³⁶⁸ Plén., 11 décembre 1992, René X. et Marc X. (2 arrêts), J.C.P. 1993, II, 21991, concl. Jéol, n. G. Mémeteau ; Gaz. Pal. 13-15 décembre 1992, 25 ; Cour Européenne des Droits de l'Homme, 25 mars 1992, B. c./ France, Série A, n°232-C ; D. 1993, 101, n. J.-P. Marguénaud ; J.C.P. 1992, II, 21955, n. Th. Garré ; in BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 1996, arrêt n°129, §§ 935-943. La juridiction européenne estime qu'il y a eu violation par l'Etat français de l'article 8 de la convention, la requérante se trouvant quotidiennement placée dans une situation incompatible avec le respect dû à sa vie privée, et le juste équilibre à ménager entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu ayant été rompu ; Civ. 1^{re}, 10 mai 1989, J.C.P. 1989, IV, 257 ; D. 1989, IR, 171 ; Civ. 1^{re}, 31 mars 1987, Norbert Botello, D. 1987, 446, n. P. Jourdain. Voir également pour l'étranger : GARCIA CANTERO (G.), « Espagne : le changement de sexe devant les tribunaux », in *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, C.N.R.S., 1991, p. 133 et suiv., citant la décision de la Cour suprême du 3 mars 1989, autorisant le changement de prénom, tout en refusant la capacité pour un transsexuel de se marier avec une personne de son sexe naturel ou originel. Et aussi une décision allemande du BVerfG du 26 janvier 1993 (BVerfGE 1988, 87), supprimant la limite d'âge requis pour permettre à un transsexuel de demander une modification des prénoms. Mais ce droit au changement des prénoms sur les actes de l'état civil était déjà contenu dans une loi du 10 septembre 1980, et ce,

Le paysage familial se trouvant ainsi modifié, entraînant entre autres une « déformalisation » de l'union des sexes, il convient dès lors d'en déterminer les origines.

§ 2 : Les origines de la déformalisation de l'union des sexes

187. Phénomène d'assez grande ampleur, la déformalisation de l'union des sexes repose en partie sur des causes purement sociologiques (A), tandis que les diverses réformes du droit de la famille en fournissent les explications juridiques (B).

A/ LES ORIGINES SOCIOLOGIQUES DE LA DÉFORMALISATION

188. Les lendemains qui chantent³⁶⁹, l'émancipation de la femme³⁷⁰, ont très certainement contribué à la modification du paysage familial tel qu'il a été décrit. L'allongement par ailleurs des durées, et notamment de la durée de la vie humaine, pourrait également expliquer en partie le refus de s'engager au-delà d'un avenir immédiat³⁷¹. Par ailleurs, même s'il reste essentiellement répandu dans les pays riches³⁷², le phénomène du concubinage peut être lié à des

même si l'intéressé était encore marié. Pour une vue d'ensemble, voir la chronique de droit civil allemand : FURKEL (F.) et WITZ (C.), *R.T.D.Civ.* 1994, pp. 443 et suiv., not. p. 448.

³⁶⁹ En 1947, 423.000 mariages ont été célébrés contre 300.000 en 1939 ; voir SEGALIN (M.), « Les métamorphoses de la famille », *L'Histoire*, n°150, décembre 1991, pp. 38-47. La diminution des prononcés de divorce ne semble pas néanmoins propre aux années d'après-guerre, et peut aussi coïncider avec une période de crise : pour l'exemple des ex-Allemands de l'Est, voir « Die Ostdeutschen stecken im Einigungsschock : weniger Eheschliessungen, weniger Kinder, weniger Scheidungen », *die Zeit*, 03.09.1993.

³⁷⁰ Dans sa forme actuelle, le mariage est en effet conçu pour une société où la femme avait besoin d'être prise en charge la vie durant, où le devoir de fidélité était essentiel pour assurer un lignage à l'homme. Cette société a aujourd'hui disparu. La femme gagne désormais en indépendance : CALAIS-AULOY (M.-T.), « Pour un mariage aux effets limités », *R.T.D.Civ.* 1988, pp. 255 et 257. Voir aussi BADINTER (E.), *L'Un est l'Autre*, éd. Odile Jacob, 1986.

³⁷¹ BOULANGER (F.), *op. cit.*, note 360, spéc. n°101, p. 122.

³⁷² SULLEROT (E.), « Des faits... », *Actes du colloque de Fontevraud*, octobre 1984, reproduits in *La famille contre les pouvoirs*, Nouvelle Cité, 1985, p. 147 et suiv., not. p. 152. Voir aussi *Le statut matrimonial : ses conséquences juridiques, fiscales et sociales*, J.O., Conseil Économique et Social, 31 janvier 1984.

conditions économiques difficiles³⁷³.

Mais avant tout, le nouveau portrait de la famille et du couple que nous avons tiré révèle une altération du contenu rituel du mariage qu'il est certainement possible d'attribuer à un recul des rites sociaux en général.

189. L'absence de perspective religieuse y joue tout d'abord certainement un rôle éminent, même si elle n'en est pas l'unique facteur³⁷⁴.

Une division s'étant faite, dans la conception de la vie religieuse de chacun, entre foi et pratique, la décroissance de cette dernière entraîna certainement celle de la première, l'homme non religieux des sociétés modernes remplaçant l'homme religieux des sociétés dites archaïques³⁷⁵. En désacralisant son monde, l'homme

A une certaine époque, il était certainement possible de penser que le phénomène du concubinage pouvait être lié à une certaine condition sociale, celui-ci étant plus répandu dans les milieux pauvres, bien qu'il existât aussi parmi les personnes bénéficiant d'un meilleur sort. Les indigents n'avaient souvent ni les moyens ni les raisons de contracter mariage. Leur analphabétisme rendait difficiles les formalités administratives. Mais surtout la précarité de leur situation, l'instabilité de leur emploi, ne permettaient guère un engagement qui, de soi, impliquait une certaine durée : ROUSSEL (L.), *op. cit.*, note 337, spéc. p. 54 et voir aussi p. 101, où l'auteur estime qu'aujourd'hui, les contraintes de la pauvreté ne sont pas liées au concubinage, les couples refusant délibérément d'adhérer à l'institution.

³⁷³ Le rallongement des études ainsi que les difficultés de trouver un emploi stable expliquent ainsi peut-être l'hésitation à s'engager. En 1990, la plupart des candidats au mariage sont déjà "installés" dans la vie active. Dans le cas cependant de professions qui nécessitent un capital, foncier, commercial ou industriel, le nombre de mariages formés est très supérieur à ce qu'il serait si ces couples se formaient au hasard : SABOULIN (M.) (de) et THAVE (S.), *op. cit.*, note 355, voir, not., la figure n°15 sur l'évolution de l'âge moyen au premier mariage. On préfère ensuite la cohabitation parce qu'elle serait un moyen de quitter ses parents tout en ne supportant pas seul les frais, par exemple, d'un loyer.

³⁷⁴ BOZON (M.), « Le mariage : montée et déclin d'une institution », in *La famille : l'état des savoirs*, La Découverte, 1991, pp. 47-57. Voir aussi BOULANGER (F.), *op. cit.*, note 360, spéc. n°101, p. 122.

« (...) le rite social est en décadence. (...) La décadence du mariage civil en tant que cérémonie est un des traits les plus suggestifs de notre droit, encore qu'elle résulte moins de simplifications légales que d'une espèce de fausse honte administrative (...) Le droit moderne, mesurant mieux la sobriété du goût français, a sagement laissé la cérémonie s'estomper dans la grisaille des simples enregistrements d'état civil. Rien de plus important pour le juriste que cet évanouissement du rite civil. Non seulement parce qu'il a prédisposé la jurisprudence à accueillir tous les affaiblissements juridiques de la solennité, mais surtout parce qu'il a eu, semble-t-il, cette conséquence de transférer, de l'Etat - s'il lui a jamais appartenu - aux époux, le rôle efficient dans le mariage, pour la plus grande exaltation de la liberté. », CARBONNIER (J.), « Terre et ciel dans le droit du mariage », *études offertes à G. Ripert*, 1950, I, p. 328.

³⁷⁵ « Pour la conscience moderne, un acte physiologique : l'alimentation, la sexualité, etc., n'est rien de plus qu'un processus organique, quel que soit le nombre de tabous qui

moderne en donne des explications « rationnelles » et non-divines, et peut ainsi soumettre ses comportements à sa seule volonté, sans crainte d'être jugé par un esprit qui lui serait idéalement supérieur. Il est à cet égard probable que la sécularisation du droit de la famille a beaucoup aidé l'homme moderne à suivre cette voie. La famille relevant autrefois exclusivement du droit canonique, sa liberté de choix s'en trouvait nettement amoindrie et atrophiée.

190. L'Homme d'aujourd'hui ne vit plus dans la crainte du Divin ou de la sanction surnaturelle, mais il craint peut-être davantage l'opinion du groupe auquel il appartient, et son éventuelle désapprobation.

Pendant longtemps en effet, en France, le mariage a été la seule forme d'union sociale des couples, bien qu'il y ait toujours eu, à côté de ces couples « légitimes », des couples « irréguliers ». Il y a toujours eu des familles « naturelles », constituées hors institution. Ces situations restaient cependant marginales et étaient largement condamnées. Mais peu à peu, tandis que nos sociétés devenaient plus prospères et plus libérales, les divorcés ou les concubins, furent moins suspects, voire même acceptés par l'opinion³⁷⁶.

Cette absence de sanctions privées (de la part de la famille ou de la société en général) contribua certainement au façonnement de l'actuelle image du couple et de la famille. Pourquoi se marier en effet si l'on n'est plus contraint d'officialiser son union ?

191. L'absence par ailleurs de sanction étatique conforta ces attitudes dans cette quasie légitimité. Si même en effet l'Etat fermait les yeux sur les situations de fait³⁷⁷, s'il se proposait même de leur offrir son aide³⁷⁸, pourquoi alors ne pas prendre des libertés avec les institutions³⁷⁹ ?

*l'entravent encore (règles de bienséance à table ; limites imposées au comportement sexuel par les "bonnes mœurs"). Mais pour le "primitif", un tel acte n'est jamais simplement physiologique ; il est, ou peut devenir un "sacrement", une communion au sacré » : ELIADE (M.), *Le sacré et le profane*, Folio, Essais, pp. 19 et suiv.*

³⁷⁶ SULLEROT (E.), *Pour le meilleur et sans le pire*, Fayard, 1984, p. 11-13.

³⁷⁷ Comment aurait-il pu d'ailleurs, en l'absence de texte, réprimer ces couples marginaux, en dehors du biais des effets du mariage, en leur refusant les avantages que l'état d'époux légitimes peut procurer ? Il se heurterait en outre à une épineuse question de preuve difficile à apporter.

³⁷⁸ Voir *infra*, n°194 et suiv.

³⁷⁹ « S'il n'y avait pas de sanctions, ni privée ni publique, si même il existait des aides équivalentes pour les non-mariés ou les divorcés, si même il existait des aides supplémentaires pour ces cas marginaux-, on pouvait sans danger prendre des libertés avec les institutions que sont le mariage et la famille légale. On pouvait les ignorer,

Dans les sociétés à forte imprégnation religieuse, nous pouvons en revanche observer une moindre extension du nombre des unions de fait. Ce trait est particulièrement présent, encore aujourd'hui, dans les pays du Maghreb et dans ceux où la religion musulmane est dominante³⁸⁰, mais il n'est pas seulement représentatif de la crainte d'une sanction divine. Le Coran ayant juridicisé les unions, toute relation sexuelle hors mariage y est en effet considérée comme un grave péché (« *zina* »), s'ancre dans l'illégalité sociale et morale, et est passible de sanctions, surtout pour la femme dont la condition sera alors infériorisée, l'honneur de la famille reposant sur la conduite irréprochable de l'épouse.

192. Pour un assez grand nombre de pays, ensuite, où le phénomène est constaté, il apparaît également que cet état est souvent le résultat d'une ignorance plutôt que d'un choix réel ou celui d'une résistance à la sécularisation obligatoire du mariage, comme par exemple en Turquie ou en Chine³⁸¹. Il faut alors faire la différence entre ceux qui ont délibérément choisi cette voie, et ceux qui se croient mariés³⁸².

193. Enfin, la recherche et la poursuite du bonheur individuel entraînent la réduction de l'esprit de solidarité et de sacrifice qui marqua la famille d'hier, et l'individu d'aujourd'hui n'accepte plus d'abandonner sa vie entière à la soumission résignée d'une (le conjoint) ou de plusieurs personnes (celles dont la famille a la

faire comme si elles n'existaient pas. On pouvait en récuser le caractère traditionnel dépassé et les hypocrisies. On pouvait refuser la panoplie du mari ou de l'épouse, du père et de la mère classiques et les rôles à jouer dans l'institution Mariage and C° », SULLEROT (E.), op. cit., note 376, spéc. pp. 13-14

³⁸⁰ Voir, notamment, VANDEVELDE (H.), « Y a-t-il des concubinages au Maghreb ? Quelques éléments de réponse », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 19, ainsi que JAHÉL (S.), « Les concubinages en terre d'Islam », même ouvrage, p. 187.

³⁸¹ Voir ÖRÜSCÜ (E.), « Les concubinages en droit turc », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 237, pp. 243-244. Voir aussi WANG (D.), « Les concubinages en Chine », même ouvrage, p. 115 et suiv., not. p. 118. En Argentine, par exemple, dans la zone rurale de la province de Formosa, le nombre de concubins dépasse celui des couples mariés, fait qui pourrait être dû à la non-intériorisation du modèle de la famille légale qui ne correspond pas au modèle culturel : voir GROSMAN (C.), « Les concubinages en Argentine », même ouvrage, p. 49 et suiv., et p. 50.

³⁸² L'impossibilité du mariage est aussi souvent invoquée comme raison possible du concubinage. Ces impossibilités sont elles-mêmes diverses, tenant par exemple à l'existence d'un précédent mariage non dissous dans les systèmes monogames : CARBONNIER (J.), « Pas de droits si l'on refuse le droit », in *La famille contre les pouvoirs*, p. 169 et suiv., not. p. 172. Voir également MEULDERS-KLEIN (M.-T.), « Mariage et concubinages ou le sens et le contresens de l'histoire », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 263, not. p. 275.

charge), et de moins en moins d'assumer les conséquences d'une union, qui enfreignent sa liberté ou bien son confort matériel. C'est peut-être aussi une des raisons pour lesquelles les concubins fuient volontairement l'état de mariage et s'arrangent fort bien de l'absence, dans certains cas, d'effets juridiques attachés à leur état. L'obligation alimentaire entre époux (article 205 et suiv., C.civ), l'obligation d'assistance et de secours matériel (article 212, C.civ), les charges du mariage (article 214, C.civ) ne sont par exemple pas applicables aux rapports entre les concubins comme l'a d'ailleurs récemment affirmé la Cour de cassation³⁸³. Le devoir de fidélité ne leur est pas non plus en principe applicable, l'article 212 du Code civil ne les visant aucunement. Les intéressés peuvent alors sans contrainte donner libre cours à leur goût pour la variété³⁸⁴.

L'état de concubinage semble alors recouvrir la situation idéale dans laquelle l'individu se déplace tout à fait librement, satisfait ses besoins personnels immédiats sans en subir les désagréments, peut tester la condition paramatrimoniale afin de juger si elle lui convient, peut repousser celle-ci dans l'hypothèse négative, et ce, sans sanction aucune. Ce type de conduite serait le reflet de notre société de consommation, à cette différence près que le consommateur bénéficie d'un cadre juridique rigoureux qui le protège. Cependant, en apparence hors du droit, la déformalisation de l'union des sexes prend également une partie de ses origines dans l'évolution des règles juridiques.

B/ LES ORIGINES JURIDIQUES DE LA DÉFORMALISATION

194. Le concubinage produit, comme le mariage, des effets civils. Il n'appartient pas entièrement au domaine du non-droit. On tend de plus en plus vers une assimilation des différentes formes d'union.

Le droit français, autant qu'il le peut, s'efforce de coordonner le milieu sociologique dans lequel évolue le droit de la famille avec son statut juridique. Les lois, souvent, semblent accompagner les mœurs, réglementant de nouveaux domaines, mais il arrive aussi qu'elles les précèdent. Cette deuxième hypothèse est peut-être celle qui a modelé le visage très individualiste de la famille

³⁸³ Civ. 1^{re}, 19 mars 1991, Chen c./ Mme Devos, Bull. civ., I, n°92, p. 60 : « *Aucune disposition légale ne réglant la contribution des concubins aux charges de leur vie commune, chacun d'eux doit, en l'absence de volonté exprimée à cet égard, supporter les dépenses de la vie courante qu'il a exposées* ».

³⁸⁴ Voir, cependant, l'émergence d'une condition d'exclusivité approchant du devoir de fidélité : Cass. crim., 8 janvier 1985, Dame Lince, J.C.P. 1986, II, 20588, n. Gilles Endreo ; et aussi MONTPELLIER, 8 juin 1982, D. 1983, 607, n. O. Dhavernas.

d'aujourd'hui.

1) Égalisation des familles

195. Il n'est pas impossible tout d'abord que les nouvelles lois qui ont marqué la famille dans les années soixante-dix, relayées par des lois ultérieures, aient fortement contribué à une certaine émancipation du couple.

C'est sans aucun doute en matière de filiation et de divorce que les changements ont été les plus visibles et les plus déterminants pour la suite de la mutation du droit de la famille et du couple.

196. En matière de filiation, en premier lieu, le législateur a amorcé une véritable « révolution » avec la loi du 3 janvier 1972 - tant d'ailleurs sur le plan strictement interne, que sur celui du droit international privé -, et complétée en 1993 par la loi n°93-22 du 8 janvier 1993.

La première modification essentielle a sans équivoque été d'effacer (du moins d'atténuer) les discriminations dont souffraient les enfants naturels par rapport aux enfants légitimes. S'agissant d'un enfant, le qualificatif d'« illégitime » n'est plus revêtu du caractère avilissant et injurieux qu'il pouvait porter en lui, et n'entraîne plus de conséquences juridiques majeures. Les individus n'ont donc plus à se préoccuper du sort juridique de leur descendance.

Les dispositions sur l'autorité parentale, d'autre part, nous fournissent un autre exemple de prise en compte cette fois-ci directe du concubinage ou du célibat. Les premières qui nous intéressent ici étaient contenues dans la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987, dite loi Malhuret, en vertu desquelles les parents naturels pouvaient exercer en commun l'autorité parentale s'ils en faisaient la déclaration conjointe devant le juge des tutelles (article 374, al. 2, ancien, C. civ.)³⁸⁵. Son but était donc d'assurer un meilleur équilibre entre les droits et les devoirs des parents, légitimes ou naturels.

La nouvelle loi du 8 janvier 1993, quant à elle, subordonne l'exercice conjoint de

³⁸⁵ Ou bien à la suite d'une demande faite auprès du Juge aux affaires matrimoniales (actuel juge aux affaires *familiales*) en cas de désaccord (art. 374, al. 3, ancien, C. civ.). Sur la loi Malhuret, voir : DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) et VAUVILLÉ (F.), « Droits de l'Homme et droits de l'enfant (commentaire de la loi Malhuret du 22 juillet 1987 », *D.* 1988, *chron.*, 137 ; FULCHIRON (H.), « L'effacement de la notion de garde », Actes de la table ronde organisée par le Centre de Droit de la Famille, *Rev.dr.enf.fam.* 1987-1988, p. 46 ; LEGEAIS (R.), « Les ajustements égalitaires de l'autorité parentale », *Rép. Defrénois* 1988, art. 34243 ; POUSSON-PETIT (J.), « La loi Malhuret à la lueur du droit comparé », *Les Petites Affiches* 1988, n°81, p. 29.

l'autorité parentale à la double reconnaissance à un moment où les parents *vivent en commun* (article 372, al. 2, nouveau, C. civ.)³⁸⁶. Les enfants de concubins sont donc quasi automatiquement soumis à l'exercice conjoint de l'autorité de leurs parents naturels, c'est-à-dire sans l'intervention du juge, comme c'était le cas auparavant³⁸⁷. En définitive, ceux qui au départ rejetaient le droit, le rejoignent, bon gré mal gré, par la force des choses et du législateur³⁸⁸.

S'agissant, enfin, du désir d'enfant, ou du « droit à l'enfant »³⁸⁹, les concubins ont aussi le droit de solliciter une procréation médicalement assistée, et il est notoire que le nouvel article 311-20 du Code civil leur réserve, à côté des couples mariés, expressément cette possibilité, à l'exclusion des couples qui ne seraient pas 'concubins'³⁹⁰. On leur reconnaît donc peu à peu un véritable statut.

197. La volte-face subie par la famille d'aujourd'hui s'est également appuyée sur la législation sur le divorce réformée en 1975. Celle-ci a pour ainsi dire opéré une véritable libéralisation juridique des mœurs, que les tribunaux ont en quelque sorte entérinée. Le divorce s'est trouvé facilité, et sa pratique banalisée. Mais il

³⁸⁶ Pour une critique du critère de la vie commune, voir l'article de FULCHIRON (H.), « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale. Commentaire de la loi n°93-22 du 8 janvier 1993, à la lumière de l'application de la loi Malhuret », *D.* 1993, chron., p. 117, not. p. 120.

³⁸⁷ Si ce n'est une déclaration conjointe devant, le juge aux affaires familiales, lorsqu'ils ne remplissent pas les conditions requises (art. 374, nouveau, al. 2 et 3, C. civ.). En cas de difficultés, notamment en cas de séparation, ils devront, à l'instar des couples mariés en crise, recourir au juge (le J.A.F.).

³⁸⁸ Nous en avons pour résultat de nouvelles dispositions sous les articles 372 et suivants du Code civil, qui sont communes aux parents légitimes et aux parents naturels : « La famille naturelle rejoint, au titre de l'autorité parentale, la famille légitime », FULCHIRON (H.), article précité, note 386, not. p. 119 ; voir aussi RUBELLIN-DEVICHI (J.), « Une importante réforme en droit de la famille : la loi n°9322 du 8 janvier 1993 », *J.C.P.* 1993, I, 3659, n°12.

³⁸⁹ Le législateur a même permis à une personne seule, mariée ou non, d'adopter un enfant : art. 343-1, C. civ. (loi n°76-1179 du 22 décembre 1976, modifiée par la loi du 11 juillet 1996), et aussi Civ. 1^{re}, 16 octobre 1985, *Gaz. Pal.* 1987, 1, 16, n. J. M., qui admet la possibilité pour une personne seule d'adopter un enfant, si celle-ci a plus de trente ans, qu'elle soit mariée ou non. Une légitimation par autorité de justice est également possible ; cf. articles 333 et suiv. du Code civil.

³⁹⁰ Cette possibilité avait déjà été envisagée par les CECOS (Centres d'études et de conservation du sperme) et les centres de fécondation *in vitro* ; voir RUBELLIN-DEVICHI (J.), « L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait », *R.T.D.Civ.* 1984, 388 et suiv. Cette éventualité est désormais certaine depuis la nouvelle loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *J.O.* 30 juillet 1994, p. 11060 ; *J.C.P.* 1994, III, 66974. Le nouvel article L. 152-2 du Code de la Santé Publique est en effet ainsi rédigé : « L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple » (alinéa 1^{er}).

restait coûteux. Certains couples ont peut-être alors été tentés d'économiser leurs deniers en se réservant par avance une dispense de « formalité de sortie », dispense qu'on ne peut obtenir, dans un système qui ne prévoit pas la répudiation, qu'en se passant des « formalités d'entrée » dans le couple.

Remarquons toutefois que les concubins n'échappent pas entièrement aux conséquences (notamment pécuniaires) d'une désunion. Les tribunaux peuvent, par exemple, prendre en compte le caractère fautif de la rupture ou bien s'appuyer sur la théorie de l'enrichissement sans cause³⁹¹, pour accorder une indemnité au concubin qui n'en est pas à l'origine. Ils ont en outre recours à quelques moyens détournés aux fins de procéder à la liquidation d'un pseudo-régime matrimonial, comme la reconnaissance d'une société de fait entre les concubins, permettant ainsi de donner à chacun sa part de profits³⁹².

2) Assimilation des familles

198. Il existe ensuite des domaines de plus en plus nombreux où, le concubinage est pris directement en compte, par le juge ou, plus indirectement, par le législateur³⁹³. Loin de sanctionner les couples de concubins, l'Etat se propose même de les aider. Peu à peu, mais de façon généralisée, le droit s'adapte au fait³⁹⁴.

Certaines unions libres sont même parfois, dans certains pays, purement et simplement assimilées au mariage³⁹⁵.

³⁹¹ Pour le comportement fautif, voir : Civ. 1^{re}, 9 octobre 1984, *Bull. civ.*, I, n°250., et pour un arrêt plus ancien, PARIS, 4 janvier 1952, *S.* 1952, 2, 85. Pour la solution de l'enrichissement sans cause offrant une indemnité à celui qui a contribué à la prospérité de l'autre, voir Mme SINAY-CYTERMANN, « Enrichissement sans cause et communauté de vie », *D.* 1983, chron., 161 et l'arrêt de la 1^{re} ch. civ., 24 octobre 1978, *J.C.P.* 1979, II, 19220, n. J. Patarin, qui semble avoir ouvert la voie de cette solution. En dernier lieu : Civ. 1^{re}, 15 octobre 1996, *D.* 1997, somm., p. 177, obs. R. Libchaber.

³⁹² A condition toutefois qu'il existe un contrat de société : Civ. 1^{re}, 11 février 1997, *J.C.P.* 1997, II, 22820, note Th. Garé ; Com., 9 novembre 1981, *J.C.P.* 1982, IV, 42 ; Civ. 1^{re}, 20 mars 1989, *Bull. civ.*, n°130, p. 86. La solution semble admise depuis Com., 25 juillet 1949, *J.C.P.* 1950, II, 5798, 1^{re} esp., n. Bastian.

³⁹³ LEVENEUR (L.), *Situations de fait et droit privé*, L.G.D.J., 1990, n°279 et suiv. et n°345 et suiv.

³⁹⁴ « La préoccupation de coller au plus près des comportements a engendré une législation familiale plus sociale que juridique. La loi ne dirige plus. Elle gère » : LEMOULAND (J.-J.), « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.* 1997, chron., p. 133, not. p. 134.

³⁹⁵ Voir, par exemple, les Codes de la famille des Etats de Hidalgo et de Zacatecas, au Mexique, qui sont entrés respectivement en vigueur en 1983 et 1986 : KRAUSE (H.), « Les concubinages aux Etats-Unis d'Amérique. Les couples

Même si ces textes mènent une existence relativement discrète, ils ont en pratique une extrême importance, surtout en cas de difficulté (une rupture, un décès), et contribuent à la construction d'un cadre juridique, d'un garde-fou, autour de ces unions hors du droit.

199. C'est avec beaucoup d'efficacité (et, oserons-nous dire, un certain savoir-faire), que les concubins sont en premier lieu parvenus à obtenir certains résultats en matière de prestations sociales. Assurément ce sont les lois relatives à la Sécurité sociale qui ont innové dans la prise en compte des situations de concubinage, puisque déjà une loi du 12 novembre 1955 accordait un certain secours financier aux compagnes des militaires décédés. Puis l'article 78 de la loi du 27 janvier 1993 réformant l'article L 161-14 du Code de la Sécurité sociale prévoit que, sous condition de durée, une personne se trouvant à la charge effective totale ou permanente d'une autre, aura qualité d'ayant-droit de l'assuré.

200. Par ailleurs, la loi du 1^{er} septembre 1948 (article 5), relative au bail, reconnaît au concubin le bénéfice du maintien dans les lieux, en tant que personne à charge au foyer du locataire six mois au moins avant le décès de celui-ci ou l'abandon de domicile. La loi Quilliot du 22 juin 1982 prévoit une disposition semblable (art. 16), ainsi que l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989, cette dernière innovant en prenant en considération la famille du concubin³⁹⁶.

201. Dans d'autres domaines, la reconnaissance des couples de concubins s'est faite de façon moins radicale. Le souci du droit fut davantage tourné vers la protection des tiers que vers la faveur envers les concubins, en faisant jouer notamment la théorie de l'apparence ou en admettant l'existence d'une société de

de concubins face au droit », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 133 ; CANO (M.) et DELEURY (E.), « Le concubinage au Québec et dans l'ensemble du Canada. Deux systèmes juridiques, deux approches », même ouvrage, p. 85, not. p. 106 ; WADE (J.H.), « L'union de fait en Australie », même ouvrage, p. 69, not. p. 71. Pour le Mexique, voir GUITRÓN FUENTEVILLA (J.), « Les concubinages au Mexique. L'assimilation du concubinage au mariage », ouvrage précité, p. 171, not. pp. 182-184 : l'article 146 du Code de la famille dispose par exemple que « *le concubinage est l'union d'un homme et d'une femme non mariés qui, pendant au moins cinq années, de manière paisible, publique, continue, permanente, sans être empêchés légalement de contracter mariage, vivent ensemble comme s'ils étaient mariés, avec devoir d'assistance mutuelle* ».

³⁹⁶ Article 15 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 : le bénéficiaire de la reprise du bail ne peut être que « le bailleur, son conjoint, son concubin notoire depuis au moins un an à la date du congé, ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint ou concubin notoire ».

fait entre ceux-ci³⁹⁷.

En contrepartie cependant, le tiers, lorsqu'il est responsable d'un dommage vis à vis de l'un des concubins, n'a pas à tirer profit de l'absence de lien juridique dans le couple pour échapper à son obligation de réparation. C'est pourquoi la Cour de cassation avait admis, par un fameux arrêt du 27 février 1970, la réparation du préjudice par ricochet subi par la concubine du fait du décès de son compagnon³⁹⁸. Les tribunaux vont même jusqu'à accorder simultanément des dommages-intérêts à la veuve et à la concubine (et aux enfants légitimes et illégitimes) (article 334, C. civ.) d'un homme ayant vécu auprès des deux femmes et entretenant pour partie les deux ménages³⁹⁹.

202. Le droit parvient aussi parfois, paradoxalement, en ignorant les concubins, à les favoriser. L'exemple le plus souvent avancé, et le plus controversé, est puisé dans le droit fiscal. Le mode d'imposition des revenus est en effet, en droit français, entièrement basé sur le principe de l'imposition par foyer fiscal et par l'application du quotient familial (article 6, C.G.I.)⁴⁰⁰.

Or, si les couples de concubins constituent concrètement une seule unité économique, ils forment deux foyers fiscaux distincts, situation qui peut parfois aboutir à des résultats curieux. Le législateur ayant en effet donné certaines faveurs aux parents élevant seuls leur(s) enfant(s) (parents célibataires et/ ou divorcés) en leur accordant une demi-part supplémentaire prise en compte pour le calcul du quotient familial, les couples non mariés bénéficient également en principe de cet avantage avec la « bénédiction » du Fisc⁴⁰¹.

³⁹⁷ Voir *supra*, note 392.

³⁹⁸ Ch. mixte, 27 février 1970, D. 1970, 201 ; J.C.P. 1970, II, 16305, concl. Lindon, note Parlange ; R.T.D.Civ. 1970, 353, obs. Durry. Voir également Crim., 2 mars 1982, R.T.D.Civ. 1982, 341, obs. Durry.

³⁹⁹ RIOM, 9 novembre 1978, J.C.P. 1979, II, 19107, n. G. Almairac.

⁴⁰⁰ Le concubin n'apparaît effectivement pas dans cette disposition importante, ni dans la liste des personnes à charge (voir art. 6-3°, 196 et 196 A bis, C.G.I.). Mais le concubinage notoire est pris en considération pour le calcul de l'impôt sur les grandes fortunes (art. 885-E, C.G.I.).

⁴⁰¹ Pour un exemple, voir l'ouvrage de GEFROY (J.-B.), *Grands problèmes fiscaux contemporains*, P.U.F., 1993, n°198, p. 351 : « Deux concubins ayant chacun un enfant à charge et disposant en 1991 d'un revenu de 100 000 F ([100 000 F] + [100 000 F]), bénéficient chacun de deux parts et paient chacun 8 772 F d'impôt, soit, pour tous les deux, 17 544 F. Alors qu'un couple marié dont chaque conjoint dispose de 100 000 F de revenu, ayant deux enfants à charge, ne bénéficie que de trois parts (1+1+2 demi-parts), et paient un impôt de 25 616 F, soit, par rapport au couple de concubins, une charge supplémentaire de 8 072 F, c'est-à-dire une augmentation de 46 % ». Mme SULLEROT, qui part d'une hypothèse analogue, souligne que cela ne s'applique pas seulement au cas où chaque concubin a un

203. Cette absence de reconnaissance juridique leur permet également, contrairement aux couples mariés, de conclure toutes sortes de contrats (sauf cause immorale), sans les limites prévues pour les contrats entre époux. Ainsi les libéralités sont parfaitement libres (limitées cependant à la quotité disponible), et les donations non révocables. Les pactes de tontine, stipulant qu'un achat fait en commun appartiendra en totalité à l'autre en cas de décès, semblent même assez courants dans la pratique des notaires⁴⁰².

3) Absence de sanction étatique

204. On peut souligner en dernier lieu que l'absence de sanction étatique vient également conforter les concubins dans leur position.

L'article 1^{er} de la loi du 23 décembre 1942 (article 339, C. pén., abrogé par la loi n°75-617 du 11 juillet 1975), tendant à protéger la dignité du foyer loin duquel l'époux est retenu par suite des circonstances de guerre, disposait alors que « *quiconque vivra en concubinage notoire avec l'épouse de celui qui est retenu loin de son pays par circonstances de guerre sera puni d'un emprisonnement de*

enfant "propre", mais aussi à celui où le couple a eu, ensemble, deux enfants, mais chacun ne déclarant qu'un seul enfant "à charge" ; voir *Pour le meilleur et sans le pire*, Fayard, 1984, p. 183 et suiv. Voir également un article du même auteur, « Evolution sociologique de la famille et inadaptation du droit fiscal », *R.F.F.P.* 1986, n°14, p. 9, ainsi que son rapport présenté au Conseil économique et social, *J.O.* 31.01.1984, p. 84 ; *Le statut matrimonial : ses conséquences juridiques, fiscales et sociales*, *J.O.*, Conseil Économique et Social, 31 janvier 1984 ; voir également le *Memento pratique*, Francis Lefebvre, *Fiscal*, 1994, IR, 40, p. 18.

Le Gouvernement a d'ailleurs été récemment interrogé, sur la fiscalité du couple marié, par un contribuable s'indignant de la disparité de traitement entre un couple de concubins à faibles revenus (le smic) qui ne paie pas d'impôts, deux foyers fiscaux ayant été déclarés, en dépit d'une vie commune, et un couple marié redevable à l'Etat, pour les mêmes revenus, mais cette fois-ci additionnés, d'une somme de 4.929,00 FF, à titre d'impôt sur le revenu. Le ministre du Budget a alors répondu qu'il estimait la législation actuelle parfaitement neutre, rappelant que le système du quotient familial avantageait souvent les couples mariés, que ceux-ci, au contraire des concubins, bénéficiaient de droits de successions à un taux préférentiel, et que ces mêmes concubins étaient mis sur un pied d'égalité pour le calcul de l'impôt sur les grandes fortunes (ISF), etc. Voir : réponse ministérielle du 31 mars 1994, relative à la fiscalité des couples mariés ; rép. min. n°3222, *J.O. Sénat (Q)*, 31 mars 1994, p. 722, *J.C.P.* 1994, n°22, *Informations*, p. 73.

L'état du droit a toutefois légèrement évolué en ce domaine, puisque la loi de finances de 1996 a annulé les dispositions avantageant les parents non mariés : les couples non mariés avec enfants ne peuvent plus bénéficier d'une demi-part supplémentaire lors du calcul de l'impôt sur le revenu.

⁴⁰² Voir Civ., 1^{re}, 11 janvier 1983, *D.* 1983, 502, n. Larroumet ; *J.C.P.* 1984, II, 20127, n. F. Boulanger.

trois ans et d'une amende de 25.000 francs ».

Il en est différemment à présent puisque le droit, en intégrant positivement la situation (de fait) des concubins, la « dépenalise » dans le même temps⁴⁰³. Encore plus révélatrice est, à ce propos, l'assimilation faite expressément par le nouveau Code pénal entre le conjoint et le concubin, notamment pour la répression de certaines infractions comme les atteintes portées à l'intégrité physique ou psychique de la personne qui donnent lieu à l'application de la même peine lorsqu'elles sont commises « par le conjoint ou le concubin de la victime »⁴⁰⁴. L'assimilation joue aussi pour le jeu des immunités, par exemple en matière d'entrave à la justice (non-dénonciation d'un crime, fourniture d'un logement, d'une retraite, etc.), où « le conjoint de l'auteur ou du complice du crime, ou la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui » échappent à la sanction⁴⁰⁵. Remarquons cependant une divergence pour ce qui concerne les immunités touchant les infractions d'abus de confiance (article 314-4), de chantage (article 321-12), d'escroquerie (article 313-3), d'extorsion (article 321-9) et de vol (article 311-12, 2°) qui ne semblent s'appliquer qu'au seul conjoint.

205. L'absence de sanction semble toutefois rationnelle à deux points de vue.

Il y aurait tout d'abord une grande difficulté, pour pouvoir sanctionner l'union libre, à faire la preuve de l'état de concubinage de deux individus.

Il faut bien reconnaître ici que les autorités publiques n'ont certainement pas souhaité et n'ont pas volontairement encouragé la dispersion du mariage légal et « normal ». Elles y ont néanmoins été confrontées et n'ont pu endiguer la vague déstabilisante, car les intéressés ont pu lui opposer un argument de poids : on ne peut impunément porter atteinte à la vie privée des personnes physiques. Même l'Etat est soumis à ce principe. Et ils se sont, à cette fin, appuyés sur des textes

⁴⁰³ Ajoutons que même les relations entretenues par les couples homosexuels ne sont plus pénalisées. Il en est ainsi depuis l'abrogation de la loi du 23 décembre 1980 par la loi n°82-683 du 4 août 1982. La loi du 6 août 1942 et l'ordonnance du 8 février 1945 avaient introduit une sanction, qui n'existait pas auparavant, de l'homosexualité, par le biais de l'infraction d'attentat à la pudeur (art. 331, al. 3, C. pén.). Puis la loi du 8 décembre 1980 (art. 331, al. 2, C. pén) en prit le relais, ne réprimant cette relation que lorsqu'un mineur était en cause, pour enfin être abrogée par la loi de 1982, ce que contestent certains auteurs : voir MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. II, Cujas, 6^e éd., 1982, n°1870 et suiv., et spéc. note 2, p. 1517.

⁴⁰⁴ Voir, notamment, les articles 222-3, al. 6 ; 222-8, al. 6 ; 222-10, al. 6 ; 222-13, al. 6, du Nouveau Code pénal.

⁴⁰⁵ Voir, par exemple, les articles 434-1, al. 2 ; 434-6, al. 2 ; 434-11, al. 2, du Nouveau Code pénal.

normatifs, des sources formelles de notre droit ! L'article 9 de notre Code civil mis à part, il est possible de citer les dispositions, invoquées à tous vents, de l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui confèrent à tout individu le droit au respect de sa vie privée et familiale. Bon nombre d'Etats auront d'ailleurs fait les frais de la violation de ces textes⁴⁰⁶.

206. Ainsi le législateur se trouve démuné et ne peut sanctionner directement les unions hors mariage, quelles qu'elles soient. Faute d'établissement d'un système de preuve sans immixtion dans la vie privée, l'Etat ne peut lui-même poursuivre ses investigations.

Il serait ensuite absurde de donner d'une main ce que l'on reprendrait de l'autre. La véritable sanction aurait justement été de ne pas accorder certains droits aux concubins, et surtout de ne pas les assimiler aux couples légitimes pour des questions importantes relatives au droit de la famille.

207. L'Etat reconnaît ainsi lui-même, indirectement mais de façon certaine, que la famille peut se former hors mariage. L'union des sexes, quelle que soit sa forme, aurait ainsi la même essence familiale.

Section 2

Déformalisation et essence familiale de l'union des sexes

208. Il a été précisé, dans la précédente section, que les comportements sociaux ont changé et que les différentes formes d'unions tendent à produire les mêmes effets. Il s'agit de vérifier à présent qu'elles se rejoignent parfois, tant au niveau de leur constitution que de leurs fondements et auraient ainsi les mêmes finalités. Comme on l'a joliment exprimé, « *le mariage est un engagement solennel que prennent, pour l'avenir, l'homme et la femme souhaitant réunir leurs existences et fonder une famille.(...) Les concubins également se sont réunis,*

⁴⁰⁶ Voir, notamment, BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 5^e éd., 1996 : affaire *Dudgeon c./ Irlande du Nord* du 22 octobre 1981, arrêt n°126, §§ 913-922 ; affaire *Van Oosterwijck c./ Belgique* du 6 novembre 1980, arrêt n°127, §§ 923-927 ; affaire *Rees c./ Grande-Bretagne* du 17 octobre 1986, arrêt n°128, §§ 929-934.

mais en prenant en quelque sorte le train en marche. Leur voyage n'est pas "officiel", mais tant le train emprunté que la destination finale, seraient identiques à ceux des gens mariés »⁴⁰⁷. Mariage et concubinage sont ainsi tous deux à l'origine de la famille et tendent vers elle. Ils ont la même fonction familiale (§ 2).

Mais la déformalisation entraîne des problèmes de frontière, de détermination. Or, non seulement l'alignement, quant aux effets, n'est pas complet, mais le droit comparé fait entrevoir d'assez grandes disparités et, enfin, le droit international privé ne soumet pas mariage et concubinage à la même règle de conflit de lois. Distinguer mariage et concubinage constitue ainsi une étape incontournable, du fait de l'existence de différentes formes d'union des sexes (§ 1).

§ 1 : Diversité de l'union des sexes

209. Le concubinage se détermine généralement par référence au mariage, qu'il prend, malgré lui, pour modèle⁴⁰⁸. Distinguer l'un de l'autre consiste donc à rechercher tout d'abord les éléments caractéristiques de l'union matrimoniale⁴⁰⁹, afin de permettre la comparaison.

210. On peut regrouper ces éléments de la façon suivante :

⁴⁰⁷ GAUTIER (P.-Y.), *L'union libre en droit international privé*, thèse Paris I, 1986, p. 8.

⁴⁰⁸ « *On pensait que l'assimilation progressive du concubinage au mariage était l'indice d'un libéralisme triomphant, alors qu'il s'agit de regrouper sous une même bannière les unions présentant les mêmes caractéristiques au regard de la fonction procréatrice, et de les soumettre à un régime juridique spécifique, exclu pour les autres formes d'unions* » : DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.), « *Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille* », *R.T.D.Civ.* 1995, p. 249, not. p. 269.

⁴⁰⁹ Les critères distinctifs du mariage et du concubinage sont parfois difficiles à déterminer. Pour établir l'existence d'une concubinage, le droit australien retient par exemple tout un faisceau d'indices qui devraient permettre au juge d'apporter sa solution. Voir WADE (J.M.), « *L'union de fait en Australie* », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 69, p. 71 : « *Chaque affaire suppose que la cour procède à un jugement d'ensemble en ayant égard à une diversité de facteurs propres à l'union en cause, ces facteurs incluant de manière non exhaustive : 1. la durée de la relation ; 2. la nature et l'étendue de la résidence commune ; 3. l'existence ou l'absence de relations sexuelles ; 4. le degré d'interdépendance financière, y compris toutes sortes d'accords destinés à assurer les moyens d'existence entre les parties ou de leur fait ; 5. les droits de propriété, l'utilisation et l'acquisition de biens ; 6. la présence d'enfants ; 7. les soins et l'entretien des enfants ; 8. l'accomplissement des tâches ménagères ; 9. le degré d'engagement financier et de soutien mutuels ; 10. la notoriété et les aspects publics du concubinage* ».

Le mariage est un contrat, légalement formé ; c'est un contrat solennel. Cette solennité s'exprime généralement par une manifestation publique, à laquelle un organe public est en principe partie. Il est donc l'expression d'une volonté, d'un consentement.

Cette union poursuit ensuite plusieurs objectifs : notamment la fondation d'une famille (procréation et éducation des enfants)⁴¹⁰, et le soutien mutuel entre les époux : le mariage, « *c'est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée* »⁴¹¹. Ces objectifs se réalisent notamment par l'existence d'une vie commune : « *Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie* » (article 215 C.civ.)⁴¹². Cette communauté de vie est en principe perpétuelle⁴¹³.

211. Suffisante *a priori*, cette liste d'éléments trouve toutefois ses limites dans la diversité des formes d'unions à l'échelle internationale (A), ce qui conduit à s'interroger sur la nature de la volonté que les intéressés expriment (B).

A/ MARIAGES INFORMELS ET CONCUBINAGES FORMALISÉS

212. Nous serions tentés de croire, de prime abord, que ce qui distingue le mariage des autres formes d'union réside dans l'existence d'une célébration. Or

⁴¹⁰ Article 213, C. civ. : « *Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir* ».

Voir aussi l'article 1 du Dahir marocain portant loi 1.93.347 du 10/09/1993, Bull. off. n°4.222 du 29/09/1993 (cité par Silvia TELLENBACH, « *Änderungen im Marrokanischen Familienrecht* », FamRZ 15/1994, 943), qui dispose que : « *Le mariage est un contrat par lequel un homme et une femme s'engagent pour la vie à vivre ensemble, qui a pour but fidélité, chasteté et naissance d'enfants, et qui se réalise par l'établissement d'un ménage reposant sur des fondements stables et qui autorise les époux à remplir leurs devoirs respectifs* ».

⁴¹¹ PORTALIS (J.-E.), *Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage formant le titre V du Code civil*, présenté le 16 pluviôse an XI, in *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p. 80-81 ; voir aussi : *Dictionnaire de droit canonique*, Paris, 1957, t. VI, v°Mariage civil, p. 731.

⁴¹² Voir de même le droit allemand : « *Die Ehegatten sind einander zur Lebensgemeinschaft verpflichtet* » (§ 1353, B.G.B.).

⁴¹³ Plus particulièrement selon la thèse canoniste. Le Code civil français en effet semble plutôt présumer le contraire (article 227), alors que le Code civil allemand, par exemple, l'énonce clairement : « *Le mariage est conclu pour toute la vie* » (§ 1353, BGB, précité : « *Die Ehe wird auf Lebenszeit geschlossen* »).

cette affirmation semble dépassée, tant les frontières, à la lumière du droit comparé, sont floues, notamment du fait de la coexistence de mariages informels et de concubinages formalisés. L'acte de célébration ne participerait donc pas forcément, à cette échelle, de l'essence du mariage. En dépit de l'avis réservé que nous émettons à cet égard, il convient d'examiner les raisons de ces interrogations.

213. Il est vrai que l'établissement d'une relation entre un homme et une femme par le respect de formes étatiques offre généralement à celle-ci la qualité de mariage juridiquement reconnu. Mais cette règle n'est pas universelle. La forme d'entrée dans le couple (par célébration ou enregistrement) ne serait pas le critère substantiel du mariage, d'autant moins que certains pays admettent un concubinage formalisé (Etats latino-américains, Cap Vert), notamment par un enregistrement (concubinage homosexuel au Danemark)⁴¹⁴.

Ainsi, même si l'on affirme que toutes les conclusions « formalistes » du mariage garantissent la participation de l'Etat, par le concours d'une institution publique et/ ou d'un enregistrement, il faut admettre que la participation d'un organe public à la célébration du mariage n'est pas non plus caractéristique de celui-ci, quand l'enregistrement d'un concubinage fait lui aussi nécessairement appel à un organe étatique (administration - services de l'état civil - mairie, etc.). Cependant, on n'y verra pas forcément un mariage.

Pareillement, la reconnaissance publique n'est pas non plus nécessairement la caractéristique de l'un plutôt que de l'autre. Si l'on excepte les mariages secrets ou clandestins (pour défaut de publicité de la cérémonie, absence de publications, etc.), mais qui n'en restent pas moins des mariages, il faut, pour le mariage comme pour le concubinage, afin qu'ils soient reconnus, un minimum de publicité. La reconnaissance publique est justement conférée soit par une célébration (précédée parfois de publications supplémentaires et suivie d'un enregistrement), soit par la notoriété publique (parents, entourage, amis). Elle fait office de mode de preuve, afin d'éviter l'inquisition dans la vie privée. Elle remplit aussi sa fonction sociale : le concubinage est aussi un contrat où la société est présente.

⁴¹⁴ Certains systèmes de droit prévoient de même l'existence, dans ce cas, d'un divorce. La loi danoise du 7 juin 1989, sur le partenariat inscrit, contient, dans son article 5, une disposition semblable, par renvoi, sous réserve de quelques exceptions, aux règles sur le mariage. Voir aussi : PEDERSEN (Mariane Hojgaard), « Danemark : le certificat de concubinage homosexuel et les nouvelles dispositions concernant le divorce et la séparation », in *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, C.N.R.S., 1991, p. 127.

214. La distinction entre mariage et concubinage ne pose en principe aucune difficulté dans les systèmes qui connaissent exclusivement le mariage formel, que la forme prescrite soit laïque ou confessionnelle⁴¹⁵. Les difficultés surgissent au contraire quand les systèmes tolèrent cependant quelques manquements aux conditions de forme.

Une complication surgit du fait de l'existence, aujourd'hui encore, de mariages dits « informels »⁴¹⁶. Nous pourrions donc rapprocher les concubinages de ceux-ci jusqu'à les confondre. Ceci ne serait pas gênant si leur sort était le même. Seulement la confusion des formes n'arrive pas à supprimer la différence de régime⁴¹⁷.

215. Les mariages informels se rencontrent de nos jours encore, dans des Etats pourtant considérés comme ayant un même système de valeurs que le nôtre. L'exemple le plus connu appartient à la *Common Law* qui a reconnu les mariages « by cohabitation and reputation » (notamment en Ecosse), et reconnaît encore, dans certains Etats des Etats-Unis, l'existence de droit de certains mariages consensuels.

Le concept de mariage consensuel, surtout dans le sens où le comprend la *Common Law*, est relativement difficile à saisir. Il diffère par ailleurs selon les

⁴¹⁵ Ainsi il ne fait aucun doute, d'un point de vue ici purement formel, que le mariage polygamique peut être considéré comme un mariage car la rédaction d'un contrat et/ou son enregistrement est, entre autres, exigée pour la validité du mariage. Il en est de même pour les « mariages de conscience » rencontrés notamment en Espagne, dont la célébration demeure secrète pendant un temps plus ou moins long, mais qui sont transcrits dans un registre spécial. Ses effets sont amoindris, mais il demeure un mariage de droit : STRIEWE (P.), *Ausländisches und Internationales Privatrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, Carl Heymanns Verlag, 1986, pp. 46-47.

⁴¹⁶ Voir, notamment, STRIEWE (P.), *op. cit.*, note 415, spéc. pp. 44 et suiv. L'auteur ajoute qu'alors, la forme n'est plus le critère de distinction entre concubinage et mariage : « *Das Kriterium der Form verliert als Abgrenzungsmerkmal der Ehe gegenüber der nichtehelichen Lebensgemeinschaft schließlich seine Bedeutung völlig in Rechtsordnungen, die einen Formalakt fordern für Verbindungen, die zumeist in die Nähe der danebenstehenden Ehe gerückt sind, wenn sie nicht sogar diese mit jenen gleichsetzen, ohne daß es sich bei diesen Verbindungen aber um Rechtsehen handelt* » ; cf. p. 47. Ce que nous pouvons traduire comme ceci : « Le critère de la forme comme signe distinctif du mariage par rapport au concubinage perd finalement entièrement sa signification dans les systèmes juridiques qui requièrent un acte formel pour des relations qui, sans qu'il s'agisse pour cela de mariage de droit, sont rapprochées le plus souvent du mariage, voire même sinon mises sur le même plan que celui-ci ».

⁴¹⁷ Les régimes ne pourront jamais être tout à fait identiques, ne serait-ce que sur le terrain de la preuve.

pays qui suivent le système juridique de la *Common Law*. Nous savons cependant qu'il prend son origine dans le droit canon et qu'il s'est d'abord développé en Grande-Bretagne. Comme tout le droit de la famille, le mariage a longtemps relevé, dans les pays chrétiens, du droit canonique. L'église, jusqu'au Concile de Trente, considérait le mariage comme un contrat consensuel, pour la validité duquel aucune forme n'était exigée, et par lequel les époux se conféraient seuls le sacrement de mariage. Après la Réforme d'Angleterre, qui eut lieu avant le Concile de Trente, les concepts canoniques connurent une évolution propre sous l'appellation de « *Common Law marriage* », jusqu'à ce que le *Lord Hardwicke's Act* exige expressément une cérémonie devant l'Eglise anglicane, en 1753. Ce type de conclusion du mariage n'était alors plus valable outre-Manche. Il faut alors, si l'on excepte les mariages écossais « *by cohabitation with habit and reput* »⁴¹⁸, traverser l'Atlantique pour rencontrer encore des mariages de *Common Law*, car la loi de Lord Hardwicke n'était pas applicable aux colonies. Puis après divers courants contraires, la Cour suprême décida que le mariage de *Common Law* était valable⁴¹⁹.

216. Il reste que, en dépit de nombreuses décisions pourtant fort détaillées, et en dépit encore de certaines lois, le droit positif demeure équivoque. Il n'est pas aisé de savoir la manière dont ce mariage se forme. Le droit canonique avait à l'origine fait de la *copula* une des conditions du mariage, mais celle-ci n'est certainement pas un critère particulier. Le mariage de *Common Law* se forme par le seul consentement d'un homme et d'une femme de se prendre pour époux. Il semble néanmoins que la cohabitation soit une condition qui révèle la présence du consentement, et apparaisse ainsi aux tiers⁴²⁰. Sinon, le mode de célébration

⁴¹⁸ Reconnus pour leur part jusqu'en 1940, date d'entrée en vigueur du *Marriage Act* de 1939 : voir STRIEWE (P.), *op. cit.*, note 415, spéc. pp. 73-76, et les références. Ce mariage se formait *per verba de praesenti* et par *copula carnalis* (la capacité matrimoniale étant par ailleurs évidemment exigée), mais il donne lieu en fait à une présomption de mariage. Il s'agit alors plus d'un mode de preuve (par la reconnaissance aux yeux de l'entourage) que d'un mode de formation du mariage. On exige depuis 1940 une constatation par décision de justice de la Court of Session et/ou un acte d'enregistrement dans un registre de l'état civil. La constatation judiciaire est rétroactive au jour où la communauté de vie a commencé. Il s'agit depuis lors d'un véritable mariage.

⁴¹⁹ *Meister c./ Moore*, 96, U.S.826, McCurdy, p. 151, cité par BROCKELBANK (W.J.), *La formation du mariage dans le droit des Etats-Unis*, Rousseau, 1935, pp.247-266, notamment p. 251. Pour une vue d'ensemble sur le mariage consensuel, voir ROLAND (H.) & BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 3^e éd., 1992, n°35 ; *Dictionnaire de droit canonique*, pp. 731 et suiv., v° mariage ; NORTH (P. M.) & FAWCETT, *Cheshire and North's Private International Law*, 1992, pp. 579 et suiv. ; le droit anglais semble cependant commander l'intervention d'une autorité religieuse.

⁴²⁰ Voir aussi *J.-Cl. comp.*, Etats-Unis, 1968, n°23. Il faut prouver que les

est réduit à l'extrême, il n'y a ni témoins, ni cérémonie. Le mariage pourrait même se conclure par correspondance, et sauf indication contraire, il se formerait à l'endroit où l'offre est acceptée. Celle-ci au demeurant devrait être reçue dans un Etat qui reconnaît le mariage de *Common Law*⁴²¹.

217. Par bien des aspects, le mariage de *Common Law* ressemble à l'institution du mariage putatif que nous connaissons en droit français, pour l'importance accordée à la bonne foi des intéressés. Le droit américain en effet utilise la notion dans des cas particuliers : deux personnes se marient sans savoir qu'au moment de leur acte il existait à leur insu un empêchement dirimant (l'un des époux se croyait par exemple veuf - absence prolongée - alors que le soi-disant défunt était en réalité encore vivant). Les époux, dans cette ignorance, n'en vivent pas moins ensemble. Puis l'empêchement vient à disparaître (l'absent meurt). Si, par la suite, les époux apprennent l'existence de cet empêchement originel, ils n'ont qu'à continuer la vie commune pour parfaire leur mariage. C'est là le mariage de *Common Law* proprement dit. Mais la théorie va plus loin. Si les 'époux' n'apprennent jamais la non-validité de leur union, le mariage serait alors parfait dès le moment de la cessation de l'empêchement, et les enfants nés après cette date seront considérés comme légitimes⁴²².

218. La doctrine du mariage de *Common Law* revêt néanmoins quelque chose d'extrême qui peut paraître choquant, sinon troublant, notamment du fait de la fragile frontière qui le sépare du concubinage. On remarque par exemple que le mariage peut se former entre deux personnes à leur insu, si l'on en croit une décision de la jurisprudence américaine⁴²³. Deux personnes dont le mariage était nul dans un Etat où le mariage de *Common Law* n'était pas reconnu, sont allées, quelques mois avant la mort du mari, s'établir dans un autre pays où cette possibilité existait. Ces personnes ignoraient complètement et la loi des deux Etats en question et l'existence d'un empêchement à leur mariage. Celui-ci fut néanmoins reconnu valide. Cet exemple nous semble pourtant aller à l'encontre du principe de consensualisme qui gouverne, croyons-nous, ce type de mariage. Même si la bonne foi des époux ne fait pas de doute ici, on ignore s'ils ont

intéressés ont consenti à devenir mari et femme et qu'ils ont assumé l'un vis à vis de l'autre des droits et des devoirs, notamment qu'ils se sont présentés aux tiers comme un ménage de gens mariés.

⁴²¹ BROCKELBANK (W.J.), *op. cit.*, note 419, spéc. pp. 257-261.

⁴²² BROCKELBANK (W.J.), *op. cit.*, note 419, spéc. pp. 261-262.

⁴²³ Cour Suprême des Etats-Unis, *Travers c./ Reinhart*, 205 U.S. 423, McCurdy, p. 155 ; cité par BROCKELBANK (W.J.), *op. cit.*, note 419, spéc. p. 262.

réellement eu la volonté de se prendre pour mari et femme. Or la cohabitation seule ne suffit pas, en théorie, sinon tous les concubins pourraient être considérés comme mariés.

219. La reconnaissance de mariages de *Common Law* a un caractère essentiellement orienté vers un résultat (la validation d'un mariage en principe nul ; l'attribution d'une pension de veuve ; la réconciliation d'époux divorcés), qui conduit les juges, même ceux d'Etats ne connaissant pas ce type de formation du mariage, à voir un mariage là où il aurait pu n'y avoir qu'un concubinage, comme l'a démontré avec éclat l'affaire *McCullon v./ McCullon* jugée par la Cour Suprême de New York le 31 octobre 1978⁴²⁴. Durant les six premières années de la vie commune d'un couple, un mariage encore valide liait la femme, et s'opposait ainsi à la conclusion du mariage de celle-ci avec son partenaire. Par ailleurs, même après dissolution de ce premier mariage subsistait un empêchement en vertu du droit de l'Etat de New York. Les partenaires se considéraient cependant comme mariés, tant et si bien que lors de la véritable célébration de leur union en 1977, ils avaient vécu près de 28 années ensemble dans ces circonstances qui ne les différenciaient en rien de celles d'un couple effectivement marié. Ils portaient le même nom, eurent trois enfants dont au moins l'un d'eux ne sut rien de l'invalidité du mariage de ses parents, jusqu'à la séparation.

Bien que le mariage de *Common Law* ne soit pas reconnu par l'Etat de New York, le juge tint compte du fait que durant les vingt dernières années de leur vie commune, les « époux » avaient passé régulièrement un mois de vacances en Pennsylvanie (qui connaît ce type de formation du mariage). Le juge new-yorkais a donc, dans sa décision, tenu compte des solutions du droit de Pennsylvanie.

220. Tous ces éléments engendrent la confusion. Le mariage de *Common Law* se conclut uniquement par le consentement des époux, sans intervention ni d'un officier d'état civil, ni d'un ministre du culte, sans la présence de témoins, sans formalités civiles, religieuses ou coutumières, sans écoulement d'une certaine durée, sans rédaction d'un acte écrit, sans même enregistrement ultérieur. Seules quelques conditions telles que l'absence d'empêchements dus à la parenté, à l'existence d'un précédent lien matrimonial non encore dissous, sont requises. Il est cependant enseigné par ailleurs qu'il ne saurait être question d'étendre la jurisprudence *McCullon* aux concubinages, que cette décision ne constitue

⁴²⁴ Cour Suprême de New York le 31 octobre 1978, *McCullon v./ McCullon*, 410, N.Y.S., 2d, 226 (1978), cité par STRIEWE (P.), *op. cit.*, note 415, spéc. pp. 66 et suiv.

certainement pas un précédent⁴²⁵.

Il faut considérer effectivement qu'au-delà d'un problème de preuve certain, le mariage de *Common Law* est l'équivalent parfait d'un mariage solennel, car il en produit tous les effets, et, par exemple, sa dissolution n'est possible que par la mort ou par une procédure de divorce.

Mais on ne peut s'empêcher de rester dubitatif sur les éléments de formation de l'union. Dans ce cas, ce n'est pas seulement la preuve d'une célébration qui fait défaut, mais la célébration elle-même. On ne saisit pas, alors, ce qui distingue le mariage informel de l'union libre.

221. Il paraît ensuite inexact d'affirmer que ces unions sont informelles. Les conditions de vie commune, de durée et de stabilité représentent-elles réellement des aspects formels de la formation de la relation ? Du fait de leurs liens étroits avec l'aspect essentiellement consensuel de celle-ci, nous pouvons en douter ; elles relèveraient ainsi plutôt du fond. Pourtant, les dispositions législatives, notamment étrangères, imposant par exemple une condition de durée précise à la production d'effets de droit, ne paraissent pas faire autre chose que d'exiger que l'union ait pris la forme d'une cohabitation stable et durable. De même que, indépendamment ici du caractère constitutif ou déclaratif de l'acte de formation du mariage, le consentement des époux de se prendre comme tels est « constaté » par l'officier d'état civil, mais de façon instantanée et vaudra pour l'avenir à tout moment, le consentement des concubins se constate aussi, mais de façon toute différente. Le premier « constat » prend la forme d'une cérémonie devant une autorité et donne lieu à la rédaction immédiate d'un acte écrit, lorsque le deuxième prend celle, plus aléatoire, d'une recherche d'indices, notamment de

⁴²⁵ STRIEWE (P.), *op. cit.*, note 415, spéc. p. 68. Voir aussi KRAUSE (H.D.) et ses exemples d'affaires où l'on a, injustement d'après lui, nié l'existence d'un mariage à un couple qui avait pourtant débuté sa relation dans l'Iowa qui admet le mariage de *Common Law*, et que les conditions d'un tel mariage étaient apparemment remplies. Un homme avait en effet considéré pendant quinze ans comme son épouse la femme qui avait mis au monde et élevé leurs trois enfants. Lorsqu'un jour elle demande le divorce, son mari lui oppose qu'ils n'ont jamais été légalement mariés, aucune cérémonie de mariage n'ayant suivi leur concubinage. La Cour d'appel applique la jurisprudence *Marvin*, favorable à la femme, tandis que la Cour suprême de l'Illinois conclut qu'elle n'avait aucun droit à pension : affaire Hewitt v./ Hewitt, Cour suprême de l'Illinois, 62 III. App. 3d 861, 20 III. Dec. 476, 380 N.E. 2d 454(1978), cité par KRAUSE (H.D.), *op. cit.*, note 395, spéc. pp. 136 et 151. Au Québec, le législateur n'a pas voulu traiter le concubinage comme un mariage consensuel car il a voulu, semble-t-il, reconnaître une certaine liberté d'aménagement des relations aux concubins : DELEURY (E.) & CANO (M.), « Le concubinage au Québec et dans l'ensemble du Canada. Deux systèmes juridiques, deux approches », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 85 et suiv., not. p. 92.

la durée de la relation. D'autres faisceaux d'indices peuvent aussi entrer en ligne de compte, comme la naissance d'un enfant, la notoriété, etc., qui se réfèrent à ce que la relation peut avoir d'« extérieur ». C'est peut-être dès lors la nature de la volonté exprimée qui permet d'établir une distinction.

B/ NATURE DE LA VOLONTÉ EXPRIMÉE

222. La frontière entre mariage et concubinage est, dès lors, incertaine. Le mariage de *Common Law* se forme par le simple consentement des époux. Mais les concubins eux-mêmes, d'un consentement commun, ont choisi de s'unir et de partager leur existence. Mariage et concubinage sont tous deux l'expression d'une volonté de s'unir, mais cette volonté s'exprime différemment.

La différence résiderait alors dans la *nature* du consentement qui est donné, la volonté exprimée n'étant pas la même dans les deux cas.

223. Déterminer la nature du consentement consiste en premier lieu à se demander si mariage et concubinage entrent dans la catégorie des faits ou des actes juridiques.

L'acte juridique est la manifestation de la volonté accomplie en vue de produire des effets de droit, sans laquelle les effets de droit ne se produiraient pas. Les faits juridiques visent tous les événements de la vie sociale emportant des conséquences juridiques, c'est-à-dire influant sur la création, la transmission ou l'extinction de droits. L'événement en question peut être volontaire ou non, mais il est *fait* dès lors que l'effet juridique n'a pas été voulu.

Ce qui semble alors opposer les deux qualifications résiderait dans l'attente, la prévision des conséquences juridiques de l'événement, volontaire ou non, qui les a engendrées.

Le caractère contractuel du mariage n'a jamais été mis en doute, car les époux expriment clairement, lors de la célébration, leur volonté d'adhérer à l'institution matrimoniale, alors que les tribunaux classent les concubinages dans la catégorie des faits juridiques, notamment en droit international privé⁴²⁶.

Et pourtant... S'il est effectivement probable que l'auteur d'un malheureux accident n'a pas eu la volonté directe de réparer le dommage ainsi causé, il est difficile d'admettre qu'un couple qui entame une vie commune n'a pas entendu,

⁴²⁶ Voir Trib. Gr. Inst. de PARIS, 21 novembre 1983, *Ferreira c./ Mme Cristovao*, R.C.D.I.P. 1984, 628, n. P. Lagarde.

par-là, que certains effets soient produits. Ils réclament eux-mêmes parfois certaines prérogatives du fait de leur état. Le concubinage a donc tout lieu de se présenter comme un acte juridique. L'on peut penser qu'ils ont au moins *voulu* que leur vie commune engendrât des effets tirés de cette association, comme en matière de logement ou de prestations sociales.

224. Exprimant donc bien la volonté d'adhésion à un certain état, la nature de cette volonté n'est pourtant pas identique pour le mariage et pour le concubinage.

Il y a, dans le mariage, une volonté d'*engagement* pour l'avenir qui caractérise une certaine gravité du consentement conjugal que le concubinage n'a pas. L'acte paraît grave du fait que le régime de dissolution de la relation ne sera pas le même. Les modes de dissolution commandent en effet en partie le contenu du consentement « conjugal ». Lorsque, par exemple, le mariage était indissoluble, le consentement était donné une fois pour toutes, alors que, pour un concubinage, le consentement doit constamment se renouveler⁴²⁷.

Cependant, comment ne pas rappeler que la dissolution unilatérale possible à tout instant n'est pas le propre du concubinage ? Dans le cadre des relations internationales, le juge français est relativement souvent confronté au problème de la reconnaissance de répudiations, modes de dissolution du mariage que connaissent certains systèmes juridiques. L'union libre n'est donc pas la seule forme d'union à connaître une possible rupture unilatérale. D'autre part, le divorce réglementé n'est pas non plus le propre du mariage : les unions de fait (« *uniones de hecho* ») de Panama donnent lieu à une dissolution juridictionnelle, comme les mariages⁴²⁸. Notons, enfin, que, en droit interne, les causes de divorce sont assez largement ouvertes, et qu'un divorce par consentement mutuel ou pour rupture de la vie commune, rendent le mariage plus précaire, et modifient radicalement le caractère d'*engagement* de celui-ci.

Il convient en outre de souligner que, dans le concubinage, l'*engagement* existe malgré tout. En dépit de ce que le mot a de « malsonnant »⁴²⁹, le terme « concubinage » illustre en effet le plus justement le phénomène : ni légalisé (« concubinat »)⁴³⁰, ni totalement libre (« union libre »). Cette dernière formulation est, de fait, porteuse de malentendus.

⁴²⁷ MALAURIE (Ph.), « Mariage et concubinage en droit français contemporain », *Arch. de philosophie du droit*, 1975, 17, not. pp. 20 et 22.

⁴²⁸ Voir STRIEWE (P.), *op. cit.*, note 415, spéc. p. 132.

⁴²⁹ CARBONNIER (J.), *Droit civil, la famille*, Thémis, 17^e éd., 1995, n°230.

⁴³⁰ Pour le droit romain, voir, notamment, GAUDEMET (J.), « Union libre et mariage dans la Rome impériale », in *Le droit de la famille en Europe*, P.U.S., 1992,

L'expression « union libre » semblerait en effet impliquer une absence *totale* de lien de droit, alors qu'il n'en est rien. D'une part, les concubins ne se sentent pas moins liés que s'ils étaient mariés. D'autre part, tandis que les concubins ne réclamaient que des droits (se gardant bien d'évoquer d'éventuelles obligations), la liberté qu'ils croyaient avoir se trouve parfois restreinte. La célèbre affaire *Lee Marvin* jugée aux Etats-Unis offre un exemple flagrant de contexte juridique qui réduit « l'amour libre » à une forme de mini-mariage forcé qui s'impose aux parties sans leur consentement, et peut-être même sans qu'ils en aient conscience⁴³¹.

225. Il faudrait alors rechercher ailleurs les signes distinctifs entre le mariage formalisé et les autres formes d'unions :

*« Ce qui différencie le mariage et le concubinage, c'est tout simplement l'intervention de la parole. Le concubinage est un état de fait qui s'installe et qui peut cesser sans encombre. Le mariage est un acte de parole, de parole donnée, de parole échangée, de parole témoignée devant les autres. Et pour ceux qui attachent à la parole le prix que l'on sait, à savoir que c'est l'être tout entier qui y est mis, je dis que prononcer ce 'oui' en face du monde, c'est infiniment plus engageant et responsable que de s'installer en ménage (...) »*⁴³².

C'est donc bien, en tout état de cause, la nature de l'engagement, mais avant tout son expression, qui caractérisent le mariage. Pour le mariage, l'engagement est exprimé, par la parole, et en toute conscience, alors que pour le concubinage, il se révèle davantage par la force des choses que par le serment. Pourtant, l'union des sexes semble remplir les mêmes fonctions familiales.

pp. 375-392 ; JOSSERAND (L.), « L'avènement du concubinat », *D.H.* 1932, p. 46.

⁴³¹ Cour Suprême de Californie, *Lee Marvin v. Marvin*, [18 Cal. 3d 660, 684, 134 Cal. Rptr. 815, 831, 557 P. 2d 106, 122 (1976)] ; KRAUSE (H.D.), *op. cit.*, note 395, spéc. p. 133 et 144. Alors qu'il était encore marié à Betty, Lee eut une liaison avec Michelle qui devint sa concubine pendant six ans. Puis il la contraignit de quitter le foyer tout en lui versant une sorte de pension. Un an et demi plus tard, il cessa de payer cette rente. Michelle engage alors une action en justice. En dernier ressort, la Cour Suprême de Californie répond d'une façon qui lui est favorable : les cours peuvent rechercher la volonté des parties, un accord tacite d'association ou d'entreprise commune. Le concubin peut donc recevoir une juste contribution pour sa participation à l'entretien du ménage.

⁴³² ELLUL (J.), *Ce que je crois*, Paris, 1987, pp. 113-114.

§ 2 : Fonctions familiales de l'union des sexes

226. Distinct du mariage, le concubinage n'en produit pas moins les mêmes effets familiaux. Il tend, sur ce terrain, à reproduire le modèle.

« En se référant (...) à la notion de vie maritale, le législateur a par-là même entendu limiter les effets de droit (...) à la situation de fait consistant dans la vie commune de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme »⁴³³.

Voici sans doute, sans être la seule, la définition française la plus célèbre qui ait été donnée du concubinage. Exprimée ici de façon négative, elle se réfère néanmoins, en peu de mots, à des notions importantes.

227. Elle désigne en premier lieu le terme de « vie maritale », ce qui déjà implique, par ce renvoi au mariage, que l'union doit revêtir certaines qualités. Les concubins doivent vivre « comme des époux » et leur union doit, pour produire quelque effet, avoir « l'apparence du mariage ». Les différentes expressions (union « extra-matrimoniale », « hors mariage », « maritale de fait », « mariage de fait », etc.), ne peuvent en fait représenter que la relation unissant un homme et une femme. La condition, inhérente au mariage, de différence de sexe est donc ici induite de la locution employée, conclusion logique à laquelle parvient le juge.

Le calque du mariage semblerait également conduire au respect par les concubins de certaines exigences, qui seraient celles requises pour les conditions de fond du mariage. L'hétérosexualité que nous venons d'évoquer à l'instant en est une, les obligations de puberté, d'absence d'inceste et de bigamie en sont probablement d'autres, même si aucune disposition expresse, loi ou jurisprudence, ne les impose, du moins en France. Mais il ne fait aucun doute que, à supposer que le concubinage constitue une catégorie pleine et entière, notre conception de l'ordre public international se heurterait à l'établissement, au maintien et à la reconnaissance d'unions ne présentant pas ces qualités⁴³⁴.

⁴³³ Soc., 11 juillet 1989, (2 arrêts), J.C.P. 1990, II, 21553, concl. Dorwling-Carter, obs. Martine Meunier ; D. 1990, 582, n. Malaurie ; R.T.D.Civ. 1990, 53, n. Rubellin-Devichi ; Bull. civ., V, n°514, 515. Egalement PARIS, 9 mai 1990, D. 1990, IR, 153 : « En état de la législation en vigueur (art. 340-4 et 283, C. civ.), le concubinage s'entend de relations stables entre un homme et une femme vivant ensemble comme mari et femme, c'est-à-dire ayant l'apparence du mariage ».

⁴³⁴ La considération du concubinage comme un fait, et son incidence sur le conflit de lois, permet peut-être à certaines relations d'échapper à une sanction de la "formation" de celles-ci. Un contrôle *a priori* n'est pas possible. Il n'a lieu qu'à partir du moment où le juge se trouve saisi d'une question découlant de cette

Donnons-en pour illustration certains Etats imposant justement qu'il n'existât aucun empêchement au mariage pour accepter le concubinage et lui faire produire des effets. Le Code de la famille de l'Etat de Zacatecas au Mexique, entré en vigueur le 10 mai 1986, dispose par exemple, dans son article 241, que : « *Le concubinage est un mariage de fait ; c'est l'union entre un homme et une femme non mariés et qui pourraient l'être légalement, sans obstacle, qui vivent ensemble de façon publique et permanente, comme s'ils étaient mariés si toutefois cette union dure plus de cinq ans ou que d'elle naissent des enfants* »⁴³⁵.

228. La Cour constitutionnelle allemande a d'ailleurs récemment donné une définition intéressante du concubinage. Il s'agit, selon elle, « [d'] *une union prévue pour durer, entre un homme et une femme, caractérisée par d'étroits liens qui impliquent un soutien réciproque dépassant la relation fondée sur une simple association économique* »⁴³⁶. Cette analyse est un indice de ce qui rapproche les diverses institutions. Nous pourrions y ajouter le souhait de fonder une famille, d'avoir des enfants en commun, etc. Même si la procréation n'est plus une fin nécessaire de l'union, elle reste néanmoins latente et en principe toujours possible. L'édition de conditions précises n'a pas seulement pour fonction de protéger le consentement et d'en assurer la maturité et le sérieux. Elle cherche aussi à vérifier l'aptitude physique des futurs époux. Et les législations qui reconnaissent dans le concubinage une union de droit, ou lui accordent malgré tout certains effets, opèrent indirectement cette vérification, et les refusent lorsque justement certaines conditions « basiques » (différence de sexes, etc.) ne sont pas réunies. Certains systèmes de droit renvoient même directement, pour reconnaître un concubinage, aux conditions de fond du mariage.

D'ailleurs certaines des lois étrangères qui ont « inventé » le partenariat homosexuel ont bien précisé qu'il ne s'agissait pas vraiment de mariage et c'est pourquoi elles emploient les termes d'enregistrement et de partenariat⁴³⁷. Le

relation. Mais se permettra-t-il de le faire ?

Par ailleurs le juge a parfois quand même reconnu les mêmes droits à la veuve et à la concubine d'un individu, RIOM, 9 novembre 1978, J.C.P. 1979, II, 19107, n. G. Almairac. Mais la jurisprudence rejette désormais l'action civile en réparation formée par les deux maîtresses d'un accidenté de la route : Crim., 8 janvier 1985, Dame Lince, J.C.P. 1986, II, 20588, n. Endreo.

⁴³⁵ Voir GUITRÓN FUENTEVILLA (J.), « Les concubinages au Mexique. L'assimilation du concubinage au mariage », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 171 et suiv., not. p. 182.

⁴³⁶ BVerfG, décision du 17/11/1992, BVerfGE 87.234 ; NJW 93.643 ; cité par FURKEL (F.) et WITZ (C.), *Chronique de droit civil allemand*, septembre 1991-décembre 1993, R.T.D.Civ. 1994, 443 et suiv., p. 447.

⁴³⁷ SANDER HALVORSEN (R.) & PRIEUR (A.), « Le droit à l'indifférence : le

résultat est ambigu du fait que la nouvelle institution donne les mêmes droits que le mariage⁴³⁸. Mais, précision importante, les législateurs suédois et norvégien ont spécifié que les partenaires enregistrés ne peuvent adopter, ni conjointement, ni séparément, ne peuvent se voir confier la tutelle d'un mineur et ne peuvent recourir à l'assistance médicale à la procréation. Il ne s'agit donc pas d'un mariage car il y manque un des éléments relevant de l'essence même du mariage : la possibilité de fonder une véritable famille. Le partenariat a ainsi un fondement pratique et économique certain, mais non *familial*.

229. Le concubinage se définit ensuite par l'existence d'une « vie commune », nécessaire à l'épanouissement de la famille. La communauté de vie donne une apparence approchant du mariage. Il fut même une époque, rappelons-le, avant le concile de Trente, où celle-ci valait mariage, ce que LOYSEL avait exprimé de la manière suivante : « *boire, manger, coucher ensemble, c'est mariage ce me semble* »⁴³⁹. Si les époux ne sont plus tenus désormais d'avoir une résidence commune sans pour autant être considérés comme séparés, il en va autrement des concubins qui doivent cohabiter, faire domicile commun. Si cette condition n'est pas évoquée dans les diverses définitions, du droit français ou étranger, elle n'en paraît pas moins évidente, ne serait-ce qu'en raison de l'important problème de preuve soulevé par cette relation. Elle participe même de l'essence du phénomène.

Mais la vie commune de quelques heures ou de quelques jours ne suffit pas non plus à établir la relation. Il lui faut aussi être empreinte de durée et de stabilité. Ces deux derniers caractères ne sont pas exigés pour le mariage. Ils étaient, il est vrai, inhérents à son aspect autrefois indissoluble, mais depuis l'admission du divorce, il peut être rompu même peu de temps après la célébration. Le concubinage, quant à lui, n'existe que parce qu'il dure : « *Nous dirions plus volontiers que la stabilité crée véritablement l'union libre : plus qu'un critère (privilegié) de reconnaissance de l'union, elle constitue ni plus ni moins son 'acte de naissance'* »⁴⁴⁰. Nombreuses sont les législations qui font au demeurant entrer

mariage homosexuel », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°113, juin 1996, p. 6 et suiv. ; LILJESON (H.), *J.-Cl. comp.*, Suède, n°70 et suiv. ; de même, pour les Pays-Bas, voir ROOD DE BOER (M.), « Pays-Bas : les nouvelles réalités des années 1990 », in *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, C.N.R.S., 1991, p. 187, not. p. 190.

⁴³⁸ La dissolution est de même soumise aux mêmes règles.

⁴³⁹ ROLAND (H.) & BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 3^e éd., 1992, n°35.

⁴⁴⁰ GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, note 330, spéc. n°25.

cette particularité dans la définition qu'elles donnent du concubinage⁴⁴¹.

La continuité peut sous-entendre que les concubins désirent rester ensemble, et cette volonté est d'autant plus forte, pensons-nous, qu'aucun lien juridique contraignant ne les attache l'un à l'autre. Elle est l'expression de leur consentement.

230. Des conditions de formation du concubinage semblent ainsi avoir été instaurées. Même si « *le propre du concubinage, au regard du mariage, est de se constater une fois installé, pendant sa durée ou après, non de faire l'objet d'un "prononcé" initial inaugurant une situation juridique nouvelle* »⁴⁴², il n'en paraît pas moins sûr que des conditions de fond identiques à celles du mariage, président à la création et donc à la reconnaissance de l'union et de ses effets⁴⁴³.

Mariage et concubinage ont une essence commune et modifient tous deux l'état de la personne⁴⁴⁴.

231. C'est également la nature nécessairement familiale et naturelle de l'union des sexes qui explique peut-être l'échec de la proposition de loi sur le contrat d'union civile que l'Assemblée nationale avait adopté en partie il y a quelques

⁴⁴¹ Le droit suisse le désigne comme étant l'union stable et durable entre un homme et une femme en dehors des liens du mariage : GROSSEN (J.-M.) et GUILLOD (O.), « Les concubinages en droit suisse », in *Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques*, C.N.R.S., 1989, p. 269 et suiv.

⁴⁴² BÉNABENT (A.), *op. cit.*, note 331, n°23.

⁴⁴³ La majorité des systèmes juridiques exigent généralement un minimum de conditions pour constituer un concubinage. Il ne revêt en droit japonais, par exemple, son sens juridique que s'il y a communauté de vie, apparence extérieure d'un couple, et volonté de se mettre en ménage : MATSUKWA (T.), « Les concubinages en droit japonais », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 153. De même, le doyen CORNU établit une petite liste de trois conditions à la reconnaissance d'un concubinage : 1. Une communauté de vie ; 2. L'apparence extérieure d'un ménage ; 3. La liberté juridique de se marier, c'est-à-dire l'absence d'empêchement au mariage, telle que l'aptitude physique : CORNU (G.), *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 5^e éd., 1996, n°45.

⁴⁴⁴ GAUTIER (P.-Y.), *op. cit.*, note 330, spéc. pp. 57 et suiv., not. n°69, p. 62 et p. 79. Le mariage est une institution car il conduit l'individu à entrer dans un cadre juridique qui modifie son état personnel antérieur. L'état des personnes est « *l'image juridique de l'individu saisi dans son environnement familial susceptible de se modifier du fait de la survenance de divers événements liés à sa personne* ». En interprétant de manière extensive, par analogie et en recourant à la méthode de la libre recherche scientifique, le domaine d'application de la loi (seule compétente pour régir et modifier l'état des personnes), à un cas qu'elle n'avait pas prévu au départ, l'auteur parvient à ouvrir la catégorie à d'autres situations comme l'union libre. Il y voit d'ailleurs, par la conjonction de deux états individuels, la création d'un lien de droit.

années⁴⁴⁵. Le projet initial offrait notamment à toute personne physique de « passer avec une autre personne physique, *quel que soit son sexe*, un contrat d'union civile » qui serait conclu devant un officier d'état civil et rompu de la même façon. Ce projet s'expliquait par un désir de la part des concubins de se protéger mutuellement en cas de décès et d'exercer leurs responsabilités à l'égard des enfants dans les mêmes conditions que les parents légitimes.

Mais le C.U.C. ne faisant pas des relations sexuelles une condition, toutes personnes vivant ensemble, étudiants, personnes âgées, frères et sœurs, homosexuels, auraient pu conclure une telle convention - à l'exclusion des ascendants et descendants -. On aurait donc permis ce qu'on a toujours interdit jusque-là pour le mariage (homosexualité, inceste - mais pas la polygamie, le C.U.C. ne pouvant être conclu qu'entre deux personnes au plus -) ! De plus, son mode de dissolution aurait étrangement ressemblé à une répudiation, mais officielle : après demande faite, par l'un, à l'officier d'état civil, celui-ci aurait signifié la rupture à l'autre contractant. En cas de contestation sur les conséquences de la rupture, le juge civil du lieu où elle a été enregistrée aurait été compétent pour en décider.

Le C.U.C. n'est malheureusement pas, pour le moment, resté lettre morte. On aurait pu espérer que l'échec des projets précédents, par leurs incohérences, fasse prendre conscience de l'essence de l'union des sexes, qui réside dans la procréation, la constitution et dans l'épanouissement de la famille. Le 'législateur' nourrit pourtant encore de grandes ambitions en ce domaine. Une nouvelle proposition de loi, qui vient d'être récemment déposée, aspire en effet à « *promouvoir une loi d'égalité, applicable à un grand nombre de situations diverses* » et à montrer que la France « *reste le pays des droits de l'homme et du citoyen, manifestant une capacité d'innovation juridique à la mesure de l'évolution sociale* », pour reprendre les termes mêmes de l'exposé des motifs⁴⁴⁶, qui ajoute également que « *le droit ne peut ignorer le choix de ceux - très nombreux de nos jours - qui entendent se placer en dehors du modèle familial consacré par nos textes* ».

Le nouveau « contrat d'union civile et sociale », comme le précédent, peut-être

⁴⁴⁵ *Le Monde*, 25 décembre 1992, p. 6 et *Le Monde*, 18 avril 1992, p. 24. Une autre proposition de loi émanant du Sénat a été enregistrée le 17 juillet 1993, tendant à créer un contrat de "partenariat civil", mais cette proposition n'a pas été débattue. Voir, pour un ensemble de la question, FLORAND (J.M.) & ACHOUI (K.), « Vers un nouveau modèle d'organisation familiale : le contrat d'union civile », *Les Petites Affiches*, 9.04.1993, n°43, p. 11.

Le Conseil constitutionnel n'a pas cependant donné son aval à ce type de disposition ; décision 92-317 D.C. 21 janvier 1993.

⁴⁴⁶ Proposition de loi visant à créer un contrat d'union civile et sociale, Ass. Nat., 23 juillet 1997, n°88.

conclu quel que soit le sexe des intéressés (article 1^{er}), et s'adresse aux couples homosexuels, mais pourrait de même répondre aux difficultés économiques et sociales des personnes âgées. Le texte reprend l'ancien, presque mot pour mot, en y ajoutant, toutefois, quelques précisions. Ainsi, tout en faisant bénéficier les contractants de tous les droits accordés par les dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles relatives aux concubins ou aux personnes vivant maritalement (article 3), en accordant bon nombre d'effets jusqu'ici réservés au mariage (en matière de successions, de régime matrimonial, de séjour des étrangers)⁴⁴⁷, on abandonne toute idée d'essence *familiale* des unions. Peut-on d'ailleurs encore, à ce stade, parler d'union des sexes ? Comme l'indique l'exposé des motifs, il s'agit de donner un texte à ceux qui se placent en dehors du modèle familial. Là est toute la contradiction et l'absurdité de ce texte : on reconnaît que ces couples se placent, délibérément, en dehors du modèle familial, mais on souhaite leur en attribuer tous les effets ! Belle « innovation juridique » que celle de vouloir finalement placer le mariage « en dehors » !⁴⁴⁸ En fait, ce n'est pas tant la volonté de contractualiser le concubinage, notamment homosexuel, et de lui faire produire certains effets qui est critiquable, mais celle de lui faire produire pratiquement les mêmes effets que le mariage, notamment ceux d'ordre strictement familial.

Conclusion du chapitre 2 & du sous-titre 2

232. Une des fins essentielles du mariage demeure la constitution de la famille, et cette fin semble bien ancrée dans les conceptions subjectives et individuelles. Il a d'ailleurs été souligné que les conditions de fond exigées à la formation des unions avaient pour but de servir la famille et son sain épanouissement.

Le 'paysage familial' a pourtant changé et le mariage n'est plus seul dans ce paysage. Le changement formel de l'union des sexes n'affecte pas cependant le

⁴⁴⁷ Ce qui pourrait, pour ce dernier effet, conduire à la conclusion de C.U.C.S. « de complaisance ».

⁴⁴⁸ Regrettant également cette nouvelle perspective, voir : MALAURIE (Ph.), « Le mariage et les homosexuels », *D.* 1997, n°35, *Dernière actualité* : « *l'inflation législative tend à créer (...) de faux droits. Sans doute, le libéralisme éthique des temps contemporains ne punit ni ne combat plus des mœurs autrefois jugées répréhensibles. Mais il s'agit ici de droit, qui impose des valeurs et des repères. L'homosexualité est la négation de l'ordre familial et une fragilisation de la personne. (...) Nous descendons tous d'un père et d'une mère. Si vous touchez aux lois fondatrices de notre nature et de notre culture, en gommant la différence entre l'homme et la femme, vous portez fatalement atteinte à l'équilibre de l'individu et à celui de la société.* »

fonctionnement de la famille par rapport à la société. Il y a toujours union des individus malgré la disparition (partielle) ou la métamorphose de l'institution, et cette union se crée selon un modèle, qui constitue en même temps la limite à la liberté individuelle⁴⁴⁹.

233. La déformalisation de l'union des sexes met en avant les conditions de fond du mariage et paraît, elle aussi, remettre en cause la distinction entre le fond et la forme de l'union.

Si les formes du mariage ne sont requises qu'en vue de contrôler les exigences de fond, mais que ce contrôle peut s'opérer autrement, en l'absence de forme extériorisée d'une union, alors le critère formel du mariage perdrait effectivement de son importance et il ne resterait, pour la célébration du mariage, qu'à exiger le respect d'un certain nombre de conditions de *fond*.

Peu importe la forme, pourvu qu'on ait le fond...

Même si la nature du consentement n'est pas tout à fait la même pour toutes les unions, les conditions de fond exigées à leur formation sont en majorité les mêmes. Mariage et concubinage se rejoignent alors sur ce point.

Le fond parvient donc à exister sans la forme. La seule chose qui manque au concubinage, c'est « (...) *l'établissement, la solennité inaugurale, la formalité du seuil. Nous savons que, malgré ce, d'importants effets peuvent en sortir. Mais il faut que le temps passe, car c'est lui qui les tisse. Au fond, le concubinage est comme la jurisprudence. Ni l'un ni l'autre ne sont des sources formelles de droit. Mais si la jurisprudence est constante et si le concubinage est stable, qui voudrait nier, ex post facto, leur valeur historique ? Le fond l'emporte à force de temps* »⁴⁵⁰.

« Le fond l'emporte à force de temps ». La famille, en soi, peut se passer du droit, car elle est une donnée essentiellement naturelle.

Il est primordial de préserver la reproduction de l'espèce, mais celle-ci peut s'effectuer par divers moyens, l'important étant de reconstituer un environnement

⁴⁴⁹ D'après le sondage précité 49,5 % de personnes estiment que la loi n'est pas nécessaire à la construction de la famille, les conditions essentielles reposant davantage sur une même conception de la vie ; voir JAFFRE (J.), *op. cit.*, note 339. L'histoire nous enseigne par ailleurs que les autorités, qui contrôlaient et tentaient de réguler la sexualité, fermaient quelque peu les yeux lorsque les contraintes démographiques l'exigeaient : après tout, mieux valait contrevenir un peu aux règles instaurées, plutôt que de voir la société décimée à raison des diverses guerres et épidémies ; cf. *L'Histoire*, n°180, septembre 1994, pp. 32 et suiv.

⁴⁵⁰ CORNU (G.), « Le fond et la forme dans le droit de la famille », *Ann. Louvain* 1989, p. 257, not. pp. 264-265.

analogue à celui du mariage. On transposera alors la frontière entre mariage et concubinage vers une distinction entre union stable et conforme au modèle, et d'autres unions, qui resteront en marge. Et si le caractère institutionnel du mariage perd un peu de sa force face aux réalités sociales, certains proposent de redéfinir le mariage en accordant un peu moins de place à l'acte formel⁴⁵¹.

234. Toutefois, ce n'est pas la conclusion que l'on tirera de ce constat. La dimension idéologique du mariage, ses dimensions religieuse et politique, conduisent à dire au contraire que la valeur 'formelle' de l'union n'a pas entièrement perdu de son intensité dans le monde occidental. La déformalisation de l'union des sexes vient même lui donner une intensité encore plus grande et conduit, en droit international privé, à inscrire la célébration dans la catégorie des conditions de *fond* du mariage. Puisque le droit ne pousse pas les citoyens à se marier, la conclusion du mariage devient réellement libre et manifeste un choix délibéré et constitue un *fondement*, à part entière, de celui-ci. La célébration est de l'essence même du mariage.

Conclusion du titre 2

235. Au-delà des principes idéologiques animant les futurs époux, il faut souligner que, même si les différentes unions se rejoignent sur le fond, le fait de posséder l'état d'époux ne suffit tout de même pas à 'entrer' dans le mariage, et ne suffit donc pas à en produire tous les effets civils. Or, il est indéniable que

⁴⁵¹ HERMANN (M.) (Dr.), « Neuere sozialwissenschaftliche Befunde zum inhaltlichen Verständnis von Ehe und Familie », *FamRZ* 1994, Heft 16, S. 1001 : « *Der institutionelle Charakter der Ehe ist weithin aus dem Blickfeld der Menschen der Gegenwart geraten.(...) (Liebe gilt) heute als das einzig anerkannte Fundament für die Eheschließung.(...) In der Zeit der durch den Wertwandel bedingten Verunsicherung scheint eine klare Definition von Ehe erforderlich, eine Definition, die den formaljuristischen Akt der Eheschließung nicht überbewertet, sich damit nicht auf den "Tauschein" konzentriert, sondern den Willen der Partner zusammenzuleben, "bis der Tod uns scheidet", in der Vordergrund rückt.(...) Ehe soll als die im Willen begründete und rechtlich anerkannte lebenslange Gemeinschaft eines Mannes und einer Frau definiert werden* ». Ce que l'on peut traduire de la façon suivante : « le caractère institutionnel du mariage est de très loin sorti du champ de vision de l'homme d'aujourd'hui (...). L'amour constitue aujourd'hui l'unique fondement pour la conclusion du mariage (...). A cette époque d'incertitude due au changement des valeurs, une définition claire du mariage paraît nécessaire, une définition qui ne surestime pas le côté formel de l'acte juridique matrimonial, c'est-à-dire qui ne se concentre pas sur l'acte de mariage mais qui place au premier plan la volonté des partenaires de vivre ensemble "jusqu'à ce que la mort nous sépare"(...). Le mariage doit être défini comme la communauté de toute la vie d'un homme et d'une femme fondée sur la volonté et reconnue juridiquement ».

l'institution matrimoniale produit des effets importants, qui constituent en général un ensemble d'avantages, conférés aux seuls époux. Mais étant donné la place importante laissée au choix des époux, il est possible de s'interroger sur la nature contractuelle ou institutionnelle du mariage.

236. La réponse à cette question semble vaine pour certains⁴⁵², et il est peut-être vrai, en effet, qu'elle ne présente plus, en droit interne, qu'un faible intérêt. Il n'en est pas de même, à nos yeux, en droit international privé, où de la qualification contractuelle ou institutionnelle d'une relation pourrait dépendre le choix de la règle de conflit et, surtout, l'acceptation ou non de l'intervention de l'autonomie de la volonté des intéressés dans ce domaine.

L'*acte juridique* est la manifestation de volonté de la part d'une, de deux ou de plusieurs personnes, ayant pour objet et pour conséquence de produire un effet de droit (créer, transmettre, éteindre, etc. un droit, une obligation). L'*institution* quant à elle fait seulement référence à une structure juridique plus vaste. Elle est un ensemble de mécanismes juridiques qui s'impose à la volonté des parties et en organise les rapports. Elle est « *un composé de règles de droit formant un tout organique et embrassant une série indéfinie de relations qui découlent toutes d'un fait unique fondamental pris comme point de départ et comme base* »⁴⁵³.

PLANIOL, par exemple, distingue l'état matrimonial du contrat lui-même, tandis que COLIN et CAPITANT émettent l'idée d'un contrat de droit public. D'autres insistent encore sur les différences de réglementations du mariage et du contrat : l'autonomie de la volonté ne serait pas la même du fait de l'existence de lois impératives régissant le mariage ; le rôle de l'officier public dans les contrats solennels n'est pas le même que celui de l'officier d'état civil. Passif dans le premier cas, il serait actif dans le deuxième ; le lieu où le mariage devra être célébré est prévu par le Code civil alors qu'il est libre pour les contrats ordinaires⁴⁵⁴.

Par l'aspect rigoureux des règles sur le mariage, sa conclusion solennelle, certains ont pu classer celui-ci dans la catégorie des institutions, parce que les points essentiels de l'état qu'il donne sont fixés par la loi et non par les contractants. Il est vrai que la liberté contractuelle se limite ici à l'échange des consentements. Une fois cette liberté exercée, l'individu est soumis à un statut

⁴⁵² BÉNABENT (A.), *op. cit.*, note 331, n°56.

⁴⁵³ *Dictionnaire de droit canonique*, t. VI, col. 755.

⁴⁵⁴ PLANIOL, *Traité pratique de droit civil*, 2^e éd., 1952, t. I, p. 57 et suiv., n°69 et suiv., not. n°70. ; COLIN & CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, 1947, t. I, n°140 et suiv. COSTE-FLORET (M.), *La nature juridique du mariage*, thèse Paris, 1935, not. pp. 65-80.

qui s'impose à lui, sans qu'il puisse le modifier.

Toutefois, l'évolution actuelle de l'institution, démontre que la conclusion même de l'acte est un acte *privé*. C'est l'état d'époux qui est institutionnel. Ces éléments entraîneront des conséquences importantes, sur le terrain des règles de droit international privé.

Conclusion générale de la 1^{re} partie

237. Il a été constaté que, concernant la célébration du mariage et la famille, les données n'étaient plus les mêmes. Alors qu'à l'origine, la famille reposait exclusivement sur le mariage, on voit aujourd'hui apparaître plusieurs formes de familles qui ne sont pas toutes issues du mariage. Des unions se forment, se concluent de façons fort différentes, mais elles répondent en général aux mêmes caractéristiques (de fond), aux mêmes préoccupations et tendent vers les mêmes fins que le mariage (constitution d'une famille, soutien mutuel, etc.), même si elles ne les rejoignent pas toutes. Elles n'ont pas la même nature *juridique* mais elles ont la même nature *familiale*.

238. Pourquoi néanmoins, dans une étude sur la célébration du mariage en droit international privé, s'arrêter sur les *fins non civiles* du mariage et sur la déformalisation de l'union des sexes ?

Tout simplement pour affirmer que, de ce point de vue, une célébration solennelle de l'union, présidée par une autorité étatique, n'est pas nécessaire. Un contrôle *a posteriori* des conditions de fond, c'est-à-dire au moment où l'on demande à faire produire certains effets, pourrait certainement suffire. La règle de conflit gouvernant la matière est peut-être, dès lors, trop rigide.

D'un autre côté, l'union est fortement imprégnée par la conception religieuse, philosophique, politique, etc., qu'en ont les époux. La célébration du mariage relève alors bien de la substance, du *fond* de l'union. C'est ici la répartition entre les différentes catégories juridiques qui est en cause.

Pourquoi, de même, parler des *fins civiles* de l'institution ? Pour en souligner les enjeux mais aussi pour soutenir qu'un simple enregistrement suffirait peut-être à lui faire produire tous les effets souhaités. C'est encore ici à la souplesse de la règle qu'il est fait appel.

Pourquoi, enfin, traiter des *fins publiques* du mariage ? Pour mettre en évidence le caractère essentiellement politique de l'exigence d'une célébration. C'est là

que se situe, à n'en pas douter, le nerf de l'institution. On en retrouve les marques jusque dans les méthodes utilisées en droit international privé, dont on appréciera le caractère très orienté. Ce n'est finalement que de ce point de vue que se justifient les règles que nous connaissons et la façon dont elles sont appliquées. Puisque même le concubinage est toléré, cela signifie que le contrôle des conditions de fond est finalement moins important que le principe de laïcité et le respect des valeurs de la République.

Les fins publiques conduisent cependant, elles aussi, à placer la célébration du mariage dans la catégorie des conditions de fond de l'union.

239. La suite de l'étude aura pour objet la mise en œuvre des principes présidant la célébration du mariage, c'est-à-dire les moyens du droit international privé actuellement offerts à la réalisation des fins indiquées. On s'interrogera sur l'articulation véritable entre les moyens utilisés et les fins exposées.

- SECONDE PARTIE -

**LES MOYENS DE LA CÉLÉBRATION
DU MARIAGE**

240. Autorités publiques et personnes privées sont animées, dans la célébration du mariage, de motivations qui leur sont propres. La réalisation des fins privées repose sur l'existence et la validité de l'union. Mais les époux doivent alors se plier aux commandements du droit, qui pourraient cependant être différents selon les systèmes sous l'empire duquel l'union a été célébrée. L'objectif principal des règles exposées étant ainsi de pouvoir contrôler les volontés privées afin de protéger les intérêts de l'ordre étatique, l'étude des *moyens* de la célébration du mariage intéresse principalement, dans leur dimension internationale, les moyens conférés à l'Etat pour assurer ce contrôle. La formalisation du mariage permet en partie d'assurer ce résultat, mais il faut, au-delà de l'énoncé de la règle de conflit, s'interroger sur sa mise en œuvre, sur la véritable valeur de la forme du mariage en droit international privé et sur ses incidences sur le caractère des règles qui la dirigent. L'analyse révèle alors que les moyens utilisés à la réalisation des fins sont inadaptés, ce qui entraîne une critique des méthodes applicables (titre 1). Il conviendra, dès lors, d'en proposer une réorientation (titre 2).

- Titre 1 -

CRITIQUE DES MÉTHODES RÉGISSANT LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

241. Les règles et méthodes du droit international privé se sont largement diversifiées au cours de ces dernières décennies et paraissent de moins en moins détachées de la solution concrète qui sera donné à un litige.

Cette fausse neutralité qui atteint la méthode conflictuelle en général affecte également la matière de la célébration du mariage⁴⁵⁵, et plus particulièrement dans la mise en œuvre des règles qui la régissent. Les règles existantes ne sont apparemment ni des lois de police, ni des dispositions unilatérales, et n'offrent pas d'alternative, puisque même le caractère facultatif de la maxime *Locus Regit Actum* disparaît dans notre domaine. Les dispositions seraient donc parfaitement et impitoyablement neutres. Il faut cependant faire la part entre la coloration matérielle qui imprègne dès le départ la règle de conflit, comme la présence de rattachements alternatifs, et les différents mécanismes, tel le jeu de l'ordre public, qui n'affectent pas la règle de conflit elle-même, mais sa mise en œuvre.

242. La neutralité des règles applicables à la célébration du mariage est surtout atteinte dans leur application. Dès l'instant où l'on prend en considération les intérêts en cause, on s'éloigne alors de la stricte méthode savignienne. Plus

⁴⁵⁵ Le Doyen LOUSSOUARN se félicite de cet aspect des choses qui ôte au droit international privé son côté trop abstrait et « désincarné » ; cf. « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *T.C.F.D.I.P.* 1980-1981, t. II, p. 43.

l'élaboration d'une règle a été politique, plus l'Etat qui a édicté cette règle est concerné par le rapport matrimonial, plus il a tendance à vouloir l'appliquer à tout prix, alors que, peut-être, la neutralité exprimée dans le principe de laïcité devrait plutôt conduire à l'édiction d'une règle de conflit de lois parfaitement neutre.

On assiste ainsi à une certaine remise en cause du conflit de lois en matière de célébration du mariage, due en partie à l'atteinte portée à la neutralité de la règle. Pour atteindre les objectifs qu'il s'est fixés, le droit français, dans ses méthodes de droit international privé, recourt à certains artifices (sous-titre 1). Mais cette mise en œuvre opportuniste de la règle de conflit n'atteint pas toujours son but et souligne de cette façon qu'il n'y a pas toujours adéquation entre les fins et les moyens. Les méthodes utilisées ne sont alors pas infaillibles (sous-titre 2).

Sous-Titre 1

LES ARTIFICES DE LA MÉTHODE

243. L'institution du mariage sous-tend un certain nombre d'objectifs, dont la dualité a été soulignée. Ces objectifs sont contenus dans les règles gouvernant la célébration du mariage, qui sont plus souples dans l'ordre international que dans l'ordre interne.

Pourtant, le droit international privé français cherche à étendre au maximum l'application des principes qu'il a édictés. L'application des règles énoncées devient alors quelque peu artificielle, comme le démontrent d'une part la distinction opérée entre le fond et la forme du mariage (chapitre 1), d'autre part le caractère impératif que le droit français attribue à la règle *Locus Regit Actum*, lorsqu'elle régit la forme du mariage (chapitre 2).

Chapitre 1

LA DISTINCTION ARTIFICIELLE DU FOND ET DE LA FORME

244. La distinction du fond et de la forme est sans doute ce qui, dans le droit du mariage, donne lieu au plus grand nombre de controverses. Jamais établie avec certitude, toujours remise en cause dans ses fondements, c'est presque exclusivement sur elle que repose le droit international privé du mariage.

On imaginait la discussion terminée. La distinction est de nouveau remise en cause à plusieurs points de vue. D'une part il est possible d'estimer que la célébration, même civile, du mariage relève du fond du mariage ; la « déformalisation » des unions vient d'ailleurs utilement renforcer ce caractère. La question de la qualification de la célébration du mariage reste ainsi toujours ouverte (section 1). D'autre part, les règles régissant la célébration du mariage en droit international privé souffrent d'une malheureuse incohérence (section 2).

Section 1

Artifices de qualification

- Fond, forme et célébration du mariage -

245. Les règles relatives au mariage reposent entièrement sur la distinction qui est faite entre les conditions de fond et les conditions de forme de l'union. C'est en droit international privé que cette distinction prend réellement son ampleur du fait de la soumission de ces deux types de conditions à des rattachements distincts, et donc à des lois différentes. La classification de ces éléments dans l'une ou l'autre catégorie devient alors essentielle, bien que malaisée (§ 1). De

même, la solution apportée par le droit français à cette question reste, encore aujourd'hui, relativement difficile à justifier (§ 2).

§ 1 : Hésitations relatives à la classification de la célébration du mariage

246. La célébration du mariage est un acte solennel soumis, en droit interne, à des règles de forme spécialement édictées. Pourtant, dans l'ordre international, certains systèmes de droit font de la célébration du mariage un élément de fond. La classification de celle-ci dans l'une ou l'autre catégorie devient alors source de difficultés dont il faut déterminer l'origine (A). La question a toutefois reçu une solution qui appartient, aujourd'hui encore, à notre droit positif (B).

A/ ORIGINE DU PROBLÈME

1) Le fond et la forme. Eléments de définition

247. Le *fond* est en principe, d'une manière générale, tout ce qui, dans un acte juridique, touche à la personne (capacité, pouvoir), à la valeur de son consentement, au contenu de l'acte (objet, cause). Relève donc du fond tout ce qui a trait à la *substance* de l'opération considérée, et relèverait alors de la forme ce qui contribue seulement à la mise sur pied de cette opération⁴⁵⁶. On peut rapprocher de ce terme celui de *fondement* puisqu'il s'agit de ce qui donne à quelque chose son existence ou sa raison d'être. On pourrait de même lier le fond à l'*essence* de l'acte⁴⁵⁷.

La *forme*, quant à elle, est définie comme la figure géométrique constituée par les contours d'un objet et s'oppose à la matière dont cet objet est fait. Il est possible

⁴⁵⁶ *Vocabulaire juridique*, association H. Capitant, sous la direction de G. CORNU, P.U.F., 6^e éd., 1996 ; MESTRE (J.), « Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel », *R.C.D.I.P.* 1977, 659, p. 687 ; DUGUIT (L.), *Des conflits de législations relatifs à la forme des actes civils*, thèse Bordeaux, 1882, p. 2.

⁴⁵⁷ LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., 1972 ; ce qui est « fondé » est juste et solide. L'essence, quant à elle, désigne ce qui est considéré comme formant le fond de l'être, par opposition à *accident*, c'est-à-dire aux modifications qui ne l'atteignent que superficiellement ou temporairement.

de transposer cette description plutôt 'physique' à l'univers juridique : la forme est l'apparence, l'aspect *extérieur* d'un acte, la *manifestation* même de la volonté⁴⁵⁸.

Le *fond* est donc la matière dont est constituée l'institution du mariage, la *forme* est le moule dans lequel on coule cette matière. Fond et forme s'opposent et se complètent, un peu à l'image du corps et de l'esprit. Un seul est pleinement palpable, mais l'un ne va certainement pas sans l'autre. Forme et fond sont indissociables : « *forme et fond en matière de mariage sont intimement liés* »⁴⁵⁹.

248. Il est possible toutefois de déterminer quelques éléments de différenciation.

Dans la conclusion d'un contrat, on peut clairement distinguer l'intention (au singulier) de s'entendre et d'échanger une volonté avec une autre personne, de l'échange même d'intentions qui interviendra entre deux personnes. Cependant, distinguer fond et forme n'est pas nécessairement distinguer fond et formalisme. Le contrat se conclut au moment de l'échange des volontés et non spécialement au moment de la rédaction de l'acte. On a parfois tendance à assimiler consensualisme et absence de forme. Or l'échange simplement oral (ou même par gestes) des consentements suffit et constitue à lui seul une extériorisation de la volonté, et représente donc l'aspect *formel* de la conclusion de l'acte. La rédaction ultérieure d'un écrit, lorsque celle-ci n'est pas exigée pour la validité de l'acte, n'est qu'une extériorisation supplémentaire. On pourrait même y voir l'expression d'une autre volonté, détachable de la première. Forme n'est pas formalisme. Le formalisme est seulement la tendance générale des législations à augmenter le nombre de formalités exigées à la conclusion d'un acte juridique, soit à des fins de preuve ou de publicité, soit pour la validité même de l'acte (on parle dans ce dernier cas de solennisation), mais il ne correspond pas forcément

⁴⁵⁸ LALANDE (A.), *op. cit.*, note 457 ; *Vocabulaire juridique, op. cit.*, note 456. Et, pour reprendre la définition de M. Vincent DELAPORTE, il s'agit de l'ensemble des comportements extérieurs et tangibles (parfois) imposés à l'auteur d'une manifestation de volonté juridique. Si nous nous en tenions à ce point de vue, alors, en effet, la célébration du mariage devrait bien être considérée comme une question de forme : DELAPORTE (V.), *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse Paris I, 1974, n°132.

⁴⁵⁹ GANNAGÉ (P.), *Le rôle de l'équité dans la solution des conflits de lois en jurisprudence française et libano-syrienne*, Paris, 1949, p. 30. Pour M. Vincent DELAPORTE, la forme est même l'accessoire du fond, et il ne reconnaît pas à la catégorie 'forme' un caractère autonome. Il ne va cependant pas jusqu'à nier l'existence de formes juridiques ; c'est seulement en considération des règles applicables à la forme des actes juridiques que l'auteur discute l'opportunité ou non de leur soumission à des règles spécifiques et distinctes de celles que l'on applique au fond : DELAPORTE (V.), *op. cit.*, note 458.

à l'extériorisation de la même volonté. Si A et B décident de conclure ensemble un contrat de vente et s'ils se mettent d'accord sur l'objet et sur le prix, le contrat est considéré comme conclu à ce moment-là. S'ils rédigent un acte notarié, alors que celui-ci n'est pas requis pour la validité du contrat, leur volonté porte ici sur le souhait de se ménager un mode de preuve. De même les formalités de publicité ne constituent pas les contours de l'acte lui-même, mais procèdent seulement de la volonté d'avertir les tiers.

249. Volonté intérieure et volonté clairement énoncée peuvent donc servir de critère à la distinction. Ce critère n'est cependant pas le seul. M. LOUIS-LUCAS, par exemple, a proposé celui de la fongibilité et de la non-fongibilité des éléments de l'acte⁴⁶⁰. La *substance* de l'acte est immuable, on ne peut ni la modifier ni la remplacer par d'autres éléments sans altérer l'opération elle-même. En revanche, les conditions supplémentaires auxquelles sont soumises son existence ou son efficacité peuvent être substituées à d'autres. Les éléments interchangeables relèvent de la forme, tandis que ceux qui ne le sont pas s'inscrivent dans le fond de l'acte.

250. Les critères de l'extériorisation et de l'interchangeabilité sont donc les deux indices dont nous disposons.

Si nous retenons le premier critère, la célébration paraît alors bien constituer la forme de l'acte, le moule. Mais si l'on retient le deuxième sens, celui de M. LOUIS-LUCAS, la célébration fait partie du fond de l'acte car elle est dès lors de l'essence même du mariage, elle lui donne sa raison d'être. Souvent avancée pour la manifestation religieuse de l'union, cette conclusion devrait pourtant être étendue à la célébration laïque : dans la conception française du mariage, on ne peut remplacer la cérémonie civile. On ne saurait, non plus, remplacer la célébration par la simple possession d'état, alors qu'il a été souligné que les concubins exprimaient, eux aussi, la volonté de vivre ensemble et de fonder une famille⁴⁶¹. L'élément ne saurait donc être interchangeable. Or la question de la qualification du mariage *civil* n'a jamais été posée.

251. Le droit français, néanmoins, a fait de la célébration du mariage un élément de forme et s'est, depuis, employé à professer ce principe de qualification.

⁴⁶⁰ LOUIS-LUCAS (P.), « La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois », *Mélanges Maury*, Dalloz Sirey, 1960, t. I, p. 175, not. p. 194.

2) Les problèmes de qualification

252. La qualification est la traduction juridique d'une réalité concrète⁴⁶². Elle est au commencement de toute recherche du régime juridique applicable à une situation donnée. Elle consiste à analyser, abstraitement, les divers éléments d'un événement réel, matériel, afin de les confronter avec des concepts connus et préalablement définis. Si elle leur reconnaît les caractéristiques essentielles d'une *catégorie* juridique préexistante, elle fait entrer ces éléments, ou certains d'entre eux seulement, dans la catégorie correspondante. Une fois seulement ce classement opéré, il est possible de dire quelle est la règle de droit à laquelle la catégorie est rattachée, et donc de l'appliquer concrètement. L'opération de qualification est ainsi indispensable, et préalable, à la détermination d'une solution juridique⁴⁶³.

Si la méthode est importante en droit interne, elle est capitale en droit international privé car elle commande la solution du conflit de lois. De la qualification choisie dépendra la compétence de la loi du for ou bien celle d'une autre loi, loi étrangère.

253. Or cette compétence, dans le droit international privé du mariage, est indissociablement liée à la distinction du fond et de la forme. Puisque cette distinction conduit à soumettre l'un et l'autre à un régime différent, leur répartition occupe une place de choix dans le règlement du conflit de lois.

C'est l'arrêt *Caraslanis* qui a illustré, avec beaucoup d'éclat, les enjeux de cette répartition. La particularité en droit international privé, dans notre matière, tient en effet au fait que tous les systèmes juridiques n'opèrent pas cette classification de la même façon.

254. Un Grec orthodoxe avait épousé civilement une Française, en France,

⁴⁶¹ Voir *supra*, n°172 et suiv.

⁴⁶² KAHN (F.), *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, t. I, p. 1 ; BARTIN (E.), « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *J.D.I.* 1897, 225, 466 et 720 ; *La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des règles de conflits de lois*, *R.C.A.D.I.* 1930, vol. 31, 565-620. L'auteur a raisonné à partir de l'affaire *Bartholo* qui a été résolue par la Cour d'appel d'ALGER le 24 décembre 1889, *J.D.I.* 1891, 1171 ; *Gr. arrêts* n°9.

⁴⁶³ Voir *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, note 456. « La qualification est une opération de l'esprit, par laquelle commence nécessairement l'examen de tout problème juridique. Elle consiste à concevoir, puis à énoncer, quelle est la nature de la situation que l'on envisage » : LOUIS-LUCAS (P.), « Qualification et répartition », *R.C.D.I.P.* 1957, 153.

alors que la loi grecque exigeait, pour ses nationaux, une célébration religieuse. Assigné devant les tribunaux à l'occasion d'une action en divorce, le sieur Caraslanis objecta que son mariage était nul, au regard du droit grec. La question de la validité du mariage étant posée en ces termes, celle-ci dépendait de la qualification donnée à l'exigence ou non de célébration religieuse. Si elle répondait des conditions de fond, il faudrait alors appliquer la loi nationale de l'intéressé, c'est-à-dire la loi grecque, qui le tenait pour nul. Si on pensait au contraire que cette exigence relevait des conditions de forme, alors on déclarait compétente la *lex loci celebrationis*, ici la loi française, qui tenait ce mariage pour valable, le droit français n'exigeant pas de cérémonie religieuse⁴⁶⁴.

255. Le plaideur affirmait justement que cette obligation de cérémonie religieuse était une condition de fond, relevant ainsi de sa loi personnelle. C'était soulever clairement la question du classement juridique de la célébration du mariage.

Les différentes qualifications possibles étaient ici en conflit. Or ce n'est qu'en présence d'un tel conflit que le problème de la qualification prend toute son ampleur et que se pose la question de la détermination de la loi de qualification : plusieurs lois étant intéressées à la situation, laquelle faudra-t-il interroger pour opérer le classement nécessaire à la mise en œuvre de la règle de conflit ?

Seule était posée ici la question de la célébration *religieuse* du mariage, mais on pourrait étendre le raisonnement à toute célébration : celle-ci, lorsqu'elle est exigée par une législation pour la validité de l'union, est-elle une condition de fond ou une condition de forme ? De la réponse à cette question dépend la loi applicable à cet élément. A quel système par ailleurs doit-on laisser le soin de trancher cette difficulté ? La question de la détermination de la loi de qualification a engendré d'assez nombreuses controverses doctrinales.

256. Par référence aux concepts de quel système juridique la qualification doit-elle être menée ?

D'après une première thèse, le classement doit s'effectuer *lege fori*. Le juge saisi d'un litige doit, après avoir déterminé l'objet à qualifier⁴⁶⁵, se référer à sa propre loi, c'est-à-dire aux concepts de l'ordre dont il relève. La règle de conflit est une règle nationale, même si elle en vient à désigner une loi étrangère pour résoudre

⁴⁶⁴ Civ. 1^{re}, 22 juin 1955, *Caraslanis*, R.C.D.I.P. 1955, 723, n. H. Batiffol ; D. 1956, 73, n. Chavrier ; J.D.I. 1955, 682, n. Sialelli ; Gr. arrêts n°28 ; J.C.P. 1956, II, 9328, n. Guiho ; *Journal des juristes Hellènes* 1956, 217, n. Francescakis.

⁴⁶⁵ ANCEL (B.), « L'objet de la qualification », J.D.I. 1980, 227.

le cas concret. Or, la qualification étant une opération consistant à interpréter la règle afin de déterminer son domaine d'application, et la règle de conflit étant une règle française, cette dernière ne peut être interprétée que par référence aux définitions, aux notions du droit français ou que le droit français prend en considération.

Un autre argument est donné à l'appui de cette théorie : la qualification occupant la première place dans le raisonnement conflictuel, elle ne saurait être laissée à la merci d'une autre loi que la *lex fori*, puisque la *lex causae* n'aura un titre à s'appliquer qu'une fois désignée par la règle de conflit. Or cette désignation suppose précisément que la qualification ait déjà été faite, sous peine de se heurter à la critique du cercle vicieux. Laisser la qualification à toute autre loi que la *lex fori* suppose résolu le problème que l'on cherche précisément à résoudre⁴⁶⁶.

En dépit de ces démonstrations apparemment sans réplique, certains auteurs se sont montrés plutôt favorables à la thèse opposée, c'est-à-dire à la qualification *lege causae*⁴⁶⁷. Celle-ci consiste à demander la qualification au droit étranger éventuellement applicable au rapport de droit faisant l'objet du litige. Dans l'exemple de l'affaire Caraslanis, cela consisterait à interroger le droit grec sur le point de savoir dans quelle catégorie juridique faire entrer le mariage, sous peine de dénaturer le droit étranger qui sera peut-être appliqué. Désignée en tant que loi du statut personnel, la loi étrangère ne serait pas correctement appliquée si, contrairement à ce qu'elle édicte, on considérait le sieur Caraslanis comme régulièrement marié. Ce n'est pas appliquer la loi désignée que de l'appliquer autrement qu'elle entend l'être⁴⁶⁸. Ce raisonnement s'oppose à l'objection du cercle vicieux, mais on fait remarquer qu'aussi longtemps que la qualification n'est pas intervenue, aucune certitude n'existe quant à la loi applicable, et qu'ainsi l'objection joue aussi bien pour la loi française que pour la loi étrangère ; il serait donc illogique de ne prendre en considération que l'une des branches de l'alternative. Mais si l'on tient compte de ces deux branches, alors la qualification *lege causae* débouche ainsi sur un cumul de qualifications, ce qui conduira à appliquer le système le plus restrictif ; ce qui n'est peut-être guère satisfaisant.

Le Doyen BATIFFOL, de son côté, a proposé d'effectuer une distinction entre la qualification de compétence et la qualification de fond, la première s'effectuant

⁴⁶⁶ LOUSSOUARN (Y.) & BOUREL (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 1996, n°186.

⁴⁶⁷ Not., DESPAGNET (F.), « Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques », *J.D.I.* 1898, 253 ; WOLFF (M.), *Private international law*, 2^e éd., 1950.

⁴⁶⁸ BATIFFOL (H.), note sous l'arrêt Civ. 1^{re}, 22 juin 1955, Caraslanis, *R.C.D.I.P.* 1955, 723.

lege fori, la deuxième *lege causae*⁴⁶⁹. Le juge ayant identifié, selon sa loi, une question de responsabilité délictuelle donnant ainsi compétence à la *lex loci delicti* pour régir la demande de dommages-intérêts, il faudrait demander à cette loi-ci si l'obligation du responsable est ou non transmissible à ses héritiers (même si, par exemple, le droit français fait de ce problème une question successorale). Ce système aurait notamment le mérite de concilier les différentes institutions car le respect de la règle de conflit du for ne se ferait pas à l'entier détriment des conceptions étrangères.

On peut noter enfin la tentative de RABEL d'énoncer une théorie de la qualification faite par référence à des concepts autonomes et universels, qui aurait pour but de supprimer les conflits de qualifications, et d'éviter les risques de dénaturation des institutions étrangères. Malheureusement, une telle unité d'inspiration relève sans doute de l'utopie juridique et ne semble pas réalisable⁴⁷⁰. Le droit positif a, de surcroît, retenu un autre principe de solution.

B/ LA SOLUTION RETENUE PAR LE DROIT POSITIF

257. A ces diverses façons d'appréhender le problème, l'arrêt *Caraslanis* a apporté une réponse claire et nette : l'analyse de la situation litigieuse doit s'opérer *lege fori*. L'arrêt a mis fin, du moins en apparence, à ces débats⁴⁷¹. Si la loi nationale des intéressés a effectivement lieu d'être consultée pour la validité du mariage, ce n'est qu'au titre de sa compétence à régir les conditions de fond de l'union. Les conditions de forme, quant à elles, restent soumises à la loi du lieu de célébration. Le juge a également affirmé, dans cette décision, que la célébration du mariage était à classer parmi les formes du mariage :

« *La question de savoir si un élément de la célébration du mariage appartient à la catégorie des règles de forme ou à celle des règles de fond doit être tranchée par*

⁴⁶⁹ BATIFFOL (H.) & LAGARDE (P.), *Traité de Droit international privé*, t. I, 8^e éd., L.G.D.J., 1993, n°295.

⁴⁷⁰ RABEL (E.), « Le problème de la qualification », *R.C.D.I.P.* 1933, 1 ; *The conflicts of laws. A comparative study*, 2^e éd., 1958 ; « Das Problem der Qualifikation », *RabelsZeitschrift* 5/1931, 241.

⁴⁷¹ C'est la position que la jurisprudence a toujours adoptée et que l'arrêt *Caraslanis* a consacrée. Voir, entre autres, l'arrêt *Garcia Fuentès*, PARIS, 9 janvier 1943, S. 1943, II, 29, n. Niboyet : « *C'est à la législation française qu'il importe de se référer en cas de conflit de qualification, c'est-à-dire de conflit sur la question de savoir si une disposition légale doit être considérée comme une règle de fond soumise par la loi française à la loi étrangère ou une règle de forme soumise par le législateur français à notre loi nationale* » ; voir aussi LOUSSOUARN (Y.) & BOUREL (P.), *op. cit.*, note 466, spéc. n°189.

les juges français suivant les conceptions du droit français, selon lesquelles le caractère religieux ou laïc du mariage est une question de forme »⁴⁷².

258. Ce classement de la célébration du mariage parmi les condition de forme du mariage peut surprendre. La jurisprudence antérieure avait en effet parfois choisi de la qualifier de condition de fond ou bien avait utilisé un autre moyen que la technique des qualifications pour rejeter la loi étrangère exigeant une cérémonie religieuse.

On peut en retracer l'évolution en trois étapes⁴⁷³.

259. La jurisprudence considéra dans un premier temps que le mariage intéressait avant tout l'état des personnes et qu'il devait donc être soumis de préférence à la loi personnelle des époux, car relevant du fond de l'union. Lorsque cette loi personnelle exigeait une cérémonie religieuse, et que les intéressés ne s'étaient mariés qu'en la forme civile, la jurisprudence a annulé ou a même déclaré inexistants ces mariages, alors même que l'autorité célébrante avait été un officier d'état civil *français*. Ainsi dans la décision *Mostickzer*, les juges déclarèrent nul le mariage célébré en France devant l'officier d'état civil par deux juifs autrichiens⁴⁷⁴.

Dans une autre affaire, mettant encore en cause des époux de confession israélite, mais cette fois-ci de nationalité russe, les juges déclarèrent que des époux étrangers ne pouvaient se soustraire à l'empire de leur statut personnel en soumettant leur union aux formes instituées par la loi française. Ils considérèrent

⁴⁷² *Civ. 1^{re}, 22 juin 1955, Caraslanis, op. cit., note 464.*

⁴⁷³ Pour un rappel de cette évolution, voir MESTRE (J.), « Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel », *R.C.D.I.P.* 1977, 659.

⁴⁷⁴ *Trib. civ. SEINE, 28 avril 1906, Mostickzer, R.C.D.I.P.* 1906, 751. Les époux Mosticzker, de nationalité autrichienne et de confession juive, avaient contracté mariage à Paris, civilement, le 29 novembre 1900. Le 6 novembre 1902, l'épouse forma contre son mari une demande en divorce. Le mari avança que le droit autrichien, loi de leur nationalité commune, n'admettait le divorce entre époux israélites qu'en cas de consentement mutuel ou d'adultère de la femme et à la requête du seul mari. Le tribunal de la Seine le débouta de cette prétention ; cependant la Cour d'appel de Paris rejeta la demande de l'épouse. Saisie du litige, la Cour de cassation rejeta également le pourvoi, estimant que les époux ne pouvaient se soustraire à l'empire de leur statut personnel, et qu'il n'était pas établi que les époux avaient abandonné leur religion, ce qui aurait pu, selon le même droit autrichien, conduire à permettre à l'épouse de demander le divorce. Par la suite, le tribunal de la Seine (décision du 28 avril 1906) tire la conséquence logique de cette solution, et déclare nul, par application du droit autrichien, le mariage célébré en France devant le seul officier d'état civil, sans recours ultérieur au ministre du culte.

en effet que les conditions de validité de leur mariage étaient soumises à la loi nationale des intéressés. Or la loi russe de l'époque prévoyait que le mariage des israélites était exclusivement régi par la loi religieuse et devait être consacré par un ministre du culte judaïque. Les époux s'étant mariés en France devant l'officier d'état civil, mais non devant un ministre de leur culte, le tribunal déclara leur union inexistante⁴⁷⁵. Cette solution favorable à la compétence de la loi personnelle connut un certain succès⁴⁷⁶.

260. Dans un deuxième temps, les juridictions rejetèrent les actions en nullité engagées au regard de cet argument, en se basant sur l'ordre public. On estimait que le juge n'avait pas à connaître de lois confessionnelles et que le principe de sécularisation du mariage s'opposait ensuite à ce que l'on remette en cause la validité d'un mariage civil célébré en France en donnant la priorité à une exigence de la loi étrangère⁴⁷⁷.

M. MESTRE fit remarquer que de telles décisions ne prenaient pas véritablement parti sur la validité même du mariage, se contentant de déclarer l'action irrecevable. La loi nationale n'était pas réellement déclarée inapplicable ; la loi française n'était pas davantage déclarée applicable, comme le voudrait le jeu normal de l'ordre public⁴⁷⁸. La jurisprudence finit néanmoins, d'après cet auteur, par faire jouer un rôle positif à l'ordre public, les actions n'étant plus simplement rejetées, mais examinées au fond, tout en maintenant la compétence de principe

⁴⁷⁵ Trib. civ. SEINE, 25 novembre 1907, Edinson, R.C.D.I.P. 1908, 242 ; J.D.I. 1908, 1148.

⁴⁷⁶ Trib. civ. de la SEINE, 19 novembre 1920, Georgian, R.C.D.I.P. 1922-1923, 306, ayant déclaré inexistant le mariage célébré civilement en France entre un homme de nationalité grecque et une Française, qui n'a pu de ce fait acquérir la nationalité de son mari. Restée française, elle a pu former devant le tribunal français une demande en divorce contre son mari étranger (C. civ., art. 14). On remarquera incidemment combien il paraît absurde de constater l'inexistence du mariage pour fonder la compétence du tribunal, pour ensuite dire que l'épouse française est recevable à demander le divorce. Pourquoi dissoudre une union qui, pour le juge, n'existe pas ? Voir aussi *infra*, n°541 et suiv.

⁴⁷⁷ Trib. civ. SEINE, 26 juin 1912, Roitstein, R.C.D.I.P. 1913, 134, concl. Mornet ; Trib. civ. SEINE, 27 mai 1913, Rozenzweig, R.C.D.I.P. 1913, 857, concl. Lafon : « La sécularisation du mariage constituant un principe d'ordre public en France, on ne saurait accorder à des étrangers, dont la loi nationale ne reconnaît que la forme religieuse, mais qui, spontanément et dans leur propre intérêt se sont soumis à la loi française, le droit de revendiquer ultérieurement le bénéfice de leur loi nationale, et de faire annuler une union contractée devant l'officier d'état civil français suivant les formes régulières imposées par le Code civil » ; Trib. civ. SEINE 10 décembre 1918, Anker, R.C.D.I.P. 1919, 120, concl. Dumas : « Le principe absolu de la sécularisation du mariage en France interdit aux tribunaux français de permettre de discuter la validité d'un mariage régulièrement contracté devant l'officier d'état civil en s'appuyant sur les règles de la loi religieuse ».

⁴⁷⁸ MESTRE (J.), *op. cit.*, note 473, spéc. n°14.

de la loi personnelle. Plusieurs décisions marquèrent cette réaction, toujours dans des cas où une cérémonie civile avait eu lieu en France alors que l'une des lois nationales requérait une célébration religieuse. Les juges rappelèrent à cette occasion que le principe de sécularisation du mariage impliquait la validité en France des cérémonies purement civiles, tout en ajoutant que l'application sur notre territoire de lois nationales étrangères restait subordonnée au respect de l'ordre public français.

261. Il ne semble pas pourtant qu'il s'agisse ici du jeu tout à fait normal de l'ordre public comme l'affirme notre auteur. S'il est dit en effet que l'application des lois personnelles étrangères se heurte à notre ordre public, qui exclut toute prohibition au mariage d'un caractère purement confessionnel, les juges d'appel, dans la décision citée, déclarèrent pourtant que « *si les étrangers peuvent se marier en France, c'est à la condition de se conformer à la règle d'ordre public qui prescrit la célébration du mariage par un officier d'état civil* ». Cette solution se rapproche davantage d'une règle de police. Le jugement de première instance avait d'ailleurs clairement soutenu : « *Attendu que la règle de sécularisation du mariage se rattache aux lois de police qui, aux termes de l'article 3 du Code civil, obligent tous ceux qui habitent le territoire.- L'exigence d'une célébration civile du mariage ne dérive pas de la règle facultative formulée par l'adage *Locus Regit Actum*, mais d'une prescription d'ordre public qui s'impose aux étrangers quelle que soit leur loi nationale* »⁴⁷⁹. L'arrêt se fonde sans ambiguïté sur les exigences de l'ordre public français, et nie par ailleurs toute vocation à la règle *Locus Regit Actum* à fonder la solution. Mais c'est ici prendre l'ordre public dans sa fonction de rattachement et non dans sa fonction d'éviction de la loi étrangère normalement compétente ; la loi étrangère n'étant pas désignée pour régir la situation, n'a pas à être évincée⁴⁸⁰.

On peut citer, dans la ligne des solutions fondées sur l'ordre public, une dernière décision, mais qui cette fois a bien utilisé la méthode dans sa fonction d'éviction.

⁴⁷⁹ PARIS 17 novembre 1922, Avramovitch, et Trib. civ. SEINE, 7 janvier 1922, S. 1924, II 65, n. Audinet ; J.D.I. 1923, 85 ; note Perroud ; R.C.D.I.P. 1922-1923, 437. Voir encore Trib. civ. SEINE, 15 février 1922, J.D.I. 1922, 396, pour un mariage contracté en Belgique devant l'officier d'état civil entre une Française catholique et un juif polonais, alors que le droit polonais interdisait les mariages entre personnes de confession différente ; Trib. civ. de la SEINE, 17 juin 1927, R.C.D.I.P. 1928, 332, déclarant valable une union civile contractée à Moscou, en 1919, entre une Russe et un Espagnol catholique, dont la loi nationale n'admettait que le mariage canonique. Le juge rappelle, alors que le mariage a été conclu en Russie, et que « *le mariage civil est, en France, un principe d'ordre public, qui s'impose au tribunal d'une façon absolue* ».

⁴⁸⁰ Voir aussi : CHAPELLE (A.), *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse Paris II, 1979.

Il s'agissait de deux Israélites qui s'étaient mariés civilement en France, alors que la loi autrichienne, qui leur était applicable à l'époque, exigeait une célébration religieuse. Une action en nullité fut intentée par l'un des époux, mais le tribunal refusa de considérer ce mariage comme nul : « *Lorsque le mariage de deux étrangers a été célébré en France, la loi étrangère confessionnelle (loi normalement compétente) exigeant une célébration religieuse est inapplicable en France et cette règle de fond doit être écartée par les tribunaux français ; la loi française doit, sur ce point, être substituée à la loi de fond du mariage* »⁴⁸¹. La loi étrangère conduirait en effet à « *contraindre les époux à célébrer contre leur volonté une union religieuse en France métropolitaine* », ce qui ne saurait être admis. On remarquera au passage comment le juge arrange ici les choses. Rien ne dit en réalité que les époux ne souhaitent pas se marier religieusement. On sait, en revanche, que le droit français impose le mariage civil, même contre la volonté des époux.

262. Dans un troisième temps, enfin, c'est sur le terrain de la qualification que le juge se plaça pour imposer la forme de célébration édictée par le droit français. Classant la célébration du mariage parmi les conditions de forme de l'union, la Cour de cassation la plaçait par-là même sous l'empire de la loi française, loi du lieu de célébration.

C'est cette classification parmi les formes ou même l'utilisation de la méthode des qualifications qui est parfois discutée. Il est effectivement difficile de ne pas soupçonner les hauts magistrats de partialité. La solution *Caraslanis* était d'évidence une solution politique. La technique ici choisie a donc été un *moyen*, un instrument, au service de cette politique. Il convient dès lors d'apprécier la solution ainsi retenue.

§ 2 : Appréciation de la qualification de la célébration du mariage

263. L'affirmation (qu'il faut qualifier *lege fori*) n'a pas manqué d'emporter largement satisfaction, en partie pour les raisons rappelées plus haut, mais également parce qu'elle a le mérite de préserver la cohésion de l'ordre du for en garantissant l'intégrité de ses institutions⁴⁸². La solution n'a pourtant pas entraîné

⁴⁸¹ Trib. civ. de la SEINE, 6 décembre 1949, *Berger*, D. 1950, 103 ; J.C.P. 1950, II, 5299, n. J. M.

⁴⁸² *Gr. arrêts* n°28-7.

une adhésion unanime et, notamment, l'utilisation de la méthode des qualifications pour trancher le problème litigieux a soulevé quelques objections (A). C'est ensuite la classification opérée qui suscite, encore aujourd'hui, d'importantes réflexions et de nombreux désaccords (B).

A/ CRITIQUE DE LA TECHNIQUE CHOISIE

1) Remise en cause de la qualification menée *lege fori*

264. Une partie de la doctrine reconnaît un certain mérite à l'arrêt *Caraslanis*, celui d'avoir posé le problème en termes de qualification, et non en termes de loi d'application immédiate. Pour elle, le biais d'une solution nationaliste et exclusive ne s'impose pas, les méthodes traditionnelles restant suffisantes, mais elle regrette qu'aucune place n'ait été laissée à la *lex causae*⁴⁸³. Le droit français ne connaissant pas l'institution du mariage-religieux-obligatoire, la qualification aurait dû être menée en deux temps : l'institution aurait dû être analysée au regard de la *lex causae*, puis classée selon la loi du for.

On raisonnerait donc comme si la célébration religieuse du mariage était une institution inconnue du droit français. Toutes les fois que le juge français est confronté à une institution étrangère, il doit nécessairement l'analyser, afin d'en dégager les traits essentiels et découvrir dans quelle catégorie de rattachement il faut la ranger. Puisqu'il s'agit d'une institution inconnue du droit français, l'analyse ne peut être menée que selon la loi étrangère. C'est la distinction suggérée par le Doyen BATIFFOL entre la phase d'analyse, menée *lege causae*, et la phase de jugement, menée *lege fori*. Cela signifie que le juge français n'est pas lié par la façon de classer du législateur ou juge étranger, il ne fait que consulter celle-ci. Dans notre exemple, cela consisterait à interroger le droit grec sur les fondements de l'exigence d'une cérémonie religieuse. Ce droit dira qu'il considère le mariage comme indissociablement lié à l'idée de sacrement et comme profondément attaché à la personne. Le juge français, au regard de ces explications, classerait lui-même la question dans ses propres catégories.

265. Si l'hypothèse peut être séduisante, en ce qu'elle respecterait davantage l'institution, peut-on néanmoins raisonnablement considérer la célébration

⁴⁸³ MESTRE (J.), *op. cit.*, note 473. La qualification *lege causae* proposée aurait du reste conduit à y voir une condition de fond, car le rôle du prêtre n'est pas « fongible ».

religieuse, condition nécessaire du mariage, comme une institution ignorée du droit français ? Certainement pas. La France a connu cet impératif par le passé. Il est dès lors préférable de conserver ici le principe de la qualification *lege fori*.

La proposition est par ailleurs gênante car on en reviendrait de toutes les façons à l'application de la loi française. La qualification suggérée conduirait en effet à considérer la célébration religieuse du mariage comme une condition de fond, soumise ainsi à la loi personnelle. On reconnaît pourtant que la société française est entièrement concernée lorsque la célébration a lieu sur le territoire français et qu'il est donc impossible de ne pas reconnaître en France la validité d'un mariage qui s'y est déroulé en la seule forme admise par son droit. Il faudrait donc évincer la loi étrangère normalement compétente et lui substituer la loi française car l'ordre public doit défendre les fondements de notre civilisation. Mais ce n'est pas au nom de la sécularisation du mariage qu'il devrait intervenir, mais au nom de la liberté matrimoniale et de la liberté de pensée⁴⁸⁴.

Non dénuée de fondement, cette solution s'avère néanmoins un peu complexe.

2) Remise en cause de l'utilisation de la méthode des qualifications

266. Sans remettre en cause la nécessité de qualifier *lege fori*, une autre partie de la doctrine revient sur l'utilisation même de la méthode de la qualification. Cette application aurait pour but exclusif de soumettre la célébration du mariage à la loi française, et serait ainsi détournée de sa fonction habituelle. Elle conduirait par ailleurs à des résultats contrariants, tels que la formation d'unions boiteuses. Sa mise en pratique est en tout cas révélatrice de son caractère politique.

267. On dénie tout d'abord tout rôle à la méthode conflictuelle classique, soulignant que les conceptions du droit français en matière de mariage rejettent toute idée de conflit en imposant *de facto*, mais sous couvert d'un règlement de conflits de lois classique, la règle française.

M. Jean-Marc BISCHOFF voit par exemple dans l'article 165 du Code civil, qui prévoit que le mariage sera célébré publiquement devant l'officier d'état civil, la nature d'une règle d'application immédiate. Une telle disposition concerne directement l'institution de l'état civil et la compétence des autorités publiques établies à cet effet, et relèverait par conséquent de l'organisation étatique où FRANCESKAKIS a reconnu le critère de la loi d'application immédiate. Dès lors, l'application de la loi étrangère étant intolérable, puisque le propre de

⁴⁸⁴ MESTRE (J.), *op. cit.*, note 473, spéc. n°42.

l'organisation étatique est de ne pas souffrir l'intrusion d'éléments hétérogènes, la méthode habituelle de solution des conflits de lois doit ici s'écarter au profit de l'application immédiate et inconditionnelle de la loi française⁴⁸⁵.

268. Dans le même ordre d'idée, on regrette que la répartition entre le fond et la forme soit faite, non par rapport à un critère déterminé, mais en fonction de la loi que l'on désire appliquer : au lieu de partir de la catégorie, pour désigner la loi applicable, on se demande si l'exigence d'une célébration doit être régie par la loi nationale ou par la *lex loci celebrationis*, pour en déduire la catégorie correspondante. Or, s'agissant de l'interprétation d'une règle de conflit, on devrait se référer à un critère général prédéterminé⁴⁸⁶.

269. On dénonce ainsi de façon générale les faiblesses de la méthode de qualification, mais c'est surtout la qualification retenue par le juge qui est discutable. Ce sont les enjeux politiques qui déterminent la qualification et non un raisonnement abstrait et logique. En droit français, la volonté de faire prévaloir la forme civile du mariage est tout à fait caractéristique de cet asservissement de la méthode au résultat recherché⁴⁸⁷. On a vu, dans nos précédents développements, l'importance des intérêts en cause, et ce que la forme civile visait et signifiait. Or, s'agissant d'un mariage célébré en France, l'ordre juridique français ne saurait supporter l'application d'une autre loi que la sienne. La qualification est inévitablement influencée par l'analyse des institutions internes, dans un mouvement d'auto-contemplation du système duquel on relève⁴⁸⁸. Or rien n'est plus cher au législateur français que de faire prévaloir le plus souvent possible une institution qu'il a eu tant de peine à élaborer et à justifier. Lorsque le mariage est célébré en France, le droit français n'accepte pas d'autre compétence que

⁴⁸⁵ BISCHOFF (J.-M.), *Rép. Dalloz de dr. int.*, t. II, v°Mariage, 1969, n°44 ; également *Gr. arrêts* n°28-14, où les auteurs constatent que « *c'est moins la nature de la question - comme le voudrait une pratique rigoureuse de la méthode conflictuelle - que les conséquences redoutées de l'application de la loi étrangère qui ont conduit à retrancher du domaine de la loi personnelle la question du caractère séculier ou religieux du mariage* », et proposent donc de faire de l'art. 165, C. civ. une loi de police, puisqu'il s'agit de faire respecter en France le monopole des officiers d'état civil en matière de mariage.

⁴⁸⁶ DELAPORTE (V.), *op. cit.*, note 458, spéc. n°134.

⁴⁸⁷ DÉPREZ (J.), « Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques », *R.C.A.D.I.* 1988, vol. 211, pp. 9-372, n°139 et suiv. Voir aussi AUDIT (B.), « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *R.C.A.D.I.* 1984, vol. 186, pp. 219-398, not. pp. 306 et suiv. ; « Qualification et droit international privé », *Droits*, 1993, n°18, p. 55.

⁴⁸⁸ DÉPREZ (J.), *op. cit.*, note 487.

celle de l'officier d'état civil, sous réserve de celle des agents diplomatiques et consulaires étrangers. Il faut donc que la règle de conflit désigne la *Locus Regit Actum* pour que le droit français trouve à s'appliquer, surtout si les futurs époux sont tous deux de nationalité étrangère. On aura donc tout intérêt à faire entrer tout ce qui concerne la célébration même du mariage dans la catégorie forme. Il n'est en effet pas du tout certain, qu'interrogé sur la validité du mariage de Caraslanis, mais célébré dans un pays tiers, le juge eût adopté la même conclusion. Il est donc assez vain de vouloir opposer deux catégories et y faire entrer de force un certain nombre d'éléments que l'on considère comme fondamentaux. On pourrait sans détour placer le débat sur le caractère impératif de la forme civile et non dans l'opposition de deux catégories⁴⁸⁹. On avance même qu'il n'existe pas ici à proprement parler de conflit de qualifications, mais une opposition irréductible entre les exigences de la loi territoriale et les exigences de la loi nationale⁴⁹⁰.

270. La loi française qui impose une célébration civile du mariage même aux étrangers se trouvant en France est donc une disposition matérielle dont le champ d'application se trouve fixé dans les relations internationales. La référence à la règle *Locus Regit Actum* est trompeuse car elle évoque la caractère alternatif de celle-ci et non l'interprétation impérative qui lui est donnée en matière de mariage⁴⁹¹.

Il serait cependant excessif de dire que les unions célébrées en France par un officier d'état civil compétent sont nécessairement valables, quoi que puisse en décider, sur ce point, la loi personnelle des époux, dans la mesure où cette intervention ne met pas à l'abri d'une nullité. En tout état de cause, la classification opérée par le droit positif s'expose à la critique.

⁴⁸⁹ La qualification ne serait pas le meilleur procédé pour fonder la solution. Par ailleurs, la volonté de faire prévaloir la forme civile pourrait avoir une raison d'être si elle répondait à un véritable besoin du corps social. Or, à présent, le mariage civil est solidement installé depuis deux siècles et supporterait des formes de célébration concurrentes : DÉPREZ (J.), *op. cit.*, note 487, spéc. n°142. Voir aussi *infra*, n°480 et suiv.

⁴⁹⁰ GANNAGÉ (P.), « La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales », *R.C.A.D.I.* 1979, vol. 164, p. 338, n°26 et 29.

⁴⁹¹ Voir *infra*, n°298 et suiv.

B/ CRITIQUE DE LA CLASSIFICATION OPÉRÉE

271. On pourrait croire tout d'abord, au vu de l'option choisie par la jurisprudence dans notre matière, que l'on dénie toute réalité aux affaires religieuses. Le fait religieux occupe toutefois une certaine place en droit français, de façon générale, et dans le droit du mariage en particulier. Quelques espèces assez récentes ont par exemple annulé, sur le fondement de l'article 180 du Code civil, des mariages pour cause d'erreur sur les qualités substantielles de la personne parce que l'un des époux n'avait pas trouvé « *chez son futur les mêmes convictions [religieuses] et le même désir de conclure une union sérieuse et durable* », et qu'il n'aurait jamais consenti au mariage en connaissance de cause⁴⁹². D'autres décisions, même si elles sont peu nombreuses, témoignent de l'intensité (quoique décroissante) des aspirations spirituelles dans le domaine de la famille. Or, fonder ces décisions sur l'erreur sur les qualités substantielles, c'est considérer que le caractère religieux du mariage intéresse sa substance, donc ses fondements.

⁴⁹² Trib. Gr. Inst. Basse-Terre, 25 octobre 1973, *D.* 1974, somm., 44 ; Trib. Gr. Inst. LE MANS, 7 décembre 1981, *J.C.P.* 1986, II, 20573, note J.-J. Lemouland. La Cour d'appel de DOUAI a également considéré comme fautif le départ de l'épouse causé par l'attachement du mari à la religion musulmane : Cour d'appel de Douai, 28 novembre 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 2, 388, note Renard. Mais l'erreur sur la religion du conjoint n'est pas admise car cette discrimination heurterait notre ordre public.

Parfois encore, sans déclarer le mariage nul, le juge a fondé sa décision sur un motif religieux. On a par exemple considéré que constituait une injure grave, cause de divorce, le fait pour le mari de refuser, après la célébration civile, de procéder à la célébration religieuse (Trib. civ. SEINE, 3 mars 1933, *S.* 1934, 2, 67 ; ROUEN, 29 avril 1910, *S.* 1911, 2, 37), ou encore la dissimulation de sa religion véritable ou d'un mariage religieux non encore dissous (PARIS, 20 juillet 1943, *D.* 1944, 7). Voir aussi : Trib. civ. SEINE, 4 avril 1951, *J.C.P.* 1953, II, 7408, n. J. M. ; *R.C.D.I.P.* 1953, 586, n. H. B. : « *la croyance erronée que son futur conjoint n'est pas dans les liens d'un mariage religieux, lorsqu'elle a été déterminante, constitue une erreur dans la personne au sens de l'article 180 du Code civil* ». Pour un ensemble de la question, voir : COULOMBEL (P.), « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.T.D.Civ.* 1956, p. 1 ; ATIAS (C.), « Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce », *J.C.P.* 1984, I, 3151.

On peut enfin signaler, toujours dans le domaine de la dissolution de l'union, les articles 238, al. 2, et 240 du Code civil qui viennent tempérer l'institution du divorce pour rupture de la vie commune. Ceux-ci fournissent au plaideur le moyen de paralyser l'action en divorce de l'autre, lorsqu'il invoque la gravité des conséquences matérielles ou morales qu'aurait pour lui le divorce. C'est ce que l'on appelle communément la clause d'exceptionnelle dureté. Or, parmi ces conséquences morales d'une exceptionnelle dureté, on a parfois pris en considération les convictions religieuses de l'intéressé ; voir, notamment, Cour d'appel de MONTPELLIER, 16 février 1987, *D.* 1988, 5, note J. Villacèque et Civ. 2^e, 23 octobre 1991, *D.* 1993, 193, note J. Villacèque.

272. Le droit international privé n'est pas non plus étranger à l'appréhension de la religion. Celle-ci n'est pas, en droit français, directement prise comme critère de rattachement mais indirectement, lorsque la loi nationale qui régit le statut personnel est aussi une législation à caractère confessionnel⁴⁹³.

A une époque pourtant contemporaine de la séparation de l'église et de l'État, mais où les idées personalistes de Mancini étaient en vogue, les juridictions françaises se sont par exemple déclarées incompétentes pour divorcer des juifs russes dont la loi nationale exigeait l'intervention d'un rabbin. Il s'agissait de deux israélites russes, qui s'étaient mariés quelques temps plus tôt, en France, devant l'officier d'état civil et devant le rabbin. Le mari fit plaider l'incompétence des tribunaux français au motif que le divorce des israélites était en Russie, au même titre que leur mariage, une institution exclusivement religieuse, relevant de la compétence du tribunal rabbinique. Les magistrats prirent cet argument à leur compte, dans le célèbre arrêt *Levinçon*⁴⁹⁴.

Cette décision marque certes une ultime étape dans la jurisprudence française, avant le grand tournant qu'elle devait connaître par la suite⁴⁹⁵, et nos tribunaux ne déclineront pas aujourd'hui leur compétence sur un motif de cet ordre. Mais ils sont parfois obligés de tenir compte des prescriptions des lois confessionnelles, notamment lorsque celles-ci se confondent avec les lois personnelles qui tiennent compte des différents statuts confessionnels, comme c'est le cas par exemple au Liban, où la religion fait partie de l'état civil⁴⁹⁶. Autrement, c'est surtout sous couvert de protection de la vie privée ou des libertés fondamentales ou par le détour de l'ordre public, que le juge réagira. Il considérera par exemple comme contraire à nos conceptions et au principe de non-discrimination l'interdiction faite par une loi confessionnelle d'épouser une personne de religion différente⁴⁹⁷.

Il faut donc croire, au regard de ces brefs développements, que ce n'est pas dans

⁴⁹³ Cour d'appel de VERSAILLES, 31 octobre 1994, *D.* 1995, 245, n. Éric Agostini, qui considère comme fautif le refus du mari de délivrer le *Gueth* à la femme dont il est civilement divorcé, alors que selon la loi mosaïque, cette formalité est indispensable à la dissolution du mariage, empêchant sinon le conjoint de se remarier religieusement.

⁴⁹⁴ Cass. civ, 29 mai 1905, *Levinçon*, *R.C.D.I.P.* 1905, 518.

⁴⁹⁵ Pour un ensemble de l'évolution, voir *supra*, n°259 et suiv.

⁴⁹⁶ GANNAGÉ (P.), *op. cit.*, note 490 ; MONEGER (F.), « Les musulmans devant le juge français », *J.D.I.* 1994, 345. Celle-ci fait cependant remarquer que peu de décisions mettent en œuvre le statut musulman, lorsque celui est en cause, l'ordre public ou d'autres procédés (lois françaises considérées comme d'application territoriale) s'opposant fréquemment à son application.

⁴⁹⁷ Trib. civ. de PONTOISE, 6 août 1884, *J.D.I.* 1885, 296 ; Cour d'appel de PARIS, 17 novembre 1922, *J.D.I.* 1923, 85.

un esprit anticlérical, du moins pas exclusivement, que les magistrats de la Cour de cassation ont refusé de voir, dans la célébration du mariage, une condition de fond de celui-ci. Ce parti pris n'a pas été réellement justifié, et la qualification fond aurait tout aussi bien pu être retenue, du point de vue même du droit français. Il convient dès lors de s'interroger sur les justifications du classement choisi et d'en apprécier la portée.

1) Justifications de la classification parmi les formes

273. Si l'on reprend les définitions qui ont été données de la forme et du fond⁴⁹⁸, alors on peut effectivement croire que la célébration du mariage relève de la première. Si la forme est la manifestation extérieure de la volonté, alors la célébration est la forme du mariage. Si certains regrettent l'utilisation de la méthode des qualifications par la Cour de cassation pour faire régir la célébration par le droit français, ils ne critiquent pas forcément le classement parmi les conditions de forme⁴⁹⁹. Pour M. Vincent DELAPORTE, la célébration relève bien de la forme, mais il propose seulement de rattacher celle-ci à la loi personnelle, la forme ne pouvant, selon lui, être détachée du fond⁵⁰⁰. Au lieu d'occuper toute une catégorie à elle seule, la forme devrait constituer un sous-ensemble de la catégorie fond, tant la forme est finalement l'accessoire du fond. La forme n'aurait pas, en fait, de caractère véritablement autonome et cela conduirait à ne pas pouvoir opposer cette catégorie à la catégorie fond. Ces deux catégories exprimeraient un même aspect d'une institution complexe, toute règle de forme répondant à des exigences de fond⁵⁰¹.

274. Il apparaît par ailleurs que le classement de la célébration du mariage dans la catégorie forme est caractéristique des systèmes laïques, les droits à

⁴⁹⁸ Voir *supra*, n°247 et suiv.

⁴⁹⁹ JORDAN (C.) « Une célébration religieuse est-elle une condition indispensable à la validité du mariage contracté en France par deux israélites autrichiens ? », *R.C.D.I.P.* 1910, 195.

⁵⁰⁰ DELAPORTE (V.), *op. cit.*, note 458, spéc. n°139.

⁵⁰¹ La Cour de cassation, dans l'affaire *Caraslanis* a raisonné en termes de qualifications, parce que le plaideur l'a entraînée sur ce terrain, mais à force de vouloir trop distinguer, nous enseigne M. Rigaux, on risque de vider complètement la catégorie des formes car tout formalisme trouve son origine dans la volonté de voir respectée une condition de fond. Le concept par ailleurs de *forme solennelle* altère encore la distinction car la règle de droit liant la validité de l'acte à l'accomplissement d'une forme déterminée est, par hypothèse, irréductible aux qualifications techniques 'fond' et 'forme' : RIGAUX (F.), « La force probante des écrits en droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1961, 19, n°1.

caractère confessionnel la classant dans l'autre catégorie⁵⁰².

D'autres encore, s'ils ne voient pas dans la célébration du mariage une simple exigence de forme, n'en considèrent pas moins que la solution Caraslanis, en dépit du moyen utilisé, trouve une certaine justification. Si l'on donnait tout d'abord à l'exigence d'une certaine forme de cérémonie la qualification de statut personnel, ce serait soit admettre la compétence en France d'autorités religieuses étrangères, soit inviter les étrangers à retourner dans leur pays afin qu'ils puissent se conformer aux prescriptions de leur loi personnelle. La qualification ainsi donnée par l'arrêt permet, entre autres, d'assurer, en France, le respect du principe de la liberté matrimoniale⁵⁰³.

2) Critique de ce classement parmi les formes

275. Si le moyen employé, pour ne pas être le meilleur, permet d'atteindre cet objectif, il n'en présente pas moins quelques inconvénients. On lui a par exemple beaucoup reproché d'engendrer des unions boiteuses, le mariage civil n'étant pas reconnu comme valable dans le pays dont l'intéressé est le ressortissant⁵⁰⁴. En admettant même que les époux fassent suivre l'union civile d'une célébration religieuse, ce n'est pas la *même* union qui serait reconnue à l'étranger, le pays dont l'intéressé est ressortissant ne donnant de valeur qu'à la dernière.

Mais c'est surtout le classement lui-même qui a été vivement discuté. Nombreux sont en effet ceux qui auraient classé la célébration religieuse du mariage parmi les exigences de *fond* de l'union. Il faut préciser que les désaccords ont exclusivement porté sur la place de la célébration *religieuse* et non pas tout simplement sur la *célébration* du mariage. Il était pourtant manifeste que la célébration religieuse du mariage relevait du fond. Il l'était tout autant pour la célébration *civile* de l'union qui appartient aussi à cette catégorie.

276. La célébration *religieuse* du mariage, pour ceux qui y recourent, est un élément fondamental du mariage. Dans la confession chrétienne, ainsi que dans

⁵⁰² Le droit musulman, en revanche, ne ferait pas de la célébration une condition de fond. La forme du mariage musulman se réduit à l'échange des consentements au mariage devant deux témoins adultes, le recours à une cérémonie ou à une autorité n'est nullement exigé. La qualification qu'il donne de la célébration du mariage se rapprocherait alors de celle du système laïque. Voir : ELGEDDAWY (A.), *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*, Dalloz, 1971, n°146 ; TOUATI (M.), *Le caractère religieux de la formation du mariage en droit international privé*, thèse Paris, 1963.

⁵⁰³ Gr. arrêts n°28-13.

⁵⁰⁴ Gr. arrêts n°28-15 ; MESTRE (J.), *op. cit.*, note 473.

la plupart des confessions, la célébration est un acte religieux dont l'objet est de sanctifier et de spiritualiser la relation entre les époux et tient à la conception que se font les époux de la substance même de leur union⁵⁰⁵.

Certaines décisions, certes très isolées, ont d'ailleurs clairement donné cette qualification à l'exigence d'une célébration religieuse. L'affaire *Zagha* elle-même illustre cette tendance, puisqu'en admettant la validité du mariage célébré dans la forme prévue par la loi personnelle, le juge reconnaît indirectement une condition de fond dans le caractère religieux du mariage⁵⁰⁶.

277. Il faut considérer toutefois que la célébration *civile* du mariage est aussi un élément substantiel de l'union. Elle est une véritable consécration des principes et valeurs de la République française.

La célébration du mariage a en effet un caractère politique très marqué, qui la fait entrer dans les fondements mêmes de l'institution⁵⁰⁷. L'aspect 'extérieur', 'formel' de cette célébration, en dépit des définitions que l'on en donne, devrait donc entrer dans la catégorie des conditions de fond. En effet, le choix d'une célébration civile ou religieuse, et le fait même de choisir le mariage plutôt que le concubinage, relèvent de la conception que les futurs époux se font du mariage et de la famille. Qui dit conception, dit fondement, donc classification de principe dans les conditions de fond.

Du point de vue de l'Etat, également, les contours extérieurs de la conclusion du mariage ont une signification bien précise. Ils trouvent leur source principale dans l'histoire de la formation du mariage, et leur régime révèle clairement l'absence de neutralité dans ce domaine. C'est peut-être moins ici l'idée de contrôle des conditions de fond, fondement originel de la solennisation progressive du mariage, que celle de laïcité qui donne toute sa valeur à la forme du mariage.

L'observation n'est pas nouvelle. On avait déjà fait remarquer que la motivation

⁵⁰⁵ BATIFFOL (H.), *Traité élémentaire de droit international privé*, 3^e éd., 1959, n°440 ; MARIDAKIS (G.), « Le mariage des Grecs orthodoxes hors de Grèce », *R.C.D.I.P.* 1952, 661 ; MESTRE (J.), *op. cit.*, note 473, not. p. 681 ; CHAVRIER, note sous l'arrêt *Caraslanis*, *D.* 1956, 73 ; ELGEDDAWY (A.), *op. cit.*, note 502, spéc. n°146 ; LOUIS-LUCAS (P.), *op. cit.*, note 460, spéc. n°186 ; BERAUDO (J.-P.), *Les relations franco-espagnoles de droit international privé*, thèse Paris I, 1975, p. 55 ; TOUATI (M.), *op. cit.*, note 502, spéc. n°131. Voir aussi *supra*, n°152 et suiv.

⁵⁰⁶ Trib. civ. SEINE, 6 décembre 1949, Berger, *D.* 1950, 103 ; *J.C.P.* 1950, II, 5299, n. J. M. ; LEHMANN (R.), *Les qualifications, J.-Cl. dr. int.*, fasc. 531, 1988, n°92 ; voir surtout la décision de première instance : Trib. Gr. Inst. GRASSE, 5 décembre 1967, Zagha, *J.D.I.* 1969, 82, n. Lehman ; *Gaz. Pal.* 1968, 1, 91.

⁵⁰⁷ Voir *supra*, n°152 et suiv.

de l'arrêt *Caraslanis* violait l'esprit de la loi française. Du principe de laïcité découle obligatoirement une exigence de fond puisque la forme française du mariage ne peut-être remplacée, alors qu'elle devrait être facultative⁵⁰⁸.

Là encore, la célébration révèle la conception que l'Etat français se fait du mariage. Cette conclusion pourrait néanmoins être remise en question :

Si l'on s'attache à la délimitation proposée par M. LOUIS-LUCAS, on peut ne pas arriver à la même conclusion. Celui-ci, rappelons-le, distingue fond et forme au moyen du critère de l'interchangeabilité ou non des éléments qui composent l'institution. Le caractère confessionnel du mariage constituerait une condition de fond car on ne peut lui trouver d'opération équivalente sans altérer l'essence même de l'union. Au contraire, toujours selon cet auteur, les autorités qui interviennent dans la réalisation civile du mariage pourraient se voir substituées à d'autres autorités qui joueraient un rôle identique⁵⁰⁹.

La forme peut être remplacée, pas le fond. Or il est clair qu'une célébration religieuse ne peut être remplacée par une autre, c'est-à-dire selon les rites d'une confession différente, encore moins par une célébration civile. Il reste à se demander si le mariage civil peut lui-même être remplacé (par exemple par un enregistrement ou une transcription), tant il est vrai que la laïcité tend elle-même à s'ériger parfois en profession de foi. Dans l'affirmative (possibilité de remplacement), la qualification formelle devrait être retenue, et la qualification opposée dans le cas contraire. Tout dépend en fait des fondements que l'on donne au mariage civil.

278. Il faudrait, de plus, tenir compte des incidences de la « déformalisation » des unions. Puisque l'Etat ne s'y oppose pas, mariage et concubinage semblent pouvoir entrer globalement dans une politique familiale commune, où tous les couples stables participeront à l'évolution de notre société. L'extériorisation du consentement des époux deviendrait alors, mais uniquement d'un point de vue étatique, une donnée interchangeable, accessoire au fond, et serait alors bien, de ce point de vue à classer dans la catégorie des conditions de forme.

Il ne faudrait pourtant pas en déduire trop hâtivement que l'extériorisation du mariage appelle une qualification mixte, tantôt fond (pour la célébration religieuse), tantôt forme (pour la célébration civile), selon l'angle de vue sous lequel on se place, ce qui ne serait guère satisfaisant. Cela conduirait de plus,

⁵⁰⁸ « *Imposer en toute circonstance la célébration civile du mariage, c'est étendre jusqu'à la limite le domaine d'une règle de fond, celle de la laïcité* » ; cf. GANNAGÉ (P.), *op. cit.*, note 490, spéc. n°30.

⁵⁰⁹ LOUIS-LUCAS (P.), *op. cit.*, note 460, spéc. p. 175.

pour la même question de validité en la forme, à faire appel à deux catégories différentes, qui ont elles-mêmes des rattachements différents, qui peuvent éventuellement conduire à désigner des lois différentes. Si, dans le cas d'un mariage mixte, l'application distributive des lois nationales en présence se justifie (les futurs époux sont de statut et de provenance différents), elle serait ici plus critiquable. L'application cumulative aurait un résultat encore plus condamnable.

Nous nous attacherons donc à la qualification de fond pour la célébration du mariage, c'est-à-dire pour la 'forme extériorisée' du consentement des époux, qu'elle soit laïque ou religieuse. La « déformalisation » de l'union des sexes, évoquée précédemment, vient curieusement renforcer cette opinion. Le mariage étant devenu quasiment « facultatif », alors pour ceux qui choisissent le mariage, civil ou religieux, le mariage est le fondement même de leur union.

Enfin, la distinction du fond et de la forme n'apparaît pas seulement artificielle en raison de la qualification habituellement attribuée à la célébration du mariage. Elle l'est aussi en raison d'une certaine incohérence des règles de rattachements.

Section 2

Incohérence des règles de rattachement

279. La distinction du fond et de la forme trouve son incidence pratique dans le fait que la célébration du mariage ne fait pas, comme nous le savons, l'objet d'une règle unique de rattachement, mais de deux rattachements indépendants. Les premières sont rattachées à la loi nationale de chacun des futurs époux, et les seconds à la règle *lex loci celebrationis*. Or il règne en ce domaine un certain manque de cohérence : sous une apparence d'autonomie, la distinction ne parvient pas à maintenir son indépendance, certaines conditions de fond étant finalement régies par la *lex loci celebrationis* et, inversement, certaines conditions de forme étant soumises à la loi nationale. Il est alors tout à la fois dérogé à la compétence de la *lex loci celebrationis* (§ 1) et à celle de la loi nationale (§ 2).

§ 1 : Dérogations à la compétence de principe de la *lex loci celebrationis*

280. La forme du mariage est régie par la loi du lieu de la conclusion de l'acte. Le principe supporte néanmoins quelques exceptions, laissant une plus grande place à la compétence de la loi nationale, ce qui est le cas concernant la publication des bans (A) et la conclusion du mariage en la forme diplomatique ou consulaire (B). L'application de la *lex loci celebrationis*, enfin, n'est pas toujours possible (C).

A/ LES PUBLICATIONS

281. Parmi les formalités auxquelles les futurs époux sont assujettis figure la publication des bans, c'est-à-dire l'annonce du projet de mariage faite, par voie d'affichage, à la porte de la mairie de la résidence de chacun des époux. Il s'agit là d'une condition de forme, soumise à la *lex loci celebrationis*. Les étrangers se mariant en France doivent s'y soumettre et procéder à ces publications au lieu de leur résidence en France⁵¹⁰.

Pour les Français se mariant à l'étranger, il faut supposer que si une telle condition était également exigée de la part de la loi étrangère, le Français devrait s'y plier puisque les conditions de forme sont régies par la loi locale. Or curieusement, les Français se mariant à l'étranger doivent également procéder aux publications *en France*. Ceci résulte de l'article 170 du Code civil qui permet aux Français de se marier hors de France en la forme locale, mais à condition qu'ils satisfassent aux dispositions des articles 63 et 166, c'est-à-dire aux publications préalables.

282. Mais pourquoi étendre ces dispositions aux mariages célébrés hors de France et exclusivement à ceux qui impliquent un Français ? La condition des

⁵¹⁰ Les étrangers se mariant en France doivent eux-même se plier aux exigences prévues à l'article 63, C. civ., aux lieux indiqués à l'art. 166 : MESTRE (J.), « Le mariage en droit international privé. Conditions de forme », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 546-20, 1993, n°91 et suiv. Si des Français se marient en France alors qu'ils n'ont pas de domicile ou de résidence en France, la publication sera faite au lieu de leur domicile à l'étranger, toujours en application de l'article 166. Il est tenu en pareil cas de produire, à l'officier d'état civil français, un certificat de publication émanant de l'autorité étrangère, sauf si la production de cette pièce est impossible ; cf. Instruction générale relative à l'état civil, n°545.

publications préalables en France serait-elle alors une exigence de fond et non une exigence de forme ? On pourrait effectivement y songer puisqu'on a posé cette obligation, en droit interne, pour provoquer les oppositions éventuelles et donc assurer le respect des conditions de fond, et que cette exigence semble bien suivre le Français où qu'il aille. Il s'agirait donc d'une entorse à la compétence de principe de la maxime *Locus Regit Actum*. On a souvent interprété l'article 170 en ce sens⁵¹¹. Pourtant plusieurs arguments vont à l'encontre de cette interprétation.

Tout d'abord s'il s'agissait d'une véritable condition de fond régie par la loi nationale, il n'y aurait pas alors entorse à la règle *Locus Regit Actum*, et la distinction du fond et de la forme serait en partie sauvegardée. Malheureusement, on peut sérieusement douter de cette qualification. Si condition de fond il y avait, il faudrait admettre la même exigence de la part des lois étrangères, lois nationales des intéressés se mariant sur notre territoire. Or il se trouve que nos autorités font bien peu de cas d'une telle exigence, même si elle est requise à peine de nullité par la loi étrangère. L'Instruction générale relative à l'état civil précise clairement que, si le droit étranger prévoit une publication préalable dans le pays d'origine, pour les étrangers se mariant en France, l'officier d'état civil français, qui célébrera le mariage, n'a pas à vérifier si cette prescription a été respectée⁵¹².

On ne peut donc dire de cette disposition qu'elle relève vraiment du fond. C'est pourquoi NIBOYET avait proposé de lui donner la qualification d'une règle mixte : l'exigence touche la forme car elle se rattache à la célébration du mariage, mais comme elle s'applique aux Français se mariant hors de France, elle est incompatible avec l'idée d'une simple forme. Cette règle est donc une règle de forme lorsque le mariage est célébré en France et une règle de fond lorsqu'il est célébré à l'étranger⁵¹³. Séduisante à première vue, cette explication n'est peut-

⁵¹¹ MESTRE (J.), « Le mariage en droit international privé. Conditions de fond », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 546 A, 1992, n°138 et suiv. ; cette règle n'aurait selon lui que l'apparence d'une condition de forme, sinon on ne comprendrait pas pourquoi elle s'impose aux Français se mariant à l'étranger, puisque les règles de forme sont soumises à la *lex loci actus*. Le caractère extra-territorial très marqué de la disposition la rapprocherait d'une règle de fond. Exigée dans un intérêt social et familial, cette publication touche forcément le fond du droit et échappe à la règle *Locus Regit Actum*.

⁵¹² Instruction générale relative à l'état civil, n°547 ; sauf, en vertu d'un échange de lettres franco-italien, pour ce qui concerne les ressortissants italiens : l'officier d'état civil doit demander au futur époux la remise d'un certificat constatant qu'ils ont fait procéder au lieu de leur dernier domicile en Italie aux publications prescrites par le Code civil italien et qu'il n'a été fait aucune opposition. Cf. aussi MESTRE (J.), *op. cit.*, note 510, spéc. n°90 et suiv.

⁵¹³ NIBOYET (J.-P.), *Traité de droit international privé français*, Sirey, 1938-1949, t. VI, n°1587.

être pas pleinement satisfaisante dans la mesure où le caractère de la règle varie selon que le mariage a été célébré en France ou à l'étranger.

283. Rappelons ensuite que les publications sont destinées à provoquer les oppositions. Or, ces oppositions sont en général faites par les proches de l'intéressé. Mais les proches sont ceux que l'on trouve plutôt dans le milieu dans lequel vit le futur époux et ce sont aussi ceux-là qui sont les plus à même d'être informés d'un éventuel empêchement à mariage. L'article 170 renvoie aussi à l'article 63, lui-même complété par l'article 166. Ce dernier texte prévoit que les publications seront faites à la mairie du lieu de célébration et du lieu du domicile ou de la résidence. Il est donc assez logique de présumer que, si un Français n'a plus aucune attache géographique avec la France, parce que lui-même et toute sa famille sont domiciliés à l'étranger, il n'y a pas lieu d'exiger de lui qu'il procède à ces publications en France, et l'on ne pourrait même pas réserver le cas de la fraude. L'obligation disparaît donc s'il n'y a pas de résidence en France⁵¹⁴. On peut d'ailleurs souligner que la possibilité de s'opposer au mariage projeté est sans doute à l'origine de l'exigence d'un domicile ou d'une résidence en cette matière, alors qu'un acte juridique « ordinaire » peut être reçu par n'importe quel notaire.

284. Ces dernières remarques nous conduisent finalement à dire qu'il s'agit bien d'une condition de fond, mais rattachée, non pas à la nationalité ou au lieu de célébration (du moins pas exclusivement), mais au domicile ou à la résidence.

La disposition de l'article 170 n'est pas rattachée à la nationalité car elle s'applique aussi aux étrangers, et on ne laisse pas de place aux exigences de la loi nationale étrangère. Il reste qu'elle est nécessairement rattachée au lieu de célébration, les publications devant aussi être faites à cet endroit si la loi locale, française ou étrangère, l'exige.

D'autres, enfin, ont avancé qu'il s'agissait en fait ici d'une loi d'application immédiate concernant les Français ainsi que les mariages célébrés en France⁵¹⁵. Mais ceci n'explique en fait pas pourquoi, lorsque le mariage est célébré à l'étranger, l'on doit procéder à ces publications si la *lex loci celebrationis* l'exige. La distinction du fond et de la forme paraît, là encore, artificielle, par

⁵¹⁴ MESTRE (J.), *op. cit.*, note 510, spéc. n°71 ; NIBOYET (J.-P.), *loc. cit.*, note 513 ; BISCHOFF (J.-M.), *Rép. Dalloz de dr. int.*, v°Mariage, n°99 ; Cour d'appel de RABAT, 2 novembre 1962, R.C.D.I.P. 1964, 683, n. P. Lagarde.

⁵¹⁵ MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°550 ; *contra*, pour un fondement sur la fraude à la loi, BATIFFOL (H.) & LAGARDE (P.), *Traité de Droit international privé*, t. I, 8^e éd., L.G.D.J., 1993, n°421.

l'acharnement du droit français à étendre son champ d'application, hors du territoire français. Ce défaut est également mis en évidence lorsqu'il s'agit de transposer cette distinction aux mariages diplomatiques et consulaires.

B/ LES MARIAGES DIPLOMATIQUES ET CONSULAIRES

285. Sous certaines conditions, une autorité étrangère peut efficacement, au regard du droit français, *dresser* un acte d'état civil alors pourtant que l'événement s'est produit sur notre territoire. Aucune disposition française ne reconnaît à celle-ci la qualité d'officier d'état civil, mais cette qualité est reconnue par une coutume internationale, reprise dans la Convention de Vienne du 24 avril 1963 relative aux relations consulaires⁵¹⁶. Elle ressort également, implicitement, de l'article 7, dernier alinéa, du décret du 3 août 1962 prévoyant la transcription, sur nos registres d'état civil, des actes de mariage reçus en France par les agents diplomatiques et consulaires étrangers. La France reconnaît donc la validité des actes de l'état civil dressés, en France, par les autorités étrangères, et les étrangers peuvent se marier en France devant un agent diplomatique de leur pays, à la condition que celui-ci soit investi des fonctions de l'état civil par la loi de son pays⁵¹⁷. L'agent doit aussi être compétent au regard de

⁵¹⁶ QUENAUDON (de) (R.), « Actes de l'état civil », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 544, 1993, n°48 et suiv. ; Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires, *R.C.D.I.P.* 1971, 575 : « *Les fonctions consulaires consistent à (...) agir en qualité de notaire et d'officier d'état civil et exercer des fonctions similaires, ainsi que certaines fonctions d'ordre administratif, pour autant que les lois et règlements de l'Etat de résidence ne s'y opposent pas* » (Article 5 f) ; MESTRE (J.), *op. cit.*, note 510, spéc. n°93 et suiv.

Voir aussi MARESCA (A.), « Les relations consulaires et les fonctions du consul en matière de droit privé », *R.C.A.D.I.* 1971, III, vol. 134, p. 111 ; VALÉRY (J.), « Le mariage religieux célébré dans la chapelle d'une ambassade ou légation étrangère », *Rev. dr. int.* 1921, 161 ; SIMON-DEPITRE (M.), *Rép. Dalloz de dr. int.*, v° Consul (attributions), 1968 ; ARROYO MONTERO (R.), *El matrimonio consular*, Madrid, *La Ley*, 1991.

⁵¹⁷ Un jugement a prononcé la nullité d'un mariage célébré en France par le consul du Guatemala au motif que ce pays ne donne pas à ses agents le pouvoir d'agir en tant qu'officier d'état civil : Trib. civ. SEINE, 15 mars 1932, *J.D.I.* 1935, 647 ; *D.* 1934, 2, 75 ; *R.C.D.I.P.* 1935, 436. C'est peut-être également pour la même raison que l'on n'a pas reconnu valables les mariages célébrés, dans une ambassade, par un ministre du culte : PARIS 1^{er} mars 1922, *Basiliadis*, *J.D.I.* 1922, 407 ; *S.* 1924, 2, 65, n. Audinet ; *R.C.D.I.P.* 1922-1923, 310 : « *Les ministres du culte étranger ne sont pas assimilés aux agents diplomatiques ou aux consuls auxquels est reconnu le droit de procéder, en France, au mariage de leur nationaux* ».

Il faut également que la compétence de ces agents soit reconnue par la loi française. Les agents étrangers ne peuvent exercer les fonctions d'état civil sur notre territoire que s'ils ont reçu l'exequatur du gouvernement de la France :

la France⁵¹⁸.

Réciproquement, un agent diplomatique ou consulaire français, en fonction à l'étranger, peut y exercer des fonctions d'état civil et notamment célébrer le mariage de ressortissants français⁵¹⁹.

286. Il reste cependant à déterminer selon quelle loi ces agents peuvent agir. Agissent-ils conformément à la loi du lieu de leur résidence ou conformément à celle du pays qu'ils représentent ? Concernant en tout cas les agents français exerçant leurs fonctions à l'étranger, l'Etat français leur demande d'agir conformément à la loi française. Cela ressort très clairement des articles 48 et 170 du Code civil⁵²⁰. Mais à quel titre la loi française s'applique-t-elle ici ?

Une explication préliminaire s'impose : l'ambassade ou le consulat ne sont pas des morceaux de territoire étranger⁵²¹. Si, par exemple, un agent diplomatique français applique la loi française à la forme d'un acte, la loi française n'est pas appliquée en tant que *lex loci actus*, mais en tant que loi personnelle de l'agent,

Instruction générale relative à l'état civil, n°556. L'exequatur est le titre donné par le gouvernement qui consacre l'admission de l'agent au libre exercice de ses fonctions et la reconnaissance de sa qualité officielle ; il revêt généralement la forme d'une lettre patente signée par le Chef de l'Etat et contresignée par le ministre des Affaires étrangères : QUENAUDON (de) (R.), *op. cit.*, note 516, n°130.

⁵¹⁸ La compétence est exclue lorsque l'un des époux est Français : Ch. civ. 30 juillet 1900, S. 1902, 1, 225, n. Wahl ; J.D.I 1900, 969, concl. Desjardins ; D.P. 1901, 1, 317 ; Trib. Gr. Inst. PARIS, 22 décembre 1981, J.C.P. 1982, IV, 210 ; il faut, de plus, que les deux futurs époux soient ressortissants du pays d'origine de l'agent : REIMS, 19 janvier 1976, Chenot c./ Papa Souleye N'Diaye, J.D.I. 1976, 916, n. Fadlallah.

⁵¹⁹ Convention de Vienne du 24 avril 1963, article 57, qui admet la possibilité de faire célébrer les mariages par les agents consulaires.

⁵²⁰ « Tout acte de l'état civil des Français en pays étranger sera valable, s'il a été reçu, conformément aux lois françaises, par les agents diplomatiques ou consulaires » (Article 48) ; « Il en sera de même du mariage contracté en pays étranger entre un Français et une étrangère, s'il a été célébré par les agents diplomatiques, ou par les consuls de France, conformément aux lois françaises » (Article 170, al. 2).

⁵²¹ Cette précision a été clairement rappelée par la jurisprudence : PARIS 1^{er} mars 1922, Basiliadis, J.D.I. 1922, 407 ; S. 1924, 2, 65, n. Audinet ; R.C.D.I.P. 1922-1923, 310 : « L'hôtel d'une Ambassade ou d'une Légation, avec ses dépendances (église, chapelle), doivent être tenus pour inviolables, mais ils font partie intégrante du territoire français.- Un mariage qui y est célébré n'est pas contracté en pays étranger ». Plus récemment : Trib. Gr. Inst. PARIS, 8 avril 1987, R.C.D.I.P. 1988, 73, n. Y.L. ; rev.sc.crim. 1988, 87, obs. Levasseur ; Gaz. Pal. 1987, 2, 474, n. Domingo, où le prévenu, de nationalité algérienne, déjà marié devant l'officier d'état civil en France, avait vainement tenté de sauver sa seconde union avec une Algérienne devant le Consul général d'Algérie à Paris, en invoquant l'extraterritorialité de la représentation consulaire.

c'est-à-dire la loi qui l'a investi de ses fonctions. Il ne s'agit pas d'une compétence territoriale, mais personnelle.

Les mariages diplomatiques et consulaires échappent donc également à la compétence de la *lex loci celebrationis*, que le mariage soit conclu en France par une autorité diplomatique étrangère ou qu'il soit conclu à l'étranger par une autorité diplomatique française. Sous réserve de quelques conditions propres à ce type de mariage (identité de nationalité des époux, compétence de l'agent diplomatique ou consulaire, etc.), il est fait ici application, pour la forme du mariage, de la loi personnelle des intéressés, alors qu'ils se trouvent sur le territoire d'un pays dont ils ne sont pas ressortissants.

On peut encore expliquer cette entorse au principe, selon lequel la forme est régie par la loi locale, par la thèse suivante : le problème de la forme du mariage n'est pas résolu par un conflit de lois, mais par un conflit d'autorités : l'acte d'état civil ne fait pas foi car il a été fait selon la forme en vigueur dans le lieu de sa rédaction mais parce qu'il émane d'une autorité qualifiée à cet effet et qu'il a été rédigé dans la forme établie par le statut juridique de cette autorité. Or cette autorité ne peut agir que *selon* la loi du pays qui l'investit⁵²². Mais nous verrons ultérieurement que la théorie du conflit d'autorités n'est pas sans faille, bien que séduisante⁵²³.

287. Un doute subsiste cependant. Pour la célébration des mariages consulaires, c'est exceptionnellement la loi personnelle des intéressés qui est appliquée à la forme de leur union. Mais qu'en est-il si la loi personnelle ne connaît que le mariage religieux ? Dans une hypothèse voisine, on a déclaré nuls les mariages célébrés par des prêtres dans la chapelle d'une ambassade étrangère en France⁵²⁴, et le problème s'est notamment posé pour le mariage religieux de deux Grecs orthodoxes⁵²⁵. Or, on sait qu'à l'époque, la loi grecque ne

⁵²² Voir, notamment, NIBOYET (J.-P.), *op. cit.*, note 513, n°1571 et suiv.

⁵²³ Voir *infra*, n°334 et suiv.

⁵²⁴ Trib. civ. SEINE, 6 juin 1893, Héritiers Marchand C./ succession Cutler, J.D.I. 1893, 880 ; un chapelain avait célébré un mariage dans la chapelle de l'ambassade anglaise en France. Mais d'autres raisons pouvaient faire pencher vers la nullité du mariage : une Française était en cause et, par ailleurs, la forme religieuse de la célébration n'est pas la seule possible en Angleterre ; elle coexiste avec d'autres, notamment avec une forme laïque.

⁵²⁵ PARIS 1^{er} mars 1922, Basiliadis, J.D.I. 1922, 407 ; S. 1924, 2, 65, n. Audinet ; R.C.D.I.P. 1922-1923, 310 : « Les ministres du culte étranger ne sont pas assimilés aux agents diplomatiques ou aux consuls auxquels est reconnu le droit de procéder, en France, au mariage de leur nationaux.- En conséquence, le mariage célébré à Paris par un prêtre étranger, dans une chapelle annexée à un hôtel diplomatique, est nul et de nul effet ».

prévoyait que cette forme religieuse et l'imposait à tous ses nationaux.

Il est donc pour le moins paradoxal de permettre aux étrangers de se marier devant leur consul, dans la forme que prévoit leur loi nationale, et de rejeter cette possibilité lorsque cette loi nationale admet une forme que nous n'admettons pas⁵²⁶. On peut bien sûr penser qu'il s'agit là d'une façon de se prémunir contre la célébration de mariages polygamiques sur notre territoire. Mais on a justement fait remarquer, à propos de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, que le consul marocain n'intervenait pas en tant qu'autorité laïque. Pour le consul marocain qui célèbre le mariage, le mariage n'est pas un mariage civil. Lorsque deux de ses ressortissants font appel à lui, il n'intervient pas comme consul, mais comme autorité musulmane. Il appliquera au mariage les règles de la « *Moudawwana* » (code de statut personnel). Or ce statut permet la polygamie⁵²⁷.

288. Le mariage consulaire apparaît ainsi comme une dérogation au principe de l'application de la règle *Locus Regit Actum* à la forme du mariage et il ajoute au flottement de la distinction du fond et de la forme. Mais, à travers ce flottement, une autre distinction est remise en cause : celle selon laquelle on étudie les règles selon que le mariage a été célébré en France ou à l'étranger. Il ne paraît pas possible de classer les règles et les situations suivant ce critère puisque l'on vient de voir que les ambassades ou consulats ne sont pas considérés comme des morceaux de territoire étranger et que, exceptionnellement, une autorité étrangère peut célébrer un mariage sur le territoire français (mariage diplomatique) sans appliquer la loi française (et vice-versa pour un agent français agissant à l'étranger).

Il est enfin des cas, comme ceux des mariages informels, où la règle *lex loci celebrationis* ne peut trouver application.

⁵²⁶ Il semblerait, en fait, que les tribunaux aient raisonné en termes de conflit d'autorités : PARIS 1^{er} mars 1922, *Basiliadis*, J.D.I. 1922, 407 ; S. 1924, 2, 65, n. Audinet ; R.C.D.I.P. 1922-1923, 310.

⁵²⁷ Voir : BOULANGER (F.), note sous PARIS, 5 avril 1990, D. 1990, 424 ; l'arrêt est assez curieux car il admet la validité d'un second mariage, célébré devant le consul du Maroc à Paris. Il s'agit donc ici d'une possibilité de célébrer un mariage polygamique sur notre territoire.

Voir aussi : DECROUX (P.), « La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille », *J.D.I.* 1985, 49, notamment p. 67.

C/ LES MARIAGES INFORMELS

289. Les mariages informels, enfin, ne peuvent pas être soumis à la règle *Locus Regit Actum*⁵²⁸. Plus précisément, ils ne peuvent être régis par la *lex loci celebrationis*, puisque ces mariages sont *conclus* et non *célébrés*. Le lieu de cette conclusion est pourtant difficile à déterminer.

La règle *Locus Regit Actum*, et l'article 170 du Code civil, ont longtemps servi à valider formellement toutes sortes de mariages, lorsqu'ils avaient été conclus à l'étranger, et notamment lorsque la forme était inconnue de notre droit, comme certains mariages coutumiers ou privés. Etrangement, elle a aussi servi à dire *formellement* valables des mariages *non formels*⁵²⁹.

Nous avons déjà précisé que la notion de forme était multiple et qu'on pouvait considérer comme formel un échange non solennel des consentements, et que même l'extériorisation claire et enregistrée de la volonté n'était pas caractéristique du mariage⁵³⁰. Ces éléments, à eux seuls, suffisent à dire la distinction du fond et de la forme artificielle. Mais le fait même de faire régir de tels mariages par la *lex loci celebrationis* rend le rattachement très artificiel puisque ces unions se caractérisent justement par l'absence de célébration, future privée. Ces mariages, matérialisés le plus souvent par la possession d'état qui, elle, relève du fond, peuvent à la rigueur être rattachés au lieu de l'établissement des époux, mais non au lieu de la célébration de leur union⁵³¹. La distinction fond-forme est inapplicable dans cette hypothèse où le fond l'emporte. A ce propos, l'Instruction générale relative à l'état civil adopte une position qui, pour surprendre dans un premier temps, ne manque pas d'une certaine logique. Lorsqu'elle précise les conditions dans lesquelles l'article 170 du Code civil peut être invoqué, elle affirme qu'il ne peut l'être que dans les cas où une célébration a eu lieu⁵³².

⁵²⁸ On ne peut davantage, et ceci ne requiert aucune explication particulière, recourir dans ce cas à la théorie du conflit d'autorités.

⁵²⁹ Req., 13 janvier 1857, De Valmy c ;/ Rigdway, S. 1857, 1, 81 ; D.P. 1857, 1, 106, qui est sans doute l'un des premiers arrêts à avoir reconnu la validité de ces mariages.

⁵³⁰ Voir *supra*, n°208 et suiv.

⁵³¹ Les mariages *by cohabitation and reputation* sont peut-être d'ailleurs un cas très particulier où il ne serait pas possible d'établir à l'avance une règle de conflit avec un rattachement fixe et bilatéral. Puisque divers éléments entrent en jeu pour les identifier, il faudrait, au cas par cas, localiser ces indices et si la loi des liens les plus étroits désigne une loi qui admet ce type de mariage, on le reconnaît comme valable. Une autre solution consisterait à soumettre entièrement la situation à la loi du fond, c'est-à-dire la loi nationale.

⁵³² Instruction générale relative à l'état civil, n°492.

§ 2 : Dérogations à la compétence de principe de la loi nationale

290. Le domaine de la *lex loci celebrationis* n'est pas le seul à être atteint. Celui de la loi nationale n'est pas davantage épargné.

La loi nationale est le rattachement privilégié, en droit international privé français, en matière d'état des personnes et c'est donc à elle que revient de régir les conditions de fond du mariage. La nationalité est un élément de cet état et l'état civil ne peut faire abstraction de cet élément. Le rappeler est un lieu commun et pourtant...la loi nationale n'est qu'une loi étrangère parmi d'autres dont la condition, en droit français, n'est pas toujours à envier.

291. L'Instruction générale relative à l'état civil consacre tout un titre au droit international privé. Or il est remarquable que, si elle rappelle bien la compétence de principe de la loi nationale à régir les conditions de fond des futurs époux étrangers, elle n'oblige pas à en faire application. Le paragraphe 539 de ce texte rappelle que la preuve de la loi étrangère incombe aux parties qui l'invoquent, que l'autorité publique française, à défaut de convention internationale contraire⁵³³, ne peut en faire application d'office et que les parties intéressées peuvent ne pas s'en prévaloir en France, auquel cas la loi française lui est substituée.

Autrement dit, les étrangers peuvent contracter en France un mariage conformément aux règles de fond de la loi française. Les conditions du mariage sont alors entièrement régies par la loi française.

292. On exigeait auparavant la production, par le futur époux, d'un certificat de capacité matrimoniale délivré par les autorités de son pays d'origine, ce qui pouvait devenir problématique en cas d'impossibilité de se procurer ce certificat. On a donc imaginé un système plus souple⁵³⁴.

Si l'étranger se prévaut de sa loi nationale (celle-ci étant supposée plus libérale que la nôtre), il doit apporter la preuve de son contenu, par un certificat de capacité matrimoniale ou un certificat de coutume. Dans le cas où il ne s'en prévaut pas, l'officier d'état civil doit se borner à lui conseiller d'établir le contenu de sa loi nationale, mais il doit célébrer le mariage.

⁵³³ Dans le cas contraire, l'autorité publique française doit en faire l'application d'office ; cf. Instruction générale relative à l'état civil, n°539.

La solution est critiquée⁵³⁵. Elle est peut-être inspirée par le principe que le juge français n'est pas obligé d'appliquer d'office les lois étrangères. Mais elle méconnaît l'évolution actuelle de la jurisprudence en la matière. Dans le dernier état, en effet, de l'évolution de la jurisprudence *Bisbal*, il apparaît que, lorsque les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits, la règle de conflit, qui désigne la loi étrangère, s'impose à elles, ainsi qu'au juge, même si la matière n'est pas régie par une convention internationale⁵³⁶.

Pour ce qui concerne, ensuite, la preuve de la loi étrangère, lorsqu'il s'agit de droits disponibles, il appartient à la partie qui invoque l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit, de démontrer que l'application de cette loi conduirait à un résultat différent de celui obtenu par l'application du droit français, à défaut de quoi la loi française s'applique en raison de sa vocation subsidiaire⁵³⁷. Cette jurisprudence a été récemment complétée par une nouvelle décision, limitant la règle aux droits non régis par une convention internationale⁵³⁸, et qui signifierait également que, lorsque les droits sont

⁵³⁴ Instruction générale relative à l'état civil, n°540 et 541.

⁵³⁵ MESTRE (J.), *op. cit.*, note 511, spéc. n°55 et suiv. ; l'auteur propose, dans ce cas, d'obliger l'officier d'état civil à en référer au Procureur de la République pour que celui-ci autorise ou non le mariage selon la loi française ; voir aussi BATIFFOL (H.), « L'instruction générale sur l'état civil du 21 septembre 1955 et le droit international privé », *T.C.F.D.I.P.* 1955-1957, p. 41 et suiv., et l'intervention du Conseiller HOLLEAUX, p. 57 : « [c'est là] une situation assez singulière : l'officier d'état civil mariera les époux en leur disant : ce mariage est peut-être nul, il l'est même certainement, il ne sera pas reconnu dans vos pays respectifs, un tribunal français même pourra, dans quelques mois ou dans quelques années, le démolir ».

⁵³⁶ Civ. 1^{re}, 12 mai 1959, Bisbal, *R.C.D.I.P.* 1960, 62, n. H. Batiffol ; *J.D.I.* 1960, 810, n. Sialelli ; *D.* 1960, 610, n. Malaurie ; Civ. 1^{re}, 11 octobre 1988, Rebouh c./ Bennour, et 18 octobre 1988, Schule c./ Philippe, *R.C.D.I.P.* 1989, 368 et chron. Y. Lequette, p. 277 ; *J.D.I.* 1989, 349, note D. Alexandre et chron. D. Bureau, 1990, p. 317 ; *J.C.P.* 1989, II, 21259, n. Prévault ; *Gr. arrêts* n°71 ; Civ. 1^{re}, 4 décembre 1990, Société Coveco, *R.C.D.I.P.* 1991, 558, n. M.-L. Niboyet-Hoegy ; *J.D.I.* 1991, 371, n. D. Bureau ; Civ. 1^{re}, 10 mai 1995, *R.C.D.I.P.* 1996, 330, n. B. A. ; *D.* 1996, 622, n. A. Engel et L. Sinopoli.

Voir aussi FAUVARQUE-COSSON (B.), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, L.G.D.J., 1996.

⁵³⁷ Com., 16 novembre 1993, Société Amerford France c./ Compagnie Air France, *J.D.I.* 1994, 99, n. J.-B. Donnier ; *R.C.D.I.P.* 1994, 332, n. P. Lagarde. Cet arrêt rompt avec la solution des arrêts *Lautour-Thinet* qui faisaient peser la charge de la preuve sur le plaideur dont la prétention était soumise à la loi étrangère, ce qui ne correspondait pas nécessairement avec celui qui invoquait la compétence de cette loi. Ch. civ., 25 mai 1948, Lautour, *R.C.D.I.P.* 1949, 89, note Batiffol ; *D.* 1948, 357, note P. L.-P. ; *S.* 1949, 1, 21, note Niboyet ; *J.C.P.* 1948, II, 4532, note Vasseur ; *Gr. arrêts* n°19 ; Civ. 1^{re}, 24 janvier 1984, Société Thinet, *R.C.D.I.P.* 1985, 89, note P. Lagarde ; *J.D.I.* 1984, 874, note J.-M. Bischoff ; *Gr. arrêts* n°61.

⁵³⁸ L'arrêt *Amerford* ne mentionnait pas la règle de conflit conventionnelle. M. P. Lagarde avait alors souligné l'incohérence qu'il pouvait y

indisponibles ou lorsque la matière est régie par une convention internationale⁵³⁹, le juge doit appliquer d'office la règle de conflit⁵⁴⁰, et devrait rechercher lui-même le contenu de la loi étrangère⁵⁴¹.

293. Donner la possibilité au futur conjoint de nationalité étrangère de ne pas se prévaloir de sa loi nationale, peut alors être présenté comme une manifestation supplémentaire de l'intervention de plus en plus fréquente de la volonté privée dans le domaine du statut personnel. Cela reviendrait en outre à considérer que, dans la matière du mariage, et notamment dans ce qui est relatif à ses conditions de validité, les droits sont disponibles.

Ne pas obliger l'autorité publique à rechercher elle-même la loi étrangère revient en effet à laisser au futur époux le choix de la loi qui sera applicable à sa capacité matrimoniale. Cela lui ouvre une option entre sa loi nationale et la loi française. La porte vers la première peut lui être fermée pour des raisons purement pragmatiques : la production d'un certificat de coutume n'est certainement pas gratuite ; les personnes dans une situation sociale modeste s'épargneront donc ces frais et choisiront de ne pas invoquer leur loi nationale.

Mais il se peut aussi très bien que l'intéressé opère les investigations nécessaires à l'établissement de sa loi nationale, et qu'une fois son contenu révélé, celui-ci ne lui convienne pas. Il pourra alors dissimuler l'information, en ne produisant pas le certificat demandé, et l'officier d'état civil se contentera de

avoir à contraindre le juge d'appliquer d'office la règle de conflit, lorsqu'elle était d'origine conventionnelle, puis à laisser aux parties le soin d'apporter, ou non, à leur guise, la preuve de la loi étrangère, même lorsque les droits étaient indisponibles ; LAGARDE (P.), note sous Com., 16 novembre 1993, *Société Amerford France c./ Compagnie Air France*, R.C.D.I.P. 1994, 332.

⁵³⁹ Voir, notamment, Civ. 1^{re}, 5 novembre 1996, J.C.P. 1996, IV, 2534 ; D. 1997, IR, 4 ; *Bull. civ.*, I, n°372. La Cour de cassation a censuré ici la Cour d'appel qui n'avait pas fait application de la loi nationale marocaine de l'épouse, alors que la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 donne compétence à la loi nationale de chacun des époux pour déterminer les conditions de fond du mariage et qu'elle était tenue, au besoin d'office, d'appliquer la règle de conflit résultant d'un traité ratifié par la France.

⁵⁴⁰ Voir, cependant, Civ. 1^{re}, 6 mai 1997, D. 1997, IR, 132 ; *Bull. civ.*, I, n°140, p. 94, où la Cour de cassation semble développer une nouvelle orientation. Elle décide en effet que « pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent s'accorder pour demander l'application de la loi française du for saisi, malgré l'existence d'une convention internationale désignant la loi compétente ». Elle ajoute qu'un tel accord pourrait résulter de l'abstention d'invoquer devant les juges du fond le droit compétent en vertu du traité.

⁵⁴¹ Civ. 1^{re}, 11 juin 1996, *Bull. civ.*, I, n°243 ; J.D.I. 1996, 941, n. D. Bureau, spéc. p. 946 ; interprétation plus réservée de M. Lagarde ; voir la note sous l'arrêt, R.C.D.I.P. 1997, 65.

vérifier que les conditions de fond exigées par la loi française sont remplies et célébrera le mariage, tout en prévenant les futurs époux que leur union sera peut-être nulle dans leur pays d'origine et qu'elle pourra même être annulée par un tribunal français !

294. Voilà la belle logique du système français : on célèbre des mariages dont on sait qu'ils sont nuls ! Cet exemple nous montre que non seulement le domaine de la *lex loci celebrationis* peut finalement s'étendre aux conditions de fond pour s'appliquer à l'ensemble du mariage, mais aussi que l'officier d'état civil n'a qu'une compétence liée dans le domaine de la célébration du mariage⁵⁴². A partir du moment où son intervention est requise, il n'a pas la possibilité de refuser de conclure le mariage.

Cela met également en avant le véritable culte qui semble voué à la loi française : celle-ci est sans doute la meilleure au monde puisqu'elle est la seule à être finalement prise en considération (du moins lorsque le mariage est célébré en France) et que sans elle, l'univers juridique paraît bien primitif⁵⁴³.

295. Reconnaissons toutefois qu'il existe un cas où le recours à la loi française se justifie : il s'agit de celui où la situation n'a que peu d'attaches avec le pays de la nationalité. On peut très bien imaginer qu'une personne vive en France depuis plusieurs années, y ait son domicile, toute sa famille, y exerce son activité professionnelle, etc., mais ait conservé sa nationalité d'origine, sans acquérir la nationalité française. Si cette personne se marie en France, avec une personne de nationalité française, il serait assez peu opportun de faire régir sa capacité matrimoniale par la loi étrangère.

C'est donc la façon dont on vient à l'application de la loi française qui est critiquable. La règle de conflit n'est pas réorientée, comme elle pourrait l'être par exemple par le jeu d'un ordre public de « proximité » ; elle est tout simplement ignorée. On reprochait au système juridique français de vouloir absolument régir la forme des mariages célébrés sur son territoire. Voilà qu'il s'applique au fond même de l'acte, dès lors qu'il est célébré par un officier d'état civil français. Les conditions françaises sur le mariage tendent ainsi à s'appliquer unilatéralement, dans toutes leurs conditions, à tous les mariages célébrés, en ou hors de France, par une autorité française.

Il serait ainsi bon d'apporter quelques modifications à cette pratique fâcheuse.

⁵⁴² Voir *infra*, n°324 et suiv.

⁵⁴³ C'est encore une illustration de « l'égoïsme juridique » dénoncé par Jean DÉPREZ, *op. cit.*, note 487.

Que l'on adopte la nationalité, le domicile ou la résidence, comme rattachement du statut personnel, il faut trouver les moyens de s'y tenir et d'appliquer effectivement la loi que ces rattachements permettent de désigner, puisque cette loi est censée être celle qui, par nature, est la plus apte à régir la situation juridique considérée. Est-il, sinon, la peine de s'épuiser à élaborer une règle de conflit, parfois très sophistiquée, si ce travail s'évanouit avec le manque de zèle de certaines autorités qui, pourtant, sont les organes d'un pouvoir exécutif, qui doit s'assurer de la bonne application des lois, et donc de la règle de conflit ?

296. Pour conclure sur le flottement de la distinction fond-forme, nous pouvons ajouter à nos remarques une dernière considération concernant le moment où les conditions de formation du mariage seront appréciées. Il est en effet assez rare que l'on éprouve la régularité de la célébration au moment même de celle-ci, ni même dans les mois qui suivent. Il faut parfois attendre des années avant de voir remise en cause une union qui s'est étalée dans la durée. Or l'instabilité de la distinction énoncée conduira, une fois n'est pas coutume, à un certain paradoxe⁵⁴⁴.

La condition litigieuse peut en effet être appréciée à deux moments différents et par deux autorités distinctes.

Le premier, en principe inévitable, se situe à la conclusion du mariage. Les vérifications sont opérées par l'autorité célébrante. La loi personnelle de chaque intéressé est en principe compétente. Néanmoins, *de facto*, on peut dire que ce sera finalement la *lex loci celebrationis* (ou loi de l'autorité si on ne raisonne plus sur le terrain des conflits de lois) qui dira si ces conditions sont remplies. C'est ce système, également, qui dira quelle est la règle de conflit régissant les conditions de fond. C'est ce que nous venons de voir avec le système français.

Le deuxième, moins fréquent, est celui où la question de la validité du mariage se pose. La vérification est alors faite par le juge. Paradoxalement, on appréciera peut-être le respect des conditions de fond d'après la loi personnelle, alors qu'au moment de la célébration, c'est peut-être une autre loi qui aura été appliquée.

Conclusion du chapitre 1

297. La méthode utilisée ainsi que le classement opéré suscitent, encore

⁵⁴⁴ Voir *infra*, n°298 et suiv.

aujourd'hui, de nombreux désaccords⁵⁴⁵. Nous entendons néanmoins maintenir l'affirmation selon laquelle le caractère religieux ou *laïc* du mariage est, suyant les conceptions mêmes du droit français, une *question de fond*⁵⁴⁶. Cela signifierait qu'on ne peut remplacer la célébration, même civile, par un autre mode de célébration. A ce titre, si la célébration relève du fond de l'acte, mieux vaut alors peut-être, pour les conditions de la cérémonie, parler de 'mode' de célébration plutôt que de 'forme', même si, par commodité de langage et par référence à l'état actuel du droit, on emploiera aussi le terme 'forme'.

Tous les éléments de la célébration du mariage rattachent celle-ci à la catégorie 'fond' et non à la catégorie 'forme'. Le classement de la conclusion du mariage dans la deuxième catégorie est révélateur d'un artifice certain, visant essentiellement à étendre le champ d'application de la loi française, à tous les mariages célébrés en France. Le difficile maintien des rattachements dans la catégorie qui leur était initialement attribuée, vient accentuer les incohérences et conduit à souhaiter l'adoption de critères plus objectifs, plus clairs et plus fermes. La règle de conflit, telle qu'elle vient d'être présentée, manque d'une certaine stabilité, ce qui ne va certainement pas dans le sens du caractère prévisible et effectif de la règle de droit.

L'étude du caractère de la règle *Locus Regit Actum* vient ensuite accentuer le caractère artificiel des méthodes utilisées en matière de célébration du mariage.

⁵⁴⁵ LOUSSOUARN (Y.) & BOUREL (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 1996, n°183 et suiv.

⁵⁴⁶ Rappr. GANNAGÉ (P.), « La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales », *R.C.A.D.I.* 1979, vol. 164, p. 338, not. p. 372, estimant que la motivation de l'arrêt *Caraslanis* « violait l'esprit de la loi française, car la prise en considération de la seule forme civile du mariage dérive en France d'une exigence de fond découlant du principe de laïcité (...) ».

Chapitre 2

LE CARACTÈRE ARTIFICIELLEMENT IMPÉRATIF DE LA RÈGLE *LOCUS REGIT ACTUM*

298. La question de la loi applicable à la forme du mariage et celle de la neutralité de la règle de conflit sont de nouveau débattues en raison du caractère impératif que revêt la règle *Locus Regit Actum* en matière de mariage. C'est plus précisément à l'occasion de la célèbre affaire *Zagha* que les discours sur la signification de la règle se sont multipliés. Le thème semble inépuisable⁵⁴⁷.

L'affaire a eu le mérite de balayer presque toute la théorie générale des conflits de lois : la fraude à la loi, la preuve de la loi étrangère, l'ordre public, le conflit mobile, etc. Mais c'est surtout à propos de la loi applicable à la forme des actes juridiques et de l'application de la théorie du renvoi à la matière que les arrêts rendus se distinguent le plus. Le fait de statuer sur la validité d'un mariage célébré, entre étrangers, dans un pays tiers, cinquante ans auparavant, posait la question sous un angle très particulier. Pourtant, la question relative au caractère de la règle *Locus Regit Actum* ne reçut pas la même solution devant les juges du fond (§ 1), que devant la Cour de cassation, qui adopta une position plus restrictive (§ 2).

§ 1 : L'affaire *Zagha* devant les juges du fond

299. Les faits étaient les suivants :

⁵⁴⁷ Trib. Gr. Inst. GRASSE, 5 décembre 1967, *Zagha*, J.D.I. 1969, 82, n. Lehman ; Gaz. Pal. 1968, 1, 91 ; AIX-EN-PROVENCE, 21 janvier 1981, *Zagha*, R.C.D.I.P. 1982, 297, n. G. Légier et J. Mestre ; Civ. 1^{re}, 15 juin 1982, *Zagha*, R.C.D.I.P. 1983, 300, n. Bischoff ; J.D.I. 1983, 595, n. Lehmann ; D. 1983, 431, n. Agostini et IR, 151, obs. B. Audit.

En 1924, deux Syriens de confession israélite et domiciliés à Londres, David Zagha et Adèle Abadie, se marient, en la forme prévue par la loi mosaïque, devant le grand rabbin de Milan, en Italie. De cette union naquirent et grandirent quatre enfants. La famille vient s'installer en France et par décret du 20 mai 1955, les époux Zagha acquièrent la nationalité française.

Plusieurs années plus tard, dans les années 1960, Dame Abadie forme une demande d'aliments contre son mari. Afin d'y échapper, celui-ci intente devant le tribunal de grande instance de Grasse, en 1966, une action en nullité de son mariage célébré religieusement en Italie. Mais, par décision du 5 décembre 1967, les juges l'en déboutent au motif que la célébration purement religieuse admise par la loi personnelle est valable en France si le mariage est dépourvu de clandestinité, et que, de toutes les façons, sa nullité ne peut être constatée que par l'autorité religieuse⁵⁴⁸.

Ne s'avouant pas vaincu, Zagha chercha un autre moyen de contrecarrer les projets de sa femme : il obtint le divorce devant le tribunal rabbinique de Paris, le 8 mai 1968. Fort de cette victoire et de cette nouvelle liberté, il épouse Dame Moatty, le 12 juin 1973, en Israël, dans les formes de la loi mosaïque. Mais pour avoir la conscience parfaitement tranquille, il intente de nouveau, devant le tribunal de grande instance de Grasse, une action en nullité de son premier mariage. Le juge lui oppose, par décision du 1^{er} février 1977, l'autorité de chose jugée.

C'est alors que Dame Moatty, qui n'avait pas été, jusqu'ici, partie à la procédure, forme tierce-opposition de cette décision, afin de voir déclarer nulle l'union de 1924. Déboutée, elle interjette appel devant la Cour d'Aix-en-Provence.

D'après elle, le *téoudat nessouïn*, qui doit constater le mariage, fait défaut, alors que celui-ci serait indispensable, selon la loi mosaïque, pour la validité même de l'union. Elle avance ensuite que la loi compétente pour régir la forme du mariage était la *lex loci celebrationis*, c'est-à-dire la loi italienne. Or cette dernière prohibait la célébration religieuse non précédée d'une union civile.

300. A cette argumentation la Cour d'Aix répond tout d'abord⁵⁴⁹ que la première union conclue en 1924 est valable ; qu'en effet, s'agissant d'étrangers se mariant dans un pays tiers, le principe *Locus Regit Actum* était considéré comme

⁵⁴⁸ On notera que c'est en quelque sorte ici un raisonnement en termes de conflit d'autorités.

⁵⁴⁹ Nous ne développerons pas ici, bien qu'elles soient intéressantes à un autre point de vue, les questions du divorce confessionnel, de la fraude à la loi, ni la question de la preuve de la loi étrangère, à propos de l'exigence *ad validitatem* de l'acte de mariage (*téoudat nessouïn*).

facultatif et qu'ainsi l'union pouvait être célébrée suivant les formes de la loi nationale commune des futurs époux. Elle avance ensuite que la loi locale italienne, refusant sa compétence, renvoyait à cette même loi nationale commune.

La décision admet ainsi le caractère facultatif de la règle *Locus Regit Actum* pour le mariage des étrangers en pays tiers, ce qui est une solution nouvelle en matière de mariage, mais une solution bien accueillie dans l'ensemble, car la souplesse de la règle conduit à favoriser la validité de l'acte⁵⁵⁰.

En effet, le caractère impératif de la règle se comprendrait uniquement si le mariage était célébré en France, du fait du principe de laïcité du mariage : la célébration par l'officier d'état civil serait la seule possible⁵⁵¹. C'est un principe d'ordre public. Mais notre ordre public, fondé sur la laïcité, n'est pas troublé lorsque des Français s'unissent religieusement à l'étranger. L'impérativité de la règle semble alors fondée sur des considérations de police qui ne peuvent donc valoir que pour des unions célébrées en France.

301. C'est ensuite sur le terrain du renvoi que l'arrêt innove : c'est en effet la première fois qu'une décision fait jouer ce mécanisme en matière de forme des actes. C'est ici d'autant plus curieux que le caractère facultatif de la règle permet normalement d'assurer la validité de l'acte, sans recourir au renvoi. Même la doctrine favorable au renvoi le rejette par ailleurs en présence d'une règle facultative, car celle-ci ayant une certaine finalité (conduire à la validité formelle d'un acte), on craint que ce but ne soit manqué par le jeu du renvoi. Il est donc pour le moins paradoxal d'affirmer à la fois le caractère facultatif de la règle et la possibilité de faire jouer le renvoi en la matière. Ne devrait donc être admis qu'un renvoi *in favorem*, qui conduirait à la validité de l'acte, sans quoi l'utilisation ici de cette théorie ne se justifierait pas⁵⁵². Il était donc patent que les juges du fond ne se justifiaient pas suffisamment.

⁵⁵⁰ Commentaire de MM. LÉGIER et MESTRE, sous AIX-EN-PROVENCE, 21 janvier 1981, Zaghera, R.C.D.I.P. 1982, 297.

⁵⁵¹ Trib. Seine, 29 janvier 1841, Gaz. trib., 04/02/1841 ; R.C.D.I.P. 1920, 273 ; Trib. civ. SEINE, 6 décembre 1949, Berger, D. 1950, 103 ; J.C.P. 1950, II, 5299, n. J. M.

⁵⁵² Le renvoi n'aurait ici de sens qu'en cas de divergence entre les systèmes de conflit, par exemple sur le caractère de la règle *Locus Regit Actum*. On peut donc y recourir soit lorsque la règle est impérative, soit lorsque toutes les lois susceptibles de régir la forme annulent l'acte : voir commentaire de MM. LÉGIER et MESTRE, sous AIX-EN-PROVENCE, 21 janvier 1981, Zaghera, R.C.D.I.P. 1982, 297.

§ 2 : L'affaire *Zagha* devant la Cour de cassation

302. La solution ainsi exposée fut, on le devine, attaquée par Madame Moatty, qui se pourvut en cassation. Ses principales critiques portaient sur la loi applicable à la forme du mariage, ce qui regroupait les deux questions que nous venons de soulever : celle du caractère facultatif de la règle (A) et celle du renvoi⁵⁵³ (B).

A/ REJET DU CARACTÈRE FACULTATIF DE LA RÈGLE *LOCUS REGIT ACTUM*

303. La Cour d'appel avait mis en œuvre des solutions plutôt hardies. La Cour de cassation, quant à elle, écarte le caractère facultatif de la règle *Locus Regit Actum* pour les mariages d'étrangers en pays tiers. Elle n'expose pas explicitement cette solution, mais le recours à la théorie du renvoi dans une matière où il est théoriquement exclu, conduit à interpréter sa décision en ce sens⁵⁵⁴.

La Cour dit de plus que « *l'arrêt attaqué a bien fait application de la loi italienne désignée par la règle de conflit française pour régir les conditions de forme d'un mariage célébré en Italie* ». La règle de conflit française ne désigne donc qu'une seule loi en la matière, quel que soit le lieu de célébration et quelle que soit la nationalité des époux.

Il reste donc à justifier cette impérativité.

304. On dit tout d'abord que, lorsque le mariage est célébré en France, le principe de laïcité, principe d'ordre public, commande l'application impérative de la loi française. On peut ainsi expliquer l'application incontournable de la loi française dans ce cas par le caractère de loi de police qu'aurait en fait ici l'article 165 de notre Code civil⁵⁵⁵. La question de la forme du mariage, pour le mariage célébré en France, ne serait pas résolue par le recours à la règle *Locus*

⁵⁵³ Voir le commentaire J.-M. BISCHOFF, sous Civ. 1^{re}, 15 juin 1982, *Zagha*, R.C.D.I.P. 1983, 300.

⁵⁵⁴ Voir plus loin, *infra*, n°316 et suiv.

⁵⁵⁵ « *Le mariage sera célébré publiquement devant l'officier d'état civil de la commune où l'un des époux aura son domicile ou sa résidence (...)* ».

Regit Actum, mais par l'application immédiate de cette disposition⁵⁵⁶. On ne ferait une application classique du conflit de lois que dans le cas où le mariage est célébré à l'étranger.

Mais cette explication ne tient plus lorsque le mariage est célébré à l'étranger et, qui plus est, entre étrangers. Pourquoi donc, dans ce cas, conserver à la règle son caractère impératif ? Le fondement ne peut plus être ici celui de l'impérativité du principe de laïcité, car celui-ci ne concerne *a priori* que la société française.

D'après M. BISCHOFF, il faut trouver l'origine de la décision dans le caractère public que revêt le mariage⁵⁵⁷. Le rattachement à la loi locale, même s'il est commode, et c'est aussi pour cette raison qu'il est conservé, est trop fortuit pour en faire un rattachement impératif. D'autres rattachements, supposés plus forts, pourraient être ainsi envisagés. Mais le mariage n'est pas un acte juridique ordinaire, c'est un acte public impliquant l'Etat. Celui sur le territoire duquel le mariage doit avoir lieu a donc un intérêt certain à vouloir le contrôler car il contrôle tous les actes de l'état civil. Le rattachement à la *lex loci celebrationis* aurait donc une force intrinsèque que n'aurait pas le lieu de conclusion pour les actes juridiques ordinaires⁵⁵⁸.

Ce serait là une des raisons du caractère impératif de la règle.

305. Toutefois, cette vision des choses commanderait que seule la loi interne du lieu de célébration soit interrogée, à l'exclusion de ses règles de conflits. Or, la position de la jurisprudence, dans l'affaire *Zagha*, montre bien que l'impérativité de la règle n'empêche pas le jeu du renvoi. Impérativité n'a donc pas ici le sens de loi d'application immédiate.

Il n'est pas ensuite certain que l'Etat du lieu de célébration soit nécessairement l'Etat le plus intéressé à la célébration du mariage. L'Etat du domicile et celui de la nationalité, s'ils ne correspondent pas au lieu de célébration, sont assurément tout autant impliqués dans la conclusion de l'union.

Tout dépend, en fait, de la condition qu'il s'agit de respecter. La protection du consentement, par exemple, concerne plutôt l'état des personnes, et c'est alors

⁵⁵⁶ BISCHOFF (J.-M.), *Rép. Dalloz de dr. int.*, v°Mariage, n°120.

⁵⁵⁷ M. BISCHOFF affirme même que l'explication qu'il avait donnée auparavant (nature de loi de police ou d'application immédiate de l'article 165, C. civ.) n'est plus satisfaisante dans la mesure où elle ne peut jouer pour le caractère impératif des formes locales à l'étranger ; voir la note sous l'arrêt de la Cour de cassation, *Civ. 1^{re}, 15 juin 1982, Zagha, R.C.D.I.P.* 1983, 300.

⁵⁵⁸ BISCHOFF (J.-M.), « Le mariage en droit international privé comparé Est-Ouest », in *Perspektiven des Internationalen Privatrechts nach dem Ende der Spaltung Europas*, Tagung am 3. & 4. April 1992 in Osnabrück, p. 127.

l'Etat de la nationalité qui est touché. La laïcité procède du besoin d'assurer à tous la possibilité de se marier sur le territoire ; elle intéresse donc surtout l'Etat du lieu de célébration. Mais les politiques d'intégration qui concernent, elles aussi, la société, intéressent l'Etat dont une autorité préside à la formation de l'union, mais aussi l'Etat du domicile ou de résidence habituelle des époux, ainsi que l'Etat dont la loi régira les effets du mariage.

La force du rattachement à la *lex loci celebrationis*, comme cause de l'impérativité de l'adage, n'est donc pas suffisante.

306. D'autres auteurs ont expliqué l'impérativité de la règle par le fait que la maxime *Locus Regit Actum* ne résolvait pas un conflit de lois mais un conflit d'autorités. Cette théorie est également étroitement liée au caractère public de l'acte considéré. Les officiers publics ne pouvant, en principe, instrumenter hors du territoire de l'Etat qui les habilite, appliquent la loi locale⁵⁵⁹.

On a néanmoins critiqué cette proposition en estimant que, en fait, la loi n'est pas appliquée à titre de loi locale mais à titre de loi régissant le statut de l'officier public, car c'est d'une part une évidence que l'officier d'état civil ne peut exercer son ministère que dans les conditions établies par la loi qui l'habilite⁵⁶⁰ : l'officier d'état civil ou l'agent diplomatique français appliquent la loi française, l'agent étranger applique la loi étrangère, le ministre du culte, sa loi confessionnelle. Ce qui, d'autre part, contredit finalement le caractère impératif de la maxime, puisque les formes que l'autorité observera sont celles de la loi qui l'a instituée, mais celle-ci n'est pas nécessairement la loi locale (cas de l'agent diplomatique, par exemple, ou de l'autorité confessionnelle).

Le respect du principe de laïcité et le caractère public du mariage ne suffisent donc pas à justifier la solution. N'y aurait-il pas, alors, d'autres fondements à l'impérativité de la règle ?

307. Rappelons tout d'abord que l'impérativité signifie impérativité de la *désignation* : la règle de conflit française ne désigne qu'une seule loi pour régir la forme du mariage, c'est-à-dire ne prévoit qu'un seul rattachement (le lieu de conclusion) permettant de conduire à cette loi, alors que d'autres systèmes

⁵⁵⁹ NIBOYET (J.-P.), *Traité de droit international privé français*, Sirey, 1938-1949, t. VI, n°1571 et suiv.

⁵⁶⁰ DELAPORTE (V.), *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse Paris I, 1974, n°126 ; MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°769. Pour ce dernier, le principe même de l'intervention d'une autorité est soumis au rattachement alternatif, mais les formes que celle-ci observera sont celles de la loi qui l'a instituée.

juridiques en prévoient plusieurs possibles. Mais l'impérativité de la règle *Locus Regit Actum* ne signifie pas *application* nécessaire de la loi ainsi désignée⁵⁶¹. Si la *lex loci celebrationis* donne compétence à une autre loi pour régir la forme du mariage, on donnera éventuellement compétence à cette autre loi, par le jeu du renvoi⁵⁶².

C'est donc une raison supplémentaire d'affirmer que l'Etat du lieu de célébration n'est pas forcément le plus intéressé à la célébration du mariage puisque celui-ci prévoit lui-même d'autres critères de localisation objective possibles.

S'agissant des fins « publiques », on a dit que les formes du mariage servaient à protéger l'individu, la famille, la société, les intérêts de l'Etat⁵⁶³. Si l'Etat peut de façon certaine atteindre ces buts lorsque le mariage se conclut sur son territoire, il doit admettre que ce contrôle lui échappe dans le cas où il est conclu hors de son territoire, c'est-à-dire même si sa règle de conflit impose la compétence impérative de la *lex loci celebrationis*. On fera par ailleurs appel à d'autres mécanismes du droit international privé, tel que l'ordre public, afin de protéger quand même ces intérêts. Mais pourquoi, dès lors, attribuer un caractère impératif à la règle, même lorsque le mariage est célébré à l'étranger, entre étrangers ? Ce manque de justifications accentue le caractère artificiel du principe énoncé. La position semble d'autant moins fondée que certains systèmes juridiques comparables au nôtre, ne semblent pas aussi sévères que le système français.

308. On peut classer ces législations étrangères qui ont adopté un système plus

⁵⁶¹ C'est en effet différent de dire que l'article 165 est une disposition impérative, d'application immédiate, que de dire que la règle de conflit impose la désignation d'une seule loi.

⁵⁶² Le lieu de célébration ne localise donc pas nécessairement la situation.

⁵⁶³ Du point de vue des fins non-civiles que poursuivent les particuliers, on peut relever que le lieu de célébration revêt quand même une certaine signification, personnelle, sinon politique. On ne peut nier complètement qu'une certaine valeur sentimentale est attachée au lieu du mariage : certains, domiciliés par exemple dans la capitale, vont préférer le village de leur enfance ou la région dont est issue leur famille. Le mariage étant ensuite l'occasion d'une fête, on choisira peut-être un lieu dans lequel pourront facilement se rejoindre parents et amis. Ce lieu correspondra souvent avec le lieu du domicile ou de la résidence, comme l'y invite d'ailleurs le Code civil. Un lieu plus « exotique » correspondra à une certaine fantaisie, mais issu d'un choix des futurs époux. Le choix du lieu de célébration peut enfin traduire une volonté politique de s'intégrer au sein d'un groupe déterminé, le plus souvent la société d'accueil. On peut en conclure que, à cet égard, le rattachement au lieu de célébration n'est pas si fortuit. Il permet réellement de localiser l'extériorisation de la volonté des époux. Il n'en est pas du tout de même au regard des fins civiles. Le lieu de célébration n'a ici *a priori* aucune signification particulière, puisque les effets du mariage ne sont pas régis par la même règle de conflit que la célébration.

souple que le nôtre en trois catégories : celles pour qui la règle *Locus Regit Actum* est impérative lorsque le mariage est célébré sur le territoire, mais facultative lorsqu'il est conclu dans un pays tiers ; celles pour qui la règle est toujours facultative ; et enfin celles dont même les dispositions *internes* offrent un choix.

309. On peut citer dans le premier groupe, entre autres, les récentes lois allemande et suisse⁵⁶⁴ :

Le § 11 de la loi introductive au Code civil allemand dispose tout d'abord que « *un acte juridique est valable, quant à la forme, s'il satisfait aux conditions de forme, soit de la loi qui régit le rapport de droit dont il est l'objet, soit de la loi du lieu où il est passé* ». La doctrine allemande étend cette disposition au mariage célébré à l'étranger, la loi du fond de l'acte ('das Geschäftsrecht') étant ici la loi personnelle de chacun des futurs époux. La forme du mariage pourrait donc être régie alternativement par deux lois ; cependant, en cas de pluralité de nationalités, on ferait une application cumulative des lois, pour ne retenir que le droit le plus restrictif⁵⁶⁵.

⁵⁶⁴ Loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand, voir *R.C.D.I.P.* 1987, 170 ; *Bundesgesetzblatt* 30. Juli 1986, N. 37, S. 1142 ff. ; voir aussi pour un commentaire détaillé : REBMAN (K.) (Dr.) & SÄCKER (F.J.) (Dr.), *Münchener Kommentar zum E.G.B.G.B.*, C.H. BECK, v° Art. 13, not. n°89 et suiv. et, spéc., n°100 et suiv. Les « personnes habilitées » sont celles qui le sont selon le gouvernement du pays de la loi personnelle des fiancés. L'art. 13 exige, comme preuve, l'enregistrement du mariage sur un registre *de l'état civil* de l'Etat de l'autorité célébrante ; l'inscription, par exemple, sur un registre d'église, s'il n'est pas en même temps un registre d'état civil, ne suffit pas.

Il est intéressant de signaler que quelques décennies auparavant, un projet de réforme du droit international privé, issu de commissions réunies entre 1954 et 1959, prévoyait que la forme du mariage serait régie par la loi du lieu de conclusion ou par la loi nationale de chacun des fiancés, contrairement à la règle qu'on ne peut, en Allemagne, se marier que dans la forme allemande. Il prévoyait en outre la possibilité pour les conjoints de faire transcrire le mariage sur les registres de l'état civil allemand. Voir : KEGEL (G.), « La réforme du droit international privé du mariage en Allemagne », *R.C.D.I.P.* 1962, pp. 641-665.

Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, *R.C.D.I.P.* 1988, 409, comm. F. Knoepfler et Ph. Schweizer, p. 207 ; *Feuille fédérale*, 12.01.1988 ; Voir MESTRE (J.), « Le mariage en droit international privé. Conditions de forme », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 546-20, 1993, n°17 ; STURM (F.), « Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand », *R.C.D.I.P.* 1987, 33-76 ; La Loi fédérale Autrichienne du 15 juin 1978, sur le droit international privé (IPR-Gesetz) entre également dans cette catégorie de lois : *R.C.D.I.P.* 1979, 174, obs. F. Schwind ; *Bundesgesetzblatt für Republik Österreich*, 7 juillet 1978, n°304, p. 1729.

⁵⁶⁵ KEGEL (G.), *Internationales Privatrecht : ein Studienbuch*, München, Ch. Beck, 7. Auflage, 1995, p. 602.

310. Facultative lorsque le mariage est célébré à l'étranger, la règle le serait pourtant également, dans une certaine mesure, lorsque l'union est célébrée en Allemagne :

« En République fédérale d'Allemagne le mariage ne peut être célébré que dans la forme prescrite par la loi allemande. Le mariage de fiancés dont aucun n'est allemand peut cependant être célébré devant toute personne dûment autorisée par le gouvernement de l'Etat dont l'un des fiancés est ressortissant et selon la forme prescrite par la loi de cet Etat ; l'extrait certifié conforme qui est tiré du registre de l'état civil tenu par la personne habilitée suffira à prouver une telle célébration » (§ 13, al. 3, EGBGB).

La première phrase signifie que les Allemands ne peuvent se marier en Allemagne que dans la forme laïque allemande. Mais lorsque aucun des fiancés n'a la nationalité allemande, le mariage peut être conclu dans les formes de leur loi nationale, devant une personne habilitée par l'Etat dont l'un est ressortissant. Il peut s'agir des agents diplomatiques ou consulaires ; toutefois la loi ne parle pas « d'autorité » mais de « toute personne autorisée... ». Or si une loi nationale prévoit que ses ressortissants peuvent se marier en la seule forme religieuse, n'est-ce pas *autoriser* une *personne*, par exemple le ministre du culte, à y procéder ? Par conséquent, deux Espagnols pourraient se marier en Allemagne en la seule forme religieuse sans que la validité formelle de leur union puisse être attaquée⁵⁶⁶.

La lecture de l'article 13 EGBGB nous laisse donc plutôt supposer que la règle *Locus Regit Actum* est devenue facultative et n'est impérative que si l'un des époux est allemand et si le mariage a lieu en Allemagne.

311. Certaines décisions récentes nous poussent encore à dire que le droit allemand s'est assoupli quant à l'impérativité des formes allemandes lorsque le mariage est célébré en Allemagne.

La première décision est relative à l'attribution d'une assurance-vie. Alors que les législations actuelles, en matière de prestations sociales, tendent à assimiler au conjoint la personne qui vit maritalement avec l'assuré, certaines pensions ne sont destinées qu'au conjoint légitime de l'assuré, tel que le prévoit par exemple le Code de sécurité sociale allemand⁵⁶⁷. La Cour constitutionnelle allemande a

⁵⁶⁶ Certains auteurs considèrent, dans tous les cas, les ministres du culte comme une « ordnungsgemäß ermächtigte Person » ('personne autorisée par l'autorité compétente') ; not. KEGEL (G.), *op. cit.*, note 565, spéc. p. 605.

⁵⁶⁷ § 34 I, 1. S.G.B.

pourtant jugé contraire à la Loi fondamentale le fait de refuser à la « veuve » d'un assuré social la pension prévue par le droit social allemand, au motif que le mariage n'avait pas satisfait aux conditions de forme prévues par la loi allemande du lieu de célébration, et avait donc donné lieu à une union libre⁵⁶⁸. Le juge a donc ici donné effet en Allemagne à un mariage boiteux du côté allemand.

Une autre décision illustre la grande sollicitude dont font preuve les juges allemands à l'égard de mariages nuls, selon le droit local allemand du lieu de célébration, faute de célébration devant l'officier d'état civil allemand, seul compétent en principe, mais valables selon la loi nationale de l'un des intéressés.

L'intéressée et le défunt de nationalité britannique, ancien soldat des forces armées britanniques, s'étaient mariés en 1947, en Allemagne, dans les services du *Judge Advocate General's Branch* de l'armée britannique, devant un officier, compétent à cette fin selon droit anglais. Cette cérémonie ne fut pas suivie d'une célébration devant un officier d'état civil allemand. Après le mariage, l'épouse prit la nationalité anglaise. Les époux vécurent ensuite à l'étranger, surtout en Angleterre. En 1965 ils retournèrent en Allemagne, où ils eurent, depuis, leur résidence habituelle. Ils furent toujours considérés par les autorités allemandes comme mari et femme et leurs enfants comme légitimes. En 1991, le mari décède, mais au grand dam de la famille, l'acte de décès mentionne que le défunt n'était pas marié. L'épouse agit alors en rectification de cet acte d'état civil. Elle avance que le vice de forme est purgé par une possession d'état d'époux de 44 ans. Mais alors que le tribunal administratif rejette sa demande, la Cour d'appel estima que la mention d'absence de mariage figurant sur l'acte de décès allait à l'encontre de l'article 6 de la Loi fondamentale protégeant la famille⁵⁶⁹.

⁵⁶⁸ BVG (Allemagne), 30 novembre 1982, *J.D.I.* 1984, 643 ; *FamRZ* 1983, 251 ; *IPRax* 1984, 88. Une Allemande avait épousé un soldat anglais, en 1928, mais le mariage avait été célébré religieusement, en Allemagne, au sein d'une caserne des troupes anglaises alors en poste sur le territoire allemand, par un prêtre anglais compétent. Les époux partent pour l'Angleterre ; la femme acquiert la nationalité britannique. En 1949, ils reviennent s'installer en Allemagne. Le mari meurt en 1975. Le mari était assuré ; cependant, la compagnie d'assurance refusa de verser la pension à la veuve au motif que le mariage contracté par elle avec l'assuré était nul, les conditions de forme exigées par le droit allemand n'ayant pas été remplies. Le mariage était cependant valable selon le droit anglais, qui avait mandaté certains ministres du culte auprès de ses troupes armées, et à qui il avait donc donné compétence pour célébrer les mariages. Le juge judiciaire suivit le raisonnement de la compagnie, et considéra le mariage comme inexistant et sans effet. Mais saisie à son tour, la Cour constitutionnelle, se fondant sur l'article 6, I, de la Loi fondamentale (Art. 6, I, Grundgesetz), et considérant que le mariage était valable selon le droit anglais, accorda la prestation à la veuve.

⁵⁶⁹ OLG KÖLN, 10 mai 1993, *FamRZ* 1994, Heft 14, S. 891 ; *IPRax* 1994, S. 371, Nr. 47 : « *Verstirbt der Ehepartner einer im Inland geschlossenen, wegen der fehlenden Mitwirkung des Standesbeamten nur nach englischem Recht, nicht nach deutschem Recht wirksamen ("hinkenden") Ehe, verstößt die Eintragung im Sterbepbuch mit dem*

On pourrait expliquer ces solutions par la théorie des droits acquis, mais il faut souligner ici une particularité : le droit a été acquis longtemps avant le litige, et la situation remplit alors la condition de l'éloignement temporel, mais il a été acquis sur le territoire du for (allemand, en l'occurrence) et l'un des intéressés était allemand au moment des faits. Sur le fondement des principes fondamentaux contenus dans la Constitution allemande, c'est ici étendre, jusqu'à ses extrêmes limites, la portée des mariages boiteux. Sans dire que ces mariages sont valables du côté allemand, le juge suprême semble nier l'inexistence du mariage. Dès lors qu'une célébration a eu lieu, on ne peut avancer que le mariage est inexistant. Par ailleurs, dès lors que le mariage est formellement valable selon une des lois en conflit, il le serait aussi selon le droit du for. C'est, semble-t-il, implicitement rendre à la règle *Locus Regit Actum* son caractère facultatif.

312. La nouvelle loi suisse, quant à elle, se présente sous un jour un peu particulier car rédigée, dans ses dispositions sur la célébration du mariage, en termes de conflit d'autorités. Après avoir déterminé dans quels cas les autorités suisses sont compétentes pour célébrer les mariages (article 43 de la loi), elle dispose que « *la forme de la célébration du mariage en Suisse est régie par le droit suisse* » (article 44, al. 3)⁵⁷⁰. Ce pays semble donc faire régir la forme du mariage par la règle *Auctor Regit Actum* et en tire la conséquence que l'autorité ne peut appliquer que les dispositions de la loi qui l'a investie. Elle ne détermine pas non plus quelles sont les autorités étrangères compétentes pour célébrer le mariage hors de Suisse. Elle prévoit simplement que : « *un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse* » (article 45). Les conditions de validité du mariage célébré à l'étranger restent à préciser, mais une telle formule témoigne d'une certaine souplesse, d'une faveur à la validité du mariage⁵⁷¹.

313. Dans le deuxième groupe de lois, pour lesquelles la règle *Locus Regit Actum* est toujours facultative, il faut placer la toute récente loi italienne du

Zusatz, der Verstorbene sei nicht verheiratet gewesen, gegen Art. 6 I GG.- Ist das Vorliegen einer "hinkenden Ehe" im Einzelfall ohne weiteres feststellbar und als eheliche Gemeinschaft gelebt worden, gebietet Art. 6 I GG auch den Eintrag, daß der Verstorbene verheiratet war. ». Voir aussi : HEPTING (R.), « Der letzte Schritt zur Vollwirksamkeit nichtstandesamtlicher Eheschließungen : kommt die Heilung mit Statusfolge ? », *IPRax* 1994, p. 355.

⁵⁷⁰ D'autres législations emploient le même type de formule, comme les dispositions russes contenues dans le Code de la famille du 8 décembre 1995 ; *R.C.D.I.P.* 1997, 148. L'article 156 décide que : « *La forme et la procédure du mariage célébré sur le territoire de la Russie sont soumises à la législation de la Russie* ».

⁵⁷¹ Dans ce sens, voir : VOLKEN (P.), *IPRG Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationales Privatrecht*, Zürich, Schulthess, 1993, sous l'article 44, p. 397.

31 mai 1995 qui envisage les rattachements à la loi nationale de l'un des époux ou à la loi de la résidence commune au moment de la célébration (article 28)⁵⁷². Le caractère facultatif de la règle a pour avantage de raréfier les annulations de mariage pour vice de forme. Il exprimerait de plus la liberté matrimoniale au plan international : la liberté de se marier dans les formes choisies par les époux. On pense par ailleurs à l'article 49 du Code civil espagnol qui prévoit clairement que « *tout Espagnol peut contracter mariage, dans ou hors d'Espagne : (...) sous la forme religieuse légalement prévue (...)* »⁵⁷³.

314. Il existe donc un troisième groupe de systèmes juridiques dont le droit interne lui-même prévoit plusieurs formes de célébration possibles. C'est notamment la situation du droit anglais qui, depuis le *Marriage Act* de 1836, offre la liberté de se marier soit devant l'autorité civile, soit devant l'autorité religieuse (de sa confession)⁵⁷⁴. La faveur à la validité formelle du mariage est ici pleine et entière.

315. Dans tous les cas, la généralisation, dans d'assez nombreux pays, de l'interprétation souple de la maxime *Locus Regit Actum*, alors que la position française reste la même, signifie que la jurisprudence *Zagha* est de grande actualité et que les problèmes, auxquels les juges ont été confrontés dans cette

⁵⁷² Loi n. 218 du 31 mai 1995 portant réforme du système italien de droit international privé, *R.C.D.I.P.* 1996, 174, commentaire de BALLARINO (T.), *R.C.D.I.P.* 1996, 21 ; la nouvelle loi italienne confirme ici les anciennes dispositions du Code civil (titre préliminaire, article 9). Voir aussi MESTRE (J.), « Le mariage en droit international privé. Conditions de forme », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 546-20, 1993, n°16 et la Loi Québécoise du 18 décembre 1992 sur le droit international privé, *R.C.D.I.P.* 1992, 574, article 3088, al. 2 : « *Il [le mariage] est régi, quant à ses conditions de forme, par la loi du lieu de célébration ou par la loi de l'Etat du domicile ou de la nationalité de l'un des époux* ».

⁵⁷³ Loi Espagnole du 7 juillet 1981 introduisant le mariage civil et laïque, *R.C.D.I.P.* 1983, 140. *B.O.F.* du 20 juillet 1981 ; commentaire de CARILLO SALCEDO (J.A.), « La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol », *R.C.D.I.P.* 1983, 1, notamment p. 15 et suiv. L'auteur souligne bien que les Espagnols peuvent se marier religieusement à l'étranger même si la loi locale n'attribue aucun effet civil au mariage canonique. Inversement, deux étrangers peuvent se marier en Espagne dans la seule forme prévue par la loi personnelle de l'un des futurs époux.

⁵⁷⁴ Il en est de même aux États-Unis, en Suède, en Norvège, au Portugal, au Brésil : DROZ (G.), « Regards sur le droit international privé comparé », *R.C.A.D.I.* 1991, vol. 229, pp 13-424, n°129 et suiv. Voir aussi MESTRE (J.), « Le mariage en droit international privé. Conditions de forme », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 546-20, 1993, n°9 et suiv., ainsi que le *Jurisclasseur de Droit comparé*, aux pays correspondants ; BOULANGER (F.), *Droit civil de la famille, Aspects internes et internationaux*, tome I, Economica, 2^e éd., 1992, p. 184.

affaire, ne manqueront pas de se poser de nouveau⁵⁷⁵. Il en sera de même, puisqu'elle est étroitement liée à la première, pour la question du renvoi.

B/ APPLICATION DU MÉCANISME DU RENVOI *IN FAVOREM*

316. Refusant de voir dans la règle *Locus Regit Actum* une règle facultative, les juges auraient dû être logiquement conduits à déclarer nul le mariage de 1924 contracté dans les seules formes de la loi nationale des fiancés, en violation de celles prévues par la *lex loci celebrationis*. Or ils reconnaissent au contraire la validité de l'acte, au motif que la loi italienne du lieu de célébration renvoyait à la loi syrienne, loi de la nationalité commune des futurs époux. Etonnant retour des choses, dans un domaine (celui de la forme des actes juridiques) où le renvoi est en principe exclu⁵⁷⁶.

Il est juste que, d'habitude, c'est dans le souci de faveur à la validité qu'est expliqué le refus du renvoi en présence d'une règle facultative, qui elle-même vise la validité. Mais on a vu que la règle était en fait ici impérative. Cela fait donc de la règle une règle de conflit bilatérale ordinaire et on s'explique alors mieux l'intervention éventuelle du renvoi en la matière.

Ce raisonnement somme toute logique peut néanmoins se prêter à quelques objections.

317. Il faut tout d'abord rappeler que la règle n'est ici neutre qu'en apparence et que l'impérativité même de celle-ci peut être chargée d'une signification particulière. Doit-on alors admettre ici le renvoi au risque de voir anéanti le fondement dont elle est le porteur ?

La question du renvoi ne se pose ensuite en principe que si, notre règle de conflit ayant désigné une loi étrangère, on interroge les règles de droit international privé de cette loi et si cette loi, en vertu de ces règles, ne donne pas compétence à sa propre loi, mais à une autre. L'exemple classique est celui du juge français saisi d'une question de statut personnel concernant un Anglais domicilié en France. Pour régir cette question, le juge désignera la loi anglaise car le droit français rattache le statut personnel à la loi nationale, alors que le droit anglais, lui, rattache cette catégorie à la loi du domicile, et renvoie ainsi l'ensemble du

⁵⁷⁵ Notamment, Cour d'appel de PARIS, 23 février 1996, Mme Zvoristeanu c./ Buchmann, D. 1997, somm., p. 278, obs. Annie Bottiau. Voir *infra*, n°559 et suiv.

⁵⁷⁶ C'est de plus la première fois que la Cour de cassation fait explicitement application du renvoi au second degré.

problème à la loi française. Il n'y a donc renvoi possible qu'en cas de conflit de rattachements⁵⁷⁷, c'est-à-dire lorsque le droit désigné par le for refuse sa compétence. On arrive alors, par le jeu du renvoi à une meilleure harmonie internationale des solutions.

Or il n'était pas si évident, dans l'affaire *Zagha*, d'une part que la loi italienne refusait sa vocation à régir la forme d'un mariage célébré sur son territoire, d'autre part qu'elle renvoyait réellement à la loi syrienne, loi nationale des époux. On soutient effectivement que cet arrêt a admis le renvoi *in favorem* en matière de forme des actes alors que, dans cette affaire, il n'y avait pas de renvoi⁵⁷⁸.

Les juges ont prétendu en l'espèce que la loi italienne opérait un renvoi à la loi syrienne des époux selon laquelle le mariage était valable. Cette interprétation des règles étrangères semble quelque peu hasardeuse du fait que le Code civil italien de 1865 consacrait lui aussi la règle *Locus Regit Actum* à laquelle il attribuait même un caractère impératif⁵⁷⁹. Ce ne serait qu'après les accords de Latran de 1929 et deux lois de la même année, que l'on donna des effets civils aux unions concordataires et aux unions confessionnelles⁵⁸⁰. Or ces dispositions n'existaient pas à l'époque du mariage litigieux et on ne leur donna pas de caractère rétroactif. On envisage alors une autre explication : l'Italie paraît ne pas avoir dénoncé la Convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois en matière de mariage. Celle-ci prévoit, dans son article 7, pour sauver le mariage, la validité de l'acte si les formes de la loi nationale des parties a été respectée, alors même que celles du lieu de sa célébration ne l'auraient pas été⁵⁸¹. Le renvoi pourrait alors se comprendre⁵⁸². Seulement, la Convention ne

⁵⁷⁷ Le renvoi de qualification, éventuellement engendré dans le cas de conflit de qualifications, n'est pas accepté en droit français : voir LEQUETTE (Y.), « Le renvoi de qualification », *Mélanges Holleaux*, 1990, p. 249 ; PARIS, 3 mars 1994, Mobil North Sea Limited c./ Cie française d'entreprises métalliques, R.C.D.I.P. 1994, 532, n. B. Ancel ; J.C.P. 1995, II, 22367, n. H. Muir-Watt.

⁵⁷⁸ Voir le commentaire de M. AGOSTINI, D. 1983, 431.

⁵⁷⁹ « Deux étrangers possédant la même nationalité et appartenant à un Etat qui admet la validité des mariages religieux ne peuvent sur le territoire italien contracter un mariage susceptible d'être considéré comme valable par les autorités du Royaume qu'en suivant la forme civile exigée par la loi locale » : voir le commentaire de M. AGOSTINI, D. 1983, 431.

⁵⁸⁰ Voir aussi BRULLIARD (G.), J.-Cl. comp., Italie, 1977, n°17 et suiv.

⁵⁸¹ « Le mariage, nul quant à la forme dans le pays où il a été célébré, pourra néanmoins être reconnu comme valable, si la forme prescrite par la loi nationale de chacune des parties a été observée » : Voir le commentaire de M. AGOSTINI, D. 1983, 431.

⁵⁸² La règle de conflit française désignerait la loi italienne du lieu de célébration, mais interrogeant également les règles italiennes de droit international privé, on consulterait les dispositions de la Convention puisque celles-ci remplaceraient les règles de conflit italiennes sur le mariage.

prévoyait son application que si l'un, au moins, des époux était ressortissant d'un Etat signataire, et n'obligeait aucun Etat signataire à appliquer une loi qui ne serait pas celle d'un Etat contractant. Or la Syrie n'a jamais ratifié cette Convention.

Le mystère de l'affaire *Zagha* reste donc entier. Il faut chercher ailleurs le fondement de la solution.

318. On avance alors que si le renvoi aboutissait à valider l'acte alors que la *lex loci actus* l'invaliderait, il faudrait accepter le renvoi. C'est en l'espèce une des explications plausibles à donner à l'utilisation du renvoi. L'autre est à rechercher dans la prévisibilité des parties : il aboutit à désigner la loi qu'elles avaient en vue lorsqu'elles ont conclu l'acte⁵⁸³.

319. Il est possible, enfin, de trouver une autre justification de la position de la Cour de cassation : il s'agissait d'apprécier la validité d'un mariage célébré plus de cinquante ans auparavant, en Italie, entre deux Syriens domiciliés à l'époque en Angleterre. A ce moment, la situation n'avait aucun point de contact avec la France ; les juges n'ont pas voulu la remettre en cause. On aurait donc pu aboutir à la même solution par la théorie des conflits de systèmes. Mais la jurisprudence étant peu favorable à cette doctrine, elle a préféré utiliser les moyens qui sont classiquement mis à sa disposition pour corriger la règle de conflit. Le mécanisme du renvoi lui a donc semblé le plus approprié pour répondre à cet objectif.

Il apparaît pourtant que cette application audacieuse du renvoi *in favorem* n'est pas pleinement satisfaisante. M. BISCHOFF, dans sa note, observe que la réponse de la Cour de cassation ne doit pas se limiter au mariage et pourrait sans aucun doute jouer dans tous les cas où la règle *locus* s'applique, c'est-à-dire pour la forme des actes juridiques en général. Mais il remarque que c'est justement dans notre cas d'espèce, celui du mariage d'étrangers à l'étranger, que la solution se justifie le moins. La Cour a en effet assorti le jeu du renvoi d'une condition substantielle : aboutir à la validité formelle de l'acte. Or si cette condition se comprend lorsque la règle *Locus Regit Actum* est facultative, puisque celle-ci tend également vers la validité de l'acte, il en est tout autrement lorsqu'elle redevient impérative et donc neutre. Le renvoi doit jouer ici dans tous les cas, même s'il conduit à la nullité de l'acte, puisque c'est également le risque que l'on prend lorsqu'on déclare une règle impérative.

⁵⁸³ Voir aussi les théories de QUADRI (R.), *Lezioni di diritto internazionale privato*, Naples, 5^e éd., 1969.

Conclusion du chapitre 2

320. Une voie bien compliquée a été ainsi choisie pour justifier dans cette espèce la validité du mariage, alors qu'il suffisait de redonner à la règle *Locus Regit Actum* son caractère facultatif, du moins pour les mariages célébrés à l'étranger. Cette position rigoureuse est sans doute ici encore la marque de l'autorité étatique qui cherche, aujourd'hui encore, à s'affirmer face aux autorités religieuses, et à imposer le modèle qu'il a instauré. S'il ne peut imposer ce modèle, lorsque le mariage est célébré à l'étranger, il redoute néanmoins une extension trop massive de la volonté individuelle et il tente de corriger, au-delà des années, le manque de vigilance de l'Etat du lieu où le mariage a été conclu. C'est encore le principe de laïcité que l'on cherche à imposer à tout prix au-delà des frontières et au-delà du raisonnable. Il n'est pas certain en effet que la solution eût été la même dans le cas inverse d'un mariage laïque célébré dans un Etat imposant une célébration religieuse (même aux étrangers se mariant sur son territoire). Signe des temps, l'acharnement de l'Etat à imposer ce principe de laïcité, lorsqu'il ne se justifie pas, est également signe de ses craintes.

Conclusion du sous-titre 1

321. Non content de cette solution relative à la règle *Locus Regit Actum*, le droit français a également étendu à l'envi son champ d'application en soumettant presque tout l'ensemble des conditions, de fond et de forme, du mariage à la loi française, plus particulièrement lorsque le mariage est célébré en France.

Cette position peut pourtant être considérée comme contraire aux principes animant le droit international privé, comme un manquement à la règle de courtoisie internationale, et comme une négation du caractère international de la relation. Il est également notoire que c'est principalement le domaine du mariage qui est touché, la loi nationale continuant par ailleurs à régir le statut personnel des personnes physiques. L'empreinte étatique est alors ici incontestable.

La solution semble par ailleurs en désaccord avec le droit positif relatif à l'autorité de la règle de conflit, dans une matière où l'on pensait les droits des parties indisponibles. C'est ensuite le classement de la célébration du mariage dans la catégorie des formes qui remet en cause la cohérence de l'ensemble, puisque l'exposé des finalités du mariage a montré que, même laïque, la célébration relevait du fond de l'union.

Mais artificielles, les applications de la règle régissant la célébration du mariage

peuvent être aussi le symptôme d'une défaillance dans les rouages de la règle de conflit.

Sous-Titre 2

LES FAILLES DE LA MÉTHODE

322. Les artifices précédemment dénoncés visent en principe à satisfaire avec un maximum d'efficacité les intérêts étatiques. Il apparaît néanmoins qu'ils manquent en partie leurs buts. Il s'agit donc à présent d'apprécier l'efficacité des moyens utilisés par rapport aux objectifs visés, en matière de célébration du mariage.

Or, dans ce domaine, tant la fonction que l'on attribue à l'autorité célébrante (chapitre 1) que les méthodes employées (chapitre 2) apparaissent comme insuffisantes.

Chapitre 1

FAILLES DE L'AUTORITÉ CÉLÉBRANTE

323. Conscients sans doute des difficultés rencontrées en raison des artifices de la distinction précédemment exposée, certains auteurs ont proposé de minimiser l'importance de la méthode classique en la matière. Il ne s'agit pas seulement de mettre en cause le fait que tous les systèmes juridiques ne rattachent pas la forme du mariage à la *lex loci celebrationis* ; nous savons que l'harmonie absolue n'existe pas. Mais plutôt de remarquer combien c'est l'instabilité même de notre règle qui a conduit à cette reconsidération. On s'est aperçu que le conflit de lois était un terrain mouvant. C'est pourquoi il a été parfois avancé que la conclusion du mariage ne soulevait pas un conflit de lois, mais un conflit d'autorités (section 1).

De fait, la formalisation du mariage fit apparaître un nouveau personnage-clé dans la célébration de l'union : l'*autorité* célébrante. Cette étiquette d'autorité célébrante fut attribuée successivement au ministre du culte puis à l'officier d'état civil, ce qui accrut, dans le même temps, le rôle de ce dernier dans les grands événements de la vie des citoyens. Le rôle qui lui est assigné reste peut-être toutefois exagéré (section 2).

Section 1

Célébration du mariage et théorie du conflit d'autorités

324. Déterminer la question de savoir si la célébration du mariage en droit international privé conduit à résoudre un conflit de lois ou un conflit d'autorités

est loin d'être insignifiante.

S'il s'agit de résoudre un conflit de lois, la méthode consistera à chercher la loi applicable à la situation, de sorte que les questions de la qualification et de la distinction « fond-forme » sont utiles en ce qu'elles concernent directement la mise en œuvre de la règle de conflit bilatérale classique.

S'il s'agit au contraire de résoudre un conflit d'autorités, la méthode consistera à déterminer quel sera l'officier public compétent et de cette compétence découlera automatiquement la loi applicable (loi locale si l'autorité compétente relève de l'Etat du lieu ; loi personnelle si cette autorité est étrangère et est habilitée à agir sur le territoire d'un autre Etat - consuls et agents diplomatiques). Or, cette compétence est généralement déterminée par la saisine de l'autorité, c'est-à-dire, finalement, par la volonté des parties⁵⁸⁴. A ce moment, il devient effectivement inutile de distinguer fond et forme et de qualifier les éléments de la célébration, puisqu'il n'est plus besoin de rechercher la loi applicable. Il deviendrait également inutile d'identifier l'union en cause, la seule saisine d'une autorité posant une sorte de présomption que l'on se trouve en présence d'un mariage, d'une union libre dans le cas contraire. Le choix entre ces deux voies étant particulièrement important, nous exposerons les grands traits de la théorie du conflit d'autorités (§ 1), pour en apprécier ensuite l'application au mariage (§ 2).

§ 1 : Exposé de la théorie du conflit d'autorités

325. L'autorité est le pouvoir de commander appartenant aux gouvernants et à certains agents publics⁵⁸⁵. On désigne également par ce terme l'organe investi de ce pouvoir. En droit international privé, le problème peut se présenter du fait qu'on aura éventuellement à tenir compte de lois étrangères de droit public et notamment de l'intervention d'une administration étrangère dans une relation entre personnes privées. On désigne ce problème sous le nom de conflit d'autorités. La méthode se distingue de celle du conflit de lois : au lieu de déterminer la loi applicable à la relation considérée, elle consiste ici à déterminer l'autorité qualifiée pour réaliser la relation⁵⁸⁶.

⁵⁸⁴ D'autres auteurs soutiennent toutefois que c'est à la loi locale que revient de préciser si l'intervention d'une autorité étatique est nécessaire ou non : BOURDELOIS (B.), *Mariage polygamique et droit positif français*, GLN Joly, 1993, n°407.

⁵⁸⁵ *Vocabulaire juridique*, association H. Capitant, sous la direction de G. CORNU, P.U.F., 6^e éd., 1996.

⁵⁸⁶ NIBOYET (J.-P.), *Traité de droit international privé français*, Sirey, 1938-1949,

326. C'est Jean-Paulin NIBOYET qui, le premier, a proposé cette méthode⁵⁸⁷. Chaque fois qu'un organe extérieur est intervenu dans l'élaboration d'un acte juridique ou dans une décision (non juridictionnelle), il n'y a pas de conflit de lois possible car la loi applicable à la relation ne peut être que celle du pays qui a institué l'autorité⁵⁸⁸. Le seul problème à résoudre est celui de la détermination de l'autorité qualifiée pour participer à l'élaboration de l'acte.

La question peut se poser avec une particulière acuité dans le domaine de la forme des actes juridiques. Nous avons vu que celle-ci était régie par la règle *Locus Regit Actum* et quels débats cette règle pouvait engendrer. Or, selon notre auteur, cette règle ne s'applique qu'aux actes privés, les actes publics étant régis par la loi de l'autorité qui les dresse.

327. M. Pierre MAYER a par la suite repris et approfondi les idées énoncées par Niboyet. Il s'appuie du reste à cette fin sur l'analyse de l'article 170 du Code civil relatif au mariage⁵⁸⁹.

Le conflit d'autorités regroupe, d'après lui, les règles relatives à la compétence internationale des autorités non judiciaires françaises et celles relatives aux effets des actes non judiciaires étrangers. Il est soulevé en présence d'un acte public, comme la célébration du mariage⁵⁹⁰. Cet auteur propose d'ailleurs une

t. IV, n°1127 et suiv. ; thèse reprise et reformulée par MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°464 et suiv. ; BATIFFOL (H.) & LAGARDE (P.), *Traité de Droit international privé*, t. I, 8^e éd., L.G.D.J., 1993, n°248-1 ; LOUSSOUARN (Y.) & BOUREL (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 1996, n°119.

⁵⁸⁷ NIBOYET (J.-P.), *op. cit.*, note 586, spéc. n°1571 et suiv. On cite souvent le mariage comme exemple de relation engendrant un conflit d'autorités car une loi (étrangère) de droit public peut entrer en jeu. Pour apprécier par exemple la validité d'un mariage célébré à l'étranger, le juge français devra peut-être s'interroger sur les règles étrangères relatives aux fonctions de l'officier d'état civil.

⁵⁸⁸ DELAPORTE (V.), *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse Paris I, 1974, n°87 ; PAMBOUKIS (C.), *L'acte public étranger en droit international privé*, thèse Paris I, L.G.D.J., 1993, n°181-183, qui précise que l'intervention d'une autorité marque profondément la volonté d'un système juridique de régir une situation et enracine celle-ci dans un ordre juridique déterminé. On ne peut méconnaître l'effectivité de ce rattachement, ce qui distingue en cela les actes publics des simples actes privés ; les premiers ne peuvent faire abstraction du lien qui les attache au pays de leur investiture.

⁵⁸⁹ MAYER (P.), *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973, n°193 ; *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°464 et suiv. et n°55, et suiv.

⁵⁹⁰ Pour l'auteur, l'acte public consiste en l'intervention d'un organe étatique,

relecture de l'article 170 du Code civil : l'alinéa 1^{er} de ce texte tranche le problème de la loi applicable à la forme par la règle *Locus Regit Actum*⁵⁹¹, tandis que l'alinéa 2 expose une règle de compétence internationale des autorités concernant aussi les agents diplomatiques⁵⁹². La règle pourrait ensuite être bilatéralisée de la façon suivante : « *l'Etat de la nationalité commune de deux individus est internationalement compétent pour célébrer, par ses agents diplomatiques ou consulaires, leur mariage, dans la mesure où l'Etat local ne s'y oppose pas* ». Il s'agirait donc d'une règle de compétence internationale directe pour ce qui concerne les agents français et une règle de compétence internationale indirecte pour ce qui concerne les agents étrangers⁵⁹³.

328. On a toutefois opposé à cette théorie un certain nombre de critiques.

La règle *auctor regit actum* signifierait tout d'abord que les actes publics ne posent aucun problème de conflit de lois, qu'il s'agirait simplement de déterminer quel est l'officier public compétent (ce dernier devant appliquer sa propre loi). Cette règle serait aussi ancienne que la règle *Locus Regit Actum*, seulement celle-ci aurait masqué celle-là. Les officiers publics, ne pouvant en principe instrumenter hors du territoire de l'Etat qui les habilite, appliquent la loi locale en appliquant leur propre loi. Mais en fait, c'est la loi régissant le statut de l'officier public qui s'applique.

La démonstration est *a priori* acceptable, sauf à avancer que, après tout, la méthode abandonnant à la loi applicable la désignation de l'autorité compétente se justifiait aussi bien. C'est ensuite une évidence que l'officier public ne peut

destinée à produire des effets juridiques de droit privé mais ne prenant pas la forme d'une décision au sens strict, c'est-à-dire ne comportant pas l'affirmation expresse, pourvue d'une autorité propre, de l'existence d'un état de droit : MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°468.

⁵⁹¹ L'officier d'état civil ne peut agir que selon les formes prévues par sa propre loi organique ; sa compétence interne, la langue, les formules employées, etc., ne peuvent être imposées par une autre loi. L'auteur va même plus loin en affirmant que l'article 170 ne concerne pas la forme mais la compétence des autorités et il en donne pour démonstration l'exemple suivant : si le mariage est célébré en France par le consul du pays de la nationalité *de la femme* suivant des formes identiques à celles que prévoit la loi française, l'une des *lois* compétentes (la loi locale) se trouve respectée ; et pourtant le mariage est nul : c'est que les *autorités* de la nationalité de la femme ne sont pas rendues compétentes par l'article 170 : MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°557, note 9.

⁵⁹² La possibilité pour les consuls français de marier deux Français à l'étranger serait, toujours d'après cet auteur, une règle de droit international public selon laquelle le consul peut marier ses ressortissants.

⁵⁹³ MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°561.

exercer son ministère que dans les conditions établies par la loi qui l'habilite⁵⁹⁴.

Quant à savoir selon quelles règles l'autorité compétente sera désignée, NIBOYET prescrivait que seule la loi locale pouvait conférer à une personne la qualité d'officier public⁵⁹⁵. La règle *Auctor Regit Actum* ne modifie donc pas grand chose aux solutions admises pour les actes purement privés. Elle encourt de plus le reproche d'assimiler aux décisions de l'autorité publique les actes juridiques dont les particuliers sont les auteurs et que les officiers publics ne font que recevoir.

329. On reproche ensuite à la théorie du conflit d'autorités de confondre les règles de compétence des autorités et les règles de conflit de lois. Ces règles n'ont pas le même objet : les règles de compétence ont pour objet de rendre les autorités accessibles, que ce soit pour trancher un litige ou recevoir la volonté des parties, alors que les règles de conflits de lois ont pour but de soumettre les situations juridiques au système avec lequel elles ont les liens les plus forts⁵⁹⁶. Pour la forme des actes juridiques, c'est finalement la demande des parties qui détermine la compétence d'un officier public. L'Etat donne d'ailleurs la possibilité de recourir aux autorités étrangères ou autorités consulaires.

On ne peut ensuite se passer entièrement de la loi locale. La *lex auctoris* ne peut, à elle seule, résoudre la question de savoir si l'acte doit ou non être passé devant un officier public. Elle n'a donc, finalement, qu'un rôle auxiliaire ; elle permet seulement de dire si l'acte est authentique.

La théorie du conflit d'autorités présente ainsi un certain nombre d'inconvénients. Il va être à présent vérifié que son utilisation en matière de célébration du mariage ne se justifie pas nécessairement.

§ 2 : Application de la théorie du conflit d'autorités à la célébration du mariage

330. En dépit de ces remarques, et bien que cela ne soit que rarement le cas en droit français, la méthode du conflit d'autorités reste parfois utilisée dans le droit positif (A). Cette positivité n'empêche pas, toutefois, d'adresser à la théorie, appliquée au mariage, un certain nombre de critiques (B).

⁵⁹⁴ DELAPORTE (V.), *op. cit.*, note 588, spéc. n°124 et suiv.

⁵⁹⁵ NIBOYET (J.-P.), *op. cit.*, note 586, spéc. n°1574.

⁵⁹⁶ DELAPORTE (V.), *op. cit.*, note 588, spéc. n°129 et suiv.

A/ APPLICATIONS EN DROIT POSITIF

331. Sur le plan des sources internationales, la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages⁵⁹⁷ offre un assez bon exemple de disposition de droit international privé consacrant la méthode du conflit d'autorités. Elle contient à la fois des règles de conflits de lois, de conflit d'autorités et des règles matérielles mais a pour caractéristique principale d'assimiler l'acte de mariage aux jugements. Ici, les rattachements (nationalité, résidence : article 3, al. 1) localisant la situation ne servent pas à déterminer la validité du mariage mais la compétence de l'autorité célébrant le mariage⁵⁹⁸.

Toutefois, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1991 entre l'Australie, le Luxembourg et les Pays-Bas, la Convention voit son effectivité réduite au minimum. La consécration de la méthode du conflit d'autorités, panachée avec d'autres méthodes plus classiques, reste donc assez discrète.

332. Le droit comparé offre, lui aussi, quelques exemples de législations ayant adopté, en tout ou en partie, la méthode du conflit d'autorités. Sans établir une liste exhaustive de ces législations, on peut citer à cet égard l'exemple des dispositions libanaises et suisses sur la célébration du mariage.

Pour notre premier exemple tiré du droit libanais, nous évoquerons l'article 23 de l'arrêté de 1938. Si, d'une part, les conditions relatives à l'aptitude de chaque époux à contracter mariage (âge, consentement...) relèvent bien de la loi

⁵⁹⁷ Principalement dans son article 9 ; pour le texte de la Convention, voir *R.C.D.I.P.* 1976, 828 ; *T.C.F.D.I.P.* 1977-1979, p. 5 ; voir aussi PAMBOUKIS (C.), *op. cit.*, note 588, spéc. n°358 (et les références citées), qui lui reconnaît le mérite de traiter le problème de l'effet des mariages célébrés à l'étranger sous l'angle de la méthode de reconnaissance et non sous celle de la règle de conflit.

⁵⁹⁸ Les rédacteurs de la Convention ont tenu compte du fait que l'activité d'un organe public a un caractère normatif et que sa présence confère par ailleurs à la relation une apparence de régularité, qui convient à l'esprit de *favor matrimonii* qui anime le texte. Il n'y aurait donc pas lieu de contrôler, en principe, la loi qui a été appliquée par l'Etat de célébration. Voir : LALIVE (P.), « La Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages », *Ann. suisse du droit international*, 1978, pp. 31-46 ; ROEHRICH (C.), « La convention de La Haye du 1^{er} octobre 1977 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages », *T.C.F.D.I.P.* 1977-1979, p. 3. Plus critique à l'égard de la Convention, voir : BATIFFOL (H.), « La 13^e session de la Conférence de La Haye de droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1977, p. 452. Pour une réserve générale sur l'utilisation des conventions en matière de droit international privé de la famille, voir : LEQUETTE (Y.), « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *R.C.A.D.I.* 1994, II, vol. 246, pp. 9 et suiv.

nationale de chacun des époux, les conditions qui mettent en cause la conception même de l'institution relèvent, quant à elles, de la loi de l'autorité de célébration du mariage. Lorsqu'un époux, d'autre part, change de communauté religieuse, postérieurement à la conclusion du mariage, son statut personnel demeure régi par la loi de l'autorité qui a célébré son mariage⁵⁹⁹.

333. La nouvelle loi suisse de droit international privé fournit un autre exemple d'approche du phénomène sous l'angle du conflit d'autorités mais, cette fois-ci, d'un point de vue laïque⁶⁰⁰. Dans ses dispositions sur le mariage, la loi se soucie avant tout de déterminer la compétence des autorités suisses pour célébrer le mariage :

« *Les autorités suisses sont compétentes pour célébrer le mariage si l'un des fiancés est domicilié en Suisse ou a la nationalité suisse* » (article 43, al. 1), et plus loin : « *La forme de la célébration du mariage en Suisse est régie par le droit suisse* » (article 44, al. 3)⁶⁰¹.

La règle ne consiste apparemment pas ici dans le prolongement de la règle *Locus Regit Actum*. Elle ne semble pas se confondre avec elle : c'est la nationalité ou le domicile en Suisse qui détermine la compétence des autorités suisses. Il s'agit bien d'une règle unilatérale réglant non un conflit de lois, mais un conflit d'autorités⁶⁰². Cependant il n'est pas dit dans quelle mesure une autorité

⁵⁹⁹ Il est à noter que les étrangers se mariant au Liban ne pourront le faire que dans la forme religieuse, mais que la célébration religieuse n'empêchera pas la soumission des éléments de fond à la loi nationale de chacun (arrêté 109 L/R du 14 mars 1935) : GANNAGÉ (P.), *J.-Cl. comp.*, v° Liban, Droit international privé, fasc. 5, 1994, n°32 et suiv. ; « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *R.C.D.I.P.* 1992, 425. La solution se justifie du fait des attaches étroites qui unissent souvent, au Liban, la forme et le fond du mariage, et du rôle que joue la volonté des époux pour le choix du statut matrimonial. Elle permet également de préserver l'unité du statut matrimonial et s'applique notamment aux empêchements bilatéraux qui dépendent davantage, au Liban, de la loi du lien matrimonial que des lois personnelles des époux.

⁶⁰⁰ Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, *R.C.D.I.P.* 1988, 409, comm. F. Knoepfler et Ph. Schweizer, p. 207 ; *Feuille fédérale*, 12.01.1988 ; voir, notamment, les articles 43 et 44.

⁶⁰¹ La nouvelle loi de droit international privé n'accorde à la loi étrangère qu'un rôle subsidiaire puisqu'elle précise encore que : « 1. *Les conditions de fond auxquelles est subordonnée la célébration du mariage en Suisse sont régies par le droit suisse.*- 2. *Si les conditions prévues par le droit suisse ne sont pas réunies, le mariage entre étrangers peut néanmoins être célébré pour autant qu'il satisfasse aux conditions prévues par le droit national de l'un des fiancés* ». La loi suisse a vocation à régir entièrement, dans leurs conditions de forme comme dans leurs conditions de fond, les mariages conclus sur le territoire de la Confédération.

⁶⁰² Implicitement, on constate l'alignement, dans la nouvelle loi, entre la compétence législative et judiciaire. Voir, notamment, VOLKEN (P.),

étrangère est compétente pour célébrer le mariage à l'étranger. L'article 45 dispose simplement que « *Un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse* »⁶⁰³. Faute de précisions supplémentaires, il faut peut-être voir dans cette formulation une ouverture laissée à la théorie des conflits de systèmes : on interrogera le système étranger du lieu de célébration, et notamment sa règle de conflit, pour savoir si le mariage a été formé en conformité des éléments que ce système prévoit et impose⁶⁰⁴.

C'est d'ailleurs reprendre ici la thèse de NIBOYET qui prévoyait que l'autorité étrangère, qui est intervenue, devait être compétente d'après sa propre règle de conflit car la règle de conflit du for ne peut qu'offrir sa compétence, non l'imposer⁶⁰⁵. Cette vision des choses vise l'efficacité de l'acte : pour qu'un droit soit efficace, il doit d'abord l'être dans le pays dont il émane.

En tout état de cause, la théorie du conflit d'autorités, appliquée à la célébration du mariage, encourt un certain nombre de critiques.

B/ APPRÉCIATION CRITIQUE

334. *I. Conflit d'autorités & conflits de systèmes.* On peut tout d'abord soutenir

IPRG Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, Zürich, Schulthess, 1993, sous l'article 44, p. 389.

⁶⁰³ La loi prévoit aussi que les étrangers non domiciliés en Suisse peuvent se marier en Suisse devant l'autorité suisse, à la condition que ce mariage soit reconnu comme valable dans l'Etat de leur nationalité ou de leur domicile (article 43, al. 2). Ils doivent donc obtenir l'autorisation de se marier en prouvant que leur mariage sera reconnu. L'emploi de la conjonction de coordination « ou » paraît montrer qu'il s'agit d'une référence à la loi personnelle, celle-ci pouvant être, selon les systèmes, la loi nationale ou la loi du domicile.

⁶⁰⁴ Les quelques commentaires relatifs à la nouvelle loi sont d'ordre plutôt général : KNOEPFLER (F.) & SCHWEIZER (P.), « La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1988, p. 207 et p. 235 ; *Précis de droit international privé suisse*, Berne, Éd. Staempfli & Cie SA, 1990, notamment n°230, soulignant que l'article 44 contient une règle unilatérale. Quant à M. BUCHER (*Droit international privé suisse*, t.II, *Personnes, famille, successions*, Basel/Frankfurt a.M. 1992, n°310 et suiv.), il consacre quelques développements relatifs aux mariages consulaires et à la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger, mais n'aborde pas la question des nouvelles dispositions sur le mariage sous l'angle purement méthodologique. Voir de même : DUTOIT (B.), « Le nouveau droit international privé suisse de la famille », in *Le nouveau droit international privé suisse*, Cedidac, 2^e éd., 1989, p. 27 et suiv. ; *Droit international privé suisse : commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Heibling & Lichtenhahn, 1996.

⁶⁰⁵ NIBOYET (J.-P.), *op. cit.*, note 586, spéc. n°1575.

que la théorie du conflit d'autorités n'est pas sans lien avec celle des conflits de systèmes, qui consiste en l'effacement, dans certaines hypothèses, de la règle de conflit du for au profit de la règle de conflit étrangère. Parmi ces hypothèses, l'on cite le cas où la situation a été constituée dans un pays étranger sans avoir, à ce moment, d'attache sérieuse avec l'Etat du for, le cas des questions préalables et celui du renvoi. Au lieu de désigner la loi applicable par application de la règle de conflit du for, on interroge à cette fin la règle de conflit du système juridique concerné par la relation. Mais ne faut-il pas ajouter un quatrième cas à cette liste : celui où le système juridique du for résout le rapport litigieux par application du jeu des conflits d'autorités ?

En effet, l'autorité célébrante a appliqué son propre droit, notamment à la forme du mariage, mais ce droit commandait peut-être aussi, pour le fond de l'acte, l'application d'une autre loi que celle envisagée par la règle du for. Si le droit international privé du for résout la question du respect de certaines conditions du mariage, par exemple la forme, par la règle *Auctor Regit Actum*, c'est que l'on abandonne au système dont relève l'autorité une bonne partie, voire l'ensemble de la situation puisque l'on sait que l'autorité en question n'a pu appliquer que sa propre loi. On doit donc admettre qu'elle a étendu l'application de sa loi interne aux conditions de fond de l'acte, mais aussi qu'elle a fait jouer ses propres règles de droit international privé.

Cette attitude n'est d'ailleurs pas sans fondement pratique et logique. Si un mariage est célébré en France entre deux étrangers, l'officier d'état civil français vérifiera, selon sa propre loi, si les conditions de forme ont été respectées. Mais pour ce qui concerne les conditions de fond, il interrogera la règle de conflit française (qui lui dit d'appliquer la loi nationale de chacun) ou la loi française (si la preuve du contenu de la loi étrangère n'a pas été rapportée), mais il n'ira certainement pas interroger la règle de conflit de l'Etat du domicile ou de la nationalité des époux, ni celle de l'Etat où le mariage produira des effets. L'autorité célébrante étrangère aura certainement la même attitude lorsqu'elle unira deux étrangers sur son territoire. Elle vérifiera le respect des conditions du mariage en fonction de ses propres règles (si celles-ci sont d'application immédiate) ou de ses règles de droit international privé.

Il faudrait raisonner ainsi si l'on devait apprécier une situation créée sous l'empire d'un système étranger, même si celle-ci avait, au moment de sa création, quelque attache avec le for. Cette conséquence résulte du fait que l'autorité saisie ne mettra en œuvre que son propre droit, à partir du moment où l'on place le problème sous l'angle du conflit d'autorités,.

On pourrait ainsi calquer la solution sur celle des conflits de juridictions, à la condition, bien sûr, d'assimiler la célébration du mariage à une décision. Pour

apprécier l'efficacité d'un tel mariage, on pourrait alors s'inspirer de la solution de l'arrêt *Simitch* en énonçant que « *Toutes les fois que la règle française n'attribue pas compétence exclusive aux autorités françaises chargées du fonctionnement de l'état civil, l'autorité étrangère doit être reconnue compétente si la situation se rattache de manière caractérisée au pays dont cette autorité relève et si le choix de cette autorité n'a pas été frauduleux* ». On se contenterait, pour apprécier la validité du mariage, de contrôler qu'il a été célébré par une autorité internationalement compétente, sans vérifier que la loi appliquée par cette autorité est bien celle qu'aurait appliquée une autorité française. C'est un principe de faveur au mariage qui prévaudrait⁶⁰⁶.

335. Il serait donc possible de classer le problème du conflit d'autorités dans le chapitre des conflits de systèmes au même titre que le renvoi ou le problème des questions préliminaires, ces différentes théories conduisant à prendre en considération la règle de conflit étrangère. Il n'y a pas nécessairement un conflit entre les différentes règles de conflit, mais une prise en considération nécessaire du système étranger dont relève l'autorité.

Mais l'on sait que la théorie des conflits de systèmes n'est pas toujours bien accueillie. On lui reproche notamment son incertitude : si plusieurs systèmes, en dehors de celui du for, se trouvent impliqués dans une relation, lequel faudra-t-il interroger en premier lieu ? Comme en matière d'unilatéralisme, on se heurte au problème du cumul.

336. Poussée par ailleurs jusqu'au bout, la logique des conflits d'autorités conduit à ce que seules les autorités étrangères de l'Etat dont relève l'officier public qui a célébré le mariage puissent déclarer nulle cette célébration si elle a eu lieu dans des conditions irrégulières. Les tribunaux français pourraient seulement la déclarer inopposable vis-à-vis de la France. C'est seulement dans le cas où l'autorité célébrante étrangère n'a pas compétence internationale pour célébrer le mariage, qu'une autorité française pourrait prononcer la nullité⁶⁰⁷.

On rencontre alors ici une autre hypothèse de mariage à effets géographiquement limités.

⁶⁰⁶ *Civ. 1^{re}, 6 février 1985, Simitch, Gr. arrêts n°66 ; R.C.D.I.P. 1985, 369 ; J.D.I. 1985, 460, note A. Huet ; D. 1985, 469, note J. Massip, et IR, 497, obs. B. Audit ; chron. Ph. Francescakis, R.C.D.I.P. 1985, 243. Depuis cet arrêt, on n'exige plus que la loi appliquée ait été celle qu'aurait désignée la règle de conflit française (principe d'équivalence).*

⁶⁰⁷ NIBOYET (J.-P.), *op. cit.*, note 586, spéc. n°1579, p. 24.

337. *II. Limites de la théorie du conflit d'autorités en matière de forme du mariage.* Il est incontestable qu'il est parfois plus logique de se placer du point de vue de la compétence des autorités que de celui de la *lex loci*. On songe ici aux mariages consulaires, où la *lex loci* n'est finalement pas appliquée. Mais la théorie du conflit d'autorités encourt néanmoins d'autres griefs qui touchent plus particulièrement la forme du mariage.

338. Il est tout d'abord clair et évident que la théorie est inadaptée pour apprécier la validité formelle des mariages *informels* (« *by cohabitation and reputation* »). Si la jurisprudence a parfois reconnu la validité de ces mariages par une application très extensive de la règle *Locus Regit Actum*, il n'est en revanche pas possible de faire de même avec la théorie du conflit d'autorités. Bien sûr, certains diront, comme les rédacteurs de l'Instruction générale relative à l'état civil, qu'il ne peut y avoir mariage sans l'intervention d'aucune autorité mais ce serait là une vision peut-être restrictive de la diversité des relations juridiques⁶⁰⁸.

De même que la distinction fond-forme a été présentée comme artificielle, on peut dire également qu'on ne peut regrouper les règles sur la formation du mariage selon que celui-ci est célébré par une autorité française ou une autorité étrangère⁶⁰⁹. Il faudrait sinon ajouter un troisième volet, un troisième groupe de règles, pour les cas où aucune autorité n'est intervenue⁶¹⁰.

339. Dans le même ordre d'idées, on peut dire qu'il n'est pas possible de raisonner entièrement sur le conflit d'autorités car on a vu que l'intervention d'une autorité n'était pas la caractéristique du mariage, d'autant plus qu'il existe des « concubinages enregistrés ». On ne pourrait donc apprécier la valeur formelle d'un mariage simplement du fait qu'il a été conclu devant une autorité compétente.

⁶⁰⁸ Instruction générale relative à l'état civil, n°492.

⁶⁰⁹ Ce qui est dommage car cette répartition permettrait d'expliquer les règles actuelles. On peut, de fait, observer deux attitudes du législateur et du juge, selon que le mariage est célébré par une autorité française (en France, par l'officier d'état civil, ou à l'étranger, par un agent diplomatique), ou étrangère (en France, par l'agent diplomatique, ou à l'étranger, par l'autorité du lieu).

⁶¹⁰ Ceci rejoint par ailleurs la question du rôle de l'autorité célébrante dans la célébration du mariage ; voir *infra*, n°342 et suiv.

340. On ne peut ensuite parler d'autorité et surtout de *conflit* d'autorités que lorsque l'organe en question est investi d'un certain pouvoir décisionnel, ce qui peut varier d'un pays à l'autre, tous les Etats ne donnant pas les mêmes pouvoirs à leurs officiers publics.

La théorie conviendrait-elle par exemple pour les cas où le mariage est strictement religieux ? Le ministre du culte peut-il en effet être considéré comme une autorité au sens étatique du terme ? Du point de vue même des différentes confessions religieuses, il n'est pas toujours considéré comme l'autorité du mariage, mais plutôt comme un simple témoin du sacrement dont les époux seraient les auteurs⁶¹¹. Par ailleurs, les Etats qui ne connaissent que cette forme de mariage ne le considèrent pas nécessairement comme une autorité. On sait que certains donnent ou ont donné, à leurs ministres du culte, des fonctions d'état civil, mais d'autres leur dénie expressément ce rôle. C'est d'ailleurs là une des raisons pour lesquelles on a refusé de reconnaître des mariages célébrés par un ministre du culte dans la chapelle d'une ambassade étrangère en France⁶¹².

341. Enfin, on peut encore soutenir que la théorie a le défaut majeur de tenir la célébration du mariage pour un acte public, alors qu'il est *principalement* un acte privé⁶¹³. Contrat auquel la société est présente, certes ; mais la « déformalisation » de l'union des sexes, et son évolution probable, tendent tout de même à extraire cet acte juridique de la sphère du droit public. La résolution du problème de la loi régissant la forme de l'acte ne passe donc pas par celle d'un conflit d'autorités. C'est également à cette conclusion que conduira l'analyse du rôle véritable de l'autorité célébrant le mariage.

⁶¹¹ Voir *supra*, n°150 et suiv.

⁶¹² PARIS 1^{er} mars 1922, Basiliadis, J.D.I. 1922, 407 ; S. 1924, 2, 65, n. Audinet ; R.C.D.I.P. 1922-1923, 310.

⁶¹³ Ce qui ne signifie pas nécessairement, qu'il doive être soumis à la règle *Locus Regit Actum*, mais il s'agit là d'un autre débat. M. P. MAYER range pour sa part la célébration du mariage parmi les actes publics : MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°468, note 4.

Section 2

Célébration du mariage et rôle de l'autorité célébrante

342. La question de la valeur de la forme du mariage et de la valeur des règles qui lui sont applicables, conduisent à apprécier le rôle précis de l'officier d'état civil dans la formation de l'acte particulier qu'est le mariage : son intervention a-t-elle une fonction constitutive (créatrice) ou simplement déclarative (réceptive) ? L'officier d'état civil a-t-il, tel un juge, un véritable pouvoir de décision ? Cantonnée à l'exemple du droit français, l'analyse répondra toutefois à certaines préoccupations concernant directement le droit international privé. A première vue indispensable et essentielle (§ 1), la place privilégiée de l'autorité célébrante tend cependant à s'effacer (§ 2).

§ 1 : L'indispensable intervention de l'autorité célébrante

343. On a coutume de considérer l'intervention de l'officier d'état civil comme un acte constitutif du mariage lui-même, dans le sens où elle est nécessaire à la validité de celui-ci : le mariage célébré sans l'intervention de l'officier d'état civil n'est pas seulement nul, il est considéré comme inexistant⁶¹⁴.

La condition de l'intervention de l'officier d'état civil apparaît à ce point essentielle que l'Instruction générale relative à l'état civil de 1955, dans son titre IV consacré à l'état civil en droit international (et plus précisément à l'actuel § 492), rappelle que l'article 170 du Code civil, qui reconnaît les mariages célébrés à l'étranger en la forme locale, semble exiger l'existence d'une « célébration », ceci même si l'union formée sans l'intervention d'aucune autorité est admise dans le pays envisagé. Le doyen BATIFFOL, analysant le texte initial de 1955 (alors § 428), lui avait déjà reproché d'être en contradiction avec la jurisprudence de droit international privé qui admettait les mariages dits de *Common Law*, mariages informels par excellence⁶¹⁵ ; l'Instruction générale relative à l'état civil semble, il est vrai, nier leur existence⁶¹⁶.

⁶¹⁴ HAUSER (J.) & HUET-WEILLER (D.)†, *La famille. Fondation et vie de la famille*, L.G.D.J., 2^e éd., 1993, n°308 et suiv.

⁶¹⁵ BATIFFOL (H.), « L'instruction générale sur l'état civil du 21 septembre 1955 et le droit international privé », *T.C.F.D.I.P.* 1955-1957, p. 41 et suiv., not. p. 50.

⁶¹⁶ Il est vrai que ce texte n'est qu'un texte administratif qui s'adresse aux officiers d'état civil et non aux juges, mais il est tout de même significatif que sa

344. Le texte de l'Instruction générale relative à l'état civil semble pourtant confondre ici l'acte de célébration et l'acte de mariage.

Le premier, au sens du *Littré*, solennise avec éclat la volonté des époux de s'unir, il la vante, il la rend publique. Dans la célébration, même si elle est civile, intervient une dimension rituelle, traditionnelle, qui a l'ambition de suspendre le temps à un moment bien précis, qui servira ensuite d'instrument de mesure pour apprécier la qualité d'un certain nombre d'éléments : capacité, consentement, etc. Même si les époux se sont choisis depuis plusieurs semaines ou plusieurs mois, on fixera le jour de l'échange de leurs consentements au jour de la célébration et non à une date antérieure. L'officier d'état civil ou le ministre du culte accomplit un acte de célébration parce qu'il en est le maître de cérémonie. Dans toute fête, tout anniversaire, il y a une personne qui se lève et prononce un discours afin d'imprimer solennellement l'événement dans la mémoire de tous les participants. De même, dans la cérémonie du mariage, on fait un discours et la lecture aux fiancés de quelques textes 'sacrés' (extraits, selon les cas, des Evangiles...ou du Code civil), on s'assure qu'ils souhaitent se prendre pour époux, puis on les déclare unis par le mariage. C'est en cela que consiste l'acte de célébration : l'énoncé de formules bien tournées, devant témoins, et proclamées haut et fort. Avant toute chose, et toute personne, c'est la Parole qui préside la formation du mariage⁶¹⁷.

345. Tout autre est l'acte de mariage. Les paroles s'évaporent mais la plume laisse des traces visibles. Assurer une empreinte objective est la fonction principale de l'acte de mariage ; parce qu'il est le document qui constate la convention des deux époux, parce qu'il sera le mode de preuve normal du mariage.

Il est vrai que le maître de cérémonie accomplira généralement ces deux actes dans la même foulée. Si l'on se borne à l'exemple du droit français, le Code civil exprime, dans le même article (l'article 75), ce que l'officier d'état civil doit dire et faire le jour même de la cérémonie. Il s'agit ici de deux fonctions différentes que le Code civil ne confond pas : il dit bien que l'officier d'état civil « *dressera acte* » de ce que les intéressés veulent se prendre pour époux, alors qu'il affirme plus haut qu'il « *prononcera* » le mariage. C'est seulement pour l'acte de célébration que l'autorité peut avoir, éventuellement, un pouvoir créateur,

dernière version reprenne celle de 1955, en dépit de ce que l'on continue à enseigner en droit international privé.

⁶¹⁷ ELLUL (J.), *Ce que je crois*, Grasset, 1987.

décisionnel. Ce pouvoir est nul dans la phase de rédaction, où l'officier d'état civil ne fait que *constater* un événement.

346. L'Instruction générale relative à l'état civil est en revanche moins explicite. Elle précise bien tout d'abord que les actes de mariage sont des actes simplement instrumentaires constatant un acte juridique et qu'ils ne préjugent pas de la validité du mariage. Mais elle traite ensuite de l'article 170 du Code civil (selon lequel « *Le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre Français et étranger sera valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays [...]* ») au titre des actes de mariage et en fait l'expression du principe énoncé à l'article 47 du même Code (selon lequel « *Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il est rédigé dans les formes usitées dans ledit pays* »). Or ces deux dispositions ne sont certainement pas à placer sur le même plan. La divergence se situe sur le plan des termes employés, mais ne cède pas à l'équivoque : le premier de ces textes dit que le mariage sera *valable* si..., alors que le deuxième dit que l'acte *fera foi* si... L'article 170 du Code civil exprime une condition de validité du *negotium*, une règle de fond ; l'article 47 traite de la force de persuasion de l'*instrumentum*, se place sur le terrain de la preuve⁶¹⁸. L'article 170, quant à lui, est relatif à l'acte de célébration et non à l'acte de mariage (dans le sens où nous entendons ces termes) ; l'Instruction ajoute alors au texte, elle distingue là où la loi ne distingue pas. Seulement, il est vrai qu'il existe un lien étroit entre la forme et la preuve, ce qui explique qu'elles sont en partie soumises au même régime, celui de la *lex loci actus*⁶¹⁹.

C'est donc une erreur d'interprétation de citer cet article au titre des actes de mariage. Et, finalement, ce n'est pas tant l'acte de célébration que l'acte de mariage que l'Instruction semble exiger au § 492. Il lui importe probablement assez peu que le mariage ait été proclamé en une forme purement privée, l'essentiel étant qu'il en reste une trace objective et tangible qui relate l'événement. Le texte dit que le mariage contracté à l'étranger sans l'intervention d'aucune autorité serait déclaré nul ou inexistant en France. On veut sans doute

⁶¹⁸ Voir aussi QUENAUDON (de) (R.), « Actes de l'état civil », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 544, 1993, n°57 et suiv. L'article 170 n'est d'ailleurs en principe jamais cité lorsque la question de la preuve de la formation du mariage se pose ; cf., notamment, MESTRE (J.), « Le mariage en droit international privé. Conditions de forme », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 546-20, 1993, n°127 et suiv.

⁶¹⁹ Voir *infra*, n°515 et suiv. ; HUET (A.), *Les conflits de lois en matière de preuve*, Dalloz, 1965, n°89, et n°139.

Il est également vrai que les articles 194 et suiv. du Code civil utilisent l'expression 'acte de célébration' pour parler de l'*instrumentum*, alors que nous préférons celui d'acte de mariage.

dire par-là que l'acte juridique (la volonté de se prendre pour époux) doit avoir été *reçu* par une autorité.

§ 2 : L'effacement de l'autorité célébrante

347. Considéré dans un premier temps comme étant au cœur de la célébration du mariage, investi d'une sorte de pouvoir créateur (A), l'officier d'état civil n'est pourtant pas investi d'un pouvoir de décision (B).

A/ ROLE CREATEUR OU RECEPTIF DE L'AUTORITÉ CÉLÉBRANTE

348. L'officier d'état civil est un organe public qui remplit une mission de service public qui est celle, entre autres, de tenir les registres de l'état civil, de dresser et signer les actes qui en relèvent, et d'en délivrer des copies et extraits. Agent public, les actes par lui signés sont-ils pour autant des actes publics ? Certainement oui lorsque l'acte émane de sa seule et unique volonté, mais non s'il se contente d'enregistrer la volonté des personnes privées. Tout dépend peut-être du degré de sa participation à l'élaboration de l'acte.

Il est tout d'abord des cas où son intervention n'est pas obligatoire. On pense ici à la plupart des actes juridiques soumis au principe du consensualisme. L'officier d'état civil joue alors ici un rôle passif dans la mesure où il se contente de recueillir la volonté d'autres personnes ; l'acte ainsi reçu est, à n'en pas douter, un acte privé.

Il en est d'autres où sa présence est une condition de validité du rapport juridique. Il participe alors à la naissance de l'acte juridique. On dit souvent qu'il joue ici un rôle actif, qu'il a le pouvoir de décider ou de juger⁶²⁰.

349. La doctrine n'apporte pas à cette question de réponse bien tranchée. M. PAMBOUKIS distingue, parmi les organes publics, l'officier public et l'autorité. Le premier est la tierce personne qui a le pouvoir de constater des faits ou de recevoir des actes privés sans émettre aucune volonté propre au sens strict, sans prendre de décision ; il ne modifie pas l'état de droit, il ne fait que le consolider ;

⁶²⁰ Mais le caractère obligatoire ou facultatif de l'intervention de cet organe est déterminé, en droit international privé, par la loi applicable au rapport juridique en cause. Si l'organe est déjà intervenu, on se place alors sur le terrain de l'efficacité ; cf. PAMBOUKIS (C.), *op. cit.*, note 588, n°16.

l'organe procède à une opération matérielle : il constate, il enregistre, il reçoit. La deuxième, en revanche, est la tierce personne qui a le pouvoir, toujours au nom de l'ordre juridique, de déterminer le droit dans un cas concret⁶²¹. L'auteur classe le notaire, le conservateur des hypothèques et l'officier d'état civil dans le premier groupe ; le juge, les autorités administratives dans le deuxième. L'officier public élabore des actes quasi publics, tandis que l'autorité publique élabore des décisions ; la décision est une action qui affecte la teneur des droits des particuliers, dans leur substance et dans leur essence⁶²². Cette distinction correspond aussi à celle des actes réceptifs (déclaratifs) et des actes créateurs (constitutifs)⁶²³.

L'auteur ajoute que cette distinction délimite nécessairement l'efficacité juridique de l'acte produit. Les effets de l'acte quasi public sont la force probante, la valeur de titre et l'opposabilité formelle, tandis que la décision opère un changement de l'ordonnement juridique (efficacité substantielle) immédiatement opposable aux tiers et bénéficiant d'une autorité particulière (de la chose jugée ou de la chose décidée) qu'il est difficile de remettre en cause ; elle a aussi un effet obligatoire et exécutoire⁶²⁴.

Partant, il faut admettre que l'officier d'état civil peut à la fois être considéré comme officier public et comme autorité. Il semble bien assumer les deux types de fonctions puisqu'on lui prête habituellement un rôle créateur dans la célébration du mariage, mais lorsqu'il dresse par exemple un acte de naissance, il ne constitue pas, par sa volonté propre, un état nouveau ; il ne fait que le constater⁶²⁵.

350. La présence d'un organe public peut également être considérée comme constitutive lorsque celle-ci est une condition d'existence, un élément essentiel dans la définition d'une notion juridique (comme le consentement, élément constitutif du contrat), sans dire pour autant que l'organe prend parti dans la

⁶²¹ PAMBOUKIS (C.), *op. cit.*, note 588, n°14.

⁶²² PAMBOUKIS (C.), *op. cit.*, note 588, n°39, 72 et suiv., 81.

⁶²³ PAMBOUKIS (C.), *op. cit.*, note 588, n°37 et 81 ; « L'acte quasi public en droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1993, 565, notamment p. 580, où l'auteur avance que l'intervention de l'officier d'état civil serait un instrument constitutif, mais avec une fonction réceptive.

⁶²⁴ PAMBOUKIS (C.), *op. cit.*, note 588, spéc. n°39 et 72 et suiv.

⁶²⁵ La terminologie, il est vrai, engendre la confusion. Une décision consiste, pour une autorité, à prendre parti ; pour ce qui concerne les décisions de justice, on précise qu'elles peuvent être soit constitutives, soit déclaratives (par exemple une déclaration judiciaire de paternité naturelle). On appelle tout jugement une décision, alors qu'il est des cas où le juge ne prend certainement pas parti, où il n'a aucun pouvoir d'appréciation.

décision de conclure l'acte. On s'écarte ainsi de la définition qui vient d'être donnée plus haut de l'acte constitutif. Celui-ci ne correspond donc pas toujours à une décision. Un acte constitutif n'est pas nécessairement une décision, et inversement.

Ainsi, en droit français, l'intervention de l'officier d'état civil dans la conclusion du mariage est un élément constitutif de celui-ci puisque, à défaut de cette intervention, le mariage est considéré comme inexistant. Mais si le mariage entraîne bien une modification de l'ordonnancement juridique et peut être qualifié d'acte constitutif⁶²⁶, la *décision* en appartient certainement aux époux et non à l'autorité célébrante. La distinction de M. PAMBOUKIS entre actes quasi publics et décisions, à laquelle correspond celle des actes réceptifs et des actes créateurs, n'emporte donc pas une pleine adhésion⁶²⁷.

On a par ailleurs reproché aux thèses exposées d'assimiler aux décisions de l'autorité publique les actes juridiques dont les particuliers sont les auteurs et que les officiers publics ne font que recevoir. La valeur normative de la décision est importante lorsque l'autorité dispose d'un pouvoir discrétionnaire, mais nulle si celle-ci n'a qu'un pouvoir lié. Or nous verrons que les pouvoirs de l'officier d'état civil sont, finalement, relativement faibles, et que c'est pour cette même raison que l'on ne peut appliquer aussi facilement la théorie des conflits d'autorités (notamment) en matière de mariage⁶²⁸.

B/ ABSENCE DE RÔLE DÉCISIONNEL DE L'OFFICIER D'ÉTAT CIVIL

351. *I. La notion d'autorité.* L'officier d'état civil joue un rôle certain dans la

⁶²⁶ MAYER (P.), *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973, n°77. Il s'agit pour lui d'une décision individuelle, une décision étant une norme concrète (par opposition à la règle qui est abstraite et générale ; la décision désigne des individus), catégorique (elle modifie la situation juridique des particuliers), et non permanente (son abrogation n'a de sens que rétroactive) ; voir n°72. Cette appréciation aurait pour conséquence qu'il faudrait, pour la célébration du mariage, utiliser la méthode du conflit d'autorités et non celle des conflits de lois ; voir *infra*, n°441 et suiv.

⁶²⁷ L'auteur semble par ailleurs se contredire, puisqu'il classe le mariage parmi les actes quasi publics, tout en disant qu'il s'agit d'un acte constitutif ; voir PAMBOUKIS (C.), *op. cit.*, note 588, spéc. n°31 et 357.

⁶²⁸ DELAPORTE (V.), *op. cit.*, note 588, spéc. n°128. Voir aussi *infra*, n°441 et suiv.

conclusion du mariage. Il faut cependant s'accorder sur la notion d'autorité, afin de trouver une certaine cohérence, cohérence qui est étroitement liée à la distinction entre acte de célébration et acte de mariage, précédemment évoquée.

Au sens juridique du terme, une autorité est en principe un organe investi du pouvoir de commander et de se faire obéir⁶²⁹. Cette formulation offre cependant une vue réductrice des choses car on peut certainement considérer comme autorité celle qui est simplement requise par les particuliers dans leur propre intérêt (conservateur des hypothèques, consuls, notaires, etc.), et non pas seulement celle qui est chargée d'une action étatique⁶³⁰.

L'autorité n'est pas non plus nécessairement une autorité *étatique*. On reconnaît par exemple que le ministre du culte est une autorité, même si sa mission est davantage spirituelle qu'étatique. Il arrive également, dans certains pays qu'il remplisse effectivement cette mission de service public qu'est la tenue des registres d'état civil. Dans les pays inspirés du droit musulman, deux *adûls*, sortes de notaires, participent aux rites matrimoniaux, dont ils sont les témoins, et pourtant ils ne célèbrent pas le mariage, puisque, en droit musulman, le mariage est essentiellement consensuel⁶³¹. Mais on verra certainement là l'intervention suffisante d'une 'autorité' dans la conclusion du mariage.

352. Il faut donc admettre que toutes les « autorités » ne constituent pas des organes investis du pouvoir de se faire obéir et que, même le concours d'une personne privée (ministre du culte ; témoins), suffit à ne pas considérer le mariage comme complètement informel et qu'il est suffisant pour pouvoir invoquer l'article 170 du Code civil. Si l'on s'en tient au texte de l'Instruction (§ 492), il faut donc retenir une définition très large de la notion d'autorité, faute de quoi un nombre considérable d'étrangers résidant sur notre territoire seraient traités par l'administration comme des célibataires. Une vision trop stricte des choses aurait également l'inconvénient de favoriser la célébration en France de mariages polygamiques, l'intéressé étant considéré comme libre de tout lien matrimonial.

Le Code civil et la jurisprudence de droit international privé sont de fait plus souples. L'article 170 du Code civil dispose en effet que : « Le mariage contracté en pays étranger (...) sera valable s'il a été *célébré* dans les *formes* usitées dans le pays (...) ». S'il est juste de relever qu'il emploie le terme « célébrer » et non pas le terme « contracter », ce qui introduit certes une nuance, il n'empêche que

⁶²⁹ *Vocabulaire juridique*, association H. Capitant, sous la direction de G. CORNU, P.U.F., 6^e éd., 1996.

⁶³⁰ MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°465.

⁶³¹ MILLIOT (L.) & BLANC (F.P), *Introduction à l'étude du droit musulman*, Sirey, 2^e éd., 1987.

cet article ne dit pas que l'intervention d'une autorité est nécessaire⁶³². La jurisprudence a par ailleurs interprété le terme « célébrer » dans un sens tout à fait élastique puisqu'elle a admis la validité des mariages de *Common Law*⁶³³.

353. *II. Etendue des pouvoirs de l'autorité célébrante.* L'autorité célébrante intervient pour effectuer un certain nombre de contrôles. Mais sa marge de manœuvre est en fait moins effective qu'il n'y paraît, et les règles manquent un peu leur but. A trop vouloir assurer la liberté matrimoniale on finit parfois par la sacrifier. L'officier d'état civil n'est pas libre dans sa décision car il est en réalité subordonné à la volonté des parties. D'un autre côté, il ne peut plus dès lors s'assurer véritablement de l'existence de cette volonté.

Comme nous l'avons déjà exprimé auparavant, la formalisation du mariage permet notamment de vérifier que les conditions de fond existent réellement. C'est donc l'officier d'état civil qui doit procéder aux publications destinées à provoquer les éventuelles oppositions, oppositions qui lui sont elles-mêmes signifiées⁶³⁴.

354. C'est aussi aux fins de provoquer les oppositions que la compétence territoriale de l'officier public est clairement délimitée. Est exclusivement compétent l'officier d'état civil de la commune où l'un des époux a son domicile ou sa résidence à la date des publications, et le mariage doit être célébré publiquement à la mairie (article 165, C. civ.). Toutefois, en cas d'empêchement ou de péril imminent de mort, l'officier d'état civil peut se transporter au domicile ou à la résidence de l'époux empêché (article 75, al. 2) ; il s'agit alors ici d'une dérogation à l'obligation de publications et de publicité du mariage. La possibilité, dans ce cas, de formuler des oppositions à mariage est largement limitée⁶³⁵.

⁶³² Il emploie toutefois aussi, plus loin, le terme « contracté ».

⁶³³ C'est peut-être alors ici que réside la différence entre la *lex loci celebrationis* et la règle *Locus Regit Actum* : la deuxième a un domaine plus large, non seulement parce qu'elle s'applique à tous les actes juridiques, mais aussi parce que la notion permet d'y inclure les mariages non « célébrés » et d'en reconnaître la validité en la forme, alors que la première serait réservée aux mariages « célébrés ».

⁶³⁴ Ainsi que les actes de mainlevée de l'opposition : articles 63, 66, 67, 68, 69 du Code civil.

⁶³⁵ L'incompétence territoriale de l'officier d'état civil n'est pas du reste sévèrement sanctionnée : Trib. Gr. Inst. PARIS, 10 novembre 1992, D. 1993, 467, n. Beignier : « *La nullité du mariage ne saurait être encourue qu'autant que l'irrégularité a eu pour but de conférer au mariage un caractère clandestin et de faire fraude à la loi ; Le mariage célébré par un officier d'état civil territorialement incompétent n'est pas entaché de clandestinité, ce vice ne pouvant résulter de ce que les*

L'officier d'état civil doit cependant, en cas d'empêchement grave, agir sur l'ordre du Procureur de la République (c'est lui qui, dans ce cas, délivre les dispenses) et, en cas de péril de mort, il peut agir seul, mais doit en avertir ensuite le représentant du Ministère Public. Il n'a donc pas une entière liberté de décision dans la formation du mariage et doit s'en remettre à une autorité supérieure.

Il encourt par ailleurs des sanctions pénales⁶³⁶. S'il célèbre quand même le mariage sans avoir publié les bans, sans avoir obtenu de certificat médical ou en ayant passé outre l'existence d'oppositions, l'officier encourt de ce fait une amende⁶³⁷. Mais l'absence de publication préalable n'entraîne la nullité de l'union que si son omission revêt un caractère frauduleux.

355. Au surplus, les futurs époux doivent remettre à l'autorité célébrante un extrait d'acte de naissance. Celui-ci est exigé aux fins de s'assurer que chacun des fiancés a bien l'âge requis, n'a pas un lien de parenté prohibée avec son futur conjoint, n'est pas engagé par ailleurs dans une union non encore dissoute, etc. Même s'ils ne remplissent pas les conditions de la loi, les intéressés peuvent être dispensés de certaines d'entre elles, notamment lorsqu'ils n'ont pas encore atteint l'âge nubile ou qu'il existe un empêchement de parenté⁶³⁸. Cependant, ce n'est toujours pas l'officier d'état civil qui a ici le pouvoir de décision, mais le Procureur de la République dans le premier cas, le Président de la République dans le deuxième. La question reste encore ouverte, en droit international privé, de savoir si ce sont les autorités du pays dont les époux sont ressortissants, ou celles du lieu de célébration, qui ont compétence pour accorder ces dispenses⁶³⁹. Mais cet exemple illustre encore le fait que certains éléments du mariage échappent sinon au contrôle du moins au pouvoir de l'autorité célébrante.

Il en est également ainsi dans le cas, certes rarissime, mais envisagé par notre législateur, du mariage posthume (article 171 du Code civil), où l'autorité

époux ont tenu à garder leur union secrète, en particulier à l'égard de la famille du mari ; La seule incompétence territoriale de l'officier d'état civil n'apparaît pas, dans ces conditions, suffisamment grave pour entraîner la nullité du mariage ».

Ceci rappelle d'ailleurs la célèbre affaire des *mariages de Montrouge*, célébrés par un conseiller municipal délégué incompétent, mais dont on a refusé de déclarer la nullité : *Civ.*, 7 août 1883, *aff. des mariages de Montrouge*, *D.P.* 1884, 1, 5, obs. Th. Ducrocq.

⁶³⁶ LE ROY (M.), « Des amendes prévues par le Code civil pour sanctionner les infractions commises en matière d'état civil et de mariage », *J.C.P.* 1950, I, 886.

⁶³⁷ Articles 63, 68 et 192 du Code civil. Mais les simples avis officieux n'obligent pas l'agent ; l'acte encourt cependant la nullité.

⁶³⁸ Articles 145 et 164 du Code civil.

⁶³⁹ MESTRE (J.), « Le mariage en droit international privé. Conditions de fond », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 546 A, 1992, n°187 et suiv.

célébrante ne fait qu'enregistrer une décision qui ne lui revient pas, puisque c'est ici le seul Président de la République qui peut autoriser l'union⁶⁴⁰. L'officier d'état civil perd ici encore de son pouvoir décisionnel.

Remarquons encore que, si les époux doivent remettre à l'officier d'état civil tous les éléments qui lui permettraient d'exercer son contrôle, celui-ci n'est pas obligé de relever d'office ceux qui feraient défaut. Ce n'est véritablement que pour le cas de bigamie qu'il peut être puni d'une peine *d'un an d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende* s'il a procédé à la célébration en connaissance de cause⁶⁴¹.

356. C'est ensuite dans la vérification de l'existence du consentement que le rôle finalement *réceptif* de l'officier d'état civil apparaît pleinement.

Il n'y a pas de mariage s'il n'y a pas consentement, et c'est pour préserver ce consentement jusqu'au dernier moment que l'on dénie aux fiançailles un

⁶⁴⁰ La possibilité, cependant, de célébrer un mariage posthume (qui n'entraîne aucun effet patrimonial) relèverait des conditions de fond du mariage et donc de la loi nationale, car il s'agirait d'une expression particulière du consentement donné ici avant le mariage ; voir MESTRE (J.), *op. cit.*, note 639, n°128, et Trib. d'ARLON (Belgique), 16 janvier 1973, Dame Dhont c./ soc. Groupe Josi, R.C.D.I.P. 1973, 322, n. Verwilghen ; J.D.I. 1979, 174. Un Français fiancé à une Belge meurt une semaine avant le mariage dans un accident de la circulation ; les publications préalables avaient été effectuées ; six mois plus tard, un enfant naît ; la mère sollicite du Président de la République française l'autorisation de célébrer un mariage posthume, qu'elle obtient ; elle assigne ensuite la compagnie d'assurance qui couvrirait la responsabilité de l'auteur de l'accident, en son nom et comme tutrice de l'enfant. La compagnie d'assurance refuse de l'indemniser et dénie à la mère la qualité de veuve et à l'enfant celle d'enfant légitime du défunt, parce qu'elle considère que le mariage est nul selon le droit belge. Le tribunal considère néanmoins le mariage comme valide, en estimant qu'il s'agissait ici d'un problème d'expression du consentement qui relève à ce titre de la loi personnelle des époux. Le tribunal fait ainsi une application distributive des lois nationales de chacun des époux. Or, la loi nationale du prédécédé, loi française, admettait cette possibilité de mariage. Les juges belges n'ont pas vu non plus dans l'ignorance du droit belge un empêchement bilatéral au mariage et ont estimé ultérieurement (Cour de cassation de Belgique, 2 avril 1981, Dame Dhont c./ S.A. Groupe Josi, R.C.D.I.P. 1983, 59, n. Verwilghen ; J.D.I. 1984, 363, obs. R. Abraham ; R.C.J.B. 1983, 499, n. Rigaux) que la célébration en France d'un mariage posthume n'était pas contraire à l'ordre public belge.

⁶⁴¹ Articles 147 du Code civil et 433-20 du Nouveau Code pénal. Il est cependant passible de la sanction prévue à l'article 192 du Code civil : le Procureur de la République peut faire prononcer une amende contre l'officier d'état civil qui aura célébré le mariage (...) si les dispenses permises par la loi n'ont pas été obtenues. L'amende peut s'élever jusqu'à...30 F !

Ce n'est que dans le cas où l'officier d'état civil ne se serait pas assuré du consentement de parents, quand il est requis, ou aurait reçu un mariage en dépit du délai de viduité, que l'article 131-13 du Nouveau Code pénal prévoit les peines sanctionnant la mauvaise tenue de l'état civil, soit une amende de 10 000 FF : HAUSER (J.) & HUET-WEILLER (D.)†, *La famille. Fondation et vie de la famille*, L.G.D.J., 2^e éd., 1993, n°196.

caractère obligatoire. Il est donc logique que l'autorité célébrante s'assure de l'existence de celui-ci. Le Code civil, imitant en cela les rites issus du droit canonique (où le mariage est éminemment consensuel), oblige l'officier d'état civil à demander aux futurs époux s'il veulent se prendre pour tels.

On peut se demander, là encore, si l'autorité dispose ici d'un véritable pouvoir de contrôle et de décision.

Le doute est largement permis si l'on prend conscience de la faible marge de manœuvre dont dispose finalement l'officier d'état civil ce jour-là. Il semble qu'une fois les époux convoqués devant lui, il ne puisse plus rien faire pour refuser la célébration. Les conditions liées à l'état civil (âge, sexe, etc.) ont pu être vérifiées auparavant ; ce n'est donc en principe que pour s'assurer du véritable consentement des intéressés que l'autorité exige leur présence avant de les déclarer unis. On peut aussi interpréter dans ce sens le nouvel article 146-1 du Code civil. Or, paradoxalement, l'officier d'état civil semble assez inefficace dans ce contrôle du consentement. La liberté du consentement semble souvent sacrifiée à la sainte liberté matrimoniale.

Une décision récente, dont la République n'a certainement pas à être fière, compte tenu des faits qu'elle relate, témoigne encore du ridicule de la fonction⁶⁴². Un officier d'état civil avait célébré une union, alors que la future épouse était visiblement victime de vives pressions morales. Le plus drôle - car il vaut peut-être mieux en rire - est que c'est sur le témoignage de l'officier d'état civil lui-même que le mariage a pu être annulé ! Il est donc curieux qu'aucune disposition ne permette à l'officier d'état civil de refuser la célébration dans un tel cas⁶⁴³.

357. Enfin, plus récemment, et d'une façon plus sensible, le domaine des mariages blancs offre un dernier exemple de l'impuissance des autorités concernées. Seul le Procureur de la République peut décider d'empêcher le mariage.

La loi du 24 août 1993 avait en effet pour principal but de lutter contre les mariages de complaisance. Un nouveau mécanisme a été mis en place afin d'offrir aux autorités étatiques des moyens préventifs. Le nouvel article 175-2 du Code civil prévoit que, lorsque l'officier d'état civil a un doute sur la réalité de l'union qu'il va célébrer, il peut en avertir le Procureur de la République afin que celui-ci puisse éventuellement s'opposer au mariage ou surseoir à sa célébration.

⁶⁴² Cour d'appel de PARIS, 9 janvier 1996, inédit, mais voir : *R.T.D.Civ.* 1996, 365, obs. J. Hauser.

⁶⁴³ L'Instruction générale relative à l'état civil lui enjoint même de célébrer le mariage (§ 347).

Mais l'officier d'état civil est entièrement lié par la décision du Procureur de la République. Il ne peut procéder à la célébration que si le Ministère Public l'autorise à le faire ou si celui-ci n'a pas fait connaître son avis dans les délais prévus par la loi.

Les travaux préparatoires rappellent par ailleurs, que l'officier d'état civil n'a pas à rechercher la réalité du consentement des époux. Sans compter que cela semble en contradiction avec l'affirmation selon laquelle le rôle des maires est de *constater* le consentement des époux, cela remet également en partie en cause nos interprétations sur les fonctions du formalisme dans le mariage : la protection du consentement des époux ne relève donc pas des conditions que l'Etat entend assurer⁶⁴⁴.

Conclusion du chapitre 1

358. A la lumière de ces considérations sur la théorie du conflit d'autorités et sur le rôle de l'autorité célébrante, il est possible d'avancer que la véritable autorité est l'organe, l'institution qui autorise le mariage et non pas celle qui consigne la volonté des époux. Or, cet organe, comme par exemple le Président de la République, n'intervient pas dans tous les mariages ; il n'intervient qu'à titre exceptionnel.

Cette observation peut certes rencontrer une objection : l'autorité célébrante n'est pas investie du pouvoir décisionnel mais, assistée d'une autorité étatique qui prend la décision à sa place, elles forment dès lors un tout, un ensemble. Elles agiraient ainsi de manière constitutive dans la formation du mariage. Cependant ce ne sont pas les autorités locales du lieu de célébration qui ont nécessairement compétence dans ce cas pour autoriser le mariage, les autorités du pays dont les époux sont ressortissants sont également intéressées⁶⁴⁵. L'officier d'état civil n'a donc, en fait, qu'une compétence liée pour célébrer les mariages⁶⁴⁶.

L'autorité célébrante a *peut-être* un certain pouvoir constitutif, dans la mesure où sa présence est requise à peine de nullité, mais elle n'a en aucun cas de pouvoir

⁶⁴⁴ 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. J.-P. Philibert, au nom de la commission des lois et annexe, avis de M. J. Myard, au nom de la commission des affaires étrangères, n°326 ; voir spéc. p. 125 et 128. Voir aussi *infra*, n°384 et suiv.

⁶⁴⁵ MESTRE (J.), *op. cit.*, note 639, n°187 et suiv.

⁶⁴⁶ DELAPORTE (V.), *op. cit.*, note 588, spéc. n°127 ; MESTRE (J.), *op. cit.*, note 639, n°88

décisionnel. Elle prendrait une véritable décision si elle pouvait refuser de célébrer le mariage. Or c'est loin d'être le cas. Si les personnes désignées par la loi n'ont pas formé opposition ou si le Procureur de la République n'a pas fait savoir son intention de surseoir à la célébration, l'officier d'état civil doit célébrer le mariage. Il faudrait ainsi relire l'article 75 du Code civil sous l'angle suivant :

« Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; il constatera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage et il en dressera acte sur-le-champ (...) ».

L'officier d'état civil est subordonné à la volonté des parties. Il ne joue ici qu'un rôle réceptif, tout comme un notaire.

359. Ces observations s'inspirent principalement du droit interne mais elles entraînent, sur le plan des méthodes du droit international privé, d'importantes conséquences.

Si on avait considéré l'acte de célébration comme constitutif, dans le premier sens du terme (c'est-à-dire dans le sens où la volonté de l'officier d'état civil, autorité étatique, est fortement impliquée), alors il se serait rapproché d'une décision, presque au même titre qu'une décision de justice. Il aurait alors été assez logique de raisonner en termes similaires à ceux des conflits de juridictions.

Les précédents développements modifient les données relatives à l'implication véritable de l'Etat dans la conclusion de cet acte juridique particulier ; tout comme la « déformalisation » de l'union des sexes, celles-ci conduisent à considérer le mariage comme un acte privé, entraînant la résolution d'un conflit de lois et non comme un acte public, entraînant la résolution d'un conflit d'autorités. Le rattachement de la célébration du mariage à la catégorie des conditions de fond n'est pas pour autant remis en cause. Cela ne signifie pas toutefois qu'elle doit échapper à tout contrôle. Il conviendra toutefois peut-être de reconsidérer la manière dont ce contrôle pourra être effectué⁶⁴⁷. Il reste que, en dépit de cela, les méthodes utilisées pour la célébration du mariage en droit international privé demeurent inadéquates et ne permettent pas toujours d'atteindre les objectifs que la formalisation de l'union devrait poursuivre.

⁶⁴⁷ Voir *infra*, n°491 et suiv.

Chapitre 2

INADÉQUATION DES MÉTHODES

360. Les failles de la méthode gouvernant le mariage en droit international privé ne concernent pas seulement la place de l'autorité étatique dans la formation du lien matrimonial. Elles affectent également les fondements des règles qui ont été posées.

On appréciera donc l'efficacité des méthodes (moyens) par rapport aux principaux objectifs législatifs (fins), et notamment par rapport aux deux principaux de ces objectifs : l'épanouissement de la famille, conformément à l'intérêt général (section 1), ainsi que la protection de l'ordre étatique qui, au-delà de la sauvegarde du principe de laïcité, déjà exposé, explique la volonté des autorités de lutter contre les détournements de l'institution matrimoniale (section 2).

Section 1

Moyens utilisés pour la protection de l'intérêt général

- La constitution et l'épanouissement de la famille -

361. Il a été soutenu que la famille constituait la première fin d'une union. On souhaite par-là assurer la reproduction harmonieuse de l'espèce et c'est pourquoi le mariage intéresse la société dans son ensemble. Le contrôle des conditions de fond, que permet un certain formalisme, ne vise donc pas seulement à protéger l'individu ou les tiers.

L'épanouissement de la famille ainsi recherché n'a pas cependant un fondement exclusivement biologique et naturel. La plupart des empêchements à mariage ont une consistance essentiellement morale, la fonction biologique devenant secondaire : ni la procréation ni la santé ne sont des conditions de validité du mariage ; les mariages posthumes et *in extremis* sont même parfois autorisés.

La morale n'étant que le reflet de l'état d'esprit d'une société donnée, la notion d'épanouissement de la famille concerne donc avant tout la conception française de la famille. C'est celle-ci que les mécanismes de droit international privé entendent protéger.

La conception française de la famille suppose ainsi : un mariage librement consenti (§ 1), entre deux personnes (§ 2), pubères, de sexe différent (§ 3) et n'ayant pas entre elles de lien de parenté ou d'alliance prohibé, qui ne soit pas dissoluble de manière unilatérale et dont l'existence est facilement établie. Certains éléments de la définition ayant déjà été appréhendés à l'occasion de l'étude des finalités de la règle, seules seront rappelées les plus importantes de ces conditions, et surtout celles où il convient plus précisément d'apprécier l'efficacité des règles qui leur sont attachées⁶⁴⁸.

⁶⁴⁸ Voir *supra*, n°65 et suiv.

La dissolution de l'union et la répudiation débordent trop ici du cadre de la question, même si l'idée de la dissolution entre dans la définition de l'union.

§ 1 : Une union librement consentie...

362. La liberté matrimoniale se manifeste à deux moments : celui de la décision (de se marier ou de ne pas se marier), qui doit être pleine et entière, et celui où rien ne doit entraver cette décision une fois qu'elle est prise.

Toutefois la question est avant tout de savoir à quel moment doit être donné le consentement au mariage. Le droit français refuse par exemple toute valeur juridique aux fiançailles, n'admettant qu'une éventuelle responsabilité civile délictuelle de l'auteur de la rupture pour une faute découlant de la manière de rompre. La *lex loci delicti* se trouve alors naturellement compétente pour donner la solution⁶⁴⁹. D'autres systèmes juridiques rattachent les fiançailles au statut personnel (Allemagne, Suisse, Italie), ou encore à la loi du contrat⁶⁵⁰. Néanmoins la question n'est pas, ici, de déterminer les conséquences de la rupture des fiançailles mais de savoir si l'état de fiancé constitue un empêchement à mariage avec un tiers. Puisque c'est la *loi nationale* de chacun qui détermine les empêchements à mariage, c'est logiquement la même loi qui dira si, oui ou non, la promesse de mariage constitue un tel empêchement⁶⁵¹.

Cependant, l'*ordre public* s'opposerait certainement à l'application en France de lois étrangères prévoyant cet empêchement à mariage ou admettant une action en exécution de la promesse⁶⁵².

L'exigence d'une autorisation administrative ou religieuse est pareillement soumise à la loi nationale de chacun, sous réserve de l'intervention, assez fréquente, du jeu de l'ordre public lorsque la loi étrangère fait de cette autorisation une condition de validité du mariage⁶⁵³.

363. Ce sont actuellement des règles matérielles de droit public qui normalement « protègent », en droit français, la liberté matrimoniale⁶⁵⁴. On y compte même des sources 'supranationales', telle la Convention Européenne des

⁶⁴⁹ MESTRE (J.), « Le mariage en droit international privé. Conditions de fond », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 546 A, 1992, n°124 et suiv., et les références.

⁶⁵⁰ Code Bustamante ; droit international privé suédois et anglais ; cf. MESTRE (J.), *op. cit.*, note 649, n°125 et 126.

⁶⁵¹ Voir aussi MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°548, qui estime que la question de la rupture de fiançailles pourrait être rattachée au statut personnel, le problème étant lié à la liberté du mariage.

⁶⁵² MESTRE (J.), *op. cit.*, note 649, n°127.

⁶⁵³ MESTRE (J.), *op. cit.*, note 649, n°166 et suiv., n°131.

⁶⁵⁴ Voir *supra*, n°89 et suiv.

Droits de l'Homme. Lorsque la loi française est applicable, ce sont ces textes que l'on applique⁶⁵⁵. C'est également par référence à ces principes que l'on apprécie la conformité des lois étrangères à la conception française de l'ordre public international.

364. On peut ainsi dire que la liberté matrimoniale, du moins les éléments que la notion contient, est soumise à la compétence de la loi nationale de chacun des époux, compétence assortie de l'intervention éventuelle du jeu de l'ordre public.

S'agissant pourtant d'un principe à portée constitutionnelle, on pourrait légitimement se demander si on ne doit pas faire de la liberté matrimoniale une règle substantielle de droit international privé. Il faudrait de même s'interroger de nouveau sur le caractère de la règle *Locus Regit Actum*. La liberté matrimoniale contient aussi l'idée que l'on doit pouvoir se marier facilement : la règle devrait donc être facultative.

En dépit de cette considération critique, les mécanismes actuellement en place pour assurer la liberté matrimoniale semblent fonctionner correctement.

365. Quant au consentement, c'est la loi nationale qui est compétente pour dire si la condition est remplie. On a ainsi parfois admis, en application de la loi de l'Etat de New York, la nullité pour dol d'un mariage conclu entre une Américaine et un Français, qui lui avait fait faussement croire que sa première union avait été exclusivement civile, alors que le droit français ne connaît pas cette cause de nullité du mariage⁶⁵⁶.

La règle est également assortie du jeu de l'exception d'ordre public, l'habitude étant d'écarter les lois étrangères plus libérales que le droit français mais non celles qui sont estimées plus sévères. Notre conception du mariage écarterait par exemple la loi étrangère validant une union contractée sous l'empire de la violence (physique ou morale). On peut en donner pour illustration le mariage forcé des jeunes musulmanes⁶⁵⁷. Même si la loi nationale des intéressés

⁶⁵⁵ Parmi les textes internationaux conclus dans le cadre de la Commission Internationale de l'état civil, la Recommandation n°2, relative au droit du mariage, pose d'ailleurs quelques principes destinés à rendre plus effective la liberté matrimoniale. Elle prévoit notamment que la célébration ne peut être subordonnée à des publications préalables : Recommandation de Vienne du 8 septembre 1976 de la Commission Internationale de l'état civil relative au droit du mariage, Commission Internationale de l'état civil : conventions et recommandations 1956-1987.

⁶⁵⁶ *Trib. civ. de la SEINE*, 4 avril 1951, *Ryan c./ de Lussigny*, J.C.P. 1953, II, 7408, n. J. M. ; R.C.D.I.P. 1953, 586, n. H. B. ; MESTRE (J.), *op. cit.*, note 649, n°122.

⁶⁵⁷ Cette question recoupe assez souvent celle du mariage par procuration, ainsi

permettait la contrainte, un tel mariage serait assurément nul, comme contraire à l'ordre public. La loi française serait alors substituée à la loi étrangère.

Cependant si le correctif de l'ordre public paraît bien fonctionner, il est parfois impuissant à éviter certaines situations. Cette impuissance tient à l'effet atténué de l'ordre public. On sait que la conception française de l'ordre public ne réagit pas de la même façon suivant qu'il s'agit de l'acquisition des droits en France ou de l'effet en France de droits acquis, sans fraude, à l'étranger, et en conformité de la loi compétente d'après les règles françaises. Le mariage « forcé » ne pourrait pas être valable s'il avait été célébré en France, mais l'ordre public ne s'oppose pas, en principe, à la validité du mariage célébré sans fraude à l'étranger, en conformité de la loi désigné par la règle de conflit. Cette solution, illustrée par les arrêts *Bulkley* et *Rivière*⁶⁵⁸, s'applique en principe même lorsque l'un des intéressés a sa résidence ou son domicile en France, puisque les seuls rattachements en la matière sont la nationalité et le lieu de célébration.

Union librement consentie, le mariage est également, en principe, l'union de seulement deux personnes.

§ 2 : Une union entre deux personnes...

366. Le droit français du mariage est imprégné de la conception chrétienne de la famille conjugale. S'inspirant du principe d'égalité, le mariage français est exclusivement monogamique : « *on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier* » (article 147 C.civ.). Notre système a même fait de la bigamie un délit pénal, sanctionné par des peines correctionnelles (article 433-20 N. C. Pén.). Même si l'on peut objecter que les réglementations récentes sur le divorce ainsi que la « normalisation » de l'union libre permettent, voire favorisent, une polygamie de fait, il n'est pas possible, légalement, de concevoir une telle union.

Deux types de situations sont toutefois à distinguer, selon que le mariage a été célébré en France ou à l'étranger et selon qu'il implique une personne dont la loi personnelle interdit la polygamie. Deux ordres de questions sont par ailleurs à

que celle de la règle de certains rites musulmans, notamment du rite malékite, selon laquelle la femme ne peut consentir personnellement au mariage et doit être assistée d'un « wali » : MONÉGER (F.), « Les musulmans devant le juge français », *J.D.I.* 1994, 345, not. p. 364.

⁶⁵⁸ *Ch. civ.*, 28 février 1860, *Bulkley*, *S.* 1860, 1, 210 ; *D.P.* 1860, 1, 57 ; *Gr. arrêts* n°4 ; *Civ. 1^{re}*, 17 avril 1953, *Rivière*, *Gr. arrêts* n°27 ; *R.C.D.I.P.* 1953, 412, n. H. Batiffol ; *J.D.I.* 1953, 860, n. Plaisant ; *J.C.P.* 1953, II, n. Buchet ; *RabelsZ* 1955, 520, n. Francescakis.

distinguer. On s'interroge sur l'éventuelle reconnaissance de la validité de l'union polygamique (A). Celle-ci n'entraînant pas nécessairement la production pleine et entière d'effets juridiques, ceux-ci apparaissent limités (B).

A/ LA QUESTION DE LA VALIDITÉ DU MARIAGE POLYGAMIQUE

367. Il est acquis tout d'abord qu'un mariage polygamique n'est pas valable si la célébration d'un tel mariage a lieu en France ou si elle est conclue par une personne dont la loi nationale interdit la polygamie. C'est pourquoi il convient de déterminer les personnes pouvant conclure un mariage polygamique ainsi que le lieu où un tel mariage peut être célébré.

1) Les personnes pouvant conclure un mariage polygamique

368. La possibilité *individuelle* de conclure un mariage polygamique relève des conditions de fond du mariage et donc de la loi nationale de chacun des époux. Si les deux époux sont de même nationalité et si leur loi nationale commune autorise la polygamie, alors ils ont la possibilité de conclure une telle union sous la réserve toutefois de respecter, le cas échéant, les prescriptions de la loi du lieu de célébration.

En cas de mariage mixte, les lois nationales en présence sont appliquées distributivement : on vérifie que les conditions prévues par chacune de ces lois pour le mariage de ses ressortissants sont remplies. Qu'un étranger se marie alors qu'il n'aurait pas, par exemple, l'âge requis par la loi française, devient ainsi acceptable. Certaines conditions, lorsqu'elles reflètent une conception minimale de l'ordre juridique dont relève l'individu, sont toutefois abordées sous l'angle des empêchements bilatéraux. Il est alors procédé à une application exceptionnellement *cumulative* des lois. L'empêchement est dans ce cas bilatéral car on ne considère pas dès lors l'aptitude de l'individu en tant que tel mais le lien qui va être créé. La condition prévue par sa loi nationale est alors étendue à son futur conjoint⁶⁵⁹. Le mariage est alors nul car la loi nationale, compétente en vertu de la règle de conflit, interdit la polygamie⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹ L'empêchement bilatéral a, à n'en pas douter, un fondement commun avec le jeu de l'ordre public, celui d'une certaine répulsion du for, mais il a un champ d'application plus restrictif. L'empêchement bilatéral ne joue qu'en présence d'un mariage mixte, alors que l'ordre public peut intervenir même lorsque les époux ont la même nationalité.

⁶⁶⁰ Ainsi, même si la notion d'empêchement a certains caractères communs avec celle d'ordre public, il ne s'agit pas ici du même mécanisme. Si deux Français se

Le mécanisme interdit par exemple au Français de se marier avec une personne déjà mariée par ailleurs, alors même que la loi nationale de cette dernière admettrait la polygamie. Un mariage avec deux personnes en même temps ne pourrait pas non plus conclu⁶⁶¹. Un Français ne pourrait pas davantage contracter une telle union à l'étranger⁶⁶². Mais on peut également considérer que le droit français tiendra compte, en cas de mariage mixte étranger, de l'empêchement édicté par l'une des lois nationales, même si la loi française n'est pas en cause, et même si le mariage a été célébré à l'étranger⁶⁶³.

Un mariage polygamique ne pourrait donc être conclu qu'entre personnes de nationalité étrangère et dont la loi nationale de chacun admet la polygamie. Toutefois, si une telle personne venait ensuite à acquérir la nationalité française, la validité des unions qu'elle aurait conclues antérieurement à son changement de

mariage, même à l'étranger, alors que l'un d'eux est encore engagé dans une union, l'union est nulle en application de la loi française, désignée comme compétente par la règle de conflit et non par un effet de substitution à une loi étrangère estimée incompatible avec les conceptions françaises de l'ordre public international.

⁶⁶¹ *Req.*, 14 mars 1933, *Cousin de Lavallière*, S. 1934, 1, 161, rapport Pilon, n. Solus ; *R.T.D.Civ.* 1933, 452, n. G. Lagarde. Il s'agissait d'un Administrateur français, en poste en Guinée, qui avait épousé deux sœurs originaires de ce pays. Dans ce cas, toutefois, c'est par le biais de la qualification que l'on a refusé d'admettre ce mariage comme valable.

Mais il n'est pas interdit au Français d'épouser, à l'instar de l'ancien droit anglais interdisant les mariages potentiellement polygamiques, un étranger célibataire dont la loi personnelle admet la polygamie.

⁶⁶² *Civ. 1^{re}*, 9 novembre 1993, *R.C.D.I.P.* 1994, 644, n. Eric Kerckhove. Il s'agissait, en l'occurrence d'un Franco-Algérien qui avait contracté une deuxième union en Algérie, avec une Algérienne. Cette deuxième union a été considérée comme sans effet en France. L'intéressé ne pouvait donc s'opposer au mariage de sa seconde « épouse ».

⁶⁶³ Il en a été ainsi dans une espèce récente mettant en cause le deuxième mariage d'un Libanais de confession grecque catholique, converti à l'Islam, avec une Polonaise catholique, sans dissolution préalable de son premier mariage. Le juge français tint compte de l'empêchement bilatéral édicté par la loi polonaise, qui interdit la polygamie : « *compte tenu de l'empêchement bilatéral de la loi polonaise, est nul le mariage d'une Polonaise et d'un Libanais déjà marié sans que ce mariage ait été dissous lors de la nouvelle union...* », *PARIS*, 14 juin 1995, *D.* 1995, IR, 192 ; *D.* 1996, 156, n. Boulanger. *D.* 1996, somm. 174, obs. B. Audit. Ce dernier auteur a cependant fait remarquer que, s'agissant d'un mariage célébré à l'étranger par une autorité étrangère, il valait mieux parler d'un défaut de reconnaissance.

Le juge français ne se reconnaîtrait donc pas compétent pour apprécier la validité d'un acte émanant d'une autorité étrangère. Il ne s'interrogerait pas sur le point de savoir si, du point de vue français, l'union est valable. La seule question serait celle de la reconnaissance d'effets. On se base sur le conflit de juridictions, où la loi reconnue compétente pour régir le conflit n'est pas forcément celle qu'aurait désignée la règle de conflit française, en vertu du principe d'équivalence.

nationalité ne serait pas remise en cause ; certains Français peuvent donc être polygames⁶⁶⁴.

De même, les difficultés liées à la reconnaissance d'un précédent divorce (ou une répudiation) prononcé à l'étranger peuvent conduire à célébrer un mariage polygamique, même entre personnes dont la loi n'admet pas la polygamie, en raison de la croyance erronée en la dissolution de la première union⁶⁶⁵.

Ainsi largement dépendante des dispositions de la loi nationale de chacun des époux, la validité du mariage polygamique dépend également de son lieu de célébration.

2) Le lieu où peut être célébré un mariage polygamique

369. La validité de l'union, même conclue entre personnes dont le statut admet la polygamie, dépend encore étroitement du lieu où la situation a pris naissance car la réaction de l'ordre public du for ne sera pas la même. En effet, « *la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français* »⁶⁶⁶.

370. *I. Célébration en France.* Les hypothèses de conclusion directe, sur notre

⁶⁶⁴ Civ. 1^{re}, 22 avril 1986, Mme Riahi c./ Mme Aboultabi, R.C.D.I.P. 1987, 374, n. P. Courbe ; J.D.I. 1987, p. 629, n. P. Kahn ; D. 1986, 270, obs. Audit. Un mariage polygamique peut donc être reconnu valide, sans passer nécessairement par le filtre de l'ordre public. En effet, dans certains pays d'Afrique du Nord, avant leur indépendance, comme l'Algérie, c'est en application du droit français que ces unions, conclues entre personnes de statut personnel local, ont été reconnues valables. Dans ce cas, l'ordre public ne pouvant s'opposer à l'application de la loi française, les unions restent valables, même si l'intéressé acquiert par la suite la nationalité française.

Notons que cette hypothèse ne se rencontrerait certainement plus aujourd'hui. Les personnes originaires des anciennes colonies ne pouvant plus réintégrer la nationalité française, l'acquisition de la nationalité par mariage est ici exclue, du fait de la nullité qui frapperait dans ce cas le mariage. La seule possibilité reste la naturalisation, mais l'état de polygamie peut y faire obstacle pour défaut d'assimilation. Voir *infra*, note 680.

⁶⁶⁵ Mais c'est ici la question de la reconnaissance des décisions judiciaires étrangères qui est en cause, et non la règle de conflit régissant le mariage.

⁶⁶⁶ Civ. 1^{re}, 17 avril 1953, Rivière, Gr. arrêts n°27 ; R.C.D.I.P. 1953, 412, n. H. Batiffol ; J.D.I. 1953, 860, n. Plaisant ; J.C.P. 1953, II, n. Buchet ; RabelsZ 1955, 520, n. Francescakis

territoire⁶⁶⁷, d'unions polygamiques semblent rares *a priori*. Les formalités qui précèdent le mariage doivent en principe empêcher la constitution d'une telle situation. Elles contraignent l'officier d'état civil à ne pas célébrer un mariage sans s'assurer, au préalable, de l'inexistence d'un précédent mariage non dissout. La production d'un extrait d'acte de naissance permet cette vérification. Toutefois, étant donné la foi qui est donnée aux actes d'état civil dressés à l'étranger (articles 47 ou 48 C.civ.) et les différences possibles, quant à l'obligation de porter certaines mentions sur l'acte de naissance, cette hypothèse peut encore se rencontrer⁶⁶⁸.

371. L'effet plein de l'ordre public s'oppose à la constitution, en France, d'une union polygamique, et l'on procède alors à la substitution de la loi française du for à la loi étrangère normalement compétente. C'est ce fondement que retient un arrêt de la Cour d'appel de Paris pour dire qu'un étranger, déjà marié par ailleurs, ne pouvait contracter un deuxième mariage en France, même si son statut personnel, ainsi que celui de sa future épouse le permettait⁶⁶⁹.

On reproche à cette solution de ne pas tirer toutes les conséquences de la prohibition édictée à l'article 147 du Code civil. Cette disposition ne concerne pas seulement le mariage d'un Français mais toute union célébrée en France. Il aurait donc été préférable de considérer le mariage était nul au motif que l'article 147 du Code civil s'imposait comme loi d'application immédiate en tant qu'il garantit le droit fondamental à l'égalité et a donc une valeur constitutionnelle⁶⁷⁰. Il faudrait également considérer qu'elle s'impose à toutes les autorités et sur tout le

⁶⁶⁷ Et par une autorité française, sinon le mariage serait considéré comme nul, avant tout pour défaut de célébration par l'officier d'état civil.

⁶⁶⁸ PARIS, 21 juin 1991, D. 1991, IR, 218 ; DIJON, 23 mai 1995, J.C.P. 1996, IV, 176 : « (...) la polygamie est contraire à l'ordre public français, en ce qu'un étranger déjà marié ne peut contracter en France un nouveau mariage avant la dissolution du premier, même si son statut personnel le permet. On ne peut donc laisser se créer sur le territoire français de telles situations, avec la participation d'un officier de l'état civil français. Aussi, le mariage aboutissant à consacrer la polygamie est-il nul, de nullité absolue ». Voir aussi : 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., qui fait apparaître que notre hypothèse ne reste pas théorique, du fait, par exemple, des falsifications d'actes d'état civil.

⁶⁶⁹ PARIS, 21 juin 1991, D. 1991, IR, 218 ; voir aussi : PARIS, 7 juin 1994, D. 1994, IR, 177 : « l'ordre public impose l'annulation de tout mariage célébré en France en violation de la prohibition de la polygamie ».

⁶⁷⁰ ANCEL (B.), « Le statut de la femme du polygame », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, Lille II, L.G.D.J., 1993, p. 105 et suiv., not. p. 122. L'auteur reconnaît que la solution engendrerait des unions boiteuses car nulles en France mais valables dans l'ordre juridique étranger, mais l'argument n'est pas, pour lui, entièrement convaincant car ce serait le seul moyen efficace de contribuer à l'insertion de la femme polygame dans un pays comme le nôtre.

territoire et notamment aux mariages célébrés dans les locaux des services consulaires étrangers en France. Une telle interprétation aurait évité quelques résultats contestables, certains mariages polygamiques ayant été célébrés en France, grâce aux détours offerts par le mariage consulaire et, surtout, par l'application de certaines conventions internationales, comme la Convention franco-marocaine du 10 août 1981.

La Cour d'appel de Paris a en effet récemment admis la validité d'un mariage célébré devant le Consulat du Maroc à Paris, alors qu'un précédent mariage avait été conclu au Maroc⁶⁷¹. Elle rejeta ainsi une demande en divorce pour faute, fondée sur l'état de bigamie, estimant que, en vertu de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, la loi nationale commune des époux régissait l'ensemble de la situation, que cette loi admettait la polygamie et que la conception française de l'ordre public international ne s'opposait pas à la reconnaissance en France d'un statut personnel autorisant la bigamie. Le divorce étant, lui aussi, soumis à la loi nationale marocaine, la cause de bigamie, en tant que violation des obligations du mariage, ne pouvait être retenue comme une faute imputable au mari. A propos de la validité d'un second mariage célébré devant le Consul général d'Algérie à Paris, une décision précédente du Tribunal de grande instance de Paris avait pourtant refusé de voir dans le consulat une portion de territoire étranger⁶⁷². La solution de la Cour d'appel de Paris paraît donc assez étonnante, même si elle reste quelque peu ambiguë dans sa motivation. Le mariage litigieux était un mariage français et non un mariage célébré au Maroc. Il devait alors, à ce titre, demeurer un mariage monogamique.

372. Ainsi, même si certains auteurs sont favorables à l'idée de donner aux étrangers résidant en France la possibilité de conclure un mariage polygamique, dès lors que toutes les lois des intéressés admettent la polygamie⁶⁷³, la doctrine

⁶⁷¹ PARIS, 5 avril 1990, D. 1990, 424, n. Boulanger.

⁶⁷² Trib. Gr. Inst. PARIS, 8 avril 1987, R.C.D.I.P. 1988, 73, n. Lequette.

⁶⁷³ Certains ont suggéré qu'un mariage polygamique pourrait être célébré en France, en la forme privée ou religieuse, lorsque le statut personnel des deux époux le permet : MERCIER (P.), *Conflits de civilisation et droit international privé*, 1972, p. 92 ; LOUSSOUARN (Y.) & BOUREL (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 1996, n°305 ; MONÉGER (F.), « Aspects théoriques et pratiques du mariage polygamique en France », in *Islam et/ en laïcité*, 1992, p. 53 et suiv ; l'auteur fait remarquer que ceci remettrait en cause le principe selon lequel l'officier d'état civil a le monopole de la célébration du mariage. Voir aussi : BOULANGER (F.), *Droit civil de la famille, Aspects internes et internationaux*, tome I, Economica, 2^e éd., 1992, n°190, p. 232 ; BOURDELOIS (B.), *Mariage polygamique et droit positif français*, GLN Joly, 1993 ; GAUDEMET-TALLON (H.), « La désunion du couple en droit international privé », R.C.A.D.I. 1991, t. I, vol. 226, pp. 9-280, not. n°79, p. 239. La solution serait justifiée par le souci d'éviter les mariages 'touristiques',

majoritaire s'y est farouchement opposée. Elle justifie son opposition en faisant valoir qu'un officier d'état civil ne peut célébrer de mariage que monogamique et que l'on ne saurait faire prévaloir les conceptions étrangères sur les nôtres. La célébration, sur le sol français, par une autorité étrangère, paraît tout aussi critiquable et laisse encore ouverte la discussion relative à la possibilité d'étendre le champ d'application de la loi nationale.

373. *II. Célébration à l'étranger.* Si un mariage polygamique ne peut être conclu en France, il peut en revanche être valable s'il a été *régulièrement* (en conformité de la loi compétente selon règle de conflit française, et sans fraude) célébré à l'étranger et qu'il a été conclu *entre personnes de statut autorisant la polygamie*. L'éloignement, tant spatial que temporel, de la situation, avec le système français, au moment de sa création, entraîne une réaction moins vive de l'exception d'ordre public... L'ordre public joue alors ici dans son effet atténué. La validité du lien matrimonial peut alors être reconnue, sur le fondement du respect des droits régulièrement acquis à l'étranger.

Simple et juste en apparence, l'efficacité de cette règle a largement été remise en question car, si elle permet d'éviter le mariage d'une Française et d'un étranger déjà marié, elle est en revanche impuissante à remédier à la polygamie dite « passive ». Cette terminologie désigne le cas où une Française épouse un homme, célibataire de nationalité française, qui acquiert ensuite une nationalité étrangère de statut polygamique, et se rend à l'étranger pour épouser une femme de même statut que lui. La première épouse est alors prisonnière d'une union polygamique alors que le premier mariage restait soumis au principe de fidélité entre époux. La situation ne serait d'ailleurs pas moins choquante lorsque l'épouse, sans être française, réside durablement sur notre territoire⁶⁷⁴. Or, l'ordre public, pris dans son effet atténué, ne s'oppose pas à la reconnaissance de la validité de l'union. Dans le même temps, les dispositions du régime primaire, qui comprennent l'article 212 C. civ. relatif au devoir de fidélité entre époux, s'appliquent à tous les époux résidant en France⁶⁷⁵.

pour lesquels, de toutes les façons, on parvient au même résultat.

⁶⁷⁴ On verra toutefois que l'ordre public de proximité tente de remédier à cette situation ; voir *infra*, n°455 et suiv.

⁶⁷⁵ Civ. 1^{re}, 20 octobre 1987, *Sieur Cressot c./ Dame Cozma*, J.D.I. 1988, 446, n. André Huet ; R.C.D.I.P. 1988, 540, n. Y. Lequette : « Les règles relatives aux devoirs et droits respectifs des époux énoncés par les articles 212 et suivants du Code civil sont d'application territoriale ». Les dispositions relatives à la contribution aux charges du mariage (article 214) ont toutefois reçu la qualification d'obligations alimentaires, de ce fait soumises à la Convention de La Haye de 1973 ayant cet objet : Civ., 6 novembre 1990, *Paul Monthe c./ Mme Monthe*, R.C.D.I.P. 1991, 348, n. M. Simon-Depitre.

Le système français reconnaît ainsi la validité de certains mariages polygamiques lorsqu'ils ont été célébrés à l'étranger, entre personnes dont la loi nationale admet la polygamie. Néanmoins, lorsque des étrangers, vivant en France, retournent dans leur pays d'origine pour créer une situation qu'ils n'auraient pu créer dans leur pays de résidence, les mécanismes semblent moins efficaces et on a parfois parlé, dans ce cas, de « fraude à l'intensité de l'ordre public »⁶⁷⁶. En tout état de cause, même si sa validité est parfois admise, le mariage polygamique ne produit souvent que des effets limités.

B/ LES EFFETS LIMITÉS DU MARIAGE POLYGAMIQUE

374. Un mariage non valide ne produira aucune des conséquences attachées au mariage. La réciproque commanderait qu'un mariage valide produise en principe tous ses effets ; pourtant l'ordre public peut s'opposer à l'*efficacité* en France d'unions jugées choquantes. Reconnaître la validité des mariages polygamiques ne signifie pas en admettre tous les effets en France. L'exception d'ordre public peut, comme il a déjà été dit, intervenir à deux niveaux : certes elle peut s'opposer à la naissance en France d'une situation juridique mais elle peut aussi limiter l'efficacité, en France, d'une situation née régulièrement à l'étranger.

Un mariage polygamique peut produire des effets en France, alors même que ce mariage n'aurait pu être y célébré. C'est ce qu'ont décidé les juges, dans des domaines de plus en plus étendus, notamment en matière de successions⁶⁷⁷, d'obligations alimentaires, de droits sociaux⁶⁷⁸.

Ces solutions connaissent toutefois des limites. Tout en admettant la validité de certaines unions soumises à son examen, le juge a parfois refusé de leur faire produire, en France, les effets demandés.

⁶⁷⁶ FADLALLAH (I.), note sous Civ., 3 novembre 1982 et 6 juillet 1983, R.C.D.I.P. 1984, 325 ; COURBE (P.), note sous Civ. 1^{re}, 6 et 26 juin 1990, R.C.D.I.P. 1991, 593. L'impossibilité d'apporter une véritable solution à ce type de difficulté conduit à s'interroger sur la pertinence de l'effet atténué de l'ordre public et sur l'opportunité qu'il y aurait à raisonner davantage en termes d'*Inlandsbeziehung*, que l'on exprime en français sous le terme d'ordre public « de proximité » : *Gr. arrêts* n°27.13.

⁶⁷⁷ Civ. 1^{re}, 3 janvier 1980, Dame Bendeddouche c./ dame Boumaza, Gr. arrêts n°59 ; *R.C.D.I.P.* 1980, 331, n. H. Batiffol ; *J.D.I.* 1980, 327, n. M. Simon-Depitre ; *D.* 1980, 549, n. Poisson-Drocourt.

⁶⁷⁸ Pour un exemple classique : Ch. civ., 19 février 1963, Chemouni, R.C.D.I.P. 1963, 559, n. G. H. ; *J.D.I.* 1963, 986, n. A. Ponsard ; *Rec. gén. lois*, 1963,

375. L'arrêt *Baaziz* offre à cet égard un exemple intéressant⁶⁷⁹. Marié à une Française, un homme de nationalité française, né en Algérie, perd la nationalité française à l'Indépendance. Devenu algérien, il contracte, en Algérie, un second mariage avec une femme de même nationalité que lui. De retour en France, accompagné de sa deuxième épouse, il succombe à un accident, laissant ainsi deux veuves, entre lesquelles s'engage un contentieux. La Cour d'appel de Lyon, dans une première décision du 10 juillet 1980, considéra le mariage comme valable, et répartit par moitié la rente attribuée en principe au conjoint survivant. Pour sa part, la Cour de cassation, sans pouvoir revenir sur la validité du mariage, censura la décision au motif que « *l'ordre public s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci* ».

C'est dessiner, ici, les contours de l'efficacité des mariages polygamiques et, par-là même, indirectement remettre en cause leur validité. La sanction de l'atteinte à l'ordre public n'est pas la nullité mais l'absence d'efficacité du mariage. L'union reste en principe valable mais elle est inopposable, soit à la victime de ce rapport, c'est-à-dire à l'une des femmes concernées, soit encore à l'autorité française, lorsqu'elle refuse, par exemple, d'accorder le bénéfice du regroupement familial (article 30, nouveau, de l'ordonnance n°45-2658 du 2 novembre 1945) ou l'obtention d'un titre de séjour⁶⁸⁰.

On se trouve alors en présence d'un mariage valable mais qui ne produit pas tous ses effets. Il serait alors préférable d'utiliser un filtre plus fin, lors de l'appréciation de la validité de l'union, afin d'obtenir des résultats plus harmonieux entre eux. En ce sens, on a proposé de tenir compte, non pas des considérations de proximité avec le for, mais du contenu du droit fondamental (ici le principe d'égalité entre époux) qu'il s'agit de protéger, du moment que la solution inégalitaire est ressentie sur le territoire du for. Il s'agirait ici d'une conception *affinée* de l'ordre public⁶⁸¹. Au demeurant, cette conception permettra peut-être également d'assurer la permanence d'un autre élément de l'union

315, n. Droz ; *Gr. arrêts* n°31-32.

⁶⁷⁹ *Civ. 1^{re}*, 17 février 1982, *Baaziz*, *R.C.D.I.P.* 1982, 275, n. Y. Lequette ; *J.D.I.* 1983, 606, obs. Kahn et *Civ. 1^{re}*, 6 juillet 1988, *Baaziz*, *R.C.D.I.P.* 1989, 71, n. Y. Lequette.

⁶⁸⁰ L'article 15 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, modifiée par la loi n°93-1027 du 24 août 1993, relative à la maîtrise de l'immigration, refuse la délivrance de la carte de résident à l'étranger qui vit en état de polygamie. La polygamie peut encore être considérée comme caractéristique d'un défaut d'assimilation de l'étranger, justifiant que la naturalisation soit impossible (art. 21-24 C. civ.).

⁶⁸¹ Cf. HAMMJE (P.), « Droits fondamentaux et ordre public », *R.C.D.I.P.* 1997, p. 1.

considéré comme essentiel en droit français : la différence de sexe.

§ 3 : Une union entre deux personnes...de sexe différent

376. Le mariage est l'union sacrée entre un *homme* et une *femme*. La chose paraissait tellement évidente qu'il n'a pas paru nécessaire au législateur de la préciser expressément dans les dispositions du Code civil. Pour leur part, certains pays étrangers affichent clairement une telle conception du mariage. L'article 44 du Code civil autrichien, relatif au concept de mariage, dispose expressément que le mariage se conclut entre deux personnes de sexe différent⁶⁸².

Il est vrai que l'aptitude physique au mariage n'est pas une condition de celui-ci⁶⁸³. La puberté, par exemple, révèle davantage une condition sociale et morale qu'une condition physiologique. La procréation n'étant pas, par ailleurs, considérée comme une fin du mariage, il serait permis de douter d'une quelconque exigence de notre droit quant au sexe des époux. Le doute s'évanouit néanmoins rapidement en considération d'indications implicites en ce sens : l'article 144 du Code civil sur l'âge requis pour contracter mariage et surtout l'article 65, dernier alinéa, qui prévoit que l'officier d'état civil recevra la déclaration des parties « qu'elles veulent se prendre pour *mari* et *femme* ».

377. Pourtant, quelques décisions récentes relatives au transsexualisme, d'une part, et aux homosexuels, d'autre part, permettent de relancer le débat. De même, certaines législations étrangères reconnaissant des unions *de droit* entre personnes de même sexe, la question se pose avant tout sur le terrain du droit

⁶⁸² § 44 ABGB (Begriff der Ehe) : « *Die Familienverhältnisse werden durch den Ehevertrag gegründet. In dem Ehevertrage erklären zwei Personen verschiedenen Geschlechtes gesetzmäßig ihren Willen, in unzertrennlicher Gemeinschaft zu leben, Kinder zu zeugen, sie zu erziehen, und sich gegenseitigen Beistand zu leisten* ».

La jurisprudence suisse a, pour sa part, adopté une position tout aussi ferme : elle a décidé que ne pouvait être reconnu : « *le mariage célébré à l'étranger, en l'espèce au Danemark, entre un ressortissant suisse et un ressortissant brésilien ayant changé de sexe et dont le nouveau sexe ne résulte pas du registre suisse de l'état civil, attendu que le mariage selon la conception suisse est l'union de deux personnes de sexe différent selon un critère biologique, que ce principe d'ordre public s'oppose à la reconnaissance d'une union entre deux personnes de même sexe et que ni l'art. 54 Cst. ni les art. 8 et 12 CEDH ne permettent d'aboutir à une conclusion différente* » (ATF, 119 II 264, 266-269) ; décision citée par : PATOCCHI (P.M.) & GEISINGER (E.), *Code de droit international privé suisse annoté*, Lausanne, éd. Payot, 1995, sous l'article 45.

⁶⁸³ Voir *supra*, n°45 et suiv.

international privé.

378. Face au transsexualisme, la jurisprudence française a depuis peu adopté une attitude laxiste, tranchant de façon assez spectaculaire avec sa position antérieure. Après avoir longtemps refusé aux personnes victimes du syndrome toute modification de leur état civil⁶⁸⁴, quant à la mention du sexe, elle a ensuite permis ce changement, sur le fondement du respect dû à la vie privée⁶⁸⁵.

La considération de ce principe pourrait paraître louable et légitime si l'état civil n'intéressait pas *avant tout* la société et ne remplissait pas des fonctions publiques essentielles. Or les transsexuels revendiquent le droit au mariage, ce qui leur paraît possible du fait de la mention de leur nouveau sexe sur l'acte de naissance, document sur lequel se base l'officier d'état civil pour vérifier les principales conditions de fond. Faut-il alors, au nom du respect des droits de l'Homme, satisfaire leur demande ? La situation choque : les intéressés seraient apparemment de sexe différent, mais auraient le même sexe « chromosomique » ! Leur union serait, d'un point de vue naturel et biologique, un véritable non-sens. Fort heureusement, ces unions ne semblent pas possibles, du moins pour le moment, en droit interne. Nous regretterons toutefois que le droit soit muet à ce sujet : plutôt que de dire clairement que le mariage des transsexuels est irréalisable, le juge a adopté une position de repli, en s'abstenant de se prononcer sur le sujet⁶⁸⁶. Espérons néanmoins qu'il ne cédera pas à la vague innovante, en érigeant en norme ce qui ne l'est pas et en marginalisant ce qui,

⁶⁸⁴ Civ. 1^{re}, 21 mai 1990, *Bull. civ*, I, n°117, p. 83 ; *Gr. arrêts jurisprud. civ.*, n°22 ; *J.C.P.* 1990, II, 21588, rapp. Massip, concl. Flipo ; *Gaz. Pal.* 1991, 1, 33, concl. Flipo ; *R.T.D.Civ.* 1991, 289, obs. J. Hauser.

⁶⁸⁵ Plén., 11 décembre 1992, René X. et Marc X. (2 arrêts), *J.C.P.* 1993, II, 21991, concl. Jéol, n. G. Mémeteau ; *Gaz. Pal.* 13-15 décembre 1992, 25 ; *Gaz. Pal.* 1993, I, 180 ; *R.T.D.Civ.* 1993, 325, obs. J. Hauser ; *Gr. arrêts jurisprud. civ.*, n°23. Cette décision est intervenue après la condamnation de la France par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, dans son arrêt du 25 mars 1992 : Cour Européenne des Droits de l'Homme, 25 mars 1992, B. c./ France, Série A, n°232-C ; *D.* 1993, 101, n. J.-P. Marguénaud ; *J.C.P.* 1992, II, 21955, n. Th. Garré ; in BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 5^e éd., 1996, arrêt n°129, §§ 935-943.

⁶⁸⁶ Dans son arrêt de mars 1992, la Cour Européenne des Droits de l'Homme ne s'est pas prononcée sur le droit de se marier, alors que, outre la violation de l'article 8 de la Convention relatif au respect de la vie privée, était également invoquée celle de l'article 12 conférant à chaque individu le droit de se marier. Pourtant, dans un précédent arrêt, elle a affirmé que la Convention ne garantissait pas au transsexuel le droit de se marier car « l'article 12 vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent » : Cour Européenne des Droits de l'Homme, Affaire Mark Rees c./ Royaume-Uni, 17 octobre 1986, Série A, n°106 ; *J.D.I.* 1982, 183 ; et BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz, 5^e éd., 1996, arrêt n°128, §§ 929-934.

jusqu'ici, constituait le modèle.

379. S'agissant ensuite des homosexuels, la position du droit français paraît plus tranchée. Le Conseil d'état a récemment refusé à un homosexuel l'agrément préalable à l'adoption d'un enfant, au motif notamment que cela représenterait un risque important « *pour l'épanouissement de l'enfant* » et que « *l'intéressé ne présentait pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté* »⁶⁸⁷.

Les homosexuels aspirent, on le sait, à obtenir, juridiquement, le même statut que les couples hétérosexuels. Cette assimilation devrait conduire à reconnaître un lien familial entre les intéressés ainsi que la possibilité de créer tous les liens familiaux prévus par la loi et qui sont notamment accordés aux célibataires. Or, par la présente décision, un frein est mis à cette possibilité. Le lien de famille artificiel remplace, exceptionnellement, le lien de famille naturel, mais il doit être une copie conforme de celui-ci. Il n'est donc pas possible de s'écarter du schéma naturel.

La solution est sage et on peut en tirer quelques conséquences sur le terrain du mariage. Le mariage est fondateur de la famille. Or si l'on dénie à un homosexuel le droit d'adopter un enfant, indirectement on lui dénie celui de créer une famille et donc le droit de se marier. Ce serait, sinon, lui ouvrir la porte de tous les effets du mariage, y compris le droit d'adopter ou de recourir à la procréation médicalement assistée.

380. Pourtant certains systèmes étrangers, parmi nos voisins les plus proches, organisent les unions des homosexuels. La Norvège et la Suède, par exemple, ont adopté une législation sur le « partenariat homosexuel ». Cette législation leur permet de se soumettre à toutes les dispositions légales applicables aux personnes mariées. A cet effet, deux personnes de même sexe peuvent se faire enregistrer comme partenaires homosexuels selon une procédure analogue à celle du mariage civil⁶⁸⁸.

La question qui se pose alors est celle de la reconnaissance de ces unions dans l'ordre international. Les nouvelles dispositions accordant des effets juridiques à

⁶⁸⁷ Conseil d'Etat, 1^{re} et 4^e sous-sections réunies, 9 octobre 1996, D. 1997, 117, n. Ph. Malaurie ; J.C.P. 1997, II, 22766, concl. de Mme Maugué, commissaire du gouvernement.

⁶⁸⁸ Loi norvégienne de 1993 : voir SANDER HALVORSEN (R.) & PRIEUR (A.), « Le droit à l'indifférence : le mariage homosexuel », *Actes (de la recherche en sciences sociales)*, n°113, juin 1996, p. 6 et suiv. ; loi suédoise n°1117 du 23 juin 1994 : voir LILJESON (H.), *J.-Cl. comp.*, Suède, n°70 et suiv.

ces unions, principalement dans le domaine successoral, on peut facilement imaginer que ces couples en demandent la reconnaissance devant nos tribunaux si, par exemple, certains biens immobiliers ou si le dernier domicile du *de cuius* se trouvent en France. Nous n'avons pas, pour le moment, été confrontés au problème, mais on peut tenter d'envisager de quelle façon il serait résolu.

Le problème se trouve compliqué du fait que la possibilité, pour les homosexuels, de faire enregistrer leur union dans ces pays n'est pas limitée aux seuls nationaux. La loi suédoise précise, d'une part, qu'à l'enregistrement, l'un au moins des partenaires doit avoir la nationalité suédoise et sa résidence permanente en Suède et que, d'autre part, la loi suédoise détermine seule les conditions de fond, notamment les conditions d'empêchement à l'enregistrement, même si l'un des partenaires est étranger. Ainsi la possibilité est donc offerte, du moins du point de vue du droit suédois, à des ressortissants d'autres pays d'enregistrer leur partenariat alors même que leur loi nationale ne connaît pas cette forme d'union.

On devrait logiquement résoudre le litige de la même façon qu'en matière de polygamie : le mariage peut certes être conclu par un simple enregistrement, conformément à la règle *Locus Regit Actum* mais ses conditions de fond restent régies par la loi nationale de chacun. Touchant directement l'état de la personne, la soumission de la question de la différence de sexe à la loi nationale de l'intéressé s'impose. C'est à cette loi qu'il revient de déterminer si l'intéressé est apte au mariage ; c'est à elle d'admettre le mariage entre personnes de même sexe ou de ne connaître que le mariage entre personnes de sexe différent.

381. Une autre difficulté vient se greffer sur celle-ci pour rejoindre notre discussion sur le transsexualisme : qu'entend-on par personne de sexe différent ? Il faudrait en effet d'abord se mettre d'accord sur la réponse à cette question : s'agit-il du sexe apparent (après opération chirurgicale irréversible) ou bien du sexe chromosomique (dans le sens de celui qui est inscrit dans les données génétiques de chacun et qui ne peut être modifié) ? Si la deuxième conception prévaut, le cas des transsexuels est à considérer sur le même plan que celui des homosexuels. Au demeurant, touchant l'état de la personne, c'est en principe à la loi nationale de déterminer le sexe de l'individu⁶⁸⁹ ou, plus précisément, d'accepter ou non le changement de sexe, c'est-à-dire un changement d'état. Or l'attitude des tribunaux laisse la place à l'inquiétude lorsque le juge autorise la modification des actes d'état civil aux étrangers résidant sur le territoire du for, alors même que leur loi nationale ignore le syndrome du transsexualisme, faisant

⁶⁸⁹ Ou bien à l'autorité qui a dressé l'acte de naissance.

apparaître ce que M. LEQUETTE a appelé le « sexe boiteux »⁶⁹⁰. Est pareillement inquiétante la jurisprudence qui considère que l'admission de la rectification de l'acte d'état civil commande d'en tirer toutes les conséquences relativement au statut personnel, en particulier sur le terrain du mariage⁶⁹¹.

382. Si on laisse de côté ces flottements, pour considérer qu'il s'agit, dans les deux cas (homosexualité et transsexualisme), d'unions entre personnes de même sexe, la solution est apparemment la même qu'en matière de polygamie : ou bien l'une des lois nationales en présence les interdit (empêchement bilatéral), ou bien on fait jouer l'ordre public pour ne pas admettre ces unions comme valables. Il s'agit d'une sorte de règle alternative, mais dont le résultat est à chaque fois négatif. Mais, fera-t-on également jouer l'ordre public atténué pour reconnaître des effets en France à des unions homosexuelles régulièrement conclues à l'étranger, par exemple en Suède entre deux Suédois ?

Nous ne le pensons pas. Nous nous heurtons ici en fait à une erreur de raisonnement. Dire que la loi nationale est compétente pour dire si le mariage homosexuel peut être reconnu suppose qu'il s'agit bien d'un mariage. Or si l'on a étendu notre catégorie pour y faire entrer les unions polygamiques, il ne paraît pas souhaitable d'en faire de même dans le cas des homosexuels.

D'ailleurs, certaines des lois étrangères qui ont « inventé » le partenariat homosexuel ont bien précisé qu'il ne s'agissait pas vraiment de mariage et c'est pourquoi elles emploient les termes d'enregistrement et de partenariat⁶⁹². Le résultat est ambigu du fait que la nouvelle institution donne les mêmes droits que le mariage⁶⁹³. Néanmoins, précision importante, les législateurs suédois et norvégien ont spécifié que les partenaires enregistrés ne peuvent adopter, ni conjointement, ni séparément, ne peuvent se voir confier la tutelle d'un mineur et ne peuvent recourir à l'assistance médicale à la procréation. Il ne s'agit donc pas d'un mariage car il y manque un des éléments relevant de l'essence même du mariage : la possibilité de fonder une véritable famille. Le partenariat a ainsi un

⁶⁹⁰ PARIS, 14 juin 1994, *Osmar B. c./ Proc.gén.près la Cour d'appel de Paris*, D. 1994, IR, 208 ; R.C.D.I.P. 1995, 308, n. Y. Lequette.

⁶⁹¹ AG Hamburg, 17 mars 1983, *StAZ* 1984, 42, cité par : HAMMJE (P.), *op. cit.*, note 681, p. 518, et M. LEQUETTE, sous l'arrêt précité de la Cour d'appel de PARIS du 14 juin 1994, et qui s'interroge sur la loi applicable à la validité de tels mariages ; voir R.C.D.I.P. 1995, 308.

⁶⁹² SANDER HALVORSEN (R.) & PRIEUR (A.), *op. cit.*, note 688 ; LILJESON (H.), *J.-Cl. comp.*, Suède, n°70 et suiv. ; de même, pour les Pays-Bas, voir ROOD DE BOER (M.), « Pays-Bas : les nouvelles réalités des années 1990 », in *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, Association internationale de droit de la famille, Presses universitaires de Lyon, 1992, p. 187, not. p. 190.

⁶⁹³ La dissolution est soumise aux mêmes règles.

fondement pratique et économique certain, mais non familial.

383. C'est donc sur le terrain de la qualification que le cas des unions marginales doit être résolu : on ne peut qualifier ces unions de mariages. C'est à la notion de famille, ou de fins familiales, qu'il faut recourir pour identifier l'union.

A défaut de loi, on confiera alors à la sagesse du juge le soin de ne pas trop élargir la catégorie « mariage » du droit international privé, au risque de la dénaturer.

Le mieux, afin de parer à tout risque de dérive, serait peut-être d'introduire une définition du mariage qui contiendrait les quelques les exigences minimales et incompressibles⁶⁹⁴ du droit français. Certaines de ces dispositions seraient uniquement d'ordre interne (mariage exclusivement monogamique), d'autres seraient également des règles matérielles à caractère international (différence de sexe, puberté, etc.). On pourrait dire, par exemple, que la possibilité de procréation naturelle est une fin du mariage, même si le couple n'a pas d'enfant ou ne peut en avoir (pour cause, par exemple, de stérilité ou de santé) ; l'essentiel serait la possibilité génétique du couple de procréer ensemble. Cette règle matérielle empêcherait une fois pour toutes le mariage d'un homosexuel ou d'un transsexuel, ainsi que sa reconnaissance en France pour le cas où il aurait été conclu à l'étranger.

⁶⁹⁴ Il faut entendre par-là les conditions qui ne peuvent souffrir aucune limite, même sous l'angle de l'effet atténué de l'ordre public.

Section 2

Moyens de lutte contre l'utilisation détournée du mariage

- Les mariages de complaisance -

384. Le mariage est une institution d'ordre public qu'il s'agit de protéger contre les abus les plus divers. En l'absence de texte, les instruments de cette protection se trouvaient jusqu'ici élaborés par la jurisprudence et n'étaient donc mis en œuvre qu'au stade « pathologique », après la conclusion du mariage. Ils permettaient néanmoins d'apporter au problème une solution relativement satisfaisante.

Toutefois, face à une recrudescence de nouveaux cas de détournement de l'institution, le législateur est intervenu récemment afin d'instaurer un cadre législatif plus solide et afin de lutter plus efficacement contre la conclusion de mariages dits de complaisance. L'efficacité du système passe notamment par la création d'un certain nombre de procédés permettant de *prévenir* la conclusion de mariage blancs (§ 1). Si l'union a déjà été conclue, des moyens de la *sanctionner* sont également prévus (§ 2).

§ 1 : Les moyens préventifs de lutte contre les mariages de complaisance

385. La nécessité de poser des moyens préventifs en vue d'éviter la conclusion de mariages blancs s'est fait récemment ressentir, face à l'accroissement du phénomène et à l'impuissance des officiers d'état civil. Dans ce domaine sensible qui touche aux droits politiques des individus, la médiatisation du problème a accru le malaise et le besoin urgent de réforme. En effet, constatant que, dans un fort pourcentage de mariages mixtes, le conjoint étranger était en situation irrégulière et soupçonnant dès lors le guichet de l'état civil de devenir un guichet automatique d'acquisition de la nationalité française ou d'un titre de séjour⁶⁹⁵, certains officiers d'état civil avaient refusé de célébrer les unions qui leur

⁶⁹⁵ Le mariage avec un Français entraîne, rappelons-le, la protection contre toute mesure de reconduite à la frontière ou d'expulsion, l'acquisition de la nationalité française par simple déclaration, et la délivrance de plein droit de la carte de résident.

paraissaient suspectes⁶⁹⁶. Cependant le maire qui refuse de célébrer le mariage se rend coupable de voie de fait⁶⁹⁷. Cette impasse a conduit à réclamer une intervention du législateur.

C'est dans ces circonstances qu'est née la loi *Pasqua* du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et modifiant le Code civil⁶⁹⁸. 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 (...)* » et mettre fin aux situations discutables alimentant le débat public⁶⁹⁹.

Des instruments offrant un champ d'action supplémentaire aux officiers d'état civil ont été conçus (A). Utiles *a priori*, ils rencontrent toutefois quelques limites (B).

A/ LES INSTRUMENTS DESTINÉS À EMPÊCHER LA CONCLUSION DE MARIAGES DE COMPLAISANCE

386. Les dispositions nouvelles ont pour but 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 au Ministère Public la possibilité de surseoir à la célébration et le droit de s'opposer au mariage projeté⁷⁰⁰.

⁶⁹⁶ *Le Monde*, 28 janvier 1993, p. 13.

⁶⁹⁷ Voir, notamment, *Le Monde*, 11 mars 1993, p. 16, qui relate la condamnation d'un maire pour voie de fait et l'ordre de faire publier les bans dans les 8 jours et de célébrer le mariage dans les 15 jours.

Cependant : POITIERS, 26 février 1992, *J.D.I.* 1993, 922, n. F. Julien-Laferrière ; *Bull. civ.*, info. C. Cass, n°363, p. 47. Le juge a refusé de voir une atteinte au droit de se marier dans le fait pour un maire de signaler le cas d'un étranger en situation irrégulière fortement soupçonné de fraude et interpellé par les gendarmes lors de la cérémonie.

⁶⁹⁸ Loi n°93.1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration, *J.C.P.* 1993, III, 66371 et 66372.

⁶⁹⁹ 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. J.-P. Philibert et avis de M. J. Myard, n°326 ; voir notamment l'art. 28 du projet, p. 121.

⁷⁰⁰ On signalera qu'un récent projet de loi, du 15 octobre 1997, sur la nationalité, prévoit notamment une restriction du droit d'opposition au mariage, qui ne pourra plus être exercé après un certain délai précédant la célébration.

1) Le droit d'opposition au mariage : l'article 175-1 du Code civil

387. La loi nouvelle a augmenté le nombre des titulaires du droit d'opposition. On sait que, en droit français, le droit d'opposition est donné à certains membres de la famille (ou tuteurs) du futur époux (articles 172 à 175 du Code civil). La loi nationale de chacun déterminant la liste de ceux qui peuvent faire opposition, et les mariages blancs auxquels sont confrontées les autorités françaises mettant toujours un Français en cause, il est toujours possible aux parents du futur conjoint de nationalité française de former opposition au mariage. L'opposition régulière constitue, pour l'officier d'état civil, un empêchement à mariage. Il encourt une amende s'il célèbre quand même le mariage (article 68 C. civ.)⁷⁰¹.

Cependant, ces personnes peuvent ne pas vouloir s'opposer au mariage et en sont peut-être également complices, la complaisance dans le mariage étant généralement lucrative. La protection de l'institution était donc incomplète.

388. Avant même la modification du Code civil, une arme avait pourtant été donnée au Procureur de la République. Il s'était vu reconnaître une action, en l'absence de texte, au nom de la défense de l'ordre public selon l'article 423 du Nouveau Code de procédure civile. C'était lui permettre, par voie d'opposition ou d'annulation de remettre en cause la validité du mariage de l'étranger en situation irrégulière ou sous le coup d'une expulsion. Il importait néanmoins de lui accorder ce droit de manière expresse et non équivoque.

C'est désormais chose faite avec le nouvel article 175-1 du Code civil qui dispose que « *Le Ministère Public peut former opposition pour les cas où il pourrait demander la nullité du mariage* ». Ce texte généralise ainsi les cas dans lesquels le parquet peut faire opposition au mariage. Le Ministère Public peut ainsi s'opposer au mariage sans pour autant devoir invoquer la défense de l'ordre public. 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, nouveau cas de nullité introduit par la même loi), 147 (bigamie), etc. Sans doute faut-il également y ajouter le cas de la fraude, sanctionné dans le nouvel article 190-1.

Cependant, le droit de s'opposer au mariage appartient au Ministère Public. Or l'officier d'état civil, même s'il est un représentant du pouvoir exécutif, ne

⁷⁰¹ Mais le mariage célébré en dépit d'une opposition n'est pas nul. L'opposition n'est pas un empêchement dirimant. Si le motif sur lequel elle est fondée est un empêchement dirimant, alors la nullité du mariage résulte de cet empêchement et non de la méconnaissance de l'opposition.

représente pas le Ministère Public. Il ne bénéficie donc pas de la nouvelle disposition précitée. C'est pourquoi une nouvelle disposition lui permet de surseoir à la célébration dans certains cas précis.

2) Le sursis à la célébration du mariage : l'article 175-2 du Code civil

389. Le pouvoir de l'officier d'état civil de repousser ou refuser la célébration d'un mariage est extrêmement limité. 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.

390. Le nouvel article 175-2 du Code civil tente de remédier à ce handicap. Il prévoit que, lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que le mariage n'est envisagé que dans un but autre que 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 célébration.

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 »*⁷⁰².

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 rédaction⁷⁰³. La durée du sursis ne peut plus désormais excéder un mois

⁷⁰² 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.

⁷⁰³ 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.

(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).

391. 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 y a menace à l'ordre public ou 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 pouvoir⁷⁰⁴. Par l'introduction de cette notion d'indices sérieux, le domaine du droit d'opposition du Ministère Public est considérablement élargi. 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* »⁷⁰⁵. Cette liste 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)⁷⁰⁶, 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.

⁷⁰⁴ « *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 consentement car c'est sur ce fondement que l'on sanctionne les mariages blancs ; voir *infra*, n°403 et suiv.. Elle a donc été confectionnée pour ce cas précis, exclusivement.

⁷⁰⁵ Travaux préparatoires de la loi n°93-1027, *op. cit.*, note 699. 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.

⁷⁰⁶ 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 »,

Ce dispositif comporte toutefois un certain nombre de limites.

B/ LES LIMITES DU DISPOSITIF DE PRÉVENTION MIS EN PLACE

392. Conçues pour remédier à l'impuissance des officiers d'état civil confrontés à des unions manifestement feintes, en pratique les nouvelles dispositions manquent toutefois en partie leur but. De plus leur efficacité suppose que la loi française soit bien compétente, ce qui conduit à s'interroger sur son titre d'intervention.

1) L'inefficacité pratique des moyens préventifs

393. Tout d'abord, 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 résulte du renvoi exprès opéré à ce texte par l'article 175-2. La nouvelle notion permet simplement à l'officier d'état civil d'agir plus rapidement.

En outre, cette possibilité offerte à l'officier d'état civil de saisir le parquet existait déjà auparavant, indépendamment de tout fondement textuel. Il pouvait saisir le parquet qui, seul, peut mener des investigations et faire opposition au mariage. Le parquet avertissait ensuite l'officier d'état civil de sa décision de procéder à une enquête et l'invitait, le cas échéant, à surseoir à la célébration du mariage dans l'attente des résultats de celle-ci ; ce sursis ne devait cependant pas s'étendre au-delà d'une durée raisonnable, nécessitée par les seuls besoins de cette enquête⁷⁰⁷. La nouveauté résiderait alors simplement dans la consécration législative de ce pouvoir et de son encadrement, notamment quant à la durée du sursis et quant aux voies de recours dont il est désormais susceptible.

394. Les pouvoirs de l'officier d'état civil ne sont pas non plus 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

R.C.D.I.P. 1996, 541 et suiv., n°II.I.4.2, p. 547.

⁷⁰⁷ *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. Egalement, Travaux préparatoires de la loi n°93-1027, *op. cit.*, note 699.

doit célébrer le mariage. Il n'a pas lui-même le pouvoir de surseoir à la célébration. 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 mariage⁷⁰⁸. Ce serait là donner à l'officier d'état civil un pouvoir que la loi ne lui confère pas expressément. On discerne alors avec quelque difficulté en quoi il est remédié à l'impuissance de l'autorité célébrante.

Il reste, également, que la notion d'indices sérieux sert principalement au parquet, qui peut ainsi trouver une raison légitime d'exiger le retardement de la célébration. Cependant cette notion reste vague et les dispositions législatives étant généralement précisées par voie réglementaire (ou par voie de circulaire), la délimitation des pouvoirs du Ministère Public reste ici à la discrétion du pouvoir exécutif. Une part d'arbitraire a fait son entrée dans le droit d'opposition au mariage. Il reviendra néanmoins au juge civil, gardien des libertés individuelles, d'élever quelques garde-fous.

395. Enfin, fondée sur l'absence de consentement, du fait du renvoi de l'article 175-2 à l'article 146 du Code civil, 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 véritable aura souvent le même effet qu'un coup d'épée dans l'eau car il est presque impossible d'opérer un contrôle véritable *avant* le mariage. La difficulté peut être illustrée par une décision de la Cour d'appel de Versailles du 15 juin 1990⁷⁰⁹.

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

⁷⁰⁸ Travaux préparatoires de la loi n°93-1027, *op. cit.*, note 699.

⁷⁰⁹ VERSAILLES, 15 juin 1990, *J.C.P.* 1991, II, 21759, n. F. Laroche-Gisserot ; *D.* 1991, 268, n. J. Hauser.

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 (...)* »⁷¹⁰.

396. L'action du Ministère Public se heurte donc à un évident problème de preuve⁷¹¹. La détermination de l'intention véritable devient vaine lorsque le but recherché (droit au séjour, etc.) *n'est pas exclusif de la volonté des époux de vivre une union véritable*. Les intéressés vivaient ensemble, en l'occurrence ; comment, dès lors, déterminer exactement leur intention ?

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 obstacles⁷¹².

Le seul mérite que l'on pourrait alors reconnaître à la réforme serait d'avoir permis à l'opposition à mariage de connaître un renouveau, alors qu'une partie de la doctrine avait souhaité supprimer les oppositions. Or, ce mérite est bien

⁷¹⁰ VERSAILLES, 15 juin 1990, *op. cit.*, note 709.

⁷¹¹ Le témoignage reste un des modes de preuve les plus utiles : voir, notamment, BORDEAUX, 30 juin 1993, *J.C.P.* 1994, IV, 504, qui prend en compte le témoignage des voisins du soi-disant couple.

⁷¹² 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.

maigre et bien futile, s'il ne sert qu'à donner au droit d'opposition une nouvelle jeunesse. D'une part, le fondement de l'opposition pêche par manque de réalisme. D'autre part, l'opposition n'est peut-être pas le seul moyen de se prémunir contre les mariages blancs⁷¹³. On se demande ensuite à quel titre ces dispositions du Code civil français sont applicables.

2) Le titre d'intervention de la loi française

397. Les mariages de complaisance, lorsqu'ils permettent l'acquisition d'une nationalité ou d'un titre de séjour, sont toujours, en principe, des mariages mixtes⁷¹⁴. On peut, dès lors, s'interroger sur le titre d'intervention de la loi française. C'est en effet la loi nationale de chacun des futurs époux qui désigne les titulaires du droit de former opposition et dit les motifs qu'ils peuvent invoquer, tandis que la procédure d'opposition elle-même est soumise à la *lex loci celebrationis*⁷¹⁵. L'article 175-1 du Code civil ne devrait donc logiquement entrer en jeu que par l'intermédiaire de l'article 3, alinéa 3, du Code civil et donc seulement dans le cas où un Français est en cause.

Or, conférant au Ministère Public un droit (général)⁷¹⁶ d'opposition au mariage, dans les cas où celui-ci peut en demander la nullité, notamment en cas de bigamie ou de fraude, cette disposition devrait plutôt s'appliquer à tous les mariages célébrés sur le territoire, même si, dans le cas où aucun des futurs époux n'est français, les motifs qu'il peut invoquer semblent devoir être eux-mêmes contenus dans une disposition d'application immédiate⁷¹⁷. Quant à l'article 175-2 C. civ., il ne pourrait lui-même s'appliquer que si un Français est en cause, du fait du renvoi à l'article 146 du même Code⁷¹⁸.

398. Les moyens préventifs mis en place sont ainsi en grande partie tenus en échec et cela vient confirmer que la fonction de contrôle de l'officier d'état civil est de faible portée.

⁷¹³ Voir *infra*, n°429 et suiv.

⁷¹⁴ On peut toutefois envisager un mariage entre deux personnes de même nationalité, conclu dans le but exclusif de bénéficier des dispositions relatives au regroupement familial.

⁷¹⁵ Instruction générale relative à l'état civil, n°553.

⁷¹⁶ Son droit d'opposition n'est pas limité au cas des mariages blancs.

⁷¹⁷ On voit parfois, dans l'article 147 C. civ., une loi d'application immédiate.

⁷¹⁸ Voir *infra*, n°389 et suiv.

§ 2 : Les moyens répressifs de lutte contre les mariages de complaisance

399. Si le mariage n'a pu être empêché, existe-t-il un moyen *a posteriori* de lutter contre ce détournement et quelle peut en être la sanction ?

Puisque les époux cherchent à atteindre un certain effet du mariage sans vouloir rester prisonniers de l'institution, on a discuté l'opportunité de la sanction. Faut-il considérer le mariage comme nul, auquel cas il ne peut plus produire aucun effet ? Mais, dans ce cas, satisfaction serait finalement donnée aux intéressés qui souhaitaient de toutes les façons dissoudre leur union. Il leur serait donné satisfaction pleine et entière lorsqu'ils ont réussi à atteindre leur but sans qu'il soit possible de le remettre en cause (par exemple, le franchissement d'une frontière). Ou bien faut-il maintenir l'union comme valable, tout en refusant aux époux l'effet recherché ? Ce serait ici l'ultime sanction ; mais comment dès lors justifier le maintien de l'union entre deux personnes qui manifestement n'auront aucun projet commun (alors que la solution est fondée sur l'existence de l'intention matrimoniale) et qui pourront toujours dissoudre leur union par divorce ?

Avant les modifications apportées par la loi de 1993, seuls des moyens répressifs étaient envisagés. Les solutions anciennes sont maintenues mais viennent s'y ajouter de nouveaux cas de nullité (A). Il reste que d'autres solutions sont également envisageables qui, sans prononcer la nullité, rendent le mariage blanc inefficace (B).

A/ LA NULLITÉ DES MARIAGES BLANCS

400. Le principe de la nullité des mariages de complaisance a été clairement posé mais ses fondements restent à déterminer avec précision.

1) Le principe

401. Le principe de solution en matière de mariage simulé résulte de l'arrêt *Appietto*. Auparavant, la Haute juridiction n'avait pas eu l'occasion de connaître de cette situation⁷¹⁹.

⁷¹⁹ Civ. 1^{re}, 20 novembre 1963, Appietto, J.C.P. 1964, II, 13498, n. J. Mazeaud ; D. 1964, 465, n. Raymond.

Il s'agissait d'une affaire corse où le mari n'avait consenti au mariage que sous la pression des familles, pour éviter le scandale d'une bâtardise. Le sieur Appietto avait convenu avec demoiselle Feibelman, enceinte de ses œuvres, de l'épouser, afin de légitimer l'enfant, puis de divorcer aussitôt. Or, pour ne pas souffrir des médisances encourues lorsque l'on a la qualité de divorcé, ou bien en réaction au refus soudain de divorcer opposé par sa complice, Appietto contesta la validité de son mariage, au motif qu'il n'avait contracté mariage que dans le but de conférer la légitimité à l'enfant, mais qu'il n'avait aucune intention de fonder un foyer et qu'ils avaient, à l'avance, convenu de divorcer. Les juges du fond ont refusé d'annuler le mariage car pour eux le mariage n'était entaché ni du vice d'erreur ni du vice de violence. Appietto se pourvut en cassation, invoquant une mauvaise interprétation de l'article 146 du Code civil qui commande, selon lui, l'intention véritable et sérieuse de fonder une famille. La réponse de la Cour de cassation fut la suivante :

« Si 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, il est au contraire valable lorsque les conjoints ont cru pouvoir limiter ses effets légaux, et notamment n'ont donné leur consentement que dans le but de conférer à l'enfant commun la situation d'enfant légitime.

Le mariage est une institution d'ordre public à laquelle les parties contractantes ne peuvent apporter les modifications que leur intérêt ou les circonstances exigeraient ».

On observe ici comment la théorie du mariage simulé vient revivifier l'article 146 du Code civil. Ces situations étaient auparavant réglées par les juges du fond⁷²⁰. Les tribunaux décidèrent que tout consentement au mariage, au sens de l'article 146, fait défaut lorsqu'un homme et une femme se sont simplement prêtés à un semblant de mariage en vue uniquement d'un objet et d'un résultat étrangers à une union matrimoniale qu'ils n'entendaient point contracter. Le mariage devait donc être annulé.

Une affaire identique (de mariage légitimant) avait été jugée par le Tribunal civil de Bayonne où le mari avait intenté une action en nullité fondée sur l'article 146 C. civ. et sur l'absence d'intention matrimoniale. Le Tribunal avait rejeté l'action⁷²¹ en se fondant sur trois arguments :

- le mariage est une institution d'ordre public ; donc les parties ne peuvent lui apporter les modifications qu'elles veulent ;

⁷²⁰ Trib. civ. SEINE, 7 janvier 1948, J.C.P. 48, II, 4430, n. J. Mazeaud.

- le mariage est solennel et la célébration entraîne un certain nombre de conséquences auxquelles il n'est pas possible de se soustraire ;
- le consentement au mariage existe bien. Du fait même qu'ils aient prévu une action en divorce, les conjoints ont considéré qu'ils étaient mariés.

402. Dans l'affaire *Appietto*, les juges du fond⁷²² parviennent à la même conclusion. Le choix d'un seul effet n'empêche pas le mariage de s'accomplir dans sa plénitude⁷²³. Cette idée est reprise et mise en avant dans la décision de la Cour de cassation, mais la Cour introduit une distinction :

Lorsque les « époux » ont recherché, exclusivement (« lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre... »), un « résultat étranger à l'union matrimoniale », on est en présence d'un mariage « simulé » et le mariage est nul.

Lorsque, au contraire, ils ont recherché un effet légal du mariage, en excluant ses autres effets, on est présence, selon l'expression de Mme FOULON-PIGANIOL, d'un « mariage à effets conventionnellement limités » et le mariage reste valable⁷²⁴.

Dans la décision *Appietto*, les juges ont maintenu la validité du mariage mais la sanction de principe du mariage de complaisance est bien la nullité. Seulement, on se réfère à la distinction « effet légal - résultat étranger » de l'union matrimoniale pour dire si le mariage doit ou non être considéré comme fictif. Le principe de solution étant posé, il convient dès lors d'en déterminer les fondements.

2) Les fondements de la nullité des mariages blancs

403. Le fondement principal de la nullité des mariages de complaisance repose sur l'absence de consentement des époux. Il s'avère néanmoins possible de justifier également la nullité de ces unions par l'atteinte à l'ordre public, la fraude à la loi ou encore par le non-respect du nouvel article 146-1 du Code civil.

⁷²¹ Trib. civ. BAYONNE, 9 avril 1936, S. 1936, 2, 124, n. H. R.

⁷²² BASTIA, 9 avril 1962, confirmant Trib. Gr. Inst. AJACCIO, 12 juillet 1961, (inédit).

⁷²³ FOULON-PIGANIOL (C.-I.), « Mariage simulé ou mariage à effets limités ? », D. 1965, chron. 9.

⁷²⁴ FOULON-PIGANIOL (C.-I.), *op. cit.*, note 723.

a) L'absence de consentement

404. « ...Le mariage est nul, faute de consentement,... » : la nullité des mariages de complaisance est fondée sur l'absence de consentement. La formulation doit cependant être précisée car il est tenu compte du contenu du consentement et du caractère du but poursuivi par les époux.

405. *I. La justification de la nullité pour absence de consentement.* En dépit du formalisme exigé depuis le Concile de Trente, le mariage reste avant tout fondé sur le consentement. Les Révolutionnaires n'ont pas abandonné la conception consensualiste du mariage : la Constitution de 1791 affirme que le mariage est un contrat⁷²⁵ et l'article 146 du Code civil dispose que « *il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ».

Le consentement des époux doit exister au moment même de la célébration du mariage⁷²⁶. Le consentement des époux doit exister et il doit, d'autre part, être exempt de vices. L'apparence de consentement, que constitue la manifestation de volonté des époux, n'est pas suffisante ; derrière cette apparence, un consentement réel est nécessaire. Lorsque la volonté exprimée par les époux est feinte, le mariage ne peut pas se former : les mariages simulés sont nuls.

Néanmoins, paradoxalement, on a vu que l'officier d'état civil se borne à constater le consentement des époux et il n'a pas à vérifier l'existence et la réalité de celui-ci. Le pouvoir de l'officier d'état civil, s'agissant de repousser ou de refuser la célébration d'un mariage est en effet extrêmement limité⁷²⁷.

⁷²⁵ 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* ».

⁷²⁶ Sauf le cas du mariage posthume, pour lequel le consentement demeure néanmoins la condition essentielle, sinon l'unique condition de validité.

⁷²⁷ L'Instruction générale relative à l'état civil 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 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

C'est sans doute pourquoi la célébration de l'union ne pose pas une présomption irréfragable de validité du consentement. L'absence de consentement est une cause de nullité absolue de l'union. Cependant, dans le cadre de la simulation, les époux se prêtent volontiers au jeu du mariage. Toute volonté de se marier ne vaut donc pas consentement au sens du Code civil.

Ce paradoxe commande donc de s'interroger sur le fondement retenu par la solution de principe et sur la distinction posée entre fins légales et fins étrangères au mariage.

406. *II. L'objet du consentement.* Le mariage est nul lorsqu'il n'a été conclu « *qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale...* ».

L'absence de consentement, c'est-à-dire celle prévue à l'article 146, C. civ, ne concernait auparavant que la personne à l'état mental très affaibli. Il fallait défendre sa capacité de vouloir. Puis, à travers certaines décisions, le consentement exigé par l'article 146 apparaît comme la volonté d'entrer dans l'institution matrimoniale. Ce texte devient donc plus exigeant quant au contenu du consentement requis. Pourtant, à l'origine, l'intérêt essentiel de ce texte résidait en fait dans le simple rappel du caractère consensualiste du mariage.

Dans la jurisprudence relative aux mariages de complaisance, la Cour de cassation apporte une précision sur ce qu'elle entend par consentement : il ne suffit pas d'être capable de vouloir, il faut vouloir se marier.

Pour définir la notion, elle se place sur le contenu de l'opération et non sur le consentement des époux, car elle ne met pas en doute l'existence d'un consentement au mariage. C'est ici qu'intervient la distinction entre fins légales et résultats étrangers à l'union.

Si le contenu du consentement porte sur un résultat étranger au mariage, on estime que le consentement au mariage n'existe pas.

Si ce contenu porte sur un effet légal du mariage, le consentement existe bien⁷²⁸.

407. Il reste alors à déterminer ce qu'est un effet légal ou étranger à l'institution matrimoniale

Certains effets ne peuvent être obtenus que par le mariage (ou par le bénéfice du mariage putatif). L'effet légal ne pourrait découler que du mariage. Le résultat

déroger est également rappelé dans les travaux préparatoires de la loi *Pasqua* de 1993, *op. cit.*, note 699.

⁷²⁸ Et c'est encore consentir au mariage que de vouloir atteindre l'un de ses effets légaux, note RAYMOND, note sous l'arrêt, *D.* 1964, 465.

étranger serait celui qui peut être obtenu par un autre moyen que le mariage (comme l'acquisition de la nationalité ou d'un titre de séjour). Ayant voulu certains effets du mariage, les époux seraient prisonniers des autres.

La cour situe donc sa distinction sur le plan du résultat recherché. Certains auteurs ont prétendu dire que le mariage simulé supposerait que les époux n'ont voulu aucun des effets du mariage⁷²⁹. Cette proposition prête à discussion car alors pourquoi se seraient-ils mariés ?

Comment dire, ensuite, que le résultat recherché est *étranger* au mariage et qu'il s'agit d'un effet qui pouvait être obtenu autrement ? Il s'agit nécessairement d'un effet du mariage, sinon l'intérêt de se marier disparaît également. 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. Il s'agit bien d'une conséquence prévue par la loi et destinée à faciliter, d'une part, l'intégration du conjoint d'un Français et, d'autre part, de tenter d'assurer une certaine unité, en du droit international privé, du statut des personnes appartenant à une même famille.

Le problème de la distinction vient du fait qu'il faut, pour pouvoir la faire, établir quelles sont les fins du mariage. De plus, pour savoir si la fin est étrangère ou non au mariage, il faut savoir ce qui est de l'essence du mariage. Or, ni le Code civil, ni la jurisprudence n'ont défini le mariage⁷³⁰.

Il est en outre difficile de retenir de l'arrêt que l'existence d'un effet légal du mariage se déduit de l'intention de fonder une famille. Le juge a en effet ici estimé que le résultat recherché n'était pas étranger à l'union matrimoniale, alors que, manifestement, il n'y avait pas d'intention matrimoniale, et il a maintenu le mariage !

408. *III. La portée du consentement : le caractère exclusif du but recherché.* Il ne suffit donc pas de dire que les juges se sont ici fondés sur le contenu du

⁷²⁹ MAZEAUD (J.), note sous l'arrêt, *J.C.P.* 1964, II, 13498.

⁷³⁰ Pour M. RAYMOND (note sous l'arrêt, *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 *Appietto*, 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.

consentement. Tout d'abord ils ne s'interrogent pas sur la démonstration positive d'une intention matrimoniale mais recherchent les finalités du mariage et s'attachent ensuite à isoler les buts poursuivis par les époux. C'est de cette combinaison que l'on peut déduire la réalité de l'intention matrimoniale.

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. Si les *deux* sont mêlés, le mariage est valable. On retombe de nouveau sur la discussion de la distinction difficile et insuffisante entre fins étrangères et légales du mariage. Il faut donc bien essayer d'intégrer la notion d'intention matrimoniale et dire le mariage valable selon que cette intention existe ou non, et non en fonction du but recherché.

Est à cet égard intéressante une récente décision du Tribunal de grande instance de Paris⁷³¹. Dans cette affaire purement interne, un mari intenta une action en nullité de son mariage (neuf mois après sa célébration), fondée sur 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. Pourtant, dans cette espèce, il ne s'agissait pas d'un mariage de complaisance et les époux n'avaient pas recherché un résultat étranger à l'institution matrimoniale. Cette interprétation de l'article 146 paraît néanmoins préférable à celle utilisée dans le cas de mariages blancs.

409. La formule visant le 'résultat étranger' à l'institution subsiste pourtant encore aujourd'hui. On ne peut donc se dispenser à en déterminer le sens. Il y aurait résultat étranger lorsqu'il n'y a pas intention matrimoniale (notamment quand les « époux » ont prévu, à l'avance, de divorcer). Inversement, l'intention matrimoniale existerait lorsque le résultat recherché n'est pas étranger à l'institution. Mais comment déterminer positivement cette intention ?

Il est alors peut-être possible de revenir à nos propos sur les fins privées du mariage. Seuls les effets touchant directement la famille et les conceptions personnelles seraient susceptibles d'être pris en compte. Ce sont donc les fins *non civiles* visées par les époux qu'il faut considérer en premier lieu⁷³², et il faut

⁷³¹ Trib. Gr. Inst. de PARIS, 7 mai 1996, Juris-Data n°044391, Droit de la famille, n°3, mars 1997, n°38, p. 8, obs. H. Lécuyer.

⁷³² L'arrêt *Appietto* avait ajouté que le mariage était une institution d'ordre public à laquelle on ne pouvait porter atteinte d'aucune façon.

L'intention matrimoniale pourrait également se déduire de la communauté de vie, puisqu'elle sert souvent à déterminer la réalité du consentement et qu'elle confirme la nullité relative fondée sur un vice du consentement (art. 181 C. civ.).

donc laisser de côté la solution de l'arrêt *Appietto*. Ce ne sont pas les effets « légaux », civils, du mariage qui caractérisent l'institution mais au contraire ceux qui ne relèvent pas, ni directement, ni exclusivement, de la loi.

C'est en étudiant les conséquences du mariage sur la nationalité ou sur le statut de l'étranger que l'on met le mieux en évidence la différence entre les fins non-civiles du mariage, concentrées sur la famille et la spiritualité, et les fins civiles, proprement juridiques de l'institution. Si les premières sont atteintes, alors peu importe que l'un des époux ait voulu, en même temps, se conférer un avantage administratif ou successoral. Il importe également peu que les époux en aient souhaité les conséquences légales ; celles-ci s'imposent à eux sans qu'ils aient la possibilité de choisir.

La jurisprudence récente sur les mariages de complaisance ne semble pas encore avoir apporté de réponse précise à notre question. Certaines décisions reprennent la formulation de l'arrêt *Appietto*⁷³³. D'autres se réfèrent davantage à

Quelques arrêts ont d'ailleurs souligné l'importance de la communauté de vie dans la question des mariages fictifs, notamment à propos de l'acquisition de la nationalité française par déclaration : Civ. 1^{re}, 5 mars 1991, *Singh Balbir*, J.C.P. 1992, II, 21789, n. F. Laroche-Gisserot ; DIJON, 3 juillet 1991, D. 1992, 231, n. Guiho : il ne suffit pas d'avoir la même adresse pour faire croire à la communauté de vie.

⁷³³ 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 ; 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* ». Les juges ont également ici tenu compte de l'absence de communauté de vie, imputable à l'épouse. Le mari, étranger à la simulation, obtint des dommages-interêts pour le préjudice moral découlant de l'annulation du mariage. 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, dans un sens apparemment contraire : P. Murat, J.C.P. 1996, I, 3903, n°2, exposant le problème des mariages en demi-teinte : le Français qui s'est laissé séduire par un étranger, sans savoir que ce dernier était uniquement désireux de se maintenir sur le territoire, ne pourrait que demander le divorce pour faute car c'est le résultat étranger *exclusif* de toute intention matrimoniale qui est difficile à prouver. Lorsque la vie commune a existé, la preuve de l'absence d'intention matrimoniale risque d'être difficile à rapporter. Ce serait donc, là encore, sur la communauté de vie que reposerait la différence.

L'annulation d'un mariage pour cause de simulation ne nécessiterait donc pas, si l'on s'en réfère à l'arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux, l'absence cumulative d'intention de la part des deux époux à la fois. Il suffirait qu'un seul ait simulé le mariage pour pouvoir l'annuler. Soulignons aussi la corrélation effective entre l'absence d'intention matrimoniale et l'absence de communauté de vie.

Egalement, PARIS, 9 juin 1995, D. 1996, somm. 171, obs. B. Audit ; 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

l'intention matrimoniale, mais sans véritablement la définir⁷³⁴.

410. *IV. Limites de la distinction fondée sur l'intention matrimoniale.* Si la validité ou la nullité de certains mariages peut reposer sur l'intention matrimoniale telle que nous l'avons définie, cette proposition n'en rencontre pas moins certaines limites.

Rappelons tout d'abord que, dans l'arrêt *Appietto*, les juges ont considéré qu'il n'y avait pas mariage simulé, et ont maintenu le mariage, alors que, manifestement, l'intention matrimoniale était inexistante.

411. Il existe d'autre part des cas où les époux recherchent certes un effet légal précis, mais où l'intention matrimoniale existe vraiment. On ne peut donc pas dire que les époux ont cherché cet effet-là à l'exclusion des autres. Comment prétendre alors que l'effet recherché est étranger à l'union matrimoniale ?

Cette situation est notamment illustrée dans l'affaire *Taleb*⁷³⁵.

Ahmed Taleb, né en Algérie, avait perdu la nationalité française à l'Indépendance, et épouse Gisèle Goyot, Française, en 1970. Il se heurte, semble-t-il à un refus de sa demande de réintégration dans la nationalité française. Ils divorcent en mai 1976 pour se remarier en juin de la même année. En septembre, il fait une demande d'acquisition de la nationalité française par déclaration, comme le permettait en principe 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. Taleb forma alors le recours prévu à l'article 105, § 1^{er}, 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 demandait la rétractation, et l'annulation du nouveau mariage, comme contracté entre deux personnes déjà mariées entre elles. Le Tribunal

exemple, à permettre à l'épouse de rester en France.

⁷³⁴ PARIS, 8 juin 1993, D. 1993, IR, 192 : « *Le mariage contracté dans le seul but d'obtenir, pour l'un des conjoints, un titre de séjour en France, est nul pour défaut de consentement ; en revanche il n'y a pas de mariage simulé si le but recherché (droit au séjour par exemple) n'est pas exclusif de la volonté des futurs époux de vivre une véritable union matrimoniale sans éluder les conséquences légales du mariage* ».

⁷³⁵ 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.

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 constate bien que les époux n'ont divorcé et ne se sont remariés que dans le dessein de faire acquérir la nationalité française à Taleb, mais refuse 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, estime qu'on ne peut 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 est donc maintenu, bien que toute l'opération (divorce et remariage) ait eu pour but de faire acquérir à Taleb la nationalité française. La Cour ajoute cependant que cette conclusion n'aura pas pour prolongement de faire jouer l'effet acquisitif de nationalité, car cet effet a 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* ».

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 est 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 époux⁷³⁶.

412. *V. Le titre d'intervention de la loi française.* Il est légitime, ensuite, de s'interroger sur le titre d'application de l'article 146 du Code civil, c'est-à-dire, sur la vocation de la loi française à s'appliquer.

La compétence de la loi française semble normale *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. Encore faut-il que l'un des époux

⁷³⁶ 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 du code de la nationalité ; cf. LAGARDE (P.), *La nationalité française*, Dalloz, 3^e éd., 1997, n°266, p. 186.

soit français. Or, la plupart des décisions ont totalement éludé la question du conflit de lois et ont même appliqué l'article 146 et annulé l'union, alors que les deux époux étaient de nationalité étrangère⁷³⁷. Pourtant, l'article 146 ne peut être applicable qu'en vertu de l'article 3 du Code civil, c'est-à-dire lorsque la loi personnelle de l'intéressé est la loi française.

Fort heureusement, des décisions plus récentes ont pris conscience de ce défaut, et justifient désormais la compétence de la loi française⁷³⁸. La jurisprudence va même jusqu'à appliquer une loi nationale étrangère. 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, appliquées distributivement, la Cour d'appel de PARIS a annulé un mariage en application de l'article 149 du Code civil mauricien⁷³⁹. 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.

413. Il est ensuite permis de se demander si l'absence de consentement, sur laquelle repose la nullité des mariages blancs, doit exister chez les deux époux ou s'il suffit de vérifier le seul consentement de l'un d'eux ? Dans la majorité des cas, les deux époux sont complices, mais cela peut avoir une incidence dans l'hypothèse où l'un des intéressés (en l'occurrence le conjoint français) s'est laissé séduire par une personne peu scrupuleuse et pensait conclure une véritable union. La nullité pourrait à la rigueur se fonder sur un vice du consentement mais non sur l'absence de consentement, au sens d'absence

⁷³⁷ 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.

Deux décisions ont cependant traité de la loi applicable : Trib. civ. SEINE, 7 janvier 1948, Loiseau c./ Dlle Batsch, J.C.P. 1948, II, 4430, n. J. Mazeaud, où le juge a dit que « 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.

⁷³⁸ 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 (...) ».

⁷³⁹ PARIS, 14 janvier 1994, D. 1994, IR, 100, et somm., 357, obs. B. Audit.

d'intention matrimoniale. On constate ici une limite supplémentaire au fondement de la nullité des mariages fictifs sur l'absence de consentement. Par ailleurs, si seulement une des lois en présence édicte le principe, il faut peut-être admettre qu'il s'agit là d'un empêchement bilatéral qui s'applique à l'ensemble de la relation. On peut peut-être le voir à travers la décision de la Cour d'appel du 8 juin 1993, précitée, 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.

b) L'ordre public

414. Dans l'affaire *Appietto*, les juges ont souligné que le mariage était « *une institution d'ordre public à laquelle les parties contractantes ne peuvent apporter les modifications que leur intérêt ou les circonstances exigeraient* ». La nullité du mariage de complaisance pourrait donc résulter de l'atteinte portée à une institution d'ordre public. Il n'y aurait pas lieu, alors, de recourir à la raison tirée de l'absence de consentement. Cela n'a pourtant pas ici été la démarche de la Cour de cassation qui semble n'avoir eu recours à la notion d'ordre public que pour justifier le maintien des effets du mariage. On souligne par ailleurs que l'union matrimoniale forme un tout indissociable qui ne peut être scindé par les époux⁷⁴⁰.

L'argument aurait pu conduire à la solution contraire : l'institution ne pouvant être scindée et l'intention matrimoniale faisant défaut, le juge aurait pu en déduire la nullité de l'union et donc son absence totale d'effets⁷⁴¹.

Le fait de détourner le mariage de son but constitue sans doute un trouble à l'ordre public. Mais l'ordre public n'est pas utilisé ici dans sa fonction d'éviction, au sens du droit international privé, bien que la question du mariage de complaisance mette actuellement essentiellement en cause un mariage *international*. Le jeu de l'ordre public international sert à écarter l'application d'une loi étrangère, normalement compétente, en raison du caractère choquant de son application à l'espèce, pour lui substituer la loi du for qui édicte une cause de nullité fondée sur l'absence de consentement. Or ici, c'est l'intention des époux qui est choquante ; l'application de la loi étrangère n'est pas en cause et la substitution de la loi française nous conduirait au même fondement de

⁷⁴⁰ FOULON-PIGANIOL (C.-I.), « Mariage simulé ou mariage à effets limités ? », *D.* 1965, chron. 9.

⁷⁴¹ Mais il ne faut pas oublier que l'affaire était corse et qu'à l'époque l'annulation du mariage aurait entraîné la disparition des effets légitimants. Il s'agissait donc peut-être d'une solution d'opportunité.

l'article 146 du Code civil, avec ses impasses et ses limites.

L'ordre public ne pourrait alors jouer que dans sa fonction de rattachement, en érigeant en principe l'obligation de conclure un mariage « honnête », imposant à toute union la conception française du mariage⁷⁴².

c) La fraude à la loi

415. Dans le prolongement de ces considérations sur les fondements de la lutte contre les mariages de complaisance, on voit également parfois apparaître celui de la fraude à la loi. Dans l'affaire *Taleb*, le demandeur au pourvoi (le Ministère Public) s'était placé sur ce terrain pour faire dire que le divorce, puis le remariage des époux n'étaient pas valables. Il n'est néanmoins pas certain qu'il s'agissait là d'une fraude telle qu'on l'entend habituellement. Il n'est pas non plus certain que la sanction de la fraude soit la nullité de l'acte.

L'exception de fraude à la loi trouve son illustration la plus célèbre dans l'affaire *Princesse de Bauffremont*, du 18 mars 1878. Désirant divorcer pour convoler avec un nouveau prince, la princesse de Bauffremont, de nationalité française, se heurta à la prohibition du divorce édictée par la loi française de l'époque. La dissolution du mariage relevant du statut personnel, était en effet régie par la loi nationale. De passage dans le Duché de Saxe-Altenbourg, elle obtint la nationalité de cet Etat allemand, ce qui lui permit le divorce, et le remariage, sur ce territoire. Sur action de son premier mari, la naturalisation fut déclarée sans effet dans notre pays, en conséquence de quoi le divorce et le remariage de l'intéressée n'étaient pas valables.

416. *I. La détermination de la fraude.* La fraude à la loi 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).

a) L'élément matériel (le moyen de la fraude)

417. L'élément matériel est le moyen employé par le fraudeur pour parvenir à ses fins. Il 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. Il y a deux façons de se placer sous l'empire de la loi étrangère : soit en agissant sur la

⁷⁴² Ce serait, pour certains, revenir à un raisonnement en termes de qualification : FADLALLAH (I.), *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz, 1977, n°17.

règle de conflit, en modifiant, comme dans l'affaire *Bauffremont*, l'élément de rattachement (ici 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 française⁷⁴³. Dans ce dernier cas, la violation est plus facilement décelable.

Les moyens de la fraude, si fraude il y a, sont aujourd'hui différents et inversés. Dans l'affaire *Princesse de Bauffremont*, l'intéressée avait changé de nationalité pour pouvoir divorcer et ensuite se remarier. Mais le but de ces opérations était le *mariage* et un des moyens pour y parvenir consistait en un changement de nationalité. La situation actuelle est inversée : on se marie pour changer de nationalité alors qu'on changeait de nationalité pour se marier. Le moyen n'est pas de se placer sous l'empire de la loi étrangère, en agissant par exemple sur l'élément de rattachement ; il n'y a pas, dans notre hypothèse, de conflit mobile.

L'élément matériel existe donc bien, mais il est différent.

b) L'élément légal (impératif auquel le fraudeur veut échapper)

418. La fraude désigne une violation de la loi qui s'abrite derrière une apparente régularité⁷⁴⁴. Une personne cherche à se soustraire à une obligation préexistante. La *Princesse de Bauffremont* cherchait à tourner la prohibition du divorce édictée par la loi française. Il n'y avait pas en revanche, dans l'affaire *Taleb*, ni dans les autres cas de mariage « naturalisant », violation d'un texte impératif ou prohibitif. Les intéressés ont fait un usage correct des possibilités légales, mais pour parvenir en fait à des fins accessoires ou tout à fait extérieures à l'esprit de l'institution. Mais on ne pourrait parler de violation de l'institution du mariage que si ses finalités étaient légalement définies. L'absence de définition légale dans le code permet au contraire toutes les utilisations du mariage⁷⁴⁵.

419. Il faut donc rechercher ailleurs l'élément légal de la fraude. Deux hypothèses s'offrent à notre réflexion :

Il est en premier lieu possible de reconnaître que l'élément légal consiste bien

⁷⁴³ Trib. Gr. Inst. TROYES, 9 novembre 1966, *Libold c./ Decamp*, R.C.D.I.P. 1967, 530, n. Malaurie ; J.D.I. 1968, 705, n. B. Audit.

⁷⁴⁴ 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.

⁷⁴⁵ BOULANGER (F.), « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille », J.C.P. 1993, I, 3665.

dans la violation d'une règle, dans la volonté d'échapper à celle-ci. Mais à ce moment-là, il s'agirait plutôt de la fraude au droit de la nationalité ou à la législation sur la condition des étrangers. Les commentateurs de l'arrêt *Taleb* ont relevé l'existence d'une fraude aux dispositions françaises sur la nationalité, et plus précisément aux règles de conflits de lois dans le temps de la loi du 9 janvier 1973. 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 résulte dès lors une violation des règles de conflits de lois dans le temps de cette loi et l'on se trouve alors bien dans l'hypothèse d'une fraude constituée par une apparence de régularité formelle mais recouvrant une situation irrégulière⁷⁴⁶.

Seulement, 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. Dans l'affaire *Taleb*, les époux ont cherché à échapper aux dispositions transitoires de la loi. Désormais, les intéressés ne cherchent pas à échapper à la loi française, ni même à une loi étrangère. L'élément légal de la fraude semble avoir disparu, à moins de voir dans leurs agissements une violation plus indirecte, qui consisterait à éviter d'utiliser les autres possibilités légales d'obtenir la nationalité française ou un titre de séjour, plus longues et plus aléatoires. Il n'y a pas violation directe d'une disposition de la loi, mais contournement, par une sorte de raccourci, des autres dispositions de cette loi. Mais la violation de ces règles serait moins indirecte lorsque ces possibilités se trouvent fermées, comme lorsque l'étranger tente, par son mariage, d'échapper à une mesure d'expulsion.

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*. Dans les mariages de complaisance, les intéressés ne cherchent pas à éviter la loi, mais visent justement l'application d'une de ses dispositions, comme celle de l'ancien article 37-1 du code de la nationalité (actuel article 21-2, C. civ.).

Il serait donc néanmoins possible, en dépit de la difficulté à le faire, de déterminer un élément légal dans les agissements des « époux ».

c) L'élément intentionnel (la volonté de se servir du droit dans un seul but)

420. La fraude se compose enfin d'un troisième élément : l'intention de fraude

⁷⁴⁶ 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 GUIHO (P.), *D.* 1982, 573.

ou encore « l'intention d'asservir le droit à ses desseins »⁷⁴⁷. C'est l'élément décisif de la fraude. L'article 170 du Code civil oblige le Français qui se marie à l'étranger de faire précéder son mariage des publications en France. Il n'en fait néanmoins une cause de nullité que lorsque les époux « ont entendu faire fraude à la loi française et éluder la publicité prescrite par la loi »⁷⁴⁸.

Au demeurant, faut-il établir que ce dessein, auquel l'opération juridique doit servir, doit être l'unique but de l'opération. L'arrêt *Bauffremont* avait 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 »⁷⁴⁹. Le cas des mariages blancs correspond assez bien à ce schéma, si ce n'est que les intéressés, comme il a déjà été dit précédemment, ne cherchent pas à éluder la loi française. Ils 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.

La suspicion de fraude oblige ainsi à rechercher les mobiles des époux, et donc à distinguer ceux qui sont recevables de ceux qui ne le sont pas.

La condition se heurte néanmoins à une sérieuse difficulté : s'il est envisageable de rechercher les intentions des intéressés, il n'est pas toujours possible de déterminer le caractère exclusif de cette intention. Dans l'affaire *Taleb*, les juges du fond ont apprécié les mobiles ayant inspiré les parties, mais ont estimé qu'il n'y avait pas fraude à la loi dans la volonté de bénéficier des nouvelles dispositions de la loi sur le divorce, puis de celles du code de la nationalité. La Cour de cassation a toutefois refusé de donner effet à la déclaration de nationalité au motif que cet effet avait été frauduleusement recherché. Pourtant, dans cette affaire, les époux n'excluaient pas les autres effets du mariage. La motivation paraît alors contradictoire. Mais comme le souligne M. Bernard AUDIT,

⁷⁴⁷ *Gr. arrêts* n°6.9.

⁷⁴⁸ Civ. 1^{re}, 13 février 1961, *D.* 1961, 349, n. G. Holleaux ; *J.D.I.* 1961, 1094, n. B. G.

L'élément intentionnel apparaît ici aussi important que dans la notion d'abus de droit, sur laquelle reposerait la fraude : MAURY (J.), *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, Universidad de Valladolid, 1952, p. 163. On retrouve l'idée de l'exercice d'un droit véritable mais que l'on détourne de ses finalités initiales en l'agrémentant d'une intention « malhonnête ».

⁷⁴⁹ Civ. 1^{re}, 17 mai 1983, *Société Lafarge*, *R.C.D.I.P.* 1985, 346, n. B. Ancel.

dans sa note⁷⁵⁰, il aurait été plus exact de dire que les fins essentielles du mariage ayant déjà été atteintes par les intéressés lors de leur premier mariage, le remariage n'avait pas d'autre but que le changement de nationalité.

421. *II. La sanction de la fraude.* La théorie de la fraude à la loi reposait jusqu'ici sur une construction jurisprudentielle, et la sanction de la fraude n'était pas nettement définie, hésitant entre la nullité⁷⁵¹ et l'inopposabilité de l'acte frauduleux⁷⁵². Il n'est donc pas certain que la fraude conduise à la nullité de l'opération.

422. Fonder la solution du problème des mariages de complaisance sur la fraude n'est pas chose aisée, tant dans son élément moral que dans son élément légal. Pourtant, le législateur, dans la loi du 24 août 1993, a introduit un nouvel article 190-1 dans le Code civil disposant que « *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* ».

Il a été précisé que cette disposition a été spécialement introduite pour lutter contre les mariages de complaisance, mais qu'elle s'applique à *tous* les mariages, qu'ils soient mixtes ou non⁷⁵³. Cette précision 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 civil⁷⁵⁴. La circulaire indique que l'hypothèse visée à

⁷⁵⁰ AUDIT (B.), note sous *Civ. 1^{re}, 17 novembre 1981, Taleb, J.D.I. 1982, 448.*

⁷⁵¹ BATIFFOL (H.) & LAGARDE (P.), *Traité de Droit international privé*, t. I, 8^e éd., L.G.D.J., 1993, n°375.

⁷⁵² MAURY (J.), *op. cit.*, note 748, p. 167, et NIBOYET (J.-P.), *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, 1944, t. 3, n°1090 ; *Gr.arrêts* n°6.14. La nullité ne pourrait être retenue ; pour l'inopposabilité, il faudrait nuancer : il ne faudrait pas confondre la fraude (second mariage) et le moyen de celle-ci (changement de nationalité). Dans l'arrêt *Bauffremont*, lorsque la cour déclare que les actes faits en fraude à la loi française ne sont pas opposables au prince de Bauffremont, cela ne vise que l'instrument et non le produit.

⁷⁵³ Travaux préparatoires de la loi n°93-1027, *op. cit.*, note 699.

⁷⁵⁴ 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. 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.

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.

423. Nous avons certes précisé que, dans le cas des mariages blancs, il n'y avait pas fraude, dans le sens classique du terme, car il n'y avait pas soustraction directe à la législation française. La particularité de cette situation a été toutefois soulignée : il y a ici *volonté délibérée* de se soumettre à certaines dispositions avantageuses de la loi française. Les intéressés se soustraient par là, indirectement, à loi française sur l'acquisition de la nationalité française et sur le séjour des étrangers en France. Nous sommes donc d'avis que le nouvel article 190-1 du Code civil peut s'appliquer au mariage de complaisance.

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 menacés de suspicion et rappelant que l'article 146 du Code civil permettait déjà de lutter contre les mariages de complaisance⁷⁵⁵.

Il ne nous semble pourtant pas que ce soit un motif suffisant pour en déduire que la nouvelle disposition ne peut pas s'appliquer *aussi* dans le cas où le mariage n'a été contracté que « dans un but étranger à l'union matrimoniale ». A quoi bon, sinon, réserver l'action au conjoint de bonne foi ? Le véritable problème réside sans doute dans le délai dont cette action a été assortie. Le Garde des sceaux n'a peut-être pas souhaité que ce nouveau texte devienne le fondement exclusif de la nullité des mariages de complaisance, auquel cas la marge de manœuvre du Ministère Public aurait été, une nouvelle fois, limitée.

424. La loi française (l'article 190-1, C. civ.) s'appliquerait alors ici de façon immédiate, sans que l'on s'interroge sur la loi applicable à ce cas. Elle devrait donc, le cas échéant, trouver à s'appliquer, même lorsque les deux époux sont de nationalité étrangère. Le nouveau texte semble par ailleurs mettre un terme à la question de la sanction de la fraude : celle-ci, lorsqu'elle est établie, entraîne alors la nullité du mariage, du moins si l'action est intentée dans l'année qui suit sa célébration.

Il a d'ailleurs été récemment fait application de cette disposition, pour dire que

⁷⁵⁵ J.O. Sénat, 10 juillet 1993, p. 2434, et l'intervention de Mme ben Guiga.

l'action en nullité d'un mariage clandestin était soumise à la prescription d'un an⁷⁵⁶. Toutefois, le juge fonde également la nullité de l'union sur l'article 146-1, C. civ., qui créerait, d'après lui, un nouveau cas de clandestinité, ainsi soumis au régime de l'article 190-1. La solution paraît curieuse 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 ! La décision de la Cour d'appel de Paris ne paraît donc pas solidement fondée et, à supposer qu'elle le soit (si la Cour de cassation ne la censure pas), elle réduit alors encore la marge de manœuvre des autorités en matière de lutte contre les mariages de complaisance.

Le résultat contredit partiellement l'interprétation du Garde des sceaux selon laquelle l'article 190-1 ne s'appliquerait pas aux mariages blancs. Comme nous le verrons, l'article 146-1 du Code civil a lui-même été introduit pour lutter contre les détournements de l'institution matrimoniale. Comment dès lors justifier la soumission de ce cas de nullité au régime de l'article 190-1 ? Il apparaît, là encore, que les méthodes utilisées manqueront leurs objectifs principaux si les différentes interprétations qui en sont données vident les nouvelles dispositions de leur sens originel.

d) Le nouvel article 146-1 du Code civil

425. La loi de 1993 a introduit une nouvelle condition de fond au mariage : « *le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence* ». L'exigence est sanctionnée, dans 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.

La règle signifie qu'un Français doit être personnellement présent à son mariage et interdit par-là le mariage par procuration. Cette interdiction semblait cependant acquise du fait que l'on oblige les époux à comparaître devant l'officier d'état civil, lorsque le mariage est célébré en France. Le consentement au mariage doit en effet exister à l'instant même de la célébration. Il faut donc permettre à l'intéressé de renoncer à son projet jusqu'au dernier moment.

426. 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

⁷⁵⁶ Cour d'appel de PARIS, 2 octobre 1997, D. 1997, IR, 231, confirmant la décision des juges de première instance.

transmis à l'officier d'état civil du lieu de célébration⁷⁵⁷. Allant plus loin, on pourrait même considérer que le mariage posthume (article 171, C. civ.) constitue une exception à ce même principe de la présence obligatoire (!). La règle nouvelle, de portée générale, ne devrait pas remettre en cause ces règles spéciales. La précision expresse apportée par la nouvelle disposition paraît dès lors inutile, du moins pour les mariages célébrés en France.

Le rapport de la commission des lois la considère en revanche salutaire pour les mariages célébrés à l'étranger car certains pays admettent le mariage par procuration, ce qui laisse la porte ouverte aux abus, étant donné que le mariage contracté en pays étranger dans les formes usitées dans le pays est valable.

La règle permet désormais de réagir contre une possibilité de mariage à distance entre un sujet français, souvent d'origine étrangère, et un sujet étranger résidant dans le pays d'origine, ce mariage étant conclu dans le but de faire entrer ce dernier sur le territoire français ou de lui faire acquérir la nationalité française.

427. Une première décision a déjà fait application du texte⁷⁵⁸. Il s'agissait d'un sujet français, mais d'origine marocaine qui avait convolé devant deux notaires marocains, par procuration fournie à son propre frère. Le tribunal applique alors l'article 146-1 pour prononcer la nullité du mariage au motif que « *la comparution personnelle de l'époux français à la cérémonie de mariage est désormais une condition de fond de l'union et est régie, en tant que telle, par la loi personnelle de l'intéressé* ».

La règle bouleverse les solutions classiques de notre droit international privé. 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 la conclusion⁷⁵⁹. 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

⁷⁵⁷ 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.

⁷⁵⁸ 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.

⁷⁵⁹ 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 Handschuhehe - Inhalt und Herkunft einer Eheschließungsform », *StAZ* 1992, p. 5.

fond.

428. Ce nouveau classement paraît néanmoins préférable. 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, il est dès lors normal que la question relève de la loi personnelle de l'intéressé, et non de la loi du lieu de conclusion.

Toutefois, l'attendu de la décision est trompeur et semble un peu en contradiction avec le texte de l'article 146-1. Tout d'abord, la rédaction du texte n'est pas bilatérale. Il ne prévoit pas 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 d'une nouvelle condition de fond mais qui n'est applicable qu'au Français. Elle s'apparente ainsi davantage à une règle unilatérale.

Il faut relever en outre le caractère substantiel de la formulation. Présentée comme une nouvelle condition de fond du mariage, elle apparaît néanmoins directement applicable. Ainsi, même si la règle de conflit régissant les conditions de fond venait à changer de rattachement, pour lui préférer, par exemple, celui de la résidence habituelle ou du domicile, l'article 146-1 C. civ., disposition française, s'appliquerait certainement même au Français résidant à l'étranger.

La nullité du mariage de complaisance n'est toutefois pas la seule sanction possible. D'autres solutions, telles que l'inopposabilité, sont envisageables.

B/ L'INOPPOSABILITE DES MARIAGES BLANCS

429. Les affaires *Appietto* et *Taleb* ont fourni l'occasion de s'interroger sur l'opportunité de la sanction posée : l'annulation du mariage fictif entraîne bien entendu la perte automatique de l'effet recherché (sauf, aujourd'hui, pour les effets sur la filiation)⁷⁶⁰, alors que son maintien (en raison de l'existence d'intention matrimoniale véritable, comme dans la deuxième espèce) commanderait au contraire de lui faire produire tous ses effets. Or, il n'est certainement pas souhaitable de laisser sans suite les agissements des intéressés. Ainsi, dans l'arrêt *Taleb*, les juges ont déclaré l'opération inopposable à l'administration après avoir relevé la fraude des époux.

⁷⁶⁰ Article 202 C. civ., si le mariage est annulé en application de la loi française ; voir *infra*, n°562 et suiv.

La sanction la plus adéquate se situe donc sur le plan de l'effet recherché : il suffit d'empêcher qu'il ne se produise. Le changement d'état devient inopposable à l'autorité ou à la personne à laquelle on voulait l'imposer.

Confrontée à un cas de mariage de complaisance, l'Administration le considère comme lui étant inopposable (1). C'est également, dans une certaine mesure, la solution retenue en matière de droit de la nationalité (2) et par le nouvel article 170-1 du Code civil (3). Enfin, la requalification des mariages blancs permet de réorienter le problème (4).

1) Position de l'Administration

430. Avant même la réforme, l'Administration estimait que les mariages de complaisance lui étaient inopposables. Elle ne peut préjuger de la validité du mariage, seul le juge civil ayant ce pouvoir d'intervenir dans le domaine de l'état des personnes. Cependant, la jurisprudence du Conseil d'Etat atténue cette position en permettant depuis longtemps à l'Administration de porter une appréciation sur la validité d'un acte de droit privé, surtout si celui-ci a pour objet « une fraude à la loi ». Le refus par le préfet de délivrer une carte de résident ne porterait pas, d'après les conclusions du commissaire du gouvernement, atteinte à la délimitation de compétence entre l'administration et l'autorité judiciaire, puisque cette décision ne préjuge pas de la nullité du mariage⁷⁶¹.

La jurisprudence du Conseil d'Etat révèle par ailleurs son opposition à la pratique des mariages de complaisance. Il a en effet jugé, dans un avis désormais célèbre du 9 octobre 1992, qu'un préfet avait le droit, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, de refuser une carte de résident à un étranger dont le mariage avec un étranger était manifestement un mariage de complaisance⁷⁶², alors même que le mariage a été régulièrement célébré par l'officier d'état civil et n'a été déclaré nul par aucune décision judiciaire.

Parallèlement à cette attitude de l'administration, le législateur a prévu, en matière de droit de la nationalité, des solutions conduisant également à paralyser l'effet recherché par les époux.

⁷⁶¹ ABRAHAM (R.), « Mariage blanc et délivrance à un étranger d'une carte de résident », *R.F.D.A.* 1993, 175.

⁷⁶² 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. P. Lagarde, *J.C.P.* 1992, IV, 2883, obs. M.C. Rouault ; *D.* 1993, 252, n. Maillard Desgrés du Loû. La haute juridiction a répondu dans le sens où le commissaire du gouvernement, R. ABRAHAM, l'invitait d'aller.

Voir aussi Conseil d'Etat, 2 décembre 1992, Souab, *J.C.P.* 1993, IV, 222 ; *D.* 1993, IR, 11 ; Conseil d'Etat, 13 novembre 1992, Riaz, *D.* 1993, 297, n. V. Haïm. ; Conseil

2) Droit de la nationalité

431. L'effet naturalisant du mariage étant aujourd'hui un des effets les plus couramment recherchés par les « fraudeurs », le droit de la nationalité a été réformé en conséquence. On espère ainsi rendre le mariage blanc moins attractif.

Tout d'abord, le délai minimal exigé avant de pouvoir souscrire la déclaration de nationalité est porté à deux années de vie commune (article 21-2, C. civ.). Par ailleurs, l'enregistrement peut-être contesté par le Ministère Public en cas de mensonge ou de fraude dans un délai de deux ans à compter de leur découverte (article 26-4, al. 2, C. civ.). Il y a par exemple présomption de fraude quand les époux ont cessé la vie commune dans les douze mois suivant l'enregistrement.

Il faut ensuite souligner que la communauté de vie n'est pas la seule condition exigée. Ne pourra acquérir la nationalité française celui qui a été condamné à une peine d'emprisonnement supérieure à six mois sans sursis ou pour crime ou délit constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation ou un acte de terrorisme ; celui qui a fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou d'une interdiction de territoire ; celui dont le séjour en France est irrégulier (article 21-27, C. civ.).

De même, le gouvernement peut s'opposer, par voie de décret en Conseil d'état, à l'acquisition de la nationalité française par le conjoint étranger en cas d'indignité ou défaut d'assimilation (article 21-4, C. civ.).

Toutes ces mesures sont destinées à ne pas accorder trop facilement le bénéfice de la nationalité française, quelle que soit la position adoptée à propos de la validité du mariage. Mais si la nullité du mariage a été déclarée, par une autorité française ou étrangère, elle rend la déclaration de nationalité caduque pour le conjoint de mauvaise foi (article 21-5, C. civ., ancien article 42 du Code la nationalité).

Par ailleurs, le nouvel article 170-1 du Code civil permet lui aussi, dans une certaine mesure, d'empêcher qu'un mariage blanc ne produise certains effets.

3) Le nouvel article 170-1 du Code civil

432. Une ultime et nouvelle disposition, l'article 170-1, C. civ., relatif à la transcription des actes de l'état civil dressés à l'étranger, constitue aussi une façon de s'opposer aux mariages détournés mais plus particulièrement de se prémunir contre ceux qui auraient été conclus à l'étranger.

« Lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer qu'un mariage célébré à l'étranger encourt la nullité au titre des articles 184, 190-1 ou 191, l'agent

d'Etat, 11 décembre 1992, Arokeum, J.C.P. 1993, IV, 502.

diplomatique ou consulaire chargé de transcrire l'acte en informe immédiatement le Ministère Public et sursoit à la transcription.

Le Procureur de la République se prononce sur la transcription. Lorsqu'il demande la nullité du mariage, il ordonne que la transcription soit limitée à la seule fin de saisine du juge ; jusqu'à la décision de celui-ci, une expédition de l'acte transcrit ne peut être délivrée qu'aux autorités judiciaires ou avec l'autorisation du Procureur de la République.

Si le Procureur de la République ne s'est pas prononcé dans un délai de six mois à compter de sa saisine, l'agent diplomatique ou consulaire transcrit l'acte ».

433. L'article 509 de l'Instruction générale relative à l'état civil précise par ailleurs que l'officier d'état civil consulaire ne peut refuser la transcription d'un acte étranger concernant un Français. Cependant, si la validité de l'acte au regard du droit français paraît suspecte, il doit le signaler au service central de l'état civil qui informera le Procureur de la République à qui il appartiendra d'apprécier s'il y a lieu de saisir la juridiction compétente, notamment aux fins d'annulation de mariage.

Le nouvel article 170-1 confirme cette procédure en matière d'actes de mariage, tout en retenant des modalités différentes de mise en œuvre : sont visés les actes relatifs à un mariage célébré à l'étranger lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer que ce mariage encourt la nullité au titre des articles 184 (conditions d'âge des époux, absence de consentement, bigamie, liens de parenté ou d'alliance) ou 190-1 (fraude à la loi) ou 191 (mariage clandestin ou célébré en l'absence de l'officier d'état civil compétent). L'agent diplomatique sursoit à la transcription et informe le Procureur de la République, qui pourra ainsi demander la nullité du mariage⁷⁶³. Posé pour lutter contre la fraude⁷⁶⁴, ce mécanisme s'étend aussi à tous les autres cas de nullités.

L'article 15 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, modifiée, prévoit également la transcription préalable obligatoire de l'acte de mariage d'un étranger avec un conjoint français lorsque ce mariage est invoqué pour la délivrance de plein droit de la carte de résident.

434. Il ne s'agit pas ici entièrement d'une remise en cause de l'article 47 du Code civil, puisque l'on peut considérer que l'acte instrumentaire n'est pas

⁷⁶³ Travaux préparatoires de la loi n°93-1027, *op. cit.*, note 699.

⁷⁶⁴ 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.

critiqué. C'est le *negotium* qui est ici suspecté. Il s'agit néanmoins de l'introduction d'une nouvelle exigence formelle à la reconnaissance d'effets, en France, aux mariages célébrés à l'étranger (notamment pour l'obtention d'un titre de séjour).

Ainsi, certains instruments protègent l'administration contre les mariages détournés en permettant de les rendre inopposables à celle-ci, sans nécessairement préjuger de leur nullité qui, parfois, ne pourra plus être demandée. En matière de nationalité, la fraude permettra par exemple de remettre en cause la déclaration enregistrée, dans les deux ans de la découverte, alors que, sur le même fondement, la nullité ne peut être demandée que dans l'année du mariage (article 190-1, C. civ.).

Dans la lutte contre les mariages blancs, d'autres propositions ont enfin été avancées. L'ultime « inopposabilité » des mariages de complaisance consisterait en effet à ne pas qualifier ces unions de « mariage », ce qui réorienterait le problème.

4) Réorientation du problème : la qualification des mariages blancs

435. Le mariage serait indépendant de toute référence à la cause car les obligations qui naissent du mariage sont légales. Mais la cause catégorisante du mariage est constituée par l'existence d'une vie maritale envisagée. Si ce contenu fait défaut, ce n'est pas en raison de l'absence de consentement mais de l'élément permettant de qualifier l'acte de mariage. Le mariage de complaisance serait bien un contrat, mais non pas un mariage et c'est alors la qualification même de mariage qui serait touchée⁷⁶⁵. On a fait par ailleurs remarquer qu'en cette matière, les tribunaux ne recherchaient pas la loi applicable à la relation et appliquent directement la loi française. Ce serait là aussi le signe d'un raisonnement en termes de qualification, car un tel stratagème mettrait en jeu la conception même du mariage⁷⁶⁶.

Un exemple en serait donné dans l'affaire *Cousin de Lavallière* où la Cour de cassation a refusé le bénéfice du mariage putatif à deux sœurs, mariées selon le rite local de la Guinée française avec un Français, au motif qu'elles n'envisageaient pas un mariage légitime ni la fondation d'une famille au sens de la loi française⁷⁶⁷. Les deux femmes s'étaient conformées au seul rite matrimonial

⁷⁶⁵ HAUSER (J.) & HUET-WEILLER (D.)†, *La famille. Fondation et vie de la famille*, L.G.D.J., 2^e éd., 1993, n°288.

⁷⁶⁶ FADLALLAH (I.), *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz, 1977, n°16 et suiv.

⁷⁶⁷ NÎMES, 17 juin 1929, Cousin de Lavallière, S. 1929, 129, n. Solus ;

qu'elles connaissaient, mais d'après les juges - qui ne mettaient pourtant pas en doute la bonne foi des intéressées -, elles avaient poursuivi d'autres fins que celles d'un mariage. En l'absence de mariage, le bénéfice du mariage putatif ne pouvait donc être accordé.

436. La solution serait sans doute différente aujourd'hui en raison de l'intégration des unions polygamiques dans la catégorie des mariages. Mais le point de départ du raisonnement semble le même : il s'agit de protéger la conception française du mariage. Par conséquent, le caractère le plus choquant des mariages simulés provient de ce qu'ils ne sont pas *conçus* comme des mariages.

Ce concept de mariage devrait apparaître à tous les stades du raisonnement conflictuel. Son utilisation doit non seulement conduire à identifier la règle de conflit, selon la loi du for, mais elle doit aussi être utilisée pour l'application de la loi ainsi désignée. On demande alors à la *lex causae*⁷⁶⁸ de définir l'institution considérée. On trouve un exemple jurisprudentiel de cette démarche dans une décision récente de la Cour de cassation belge où, pour l'application de la loi étrangère désignée pour régir les conditions de fond d'un mariage, en l'occurrence la loi marocaine, le juge s'interroge sur la conception marocaine du mariage, pour déclarer nul le mariage contracté afin d'obtenir un titre de séjour en Belgique⁷⁶⁹.

Conclusion du chapitre 2

437. On retrouve ainsi, parmi toutes les fins du mariage, celles qui sont

R.T.D.Civ. 1929, 1069, obs. Gaudemet, et Req., 14 mars 1933, Cousin de Lavallière, *S.* 1934, 1, 161, rapport Pilon, n. Solus ; *R.T.D.Civ.* 1933, 452, n. G. Lagarde. Voir également FADLALLAH (I.), *op. cit.*, note 766, n°18 et suiv. Voir aussi Raymond, note sous l'arrêt *Appietto*, *D.* 1964, 465.

⁷⁶⁸ On procède, en fait, à une qualification « en sous-ordre » ou « secondaire », ainsi dénommée parce qu'elle ne détermine pas la loi applicable.

⁷⁶⁹ Cour de cassation de Belgique (1^{re} Ch.), 23 février 1995, *R.C.D.I.P.* 1996, 305, n. M. Fallon : « *Après avoir décidé, sans être critiquée sur ce point, que la loi nationale des parties régit les conditions de validité au fond du mariage qu'elles ont contracté, la Cour d'appel fait correctement application de la loi marocaine en déclarant nul le mariage contracté par un Marocain et une Marocaine au motif que l'un d'entre eux au moins n'avait pas adhéré à l'institution du mariage, telle qu'elle est définie à l'article 1^{er} de la Mudawwana, et avait consenti au mariage, non en vue de créer un foyer, mais à seule fin de faciliter son séjour en Belgique* ». Notons toutefois que la tâche du juge a été ici facilitée par l'existence, dans la loi marocaine, d'une définition du mariage, ce dont la plupart des législations occidentales ne disposent pas.

indispensables à l'identification de l'union matrimoniale. Seules celles concernant la famille, la constitution d'un foyer, semblent se suffire à elles-mêmes. Si une fin juridique est entièrement détachable de l'institution familiale proprement dite, on ne voit pas de véritable mariage dans l'union considérée⁷⁷⁰. Le mariage serait alors inexistant.

Cependant les moyens actuels de lutte contre les mariages de complaisance sont inefficaces, cette inefficacité tenant avant tout aux fondements utilisés pour déclarer leur nullité. Le moyen est d'autant moins efficace qu'il sert aussi de fondement au droit de former opposition.

Une nullité fondée sur la fraude (telle qu'elle a été entendue) serait mieux venue, à la condition de ne pas enfermer l'action dans le délai d'un an et de ne pas la limiter au Ministère Public et à l'époux de bonne foi. La fraude aurait en outre l'avantage d'être plus facilement établie⁷⁷¹, avant le mariage, que l'absence de consentement. Elle serait dès lors plus propice à motiver un opposition.

Le maintien d'une nullité fondée sur la violation de l'article 146 du Code civil ne se justifierait que sous réserve d'une réinterprétation ou d'une reformulation de la disposition.

On pourrait par exemple proposer l'adjonction d'un alinéa 2 à l'article 146 du Code civil, ainsi rédigé : « *L'existence du consentement dans le mariage s'entend de l'intention sincère de constituer une alliance, de vivre en commun et de fonder une famille dont les époux assumeront ensemble la charge* ». La sélection s'appuierait davantage sur l'existence d'une intention matrimoniale que sur la distinction se référant au 'résultat étranger' à l'institution matrimoniale. Le fondement de la nullité des mariages de complaisance deviendrait alors plus clair, puisque, dans ce type de mariage, l'effet recherché n'est jamais étranger à l'institution matrimoniale.

438. Les moyens utilisés ne permettent pas toujours ensuite d'assurer une union « librement consentie, entre deux personnes, de sexe différent... ». Là encore, les fins 'non-civiles' du mariage permettront l'identification et le respect de l'union. Une réorientation des méthodes existantes paraît ainsi utile.

⁷⁷⁰ Voir, par exemple, Trib. civ. MELUN, 20 janvier 1954, *Gaz. Pal.* 1954, 1, 272 ; *D.* 1954, somm. 53 ; *J.D.I.* 1954, 954, n. Salielli, qui annule la mariage contracté uniquement dans le but de faire acquérir la nationalité et *non celui de fonder un foyer*.

⁷⁷¹ On peut faire ici référence aux 'indices sérieux' contenus dans l'article 175-2, C. civ.

Conclusion des sous-titre 2 & titre 1

439. L'absence de rôle véritablement décisionnel de l'autorité célébrante vient renforcer le caractère privé de la célébration du mariage. Le mariage est devenu solennel, l'union des sexes s'est formalisée et pourtant, l'officier d'état civil n'a qu'une compétence liée pour célébrer le mariage. En l'absence d'opposition régulièrement formée, il se borne, en quelque sorte, à enregistrer les déclarations des intéressés. Conjugué à la déformalisation des unions, c'est le caractère consensuel du mariage qui est finalement porté sur le devant de la scène. Cela implique aussi qu'une plus grande place soit accordée à la volonté individuelle dans la célébration de l'union. La nécessaire liberté matrimoniale, liberté publique à valeur constitutionnelle, vient neutraliser, ou limiter, le champ d'action de l'autorité étatique.

Ce n'est qu'une fois célébré que le mariage revêt son caractère institutionnel. Il convient, alors, de vérifier que les époux ont pleinement adhéré à l'institution. Or, ce contrôle ne peut être véritablement mené que plus tard, puisque l'intention des époux ne peut être contrôlée le jour de la célébration, ce qui suppose toutefois que les éléments irréductibles de l'institution soient clairement posés, tant sur le plan interne qu'international. Au-delà de la qualification de la célébration du mariage, c'est ici la qualification même de l'union qui est en jeu.

440. Les méthodes de droit international privé gouvernant les conditions de la célébration du mariage sont remises en question car artificielles et de surcroît impuissantes à réaliser les principaux objectifs de l'institution. Elles font dès lors apparaître un sensible affaiblissement de l'intensité du caractère 'public' du mariage qui avait été mise en évidence précédemment, l'autorité célébrante n'étant pas un organe décisionnel. Mais elles justifient une qualification de la célébration du mariage différente de celle que donne le droit positif. Il convient dès lors de tenir compte des évolutions que l'institution a connues ces dernières années, et d'adapter les règles en conséquence en en proposant une réorientation. La conséquence principale de cet enseignement conduit au maintien de la méthode conflictuelle pour régir les conditions du mariage en droit international privé, ce qui exclut le recours à la méthode du conflit d'autorités, en dépit de son caractère séduisant⁷⁷². L'ensemble nécessite, au demeurant, une revalorisation générale des méthodes gouvernant la célébration du mariage en droit international privé.

⁷⁷² Les solutions retenues en matière de nullité du mariage confirment d'ailleurs le recours à la méthode conflictuelle. Voir *infra*, n°533 et suiv.

- Titre 2 -

CONSÉQUENCES DE LA CRITIQUE DES MÉTHODES RÉGISSANT LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

441. Les méthodes régissant actuellement la conclusion du mariage sont insuffisantes et insatisfaisantes. On a notamment dénoncé leur absence de neutralité, leur hypocrisie et leur inefficacité générale à servir les fondements de la règle. Il faut dès lors tenter de les revaloriser.

Il faut tenir compte, à cette fin, des conclusions auxquelles ont abouti les discussions relatives à la nature de la célébration du mariage. Les développements qui précèdent ont confirmé qu'elle relevait finalement du *fond* de l'institution⁷⁷³ et qu'elle constituait, en dépit d'une intervention étatique marquée, un acte *privé*. Ces éléments sont essentiels à la recherche de solutions nouvelles ou à la justification du maintien de solutions anciennes.

Le maintien de la méthode des conflits de lois en matière de mariage commande néanmoins un réaménagement des solutions. Il s'agit, à nouveau, de déterminer la loi applicable à la célébration du mariage (sous-titre 1). Il conviendra ensuite de pousser ces solutions jusqu'à leur terme, c'est-à-dire de réfléchir à la question de la sanction des droits (sous-titre 2).

⁷⁷³ Cette affirmation est d'autant plus certaine que l'union des sexes s'est déformalisée. Le mariage étant devenu « facultatif », il devient, pour ceux qui choisissent de consacrer ainsi leur union, civilement ou religieusement, le fondement même de cette union. La catégorie « forme » reste alors réservée aux formalités 'administratives' de la conclusion de l'acte.

Sous-Titre 1

NOUVELLE DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE À LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

442. La classification de la célébration du mariage dans la catégorie des conditions de fond de l'institution entraîne, pour première conséquence, dans la recherche de la loi applicable à la validité de l'union, la compétence de principe de la loi personnelle des futurs époux (chapitre 1).

Toutefois, bien que la distinction entre le fond et la forme soit ainsi diluée, la soumission des conditions de formation du mariage à une loi unique semble difficile. Un des moyens de rester en conformité avec la nouvelle qualification de l'union serait, dès lors, de restituer à la règle *Locus Regit Actum* son caractère facultatif (chapitre 2).

Chapitre 1

COMPÉTENCE DE PRINCIPE DE LA LOI PERSONNELLE DES INTÉRESSÉS À RÉGIR LES CONDITIONS DU MARIAGE

443. La classification de la célébration du mariage dans la catégorie des conditions de fond entraîne la soumission de l'ensemble des conditions de formation du mariage à la loi nationale des futurs époux (section 1).

Ce rattachement rencontre cependant un certain nombre de limites qui incitent à proposer un autre critère, celui de la résidence habituelle (section 2).

Section 1

Le rattachement à la nationalité et ses conséquences

444. Si l'on classe la célébration du mariage parmi les conditions de fond du mariage, il faut logiquement en déduire qu'elle sera rattachée à la loi nationale. C'est cette loi qui dira de quelle façon la volonté des futurs époux de contracter mariage sera exprimée. La *lex loci celebrationis* n'aurait qu'une compétence résiduelle pour régir les quelques formalités purement administratives et instrumentaires (par exemple la production d'un acte d'état civil, l'exigence de remplir certains formulaires, la rédaction d'un acte de mariage). La conséquence principale de la réduction de la distinction entre le fond et la forme serait de supprimer les conflits de qualification (§ 1). La proposition n'en présente pas moins quelques inconvénients (§ 2).

§ 1 : Disparition apparente des conflits de qualification

445. Si les conditions de fond et les conditions de forme, telles qu'elles étaient comprises jusqu'ici, sont régies par la même loi, les conflits de qualification seront *a priori* supprimés puisque cela conduit à respecter les exigences des systèmes étrangers.

446. Mais on se demande ensuite si l'argument reprochant à la solution *Caraslanis* d'engendrer des unions boiteuses pèse autant aujourd'hui qu'autrefois. Il est certes d'un assez grand intérêt théorique, mais existe-t-il encore aujourd'hui des législations qui, à l'instar des anciennes lois grecque et espagnole, exigent impérativement de leurs nationaux qu'ils observent la forme prescrite par la loi confessionnelle dont ils dépendent, même lorsqu'ils se marient hors de leur pays ?

Il existait jusqu'à une époque récente une véritable incompatibilité entre la conception française et celle de pays tels que l'Autriche-Hongrie, la Russie (avant la Première Guerre mondiale), l'Espagne et la Grèce⁷⁷⁴. La proximité géographique favorisant les échanges, c'est surtout avec ces pays que les problèmes se sont posés et que les discussions sont nées. Mais depuis, par exemple, les lois du 7 juillet 1981, pour l'Espagne, et du 5 avril 1982, pour la Grèce, qui ont introduit le mariage civil et laïque, le problème ne se pose certainement plus de la même façon. Ces Etats laissent à présent le choix entre la forme religieuse ou la forme civile (articles 13 et 1367 du Code civil grec et article 49 du Code civil espagnol). Ceci supprime alors tout conflit entre nos systèmes et le leur.

Il reste néanmoins quelques pays où le mariage est un acte nécessairement religieux. Il s'agit notamment de l'Egypte, du Liban, de la Syrie, où chacun est régi par sa loi religieuse. Les Républiques de Saint-Marin et d'Andorre, et enfin la Cité du Vatican ne connaissent que le mariage religieux obligatoire⁷⁷⁵. Mais... leurs exigences s'arrêtent en principe aux frontières de leur territoire⁷⁷⁶. Leurs

⁷⁷⁴ Pour une liste des pays admettant ou n'admettant pas le seul mariage religieux, voir MESTRE (J.), « Le mariage en droit international privé. Conditions de fond », *J.-Cl. Dr. int.*, fasc. 546 A, 1992, n°101.

⁷⁷⁵ Voir aussi : DROZ (G.), *op. cit.*, note 776.

⁷⁷⁶ On peut néanmoins signaler le Code Jordanien, imposant le mariage religieux, lorsque l'un des conjoints est musulman ; l'article 20 de la loi tchèque sur le droit international privé et l'article 6 al. 3 de la loi albanaise du 24 novembre 1964 qui, elles, imposent une cérémonie civile ; voir : DROZ (G.), « Regards sur le droit international privé comparé », *R.C.A.D.I.* 1991, IV, pp 13-424, n°134.

règles de droit international privé admettent la forme civile lorsque le mariage a lieu à l'étranger, car ils ne font pas forcément de cette obligation une condition de fond.

Face à de telles exigences émanant d'un législateur étranger, on s'est empressé, en 1955, de dire que ces règles étaient des règles de forme, soumises par-là même à la *lex loci celebrationis*, alors qu'il s'agissait à l'évidence de règles de fond. Si donc il n'existe plus de législations imposant le mariage religieux, quand le mariage est célébré hors de leur territoire, il n'est peut-être plus utile de distinguer la forme du fond⁷⁷⁷.

447. Les problèmes de qualification subsisteront néanmoins et seront déplacés de la question du mariage religieux vers celle du concubinage. Il ne s'agit plus de savoir s'il faut classer l'exigence de célébration (religieuse ou laïque) dans la catégorie forme ou la catégorie fond, pour en apprécier la validité, mais de savoir si l'union litigieuse relève de la catégorie mariage ou d'une autre catégorie. Telle est ici la conséquence de la déformalisation de l'union des sexes en droit international privé. Les problèmes surgissent du fait que les éléments et critères de distinction entre mariage et concubinage sont de plus en plus flous, que certains systèmes reconnaissent des mariages là où nous ne voyons qu'une union libre, voire pas d'union du tout, difficulté amplifiée du fait que l'extériorisation « formalisée » du consentement n'est plus le signe distinctif du mariage⁷⁷⁸. Mariage et concubinage se rejoignent dès lors tant sur la forme que sur le fond.

Cette situation n'est pas à confondre avec celle des systèmes connaissant encore l'institution purement religieuse, comme Chypre, les communautés israélites ou chrétiennes du Proche-Orient, les pays de droit musulman, car ils admettent le plus souvent le mariage à l'étranger en la forme locale.

⁷⁷⁷ Un certain nombre d'auteurs, à une époque où pourtant les lois précitées imposaient encore le mariage religieux à leurs nationaux, se sont vivement interrogés sur le bien-fondé de la distinction fond-forme en matière de mariage : allocution du Conseiller HOLLEAUX, *T.C.F.D.I.P.* 1955-57, à propos de la communication du doyen BATIFFOL, « L'instruction générale sur l'état civil du 21.09.1955 », p. 58 ; TOUATI (M.), *Le caractère religieux de la formation du mariage en droit international privé*, thèse Paris, 1963, not. n°107 ; DELAPORTE (V.), *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse Paris I, 1974.

Plus récemment : DEPREZ (J.), « Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques », *R.C.A.D.I.* 1988, vol. 211, pp. 9-372, not. n°151. Il reconnaît aussi qu'il existe des liens étroits entre la forme et le fond, mais que l'essentiel du débat se situe dans le caractère impératif de la forme civile et non dans l'opposition factice des deux catégories. L'auteur propose en fait de redonner à la règle son caractère facultatif ; cf. aussi : CLUZEL (G.), « Le mariage et le divorce confessionnels des étrangers en France », *J.D.I.* 1909, 1, not. p. 24 et suiv., mais qui, lui, n'admet pas la confusion entre le fond et la forme.

⁷⁷⁸ Voir *supra*, n°208 et suiv.

Or, tant que les deux institutions ne produisent pas les mêmes effets, ni en droit interne, ni en droit international privé (car soumis à des rattachements différents, et donc des lois différentes), les problèmes de qualification peuvent resurgir. Il redevient alors nécessaire, pour le juge, de déterminer s'il est réellement en présence d'un mariage au sens des conceptions françaises. Le domaine de « friction » sera certainement celui des concubinages enregistrés et mariages de *Common Law*, entre lesquels la frontière est si difficile à établir⁷⁷⁹.

448. Une difficulté plus grande surgit par ailleurs de la comparaison avec les droits étrangers. Si, en effet, les systèmes qui exigeaient une célébration religieuse ont adhéré aujourd'hui au principe laïque, la plupart des législations étrangères classent désormais la célébration du mariage dans la catégorie forme et la soumettent à la compétence de la loi locale tout en continuant à faire régir les conditions de fond par la loi nationale. L'utilisation uniforme du rattachement à la loi nationale, pour toutes les conditions du mariage, conduirait alors aux mêmes impasses qu'autrefois, mais de façon inversée, du fait de la différence de classement de la célébration du mariage selon les systèmes. Le rattachement présente ainsi un certain nombre de limites.

§ 2 : Limites du rattachement a la loi nationale

449. Justifié au départ par l'idée de permanence du statut personnel, et de l'existence de conditions qui pourraient être trop facilement éludées par la célébration dans un pays tiers⁷⁸⁰, le rattachement des conditions de fond du mariage à la nationalité n'est plus satisfaisant et ce, à divers titres : d'une part il ne localise plus nécessairement l'union (A) et manque d'effectivité (B) ; il permet d'autre part la conclusion de tout type d'union (C) et, enfin, il reste parfois difficile à mettre en œuvre, notamment en cas de pluralité de nationalités (D).

⁷⁷⁹ Si les rattachements étaient les mêmes, elle pourrait ne se poser que sur le plan de la qualification secondaire, la loi désignée étant chargée de déterminer de quel type d'union il s'agit.

⁷⁸⁰ BOULANGER (F.), *Droit civil de la famille*, tome I, *Aspects internes et internationaux*, Economica, 2^e éd., 1992, n°168, p. 205, *in fine*.

A/ LOCALISATION INSATISFAISANTE DU RAPPORT DE DROIT

450. Le critère ne convient plus, en premier lieu, à l'image actuelle de notre société. La France est un pays d'immigration, où quelques millions d'individus de nationalité étrangère demeurent, dont certains depuis fort longtemps ou pour longtemps. La plupart n'obtiendront jamais la nationalité française : certains ne souhaiteront pas l'acquérir, afin de profiter à la fois des avantages de la loi de la résidence et de ceux qu'offre encore, grâce aux rattachements du droit international privé, leur loi nationale ; d'autres subiront cette situation car les règles du droit français en la matière sont devenues très strictes. En tout état de cause, ce rattachement ne favorise pas l'intégration⁷⁸¹, et permet encore, par exemple, à un Marocain résidant en France de profiter d'un bref séjour dans son pays pour répudier sa femme, en conformité de la loi applicable selon notre règle de conflit.

451. Le rattachement à la loi nationale, ensuite, pêche par manque de réalisme. On donne par exemple à celle-ci le soin de déterminer les personnes qui peuvent faire opposition au mariage. Or, les personnes ainsi désignées ne sont pas forcément celles du milieu dans lequel vit le futur époux et ne sont donc pas forcément à même de dire s'il existe réellement un empêchement à mariage.

Ce rattachement ne localise pas le siège du rapport de droit. C'est désormais son principal défaut.

452. L'application généralisée de la loi nationale n'apporterait ensuite aucune solution nouvelle au problème, par exemple, de la protection pleine et entière du consentement car il n'y aurait pas de contrôle par l'autorité française, et on a vu, de toutes les façons, que le contrôle ne portait pas sur ce point⁷⁸². Le recours à l'ordre public serait insuffisant. Fondée sur la distinction entre effet plein et effet atténué de l'ordre public, on a souligné à quel point la méthode ne rendait plus compte de la quasi-ubiquité que permet aujourd'hui le développement des transports internationaux⁷⁸³. Le correctif manque alors sa cible.

453. C'est pourquoi, toutefois, on se dirige à présent, de plus en plus

⁷⁸¹ Voir, notamment, HAUT CONSEIL À L'INTÉGRATION, *L'intégration à la française*, coll. 10/18, 1993, p. 65-66.

⁷⁸² Cf. *supra*, n°323 et suiv.

⁷⁸³ *Gr. arrêts* n°31-32, n°6.

fréquemment, vers la conception allemande de *Inlandsbeziehung*, ou d'ordre public de « proximité », qui trace la frontière de l'intervention de l'ordre public en fonction des liens de la situation avec le for, et non exclusivement en fonction du moment et du lieu de constitution de la situation. On trouve quelques exemples jurisprudentiels français de ce mécanisme dans des domaines assez variés, en matière de divorce⁷⁸⁴, de filiation⁷⁸⁵, mais aussi en matière de polygamie⁷⁸⁶.

La proximité avec la société française se mesure généralement à la nationalité française ou au fait que l'intéressé a son domicile ou sa résidence habituelle en France. Chacun de ces éléments suffit en principe à établir un lien caractérisé, et direct, avec le for français, même si tous les autres éléments sont localisés à l'étranger. Cet ordre public circonstancié présente en outre un certain nombre d'avantages ; il apporte une réponse du for « mieux dosée » face à des unions jugées choquantes et il permet une 'relocalisation' du rapport de droit⁷⁸⁷. Il rencontrera néanmoins des limites si, par exemple pour la question du consentement, l'individu n'a ni nationalité française ni résidence en France et que l'on demande ensuite en France à faire produire des effets à l'union ainsi conclue.

B/ MANQUE D'EFFECTIVITÉ DU RATTACHEMENT

454. Le rattachement à la nationalité est également source de discrimination et parfois d'ineffectivité.

Les conséquences en ont d'ailleurs été tirées, en matière de protection des

⁷⁸⁴ Civ. 1^{re}, 1^{er} avril 1981, *De Itturalde de Pedro*, J.D.I. 1981, 812, n. D. Alexandre.

⁷⁸⁵ Civ. 1^{re}, 10 février 1993, D. 1993, IR, 60 ; R.C.D.I.P. 1993, 620, n. Jacques Foyer ; J.D.I. 1994, 124, n. I. Barrière-Brousse ; D. 1994, 66, n. J. Massip ; D. 1994, somm., 32, obs. E. Kerckhove.

⁷⁸⁶ Civ. 1^{re}, 6 juillet 1988, *Baaziz*, R.C.D.I.P. 1989, 71, n. Y. Lequette. Il a été décidé que l'ordre public international s'opposait ici à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci.

⁷⁸⁷ Sur l'évolution du jeu de l'ordre public, voir : LIBCHABER (R.), « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 65. L'auteur ajoute que lorsque l'exception d'ordre public est le support des objectifs législatifs du for, il est difficile de dissocier l'ordre public de la loi d'application immédiate, et se demande si la méthode des lois d'application immédiate ne gagnerait pas à être avouée. Il est vrai que, dans ce cas, surtout si seuls les nationaux ou ceux qui résident sur le territoire sont concernés, il y a une certaine hypocrisie à rester sur le terrain de l'ordre public. Il apparaît toutefois que le recours à l'exception d'ordre public est plus respectueux de l'application des lois étrangères et du fonctionnement régulier des conflits de lois.

incapables, dans la Convention de La Haye de 1961. La loi de la résidence habituelle est celle qui est susceptible d'apporter une protection plus effective et donc plus efficace car elle coïncidera avec les règles de procédure⁷⁸⁸. Il serait d'ailleurs impensable que des mineurs de nationalité étrangère, mais résidant sur le même territoire, soient soumis à des régimes différents et reçoivent une protection inégale. Il a d'ailleurs été affirmé qu'un rattachement au domicile ou à la résidence s'harmonisait mieux avec le principe européen fondamental de non-discrimination à raison de la nationalité⁷⁸⁹.

Par ailleurs, si la célébration est régie par la loi nationale, seuls les étrangers bénéficieront de la possibilité de conclure leur mariage autrement que devant l'officier d'état civil. Le Français, religieux pratiquant, aurait peut-être quelque difficulté à comprendre la discrimination ainsi faite.

Il est possible d'avancer, enfin, que la nationalité, critère d'allégeance à un Etat donné, convenait parfaitement au siècle dernier, et allait de pair avec la conception patriarcale de la famille⁷⁹⁰. En effet, soit une prépondérance était accordée à la loi nationale du mari, soit les règles en matière de droit de la nationalité conduisaient réellement à une seule et unique nationalité puisque, par exemple, à une certaine époque, la femme mariée prenait automatiquement la nationalité de son mari et perdait son allégeance initiale.

Le principe d'égalité des sexes est venu balayer cette unicité et il faut reconnaître que l'idée d'allégeance et de souveraineté s'est quelque peu affaiblie, ou du moins, ne s'exprime plus vraiment de la même façon. L'Etat affirme désormais sa souveraineté davantage par le recours à la méthode des lois de police, par exemple, qu'au moyen du rattachement à la nationalité⁷⁹¹.

⁷⁸⁸ Selon les articles 1 et 2 de la Convention, les autorités judiciaires de l'Etat de la résidence habituelle du mineur sont compétentes pour les mesures nécessaires à la protection du mineur, sauf si un rapport d'autorité résulte de plein droit de la loi interne de l'Etat dont le mineur est ressortissant (article 3). Une décision récente a fait application de la loi française, loi de la résidence habituelle de l'intéressé, qui avait plusieurs nationalités étrangères : Civ. 1^{re}, 17 décembre 1996, *J.C.P.* 1997, IV, 309.

⁷⁸⁹ MASMEJAN (D.), *La localisation des personnes physiques en droit international privé*, Lausanne, 1994, p. 232.

⁷⁹⁰ MASMEJAN (D.), *op. cit.*, note 789, p. 235.

⁷⁹¹ Voir aussi : LA PRADELLE (de GEOUFFRE de) (G.), « Nationalité française, extranéité, nationalités étrangères », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, 1990, n°20-25, et n°43, où l'auteur dénonce une perte de la notion de nationalité, et critique par ailleurs la prise en compte unique de la nationalité du for lorsque celle-ci est en cause.

C/ INEFFICACITÉ CONTRE LA CONCLUSION D'UNIONS

CHOQUANTES : L'EXEMPLE DE LA POLYGAMIE

455. La compétence générale de la loi nationale conduirait ensuite non seulement à devoir reconnaître, en France, des effets à toutes les unions, mais encore à la possibilité de conclure, sur notre territoire, des unions polygamiques. Si la célébration a lieu selon les modes de la loi nationale, alors les autorités françaises ne peuvent exercer aucun contrôle. On pourrait toutefois, mais plus tard, au terme d'une action en nullité, annuler le mariage sur le fondement de la loi française, évinçant la loi étrangère normalement compétente, par le jeu de l'effet plein de l'ordre public.

Or, nous avons déjà vu que le jeu de l'ordre public n'est pas toujours pleinement satisfaisant pour protéger l'épouse de statut monogamique. Si en effet le mariage a été célébré sans fraude à l'étranger, conformément à la loi applicable, le correctif de l'ordre public n'est plus d'un très grand secours pour remédier à la polygamie passive.

456. C'est la raison pour laquelle plusieurs systèmes ont été proposés pour tenter de faire face à ce qu'il y a de plus choquant dans ce type d'union⁷⁹², notamment que l'interdiction ou non de la polygamie soit déduite de la loi des effets du premier mariage⁷⁹³. Si celle-ci désignait la loi d'un pays qui n'admet pas la polygamie, le deuxième mariage serait nul. Satisfaisante *a priori*, la solution se heurte au cas où les époux, de nationalité différente, sont domiciliés dans un pays qui admet la polygamie. Le mari pourrait alors épouser une deuxième femme, même si la première est de statut monogamique.

On a offert en retour de faire appel à la loi du lieu de célébration : lorsque le premier mariage a été célébré dans un pays qui ignore la polygamie, le mariage est monogamique⁷⁹⁴. On se rapproche ici du système anglais qui interdit, sur son territoire, la célébration de toute union potentiellement polygamique (c'est-à-dire contractée avec une personne dont la loi personnelle autorise la polygamie), avec

⁷⁹² Voir aussi : MONEGER (F.), « Les musulmans devant le juge français », *J.D.I.* 1994, 345.

⁷⁹³ FADLALLAH (I.), *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz, 1977, n°195 et suiv. Les rattachements conduisent ici à : 1°) la loi nationale commune des deux époux ; 2°) à défaut de nationalité commune, à la loi du domicile commun ; 3°) à défaut de domicile commun, à la loi du for ; MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°550.

⁷⁹⁴ BISCHOFF (J.-M.), « Le mariage polygamique en droit international privé », *T.C.F.D.I.P* 1980-1981, II, p. 91.

cette réserve que le mariage avec une telle personne ne serait pas interdit car ce serait contraire au principe de liberté matrimoniale ; seulement, le lieu de célébration déterminerait ici le statut matrimonial des époux. Mais, en dehors du caractère fortuit que l'on oppose souvent à ce rattachement, le problème est le même que le précédent si une Française se marie, par exemple, au Maroc.

Il a également été récemment préconisé, partant de l'exemple de certains pays qui permettent aux époux, au moment de leur mariage, de choisir entre un statut monogamique ou polygamique, d'interroger la *lex matrimonii* ou loi de localisation objective du premier mariage⁷⁹⁵. Sur fond d'autonomie de la volonté, on chercherait à localiser, grâce à un ensemble de critères, la première union, pour dire ensuite si le système dans lequel cette union s'inscrit objectivement admet ou non la polygamie. Il semble toutefois que ce critère manque de précision et qu'il fasse la part trop belle à une institution que notre système désapprouve⁷⁹⁶.

Il a été ensuite suggéré que le caractère monogamique du mariage dépende du statut personnel de la première épouse⁷⁹⁷. L'existence d'un premier mariage constitue certes, en principe, un empêchement au second, mais si *aucune* des lois personnelles ne s'y oppose, l'union polygamique est possible. L'empêchement bilatéral du droit français, tiré du caractère monogamique de la première union, est étendu à la seconde. Ainsi, le mariage polygamique ne sera valable que si le mariage a été célébré hors de France et si la première femme est de statut polygamique.

Séduisante, satisfaisante et respectueuse du conflit de lois, cette solution rencontre toutefois une proposition concurrente. Un autre moyen serait envisageable pour atteindre, plus précisément que la règle de conflit de lois, les objectifs du législateur. Le caractère monogamique du mariage chrétien

⁷⁹⁵ BOURDELOIS (B.), *Mariage polygamique et droit positif français*, GLN Joly, 1993, n°112 et suiv., p. 72 et suiv.

Pour l'auteur, l'impossibilité de célébrer un mariage polygamique en France n'est d'ailleurs pas à puiser dans la contrariété à l'ordre public car il ne s'agit ni d'un empêchement bilatéral (si les deux loi nationales l'autorisent), ni d'un trouble à l'ordre social (car on n'a jamais connu de cas où un homme se mariait en même temps avec plusieurs femmes). L'explication serait alors plutôt dans l'impossibilité pour l'officier d'état civil de célébrer un tel mariage. Il serait incompétent car il ne peut instrumenter que selon les dispositions de la loi française qui interdit la polygamie ; cf. n°352 et suiv.

⁷⁹⁶ ANCEL (B.), « Le statut de la femme du polygame », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, L.G.D.J., 1993, p. 105 et suiv., not. p. 121 et suiv.

⁷⁹⁷ LEQUETTE (Y.), sous *Civ. 1^{re}, 6 juillet 1988, Baaziz*, R.C.D.I.P. 1989, 71 ; voir aussi DROZ (G.), *op. cit.*, note 776, n°148 ; GAUDEMET-TALLON (H.), « La désunion du couple en droit international privé », R.C.A.D.I. 1991, t. I, vol. 226, pp. 9-280, n°72.

occidental étant fondé sur le principe d'égalité de sexes, il serait possible de faire de ce principe une loi d'application immédiate⁷⁹⁸. On éviterait ainsi d'avoir à apprécier au cas par cas à la fois la validité de l'union et la contrariété de l'effet demandé à l'ordre public, d'autre part. Pour M. ANCEL, ce principe serait inhérent aux articles 147 (interdisant la polygamie), 212 et suivants, du Code civil. Le principe d'égalité serait une règle fondamentale de l'ordre juridique français à laquelle il faudrait restituer toute son autorité⁷⁹⁹. Sur ce fondement, il n'y aurait plus à reconnaître en France, d'unions polygamiques et la possibilité de conclure, en France, de telles unions serait également écartée.

La solution aurait l'avantage de la simplicité, mais on peut lui reprocher d'être trop rigoureuse. Si elle se comprend pour les mariages célébrés en France, ou avec un Français, elle se justifie moins peut-être pour les mariages célébrés à l'étranger, entre étrangers, à moins de réserver son application immédiate au cas où les intéressés résident en France.

D/ DIFFICILE APPLICATION EN CAS DE PLURALITÉ DE NATIONALITÉS

457. C'est ensuite la pluralité de nationalités qui peut conduire à une impasse lorsque la relation familiale est en principe régie par la nationalité commune des intéressés alors que ceux-ci sont de nationalité différente⁸⁰⁰. On pense, ici, à

⁷⁹⁸ ANCEL (B.), *op. cit.*, note 796, not. p. 118.

⁷⁹⁹ ANCEL (B.), *op. cit.*, note 796, spéc. p. 117. La réponse au problème est peut-être un peu radicale. Aussi, le même principe d'égalité ne saurait priver la seconde épouse de quelques droits car on ne peut nier l'existence de ces situations irrégulières et injustes (du point de vue de la condition de la femme). Le mariage serait nul mais pourrait être considéré comme putatif. On peut également citer la proposition de M. LAGARDE d'instaurer des clauses spéciales d'ordre public, écartant l'application aux étrangers résidant en France de lois nationales autorisant la polygamie, sans remettre en cause le principe de la compétence de la loi nationale en matière de statut personnel. Il s'agirait de clauses législatives particulières définissant le seuil d'intolérance et le lien requis avec le for. Cf. LAGARDE (P.), « La théorie de l'ordre public face à la polygamie et à la répudiation », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 263, n 19 et suiv.

⁸⁰⁰ Il y a aussi parfois impossibilité technique à appliquer le critère de la nationalité, notamment dans le cas où l'intéressé est apatride. Voir, notamment, Trib. civ. de la SEINE, 23 février 1883, *J.D.I.* 1883, 388. Mais il semble que la jurisprudence française a surtout recours à la notion de domicile, dans ce cas. Voir également la convention de New York du 28 septembre 1954 sur le statut des apatrides (article 12 ; décret du 4 octobre 1960) ; la législation étrangère et, entre autres, la loi autrichienne du 15 juin 1978 (art. 9) adopte le critère de la résidence : « si une personne est apatride ou si sa nationalité ne peut être établie, son

l'arrêt *Ferrari*, où l'application distributive des lois n'est finalement pas pleinement satisfaisante et conduit le plus souvent à des situations boiteuses⁸⁰¹. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE avait d'ailleurs critiqué la prépondérance du rattachement à la loi nationale car il estimait que la nationalité commune n'impliquait pas nécessairement, chez les sujets d'un même Etat, l'existence de qualités objectives communes (religion, race, langue...)⁸⁰². Si l'une des lois nationales ne connaît que la célébration laïque tandis que l'autre ne connaît que la célébration religieuse, il n'est pas possible d'appliquer les deux lois distributivement pour régir les modes de célébration du mariage. La seule solution consisterait à procéder à deux célébrations consécutives.

458. Le cas de double (voire de triple) nationalité pour un même individu pose également des problèmes de mise en œuvre du critère de la nationalité. Le droit français fait prévaloir la nationalité du for lorsque celle-ci est en cause, mais qu'en est-il lorsqu'il faut rechercher la nationalité effective de la personne ? Il est possible, alors, de s'aider du critère de la résidence habituelle pour la déterminer, comme le prévoit par exemple le droit allemand, dans le § 5 EGBGB, qui retient la loi de « l'Etat national auquel la personne se rattache le plus étroitement, en particulier par sa résidence habituelle ou le cours de sa vie ». Néanmoins, une fois choisie la nationalité effective, grâce au critère de la résidence, c'est la loi de cette nationalité qui s'appliquera.

Il faut de même considérer que la nationalité effective pourra parfois être difficile à déterminer. Une personne ayant la double nationalité allemande et suisse, dont chaque parent vit dans son pays d'origine et à qui il rend respectivement visite de façon égale, alors que lui-même réside en France depuis plusieurs années, parle couramment le français et est entièrement intégré à la société française par ses activités, ses intérêts, la famille qu'il y a fondée (avec une personne qui n'a pas de nationalité commune avec lui), etc., n'a pas de nationalité effective, ni suisse ni allemande.

Il apparaît donc qu'un réexamen des rattachements utilisés dans le droit

statut personnel est régi par le droit de l'Etat dans lequel elle a sa résidence habituelle ». Il faudrait également évoquer ici l'échelle de KEGEL, et ses rattachements en cascade, dont on trouve aussi une illustration dans l'arrêt *Rivière*, pour souligner l'introduction d'un élément territorial en droit français : *Civ. 1^{re}, 17 avril 1953, Rivière, Gr. arrêts n°27 ; R.C.D.I.P. 1953, 412, n. H. Batiffol ; J.D.I. 1953, 860, n. Plaisant ; J.C.P. 1953, II, n. Buchet ; RabelsZ 1955, 520, n. Francescakis.*

⁸⁰¹ *Ch. civ., 6 juillet 1922, Ferrari, R.C.D.I.P. 1922, 444, rapport Colin, not Pillet ; J.D.I. 1922, 714 ; D.P. 1922, 1, 137 ; S. 1923, 1, 5, note Lyon-Caen ; Gr. arrêts n°12.*

⁸⁰² Cité par : LOUSSOUARN (Y.), « La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé », *Ann. I.D.I. 1987, t. I, vol. 62, p. 127.*

international privé français, pour le mariage en particulier, est peut-être nécessaire.

Section 2

Le rattachement à la résidence habituelle

459. La résidence habituelle est une notion assez ancienne qui, peu à peu, a supplanté le critère du domicile qui, lui-même, est venu concurrencer celui de la nationalité, notamment en matière de statut personnel. On peut faire coïncider sa naissance avec celle des conventions de La Haye élaborées après la seconde Guerre mondiale⁸⁰³, mais certains auteurs font même remonter son apparition au siècle dernier, notamment dans certains textes allemands⁸⁰⁴. Il est toutefois indéniable qu'elle prend son essor dans la seconde moitié du XX^e siècle, avec son utilisation de plus en plus fréquente dans les textes internationaux et sa présence remarquée dans les récentes codifications de droit international privé qu'ont entreprises quelques uns de nos pays voisins⁸⁰⁵.

460. Ce nouveau critère de rattachement peut également être trouvé en droit français de la famille, même si sa présence y est moins frappante. Les textes qui l'emploient ne sont d'ailleurs pas d'application exclusivement interne. On peut citer l'article 215 C. civ. qui contient un certain nombre de dispositions impératives relatives à la protection de la *résidence* de la famille. L'article 1070 Nouveau Code de procédure civile utilise également ce critère pour

⁸⁰³ On peut citer par exemple la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels.

⁸⁰⁴ Comme le code de procédure civile de Hanovre de 1847 et une loi saxonne de 1835 sur le mariage ; voir : BAETGE (D.), *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, 1994 ; compte-rendu de P. LAGARDE, *R.C.D.I.P.* 1996, 231.

⁸⁰⁵ Le droit allemand, par exemple, dans l'article 13 II EGBGB, énonce que les conditions du mariage sont régies, à titre subsidiaire, il est vrai, par la loi allemande lorsque l'un des fiancés a sa résidence habituelle sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne.

S'agissant des textes internationaux, on peut citer, en dernier lieu, la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, qui pose le double principe de la compétence des autorités et de l'application de la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant ; voir : *R.C.D.I.P.* 1996, p. 813.

la détermination de la juridiction compétente en matière de divorce, de même que les articles 311-15 et 311-18 C. civ. pour la filiation (respectivement pour les conséquences attachées à la possession d'état, en droit international privé, et pour la loi applicable à l'action à fin de subsides)⁸⁰⁶.

L'utilisation du critère de la résidence habituelle peut être justifiée à divers titres (§ 1), même si sa mise en œuvre s'avère parfois délicate (§ 2).

§ 1 : Les justifications du rattachement à la résidence habituelle

461. En dépit de la qualification qu'il faudrait logiquement donner à la célébration du mariage, il est très difficile de l'aligner sur les autres conditions de fond, car c'est une condition de fond particulière. Si la célébration, même laïque, du mariage relève des conditions de fond, elle n'est peut-être pas régie par la loi nationale, parce qu'un Français peut tout de même se marier à l'étranger en une autre forme, et qu'un étranger se mariant en France, peut procéder à une célébration civile. Une distinction entre les conditions de fond « classiques » et les conditions relatives aux modes de célébration reste donc nécessaire. Mais d'autres rattachements que la nationalité peuvent être envisagés pour régir ces conditions.

462. Parmi les éléments de localisation du rapport de droit, on voit apparaître, aux côtés de la nationalité, les critères de domicile, de résidence habituelle. Critères généraux en matière de statut personnel, on peut y ajouter, pour le mariage, le lieu de la célébration ou encore le pays où le mariage doit produire des effets. Chacun de ces critères pourrait localiser le rapport de droit.

Le dernier rattachement doit néanmoins être écarté d'emblée car il présente l'inconvénient d'être plural (il peut désigner plusieurs lois à la fois) et de ne pouvoir être déterminé à l'avance.

Il est en revanche très tentant d'adopter le critère du lieu de conclusion. Pourtant il n'est pas certain qu'il localise réellement à lui seul le rapport matrimonial, même si on peut supposer que les époux ne choisissent pas le lieu de célébration de leur mariage tout à fait par hasard. Ce lieu n'est pas complètement fortuit car

⁸⁰⁶ Concernant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, en droit interne, on fait aussi appel à la notion de résidence habituelle (article 287 Code civil).

il correspond généralement au lieu où les époux ont leurs centres d'intérêts et leur centre de vie (famille, amis). Cependant, à supposer même qu'il localise le rapport de droit, son application à toutes les conditions du mariage paraît discutable. Envisageable pour ce qui touche à l'extériorisation de la volonté, ce rattachement l'est moins pour ce qui concerne les conditions de fond (au sens traditionnel du terme) car il laisserait la porte ouverte à toutes les fraudes⁸⁰⁷.

463. Le rattachement à la résidence habituelle, quant à lui, paraît mieux adapté car il est fondé sur le principe de proximité en ce qu'il représente le centre de la vie quotidienne⁸⁰⁸. Le critère serait emprunté à la méthode de la détermination de la loi qui a les liens les plus étroits avec la situation. On notera d'ailleurs, qu'en matière de mariage, les articles 74 et 165, C. civ. imposent une condition de résidence d'au moins un mois pour le lieu de célébration et pour le lieu où il sera procédé aux publications préalables. On peut légitimement s'interroger sur la signification de cette condition de résidence alors que, en principe, un acte juridique peut être reçu par n'importe quel notaire. Cela traduit certainement la nécessité d'une coïncidence entre le lieu de célébration et le milieu dans lequel vit l'intéressé.

Le rattachement aurait donc une fonction localisatrice certaine, mais remplirait aussi par ailleurs d'autres missions.

⁸⁰⁷ Il a été de plus reproché au critère de conduire à la soustraction de la formation du mariage du domaine du statut personnel ; cf. BATIFFOL (H.), « Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe occidentale », in *Choix d'articles*, p. 213, notamment p. 217, à propos d'un projet de convention, dans le cadre de la Commission Internationale de l'état civil, soumettant les conditions de fond du mariage à la loi locale. Il paraît également singulier à l'auteur qu'un officier d'état civil célèbre un mariage en prévenant les époux que sa validité est incertaine. Cette situation est finalement la solution du droit français lorsque le mariage est célébré en France et que le fiancé de nationalité étrangère n'a pas apporté la preuve du contenu de sa loi nationale, auquel cas la loi française s'applique aux conditions de fond de son mariage. Le doyen BATIFFOL préconise l'élimination de l'une ou l'autre des lois en présence pour trancher le problème (p. 221). L'éminent auteur semble quelque peu opposé à la soumission du statut personnel au domicile ou à la résidence habituelle, rattachements qui ne procèderaient qu'à une localisation provisoire. Pour lui, les rattachements à caractère territorial entraînent une confusion entre compétence législative et judiciaire qui, elle-même, conduit à la réduction, voire à la démolition, du statut personnel. Il reste toutefois optimiste, en constatant que même les pays ayant adopté le critère du domicile, doivent parfois céder du terrain en faveur de la loi nationale (par exemple pour des britanniques se mariant en dehors de la Grande-Bretagne en la forme consulaire) ; voir BATIFFOL (H.), « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », in *Choix d'articles*, p. 303, not. p. 312 et suiv.

⁸⁰⁸ AUDIT (B.), *Droit international privé*, Economica, 2^e éd., 1997, n°141 à 145 bis ; LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international

Il exprimerait par exemple le mieux ce que l'on peut appeler la *loi du lien*, « la loi du groupe familial, appréhendé dans son unité »⁸⁰⁹. Il représenterait la réalité du foyer familial qui, à défaut de nationalité commune, vit généralement sous le même toit⁸¹⁰.

Il favorise l'intégration en supprimant les discriminations injustifiées. Le rattachement au domicile ou à la résidence se fonde sur une présomption d'assimilation rapide par les étrangers des mœurs et coutumes du pays où ils sont établis⁸¹¹. Le Haut Conseil à l'Intégration s'est d'ores et déjà penché en partie sur cette question, en soulevant les difficultés nées à cet égard du fait du rattachement classique du statut personnel à la loi nationale des intéressés. Il propose notamment la modification du facteur de rattachement, pour préférer celui du domicile ou encore de donner plein effet aux Conventions internationales. Des dispositions protectrices pourraient par ailleurs être introduites dans le droit français, fixant les principes ou les règles que les valeurs de notre ordre public imposent de voir respecter⁸¹².

464. Enfin, la loi de la résidence habituelle est en général celle que l'on connaît le mieux. Par un réflexe souvent constaté, l'étranger se réfère d'abord à la loi du milieu dans lequel il vit, avant de penser que, peut-être, sa loi nationale lui est applicable. C'est une compétence dont il s'étonnera et qu'il pensera souvent dépendante d'un déplacement dans son pays d'origine.

Ainsi, le rattachement à la résidence habituelle remplit une fonction sociale évidente car il est l'expression de l'intégration sociale d'un individu. Il est la

privé contemporain », *R.C.A.D.I.* 1986, II, vol. 196, pp. 9-238.

⁸⁰⁹ GOLDMAN (B.), sous *Civ. 1^{re}, 22 février 1961, Corcos, J.D.I. 1961, 734*, n. Goldman ; *R.C.D.I.P.* 1961, 382, n. Batiffol. Notons toutefois qu'en cas de divorce, cette unité n'existe plus, comme dans l'espèce considérée ; c'est alors l'établissement effectif des deux époux sur le même territoire qui est pris en compte : *Cass. civ. 15 mai 1961, Tarwid, R.C.D.I.P.* 1961, 547, note Batiffol ; *D.* 1961, 437, rapp. G. Holleaux ; *S.* 1962, 262 ; *J.D.I.* 1961, 734, note Goldman.

⁸¹⁰ CASSIN (R.), « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois », *R.C.A.D.I.* 1930, IV, t. 34, p. 655.

⁸¹¹ GANNAGÉ (P.), « La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales », *R.C.A.D.I.* 1979, vol. 164, p. 338, not. n°16, p. 358.

⁸¹² HAUT CONSEIL À L'INTÉGRATION, *L'intégration à la française*, coll. 10/18, 1993, pp. 82 et 85. Voir aussi les rapports du même organisme : « Pour un modèle français d'intégration. Premier rapport annuel », *La Documentation Française*, coll. des rapports officiels, 1991 ; « Conditions juridiques et culturelles de l'intégration », mars 1992 ; « La connaissance de l'immigration et de l'intégration », décembre 1992. Observons qu'une des propositions a été récemment suivie, puisque le nouveau droit des étrangers résultant de la loi Pasqua subordonne certains agréments à la condition d'être monogame.

manifestation des liens les plus étroits que cet individu entretient avec un Etat déterminé.

Avantageux à divers titres, le critère de la résidence habituelle n'en présente pas moins certains inconvénients.

§ 2 : Difficultés de mise en œuvre du rattachement à la résidence habituelle

465. Le critère de la résidence habituelle, bien que séduisant, se heurte à un certain nombre de difficultés, tenant d'une part à la définition de la notion (A) et, d'autre part, à sa mise en œuvre en matière de mariage (B).

A/ DIFFICULTÉS LIÉES À LA DÉFINITION-MÊME DE LA NOTION

466. La première difficulté que rencontre la notion de résidence habituelle est justement l'absence de définition générale de la notion. Les textes qui prévoient ce critère de rattachement dans une règle de conflit de lois sont en effet muets sur sa délimitation. Le juge, de son côté, relève parfois quelques éléments caractéristiques permettant de la prendre en compte. La doctrine, enfin, a tenté, de façon plus précise, de comprendre son fonctionnement.

467. Une résolution du Conseil de l'Europe prévoit que la résidence, qui ne dépend pas d'une autorisation administrative, est le lieu où une personne habite pendant un certain temps, même de façon discontinue, sans pour autant se confondre avec le simple passage. On ne saurait être plus vague. Elle ajoute toutefois que pour déterminer si une résidence est habituelle, il sera tenu compte de la durée et de la continuité, et de faits de nature personnelle ou professionnelle⁸¹³. Plus récemment, la loi suisse de droit international privé, dans son article 20, dispose qu'une personne « *a sa résidence habituelle dans l'Etat dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée* »⁸¹⁴.

⁸¹³ Résolution du Conseil de l'Europe du 18 janvier 1972 sur l'unification des concepts de domicile et de résidence, *R.C.D.I.P.* 1973, 55, n°7 à 11.

⁸¹⁴ Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, *R.C.D.I.P.* 1988, 409, comm. F. Knoepfler et Ph. Schweizer, p. 207 ; *Feuille fédérale*,

La notion reste floue car il n'est pas non plus facile de la distinguer de celle de domicile. On oppose souvent l'un à l'autre en spécifiant que la première est une notion de fait, alors que le deuxième est une notion de droit et qu'il peut, par exemple, être constitué dès l'arrivée et peut se conserver même après une absence prolongée. Il y faudrait, de plus, l'intention de s'établir, intention qui s'exprimerait par la présence de liens familiaux, patrimoniaux, etc.⁸¹⁵ La présence matérielle ne suffirait pas ; le domicile n'est fondé qu'en présence de l'intention de l'intéressé de faire du lieu où il séjourne le centre de ses attaches⁸¹⁶. Or, la résidence implique aussi, selon nous, ces éléments. La seule différence étant que la résidence ne pourrait jamais être fictive, puisqu'elle est une notion de fait. Alors qu'une personne peut ne pas avoir de domicile, elle aura toujours une résidence, même si celle-ci est précaire⁸¹⁷. Un sans - domicile - fixe n'a pas de domicile mais on peut toutefois considérer qu'il a sa résidence sur un territoire donné.

468. La jurisprudence a parfois, elle aussi, tenté de préciser les éléments requis pour considérer l'existence d'une résidence habituelle, notamment à propos de l'application de l'article 1070 Nouveau Code de procédure civile. Le demandeur doit effectivement habiter dans le ressort de la juridiction et le local doit présenter le caractère de demeure ; il doit avoir la sincère volonté de s'installer dans ce ressort (mais la durée peut être indéterminée), et doit avoir agi sans fraude⁸¹⁸. Parfois, le juge, notamment le juge allemand, considère au contraire la durée du séjour et estimera qu'une personne acquiert une nouvelle résidence habituelle après l'écoulement d'une certaine durée et par l'installation de son nouveau centre de vie⁸¹⁹. Il ressort de ces tentatives de précision que

12.01.1988.

⁸¹⁵ MUIR-WATT (H.), *Le domicile dans les rapports internationaux*, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 543 A.

⁸¹⁶ Voir, notamment, METZ 28 janvier 1992, *R.C.D.I.P.* 1993, 29, n. H. Muir-Watt, à propos du divorce d'époux de nationalité congolaise dont le mari effectuait un stage de formation professionnelle en France. Il a été décidé que l'article 310 al. 2 C. civ. leur était applicable du fait de l'apparition, en cours de séjour, d'une intention domiciliaire, alors que le mari soutenait qu'ils n'avaient en France que leur simple résidence.

⁸¹⁷ NIBOYET (J.-P.), « Le domicile dans le projet de la commission de réforme du Code civil », *T.C.F.D.I.P.* 1948-1954, p. 70.

⁸¹⁸ Trib. Gr. Inst. LAVAL, 29 juin 1976, *Gaz. Pal.* 1976, 720.

⁸¹⁹ OLG KOBLENZ, 27 juillet 1988, 13 UF 861/88, *FamRZ* 1989, 204, n°114 ; Autriche : OGH, 30 novembre 1982, 2Ob 557/82, *IPRax* 1984, 159 ; les juges ont ici estimé qu'une durée de six mois dans un nouveau lieu suffisait à constituer une nouvelle résidence, mais les circonstances (personne non encore intégrée, ne parlant pas encore la langue locale...) peuvent conduire à considérer une durée

l'élément essentiel est la stabilité de la résidence et que pour être réellement stable, la résidence doit représenter le centre de vie de l'individu, caractérisé par le centre de ses attaches notamment familiales et professionnelles⁸²⁰.

469. C'est finalement la doctrine, et en particulier la doctrine allemande⁸²¹, qui a fourni les explications les plus poussées de la notion.

Une étude récente constate deux niveaux de définition de la notion de résidence habituelle : quantitativement, la résidence habituelle se caractérise par la durée du séjour d'une personne dans un certain lieu, et qualitativement, par les liens sociaux qu'elle a pu nouer dans l'Etat de séjour⁸²². Elle serait en outre une notion fonctionnelle dont le contenu varierait selon les situations avec lesquelles elle est utilisée. Elle pourrait, par exemple, ne pas être la même pour les enfants et pour les adultes, les premiers s'intégrant plus vite et plus facilement à un nouveau milieu⁸²³.

différente : OLG HAMM, 6 mai 1985, 1 UF 406/84, *IPRax* 1986, 45 ; HENRICH (D.), *Internationales Familienrecht*.

⁸²⁰ HENRICH (D.), *Internationales Familienrecht*, p. 229 ; LEQUETTE (Y.), *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Dalloz, 1976, p. 251 ; BGH, 29 octobre 1980, IV b ZB 586/80, *IPRax* 1981, 139. On retient principalement le centre de gravité des attaches de la personnes (« *Daseinsmittelpunkt* »).

⁸²¹ Voir, toutefois, pour la doctrine française : MARTIN-SERF (A.), « Du domicile à la résidence », *R.T.D.Civ.* 1978, 535, pour qui la résidence habituelle doit être continue, paisible, publique et non équivoque, c'est-à-dire qu'elle doit réunir les caractères de la possession ; AUDIT (B.), *Droit international privé*, Economica, 2^e éd., 1997, n°141 à 145 bis, et sous Civ. 1^{re}, 16 décembre 1975, Landauer c./ Dame Dortu, *R.C.D.I.P.* 1976, p. 551, qui estime que la résidence habituelle doit répondre à des critères objectifs tels que la durée du séjour et la nature de l'établissement (hotel, appartement...). Mais la résidence impliquerait nécessairement l'habitude et ainsi l'adjonction de l'adjectif « habituel » constituerait une redondance.

⁸²² BAETGE (D.), *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, 1994 ; compte-rendu de P. LAGARDE, *R.C.D.I.P.* 1996, 231. D'après M. LAGARDE, l'appréciation qualitative doit être préférée, mais à la condition de ne pas fusionner la notion de résidence habituelle avec celle de liens les plus étroits ; on encourrait sinon le risque de faire de la notion une notion fourre-tout qu'il serait difficile de retenir. La résidence habituelle devrait rester un indice objectif de détermination de l'ordre juridique le plus proche, mais elle ne constituerait pas nécessairement le lien le plus étroit, comme le démontrerait la présence de clauses d'exception même dans les textes retenant le critère de la résidence.

⁸²³ Il faudrait de même tenir compte de l'exigence d'intégration de l'individu, cette exigence étant plus forte en matière de statut personnel. Voir dans ce sens : LABRUSSE (C.), « La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère », *T.C.F.D.I.P.* 1975-1977, p. 111, qui propose de prendre en compte le caractère temporaire ou non, familial ou individuel de l'établissement, ainsi que l'attitude de l'intéressé vis-à-vis du pays

B/ DIFFICULTÉS LIÉES À L'APPLICATION DU CRITÈRE DE LA RÉSIDENCE HABITUELLE, NOTAMMENT EN MATIÈRE DE MARIAGE

470. Pour intéressantes qu'elles soient, toutes les définitions qui ont été données resteront difficiles à appliquer, du fait même de leur manque de précision et de leur pluralité. L'approche fonctionnelle du rattachement conduit par ailleurs à retenir plusieurs définitions de la résidence selon la matière considérée⁸²⁴. Le juge fera varier la notion selon les cas. Or cette interprétation fonctionnelle entame la stabilité et la prévisibilité nécessaires au jeu de la règle de conflit, flou accentué par la nécessaire intervention des juges du fond dans la définition de la notion, en l'absence de définition législative⁸²⁵.

Une ultime complication (en plus du conflit mobile, de la fraude, de la difficile localisation, etc.), pourrait surgir en matière de preuve. Si les conditions du mariage sont en effets soumises à la loi de la résidence habituelle et qu'une question de validité de l'union se pose plusieurs années après devant le juge, comment établir l'existence de cette résidence habituelle afin de déterminer la loi applicable ? L'article 76 du Code civil impose de mentionner, dans l'acte de mariage, les domicile et résidence des époux. Toutefois, dans le cas où le mariage est conclu hors de France, l'acte ne donnera peut-être pas cette information. La résidence des époux au moment de l'union sera alors difficile à déterminer.

471. Du reste, quelle définition de la résidence habituelle pourrait-on retenir pour la loi applicable aux conditions du mariage ?

Il faudrait avant tout préciser le rapport de droit à prendre en considération et le but que l'on veut assigner à la règle.

472. Pour apprécier l'aptitude au mariage de chacun des futurs époux, il s'agit

d'accueil, afin de déterminer sa résidence.

⁸²⁴ En matière d'acquisition de nationalité, par exemple, où la résidence habituelle, au sens de l'article 54 C. nat., ancien, s'entend d'une résidence présentant un caractère effectif et stable, coïncidant avec le centre des attaches familiales et des occupations de l'intéressé, peu important que ses ressources proviennent d'un emploi à la mission diplomatique de son pays d'origine. Voir : Civ. 1^{re}, 10 avril 1996, D. 1997, 105, n. P. Guiho.

⁸²⁵ Voir aussi : MASMEJAN (D.), *op. cit.*, note 789, p. 235.

tout d'abord de distinguer selon que l'on veut considérer cette aptitude de façon individuelle ou bien en considération du lien qui va être créé.

Dans le premier cas, la notion de résidence habituelle devrait en principe localiser la personne en elle-même et conduire à recourir à un critère qui pourrait être utilisé de façon générale pour les questions de statut personnel. La notion conduirait sans doute à désigner la loi du pays où l'intéressé se trouve au moment présent. La notion de résidence habituelle ne serait ici qu'une sorte de doublon de l'idée d'allégeance contenue dans le rattachement à la nationalité. Selon le degré d'intégration de la personne, l'Etat dans lequel elle s'est intégrée a un intérêt certain à contrôler les changements d'état de cette personne. Mais cette considération conduirait, dans le cas de fiancés non établis dans le même pays, à appliquer distributivement les deux lois, chacun devant répondre, du moins pour le fond, aux conditions édictées par la loi de sa résidence habituelle. Les difficultés inhérentes aux mariages mixtes seraient transposées au cas où la « mixité » prend sa source dans l'établissement dans deux pays différents.

Si on privilégie le lien qui va être créé, la résidence à prendre en considération peut ne pas être la même. En effet, le mariage créant un lien en principe durable, il faudrait considérer le rapport qui va être créé par la célébration et non le rapport avant sa conclusion. La première considération entraînerait de ne retenir que la résidence habituelle de la famille, c'est-à-dire le lieu où celle-ci s'installera de façon stable. Ce critère aurait l'avantage d'être unique, notamment pour tous les membres de la famille conjugale, et de coïncider, le plus souvent, avec la loi du pays où le lien est destiné à produire des effets⁸²⁶. Il éviterait de même une application distributive des lois et donc les situations boiteuses.

473. Toutes les difficultés ne seraient pourtant pas résorbées. Le critère de la résidence ne pourrait pas complètement éviter, par exemple, les unions estimées choquantes, et la question se poserait de la même façon que lors d'un rattachement à la loi nationale.

Si les conditions de fond étaient régies par la résidence habituelle de chacun des intéressés, alors rien, si ce n'est l'exception d'ordre public, n'empêcherait la conclusion, sur notre territoire, d'unions homosexuelles entre personnes résidant habituellement dans un pays admettant une telle union. En cela, la considération du lien à créer (c'est-à-dire le rapport familial futur dans son ensemble), et donc

⁸²⁶ C'est aussi le rattachement que l'on connaît en matière de régime matrimonial : en l'absence de volonté expresse des époux, c'est la loi du premier domicile commun qui détermine le régime matrimonial des époux. La nouvelle règle de conflit, issue de la Convention de La Haye de 1978, retient aussi ce rattachement, parmi d'autres.

de la future résidence, plutôt que l'aptitude individuelle, avant le mariage, est plus intéressante et finalement moins choquante.

Une possibilité resterait toutefois, comme il a déjà été dit, d'adopter un certain nombre de règles matérielles considérées comme d'application nécessaire, notamment pour les personnes non domiciliées ou ne résidant pas en France.

Le critère de la résidence serait en revanche un instrument d'intégration efficace et permettrait notamment d'apporter une réponse à la question des unions polygamiques conclues par personnes de nationalité étrangère mais vivant depuis nombre d'années en France. Un homme de statut polygamique ne pourrait plus, par exemple, se rendre dans son pays d'origine pour épouser une compatriote s'il est déjà marié par ailleurs, notamment à une femme de statut monogamique, mais aussi s'il est marié à une femme de même statut que lui.

474. On pourrait se heurter de plus à un réel problème de fraude, étant donné que la résidence est facile à transporter, au contraire de la nationalité qui est difficile à modifier.

Il serait peut-être possible étant donné, par ailleurs, la difficile détermination du moment à partir duquel la résidence devient habituelle, de trouver un certain seuil, à partir duquel, en matière de statut personnel, on passerait du rattachement à la nationalité à celui de la résidence.

Ce système serait certes un peu compliqué, ce qui n'est pas un moindre défaut dans une branche du droit qui l'est déjà, mais aurait le mérite de concilier un certain nombre de principes tels que celui de la permanence de l'état de la personne, qui se justifie lorsque l'individu n'opère que de brefs séjours hors de son pays, et celui de l'intégration, lorsque le même individu a établi le « siège de sa personne » dans un pays qui n'est pas celui de sa nationalité. On pourrait par exemple envisager un seuil calqué sur la durée de validité du titre de séjour, la loi de la résidence prenant automatiquement le relais lorsque l'individu obtient par exemple une carte de résident de dix ans ou lorsque ce titre est renouvelé pour la même durée.

Un autre type de règle pourrait être par ailleurs envisagé si on tient à privilégier en toute occasion les conceptions françaises et si on fait prévaloir ainsi les intérêts publics sur les intérêts particuliers. On pourrait créer une règle de conflit unilatérale qui énoncerait le principe suivant : « *la loi française s'applique, quant aux conditions du mariage, aux Français et aux personnes de nationalité étrangère domiciliées ou résidant habituellement en France* »⁸²⁷. Ce type de règle

⁸²⁷ La règle ainsi énoncée ferait écho à l'article 310 du Code civil, relatif à la règle de conflit de lois en matière de divorce et exposée comme suit : "*Le divorce*

ne supprimerait pas la nécessité, dans le second cas, d'une localisation du lieu de résidence habituelle mais aurait certainement l'avantage de conduire à une certaine cohérence avec les solutions actuelles. Il permettrait en effet une réactualisation des rattachements en matière de statut personnel, par l'introduction d'un critère territorial (mais qui n'en est pas moins un critère reflétant une certaine permanence ; et en cela, il convient bien au domaine du statut personnel) tout en atténuant ses effets pervers. D'une part le Français résidant au Danemark ne pourrait être considéré, par les autorités françaises, comme marié avec une personne de même sexe que lui ; d'autre part, le Marocain qui vit en France depuis deux ou trois décennies, ne pourrait conclure d'union polygamique, et ne pourrait pas non plus, dans ce cas, bénéficier du jeu de l'effet atténué de l'ordre public.

D'un autre côté, la règle (unilatérale) n'empêcherait pas le juge de trancher le conflit de lois en faveur d'une loi étrangère pour apprécier la capacité matrimoniale d'un étranger non résidant en France. Cela n'empêcherait pas non plus, le cas échéant, de recourir au jeu de l'ordre public.

On pourra, bien sûr, reprocher à cette solution un excès de nationalisme car elle conduit à l'application presque exclusive de la loi française aux conditions du mariage. Mais le droit actuel conduit, comme nous l'avons vu, aux mêmes résultats, mais avec davantage d'hypocrisie.

Ainsi, en assurant le respect des conditions estimées incompressibles par le droit français, on assure également l'intégration de familles étrangères en France puisqu'elles pourront demander que leur union produise des effets en France⁸²⁸.

475. Pour apprécier, enfin, l'extériorisation de la volonté des intéressés, le critère de la résidence habituelle serait, là encore, envisageable car il procéderait d'une localisation assez réaliste du rapport considéré. On a souvent reproché à la *lex loci celebrationis* d'être trop fortuite ; on peut cependant objecter que le lieu de célébration représente, en général, un lieu avec lequel l'un des époux a des attaches assez fortes. Il coïncide de plus, d'ordinaire, avec le lieu de résidence de celui-ci.

Cependant la soumission de la 'forme' du mariage au critère unique de la

et la séparation de corps sont régis par la loi française : 1°) lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ; 2°) lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français (...)".

⁸²⁸ Rappelons que, aujourd'hui, l'union polygamique, même si elle n'est pas toujours déclarée nulle, fait obstacle à la reconnaissance d'un certain nombre d'effets. Elle est par exemple un frein à la demande de naturalisation, ainsi qu'au regroupement familial.

résidence habituelle ne serait pas satisfaisante et avant tout difficile à mettre en œuvre⁸²⁹, notamment dans le cas où l'autorité requise pour célébrer le mariage n'est pas celle du pays où les fiancés résident habituellement. Comment imposer également l'application de cette loi à des individus qui ont spécialement souhaité se marier dans tel lieu ?

Conclusion du chapitre 1

476. La soumission des conditions du mariage à la loi personnelle des intéressés est la conséquence logique de la qualification juridique retenue. Elle devrait ainsi conduire à reconnaître, contrairement aux solutions actuelles, la validité de mariages célébrés en France, selon un rite religieux, au sein d'une ambassade ou d'un consulat.

Il reste que la notion de loi personnelle, qui régit l'ensemble des conditions de fond, doit évoluer, la nationalité ne localisant plus entièrement les personnes physiques. Il faudrait envisager de l'assortir d'une condition de résidence ou de la remplacer par un autre critère, qui pourrait être, en matière de mariage, le lieu de résidence où ils auront l'intention de s'intégrer.

477. L'application, toutefois, d'un critère unique à la célébration du mariage ne s'accorde pas avec l'idée de faveur à la validité du mariage qui est souvent exprimée en jurisprudence⁸³⁰. Il serait alors souhaitable d'assurer le plus souvent possible la validité 'formelle' de l'union. Quel est en effet aujourd'hui l'intérêt d'annuler un mariage pour manquement à certaines exigences de forme (comme, en France, la nécessaire célébration devant l'officier d'état civil ou la publication des bans), à l'encontre de personnes qui ont tout de même pris la peine d'extérioriser leur volonté de s'unir et de fonder une famille, alors que, d'une part, les conditions de fond (dans le sens classique du terme) ont été respectées, et que, d'autre part, on regrette l'augmentation du nombre des unions libres ?

On considère que le fait de ne pas avoir donné aux autorités étatiques du pays la possibilité d'exercer son contrôle doit être sanctionné. Mais il résulte aussi

⁸²⁹ Même si, d'un autre côté, le critère pourrait peut-être réconcilier la forme et le fond du fait l'unicité du critère.

⁸³⁰ On peut citer, à ce titre, l'arrêt *Zagha*, où le renvoi au second degré, et de surcroît dans un domaine où, en principe, il ne s'applique pas, n'a été admis que dans la mesure où il validait le mariage en la forme : Civ. 1^{re}, 15 juin 1982, Zagha, *R.C.D.I.P.* 1983, 300, n. Bischoff ; *J.D.I.* 1983, 595, n. Lehmann ; *D.* 1983, 431, n. Agostini et IR, 151, obs. B. Audit.

d'observations précédentes que l'autorité n'exerce ce contrôle que de façon incomplète ; une autre solution pourrait dès lors être envisagée.

478. Il apparaît aussi que si l'on classe les conditions d'extériorisation de la volonté parmi les conditions de fond, avec pour conséquence de rattacher le tout à une même loi, on se heurte à une impasse. Si le rattachement à la résidence habituelle conviendrait peut-être assez bien pour régir les conditions de fond⁸³¹, par exemple dans le cas où la situation n'a que peu d'attaches avec le pays de la nationalité, il est plus discutable pour les conditions de la cérémonie du mariage, à moins que la résidence habituelle ne coïncide avec la *lex loci celebrationis*. Il est donc finalement difficile de fusionner fond et 'forme' pour les soumettre à une même loi⁸³². Une distinction reste nécessaire entre les conditions de fond proprement dites et les modes de célébration du mariage.

479. Le seul moyen de concilier les intérêts (privés et publics) en présence consisterait dans l'adoption d'une solution plus libérale pour tout ce qui concerne l'extériorisation de la volonté, qui n'empêchera pas l'autorité française, si le besoin s'en fait ressentir, d'opérer un contrôle le moment venu, par exemple au moment de la production d'effets.

La liberté et la faveur à la validité du mariage passent nécessairement par la pluralité. Cette remarque nous conduit à aborder, sous un autre angle, la question du caractère facultatif de la règle *Locus Regit Actum*.

⁸³¹ Bien qu'il puisse parfois conduire aux mêmes difficultés que le rattachement à la nationalité.

⁸³² En dépit des conclusions de M. Vincent DELAPORTE, qui, après avoir constaté que la forme était accessoire au fond, estime que cela conduit à rattacher les formes du mariage à la loi personnelle. Voir DELAPORTE (V.), *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse Paris I, 1974, n°153, *in fine*, et, spéc., n°282 et suiv.

Chapitre 2

LE CARACTÈRE *FACULTATIF* DE LA RÈGLE *LOCUS REGIT ACTUM*

- Célébration du mariage et pluralisme en droit international privé -

480. Il a déjà été longuement exposé comment le droit positif français donnait à la règle *Locus Regit Actum* un caractère impératif lorsqu'elle régissait la validité formelle du mariage dans le cas où, irrégulière selon la loi locale, la célébration était cependant régulière selon la loi nationale des époux¹.

Pourtant, un grand nombre d'auteurs² et certains systèmes étrangers sont favorables à la deuxième interprétation de la règle. De plus en plus de systèmes de droit lui donnent en effet un caractère facultatif, soit dans leurs règles matérielles internes, soit dans leurs règles de conflits de lois. Parmi les plus

¹ Civ. 1^{re}, 15 juin 1982, *Zagha*, R.C.D.I.P. 1983, 300, n. Bischoff ; J.D.I. 1983, 595, n. Lehmann ; D. 1983, 431, n. Agostini et IR, 151, obs. B. Audit ; l'arrêt a validé le mariage grâce au jeu du renvoi. Pourtant, la Cour d'appel avait, pour aboutir à la même solution concrète, admis le caractère facultatif de la règle.

² BISCHOFF (J.-M.), *Rép. Dalloz de dr. int.*, v°Mariage, n°129, qui serait même favorable à ce qu'un mariage célébré dans les formes de la loi nationale commune soit considéré comme valable en France, même si la forme adoptée est inconnue de la loi locale. Il faudrait peut-être toutefois exiger que la loi locale reconnaisse elle-même un caractère facultatif à la règle, au risque, sinon de créer une situation à validité géographiquement limitée ; LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), *Précis de droit international privé*, Dalloz, 6^e éd., 1954, n°325-3° ; PILLET, *Principes de droit international privé*, Pédone, 1903, n°259 ; AUDINET (E.), " Les conflits de lois en matière de mariage ou de divorce ", R.C.A.D.I. 1926, t. I, vol. 11, pp. 171-252, not. p. 204-205 ; LOUSSOUARN (Y.) & BOUREL (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 1996, n°295 *in fine* ; BATIFFOL (H.) & LAGARDE (P.), *Droit international privé*, t. II, 7^e éd., L.G.D.J., 1983, n°425 ; DELAPORTE (V.), *op. cit.*, note 777.

récents, on peut citer l'article 3088 du nouveau Code civil du Québec³, entré en vigueur en 1994, la loi italienne du 31 mai 1995, codifiant le droit international privé⁴ ou encore les articles 49 et 50 du Code civil espagnol, qui admet, dans sa règle matérielle interne, que le mariage puisse être concurremment célébré civilement ou religieusement et qui étend cette possibilité aux personnes qui ne sont pas de nationalité espagnole⁵. Même l'Allemagne, pourtant également attachée au principe de laïcité, connaît des dérogations à ce principe⁶.

³ " Le mariage est régi, [...] quant à ses conditions de forme, par la loi du lieu de célébration ou par la loi de l'Etat du domicile ou de la nationalité de l'un des époux ".

⁴ Article 28 (relatif à la forme du mariage) : " Le mariage est valable, quant à la forme, s'il est considéré tel par la loi du lieu de célébration ou par la loi nationale d'au moins l'un des époux au moment de la célébration ou par la loi de l'Etat de la résidence commune à ce moment " ; Loi n. 218 du 31 mai 1995 portant réforme du système italien de droit international privé, R.C.D.I.P. 1996, 174, commentaire de BALLARINO (T.), R.C.D.I.P. 1996, 21.

Avant même cette réforme, le droit italien permettait deux formes de mariage, de manière concurrente : le mariage civil et le mariage canonique, ce dernier produisant des effets civils, moyennant le respect des conditions de transcription. Cette pluralité des formes résulte du Concordat de Latran, signé le 11 février 1929, et modifié le 18 novembre 1984. L'article 34 du Concordat a même permis de reconnaître, en Italie, des mariages religieux célébrés à l'étranger et n'ayant pas de validité dans cet ordre juridique : Cour de cassation d'Italie, 25 juin 1979, n°557, Fontana c./ Grilowa, Riv. dir. int. pr. pr., 1979, p. 550 ; voir également RIGAUX (F.), " L'article 34 du concordat de Latran et le droit international ", in *mélanges Mgr H. Wagnon*, U.C.L., Leuven 1976, pp. 395-424 ; DESJARDINS (R.), *Le mariage en Italie depuis les accords de Latran*, Sirey, 1933.

⁵ Voir *infra*, n°489 et suiv.

⁶ Article 13 EGBGB : " (3) En République fédérale d'Allemagne le mariage ne peut être célébré que dans la forme prescrite par la loi allemande. Le mariage de fiancés dont aucun n'est allemand peut cependant être célébré devant toute personne dûment autorisée par le gouvernement de l'Etat dont l'un des fiancés est ressortissant et selon la forme prescrite par la loi de cet Etat ; l'extrait certifié conforme qui est tiré du registre de l'état civil tenu par la personne habilitée suffira à prouver une telle célébration ". Voir *supra*, n°309 et suiv.

Voir aussi les exemples de la Grande-Bretagne, de l'Irlande, du Portugal, des pays scandinaves, des États-Unis. Mais dans d'autres pays, comme la France, le mariage est considéré comme un acte strictement et exclusivement civil. C'est également le cas, en Europe, de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Belgique, des Pays-Bas, de la Suisse, de l'ex-URSS, des démocraties populaires, de la Turquie, et en Amérique latine, du Mexique, du Chili, de l'Argentine, du Brésil, de l'Equateur, du Venezuela, et de la Bolivie. Pour tous ces pays, voir : MESTRE (J.), " Le mariage en droit international privé. Conditions de fond ", *J-cl. dr. int.*, fasc. 546 A, 1992, n°101, 102. Voir aussi : CHEN (C.), *J.-Cl. comp.*, Chine, 1993, n°34 et suiv. : le mariage se contracte par un enregistrement par les gouvernements populaires locaux ; WANG (D.), *J.-Cl. comp.*, Japon, 1993, n°61 et suiv. : une déclaration est faite par les deux parties et devant deux témoins devant l'officier d'état civil (maire), mais aucune célébration solennelle n'est obligatoire ; LISBONNE (J.), *J.-Cl. comp.*, Honduras, 1992, n°20 et suiv. : seul le mariage civil est célébré devant l'officier d'état civil et produit des effets ; LISBONNE (J.), *J.-Cl. comp.*, Chili, 1990, n°155 et suiv. ; WEISS (E.),

481. Ces considérations pourraient alors conduire à suivre cette tendance et envisager, en droit français, une règle de conflit à rattachements alternatifs pour régir les modes de célébration du mariage, voire la possibilité de choisir, en droit interne, lorsque la loi française est désignée, la façon dont le mariage sera conclu. Cette modification des règles actuelles, pour le moins radicale, se heurterait toutefois à certains nombre d'obstacles (§ 1). Mais ceux-ci, comme il le sera vérifié, ne sont pas insurmontables. De fait, le principe du caractère facultatif de la règle semble pleinement justifié (§ 2) et sa mise en œuvre ne poserait pas de difficultés majeures (§ 3).

§ 1 : Les inconvénients du principe

482. Un des premiers arguments opposés au caractère facultatif de la règle *Locus Regit Actum* réside dans la discrimination qu'elle entraînerait entre Français et personnes de nationalité étrangère. Seules ces dernières peuvent choisir, par exemple, de célébrer leur mariage conformément à ce que prévoit leur loi nationale. Des fiancés de nationalité espagnole pourraient ainsi se marier religieusement en France, sans passer devant l'officier d'état civil⁷.

Pour répondre à cette critique, il suffirait d'instaurer, en droit interne, la possibilité d'un choix. N'importe quelle personne souhaitant se marier en France pourrait le faire selon le rituel qu'elle aura choisi, quelle que soit sa nationalité. Cette faveur à la validité du mariage se retrouverait par ailleurs dans l'ordre international et se traduirait par le caractère alternatif des rattachements utilisés.

483. Une autre critique tient au contrôle par l'Etat des autorités qui exercent sur son territoire. Une célébration dans une forme autre que celle que connaît le mariage devant l'officier d'état civil ne serait possible que si l'Etat français pouvait exercer un contrôle⁸.

J.-Cl. comp. 1993, Hongrie, n°5 et suiv. ; CAPATINA (O.), *J.-Cl. comp.*, Roumanie, 1992, n°60 et suiv. : une déclaration est écrite et signée, puis présentée à l'officier d'état civil ; le mariage est célébré huit jours après l'enregistrement. KOKKINI-IATRIDOU (D.), *J.-Cl. comp.*, Pays-Bas, 1992, n°7 et suiv. ; LISBONNE (J.), *J.-Cl. comp.*, Equateur, 1992, n°34 et suiv.

⁷ Voir, notamment, BOURDELOIS (B.), *op. cit.*, note 795, n°371.

⁸ BOURDELOIS (B.), *op. cit.*, note 795, n°373 et 374 ; voir aussi n°343, et n°375 ; seule une autorité consulaire pourrait, selon l'auteur, intervenir.

Il est vrai que l'on peut craindre, en l'absence de tout contrôle, la conclusion sur notre territoire d'unions que nous considérons comme choquantes. Mais il ne faut pas oublier que, en sus du mécanisme de l'ordre public, un système d'enregistrement, et donc de contrôle, pourrait être prévu⁹. Il serait de même possible de prévoir quelques règles matérielles d'application immédiate ou clauses spéciales d'ordre public, dans quelques domaines irréductibles.

484. Le troisième obstacle, plus difficile à surmonter, vient de l'attachement du droit français au principe de laïcité. On estime souvent que c'est la sécularisation du mariage qui donne à la règle *Locus Regit Actum* son caractère obligatoire. Ce serait, sinon, faire échec au monopole de l'officier d'état civil en ce domaine. Une décision nous fournit un exemple assez topique à cet égard, où il s'agissait de reconnaître la décision d'annulation prononcée par une juridiction marocaine d'un mariage célébré civilement en France entre une Française et un Marocain. Les juges, refusant de donner l'exequatur à cette décision étrangère, ont rappelé que l'exécution en France d'un jugement exigeant une célébration religieuse, en dépit de l'existence d'une célébration civile en France, " *heurterait de front le principe de la laïcité du mariage, principe si essentiel au droit français que celui-ci frappe de nullité absolue tout mariage qui ne serait pas célébré par l'officier d'état civil français et rend passible d'une sanction pénale le ministre du culte qui procéderait à un mariage religieux sans s'être assuré de la célébration préalable du mariage civil* " ¹⁰.

La sécularisation du mariage revêt ainsi apparemment un caractère d'ordre public, empêchant ainsi la formulation d'un principe de pluralité.

Il apparaît pourtant que le principe de la laïcité du mariage pourrait très bien être assuré autrement que par une célébration exclusive devant l'officier d'état civil.

⁹ L'enregistrement apparaît d'ailleurs comme une nécessité, dans le contexte international. C'est ainsi que l'on peut comprendre la recommandation de l'ONU sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, qui a eu en partie pour projet d'imposer, dans son principe n°3, que " *tous les mariages devront être inscrits par l'autorité compétente sur un registre officiel* ". Ce texte a été adopté par l'Assemblée générale, dans sa résolution 2018 (XX), du 1^{er} novembre 1965. Il permettrait peut-être par ailleurs de résoudre les problèmes de preuve qui pourraient se poser du fait du caractère alternatif de la règle. Voir aussi *infra*, n°515 et suiv.

¹⁰ *Trib. Gr. Inst. PARIS, 7 avril 1981, Dame Didier c./ Benabdellah, R.C.D.I.P. 1981, 510, n. D. Lefort ; J.D.I. 1982, 699, n. M-L. Niboyet ; voir aussi, pour l'Autriche : Verwaltungsgerichtshof, 30 janvier 1991, OJZ 1992, 63, n°1 et 2 ; J.D.I. 1993, p. 379 : " L'annulation d'un mariage pour des raisons religieuses est contraire à l'ordre public autrichien puisqu'elle serait en contradiction avec le principe de la laïcité de l'Etat "*.

C'est notamment en cela que le caractère facultatif de la règle *Locus Regit Actum* peut se justifier.

§ 2 : Les justifications du principe

485. A l'origine, on a formalisé le mariage dans le souci de faire respecter les conditions de fond et de sanctionner les pratiques jugées choquantes, tels que les mariages incestueux. Cela répondait, entre autres, à une politique familiale précise : favoriser des unions normales, et donc la croissance démographique et économique. Mais peu importait, finalement, le véritable consentement des intéressés puisque, en tout état de cause, il s'agissait davantage d'une décision émanant du groupe familial que des deux individus.

486. Aujourd'hui, si ce contrôle reste nécessaire, il échappe quelque peu à l'autorité étatique : le phénomène généralisé du concubinage traduit une impuissance à faire respecter les conditions de forme du mariage¹¹.

Le problème s'est avant tout déplacé, depuis la question protestante, vers une préoccupation toute différente. Il ne s'agit pas uniquement de fixer les limites de la moralité, mais aussi de réagir face à l'immixtion de " l'autre ", " de-celui-qui-est-différent ", dans la société du for. Axé au départ sur les problèmes de religion, le problème a été étendu aux relations transfrontières. " L'autre " n'est pas seulement " celui-qui-croit-différemment ", c'est aussi " celui-qui-vient-d'ailleurs ". Les solennités laïques prévues en matière de mariage et les règles de droit international privé correspondantes ont pour ambition d'administrer ce choc des rencontres. La forme *civile* et *laïque* du mariage a donc en principe pour ambition d'assurer le bon fonctionnement de l'état civil, d'affirmer le rôle de l'Etat dans l'institution de la famille, d'assurer la neutralité de l'Etat, de protéger les tiers et d'éviter les détournements de l'institution.

487. Mais si les raisons du contrôle opéré par l'Etat pour la protection de ses intérêts et de la société tout entière sont fondées et légitimes, elles n'entraînent pas nécessairement une célébration *civile* du mariage. Les buts principaux que le législateur s'est fixés pourraient être atteints par d'autres moyens.

¹¹ BOULANGER (F.), *Droit civil de la famille*, tome I, *Aspects internes et internationaux*, Economica, 2^e éd., 1992, n°287 *in fine* ; ce qui justifie, selon lui,

488. S'il s'agit de faire respecter les conditions de fond du mariage, une célébration civile du mariage n'est pas indispensable et peut être aisément remplacée. Un autre système de contrôle peut être mis en place.

D'un autre côté, et contrairement aux idées reçues, la même conclusion peut être donnée concernant le respect du principe de laïcité.

Les objectifs qui sous-tendent ce principe peuvent en effet être atteints de deux façons : par l'uniformité ou par le pluralisme. Le législateur français a imposé un modèle unique de mariage et en a confié la charge aux autorités étatiques. Mais d'autres législateurs ont choisi la voie du pluralisme et bien qu'il soit difficile de juger si le système fonctionne correctement, cette deuxième solution a notre préférence car elle concilie à la fois les intérêts étatiques et les intérêts purement individuels. On pourrait donc permettre aux personnes qui veulent se marier de choisir entre une célébration laïque et une célébration religieuse, menée suivant les commandements de leur confession.

489. A titre comparatif, on peut évoquer, entre autres, les systèmes anglais et espagnol qui ont clairement opté pour le pluralisme¹².

Un mariage contracté en Angleterre doit revêtir, au choix, l'une des formes prévues par le droit anglais. Ainsi, il peut être célébré, toujours après obtention d'un certificat de l'officier d'état civil, soit suivant les rites de l'église d'Angleterre, soit suivant un rite chrétien (à condition que l'Eglise soit classée), soit suivant les usages de certaines sectes religieuses ou le rite israélite, soit, enfin, de façon purement civile, dans le cabinet du *Registrar* en présence de témoins¹³.

Le droit espagnol de son côté, dans l'article 49 de son Code civil, prévoit que "*le mariage peut être contracté en, ou hors d'Espagne, devant le juge ou l'officier d'état civil indiqué par le Code civil ou dans la forme religieuse prévue par la loi. Il peut également être contracté hors d'Espagne, dans la forme prescrite par la loi du lieu de célébration*". Cet ordre juridique va même plus loin dans la tolérance puisqu'il admet également, pour les étrangers, que "*le mariage peut être célébré en Espagne, dans la forme établie pour les Espagnols ou en satisfaisant à la forme prescrite par la loi personnelle de l'un d'entre eux*", ce qui élargit encore le

que la règle *Locus Regit Actum* redevienne facultative.

¹² Voir *supra*, notes 3 et suiv.

¹³ BROWN (L.N.) & WESTON (C.A.), *J.-Cl. comp.*, Grande-Bretagne, 1990, n°29 et suiv.

choix et permet de donner entièrement satisfaction aux intérêts individuels¹⁴.

490. Le pluralisme est le fondement principal de la nouvelle règle.

Mais la nouvelle règle est également tirée du principe de la liberté matrimoniale, puisqu'elle donne aux époux la possibilité de conclure le mariage qui correspond le mieux à leurs conceptions. Elle est de même justifiée par le caractère privé¹⁵ que l'on reconnaît finalement à l'union. Précisons toutefois que le choix se limiterait aux modes de célébration. Il ne s'agit pas de promouvoir, à côté du mariage, d'autres formes de déclarations, telles que celles prévues dans le projet de contrat d'union civile et sociale¹⁶, ni d'étendre ce choix aux conditions de fond de l'union.

Elle pourrait également réduire le nombre des mariages boiteux, conséquence qui avait été dénoncée à la suite de la qualification donnée, par le juge français, de la célébration du mariage¹⁷.

Enfin, le pluralisme se justifie car le caractère facultatif que l'on reconnaîtrait à la règle serait parfaitement compatible avec l'idée de laïcité et constituerait une meilleure expression de la neutralité contenue dans le principe. Cette neutralité devrait s'étendre à la règle de conflit. Mais contrairement à ce qui est enseigné classiquement¹⁸, la neutralité passerait ici par la possibilité d'un choix. Il convient

¹⁴ GARCIA-RUBIO (M.), *J.-Cl. comp.*, Espagne, 1994, n°61 et suiv.

¹⁵ En dépit de l'intervention marquée de l'autorité publique.

¹⁶ Ce type de solution aurait surtout pour résultat d'engendrer une immense confusion et, avant tout, une grande complexité. On peut, à titre d'exemple, signaler une proposition de loi belge ayant pour but d'actualiser la législation concernant les formes de cohabitation et de permettre à chacun de choisir un régime 'à la carte'. Étaient ainsi proposés : 1) un *mariage*, mais dont la dissolution serait radicalement simplifiée ; 2) une *union civile*, contractée et enregistrée par l'officier d'état civil, ouverte aux personnes de même sexe, et dont la dissolution se ferait par déclaration à l'officier d'état civil ; 3) une *convention de cohabitation*, dont les effets juridiques pourraient être choisis, ouverte aux personnes de même sexe, et librement révocable ; 4) et, enfin, une *cohabitation libre*, non conventionnelle, dont les intéressés ne régleraient pas les effets juridiques, et pour laquelle la jurisprudence offrirait des solutions à l'amiable. Projet cité in MEULDERS-KLEIN (M.-Th.), "Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public", in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard CORNU*, P.U.F., 1994, p. 317.

¹⁷ Cf. *Civ. 1^{re}, 22 juin 1955, Caraslanis*, R.C.D.I.P. 1955, 723, n. H. Batiffol. ; D. 1956, 73, n. Chavrier ; J.D.I. 1955, 682, n. Sialelli ; Gr. arrêts n°28 ; J.C.P. 1956, II, 9328, n. Guiho ; *Journal des juristes Hellènes* 1956, 217, n. Francescakis.

¹⁸ La présence de rattachements optionnels, ou alternatifs, est généralement présentée comme l'exemple d'une atteinte à la neutralité de la règle de conflit : LOUSSOUARN (Y.), "La règle de conflit est-elle une règle neutre ?", T.C.F.D.I.P. 1980-1981, t. II, p. 43.

dès lors d'examiner la mise en œuvre du principe du caractère facultatif de la règle *Locus Regit Actum*.

§ 3 : Mise en œuvre du principe

491. Le principe du pluralisme peut facilement être mis en œuvre. Pour concilier intérêts publics et intérêts privés, il suffit, notamment pour les mariages célébrés en France, d'instaurer un système d'enregistrement (A) qui resterait parfaitement compatible avec l'idée d'un choix de la célébration laissé à la volonté individuelle (B).

A/ CÉLÉBRATION DU MARIAGE ET ENREGISTREMENT

492. Une première possibilité aurait consisté à donner aux ministres du culte des pouvoirs d'état civil. Plusieurs pays ont depuis longtemps adopté ce système¹⁹.

Cette solution ne paraît néanmoins pas la plus souhaitable. Il est clair tout d'abord que, dans l'esprit de nos sociétés occidentales, on ne peut imaginer un tel système sans crainte de voir resurgir le spectre de la religion d'Etat et de l'intolérance. Même si cette crainte n'est pas nécessairement fondée, puisqu'il suffirait d'accorder ces pouvoirs à tous les représentants des différents cultes, le risque ne peut être complètement écarté. On ne verrait pas forcément réapparaître une religion officielle et imposée, mais l'intolérance et la discrimination peuvent être sérieusement redoutés. Chaque confession admet en effet difficilement les dogmes divergents et certaines de leurs règles interdisent, encore aujourd'hui (si l'on prend l'exemple de la religion musulmane) ou rendent

¹⁹ C'est notamment le cas de la Norvège, où le mariage doit normalement être célébré devant l'officier d'état civil, mais où les pasteurs ou directeurs d'une communauté dissidente chrétienne ou non chrétienne, ainsi que les notaires publics et fonctionnaires spécialement autorisés, remplissent la fonction d'officier d'état civil ; la célébration doit simplement faire l'objet d'une transcription ; cf. RYGH (E.), *J.-Cl. comp.*, Norvège, 1991, n°20 et suiv. Il en est de même en Afrique du Sud, certains ministres du culte se voyant attribuer une compétence d'officier d'état civil pour célébrer le mariage suivant les rites chrétien, juif, islamique, indien ; cf. KAHN (E.), *J.-Cl. comp.*, Afrique du Sud, 1990, n°22 et suiv., ainsi qu'en Suède, où le pasteur de chaque paroisse est fonctionnaire de l'Etat : LILJESON (H.), *J.-Cl. comp.*, Suède, 1989, n°26 et suiv.

plus difficiles, les mariages 'mixtes'²⁰.

Il faudrait ensuite se demander si on peut investir n'importe quel représentant de n'importe quelle religion de ces pouvoirs d'état civil. Faut-il les donner aux représentants de cultes considérés comme marginaux, faut-il admettre que le " gourou " d'une secte quelconque remplace le maire dans ses fonctions ? Le désordre que cela entraînerait certainement suffit à ne pas proposer une telle solution. Seuls les représentants des religions reconnues, autorisées, pourraient avoir ces fonctions. Cependant, seraient-ils réellement aptes à les assumer correctement ? Appliqueraient-ils strictement la loi, notamment lorsque les conditions que celle-ci prévoit ne correspondent pas à celles édictées par leur confession ?

Est-il bon par ailleurs de transformer les ministres du culte en administrateurs, en agents de l'Etat ? C'est ici une certaine liberté d'action ou de pensée qui se trouveraient menacées. C'est peut-être même, pour certaines religions, le caractère sacramentel du mariage qui serait altéré par le poids et la rigidité des formalités administratives.

493. Pour ne pas ainsi alourdir la charge des ministres du culte, tout en conciliant respect des conditions exigées par la loi (notamment celle du lieu de célébration) et choix du rituel par les époux, un système d'enregistrement pourrait être proposé. Sous réserve des formalités de publications qui, si elles étaient maintenues, devraient être effectuées avant toute cérémonie afin de permettre les éventuelles oppositions, l'enregistrement pourrait avoir lieu après la célébration, sur production d'une attestation du déroulement effectif de celle-ci. Le mariage ne pourrait produire d'effets civils qu'à la condition de cet enregistrement, mais celui-ci rétroagirait au jour de la célébration. Toutes les conditions qui sont déjà exigées pour le mariage seraient ainsi vérifiées, la seule différence se situant sur le terrain de la cérémonie, puisque l'on pourrait faire l'économie de la célébration civile. Ce système serait de surcroît en accord avec l'idée d'un contrôle, qui n'est réaliste que s'il est mené *a posteriori*.

Toutefois, un délai pour l'enregistrement ne saurait être imposé, même si sans lui, aucun contrôle n'est possible. Si les autorités permettent ouvertement l'union libre, on ne saurait obliger les 'époux' à se presser dans les bureaux de l'Administration. Mais s'il conditionne la production d'effets civils, il invitera les 'époux' à plus de diligence.

On pourrait, enfin, imaginer la présence obligatoire d'un fonctionnaire de l'Etat

²⁰ La mixité est ici entendue comme l'union entre personnes de religion différente, alors même que les intéressés auraient la même nationalité.

lors de la célébration privée, fonctionnaire qui se chargerait ensuite de la rédaction de l'acte de mariage et des formalités d'enregistrement. Mais cette exigence s'accommoderait assez mal avec l'esprit de pluralisme et serait sans doute, de la part de l'administration, une procédure relativement lourde à mettre en œuvre. La précédente proposition paraît mieux adaptée à l'évolution que connaissent nos sociétés occidentales.

494. La mise en place d'un tel système d'enregistrement ne pourrait pas en tout cas, semble-t-il, être accusée d'inefficacité.

Il a en effet été démontré que le contrôle opéré par les autorités avant le mariage ou au moment de celui-ci, était souvent inopérant et que le rôle de cette autorité était finalement assez réduit. Le pluralisme, dans l'ordre interne aussi bien que dans l'ordre international, pourrait alors être érigé en principe²¹. Ce qui compte finalement le plus, c'est l'existence d'un véritable consentement²², comme l'ont montré les dernières décisions relatives aux mariages de complaisance. Si deux personnes souhaitent se marier, il faut leur donner la possibilité de le faire facilement. Il faut d'autant plus favoriser la conclusion des mariages, sans pour autant leur ôter leur caractère solennel, que l'internationalisation des relations ira sans doute en grandissant. Il paraît alors un peu sévère de sanctionner l'acte sur le terrain de la forme.

Qu'avons-nous du reste à craindre si, par ailleurs, tous les événements de l'état civil intervenant sur notre territoire sont transcrits sur nos registres, même s'ils ont été dressés par une autorité étrangère ? Une transcription existe d'ores et déjà, mais elle mériterait, si l'on adoptait ce système, d'être généralisée²³.

²¹ On pourrait de même étendre le système aux mariages diplomatiques et consulaires.

²² Voir BOSCH (F.-W.) (Dr), " Die geplante Neuregelung des Eheschließungsrechts ", *FamRZ*, 2/1997, p. 65 et suiv., not. p. 69, citant Martin WOLFF, *Familienrecht*, 7. Aufl., 1931, § 2, Fn. 27, à propos du mariage in extremis - " Notklerikal-Ehe " - qui ne produit d'effet que si la conclusion du mariage est réitérée devant l'officier d'état civil - solution dont se plaint M. WOLFF : " *das Konsensprinzip ist wichtiger als die Frage, ob der Konsens der Verlobten vor dem Standesbeamten oder ausnahmsweise vor einer anderen Persönlichkeit erklärt wird* " (le principe du consentement est plus important que la question de savoir si le consentement des fiancés a été exprimé devant l'officier d'état civil ou, exceptionnellement, devant une autre autorité).

²³ L'article 7, dernier alinéa, du décret n°62-921 du 3 août 1962 prévoit déjà la publicité sur les registres français des mariages célébrés par les consuls étrangers : " *Les actes de mariage reçus en France par les agents diplomatiques ou les consuls d'une nation étrangère et concernant des étrangers dont l'un au moins est devenu Français postérieurement au mariage sont transcrits soit d'office, soit sur la demande des intéressés, sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré. Mention de la transcription sera portée en marge de l'acte de naissance qui, le cas*

Le système serait avantageux sur tous les plans car il permettrait, de plus, de concilier intérêts privés et intérêts publics. D'un côté les particuliers auraient le choix de la célébration de leur mariage ; de l'autre, l'Etat pourrait exercer son contrôle. Les exigences de preuve et de publicité seraient également assurées.

Il ne ferait pas non plus perdre à la célébration du mariage son caractère *fondamental*. Un simple enregistrement ne suffirait pas. La célébration ne serait plus, sinon, *célébration* mais *conclusion*, et serait ainsi réduite à un simple élément de forme. L'enregistrement, quant à lui, est bien une condition de forme, soumise à la loi locale, et qui ne peut être exigée, en l'occurrence, que dans le cas où le mariage est célébré en France. Puisque c'est la Parole qui préside au mariage, une célébration reste nécessaire²⁴ ; mais le choix de la cérémonie, du rite, resterait à la discrétion des intéressés.

B/ CELEBRATION DU MARIAGE ET OPTION DE LOIS

495. L'idée substantielle de l'ensemble est donc de donner aux futurs époux le choix de leur célébration. Concrètement, elle peut se traduire de deux façons. La règle de conflit peut, d'une part, prévoir des rattachements alternatifs pour régir la 'forme' du mariage²⁵ et dire, par exemple, que la célébration du mariage sera régie soit par la loi nationale des futurs époux, soit par la loi du pays où aura lieu la célébration. D'autre part, la loi interne qu'elle désigne peut elle-même autoriser, dans ses dispositions matérielles internes, plusieurs modes de célébration.

496. La deuxième méthode trouve des applications significatives dans certains

échéant, devra être préalablement transcrit dans les conditions prévues au second alinéa du présent article ".

Néanmoins, la transcription n'est prévue que dans le cas où l'un des époux devient Français. Ne faudrait-il pas étendre cette prescription lorsque l'intéressé, fût-il étranger, est établi durablement en France ?

²⁴ On risquerait sinon, à long terme, de confondre mariage et contrat d'union civile et sociale ; voir la proposition de loi visant à créer un contrat d'union civile et sociale, Ass. Nat., 23 juillet 1997, n°88, article 5.

²⁵ Ce principe d'option en matière de forme serait, d'après M. MAYER, une règle substantielle de droit international privé, car elle prend en considération les règles substantielles internes : MAYER (P.), *Droit international privé*, Montchrestien, 5^e éd., 1994, n°756 (à propos de la loi applicable à la forme des contrats et citant l'article 9 de la Convention de Rome du 19 juin 1980).

de nos pays voisins²⁶ ou encore dans les pays de statut coutumier²⁷. Ces derniers ont en effet adopté un ensemble de règles laissant une assez grande liberté aux intéressés.

Le Code de la famille du Sénégal de 1972 offre par exemple aux futurs époux le choix entre le mariage devant l'officier d'état civil et le mariage traditionnel, coutumier (article 114), les conditions de fond étant cependant identiques. Les deux formes sont mises à égalité et les intéressés peuvent choisir l'une d'entre elles, quel que soit leur statut antérieur et quelle que soit leur nationalité²⁸. Ainsi, toute personne qui se marie au Sénégal peut se marier selon la coutume en

²⁶ Nous avons déjà cité les droits espagnol et italien (ce dernier connaissant, depuis 1929, le mariage concordataire). La nouvelle loi de droit international privé italienne, de 1995, adopte, par ailleurs, des rattachements alternatifs pour la célébration du mariage. Voir : BALLARINO (T.), " Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien ", *R.C.D.I.P.* 1996, 21. L'auteur observe que la forme du mariage est réglée d'une façon très libérale qui devrait permettre aux étrangers de se marier, sur le territoire italien, selon leur rituel, sans aucun contrôle. Il ajoute qu'ils ne seraient même pas soumis aux règles d'application immédiate, notamment à l'article 116 du Code civil selon lequel " *l'étranger qui veut contracter mariage en Italie doit présenter à l'officier d'état civil une déclaration de l'autorité compétente de son propre pays, de laquelle il résulte que selon les lois auxquelles il est soumis, rien ne s'oppose au mariage* ". Cette soustraction à l'article 116 tiendrait au fait que son application suppose une célébration devant l'officier d'état civil. L'auteur en conclut qu'il serait préférable de penser que les formes du mariage prescrites par la loi matérielle italienne sont d'application nécessaire pour tout mariage célébré en Italie par des étrangers.

Nous avouerons notre perplexité quant à cette interprétation des nouvelles dispositions italiennes. Tout d'abord, si l'article 116 est une loi d'application immédiate, elle doit être appliquée (même si, en l'occurrence une adaptation est peut-être nécessaire) dans tous les cas. Ce serait sinon méconnaître la portée, en droit international privé, des lois d'application immédiate. Préconiser ensuite l'application nécessaire des formes de célébration du droit interne (mariage civil ou mariage concordataire) pour tous les mariages revient à anéantir la nouvelle règle de conflit.

²⁷ Consulter, par exemple : BATINA (A.), *Le code de la famille congolais : innovation ou acculturation en matière de mariage*, thèse Paris 10, 1992 ; DIALLO (C.S.), *Tradition et modernité dans le droit contemporain de la famille : la naissance et la rupture du lien matrimonial au Sénégal*, thèse Bordeaux 1, 1991 ; DIPÉRÉ (F.), *Le nouveau droit du mariage au Togo*, Thèse Lille 2, 1988 ; KERE KERE (G.), *Du maintien ou de l'abrogation du mariage coutumier dans le droit positif camerounais*, thèse Lyon 3, 1993 ; TOURE NIARE (A.), *Le droit du mariage au Mali, à la lumière des droits africains francophones*, Thèse Rennes 1, 1994.

²⁸ GUINCHARD (S.), " Le mariage coutumier en droit sénégalais ", *R.I.D.C.* 1978, 811. Ce principe semble aussi résulter d'un arrêt de la Cour suprême du Sénégal du 24 novembre 1974. Certains auteurs avaient pourtant estimé que le mariage coutumier devait être exclusivement réservé aux personnes de statut coutumier : KOUASSIGAN (G.A.), " Des conflits interpersonnels et internationaux de lois et de leurs incidences sur la forme du mariage en Afrique noire francophone. Réflexions à partir de l'expérience sénégalaise ", *R.C.D.I.P.* 1978, 641.

vigueur dans ce pays²⁹. Notons cependant qu'un contrôle étatique existe du fait que, pour être pleinement valable, le mariage coutumier doit être " constaté ", avant la conclusion du mariage³⁰. Les futurs époux doivent en effet informer l'officier d'état civil de leur projet, se présenter devant lui, lui remettre un certain nombre de pièces, etc.... ; la différence étant que, dans ce cas, l'officier d'état civil ne *célèbre* pas le mariage³¹.

497. Cette nouvelle présentation de la célébration du mariage entraîne une extension du champ de l'autonomie de la volonté dans le domaine du statut personnel³². La première méthode, où la règle prévoit plusieurs rattachements possibles, conduit aussi à ce résultat.

L'idée n'est pas tout à fait nouvelle et elle se présente sous forme d'options de législations. Par exemple, la nouvelle loi allemande de droit international privé, dans son article 14, al. 3, permet aux époux, à certaines conditions, de choisir la loi applicable aux effets de leur mariage. Inconcevable pour choisir les conditions de fond (âge, sexe, etc.)³³, le recours à l'autonomie de la volonté ne paraît pas choquant pour assurer la validité des conditions d'extériorisation de la volonté des époux. Il paraît, de plus, revêtir de multiples avantages.

La doctrine actuelle est en effet bien obligée de prendre conscience de l'évolution subie par la règle de conflit classique. Fondée à l'origine sur la localisation des matières juridiques et répartissant le champ d'application de lois appartenant à une même civilisation, elle est aujourd'hui confrontée aux nouvelles données de la vie internationale contemporaine et notamment à celles liées aux migrations.

²⁹ Par ailleurs, la règle *Locus Regit Actum* paraît devoir être facultative en droit sénégalais, en raison de l'absence du principe de laïcité et de monopole de l'officier d'état civil : KOUASSIGAN (G.A.), *op. cit.*, note 28, not. p. 653 ; BOUREL (P.), " Le nouveau droit international privé sénégalais de la famille ", *Rev. Sén. de Droit*, 1973, n°13, p. 5 à 30 ; J.-Cl. *comp.*, Sénégal, Droit international privé, 1978, n°31 et suiv.

³⁰ Un mariage coutumier non constaté reste cependant valable (art. 146 du Code de la famille), mais ses effets restent limités. Il est notamment inopposable à l'Etat et aux collectivités publiques ; cf. DIOUF (N.) & NDIAYE (I.Y.), J.-Cl. *comp.*, v° Sénégal, Introduction générale, Personnes, Famille, 1995, n°172 et suiv.

³¹ GUINCHARD (S.), " Réflexions critiques sur les grandes orientations du Code sénégalais de la famille ", *Penant* 1978, 328 ; " Le mariage coutumier en droit sénégalais ", *R.I.D.C.* 1978, 811.

³² CARLIER (J.-Y.), *Autonomie de la volonté et statut personnel*, 1991, Bruylant, Bruxelles, 1992 ; GANNAGÉ (P.), " La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille ", *R.C.D.I.P.* 1992, 425 ; VIGNAL (T.), *La part de la volonté dans les règles de conflits de lois hors des contrats*, thèse Paris II, 1993.

³³ Voir, cependant, CARLIER (J.-Y.), *op. cit.*, note 32, n°316, pour qui la loi choisie régit l'ensemble de la relation.

L'option de lois permet alors de tenir compte des particularismes de chacun et de chaque situation. Elle permet aussi de remédier au morcellement qui affecte le droit de la famille ces dernières années³⁴. Il serait donc souhaitable de chercher un moyen de retrouver une certaine unité³⁵.

L'option peut aussi être encouragée au regard de la solution donnée au problème de l'autorité de la règle de conflit. En traitant de l'incohérence des règles de rattachement, il a été rappelé qu'un futur époux de nationalité étrangère pouvait, à sa guise, se prévaloir ou ne pas se prévaloir de sa loi nationale régissant les conditions de fond de son mariage, lorsqu'il est célébré en France. C'est faire, implicitement, de la célébration du mariage, et notamment d'une partie de ses conditions, une matière où les parties ont la libre disposition de leurs droits. Cela justifie alors en partie la suggestion d'une option de lois en matière de modes de célébration de l'union.

Enfin, le respect de l'intention et des prévisions des parties serait de même assuré.

498. De quelle façon le principe peut-il être appliqué au mariage ? La volonté peut en effet s'exprimer de manières fort diverses.

499. Il peut s'agir, tout d'abord, de choisir expressément la loi qui régira la 'forme' du mariage, comme en matière de contrat. La volonté des parties serait clairement exprimée, dans des formes préétablies, comme le prévoit le droit allemand qui exige que le choix soit constaté dans un acte notarié (article 14, al. 3 EGBGB, pour les effets du mariage). Parallèlement, ou en l'absence de contrat de mariage, on pourrait aussi imaginer que l'option de droit soit consignée dans l'acte de mariage.

Néanmoins, les ouvrages qui traitent de l'immixtion de l'autonomie de la volonté la constatent surtout pour les *effets* du mariage³⁶. Plus précisément, un choix *exprès* n'est souvent envisagé que dans ce cas. Il est vrai que, pour la célébration du mariage, la chose se présente différemment : les futurs époux choisissent d'abord la forme de conclusion qui correspond le mieux à leurs aspirations, avant de se demander si le droit leur permet ce choix. En admettant donc que ce choix

³⁴ GANNAGÉ (P.), *op. cit.*, note 32, not. pp. 426 à 429.

³⁵ L'unité et la cohésion du statut de la famille sont aujourd'hui à tel point compromises que " *c'est parfois la cohérence même de l'état des individus qui est remise en question* " : LEQUETTE (Y.), " Evolution du droit de la famille en droit international privé français ", *Trav. Ass. H. Capitant*, 1988, 467, not. pp. 474-475.

³⁶ Sauf, toutefois, CARLIER (J.-Y.), *op. cit.*, note 32, n°316.

soit possible, c'est en fait la 'saisine' de telle autorité célébrante qui est l'expression de la volonté des parties. C'est donc le choix de la forme qui agit indirectement sur le choix de la loi applicable et c'est le caractère facultatif de la règle *Locus Regit Actum* qui permettrait ce choix.

500. Le choix du droit applicable au mariage peut ensuite être exprimé de façon plus indirecte, mais il est limité aux personnes qui ont le choix de leur statut personnel, comme ce fut ou est encore, le cas de ressortissants de pays anciennement colonisés - certains pays du Maghreb peuvent en fournir quelques exemples - ou sous dominance française - comme certains Territoires d'Outre-mer.

Ces citoyens peuvent en effet opter soit en faveur de leur statut traditionnel coutumier, soit du statut 'moderne' de droit commun. L'option leur permet alors d'être soumis à des règles qui ne sont pas celles du droit commun français.

Le Territoire de la Nouvelle-Calédonie offre une belle et intéressante illustration de cette possibilité. L'illustration a de plus la particularité d'appartenir entièrement au droit positif.

Tout en admettant leur qualité de citoyens français, la Constitution du 27 octobre 1946 (article 82) avait en effet reconnu aux 'autochtones' le droit de conserver leur statut personnel, tant qu'ils n'y avaient pas renoncé. Cette disposition a ensuite été reprise dans la Constitution du 4 octobre 1958 (article 75). En matière civile, le système est donc 'dualiste', sur ce Territoire, certains Français étant ainsi soumis au statut civil particulier, coutumier, alors que l'ensemble des citoyens français est en principe soumis au statut civil de droit commun. Cette option n'est toutefois réservée qu'aux seuls Mélanésiens autochtones nés sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie, de parents de statut civil particulier³⁷.

Dans ce cas, le mariage des citoyens de statut civil particulier est entièrement régi par la coutume³⁸. Nous sommes donc bien ici en présence d'un mariage

³⁷ S'ils optent pour le statut de droit commun, ce choix doit impérativement s'exprimer sous forme de requête soumise au Tribunal de Première Instance de Nouméa et l'admission de la requête entraîne changement irrévocable de statut. Pour un aperçu des règles particulières en vigueur en Nouvelle-Calédonie, on pourra consulter : AGNIEL (G.), " Statut civil particulier et statut civil de droit commun en Nouvelle-Calédonie. Coexistence et interférences ", inédit ; NICOLAU (G.), " L'autonomie de la coutume canaque ", *Revue juridique et politique. Indépendance et coopération*, avril-juin 1992, n°2, pp. 219 et suiv. ; NICOLAU (G.), " Le fil du temps, le sceau du droit et la Nouvelle-Calédonie aujourd'hui ", in *L'homme et le temps*, Actes du II^e colloque CORAIL, Nouméa, novembre 1989, pp. 171-196 ; ORFILA (G.), " L'application du droit privé français en Nouvelle-Calédonie ", *Droits et cultures*, 32, 1996, p. 107.

³⁸ Selon la coutume canaque, la cérémonie dure plusieurs journées, durant

célébré, sur le territoire français, en une autre forme que celle du mariage civil et laïque conclu devant l'officier d'état civil. Les conjoints doivent cependant déclarer leur mariage coutumier, dans les trente jours qui suivent l'avènement, au Maire du lieu de célébration, qui l'inscrira sur un registre de l'état civil coutumier³⁹. Il reste cependant à préciser que le mariage mixte entre une personne de statut de droit commun et une personne de statut civil particulier ne peut avoir lieu que devant l'officier d'état civil de droit commun⁴⁰.

501. On peut ainsi tenter de résumer les options possibles.

D'une part, la règle de conflit pourrait prévoir plusieurs rattachements alternatifs pour régir les modes de célébration du mariage et les futurs époux peuvent choisir la loi applicable, expressément ou implicitement. La règle *Locus Regit Actum* retrouverait ainsi son caractère facultatif lorsqu'elle régit la célébration du mariage. Le juge interprétera alors la volonté des époux de se soumettre à telle loi. Mais le fondement de la règle étant davantage tourné vers la faveur à la validité 'formelle' de l'acte que vers l'autonomie de la volonté, il pourra choisir la loi qui valide l'acte.

D'autre part, la loi désignée par la règle de conflit, même si celle-ci ne contient qu'un seul rattachement possible, peut elle-même prévoir, dans ses dispositions internes, un choix entre plusieurs modes de célébration. Ce choix peut être soit proposé à tout intéressé, soit limité à certaines catégories de personnes pour lesquelles le choix sera indirect, par l'intermédiaire du choix de leur statut personnel.

Conclusion du chapitre 2

502. L'évolution que connaît actuellement le droit de la famille est justifiée par la perte progressive du caractère impératif dont il était autrefois revêtu, ce que l'on peut notamment constater avec la multiplication des règles de conflit à

lesquelles on accueille les familles alliées lors de mariages antérieurs pour consacrer la nouvelle alliance. Chaque " responsable de la parole " prononce un discours et échange une monnaie canaque. Les époux n'ont pas la parole ; l'échange des consentements proprement dit consiste à s'asseoir sur la natte.

³⁹ Arrêté n°631 du 21 juin 1934 portant création d'un État civil des Indigènes, *J.O.* 15 juillet 1934.

⁴⁰ Pour les actes de mariage, voir les articles 40 et 42 de la Délibération n°424, du 3 avril 1967, du Conseil du gouvernement et de l'Assemblée Territoriale de la Nouvelle-Calédonie, *J.O.* 27 avril 1967.

rattachements alternatifs⁴¹ ou encore avec la montée du concubinage où le juge recherchera parfois l'*affectio societatis*, afin de ne pas considérer les concubins comme de parfaits étrangers⁴².

Pour prendre en considération cette évolution, il faut donc redonner à la règle *Locus Regit Actum* son caractère facultatif lorsqu'elle régit les conditions d'extériorisation de la volonté matrimoniale. La possibilité du choix de la 'forme' de célébration s'explique par le caractère privé de l'acte de célébration et aussi parce qu'elle exprime le mieux le principe de laïcité ainsi que celui de liberté matrimoniale, entendu dans un sens nouveau, puisque étendu au choix de la célébration.

Pour mettre en œuvre ce principe, un système d'enregistrement serait mis en place. Il faudrait toutefois distinguer selon que le mariage est célébré en France ou à l'étranger.

503. Si le mariage est célébré en France, la règle étant facultative, une forme autre que celle prévue actuellement par le droit français serait envisageable. Les futurs époux auraient donc le choix entre la loi locale (un mariage civil et laïque) et la loi de la nationalité, de la résidence habituelle ou du domicile de l'un des époux (mariage religieux ou consulaire). Une *célébration* resterait cependant nécessaire. Un mariage de *Common Law* ne pourrait être conclu sur le territoire français, même si la loi nationale le permet. Ce serait une condition matérielle de droit international privé, appliquée au mariage. Il serait dès lors préférable de dire, dans ce cas, que c'est la *lex loci celebrationis* et non la règle *Locus Regit Actum* qui est facultative. Si les époux choisissent une célébration autre que celle du mariage français, il sera alors procédé à un enregistrement, pour attester que le mariage a bien eu lieu et que ses conditions de validité ont été respectées.

Enfin, pour rendre le système réellement pluraliste, il faudrait peut-être étendre la possibilité d'un choix au droit interne, au risque, sinon, de faire naître une discrimination peut-être fâcheuse entre étrangers et nationaux. Si le droit interne

⁴¹ Les époux ne pourraient pas, toutefois, choisir n'importe quelle loi. Les règles alternatives subordonnent l'exercice de la volonté à la réalisation de la politique législative fixée par l'Etat du for. En règle générale, ils ne pourraient choisir un droit dépourvu de lien avec leur situation. Voir : GANNAGÉ (P.), *op. cit.*, note 32, spéc. p. 430 et 431, qui cite néanmoins l'article 79 du Code de procédure civile libanais, qui permet aux Libanais se mariant civilement à l'étranger d'opter pour un droit qui n'a pas d'attaches avec leur union ; cf. p. 431, note 12.

offrait lui-même un choix, alors le caractère facultatif de la règle de conflit ne trouverait sa véritable utilité que dans le cas où le mariage est célébré à l'étranger.

Cependant, il est possible de s'interroger sur la place qui doit être laissée à la volonté des futurs époux. Si l'on donnait à la règle un caractère facultatif dans tous les cas, les modes d'extériorisation du mariage pourraient être régis par toute autre loi que la loi française et on pourrait craindre que les intéressés cherchent à échapper à la nécessité de l'enregistrement et ainsi à tout contrôle des conditions de fond. Cette crainte est fondée dans la mesure où, constituant une condition de forme à part entière, l'enregistrement resterait régi par la règle *Locus Regit Actum*.

504. Si le mariage est célébré à l'étranger, on recherche avant tout la validité 'formelle' de l'acte. Cette fois-ci, c'est la règle *Locus Regit Actum*, et non la *lex loci celebrationis*, qui est facultative. Les mariages informels *conclus* (et non célébrés) à l'étranger, pourraient être reconnus. L'idée de faveur pourrait même conduire à reconnaître un mariage, même dans le cas où la règle *Locus Regit Actum* ne reconnaît pas la validité 'formelle' de l'acte.

Conclusion du sous-titre 1

505. La soumission des conditions du mariage à une loi unique n'est pas envisageable dans tous les cas de figure, et c'est pourquoi il convient de continuer à détacher la célébration des autres conditions du mariage. Ceci n'est pas contradictoire avec le classement de celle-ci dans la catégorie des conditions de fond. Il a été vérifié que les éléments d'une même catégorie pouvaient être régis par des lois différentes. Il en est de même ici. La célébration pourra, mais ne sera pas nécessairement soumise à la loi personnelle des intéressés.

Par ailleurs, le classement de la célébration du mariage parmi les conditions de fond ne fait pas entièrement disparaître la distinction entre le fond et le forme. On peut par exemple retenir un certain nombre d'éléments dont la qualité 'formelle' n'a jamais été discutée. Il s'agit notamment des formalités administratives, telles que la production d'un acte de naissance, de formulaires, la publication des bans

⁴² *Civ. 1^{re}, 11 février 1997, J.C.P. 1997, II, 22820, note Th. Garé ; l'affectio societatis* permet de reconnaître l'existence d'une société de fait entre les concubins ; *Civ. 1^{re}, 15 octobre 1996, D. 1997, somm., 177, obs. R. Libchaber ; dans ce cas, c'est sur le fondement de l'enrichissement sans cause que les juges ont accordé des droits à la concubine.*

(avec la limite instaurée pour le Français se mariant à l'étranger), etc..., qui restent régies par la *lex loci actus*. L'enregistrement serait de même une condition de forme régie par la loi locale. Obligatoire lorsque le mariage est célébré en France, le droit français ne pourrait l'exiger lorsque le mariage a lieu à l'étranger.

C'est la raison pour laquelle le caractère facultatif de la règle *Locus Regit Actum* et donc, finalement, le caractère alternatif des rattachements et de la règle de conflit, semble le mieux répondre à l'idée de *faveur* au mariage qui devrait dominer en la matière et qui devrait constituer le fondement de la règle.

Cette proposition, si elle reste attachée à l'aspect privé de l'institution, n'est pas sans incidence sur la qualification que nous avons retenue pour le mariage. Le pluralisme entraîne la pluralité possible des modes de célébration, en concurrence avec le mariage civil. Si on ne peut remplacer une cérémonie religieuse par une cérémonie d'une autre confession, on pourrait en revanche remplacer la cérémonie civile par une cérémonie religieuse, accompagnée d'un enregistrement. La célébration civile réintégrerait alors la catégorie des formes.

Ce 'retournement de qualification' ne serait toutefois pas gênant dans la mesure où, en dépit de son caractère *fondamental*, nous avons émis un avis réservé sur la possibilité de soumettre toutes les conditions du mariage à la même loi et où nous avons maintenu la nécessité d'une distinction entre les conditions de fond classiques et les modes de célébration du mariage.

Ainsi les modes de célébration du mariage continuent à relever du fond de l'union mais ne seront pas nécessairement régis par la loi personnelle. Néanmoins, lorsque cette loi n'exige pas un mode spécifique de célébration de façon exclusive, les futurs époux peuvent choisir de soumettre le mode d'extériorisation de leur union à une autre loi. S'ils choisissent une cérémonie civile et laïque, celle-ci est obligatoirement régie par la loi française, si le mariage a lieu en France.

La nouvelle réorientation des méthodes ne fait pas disparaître la nécessité de respecter, pour la formation du mariage, un certain nombre de conditions estimées comme essentielles. L'étude de la célébration du mariage conduit dès lors à s'interroger également sur la sanction de ces conditions de formation.

Sous-Titre 2

SANCTION ET RECONNAISSANCE DES DROITS CONFERÉS PAR LE MARIAGE

506. Les litiges relatifs au lien matrimonial, ou y puisant leur source, ont fait la fortune du droit international privé¹. Même si tous n'ont pas eu le mariage directement pour objet, l'existence de l'union était en filigrane dans certaines questions de divorce, de régime matrimonial, de filiation, de succession, d'obligation alimentaire, etc., et a permis à la jurisprudence de forger des solutions célèbres, en matière de compétence législative et juridictionnelle, et de méthode des conflits de lois en général.

La réalité du mariage dépasse le moment de sa conclusion et cette réalité n'est véritablement appréciée que plus tard, lorsque l'on en réclame les effets ou lorsqu'une personne remet l'union en cause. Plus concrètement, les effets civils du mariage n'étant pas accordés aux couples possédant simplement l'état d'époux, mais à ceux qui sont légitimement mariés, le mariage pose la question de sa reconnaissance ou de sa sanction, question qui touche avant tout l'ordre international. Il s'agit en quelque sorte de déterminer la condition en droit international privé, des effets civils du mariage².

507. Deux degrés doivent être ici envisagés.

Il convient d'emblée de dissocier les difficultés liées à l'existence du mariage des

¹ Il n'y a qu'à parcourir l'ouvrage consacré aux 'grands arrêts' pour s'en rendre compte : ANCEL (B.) & LEQUETTE (Y.), *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Sirey, 1997.

² Nous entendons ici le terme 'condition', non dans le sens d'une dépendance, mais dans celui de 'situation sociale', par analogie avec la condition sociale des personnes physiques.

cas où seule sa validité est remise en cause. Il peut arriver que celle-ci ne soit pas contestée en soi³, mais qu'elle soit difficile à établir. C'est l'existence du mariage qui est alors en jeu : " *Ne pas être ou ne pas être prouvé, c'est tout un* "⁴. Il faut donc distinguer la preuve de l'acte juridique de l'efficacité de cet acte ; savoir si la volonté exprimée produit l'effet juridique recherché, se révèle une question étrangère au domaine de la preuve⁵.

L'hypothèse inverse peut également se présenter. L'acte de mariage a été dressé et sa preuve rapportée, mais un des plaideurs soutient que le mariage n'est pas valable, car entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond. La nullité de l'acte est alors encourue, rendant celui-ci inefficace⁶.

Le mariage soulève ainsi la question de son existence, lorsque, en fait, sa réalité est mise en doute : il faut alors apporter la preuve du mariage et s'assurer - puisqu'il a été précisé que l'existence de 'papiers' n'étaient plus réservée au mariage - qu'il s'agit réellement d'un mariage (Chapitre 1).

L'existence du mariage ne préjuge pas ensuite de sa validité qui, en droit, peut être remise en cause, soit directement, lors d'une action en nullité du mariage, soit indirectement, lorsque la validité de l'union est une condition préalable de l'aboutissement de l'action principale (Chapitre 2).

³ Les exigences de forme ou de fond à laquelle la loi subordonne, à peine de nullité, la formation de l'acte juridique (ex : libre consentement des époux au mariage) ont été respectées.

⁴ *Idem est non esse et non probari*, ROLAND (H.) & BOYER (L.), *Adages du droit français*, Litec, 1992, 3^e éd., n°152 ; également *Non jus deficit sed probation* (Ce n'est pas le droit qui est défaillant, mais la preuve), n°255.

⁵ " *En d'autres termes, l'instrument dressé par les parties fait preuve de ce qui existe : le fait de leur expression de volonté. Mais à la question de savoir si de l'acte juridique découlent certains effets, répond la norme de droit, en pratique la loi, interprétée et appliquée par le juge. Du terrain des faits, de la simple existence, assujettis à la preuve, nous passons au domaine du devoir être, de la norme juridique* " : RIGAUX (F.), " La force probante des écrits en droit international privé ", *R.C.D.I.P.*1961, 19, n°3.

⁶ Il a été débattu de savoir si les vices de formation du mariage devaient être sanctionnés par la nullité ou par l'inexistence de l'acte, un élément constitutif essentiel à sa formation faisant défaut. L'enjeu est de taille car n'ayant jamais pu se former, dans la deuxième proposition, l'acte n'aurait même pas à être annulé par un juge (qui pourrait la constater sans qu'elle lui soit demandée), et ne donnerait pas lieu au bénéfice du mariage putatif. Il semblerait que la sanction par la nullité soit préférée lorsque la situation a un caractère international ; voir Civ. 1^{re}, 9 octobre 1991, Alidina c./ Ministère Public, *R.C.D.I.P.* 1992, 61, n. Paul Lagarde, et les références citées dans la note.

Chapitre 1

L'EXISTENCE DU MARIAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

508. La réalité du mariage peut être mise en doute de deux façons. Dans un premier temps, la logique du raisonnement commande de ne mettre en œuvre les règles gouvernant l'institution, que dans le cas où l'union litigieuse peut être qualifiée de mariage (section 1). Cependant, cette question ne sera peut-être soulevée qu'en deuxième lieu, la preuve d'une union étant rapportée, ce qui correspond, en réalité, à l'autre condition d'existence du mariage (section 2).

Section 1

La qualification de l'union

509. Etablir l'existence du mariage consiste avant tout à déterminer si l'union considérée est bien un mariage. La qualification commande en effet le choix de la règle de conflit régissant la preuve et la validité du rapport juridique. Or la 'déformalisation' de l'union des sexes et la diversité de ses modes de conclusion conduisent à une certaine confusion et entraînent la nécessité de délimiter avec précision l'union dont il s'agit. Le formalisme n'étant plus l'apanage du mariage¹ et toutes les unions ne produisant pas les mêmes effets, il sera essentiel de déterminer si l'union considérée constitue un mariage.

Cette nécessité serait accentuée par l'instauration d'un système d'enregistrement : faudra-t-il voir un mariage dans toute union enregistrée ? La question doit recevoir une réponse nuancée car l'existence de registres n'est pas

¹ Voir *supra*, n°208 et suiv.

la seule caractéristique du mariage.

510. Une qualification rigoureuse permettra tout d'abord d'exclure de la discussion toute 'union' qui ne répondra pas à cette définition. Une mise en œuvre erronée de la règle de conflit de lois est ainsi évitée, ainsi qu'une extension abusive de la catégorie. Que la catégorie mariage soit élargie pour absorber le concubinage ou que l'union libre soit érigée en une catégorie autonome, il est nécessaire, dans les deux hypothèses, de bien délimiter les notions. C'est à la notion de famille, et surtout d'union, qu'il faudra alors recourir. Elles seules permettront d'instaurer des frontières difficilement discutables. Ne pourrait recevoir la qualification d'union la réunion de personnes qui ne répondraient pas aux conditions de la définition.

511. La *famille*, tout d'abord, désigne un groupe de personnes, lesquelles ne vivent pas nécessairement sous le même toit, mais sont unies de façon indissociable par un lien que la chrétienté tient pour sacré (ce que Dieu a uni...ne peut être séparé), né de la parenté ou de l'alliance. A ce titre, l'union formée par un couple de concubins ne deviendrait famille qu'avec la venue d'un enfant.

Constitue ensuite une *union* celle qui est née de la volonté libre de personnes de sexe différent de vivre durablement ensemble dans le but de fonder un foyer, une famille². Il serait possible, dans cette optique, de faire de la procréation (en tout cas de la possibilité génétique de procréer) une fin et donc une condition de l'union. Seraient ainsi exclus, une fois pour toutes, les 'partenariats' homosexuels ou transsexuels, mêmes conclus à l'étranger entre personnes dont la loi personnelle admet ce type d'union. Ils ne pourraient être reconnus, même pas par le biais de l'ordre public atténué. L'histoire a certes souvent témoigné que le mariage n'était pas seulement une union mais était aussi le fruit d'une alliance politique et/ ou économique. Il reste cependant que l'alliance était le but et qu'elle ne se réalisait pleinement qu'avec la naissance d'un héritier. Ceci justifie que l'accent soit mis sur les finalités familiales de l'institution. Le contrat d'union civile et sociale ou les mariages blancs, constituent bien une association économique, mais cette association n'engendrera aucun héritier.

Une telle définition de l'union permettrait peut-être également d'exclure, de la catégorie, les unions de complaisance³. On a déjà vu la difficulté d'établir avec

² Ce dernier critère sera difficile à déterminer car il tient de l'intention des époux. On remarquera aussi que la définition laisse en principe la place aux unions polygamiques.

³ Limitées aujourd'hui aux mariages, il ne faut pas douter de la prochaine émergence, s'ils n'existent pas déjà, des concubinages " blancs ", si l'on reconnaît

certitude l'intention matrimoniale des intéressés, mais la mention expresse de la création d'un foyer, comme but et fondement de toute union naturelle, contribuerait certainement à écarter plus facilement les unions fictives.

Il est vrai que, même si l'on fait de l'intention matrimoniale un élément essentiel du mariage, il sera quasiment impossible de la vérifier au jour de la conclusion. La famille s'épanouissant dans la durée, seul un contrôle *a posteriori* serait véritablement réaliste⁴. La question ne se posera néanmoins réellement que devant le juge.

512. Si ces éléments de qualification faisaient défaut, cela conduirait à dénier l'existence d'un mariage, dont on n'aurait même pas à apprécier la validité. Plus précisément, il s'agirait là d'une condition 'catégorisante' de l'union. Mais la distinction entre l'inexistence et la nullité du mariage, lorsqu'une condition essentielle se trouve manquante, est difficile à opérer et est, surtout, considérée comme inutile par une certaine partie de la doctrine⁵. Ainsi, pratiquement, si la condition énoncée fait défaut, la tendance serait probablement de la considérer comme une cause de nullité du mariage, même si, dans cet exemple précis, elle peut être considérée comme un véritable cas d'inexistence. Le classement dans la catégorie concubinage serait également exclu dans le cas où ces conditions essentielles ne seraient pas respectées. Cette condition de fond revêtirait

de plus en plus d'effets civils à l'union libre. L'essor de ce type de conventions sera facilité par l'absence de contrôle qui caractérise leur conclusion.

⁴ Voir, à ce propos, les nouvelles dispositions en matière de nationalité ou de titre de séjour des étrangers, où la durée de vie commune ou la naissance d'un enfant commun constituent la condition de leur obtention. Voir *supra*, n°429 et suiv.

⁵ Voir par exemple, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 3, *La famille*, 7^e éd., par L. LEVENEUR, Monchrestien, 1995, n°803. La théorie de l'inexistence avait été imaginée afin de pouvoir refuser la validité du mariage dans les cas où aucun texte ne prévoyait expressément la nullité, c'est-à-dire en cas d'identité de sexe, d'absence de célébration par l'officier d'état civil, l'absence de consentement des époux. Mais on dit la théorie inexacte car ne produisant pas d'effets plus complets que la nullité, une décision judiciaire restant nécessaire, le bénéfice du mariage putatif n'étant pas exclu et la Cour de cassation ayant refusé d'accueillir la théorie (Civ., 9 novembre 1887, D. 1888, 1, 161 ; S. 1887, 1, 461). L'auteur reconnaît cependant que le nouvel article 202 du Code civil, modifié par la loi du 3 janvier 1972, oblige désormais à distinguer le mariage déclaré nul du mariage qui n'existe pas ; qu'ainsi la nouvelle disposition ne pourrait pas bénéficier aux enfants de concubins. Voir aussi : LEVENEUR (L.), *Situations de fait et droit privé*, L.G.D.J., 1990, n°173 et suiv. Cette dernière remarque paraît en effet pleinement justifiée. Si nous estimons, pour notre part, qu'un mariage non célébré par l'officier d'état civil, mais par une autorité religieuse, ne peut être considéré comme inexistant, nous ne pourrions en revanche admettre qu'un enfant dont l'un des parents est, par exemple, engagé dans une union homosexuelle, réclame le bénéfice de l'article 202 C. civ.

néanmoins le caractère d'une loi d'application immédiate car il ne serait pas souhaitable de distinguer, ici, selon les lois personnelles des intéressés.

Il faudrait alors résoudre le litige sur un autre terrain. Le juge classera le rapport, en l'absence de catégorie autonome pour le concubinage, dans la catégorie correspondante, suivant qu'il s'agit d'une question de droit réel, délictuelle, etc., même si la loi ainsi désignée, que l'on supposera étrangère, reconnaît dans le concubinage une union de droit soumise à une autre règle de conflit. Le jeu du renvoi ne permettrait pas de revenir sur la qualification donnée par le juge du for, le droit français étant réticent à l'égard du renvoi de qualification⁶. Il ne serait d'ailleurs peut-être pas souhaitable de le faire jouer ici. A moins d'utiliser le mécanisme de l'ordre public, on pourrait sinon donner effet à une union que le droit français estime inexistante.

513. Si l'existence d'une véritable union est admise, il conviendra alors de l'identifier soit comme mariage, soit comme concubinage, avec d'autant plus de soin que la règle de conflit qui leur est attachée est, pour le moment encore, différente.

Dans cette optique, il serait peut-être opportun d'unifier les règles de rattachement relatives au mariage et au concubinage, ce qui ne conduirait pas nécessairement à leur faire produire les mêmes effets, mais permettrait une meilleure coordination des systèmes.

Il est de fait assez paradoxal que le droit international privé ne considère pas l'existence du concubinage de façon autonome alors que certains effets lui sont attribués dans l'ordre interne. La production de ces effets étant soumise à l'existence d'un certain nombre de conditions de fond, par ailleurs identiques à celles que connaît le mariage⁷, il serait possible d'envisager l'ouverture de la catégorie du mariage à toutes les unions correspondant à cette conception⁸. Le droit ainsi désigné nous indiquerait la nature de l'union (mariage ou concubinage) et préciserait sa validité, ce qui n'empêcherait pas de soumettre les effets de ces

⁶ Du moins dans les matières relevant du droit des obligations. Voir Cour d'appel de PARIS, 3 mars 1994, Mobil North Sea Limited et a. c./ Cie française d'entreprises métalliques et a., R.C.D.I.P. 1994, 532, n. Bertrand Ancel ; J.C.P. 1995, II, 22367, n. H. Muir-Watt.

⁷ Du moins dans l'ordre interne, mais l'étude de certains droits étrangers a révélé que les solutions se rejoignent dans l'ensemble, exception faite des pays qui admettent les concubinages homosexuels.

⁸ STRIEWE (P.), *Ausländisches und Internationales Privatrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, Carl Heymanns Verlag, 1986.

unions à des lois différentes⁹.

Un auteur allemand, constatant le caractère fluctuant des frontières entre mariage et concubinage, a d'ailleurs proposé d'élargir, en droit international privé, la catégorie du mariage pour y inclure l'union libre¹⁰. Il admet alors que les règles de droit international privé seront applicables au concubinage. Par exemple, la vérification des conditions de fond se fera en application du § 13 Abs.1 EGBGB sur la formation du mariage, c'est-à-dire en conformité de leur loi personnelle. Cette loi dira si les conditions de fond (durée minimale, naissance d'un enfant commun, etc.) d'une union libre sont remplies. L'auteur ajoute cependant une restriction à l'analogie complète pour ce qui concerne les prescriptions formelles de l'union. D'après lui, si des conditions de forme sont exigées à la création du concubinage, l'article 13 III EGBGB, qui soumet la célébration du mariage à la forme prescrite par la loi allemande, ne doit pas s'appliquer. Cette disposition assure en effet la participation des autorités allemandes aux mariages célébrés en Allemagne et non le respect des formes exigées par un droit étranger. Convientrait alors mieux, à la validité formelle du concubinage, l'article 11 Abs. S. 1, EGBGB, qui fait régir la question soit par la loi du fond, soit par la loi du lieu où le rapport de droit est conclu.

M. GAUTIER estime pour sa part que l'union libre ne peut faire correctement l'objet d'une distinction entre ses conditions de formation et ses effets. Il propose alors, après avoir présenté les avantages de la création, aux côtés du mariage, d'une nouvelle catégorie " union libre ", d'appliquer aux concubins une loi unique, calquée sur la loi applicable aux effets du mariage. La loi nationale commune ou, à défaut de nationalité commune, la loi du domicile commun, serait appliquée. Le rattachement au domicile serait d'autant plus adéquat qu'il représente, en matière de concubinage, le siège du rapport de droit, le lien le plus étroit¹¹. L'auteur précise néanmoins que cette recherche d'une loi unique doit conduire avant tout à une loi nationale commune, si elle existe, alors que, pour notre part, un rattachement plus territorial, comme le domicile ou la résidence, paraît plus adéquat. Mais la proposition ne résout pas cependant la question de la formation

⁹ Notons toutefois que ce procédé n'est réellement envisageable que s'il est admis que la célébration du mariage, y compris ses modes d'extériorisation, relève essentiellement du fond, et donc d'une même loi. On se heurterait sinon à une complication supplémentaire : il s'agirait de savoir si une union doit être caractérisée par sa forme ou par ses éléments de fond, ce qui pourrait conduire à faire régir la question par deux lois différentes qui, de surcroît, pourraient donner des solutions divergentes. Il n'y aurait plus, alors, de qualification secondaire possible.

¹⁰ STRIEWE (P.), *op. cit.*, note 8, not. p. 381 et suiv., et pp. 411-412.

¹¹ GAUTIER (P.-Y.), *L'union libre en droit international privé*, thèse Paris I, 1986, n°180 et suiv. ; et voir aussi, du même auteur : " Les couples internationaux de concubins ", *R.C.D.I.P.* 1991, 525.

du lien.

514. Toutefois, en l'absence de catégorie unique, il serait nécessaire de déterminer l'existence d'un mariage. L'identité des fins familiales, si elle permet l'identification d'une véritable union, ne suffit pas à distinguer le mariage du concubinage. Pour permettre la distinction et la qualification du mariage, on peut en regrouper les éléments essentiels, sous la forme de la définition suivante :

Le mariage est l'union légitime et intangible d'un homme et d'une femme, c'est-à-dire de deux personnes de sexe génétiquement différent, ayant pour fin de constituer une alliance, de vivre en commun et de fonder une véritable famille, un foyer dont ils auront la charge. Acte juridique d'un type particulier, car acte de parole¹², cette union est issue d'un échange *solennel* des volontés de chacun des deux époux, échange solennellement proclamé, conformément à certains rites préétablis, à l'occasion d'une cérémonie publique¹³.

Liée indéniablement à ces éléments d'identification, l'existence du mariage nécessite en outre qu'il en soit rapporté la preuve. La question rencontre, ici encore, comme il le sera vérifié, quelques difficultés propres à l'ordre international.

Section 2

La preuve de l'existence du mariage en droit international privé

515. L'établissement de l'existence de l'acte juridique ne préjuge pas de la validité de celui-ci¹⁴. Il faut en effet classiquement distinguer le *negotium* (accord

¹² ELLUL (J.), *Ce que je crois*, Paris, 1987, pp. 113-114.

¹³ Il semblerait peut-être difficile, aujourd'hui, d'admettre dans la catégorie du mariage les mariages de *Common Law*. On a admis leur existence et leur validité en application de la loi de conclusion, c'est-à-dire en faisant de l'union " by cohabitation and reputation " un mode de conclusion possible du mariage et en le classant dans la catégorie des formes du mariage. Il n'est pourtant pas facile, à moins d'abandonner la qualification à la *lex causae*, de dissocier cette institution du concubinage.

¹⁴ Civ. 1^{re}, 18 novembre 1969, Dlle Augier c./ consorts Domino-Ginisty, *Gaz. Pal.* 1970, 1, 56 ; *J.C.P.* 1970, II, 16216 bis : " Une cour d'appel juge

et échange des volontés, qui représentent le fond du droit)¹⁵ de l'*instrumentum*, qui ne fait que constater le *negotium*. Il faut donc se garder de confondre la forme de l'acte juridique, forme 'intrinsèque' du *negotium* prescrite à peine de nullité (on dit alors que la forme est requise *ad validitatem* ou *ad solemnitatem*, c'est-à-dire qu'elle constitue une condition de validité de l'acte), et celle, 'extrinsèque', prescrite uniquement en vue d'en faire la preuve (la forme est alors prescrite *ad probationem*). On comprend alors qu'il peut y avoir nullité de l'*instrumentum* sans que cela ait une incidence sur la validité du *negotium*, et inversement. La force probante attachée à un instrument ne couvre donc pas les vices qui entachent le *negotium*. L'efficacité de l'*instrumentum* concerne seulement sa force probante¹⁶.

516. Dans la conclusion du mariage, l'acte juridique (la volonté de se prendre pour époux), et la forme intrinsèque requise *ad solemnitatem*, comme l'exigence d'une célébration par l'officier d'état civil, se distinguent nettement de la constitution de sa preuve¹⁷.

souverainement que l'inobservation de la formalité imposée (...) au chef d'une communauté religieuse qui a conclu le mariage, de le déclarer à l'officier d'état civil dans les huit jours qui suivent sa célébration, et qui a été édictée essentiellement afin de faciliter la preuve du mariage, n'a aucune conséquence sur la validité de celui-ci qui peut être prouvé par la production d'une copie littérale de l'acte de mariage figurant au registre de l'état civil tenu par le clergé catholique".

¹⁵ Un acte juridique est une opération juridique (*negotium*) consistant en une manifestation de la volonté ayant pour objet et pour effet de produire une conséquence juridique ; cf. *Vocabulaire juridique*, association H. Capitant, sous la direction de G. CORNU, P.U.F., 6^e éd., 1996. Cet acte peut effectivement, à peine de nullité, revêtir une forme particulière.

¹⁶ A la distinction " acte - instrument " correspond parallèlement la distinction " force obligatoire - force probante ". L'effet attaché à l'instrument est la force *probante*, seul l'acte a force *obligatoire* : RIGAUX (F.), " La force probante des écrits en droit international privé ", *R.C.D.I.P.* 1961, 19, n°1 et 4.

Certains auteurs pensent pourtant que la distinction entre l'écrit requis *ad validitatem* et celui requis *ad probationem* est bien mince, et qu'on ne peut facilement prétendre, à défaut de cet écrit, pouvoir le remplacer par le serment ou l'aveu ; la preuve resterait la condition unique d'efficacité. Voir : FLOUR (J.), " Quelques remarques sur l'évolution du formalisme", in *études Ripert*, 1950, t. I, pp. 93-114, notamment n°6, citant GÉNY, *Science et technique en droit privé*, III, 1925, n°205. La critique ne semble cependant pas se justifier dans le droit du mariage, puisque le défaut d'acte écrit y est comblé par différents moyens, qui ne sont pourtant pas des actes authentiques, comme par la possession d'état, dans certains cas.

¹⁷ Cf. aussi *supra*, n°324 et suiv.

D'après l'article 75, al. 6, du Code civil, en effet, " // [l'officier d'état civil] recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage et il en dressera acte sur-le-champ ". La cérémonie du mariage se divise donc sans équivoque en deux étapes : d'une part, la célébration proprement dite, où les futurs époux participent du *negotium*, et où la forme 'intrinsèque' de celui-ci requise *ad validitatem* est observée, et d'autre part la rédaction de l'acte de mariage, *instrumentum* qui constate, pour le présent et l'avenir, qu'il y a bien eu *negotium*. Lorsque l'acte de mariage est dressé, les conditions de fond et de forme exigées pour la validité du mariage ont donc en principe déjà été observées. L'acte juridique, le mariage, est présumé valide. L'acte de mariage, acte authentique dressé par l'officier d'état civil, dont on appréciera seulement la force probante, ne modifie en rien, ni positivement, ni négativement, la validité de l'acte juridique. Il ne fait que relater celui-ci.

Cependant, de même que chaque système peut présenter des particularités dans ses exigences de fond et de forme pour la validité du mariage, tous les pays n'organisent pas la preuve du mariage de la même façon. Il convient donc de déterminer la loi qui régira les conditions de preuve du mariage.

L'éloignement spatial et/ou temporel peuvent ajouter à la difficulté d'apporter cette preuve. Conscients de ces problèmes, le législateur et le juge - ce dernier soucieux, après tout, de former sa conviction - se sont efforcés de faciliter la preuve du mariage en droit international privé, en organisant un système souple pour l'admissibilité des modes de preuve du mariage (§ 1), ainsi qu'une bonne circulation de ces instruments de preuve (§ 2).

§ 1 : L'admissibilité des modes de preuve du mariage international

517. Les modes de preuve que les parties peuvent produire, pour établir l'existence de leur union, sont en principe déterminés par la *lex loci actus* (A). Ce principe, dans un esprit de faveur, a cependant été assorti d'exceptions (B).

A/ COMPÉTENCE DE PRINCIPE DE LA LEX LOCI CELEBRATIONIS

518. Facteur de sécurité juridique, la constitution d'une preuve écrite va souvent de pair avec la rigueur de la loi dans l'admissibilité des divers modes de

preuve.

Acte juridique particulièrement important, le mariage ne pourrait être prouvé que par un mode de preuve parfait, uniquement par un acte authentique, alors que l'union libre, fait juridique, peut se prouver par tous moyens¹⁸. Apparaissent donc des difficultés d'admissibilité des moyens de preuve et de force probante de ces modes de preuve¹⁹. Paradoxalement il serait plus malaisé, à première vue, d'apporter la preuve du mariage que celle du concubinage. Ces difficultés grandissent dans l'ordre international, en présence d'unions conclues à l'étranger, la loi compétente pouvant s'avérer plus ou moins exigeante.

519. S'agissant d'un acte juridique, un premier constat révèle les liens entre les formes de l'acte et sa preuve : les règles de la preuve préconstituée et les règles de forme " participent de la même nature "²⁰. La compétence de la *lex loci actus*, *lex loci celebrationis* pour le mariage, apparaît alors comme naturelle. Cela paraît d'autant plus frappant pour le mariage, où la rédaction d'un acte de mariage fait partie des formalités du mariage. Ce sera donc à cette loi de dire quels sont les modes de preuve exigés. On peut du reste interpréter dans ce sens l'article 47 du Code civil, selon lequel " *tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays* ".

La compétence exclusive de la *lex loci celebrationis* est même défendue vigoureusement par certains auteurs. M. André HUET, bien que quelques solutions jurisprudentielles ou doctrinales envisagent la compétence de la *lex fori*, dénie à celle-ci tout pouvoir d'intervention. La preuve étant un élément de la prévision des parties, ces dernières doivent, dans un souci de sécurité juridique, avoir la certitude de la loi applicable, et c'est en cela que la *lex loci actus* est préférable. Elle est prévisible, alors qu'au moment de la conclusion de l'acte, nul ne sait

¹⁸ On peut cependant remarquer la pratique de certaines municipalités de délivrer des "certificats de concubinage" ou des attestations, ou encore un "procès-verbal de concubinage" dressé par un huissier : réponse ministérielle à question écrite n°25678, *J.C.P.* 1980 ; IV, 408. Pour le procès-verbal, voir Civ. 2^e, 15 avril 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 645 ; *D.* 1982, IR, 38 ; *R.T.D.Civ.* 1981, 601, obs. Perrot. Finalement, si le concubinage est souvent né d'un rejet des formalités du mariage, pourraient alors ici apparaître de nouveaux registres, à côté des registres du mariage. Le concubinage ne fait donc pas disparaître ou simplifier les paperasseries administratives, il les complique et les multiplie !

¹⁹ C'est en réalité le premier point qui pose le plus de questions, car la force probante sera sans doute déterminée par le droit (*lex fori* ou *lex loci actus*) en vertu duquel le mode de preuve aura été admis.

²⁰ FLOUR (J.), *op. cit.*, note 16. Voir aussi, sur la preuve du mariage en général : MESTRE (J.), " Le mariage en droit international privé. Conditions de forme ", *J-cl. dr. int.*, fasc. 546 B, 1993, n°127 et suiv.

quelle sera la *lex fori*. La compétence de la *lex fori* n'a ici, selon cet auteur, aucun sens²¹. Ainsi, par application de la *lex loci celebrationis*, " le mariage contracté et célébré dans les formes de la loi française (soit en France devant un officier de l'état civil français, soit à l'étranger devant les agents diplomatiques ou consulaires français), ne peuvent être prouvés que conformément à l'article 194 du Code civil (...) " ²², et la présentation d'un acte de mariage inscrit dans les registres sera alors exigée. A supposer ensuite que le mariage ait été célébré à l'étranger, c'est la loi étrangère de ce lieu de célébration qui déterminera les modes de preuve admissibles pour en établir l'existence, même si cette loi est moins exigeante que la loi française. Relevons toutefois aussitôt que, dans l'exemple du mariage consulaire proposé par l'auteur précité, la question relève de la *loi auctoritatis*²³, et non de la *lex loci celebrationis*, puisque les consulats et ambassades ne sont pas considérés comme parties de territoires étrangers.

520. D'une manière générale, la preuve du mariage se fait généralement par la présentation d'un acte de l'état civil. Mais dans certains pays, notamment ceux où le mariage est de forme consensuelle (mariages de *Common Law*), les registres font défaut. Comment prouver alors le mariage ? La possession d'état, le témoignage, la commune renommée, ont parfois suffi, par application de la loi de la formation du mariage, à en démontrer l'existence. Certaines décisions ont pu estimer ainsi que la preuve pouvait résulter du fait que deux personnes vivaient notoirement comme époux ou encore que la cohabitation prolongée, accompagnée de la possession d'état de mari et femme, constituait une présomption que les consentements ont été échangés²⁴.

²¹ HUET (A.), *Les conflits de lois en matière de preuve*, Dalloz, 1965, n°44.

²² HUET (A.), *op. cit.*, note 21, n°136. L'ancienne exigence, édictée dans l'article 47 du Code civil, de la transcription pour les Français, des mariages célébrés à l'étranger marquerait ici la pénétration du statut personnel dans le régime de la preuve ; cf. n°140.

²³ La loi personnelle des intéressés disant, de son côté, si elle les autorise à se marier dans cette forme.

²⁴ PARIS, 20 janvier 1873, Dussauce c./ Dussauce, S. 1873, 2, 177 ; D.P. 1873, 2, 59. " Le mariage d'un Français à l'étranger est régi, quant à ses formes extrinsèques et à son mode de preuve, par la législation du pays où il est contracté. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'un mariage contracté dans un pays où la loi n'exige, pour prouver le mariage et en constater l'existence, aucun acte écrit mais seulement la cohabitation et la réputation, par exemple dans l'Etat de New York, aux Etats-Unis, les tribunaux français doivent reconnaître la validité du mariage, s'il est fait preuve devant eux de la cohabitation et de la réputation (Code civil, art. 170).- Et les enfants qui se prétendent issus du mariage peuvent prouver leur filiation par la possession d'état ". Voir aussi : AMIENS, 22 juillet 1886, J.D.I. 1887, 188 ; AIX-EN-PROVENCE, 20 décembre 1900, J.D.I. 1903, 639 ; Trib. civ. SEINE, 31 mars 1905, R.C.D.I.P. 1905, 712 ; mais contra, PARIS, 20 novembre 1928, D.H. 1929, 24 ; Gaz. Trib. 15 février 1929, qui estime que cet état

521. Cependant, en dépit de cette position, la *lex loci celebrationis* subit la concurrence certaine et directe de la *lex fori*. Monsieur RIGAUX professe même que la classification des moyens de preuve s'opérerait par la *lex fori*, puisqu'elle détermine les modes recevables, ainsi que la force probante d'un écrit étranger. La *lex loci actus* se contenterait, d'une part, de désigner l'autorité compétente pour dresser l'acte et d'établir les formes dans lesquelles celle-ci instrumentera et, d'autre part, de déterminer la régularité de l'instrument. Mais une irrégularité n'enlèverait pas toute force probante à l'acte qui serait appréciée par la *lex fori*²⁵. Cette thèse, prenant le contre-pied de la précédente, semble présenter également certains avantages. Les deux thèses s'affrontent et se complètent : l'arrêt *Isaac* a érigé cette rivalité en principe de solution : " *S'il appartient toujours au juge français d'accueillir les modes de preuve de la loi du for, c'est néanmoins sans préjudice du droit pour les parties de se prévaloir (en l'espèce en matière de mariage) des règles de preuve du lieu étranger de l'acte* " ²⁶. Ce sera donc à la *lex fori* ou bien à la *lex loci actus* de dire quel mode de preuve est admissible.

Ainsi l'apparente rigidité, dans l'admission des moyens de preuve relatifs au mariage, trouve là une compensation, fondée sur le souci de faciliter la preuve des actes dressés à l'étranger. C'est déjà prévoir ici une exception à la compétence de la *lex loci celebrationis*.

B/ LES EXCEPTIONS A LA COMPÉTENCE DE LA LEX LOCI CELEBRATIONIS

522. Face au ton impératif de l'article 194 du Code civil, les solutions du droit international privé apparaissent plutôt favorables, pour celui qui a la charge de la preuve de l'existence du mariage. Les juges ont tendance à admettre facilement cette preuve, même par la possession d'état comme moyen d'établir le lien

de fait n'est pas révélateur de l'intention des parties.

²⁵ RIGAUX (F.), *op. cit.*, note 16, n°15 et suiv. L'auteur pense en effet que la matière relève davantage des conflits de juridictions ou d'autorités que des conflits de lois. Pour cette raison, la *lex fori* est investie d'un plus large domaine. Le droit allemand adopte une solution proche : la preuve relèverait du droit procédural, et donc du droit allemand ; voir : O.L.G. DÜSSELDORF 12 août 1992, IPRax 5/1993, S. 331.

²⁶ Civ. 1^{re}, 24 février 1959, Isaac, R.C.D.I.P. 1959, 368, n. Y. L. ; S. 1959, 485, n. Malaurie ; J.D.I. 1959, 1145, où la preuve d'un mariage célébré à Smyrne, dans les formes religieuses prévues par la loi mosaïque, entre deux Israélites, s'était posée.

matrimonial, alors qu'il est exclu dans l'ordre interne. L'application de la *lex loci actus* peut parfois conduire à admettre ce mode de preuve. Mais il s'agit ici d'une application normale de la *lex loci actus* : on utilise les modes de preuve que celle-ci admet.

Il peut cependant exister des cas où cette loi commande en principe un écrit, alors que cet acte a disparu. Il faut dès lors, dans un premier temps, faire appel aux modes subsidiaires prévus par la *lex loci celebrationis*²⁷. Cependant, lorsque la loi étrangère n'a rien prévu à cet effet, certaines décisions ont simplement appliqué l'article 46 du Code civil²⁸.

523. C'est ici que les arrêts *Isaac* du 24 février 1959 et *Ruffini* du 12 février 1963²⁹ ont marqué une nette évolution dans l'admission des modes de preuve pour le mariage : " *La preuve d'un acte peut toujours, en dehors des modes de preuve de la loi du for, se faire suivant le droit en vigueur au lieu étranger de l'acte* ". Pour prouver le mariage, on peut donc désormais interroger, alternativement, deux lois : la loi du for et la *lex loci celebrationis*. Ces décisions reprennent la thèse du Doyen BATIFFOL, qui avait fait remarquer que l'objet de la preuve était de convaincre le juge, et tenait à l'administration de la justice, et qu'il

²⁷ AIX-EN-PROVENCE, 14 février 1950, Matweeff c./ dame Matweeff, R.C.D.I.P. 1951, 140, n. J. Scheftel ; Civ. 2^e, 12 mars 1965, R.C.D.I.P. 1951, 140, n. Scheftel ; Civ. 1^{re}, 11 décembre 1951, Ghattas, R.C.D.I.P. 1953, 83 ; J.D.I. 1952, 168 : " Interprète souverainement la loi étrangère l'arrêt qui décide que celle-ci admet, pour faire la preuve d'un mariage religieux, l'usage de témoignages pour suppléer aux lacunes fréquentes des registres ".

²⁸ Encore faut-il, cependant, que l'un des cas d'ouverture prévus soit constitué. Voir, notamment, Req., 14 novembre 1922, Achard c./ Dame Chaput, S. 1914, 1, 71 ; D. 1924, 1, 79 ; J.D.I. 1923, 304 : " L'art. 46 du Code civil aux termes duquel, notamment, lorsqu'il n'aura pas existé de registres ou qu'ils seront perdus, le mariage pourra être prouvé par témoins, n'est pas limitatif. Il peut donc être appliqué en cas de force majeure empêchant la production de l'acte de mariage. Il en est ainsi spécialement si le mariage a été contracté religieusement en Russie conformément à la loi russe, alors que l'absence de communication entre la France et la Russie rend impossible de produire l'acte de mariage si tant est qu'il existe encore. La possession d'état, l'aveu du mari, le témoignage du prêtre et des témoins peuvent suppléer l'absence d'acte ".

²⁹ Civ. 1^{re}, 12 février 1963, Ruffini c./ Sylvestre, D. 1963, 325, n. Holleaux ; R.C.D.I.P. 1964, 121, n. P. Lagarde : " La preuve d'un acte peut toujours, en dehors des modes de preuve de la loi du for, se faire suivant le droit en vigueur au lieu étranger de l'acte ". Cette jurisprudence a été reprise dans l'arrêt *Sellam*, Cass., 28 juin 1966, Sellam, Bull. civ., I, n°390 ; J.D.I. 1967, 395, obs. P. A. Voir, également, Civ. 1^{re}, 3 novembre 1980, Gaz. Pal. 1981, 1, 92 ; D. 1982, IR, 74, obs. Audit, et Civ. 1^{re}, 25 novembre 1981, Rezki c./ Mme Seddaoui, R.C.D.I.P. 1982, 701, n. B. Ancel ; Bull. civ., n°350 : " Il appartient au juge français d'accueillir les modes de preuve de la loi de la juridiction saisie, sans préjudice du droit, pour les parties, de se prévaloir (en l'espèce en matière de mariage) des règles de preuve du lieu étranger de l'acte ".

était donc juste d'accorder un certain champ d'application à la *lex fori*³⁰.

L'esprit de faveur aux parties est ainsi posé en matière internationale³¹. On a reproché à la règle de conflit élaborée par cet arrêt d'engendrer un facteur d'insécurité dans les relations internationales. Elle détruirait la qualification procédurale des règles de preuve, car désormais subordonnée à une appréciation préalable : les plaideurs ont-ils intérêt à invoquer telle ou telle loi ? La qualification des règles de preuve serait alors commandée par la volonté des plaideurs³².

Toutefois, pour recevoir plus facilement la preuve du mariage, le droit interne admet déjà des entorses à ses règles et ces solutions ont ensuite été transposées dans l'ordre international. Celles-ci consistent essentiellement à accueillir la possession d'état d'époux pour établir le mariage, par exception à ce qu'admet la *lex loci celebrationis*.

524. La possession d'état consiste, pour un individu, à se comporter comme ayant un état et d'être considéré comme ayant cet état, même si, en droit, il ne l'a pas³³. C'est un fait, protégé pour lui-même, alors même qu'il serait contraire au droit, parce presque toujours la personne qui possède un état en est réellement titulaire³⁴.

On en trouve une application dans l'article 197, qui est habituellement utilisé pour permettre aux enfants de prouver leur légitimité : "*si néanmoins, dans le cas des articles 194 et 195, il existe des enfants issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui soient tous deux décédés, la légitimité des enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'acte de célébration, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état qui n'est point contredite par l'acte de*

³⁰ BATIFFOL (H.), *Trait élémentaire de droit international privé*, L.G.D.J., 2^e éd., 1955 § 728.

³¹ C'est dans le même esprit qu'a été rédigé l'article 9 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, concernant la loi applicable à la forme des actes.

³² HUET (A.), *op. cit.*, note 21, n°36.

³³ La loi attache des effets à la possession d'état. Lorsqu'elle résulte d'un ensemble suffisants de faits indiquant un rapport de filiation ou de parenté (*nomen, tractatus, fama* ; article 311-1 et suiv. du Code civil), elle constitue, à titre de présomption, une preuve de la filiation. Elle joue donc un double rôle, puisqu'elle constitue à la fois un mode de preuve (en matière de filiation légitime ; article 320, C. civ.), et un mode d'établissement d'une situation juridique (pour la filiation naturelle ; article 334-8, C. civ.).

³⁴ HUET (A.), *op. cit.*, note 21, n°185 ; SEILLAN (Y.), " La possession d'état d'époux ", in *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, 1967, 747, not. pp. 750 et 758.

naissance". Or, cette disposition est curieusement inscrite dans le titre du mariage. Elle concernerait donc davantage les époux que les enfants, et semble constituer une exception à la solennité du mariage³⁵. L'article réunit deux possessions d'état distinctes : " *tandis que dans le mariage solennel, qui est la règle, la loi fait descendre de la preuve du mariage, par l'intermédiaire de la présomption de paternité, la preuve de la filiation, dans le mariage exceptionnel de l'article 197, elle fait remonter de la preuve de la filiation la preuve de l'existence même du mariage. La présomption de légitimité rejaillit sur les parents en une présomption d'union légitime* " ³⁶.

L'article 197 a été encore appliqué en faveur d'enfants français dont les parents s'étaient mariés à l'étranger³⁷. La jurisprudence a invoqué la compétence de la loi française car elle était la loi personnelle de l'enfant. Mais, comme on l'a fait justement remarquer, cette disposition pourrait être invoquée par tous ceux dont la légitimité est contestée devant les tribunaux français³⁸. Cela aurait le mérite de se mettre en accord avec la solution favorable adoptée en matière d'admissibilité des modes de preuve dans les situations internationales, où la *lex fori* peut toujours être invoquée.

525. Il est permis de s'interroger par ailleurs sur une éventuelle utilisation du renvoi fait par la *lex loci celebrationis* à une autre loi que la *lex fori* (par exemple la loi du domicile des époux). Le droit de la preuve étant intimement lié à la forme des actes, il convient de vérifier son opportunité en ce domaine. Le rattachement de la forme des actes à la loi du lieu de conclusion est justifié par la commodité des parties et la sécurité dont elles doivent bénéficier en se conformant à la loi locale. Le jeu du renvoi risque d'invalider l'acte alors que les parties n'auront pas eu la possibilité de respecter la loi. Mais, en revanche, on pourrait envisager d'admettre un renvoi " validant ", *in favorem*³⁹.

³⁵ Expliquée par PORTALIS lui-même, dans une consultation sur le mariage des protestants : ce ne sont point les cérémonies, mais la foi qui fait le mariage ; cf. *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, 1844, p. 441 et suiv.

³⁶ CARBONNIER (J.), " Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante de l'art. 197 C. civ ", *Mélanges Marty*, pp. 255-266.

³⁷ Req., 8 juillet 1886, Linant de Bellefonds c./ Vegis et Cuny, S. 1887, 1, 449 ; Civ. 1^{re}, 8 janvier 1974, R.C.D.I.P. 1974, 625, n. P. Lagarde ; J.D.I. 1974, 577, n. Ph. Aymond.

³⁸ MESTRE (J.), *op. cit.*, note 20, n°140.

³⁹ L'esprit des règles en matière de preuve des actes dans les relations internationales va dans ce sens. Voir notamment la suppression, dans certains cas, de l'exigence de légalisation des actes étrangers : REVILLARD (M.), " La légalisation des actes ", R.C.D.I.P. 1992, 552 ; réponse ministérielle du 4 février 1993, relative à la force probante des actes de l'état civil dressés à l'étranger, J.O.

526. Il faudrait, enfin, envisager les conséquences que l'on peut tirer d'une règle pluraliste et du caractère facultatif de la règle *Locus Regit Actum*, si une telle qualité lui est reconnue. Cette modification n'aurait, en principe, aucune incidence sur la loi compétente en matière de preuve. Celle-ci serait toujours régie par la *lex loci actus* ou la *lex fori*. Mais on pourrait élargir la règle et admettre les modes de preuve que prévoit une autre loi, par exemple celle de la résidence habituelle. De même, si la loi désignée par la règle de conflit exige un certain mode de preuve, par exemple un acte de mariage, celui-ci devra être exigé. Mais si le droit ainsi désigné connaît un système pluraliste, on pourrait admettre le renvoi⁴⁰ ainsi fait à d'autres lois, par exemple à la loi nationale des époux, pour admettre d'autres modes de preuve. Si, par exemple, des citoyens américains se marient, en Italie, " by cohabitation and reputation ", il conviendrait d'admettre la preuve de leur mariage par la possession d'état.

Le droit de la preuve du mariage, en droit international privé, étant animé d'un esprit de faveur, le nouveau système viendrait amplifier cette idée de faveur, puisque l'intérêt à établir le mariage de façon certaine est commun à tous. Cela sera également vérifié sur le plan de la circulation des modes de preuve du mariage.

§ 2 : La circulation des modes de preuve du mariage

527. Si l'existence du mariage doit être facilement établie, on doit également permettre une bonne transmission de cette information. Celle-ci est rendue possible par la force que l'on accorde à l'*instrumentum* et par la transcription des actes relatifs à l'état civil. Un système d'enregistrement pourrait également jouer un rôle en ce domaine.

déb. Sénat, Q, 4 février 1993, p. 189 ; *R.C.D.I.P.* 1993, 360.

Sur le renvoi, voir : LEWALD (H.), " La théorie du renvoi ", *R.C.A.D.I.* 1929, vol. 29, pp. 515 et suiv. ; FRANCESKAKIS (PH.), *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958 ; DERRUPPÉ (J.), " Plaidoyer pour le renvoi ", *T.C.F.D.I.P.* 1964-1966, p. 181 ; AGOSTINI (E.), *L'application des règles de conflit étrangères et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse Bordeaux, 1975 ; FOYER (J.), " Requiem pour le renvoi ? ", *T.C.F.D.I.P.* 1980-1981, p. 105.

⁴⁰ Renvoi *in favorem*, puisque la règle serait ici alternative.

1) La force de l'*instrumentum*

528. Ont été traités traité jusqu'à présent les *modes* de preuve *admissibles* pour établir l'existence du mariage, sans étudier la valeur de ce mode de preuve en tant qu'*instrumentum*. Si, par exemple, la loi compétente pour désigner les moyens de preuve recevables, exige, pour prouver le mariage, la présentation d'un acte authentique, et qu'un tel acte est effectivement produit, il convient de déterminer la valeur formelle de cet acte. D'après l'article 47 du Code civil, les actes de l'état civil dressés à l'étranger en la forme locale font foi en France et ce texte a vocation à s'appliquer à la détermination de l'autorité compétente et à la validité formelle de l'acte.

Cette solution paraît justifiée dans la mesure où un service public de l'état civil fonctionne conformément aux dispositions de la loi l'ayant institué (personnes compétentes, confection et tenue des registres, délivrance de copies...). Cependant, pour être reçu, cet acte étranger devait autrefois satisfaire à l'obligation de légalisation. Cette exigence a été en partie supprimée.

La légalisation est une mesure administrative qui consiste à authentifier une signature par l'apposition d'un contreseing officiel. Elle est destinée à faciliter la preuve de l'authenticité de l'acte. Cette exigence date de l'ordonnance royale d'août 1681⁴¹ selon laquelle " *tous actes expédiés dans les pays étrangers où il y aura des consuls ne feront aucune foi, s'ils ne sont pas par eux légalisés* ". De ce texte il avait été déduit que les actes d'état civil établis par des autorités étrangères devaient toujours être légalisés⁴². Cela permet de vérifier que l'acte a bien été délivré par les services compétents. Mais de nombreuses conventions, bilatérales et multilatérales, comme celles conclues dans le cadre de la Commission Internationale de l'état civil⁴³, ont prévu une dispense de légalisation.

529. On peut s'interroger enfin sur la portée des actes de l'état civil dressés, en France, par une autorité diplomatique ou consulaire étrangère.

⁴¹ Livre 1^{er}, titre IX, article 23.

⁴² Instruction générale relative à l'état civil, n°587 et 592 ; QUENAUDON (de) (R.), " Actes de l'état civil ", *J-cl. dr. int.*, fasc. 544, 1993, n°26, 36 et suiv., 69 et suiv., 155.

⁴³ Voir aussi la Convention de Bruxelles du 25 mai 1987, entrée en vigueur entre la France, le Danemark et l'Italie, le 12 mars 1992 ; Décret n°92-383 du 1^{er} avril 1992, *J.O.* 8 avril 1992 ; *J.C.P.* 1992, III, 65481 ; *J.D.I.* 1992, p. 817 ; la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (entrée en vigueur en France le 24 janvier 1965), supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, et remplaçant cette formalité, entre pays contractants, par celle de l'apostille. En France, c'est le Procureur général près la Cour d'appel qui est compétent pour l'apposer.

Sous certaines conditions, une autorité étrangère peut efficacement, au regard du droit français, dresser un acte d'état civil alors pourtant que l'événement s'est produit sur notre territoire. Aucune disposition française ne reconnaît la qualité d'officier d'état civil à ceux-ci, mais cette qualité est reconnue par une coutume internationale, reprise dans la Convention de Vienne de 1963. La France reconnaît l'efficacité des actes de l'état civil dressés par les autorités étrangères⁴⁴, à la condition que celles-ci soient investies des fonctions de l'état civil par la loi de leur pays, et que leur compétence soit reconnue par la loi française⁴⁵.

2) La transcription des actes relatifs à l'état civil

530. Les actes d'état civil dressés à l'étranger font foi en France mais pour y faciliter et renforcer la preuve du mariage, il est possible d'avoir recours à d'autres moyens.

Il est notamment permis de procéder à la transcription de l'acte de mariage. De même peut être requise la mention, en marge des actes dressés en France, d'un acte ou d'une décision étrangère⁴⁶.

La transcription est l'opération par laquelle un officier d'état civil recopie sur les registres un acte de l'état civil reçu ailleurs que dans sa circonscription ou une décision judiciaire relative à l'état civil. Lorsque l'acte a été établi à l'étranger dans les formes locales, la transcription sur les registres français n'est prévue qu'au profit d'un Français⁴⁷.

L'article 171, C. civ., prévoyait également la transcription obligatoire de l'acte de mariage sur les registres de l'état civil français lorsque le mariage était célébré à

⁴⁴ QUENAUDON (de) (R.), *op. cit.*, note 42, 1993, n°48 et suiv. L'auteur parle de validité des actes de l'état civil, mais il faut souligner qu'il ne traite ici que de l'acte *instrumentaire*, celui qui constate l'évènement (ex : acte de mariage, par opposition à célébration ; il ne parle que du premier).

⁴⁵ Instruction générale relative à l'état civil, n°557. La Commission Internationale de l'état civil décide par ailleurs qu'une inscription portée par une autorité étrangère sur le livret de famille est valable en France au nom de la réciprocité, à condition que l'autorité étrangère soit investie des pouvoirs de l'état civil et que l'inscription soit à la demande de l'intéressé. Cf. QUENAUDON (de) (R.), *op. cit.*, note 42, n°108.

⁴⁶ La mention marginale, quant à elle, est une mesure de publicité destinée à établir une relation entre deux actes de l'état civil ou entre un acte et une décision (IGEC, § 218). Mais si l'acte concerne un Français, il y a lieu de s'assurer d'abord si l'acte peut être tenu pour valable au regard de la loi française. A cette fin, l'Instruction générale relative à l'état civil ordonne à l'officier d'état civil de saisir le Procureur de la République qui vérifiera si les conditions de fond de la loi française ont été respectées par les autorités étrangères (IGEC, § 219).

⁴⁷ QUENAUDON (de) (R.), *op. cit.*, note 42, n°82 et suiv.

l'étranger. Ce texte a été par la suite abrogé par la loi du 10 mars 1938, qui a soumis les actes de mariage des Français à l'étranger au même régime que les autres actes d'état civil concernant des Français et dressés à l'étranger (article 48, al. 2, C. civ.). La transcription du mariage sur les registres consulaires n'est pas non plus exigée⁴⁸. Néanmoins, le décret n°62-921 du 3 août 1962 (article 7) prévoit que les actes d'état civil dressés à l'étranger, et concernant les Français, sont transcrits sur les registres de l'état civil tenus par les agents diplomatiques ou les consuls territorialement compétents. La transcription a lieu d'office lorsque l'ordre public est intéressé⁴⁹. Mais la transcription est opérée le plus souvent à la requête des intéressés qui doivent adresser directement leur demande au consul de France compétent, s'ils résident dans le pays où l'acte a été dressé, ou au service central d'état civil situé à Nantes s'ils résident en France ou dans un pays tiers. Cette demande n'est pas obligatoire⁵⁰ et ni les officiers d'état civil, ni les administrations ne peuvent exiger cette transcription puisque, en application de l'article 47 C. civ., les actes d'état civil étrangers font foi en France. Par ailleurs aucun délai n'a été fixé pour la transcription qui peut donc avoir lieu plusieurs années après la réception de l'acte par l'autorité locale étrangère. Enfin, cette transcription obéit aux règles de la loi française, donc " *seules sont transcrites les indications qui doivent être portées sur les actes de l'état civil français correspondant* ".

Ensuite, si un tribunal français annule un mariage, la modification d'état qui en résulte exerce nécessairement ses effets sur les mentions des actes de l'état civil. Cependant, le tribunal français doit se garder d'ordonner la transcription du dispositif de la décision sur les registres étrangers de l'état civil ; c'est à l'ordre juridique étranger qu'il revient de dire à quelles conditions la décision française peut faire l'objet d'une transcription sur les registres locaux⁵¹.

3) *L'instauration d'un système d'enregistrement et ses conséquences*

531. Il convient, en dernier lieu, d'envisager les incidences qu'entraînerait l'instauration d'un système d'enregistrement. Il s'apparente à la transcription que connaissent les pays admettant plusieurs formes de mariage, comme le mariage

⁴⁸ Civ. 1^{re}, 9 décembre 1963 ; voir MESTRE (J.), *op. cit.*, note 20, n°70.

⁴⁹ Décret n°62-961 du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives aux actes de l'état civil, *D.* 1962, L, 272 ; *J.O.* 9 août, p. 7918 ; Instruction générale relative à l'état civil, n°507 ; AUDIT (B.), *Droit international privé*, Economica, 2^e éd., 1997, n°596 ; QUENAUDON (de) (R.), *op. cit.*, note 42, n°82 et suiv.

⁵⁰ Instruction générale relative à l'état civil, n°509 ; Civ. 1^{re}, 9 décembre 1963, *Gaz. Pal.* 1964, 1, 332 ; *Bull. civ.*, I, n°392, p. 335 ; MESTRE (J.), *op. cit.*, note 20, n°70.

⁵¹ QUENAUDON (de) (R.), *op. cit.*, note 42, n°81.

canonique ; elle est alors exigée pour la production d'effets civils. Tel est le cas, par exemple, de l'Espagne ou de l'Italie⁵².

Le but poursuivi est identique à celui visé par l'instauration du mariage laïque : procéder à la constatation officielle des événements de l'état civil et permettre un contrôle étatique sur les unions ainsi contractées.

Certaines difficultés se posent toutefois, notamment celle de savoir si l'enregistrement est une formalité probatoire ou s'il constitue une véritable condition du mariage ?

Si l'exigence d'un enregistrement ne remplit qu'une fonction probatoire, elle sera alors régie par la même loi qu'en matière de preuve et elle n'aurait pas lieu d'être lorsque le mariage est célébré à l'étranger sous prétexte qu'elle est obligatoire dans l'ordre interne. L'enregistrement ne serait requis que si la loi désignée par la règle de conflit le prévoit, et dans les conditions qu'elle prévoit.

Cette interprétation prime *a priori* en raison de l'assimilation qui peut être faite entre l'enregistrement et l'acte de mariage (ce dernier, comme il l'a déjà été dit, ne préjugant pas de la validité de l'union). Nous avons dit, de plus, qu'une célébration restait nécessaire ; l'enregistrement joue alors un autre rôle.

Si on estime au contraire que l'exigence d'un enregistrement constitue une condition du mariage, la difficulté se dédouble avec la question de savoir s'il s'agit d'une exigence de fond ou de forme.

Si on estime qu'une constatation officielle du mariage, par une autorité étatique, est une condition intrinsèque à celui-ci⁵³, elle relèverait alors du fond et ainsi de la loi régissant les conditions de fond. Cette conception pourrait se justifier si on exigeait par exemple des Français⁵⁴, une transcription obligatoire, ce qui n'est pas le cas, sauf pour le conjoint étranger d'un Français demandant l'obtention d'une carte de résident (article 170-1 C. civ.). Dans cette dernière hypothèse, l'exigence

⁵² GARCIA-RUBIO (M.), *J.-Cl. comp.*, Espagne, 1994, n°67 et suiv., et voir les articles 59 à 61 du Code civil espagnol. L'article 61 C. civ. précise que " *Le mariage produit des effets civils dès sa célébration. Mais pour que ceux-ci soient pleinement reconnus, il est nécessaire qu'il soit inscrit au registre de l'état civil. Le mariage non inscrit ne porte pas préjudice aux droits acquis de bonne foi par les tiers* ". Pour le droit italien, voir : BRULLIARD (G.), *J.-Cl. comp.*, Italie, 1977, n°17 et suiv. ; n°28 et suiv. Cette formalité est prévue par l'article 34 du Concordat de Latran.

⁵³ Ce qui pourrait être soutenu puisqu'il a été démontré à quel point la célébration dépendait du fond ; cf. *supra*, n°232 et suiv.

⁵⁴ Ou des personnes résidant en France ; ce qui dépend de l'évolution de la notion de statut personnel.

(qui n'est pas alors, ici, régie par la loi nationale), va bien au-delà d'une simple formalité probatoire. Mais il semble aussi qu'elle évince le conflit de lois pour revêtir le caractère d'une règle de police.

Si on estime qu'il s'agit d'une question de forme, elle devrait être soumise à la règle de conflit correspondante, c'est-à-dire à la règle *Locus Regit Actum*. Mais si cette règle devait avoir un caractère facultatif, cela conduirait, pour les mariages célébrés en France, à réduire la possibilité d'un contrôle étatique sur les unions conclues sur son territoire. Or, l'enregistrement a pour but d'assurer ce contrôle. Il faudrait alors peut-être faire de cette exigence une loi d'application territoriale.

Peut-être, en définitive, conviendrait-il, de détacher l'enregistrement-transcription de l'acte de mariage lui-même, ce dernier s'apparentant davantage à une sorte de " reçu ", attestant simplement que la conclusion de l'acte a bien eu lieu. Seul ce dernier aurait une fonction probatoire. La transcription (facultative) telle qu'elle existe actuellement pour les Français se mariant à l'étranger, n'est qu'un prolongement de cette fonction. En revanche, l'enregistrement, une fois mis en place, apparaîtrait comme une condition du mariage, sa fonction étant, finalement, de permettre aux autorités étatiques d'exercer leur contrôle. Il serait une condition de 'forme' impérative pour tout mariage célébré en France. On peut toutefois se demander s'il est opportun de l'exiger pour les mariages célébrés à l'étranger, pour les Français ou les personnes résidant habituellement en France⁵⁵.

Conclusion du chapitre 1

532. Les conditions de la célébration du mariage ne seront véritablement appréciées qu'au moment où l'on en revendiquera les effets. C'est ici que les finalités poursuivies trouveront à être réalisées. Les droits que confère le mariage seront réclamés, soit aux particuliers, soit aux autorités. Le succès de cette démarche dépendra avant tout de l'*existence* du mariage, c'est-à-dire de sa qualification et de sa preuve.

La qualification du mariage, pour faire face à la déformalisation de l'union des sexes, réclame, une définition précise de l'institution. Elle pourrait ensuite conduire à l'ouverture de la catégorie à toutes les unions qui répondraient à cette définition, ce qui ne serait pas contradictoire avec la fonction familiale et sociale de ces unions, et n'entraînerait pas nécessairement la production des mêmes effets.

⁵⁵ L'enregistrement pourrait prendre alors le caractère d'une règle de fond.

L'existence de l'union doit ensuite être établie, objectivement, avec certitude, ce que permet son enregistrement. L'intérêt de tous à connaître cette existence entraîne l'adoption d'une règle de conflit à rattachements alternatifs pour l'admission des modes de preuve du mariage. Le droit positif offre déjà un choix satisfaisant. La mise en place d'un système pluraliste ne fera qu'élargir l'option.

Toutefois, la preuve de l'existence du mariage ne préjuge pas de sa validité, qui peut également être remise en cause.

Chapitre 2

LA VALIDITÉ DU MARIAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

533. Même si la validité du mariage est nécessaire à la production d'effets civils, pratiquement, au quotidien, la preuve de son existence suffira. Les administrations n'ont pas compétence pour se prononcer sur la validité de l'union¹, cette compétence étant réservée au juge judiciaire. Le mariage est supposé valable tant que sa nullité n'a pas été prononcée, au terme d'une action en justice.

En principe, la question ne se présentera réellement que lorsque le juge français sera amené à statuer directement sur la validité du mariage, quel que soit son élément international. De fait, si une décision étrangère s'est déjà prononcée sur la validité de celui-ci, cette décision, relative à l'état des personnes, est reconnue *de plano* en France et y est revêtue de l'autorité de la chose jugée, sauf dans le cas où il faut procéder à des mesures d'exécution, auquel cas l'exequatur est requis².

¹ Sauf pour elles à déclarer que le mariage leur est inopposable, en cas de suspicion de fraude. Voir *supra*, n°429 et suiv.

² Civ., 9 mai 1900, *Prince de Wrède*, *Gr. arrêts* n°10 ; *D.* 1905, 1, 101 ; Ch. civ., 28 février 1860, *Bulkley*, *S.* 1860, 1, 210 ; *D.P.* 1860, 1, 57 ; *Gr. arrêts* n°4 ; Req., 3 mars 1930, *S.* 1930, I, 377, n. Niboyet ; *J.D.I.* 1930, 981 ; voir aussi FRANCESKAKIS (Ph.), " Effets en France des jugements étrangers indépendamment de l'exequatur ", *T.C.F.D.I.P.* 1946-1948, p. 141 ; MESTRE (J.), " Le mariage en droit international privé. Sanction des conditions de formation ", *J-Cl. Dr. int.*, fasc. 546-30, 1996, n°7 et suiv.

On peut néanmoins se demander si le principe s'applique aussi lorsque le mariage a été célébré en France. Si, par exemple, une agence matrimoniale étrangère organise des voyages de noces à Paris, durant lesquels elle procède aussi à la célébration, mais dans une forme privée et, si une décision étrangère admet ce mariage comme valable, alors même qu'il ne l'est pas dans le pays où il a été célébré, faut-il donner effet à cette décision ? En tout état de cause, lors d'une procédure d'exequatur, dans une hypothèse inverse où le mariage était

La première hypothèse où la validité du mariage peut être remise en cause est bien celle où une action en nullité du mariage a été intentée (section 1). Mais il conviendra également d'envisager celle où cette remise en cause est indirecte, à l'occasion d'un autre de procès. La question de la validité du mariage se posera alors en termes de question préalable à la question principale (section 2). Dans les deux cas, si la nullité de l'union est déclarée, il faudra en déterminer les effets (section 3).

Section 1

Action en nullité du mariage

534. Certaines décisions célèbres abordent directement la question de la validité du mariage ; le juge est alors saisi, à titre principal, d'une demande en annulation du mariage. L'arrêt *Busqueta*, rendu par la Cour d'appel de Paris au début du siècle dernier en donne un exemple³. Une Française avait épousé un moine défroqué de nationalité espagnole, dont elle n'apprit cette 'qualité' que plus tard. Suite à cette découverte, elle demanda l'annulation de l'union devant les tribunaux. Quelques décennies plus tard, dans une autre affaire, le Prince de Bauffremont, éconduit, demanda lui aussi, entre autres, l'annulation du second mariage contracté par son épouse⁴. Dans les actions en déclaration de nullité du

valable en France, mais annulé à l'étranger car célébré en la forme civile, le juge français n'a pas accordé l'exequatur : Trib. Gr. Inst. PARIS, 7 avril 1981, Dame Didier c./ Benabdellah, R.C.D.I.P. 1981, 510, n. D. Lefort ; J.D.I. 1982, 699, n. M.-L. Niboyet.

³ PARIS, 13 juin 1814, *Busqueta*, S. 1814, 2, 393 ; Gr. arrêts n°1.

⁴ Cass., 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*, Gr. arrêts n°6 ; S. 1878, 1, 193, n. Labbé ; voir aussi Ch. civ., 22 janvier 1951 et Ch. civ., 2 avril 1957, *époux Weiller*, R.C.D.I.P. 1951, 167, note Francescakis ; J.C.P. 1951, II, 6151, note S. et T. ; D. 1952, J., 35 ; S. 1951, 1, 187 ; Gaz. Pal. 1951, 1, 210 ; R.C.D.I.P. 1957, 491, note Francescakis ; Gr. arrêts n°25-26. M. Weiller, Français, épouse en 1932 une femme d'origine grecque, qui devient alors française. Elle s'installe à New York en 1940, pendant la guerre, puis elle assigne son mari devant les tribunaux de Reno (Nevada) pour y faire prononcer le divorce, ce qu'elle obtient sans difficulté. Elle se remarie quelque temps après. De retour en Europe, M. Weiller demande au tribunal français de déclarer la nullité de ce mariage et, préalablement, l'inopposabilité du jugement de divorce américain. L'arrêt est célèbre pour avoir contribué à l'élaboration des règles sur la reconnaissance des décisions étrangères relatives à l'état et à la capacité des personnes et posé la solution en matière d'action en inopposabilité.

Nous pouvons encore remarquer qu'il existe deux types d'actions mettant en cause la validité du mariage. Dans les litiges qui soulèvent cette question, les tribunaux sont en général saisis soit pour dissoudre l'union, et c'est le cas le plus

mariage, la question de la validité est directement abordée, comme question principale. La question est alors de déterminer la loi applicable à la nullité du mariage (§ 1), ainsi que son domaine d'application (§ 2).

§ 1 : Détermination de la loi applicable à la nullité du mariage

535. Les problèmes liés à la compétence et à la procédure, soulevés lors d'une action en nullité, sont traités par la *lex fori*, la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, sur la compétence et les effets des jugements, n'étant pas applicable à l'état des personnes.

La vocation du juge français à intervenir peut toutefois se poser lorsque la loi nationale étrangère de l'un des époux réserve la compétence de l'action à des autorités confessionnelles⁵. Les tribunaux français se sont longtemps, dans ce cas, déclarés incompétents⁶. Largement critiquée, la jurisprudence a par la suite modifié sa position, à propos d'une action en séparation de corps, en posant le principe, dans l'arrêt *Garcia Fuentès*, que la procédure constitue une règle de forme régie par la *lex fori*⁷. Or, il est possible que le problème se soit posé en raison de la célébration de l'union à l'étranger, en la forme confessionnelle. En présence d'un mariage célébré en France, plusieurs décisions ont affirmé que les tribunaux français étaient seuls compétents pour en apprécier la validité⁸. Il est alors permis de se demander si les tribunaux français accepteraient la compétence concurrente d'autres autorités si le droit français admettait, sur le

fréquent, soit pour faire produire un effet de droit précis.

⁵ Ainsi que le prévoit, par exemple, l'article 80 du Code civil espagnol, lorsque le mariage a été célébré en la forme canonique ; voir : SÉRIN (M.), *Les conflits de lois dans les rapports franco-espagnols en matière de mariage, de divorce et de séparation de corps*, thèse Toulouse, 1929, p. 288 ; de même en Italie : DESJARDINS (R.), *Le mariage en Italie depuis les accords de Latran*, Sirey, 1933, p. 135 ; VITTA (E.), " L'ordre public en matière de divorce et de nullité de mariage dans la jurisprudence italienne ", *R.C.D.I.P.* 1965, 267.

⁶ Cass. civ, 29 mai 1905, *Levinçon*, R.C.D.I.P. 1905, 518 ; Trib. de CASABLANCA 18 et 21 janvier 1950, D. 1952, 311, n. Carteret, le tribunal s'est déclaré incompétent pour connaître d'actions en nullité de mariage exercées par des Espagnols ou des Italiens mariés *more canonico*, le statut personnel des époux réservant ces causes aux tribunaux ecclésiastiques ; voir aussi : MESTRE (J.), *op. cit.*, note 2, n°17.

⁷ PARIS, 9 janvier 1943, *Garcia Fuentès*, S. 1943, II, 29, n. Niboyet.

⁸ Trib. Gr. Inst. SEINE, 21 juin 1967, *Dame Courtois c./ Medou Me Ze*, R.C.D.I.P. 1968, 294, n. H. Batiffol ; *Rec.gén des lois* 1969, II, 77, n. Droz.

territoire français, la possibilité de célébrer le mariage autrement que devant l'officier d'état civil. Une réponse négative s'impose à cet égard. Cette faculté étant assortie d'un enregistrement obligatoire, en vue du contrôle des unions conclues, entraîne nécessairement la prise en considération du contrôle des désunions.

536. C'est ensuite à la loi de la formation du mariage de se prononcer sur la nullité et sur ses conditions ; elle doit régir les conditions de mise en œuvre de la nullité comme ses conséquences⁹. Sera ainsi interrogée, selon la condition violée, soit la loi *personnelle*, soit la loi du lieu de conclusion de l'union. La compétence de cette loi n'a, semble-t-il, soulevé aucune difficulté¹⁰. La validité du mariage est par ailleurs appréciée au jour de la célébration.

Quelques remarques peuvent cependant être faites à ce propos. Le juge français saisi d'une action en nullité du mariage recherchera la loi désignée par la règle de conflit. Lorsque des époux de nationalité étrangère se sont mariés en France et que leur mariage est suspecté de nullité, pour violation d'une condition de fond, le juge interrogera la loi étrangère, loi nationale de l'époux concerné, pour constater la nullité du mariage.

Cependant, une telle démarche ne vaut qu'en cas de mariage célébré à l'étranger puisqu'il a été souligné que la loi française s'applique quasiment automatiquement à l'ensemble du mariage lorsqu'il est célébré en France. L'appréciation de la validité du mariage imposerait logiquement de consulter la loi qui a été effectivement appliquée, en l'occurrence la loi française.

Or, l'officier d'état civil étranger peut avoir eu la même réaction que l'autorité française. Le raisonnement en termes de conflits de systèmes présenterait alors davantage d'intérêt lorsque la situation, constituée à l'étranger sans avoir d'attaches sérieuses avec le for au moment de sa constitution, y a produit certains effets, puis, pour une raison fortuite, est portée devant les tribunaux français. Il a été proposé, dans ce cas, que la règle de conflit du for s'efface au profit de la règle de conflit étrangère¹¹. Une telle solution présente l'avantage de

⁹ LA PRADELLE (de) (G.), *Les conflits de lois en matière de nullités*, Dalloz, 1967, n°253.

¹⁰ MESTRE (J.), *op. cit.*, note 2, n°26.

¹¹ FRANCESKAKIS (Ph.), *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958, n°199 et suiv. ; LOUSSOUARN (Y.) & BOUREL (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 1996, n°197 et suiv. ; on trouve des illustrations de ce mécanisme dans les arrêts *Machet* et *Banque Ottomane* : RABAT, 24 octobre 1951, Machet, Gr. arrêts n°24 ; *R.C.D.I.P.* 1952, 89, n. Francescakis ; *J.D.I.* 1951, 898, n. Goldman ; PARIS, 19 mars 1965, Banque Ottomane, R.C.D.I.P. 1967, 85, n. P. Lagarde ; *J.D.I.* 1966, 118, n. Goldman.

mieux répondre à la prévisibilité des parties, alors que l'application *ab initio* de la règle de conflit du for conduit à remettre en cause des situations acquises sous l'empire d'autres systèmes, sans lien initial avec l'ordre juridique du for.

Cette théorie souffre néanmoins certains reproches : quelle règle faut-il faire prévaloir lorsque plusieurs règles de conflit sont en conflit ? Doit-on exiger que la situation soit née, se soit développée, et ait produit *tous* ses effets à l'étranger ? La rigueur des conditions, la difficile mise en œuvre de ce système et la crainte que l'élaboration d'une règle de conflit ne devienne inutile conduisent à ne pas retenir cette méthode¹².

537. Il est permis de penser, enfin, qu'un système pluraliste réduise les cas de nullité de mariage. L'option donnerait, par exemple, la possibilité de célébrer un mariage 'confessionnel' au sein des ambassades et consulats situés en France. Il a été remarqué à ce propos que, aujourd'hui encore, le mariage célébré en France devant le consul marocain n'est pas un mariage civil car le consul agissait en tant qu'autorité musulmane¹³.

Une autre conséquence importante paraît devoir découler du pluralisme et du caractère facultatif de la règle *Locus Regit Actum*. Si ce caractère est posé en droit français, il pourrait même conduire à admettre la validité d'unions conclues à l'étranger sans avoir respecté les 'formes' de la loi locale. Le mariage serait boiteux car invalide du point de vue du droit étranger. Cependant, si le juge est saisi de la question de la validité du mariage c'est sans doute qu'il est le juge de l'Etat sur le territoire duquel il est demandé de faire produire des effets au mariage. Le droit du for est alors le droit le plus intéressé à la relation. Or, s'il estime le mariage valable, le rejet de cette conclusion ne se justifie pas réellement.

En tout état de cause, la loi applicable à la nullité étant déterminée, il convient d'en délimiter le domaine.

§ 2 : Domaine de la loi applicable à la nullité du mariage

538. La loi qui régit la condition violée détermine également les personnes

¹² Voir aussi *supra*, n°334 et suiv.

¹³ Voir : BOULANGER (F.), note sous PARIS, 5 avril 1990, D. 1990, 424 ; DECROUX (P.), " La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille ", *J.D.I.* 1985, 49, not. p. 67.

habilitées à exercer l'action en nullité¹⁴. Si le mariage est nul en raison de l'existence d'un empêchement bilatéral, les conditions de l'action seront déterminées par la loi ayant édicté l'empêchement. Ainsi l'étranger bigame, marié à une Française, pourra demander la nullité pour bigamie¹⁵.

Toutefois la question de l'extension de cette loi au droit d'agir du Ministère Public a également été soulevée. Ce dernier fait en effet partie du tribunal ; il est représenté, en matière civile, devant les juridictions de droit commun, c'est-à-dire le Tribunal de Grande Instance, la Cour d'appel et la Cour de cassation. Son intervention dépendrait donc de la *lex fori*, de manière exclusive¹⁶. Si la loi étrangère violée ignore l'intervention du Ministère Public, celui-ci aurait néanmoins vocation à intervenir¹⁷. Cependant, le Ministère Public agissant pour la protection de l'ordre public, le fondement de son action lorsque la loi française n'est pas en cause n'apparaît pas clairement¹⁸.

539. La loi applicable à l'action est également compétente pour en fixer les délais et les causes d'extinction¹⁹. Cette compétence répond à un souci logique de cohérence. Il n'est pas néanmoins certain que la jurisprudence se tienne à cette logique, notamment à propos de l'article 196 du Code civil, faisant jouer un certain rôle à la possession d'état : "*Lorsqu'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de cet acte*". Toutefois, tandis qu'utilisée pour les mariages de *Common Law*, elle joue un rôle de mode de preuve, la possession d'état agit, dans le cas de l'article 196, comme remède à la nullité. Il semble que dans le cas prévu par cet article, il ne s'agisse plus d'un moyen de preuve, puisqu'il suppose que l'acte de mariage soit présenté. Le rôle de la possession d'état peut donc être double : comme mode de preuve, mais aussi comme consolidateur de l'acte juridique, du *negotium* lui-même. Littéralement, cet article ne concerne que l'irrégularité *matérielle* de l'instrument. Or, la jurisprudence l'a étendu aux irrégularités du *negotium*²⁰.

¹⁴ MESTRE (J.), *op. cit.*, note 2, n°24 et suiv.

¹⁵ BISCHOFF (J.-M.), *Rép. Dalloz de dr. int.*, v°Mariage, n°160 ; MESTRE (J.), *op. cit.*, note 2, n°30.

¹⁶ BATIFFOL (H.) & LAGARDE (P.), *Droit international privé*, t. II, 7^e éd., L.G.D.J., 1983, n°702 ; NIBOYET (J.-P.), *Traité de droit international privé français*, Sirey, 1938-1949, t. V, n°1488 et t. VI, n°1590.

¹⁷ CHAMBERY, 7 février 1885, *J.D.I.* 1888, 797 ; S. 86, 2, 217.

¹⁸ LA PRADELLE (de GEOUFFRE de) (G.), *op. cit.*, note 9, n°279.

¹⁹ MESTRE (J.), *op. cit.*, note 2, n°34, 35.

²⁰ Civ., 1^{er} août 1930, *D.* 1931, 1, 169, n. Lalou.

L'article 196 C. civ. prévoit une fin de non-recevoir à l'action lorsque le mariage est entaché d'un vice de forme. Dans le domaine international, cette règle serait pourtant un texte de statut personnel²¹. BARTIN justifiait cette interprétation en analysant cet article comme une disposition de fond complémentaire des dispositions de forme de la loi française, exigeant une célébration proprement dite du mariage. La possession d'état équivaldrait à une réédition de la célébration²². Cette opinion ne fait pourtant pas l'unanimité. D'autres auteurs pensent en effet que ce texte pose une règle de forme applicable à tous les mariages célébrés en France, et uniquement à ceux-là, car la loi française édictant la nullité a seule vocation à la couvrir²³.

Pour d'autres, il s'agit d'opérer une distinction : il est vrai que l'article 196 constitue un remède à la clandestinité. Mais les formalités de publication devraient être soumises à la *lex loci celebrationis* ; or l'article 170 les soumet, quand un Français est en cause, à la loi française (article 63, C. civ.). Cette règle sur les publications préalables serait donc une règle de statut personnel, mais il ne faut pas pour autant la considérer comme une règle de fond ; elle reste une règle de forme, mais qui échappe à l'empire de la loi locale. Puisque cette exigence dépend de la loi personnelle du Français, les sanctions de son inobservation, ainsi que les remèdes à ces sanctions, seront déterminés par la même loi. Cette analyse ne convient toutefois plus lorsque la possession d'état couvre d'autres vices de forme (autres que le défaut de publications), qui seront alors sanctionnés par la *lex loci celebrationis*. De ce fait, cet article ne pourra être appliqué qu'en cas de mariage célébré devant un officier d'état civil français, et n'a plus cette vocation dès lors qu'un acte a été dressé à l'étranger. L'article 196 est de statut personnel lorsque la possession d'état couvre le vice de clandestinité ; dans les autres cas, il ne concerne que les mariages célébrés dans les formes françaises²⁴.

²¹ Civ., 13 février 1931, D. 1961, 349, n. Holleaux ; voir, cependant, Trib. civ. SEINE, 6 décembre 1949, Berger, D. 1950, 103 ; J.C.P. 1950, II, 5299, n. J. M. : " (...) la possession d'état d'époux légitimes purge le vice de clandestinité ".

²² BARTIN (E.), *Principes de droit international privé*, Domat-Montchrestien, 1930-1935, t. II, §266, p. 129 et suiv.

²³ BATIFFOL (H.), *Traité élémentaire de droit international privé*, L.G.D.J., 3^e éd., 1959, n°446 ; mais voir : NIBOYET (J.P.), *Traité de droit international privé français*, Sirey, t. VI, 1, n°1590, qui estime qu'il s'agit d'une règle de fond.

²⁴ Certaines espèces ont opposé cette disposition à l'action du Ministère public ; voir : SAIGON, 9 avril 1926, Penant 1926, 1, 268 : " 3/ Dès lors qu'il ne peut plus invoquer, soit la clandestinité, soit une fraude à la loi française, le ministère public cesse d'être recevable à poursuivre l'annulation d'un mariage à l'encontre de la possession d'état, cette dernière circonstance couvrant, vis-à-vis des tiers comme vis-à-vis des époux toute nullité relative ou tout vice de forme antérieurs et le maintien dudit mariage ne troublant en rien l'ordre public, dont l'intérêt conditionne, en pareille matière, l'action des Parquets ". Voir aussi : SEILLAN (Y.), " La possession d'état

Ainsi, dans le cadre de l'action en nullité, la disposition ne devrait-elle jouer que lorsque la loi de la condition violée (en l'occurrence condition de forme) est la loi française. Certaines décisions ont de ce fait appliqué l'article 196 à des étrangers mariés en France dans les formes françaises²⁵, tandis que d'autres juges l'ont appliqué, sans distinction, à tous les mariages de Français, ce qui aboutirait à en faire un élément du statut personnel²⁶.

Directement remise en cause lors d'une action en nullité, la validité du mariage peut également être contestée à l'occasion d'un autre litige, dont elle détermine l'issue et où elle se pose, dès lors, en termes de question préalable.

Section 2

La question préalable de la validité du mariage

540. Il est des situations dans lesquelles la solution de la question de droit posée implique préalablement la résolution d'une autre. Surgit alors une 'question préalable', ou encore 'question incidente', qui, à la différence de la 'question préjudicielle', sera résolue par la juridiction saisie pour trancher la 'question principale'. La question préalable se caractérise également par son antériorité par rapport à la question principale : elle se pose en second lieu, mais doit être résolue en premier. La situation préalable préexiste à la nouvelle situation constituant la question principale²⁷.

Une situation peut donc intéresser non pas une seule mais plusieurs institutions juridiques. La question, par exemple, de savoir si un enfant qui prétend être adoptif a des droits dans la succession de l'adoptant (question principale) dépend

d'époux ", in *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, 1967, 747, pp. 750 et 758.

²⁵ *Trib. civ. SEINE*, 6 décembre 1949, *Berger*, *D.* 1950, 103 ; *J.C.P.* 1950, II, 5299, n. J. M. ; *Trib. Gr. Inst. PARIS*, 30 juin 1977, *Simon c./ Dame Landa*, *J.D.I.* 1978, 609, n. D. Mayer ; *Gaz. Pal.* 1977, 2, 568, n. J. Viatte.

²⁶ *Req.*, 16 juin 1829, *DP* 1829, 1, 272 ; *PARIS*, 13 mars 1954, *J.D.I.* 1954, 954, n. Sialelli ; *Gaz. Pal.* 1954, 1, 308 ; MESTRE (J.), *op. cit.*, note 2, n°37 et suiv.

²⁷ Voir, notamment, LAGARDE (P.), " La règle de conflit applicable aux questions préalables ", *R.C.D.I.P.* 1960, 459 ; LOUIS-LUCAS (P.), " Qualification et répartition ", *R.C.D.I.P.* 1057, 153 ; WENGLER (W.), " Die Vorfrage im Kollisionsrecht ", *RebelsZ* 1934, 148 ; " Nouvelles réflexions sur les questions préalables ", *R.C.D.I.P.* 1966, 165. Cette technique n'a pas que des adeptes ; voir, notamment, ANCEL (B.) et LEQUETTE (Y.), *Gr. arrêts* n°59, commentaire sous *Civ. 1^{re}*, 3 janvier 1980, *Dame Bendeddouche c./ dame Boumaza*.

de la validité de l'adoption et de l'étendue des effets de l'adoption. Ou bien encore, pour déterminer si un enfant est légitime, il faut rechercher si ses parents ont antérieurement contracté mariage. Les divers éléments qui composent globalement la situation se succèdent dans le temps : le mariage précède le divorce, l'adoption précède les effets qui en découlent. La réponse à la deuxième question détermine la solution de la première : " *Le problème global est fait de la rencontre d'une situation élaborée avec une situation à élaborer* " ²⁸.

La question préalable de la validité du mariage ne se pose pas seulement lorsque l'union présente, au moment de sa conclusion, un caractère exclusivement international. Supposons deux Français domiciliés en France, se mariant en France et y établissant leur résidence familiale. Si l'un des époux a des biens (immeubles) situés à l'étranger, s'il meurt sans laisser de testament, et si la loi étrangère applicable à la succession de l'immeuble n'appelle à la succession que le survivant d'un couple légitimement marié, la question de la validité du mariage et de sa reconnaissance internationale sera soulevée.

L'hypothèse, où la question de la validité du mariage est préalable à une situation à élaborer, est en réalité plus fréquente qu'on ne pense ²⁹. Après avoir exposé la théorie (§ 1), nous nous attacherons à la question de sa mise en œuvre en matière de mariage (§ 2).

§ 1 : Exposé de la théorie des questions préalables

541. On doit la théorie des questions préalables à la doctrine allemande, et principalement à MELCHIOR et à WENGLER ³⁰. Elle consiste, lorsqu'une telle interdépendance des solutions d'une même situation se présente, à faire régir la question préalable, non pas par la loi désignée par la règle de conflit du for, mais par la loi désignée par la règle de conflit du système désigné pour régir la

²⁸ LOUIS-LUCAS (P.), " Qualification et répartition ", *R.C.D.I.P.* 1957, 153, p. 161.

²⁹ Quelques arrêts seulement, semble-t-il, ont clairement posé le problème des questions préalables, à propos du mariage : *Civ. 1^{re}, 3 janvier 1980, Dame Bendeddouche c./ dame Boumaza, Gr. arrêts n°59 ; R.C.D.I.P.* 1980, 331, n. H. Batiffol. ; *J.D.I.* 1980, 327, n. M. Simon-Depitre ; *D.* 1980, 549, n. Poisson-Drocourt ; *Civ. 1^{re}, 22 avril 1986, Djenangi, R.C.D.I.P.* 1988, 302, n. J.M. Bischoff ; *J.D.I.* 1986, 1025, n. A. Sinay-Cytermann ; *J.C.P.* 1987, II, 20878, n. Agostini.

³⁰ MELCHIOR (G.), *Die Grundlagen des internationalen Privatrechts*, 1932, §§ 166-178, p. 245-265 ; WENGLER (W.), " Die Vorfrage im Kollisionsrecht ", *RabelsZ* 1934, p. 148-251 ; FRANCESKAKIS (Ph.), *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958, n°217 et suiv.

question principale. Elle aurait ainsi une parenté directe avec les théories des conflits de systèmes et du renvoi, en ce qu'elle donne compétence à une règle de conflit étrangère³¹. Le problème des questions préalables ne se poserait donc réellement que lorsque la question principale est régie par le droit étranger, et que celui-ci ne donnerait pas les mêmes solutions que le droit du for. Si la loi française est désignée pour régir la question principale, les discussions théoriques à ce sujet ne présentent plus qu'un intérêt très limité.

Mais la théorie n'a eu finalement que peu d'adhérents, même s'il semble y avoir consensus, dans de telles situations, pour appliquer en tout état de cause les méthodes de droit international privé³². Deux conceptions semblent alors s'affronter, chacune apportant sa série de justifications : l'une en faveur de la dépendance (A), l'autre de l'indépendance (B) des deux questions préalable et principale.

A/ DÉPENDANCE DES DEUX QUESTIONS PRÉALABLE ET PRINCIPALE

542. Les tenants de la théorie des questions préalables font dépendre le sort de la question préalable de celui de la question principale. Si, par exemple, une demande principale de dévolution successorale d'un immeuble soulève au préalable la question du lien de parenté des plaideurs, ils ne résoudre pas cette dernière question en cherchant immédiatement, d'après la règle de conflit du for, quelle est la loi qui régit ce lien de parenté, mais chercheront d'abord quelle est la loi applicable à la succession immobilière. Puis, cette loi étant désignée, et en supposant que cette loi est une loi étrangère, ils interrogeront les règles de conflits de lois de ce système étranger pour savoir quelle loi ce droit étranger désigne pour résoudre la question du lien de parenté, c'est-à-dire, qu'au lieu de résoudre *directement* le sort de la question préalable par application des règles du for, la théorie résout le problème de façon indirecte, en donnant compétence

³¹ On ne peut toutefois voir dans la question préalable un cas particulier de renvoi car dans le renvoi, les deux règles de conflit qui s'appliquent successivement concernent la même institution.

³² FRANCESKAKIS (Ph.), " Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité ", *RechtsZ* 1958, 466. L'auteur raisonne sur l'attribution de la nationalité à l'un des époux, ou à un enfant légitime, ce qui met en cause la validité du mariage. Mais il ajoute qu'il faut d'abord apprécier, *selon le droit international privé*, la légalité des situations acquises, avant que le droit de la nationalité n'y rattache ses propres conséquences.

au droit international privé étranger³³.

La question préalable devrait donc être résolue par la règle de conflit étrangère de la loi applicable à la question principale. Dans le même esprit, d'autres proposent l'application aux questions préalables de la loi qui régit l'action principale³⁴.

Ces auteurs allemands ont considéré que la question préalable n'avait pas à être envisagée de façon indépendante, car elle commande l'appréciation de la question principale. Ils justifient généralement cette solution en opposant l'harmonie matérielle des solutions, qui donne compétence à la règle de conflit du for, et l'harmonie internationale des lois ou 'principe du minimum de conflits', qui donne compétence à la règle de conflit appelée par la loi applicable à la question principale. Ce deuxième procédé permettrait ainsi, dans certains cas, de valider des effets de situations acquises en violation de la règle de conflit du for (en reconnaissant par exemple la légitimité d'un enfant). La doctrine française, quant à elle, explique la doctrine allemande par l'idée que, la loi interne étrangère devenant applicable, doit se prononcer sur les restrictions qu'elle pose elle-même à son application³⁵.

543. A l'heure actuelle, seule une minorité reste partisane de cette solution, tout en reconnaissant que la tendance du droit positif est de reconnaître l'autonomie de la question préalable par rapport à la question principale³⁶. L'absence d'autonomie de la question préalable se justifierait néanmoins à plusieurs points de vue.

L'argument essentiel réside dans le fait que la question préalable n'apparaît qu'*après* un premier examen de la question principale. La question préalable naît

³³ Les tenants de la théorie sont, entre autres : MELCHIOR, *op. cit.*, note 30 ; WENGLER (W.), *op. cit.*, note 30 ; " Réflexions sur la technique de qualification en droit international privé ", *R.C.D.I.P.* 1954, 661 ; WOLFF (Martin), *Internationales Privatrecht*, Berlin, 1933.

³⁴ Notamment, en matière d'obligations alimentaires : WATTE (Nadine), *Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé*, Bruxelles, 1987, n°387.

³⁵ MAURY (J.), *Règles générales des conflits de lois*, *R.C.A.D.I.* 1936, III, vol. 57, pp. 329-570, n°217.

³⁶ LAGARDE (P.), " La règle de conflit applicable aux questions préalables ", *R.C.D.I.P.* 1960, 459, et BATIFFOL (H.) & LAGARDE (P.), *Traité de Droit international privé*, t. I, 8^e éd., L.G.D.J., 1993, n°312 et suiv. Mais également : GAUTIER (P.-Y.), " L'union libre en droit international privé ", in *La famille en Europe*, p. 773 : il n'y a pas à interroger préalablement la loi applicable au statut personnel pour y trouver une définition de l'union et y vérifier l'existence du lien. C'est la loi successorale qui sera compétente pour le tout.

en effet de l'interprétation de la loi matérielle étrangère appliquée à la première question. Il est vrai que ce n'est que parce que la loi étrangère, applicable par exemple à la succession, appelle le conjoint légitime à cette succession, que l'on s'interroge sur la qualité de conjoint, et donc sur l'existence et la validité du mariage.

Il faut ensuite considérer l'éloignement de la question préalable par rapport à l'ordre juridique du for et la nécessité de respecter la logique interne du droit étranger appliqué à la question principale. Si on ne tenait pas compte de cet élément, le jeu des relations serait faussé. Si était soulevée, par exemple, la question de la validité en France du remariage d'un Italien, dont le premier mariage avec une étrangère a été dissous par un divorce prononcé en Grande-Bretagne, à une époque où l'Italie ne connaissait pas encore le divorce, on en arriverait à déclarer cet Italien valablement remarié, tout en prétendant avoir appliqué aux conditions de fond de ce remariage la loi nationale de l'Italien. Il serait plus cohérent de décider que, puisque c'est le droit italien applicable à la question principale du remariage qui a fait naître la question préalable du divorce, c'est à lui de le résoudre.

Il faudrait ainsi généralement admettre, pour la résolution de la question préalable, la compétence de principe de la règle de conflit étrangère.

544. L'explication n'est pourtant pas entièrement convaincante, car, dans l'exemple donné, le droit italien n'est pas le seul droit à avoir fait naître la question de la reconnaissance du divorce. La logique veut que, pour apprécier la validité d'un remariage, il faille apprécier la validité de la dissolution du premier mariage, et ce, du point de vue de toute loi ayant une conception monogamique du mariage, si cette loi est la loi du juge saisi. Ici, si le juge français est saisi d'une telle question de remariage, il *doit* vérifier la validité de la dissolution du premier mariage, que la loi nationale de l'un des intéressés admette ou non le divorce. Il se peut qu'ensuite le juge du for déclare le divorce non valable par appréciation de cette loi nationale³⁷, mais ce n'est pas véritablement cette loi nationale qui a posé la question préalable de la validité du divorce.

Si la compétence de principe de la règle de conflit étrangère retient une partie de la doctrine française, elle n'en reconnaît pas moins les limites, pour consentir une certaine compétence subsidiaire à la règle de conflit du for. Quand la question préalable est déjà insérée dans l'ordre juridique du for, le juge ne pourrait s'en désintéresser. On se devrait ici de respecter la logique interne du droit du for ayant permis la naissance d'une situation. Si le droit du for a par exemple permis

³⁷ Si elle était désignée, par exemple, par l'article 310, al. 3, C. civ.

la célébration d'un mariage, et si la question de la validité de ce mariage vient à se poser en termes de question préalable, il faut résoudre cette question d'après la règle de conflit du for. La jurisprudence semble d'ailleurs avoir pris ce parti³⁸.

Les partisans de la théorie des questions préalables apportent ainsi leur lot d'explications. Quoi qu'il en soit, la grande majorité de la doctrine, ainsi que les solutions jurisprudentielles, marquent plutôt, comme nous allons le voir, leur hostilité à cette théorie.

B/ INDÉPENDANCE DES DEUX QUESTIONS PRÉALABLE ET PRINCIPALE

1) Limites de la théorie des questions préalables

545. La théorie, ainsi présentée, s'expose à toutes les critiques.

Son défaut majeur est tout d'abord de faire varier le statut personnel (car le plus souvent, c'est lui qui est en jeu) d'une instance à l'autre. Suivant l'objet de la question principale un même couple pourra être considéré à la fois comme marié et non marié. La résolution de la question préalable d'après la règle de conflit étrangère pourrait donc entraîner des disparités de solutions d'une espèce à l'autre, au sein du même ordre juridique. L'harmonie internationale des solutions est par ailleurs finalement en danger et la théorie rend l'ordre juridique du for incohérent³⁹. A quel titre, en effet, sacrifier l'harmonie interne des solutions ? Si, par application de la théorie, on respecte l'harmonie interne d'un système étranger en vertu duquel une situation est acquise, on brise en revanche l'harmonie internationale des solutions, puisque, selon le droit du for, la solution apportée à la question préalable variera selon les espèces.

La meilleure justification, ensuite, de la théorie des questions préalables consiste, par respect de l'harmonie internationale, à respecter des situations acquises, notamment en contravention à la règle de conflit du for. Elle permettrait ainsi, par exemple de reconnaître la légitimité d'un enfant en écartant la règle de conflit qui

³⁸ Civ. 21 janvier 1954, *Bull. civ.*, I, 378 ; *R.C.D.I.P.* 1956, 671, n. A. Weil. Il s'agissait de la succession d'un Camerounais marié en France à une Française. La Cour a refusé d'appliquer le statut personnel du Camerounais à la succession, pour la raison que les droits de la veuve dépendaient de la validité du mariage, qui avait été célébré selon la loi française et que c'était donc à la loi française de définir les conséquences de ce mariage.

³⁹ LOUSSOUARN (Y.) & BOUREL (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 1996, n°197-3 et suiv.

annule le mariage⁴⁰. Mais on comprend alors moins bien la théorie lorsqu'elle invalide les situations⁴¹.

L'application de la théorie peut également conduire à des solutions inacceptables. Supposons les tribunaux saisis d'une question principale relative à la succession mobilière d'un Français domicilié au Danemark. La question de la dévolution successorale est alors régie par la loi danoise, loi du dernier domicile du défunt. Se pose alors la question préalable de la qualité de " conjoint " (le droit français ne reconnaissant de vocation successorale qu'à celui-ci). Cette question devra donc être résolue, selon la théorie, en vertu de la règle de conflit danoise, puisque la loi danoise est applicable à la question principale. Celle-ci estime qu'il s'agit d'une question de statut personnel, donnant compétence à la loi du domicile, ici la loi danoise, qui reconnaît une vocation successorale au conjoint, comme au concubin survivant, voire au concubin homosexuel. Le Français, engagé dans une union homosexuelle pourrait ainsi recueillir la succession litigieuse. On pourrait, bien entendu, évincer la loi étrangère par le jeu de l'ordre public, mais la solution serait plus simple de soumettre directement la question du statut personnel à la règle de conflit du for.

Un dernier exemple pourra conforter ces objections. L'application de la loi des effets du mariage suppose, en soi, l'existence d'un mariage valide. Il serait absurde alors de soumettre la question préalable à la même règle de conflit du droit qui régit la question principale. Si la question principale est relative à une donation entre époux, la règle de conflit du for désigne la loi des effets du mariage. Or, si on soumet la question préalable à la règle de conflit de la loi désignée, la solution risque de devenir complètement incohérente si l'on en vient à déclarer la nullité du mariage⁴², alors que la résolution de cette question par la règle de conflit du for permettrait de sauvegarder une certaine cohérence.

2) Propositions de solutions pour résoudre la question préalable

546. Afin de remédier à ces inconvénients, d'autres solutions ont été

⁴⁰ C'est la solution que le droit autrichien a, en son temps, adoptée. Voir O.G.H. 25 octobre 1952, SZ 25/ 285, ÖJZ 1957, 31.

⁴¹ Comme ce fut le cas dans les espèces suivantes : (Suisse) Trib. fédéral, 11 novembre 1954, R.C.D.I.P. 1957, 50, n. Wengler ; Cour d'appel de BRUXELLES, 14 décembre 1955, R.C.D.I.P. 1957, 68, n. F.Rigaux.

⁴² Voir aussi : KEGEL (G.), *Internationales Privatrecht*, § 20 V 3, p. 534 : " Ce n'est pas l'art. 14 EGBGB sur la loi applicable aux effets du mariage qui répond à la question de savoir si un homme et une femme sont mariés ". Voir également la jurisprudence *Ghattas*, à l'époque où le divorce était régi par la loi des effets du mariage : PAU 25 mai 1948, *Ghattas*, S. 1949, 2, 9, n. Niboyet ; R.C.D.I.P. 1950, somm., 664.

proposées.

De nombreux auteurs ont tout d'abord préconisé la compétence, tout simplement, mais tout logiquement, de la règle de conflit du for pour résoudre la question préalable. La question préalable devrait alors être considérée comme une question principale, de façon indépendante, et résolue par la règle de conflit du for⁴³.

Ce principe étant admis, il reste toutefois à choisir la règle de conflit du for, plus spécifiquement, pour résoudre la question de la validité du mariage. Plusieurs solutions, assez proches, ont été proposées.

La solution traditionnelle à la question préalable de la validité du mariage ou du moins de la nature du lien de parenté, dont dépend la solution à la question principale, est de dire que cette dernière soulevant un problème de statut personnel, celui-ci doit être déterminé par les règles applicables en cette matière⁴⁴. C'est en tout cas, et en dépit d'affirmations contraires⁴⁵, la solution des droits allemand et autrichien⁴⁶. Un couple de nationalité grecque se marie religieusement en Autriche et se pose, plus tard, la question de savoir si leur enfant est légitime. D'après les dispositions autrichiennes, cette question principale de légitimité est une question de statut personnel des 'époux' au

⁴³ RAAPE (Leo), *Internationales Privatrecht*, 3^e éd., 1950 ; MAURY (J.), *op. cit.*, note 35 ; RABEL (E.), " Le problème de la qualification ", *R.C.D.I.P.* 1933, 1 ; " Das Problem der Qualifikation ", *RabelsZeitschrift* 5/1931, 241 ; cités in : RIGAUX (F.), *La théorie des qualifications*, n°293, qui préfère, quant à lui, la non-subordination, dans le conflit de lois, de la question préalable à la question principale. Egalement : NIBOYET (J.-P.), *Traité de droit international privé français*, Sirey, 1938-1949, t.I, n°221, à propos des conditions d'acquisition de la nationalité française par le femme étrangère d'un Français. La validité de son mariage est bien sûr une de ces conditions, mais l'auteur pense qu'il serait logique de vérifier cette validité d'après la loi compétente aux termes du système français de solution des conflits de lois.

⁴⁴ Req., 20 janvier 1879, *Antonelli c./ Jannesse et Garcia*, *D.P.* 1879, 1, 107 ; *S.* 1879, 1, 417 : La question principale posait un problème de succession ; la première question préalable était celle de savoir si le mariage des parents avait entraîné légitimation, la deuxième si le mariage était valable. Les juges estimèrent que les questions préalables devaient être résolues par la loi personnelle des intéressés (qui était aussi celle du lieu de conclusion).

⁴⁵ Voir : BATIFFOL (H.) & LAGARDE (P.), *Traité de Droit international privé*, t.I, LGDJ, 8^e éd., 1993, n°312, qui présentent toutefois ces droits comme appliquant la théorie des questions préalables, telle qu'elle a été présentée plus haut.

⁴⁶ Voir, notamment, HENRICH (D.), " Nichtigerklärung einer gemischtnationalen bigamischen Ehe ", *IPRax* 4/1993, 236, qui rappelle que la question préalable de la validité du mariage est à résoudre, *d'après l'opinion dominante*, de façon indépendante, d'après le rattachement prévu par la règle de conflit du for.

moment de la naissance de l'enfant⁴⁷. Les dispositions allemandes ont posé un principe analogue : la condition préalable d'un mariage valide se résout, pour chaque fiancé, d'après le droit dont il est ressortissant au moment de la célébration (article 13 EGBGB). Les lois personnelles des intéressés sont ainsi décisives.

547. La compétence de la loi personnelle pour résoudre la question préalable comporte aussi ses limites. L'exemple de succession mobilière cité plus haut en fait foi⁴⁸, mais dans l'exemple inversé d'un Danois ou d'un Norvégien domicilié en France. Si on doit apprécier la qualité de 'conjoint' d'après la loi personnelle des intéressés, cela pourrait revenir à accorder la succession à une personne que le droit français ne reconnaît pas en principe parmi les successibles⁴⁹.

Il existe donc un véritable problème de détermination de la loi compétente pour établir la nature du lien de parenté, lorsqu'il se pose.

Toutefois, lorsque le point litigieux porte sur la validité du mariage ou que le lien de parenté dépend de celle-ci, il serait sans aucun doute préférable de le résoudre par application des règles qui régissent sa formation. Ce serait, dans le cas contraire, faire abstraction du fait que la validité du mariage ne dépend pas uniquement de la loi personnelle, mais aussi d'une autre loi.

⁴⁷ SCHWIND (Fritz), *Internationales Privatrecht*, Wien, 1990, n°95-102. La jurisprudence opta pour un rattachement unique : O.G.H. 25 octobre 1952, SZ 25/285, ÖJZ 1957, 31, et O.G.H. 8 novembre 1972, ZfRV 1973, 143 ff. A présent, deux solutions seraient alors possibles, pour l'exemple donné : a) les deux questions doivent être résolues de façon indépendante, en partant du point de vue de la *lex fori*. Ici, pour savoir si le mariage est valable, on interroge le § 16 Abs. 1 et § 15 EheG ; b) on choisit un rattachement unique. Les dispositions autrichiennes sur la légitimité renvoient au statut personnel des époux. D'après l'*IPRGesetz*, la question de savoir si quelqu'un est marié ou non est une question de statut personnel, régie par la loi personnelle ; cf. § 9 IPRG, Abs 1, Satz 1 : "*Das Personalstatut einer natürlichen Person ist das Recht des Staates, dem die Person angehört*".

⁴⁸ Voir *supra*, n°546 et suiv.

⁴⁹ En matière de regroupement familial (où la question préalable se résout de toute façon par application de la règle de conflit du for, puisque les règles sont ici d'application territoriale), le rattachement au statut personnel ne semble pas non plus le meilleur. On pourrait alors imaginer une autre règle de conflit, comme la *lex auctoris* pour apprécier le lien de parenté, ou encore une clause spéciale d'ordre public : le lien matrimonial donnant droit au regroupement familial serait établi selon la loi personnelle du couple, mais cette loi serait écartée lorsqu'elle valide une union polygamique. Voir : JAULT-SESEKE (F.), *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, L.G.D.J., 1996, n°125 et suiv.

548. On peut rapprocher de cette idée la proposition qui a été faite de distinguer selon que le mariage est la source et/ ou la condition d'une situation à élaborer, présentée par M. LOUIS-LUCAS⁵⁰. Celui-ci dissocie en effet les cas où le premier événement est la *source* du second et ceux où il n'en est que la *condition*. Déterminer si un enfant est légitime consisterait à retrouver la *cause génératrice* afin d'en calculer l'effet. Déterminer si une personne peut succéder à une autre consisterait à retrouver la *condition* à laquelle est subordonnée la vocation successorale⁵¹.

Lorsque la situation élaborée est la *source* de la situation à élaborer, la solution commanderait l'absorption de la question principale par la question préalable⁵². La règle de conflit du for s'interroge d'abord sur la validité du mariage, ou du moins sur son caractère putatif ; la question principale se trouve naturellement résolue par la réponse à cette première question.

Lorsque la situation élaborée est la *condition* de la situation à élaborer, il faut reconnaître l'autonomie des deux situations. La détermination de leurs statuts respectifs se fera par répartition.

Un Danois se marie à Paris en 1897, et divorce en 1906. Un fils naît en 1905 d'une relation adultérine. Il épouse la mère de son fils en 1907, laquelle devient danoise. Le père meurt et le fils, qui se prétend légitimé par le second mariage de son père, demande le droit à sa qualité de réservataire ; ce à quoi s'oppose la veuve. Le tribunal cherche tout d'abord la loi applicable à la légitimation, c'est-à-dire ici, selon le droit en vigueur avant la réforme de 1972, la loi danoise qui fait renvoi à la loi française du domicile, qui prohibait à l'époque pareille légitimation. La première question étant résolue, le juge se penche sur la deuxième. La loi française est applicable à la succession car les immeubles sont situés en France, ainsi que le dernier domicile du défunt. Or la loi française n'appelle pas les enfants adultérins à la succession. La prétention est rejetée⁵³. C'est la solution logique découlant de la répartition que propose l'auteur.

La proposition a pour avantage principal, dans les deux cas, de détacher la question préalable de la question principale. Ainsi, la validité du mariage ne variera pas selon la question principale posée.

Néanmoins, la démarcation ainsi faite n'est pas incontestable.

⁵⁰ LOUIS-LUCAS (P.), *op. cit.*, note 28.

⁵¹ LOUIS-LUCAS (P.), *op. cit.*, note 28, spéc. p. 165.

⁵² C'est le contraire de la solution habituelle de la théorie où c'est la question préalable qui est absorbée par la question principale.

⁵³ Trib. civ. SAINT-BRIEUC, 26 juin 1951, R.C.D.I.P. 1951, 520, n. Niboyet.

549. Il est tout d'abord des cas où, par exemple, le mariage est à la fois source et condition, dans le sens où il produit automatiquement certains effets et où, dans le même temps, la situation à élaborer pourrait découler d'une autre situation que le mariage (comme la vocation successorale).

La *cause* (la source) peut être entendue comme “ *l'antécédent ou l'ensemble d'antécédents dont le phénomène appelé 'effet' est invariablement et inconditionnellement le conséquent*”, tandis que la *condition* est “ *la circonstance dont une autre dépend de telle sorte que si la première est absente ou supprimée, la seconde l'est aussi* ”⁵⁴.

La dissociation des deux notions n'est pas si commode. A bien y réfléchir, et à s'en tenir à ces définitions, si la cause A provoque inmanquablement un effet B, A est donc la source de cet effet. Mais si A fait défaut, l'effet B sera supprimé, et alors on peut dire que A est également la condition négative de l'effet B.

On peut dire aussi que la *cause* est “ *ce qui produit un effet ; c'est l'origine, la source*”, alors que la *condition* est “ *l'état, la situation, le fait dont l'existence est indispensable pour qu'un autre état, un autre fait existe* ”⁵⁵. Plus simple, la définition complète la première, et on peut y discerner un début de critère. Le fait A produit certains effets B, C, D, E, mais alors que, par exemple, les effets B et C sont sûrs, automatiques, dès lors que A existe, les effets D et E ne le sont pas.

M. LOUIS-LUCAS semble prendre le contre-pied de cette division. Pour lui, raisonnant à partir du mariage et de l'adoption, “ *la légitimité est intégralement commandée par le mariage, au lieu que la succession n'est pas intégralement commandée par l'adoption (...). Considérer légitimité et mariage, c'est considérer un seul phénomène, sous deux de ses aspects* ”⁵⁶.

Mais cette définition fait abstraction du caractère “ indispensable ” de la condition A pour que l'état B existe. D'autre part, la notion de source n'est pas exclusive. Un effet peut très bien avoir plusieurs sources. Il ne s'agit donc pas tout à fait de considérer *un seul* phénomène sous ses deux aspects. En réalité, la source de la situation est dans ce cas le mariage et la condition de cette situation est la validité de celui-ci.

550. On ne voit pas ensuite, sur le plan de la méthode, ce qui détache

⁵⁴ LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., 1972.

⁵⁵ Dictionnaire *Le Petit Robert*.

⁵⁶ LOUIS-LUCAS (P.), *op. cit.*, note 28, spéc. p. 165. Du reste, l'affirmation a perdu aujourd'hui de sa pertinence depuis que l'adoption plénière par une seule personne (article 343-1 du Code civil ; cette personne peut être célibataire ou mariée), et la légitimation par autorité de justice sont possibles.

exactement la voie de l'absorption de celle de la répartition. La première ne semble exacte que dans le cas où le choix de la règle de conflit pour résoudre la question principale, dépend de l'existence du mariage. La détermination du nom de famille est, par exemple, régie par la loi personnelle de l'intéressé, mais le droit peut prévoir que, concernant une personne mariée, le problème de savoir si elle doit ou peut porter le nom de son conjoint, sera régi par la loi qui régit le mariage, et dépendra donc de la validité du mariage. On peut alors effectivement estimer qu'il y a absorption de la question principale par la question préalable. Mais cette absorption ne dépend pas, en fait, de la question de savoir si, dans le cas considéré, le mariage est la source ou la condition de la situation litigieuse. Le mariage est, il vrai, source de légitimité, mais ne suffit pas à la légitimité et ne dispensera pas le juge d'utiliser la règle de conflit compétente en matière d'établissement de la filiation. Il procédera donc à une *répartition* des règles.

551. A la suite de ces diverses propositions, il a été parfois préconisé un système 'mixte' ne donnant la préférence ni à la règle de conflit étrangère, ni à la règle de conflit du for, le problème du droit applicable à la question préalable ne pouvant être résolu de façon trop mécanique⁵⁷. On se rapproche ici de l'idée de faveur qui anime, dans un autre domaine, le mécanisme du renvoi sélectif⁵⁸. Le lien de parenté sera par exemple reconnu établi s'il l'est soit selon la loi désignée par la règle de conflit du for, soit selon celle désignée par la règle de conflit du droit applicable à la question principale, soit encore selon la loi interne régissant déjà le rapport principal⁵⁹.

⁵⁷ FRANCESKAKIS (Ph.), *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958, n°234.

⁵⁸ Pour une application *in favorem*, voir l'article 19 EGBGB de la loi allemande, en matière de filiation légitime.

⁵⁹ BATIFFOL (H.) & LAGARDE (P.), *Traité de Droit international privé*, t. I, 8^e éd., L.G.D.J., 1993, n°312 ; aussi, WENGLER (W.), *Alternative Zuweisung von Vorfragen und hinkende Ehe*, *IPRax* 1984, 68 ; *R.C.D.I.P.* 1985, 429.

Un auteur allemand a également émis cette possibilité d'un choix. Il y aurait, selon lui, trois possibilités de résoudre la question préalable : 1°) la question préalable peut être entièrement déterminée par le droit matériel étranger ; 2°) elle peut être rattachée d'après les règles de conflit normales ; 3°) elle peut, indépendamment de cela, être résolue par la reconnaissance d'une situation juridique étrangère. Le choix peut néanmoins dépendre du contexte dans lequel le concept juridique est utilisé. Les règles du droit international privé restent par exemple applicables pour les questions de statut familial, mais la Loi Fondamentale peut jouer un rôle correcteur dans certains cas particuliers. Il faudrait donc partir de la fonction de la norme de droit public. On décidera seulement ensuite si on applique les règles du droit international privé, ou le droit matériel du for, ou si on reconnaît une situation acquise à l'étranger. Cf. SAMTLEBEN (J.), " Zur kollisionsrechtlichen 'Vorfrage' im öffentlichen recht ", *RabelsZ* 1988, 466, notamment pp. 484 et suiv. ; 495 et suiv. Voir aussi : BVG

Les instruments internationaux semblent eux aussi laisser le choix de la solution. L'article 12 de la Convention de La Haye de 1978 sur la célébration et la reconnaissance du mariage dispose en effet que " *les règles de ce chapitre s'appliquent même si la question de la reconnaissance de la validité du mariage doit être tranchée, à titre incident, dans le contexte d'une autre question. Toutefois, ces règles peuvent ne pas être appliquées lorsque cette autre question est régie, d'après les règles de conflit de lois du for, par le droit d'un Etat non contractant*". Le problème posé était celui de l'hypothèse où la question principale serait régie par le droit d'un Etat non contractant. On ne peut en effet supposer que les règles de conflit de cet Etat diffèrent de celles énoncées dans la convention. Ainsi, la Convention n'oblige pas les Etats à modifier leurs règles générales de droit international privé⁶⁰.

La question de la validité du mariage se posant fréquemment comme préalable à une autre question, il convient à présent d'examiner selon quelle méthode elle sera résolue.

§ 2 : Mise en œuvre de la question préalable de la validité du mariage

552. Le droit positif a tranché en faveur de la résolution autonome des questions préalable et principale (A). Solution satisfaisante, il reste à déterminer comment elle peut trouver application en matière de la validité du mariage (B), avant d'aborder la délicate question de l'exception de nullité (C).

A/ AUTONOMIE DES QUESTIONS PRINCIPALE ET PRÉALABLE

553. Au-delà des suggestions doctrinales, et en tout état de cause, le droit positif s'est prononcé en faveur de l'autonomie des questions principale et

(Allemagne), 30 novembre 1982, J.D.I. 1984, 643 ; FamRZ 1983, 251 ; IPRax 1984, 88.

⁶⁰ LALIVE (P.), " La Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages ", *Ann. suisse du droit international*, 1978, pp. 31-46, not. p. 41-42 ; ROEHRICH (Christian), " La convention de La Haye du 1^{er} octobre 1977 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages ", *T.C.F.D.I.P. 1977-1979*, p. 3.

préalable, plus particulièrement à l'occasion de litiges relatifs à la vocation successorale⁶¹.

La vocation successorale, lorsqu'elle n'est pas exprimée dans un testament, repose directement sur un lien de parenté ou d'alliance qu'il faut établir avec minutie et certitude.

Il a donc été décidé que si c'est bien à la loi successorale (loi du lieu de situation de l'immeuble ou loi du dernier domicile du défunt) de dire quelles sont les personnes appelées à la succession (enfants légitimes ou naturels, épouse, concubine...), c'est la loi personnelle des intéressés qui est en revanche compétente pour établir si ceux-ci ont la qualité nécessaire pour succéder : *“ alors que la dévolution successorale d'immeubles sis en France relève de la loi française, l'établissement de la parenté nécessaire au jeu de cette dévolution est soumis à la loi algérienne, loi personnelle des intéressés ”*⁶².

La solution, dans son dernier état, rejette clairement la théorie (allemande) des questions préalables : *“ s'il appartient à la loi successorale de désigner les personnes appelées à la succession et de dire notamment si le conjoint figure parmi elles et pour quelle part, il ne lui appartient pas de dire si une personne a la qualité de conjoint ni de définir selon quelle loi cette qualité doit être*

⁶¹ *Req.*, 21 avril 1931, *Ponnoucannamale*, S. 1931, 1, 377, n. Niboyet ; R.C.D.I.P. 1932, 526 ; NÎMES, 10 décembre 1912, *Dame Ducharme*, D.P. 1914, 2, 169, obs. Jules Valéry, où dans un problème de succession, la question de la validité du mariage fut soulevée par l'une des parties.

⁶² *Civ. 1^{re}*, 3 janvier 1980, *Dame Bendeddouche c./ dame Boumaza*, Gr. arrêts n°59 ; R.C.D.I.P. 1980, 331, n. H. Batiffol ; J.D.I. 1980, 327, n. M. Simon-Depitre ; D. 1980, 549, n. Poisson-Drocourt. Un Algérien, propriétaire d'immeubles sis en France, décède laissant deux épouses et neuf enfants. Ses deux mariages avaient été célébrés en Algérie, avec deux compatriotes. La première épouse déniait à la seconde épouse toute vocation successorale, au motif que la loi française ne reconnaît pas la polygamie. Mais l'examen préalable de la validité du mariage, et sa soumission à sa loi propre, et non à la loi compétente pour régir la question principale, respecte le développement harmonieux des situations. Le doyen BATIFFOL, dans son commentaire, note que *“ La solution donnée se présente comme logique en ce qu'elle procède directement des notions en jeu, et en même temps psychologique en ce qu'elle permet de respecter des liens familiaux selon la loi qui leur est normalement applicable ”*. C'est ainsi que l'on peut, par exemple, faire produire en France des effets à une union polygamique, du moment que celle-ci est reconnue. Les juges en ont, en l'espèce, tiré les conséquences normales : *“ Dès lors qu'il s'agit seulement de laisser acquérir des droits en France sur le fondement d'une situation créée sans fraude à l'étranger conformément à la loi compétente en vertu du droit international privé français, l'ordre public français ne s'oppose pas à ce qu'un mariage polygamique régulièrement contracté à l'étranger selon la loi personnelle des parties, produise en France des effets d'ordre successoral au bénéfice d'une seconde épouse et de ses enfants légitimes ”*. Voir de même, mais dans une hypothèse plus contestable, *PARIS*, 8 novembre 1983, *Mme Kaci c./ Mahmoudi*, J.D.I. 1984, 881, n. M. Simon-Depitre ; *Rép. Défrenois* 1984, I, 570, n. Revillard ; R.C.D.I.P. 1984, 476, n. Y. Lequette.

appréciée ”⁶³. Même si cet arrêt ne reprend pas les termes de la décision précédente, on peut supposer ici la compétence de la loi personnelle, telle qu'elle est entendue par le droit du for, pour apprécier l'existence et la validité du lien de parenté ou d'alliance.

C'est donc la règle de conflit du *for*, et non la règle de conflit du système désigné pour régir la question principale, qui sera mise en œuvre pour résoudre la question préalable de la validité du mariage. Il faut considérer par ailleurs que la simple consultation de la loi personnelle ne suffit pas dans ce cas et le juge devra, le plus souvent, interroger deux lois : celle régissant les conditions de fond, ainsi que celle régissant les conditions de forme. Toutefois, si l'on se résout à adopter un système pluraliste, le contrôle des conditions de forme devrait être plus facile, et moins strict. En effet, si le mariage est considéré comme 'formellement' valable dès lors que cette conséquence est admise, alternativement, soit par la loi du lieu de conclusion, soit par la loi personnelle des intéressés ou de l'un d'eux, il sera assez rare qu'un mariage soit déclaré nul.

554. Enfin, s'interroger sur la validité d'un mariage, afin d'en tirer certains effets, c'est aussi s'interroger sur la nature d'une union, pour la qualifier. Opération d'autant plus importante, nous l'avons vu, du fait de la concurrence croissante de l'union libre, et qui détermine la suite du raisonnement, puisque les règles de conflit ne sont pas les mêmes⁶⁴. L'opération permet aussi d'assurer la plénitude de l'institution familiale.

Il ne s'agit pas ici de préciser le caractère formel ou non de la célébration de l'union, mais plus simplement de dire, lorsque l'on réclame un effet du mariage, s'il y a mariage au regard des conceptions du for, avant de se prononcer sur sa validité. C'est un peu sur ce terrain qu'ont raisonné les juges dans l'affaire *Cousin de Lavallière*, saisis d'une question de succession, en recherchant si les épouses du fonctionnaire français avaient eu l'intention de fonder une famille au sens de la loi française, ce qui aurait pu établir leur bonne foi dans la croyance d'une union

⁶³ Civ. 1^{re}, 22 avril 1986, *Djenangi*, *op. cit.*, note 29. Il s'agissait alors de la validité d'un contrat entre un père et son fils, cette validité dépendant de la vocation successorale du père, laquelle dépendait à son tour de sa qualité de conjoint de la défunte. La question préalable de la validité du mariage apparaissait donc ici au second degré.

⁶⁴ M. P.-Y. GAUTIER pense au contraire qu'il n'y a pas à interroger préalablement la loi applicable au statut personnel pour vérifier l'existence d'un lien entre le *de cuius* et le prétendant à la succession. Selon lui, c'est la loi successorale qui devrait être compétente pour le tout, et ainsi, le concubin survivant devra être reconnu comme héritier si la loi successorale est la loi d'un des pays lui reconnaissant une vocation successorale *ab intestat*, même si le *de cuius* est français. Voir " L'union libre en droit international privé ", in *Le droit de la famille en Europe*, Strasbourg, 1992, p. 773, not. p. 780.

valide, et ainsi leur conférer le bénéfice du mariage putatif⁶⁵.

On pourrait opposer une erreur dans les étapes du raisonnement, la qualification étant toujours préalable à la mise en œuvre de la règle de conflit, puisqu'il s'agit d'interpréter celle-ci. Cependant, le problème est ici quelque peu différent, puisqu'une opération de qualification a bien déjà eu lieu, *mais* à propos de la règle de conflit correspondant à la question principale. Celle-ci étant subordonnée à la condition d'existence et de validité d'un mariage, le problème peut être de nouveau abordé.

B/ APPLICATIONS PRATIQUES AU MARIAGE

555. L'efficacité du mariage peut donc être remise en cause soit directement, à l'occasion d'une demande ayant cet objet, soit indirectement, à titre incident, alors que le procès portait essentiellement sur un autre propos : obtention par la veuve d'un élément du patrimoine de son défunt mari, demande d'aliments sur le fondement du mariage, prétention successorale⁶⁶ ou encore action en divorce⁶⁷. Dans tous les cas, le principe d'autonomie des deux questions permet une meilleure harmonie des institutions.

Dans l'affaire *Ghattas*, par exemple, les juges ont également été amenés à se prononcer sur la validité de l'union dans ces conditions. Un Libanais de rite melchite avait épousé une Française en France, en la forme civile ; une célébration religieuse aurait également eu lieu par la suite au Liban. L'épouse, qui avait entre-temps acquis la nationalité libanaise de son mari, introduisit une action en divorce en France, mais le mari fit valoir que la loi libanaise, loi des effets du mariage normalement compétente pour régir le divorce, considérait le mariage comme indissoluble. Le divorce n'aurait donc pas pu être prononcé, si la

⁶⁵ Req., 14 mars 1933, Cousin de Lavallière, S. 1934, 1, 161, rapport Pilon, n. Solus ; *R.T.D.Civ.* 1933, 452, n. G. Lagarde.

⁶⁶ Il est significatif à cet égard que l'arrêt *Bartholo*, où la validité du mariage était par ailleurs contestée, a évoqué la relation d'alliance comme principe de dévolution successorale, avant de retenir la qualification de régime matrimonial ; cf. ALGER, 24 décembre 1889, Bartholo, *J.D.I.* 1891, 1171 ; *Gr. arrêts* n°9 : " *La répartition des acquêts tire son origine, non de la qualité des époux au regard l'un de l'autre, mais de ce principe de droit naturel qui veut que chacun fasse sien, dans la limite de sa coopération et de son effort, le bien acquis en commun ; la prétention qu'elle fonde relève donc du régime matrimonial et non de la dévolution des successions* ".

⁶⁷ Tel était le cas, par exemple, dans l'affaire *Caraslanis* : Civ. 1^{re}, 22 juin 1955, Caraslanis, *R.C.D.I.P.* 1955, 723, n. H. Batiffol. ; *D.* 1956, 73, n. Chavier ; *J.D.I.* 1955, 682, n. Sialelli ; *Gr. arrêts* n°28 ; *J.C.P.* 1956, II, 9328, n. Guiho ; *Journal des juristes Hellènes* 1956, 217, n. Francescakis.

loi libanaise considérait le mariage comme valable, ce qui ne semblait pas être le cas, le mariage n'ayant pas été célébré religieusement. Du moins, la preuve d'une célébration religieuse faisait défaut.

Tout portait donc à croire que l'on se trouvait en présence d'un mariage boiteux, nul du côté de la loi libanaise normalement applicable au divorce, valable selon la loi française du lieu de célébration. Mais les juges, afin de prononcer néanmoins le divorce, décidèrent que "(...) *la loi française est compétente au sujet du divorce destiné à dissoudre un mariage si celui-ci tire sa seule existence du droit français*". Ils ajoutèrent également que "*il n'en peut être ainsi au cas du mariage d'un Libanais avec une Française que s'il est justifié que, d'après la loi libanaise, le mariage, faute de célébration religieuse, n'est pas reconnu au Liban*"⁶⁸. Il leur fallait donc résoudre au préalable la question de la nullité de ce mariage d'après le droit libanais. La question s'est ensuite déplacée sur le terrain du droit de la preuve, mais comme le remarque NIBOYET dans sa note, même dans l'hypothèse où le mariage libanais avait été prouvé et valide, le premier principe posé, selon lequel la loi française était applicable également au divorce, devait se maintenir et se suffire à lui-même, du fait que, pour apprécier la validité de l'union, seul le droit français était à prendre en compte. Or celui-ci soumet la forme du mariage à la *lex loci celebrationis*, loi qui en l'espèce considérait le mariage comme valide.

L'arrêt, en dépit des critiques qui lui ont été adressées, reste significatif du point de vue de la logique des événements. Si des époux demandent le divorce, et si la règle de conflit française désigne une loi étrangère, il n'y a normalement pas à interroger cette loi pour savoir si elle reconnaît l'union, du moment que le droit du for estime ce mariage valable⁶⁹. La validité du mariage doit alors être considérée

⁶⁸ TOULOUSE, 14 décembre 1943, Ghattas, R.C.D.I.P. 1946, 73, n. Niboyet ; S. 1944, 2, 33, n. Niboyet ; Civ., 27 février 1947, Ghattas c./ Touchet, R.C.D.I.P. 1947, 444, n. Niboyet ; S. 1947, 1, 97 ; D. 1947, 161, n. P. L.P. ; PAU, 25 mai 1948, Ghattas, S. 1949, 2, 9, n. Niboyet ; R.C.D.I.P. 1950, somm., 664 ; voir aussi NIBOYET (J.-P.), *Traité de droit international privé français*, Sirey, t. III, 1, p. 33, n. 1.

⁶⁹ "*La règle de conflit du for relative à la validité du mariage devrait dispenser de s'interroger sur la position des autres droits : le mariage n'est-il pas définitivement valide par cela seul que la compétence selon le système de conflit du for le déclare tel ?*" : FADLALLAH (Ibrahim), *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz, 1977, n°27.

High Court (Grande-Bretagne), 15 mai 1930, Nachimson v. Nachimson, R.C.D.I.P. 1931, 570, n. Constantinoff, et voir p. 749 : " Lorsque deux personnes se marient en Russie avec l'intention de conclure une union pour la vie, leur mariage doit être considéré comme valable en Angleterre ". Un homme et une femme, Russes domiciliés en Russie, ont passé en Russie un acte considéré par la loi locale comme un mariage. Suivant la loi russe le mariage pouvait être dissous par consentement mutuel ou par la volonté d'une des parties, à la condition d'un enregistrement formel. Considérant le mariage comme valable, les juges ont donc accueilli l'action en séparation de corps présentée par l'épouse. Voir aussi :

comme une donnée définitive. Et si la loi étrangère, compétente normalement pour le divorce, prescrit l'indissolubilité du mariage, alors le divorce ne peut pas en principe être prononcé. Cependant, en supposant que le droit étranger connaisse le divorce, mais tienne le mariage pour nul ou inexistant, il ne paraît pas souhaitable de prononcer le divorce en vertu de cette loi, et il est effectivement préférable de prononcer le divorce d'après la loi qui tient le mariage pour valable. La jurisprudence *Ghattas* est une solution de secours, reprise par la suite⁷⁰. La pratique semble avoir limité cette solution aux cas de divorce, alors qu'elle semble devoir d'étendre à toute espèce où un effet du mariage est soumis à une loi tenant le mariage pour nul, alors que le droit du for le tient pour valable.

556. L'étude de l'existence et de la validité du mariage comme source ou condition d'une situation à élaborer met alors en évidence le lien nécessaire entre formation et effets du mariage. Mais une fois admis que la question préalable sera régie par la règle de conflit du for, la question du choix de la règle de conflit peut néanmoins se poser du fait de l'éclatement de la catégorie.

De fait, la question de la validité du mariage ne se pose pas seulement pour l'application d'un effet concret. Plus abstraitement, le choix de la règle de conflit peut également dépendre de celle-ci. Le rattachement de certains rapports juridiques à la loi des effets du mariage, prend nécessairement son origine dans le mariage, et c'est en cela qu'il paraît logique de n'appliquer cette règle de conflit qu'après vérification de l'élément qui l'a fait naître. C'est même de là

Trib. Gr. Inst. BORDEAUX, 20 septembre 1990, J.C.P. 1991, II, 21718, n. F. Monéger : " En France, la polygamie est interdite en vertu de l'article 147 du Code civil. Il est donc impossible à un juge français, faisant application du droit français, de dissoudre la seconde union d'un polygame " .

La validité du mariage est aussi un préalable à la compétence du juge : PARIS, 9 janvier 1943, Garcia Fuentès, S. 1943, II, 29, n. Niboyet, où il s'agissait d'une demande de séparation de corps ; le tribunal discuta de sa compétence : " le principe de la sécularisation du mariage implique la validité en France de la célébration purement civile du mariage de deux étrangers, dont le statut personnel n'admet cependant que la célébration religieuse.- Un tribunal français est donc compétent pour connaître de la demande de séparation de corps entre deux époux étrangers (espagnols) domiciliés en France et y ayant contracté un mariage civil et religieux, encore bien que leur loi nationale ne reconnaisse que la validité du mariage " .

⁷⁰ Trib. Gr. Inst. PARIS, 28 avril 1967 et 22 janvier 1969, Lejarza-Zubiaur c./ dame Casana-Gomez, J.D.I. 1970, 325, n. Ph. Fouchard ; R.C.D.I.P. 1970, 435, n. D. Alexandre : " Des époux espagnols mariés civilement en France sont recevables à demander le divorce en France selon la loi française. En effet, le mariage étant valable en France, mais nul en Espagne, on ne peut subordonner les effets et les suites d'un mariage à une loi qui ne le reconnaît pas " . Des sujets espagnols s'étaient mariés civilement en France. L'un d'eux demanda le divorce en France. Le juge, relevant la nullité de l'union au regard de la loi espagnole, écarta l'application de cette loi normalement compétente pour régir les effets du mariage, pour appliquer la loi française.

qu'est née la discussion autour des mariages boiteux, le juge ayant parfois été réticent à subordonner les effets du mariage à la loi d'un pays qui ne reconnaît pas la validité de l'union⁷¹.

Aujourd'hui encore, la question peut avoir une incidence, par exemple, en matière d'effets de la filiation légitime, ou encore en matière d'autorité parentale : lorsque la situation se trouve en dehors du champ d'application de la Convention de La Haye de 1961, le droit commun s'applique. Si on rattache la résolution de ces questions à la loi des effets du mariage, il faut alors considérer la validité du mariage comme un élément essentiel qui commande l'application de la règle de conflit. Mais cette question incidente n'est importante que pour le choix de la règle de conflit, le mariage n'étant pas, dans la deuxième hypothèse, source d'attribution de l'autorité parentale, la source étant la filiation.

557. La question de la légitimité offre, de fait, un bon exemple de la difficulté, d'autant plus que cette question ne pose celle de la validité du mariage qu'au second degré, seulement. En effet, souvent la légitimité n'est pas la question principale, mais est elle-même préalable à une question, par exemple, de succession. La légitimité est rarement revendiquée directement pour elle-même. Elle est la plupart du temps le fondement d'une autre prétention.

Mais la détermination de la légitimité pose un véritable problème de méthode, puisqu'il faudra s'interroger sur l'application de la règle de conflit adéquate. M. LOUIS-LUCAS affirmait que la légitimité était intégralement commandée par le mariage⁷². Peut-être vraie à une certaine époque, cette affirmation ne l'est plus aujourd'hui car les règles qui commandent cette légitimité ne sont pas unifiées.

Si c'est la qualité d'époux légitime qui est en cause, la question est assez simple : la règle de conflit du for applicable à la formation du mariage, dira si le mariage est valable (ou le cas échéant, s'il peut être considéré comme putatif), et donc si l'époux est légitime.

Si c'est la qualité d'enfant légitime qui est en jeu, la situation est plus complexe : faut-il faire jouer les règles normalement applicables à l'établissement de la filiation aux fins de déterminer la légitimité ou bien s'interroger directement sur la qualité du lien unissant les parents de l'enfant ? Un arrêt assez ancien, de la Cour d'appel d'Alger, interrogée sur la nationalité d'enfants mineurs, s'est logiquement demandé s'ils étaient légitimes et donc si le mariage était valable ou du moins

⁷¹ PAU 25 mai 1948, Ghattas, op. cit., note 68 ; Civ. 1^{re}, 11 décembre 1951, Ghattas, R.C.D.I.P. 1953, 83 ; J.D.I. 1952, 168.

⁷² Voir *supra*, n°549 et suiv.

produisait les effets d'un mariage putatif⁷³. Les juges se sont alors référés à la loi de la formation du mariage. En revanche, un arrêt de la Cour suprême d'Autriche, a consulté la loi régissant les conditions de la filiation légitime pour savoir si un enfant pouvait être considéré comme légitime, alors que le droit autrichien considérait le mariage litigieux comme nul⁷⁴.

Les juges français paraissent choisir de vérifier tout d'abord la validité du mariage, pour en tirer les conséquences sur le terrain de la légitimité, sans s'expliquer pour autant sur la mise à l'écart de la deuxième loi. Toutefois, la jurisprudence est déjà relativement ancienne, en tout cas antérieure à la réforme de 1972 ayant posé, en matière d'établissement de la filiation, une règle de conflit entièrement détachable du mariage (article 311-14, C. civ.). C'est désormais la loi personnelle de la mère qui détermine la filiation de l'enfant. Mais, si cette loi ne donne la qualité de légitime qu'à l'enfant issu d'un mariage, il faudrait alors certainement, en outre, interroger la loi applicable à la validité de l'union, celle que désigne la règle de conflit du for.

⁷³ ALGER, 1^{er} février 1933, Moussa Amar c./ Dame Bandali, R.C.D.I.P. 1934, 433, n. P. Chauveau.

Un autre arrêt a raisonné de façon semblable. Il s'agissait d'une action en dommages-intérêts intentée, en Indochine, par deux femmes prétendant agir comme épouses de la victime d'un accident mortel, en leur nom personnel et au nom de leurs enfants issus des deux unions. Il fallait déterminer selon quelle loi devait être apprécié le droit des demandeurs d'agir en dommages-intérêts et selon quelles règles devait être déterminé le lien juridique unissant les demandeurs à la victime du délit. Là encore, les juges ont associé mariage et légitimité des enfants et ont appliqué la loi de la formation du mariage. Cf. HANOI, 24 mars 1949, Kan Chang Hoei et autres c./ Wei You Tching et autres, R.C.D.I.P. 1950, 399, n. A. Ponsard : " 1/ La loi applicable à la détermination des ayants-droits à réparation au titre de parents de la victime d'un accident mortel est la loi du lieu de commission du délit, intervenant pour déterminer à la fois l'activité susceptible d'entraîner la responsabilité et le cercle des personnes admises à obtenir réparation. 2/ La loi applicable à la détermination de la qualité de parent de la victime invoquée à l'occasion d'un accident mortel est la loi qui régit ce lien de parenté (mariage, filiation) au moment de sa création. Doivent donc être considérées comme illégitimes les deux unions contractées dans cette période par un Chinois conformément aux coutumes chinoises, ses épouses de premier et deuxième rang ayant la qualité de simples concubines et les enfants qui en sont nés celle d'enfants naturels ".

⁷⁴ Cour suprême d'Autriche, 25 oct 1952, R.C.D.I.P. 1955, 110, n. Wengler. Un Bulgare épouse une Autrichienne à la légation de Bulgarie en Autriche. L'Autriche considère le mariage nul en la forme, alors qu'il est valable en Bulgarie. Un enfant naît. L'Autriche admettant que c'est la loi du père qui régit les conditions de la filiation légitime et cette loi se trouvant favorable, en l'espèce, à la légitimité, celle-ci est acquise. Pierre LOUIS-LUCAS critique cette solution, car elle distingue filiation légitime et mariage de façon excessive, alors que le mariage est la source de la légitimité ; *op. cit.*, note 28, spéc. p. 169.

C/ VALIDITÉ DU MARIAGE ET EXCEPTION DE NULLITÉ

1) Personnes pouvant exciper de la nullité du mariage

558. Intimement liée à la question principale, la résolution de la question préalable de la validité du mariage commande de façon nécessaire l'aboutissement de l'action principale. Il semblerait pourtant que l'exception de nullité ne puisse pas être soulevée par le juge et que celui-ci soit obligé de tenir le mariage pour valable, tant que sa nullité n'a pas été demandée, comme le rappelle une espèce récente.

Un jeune homme, né à Madagascar, voulait faire établir sa nationalité française en prétendant notamment que sa mère et sa grand-mère étaient françaises, car nées à Madagascar avant l'indépendance. Faute de preuve, le *jus soli* ne pouvait ici être envisagé que du chef de sa grand-mère pour laquelle était établi qu'elle résidait effectivement sur ce territoire quand celui-ci était encore territoire français. Cependant, il n'était pas certain que la grand-mère du demandeur fut encore française à cette époque, celle-ci s'étant mariée, avant sa majorité, avec un sujet britannique en 1927. Selon les règles applicables à cette époque, le mariage avec un étranger aurait fait obstacle à ce que celle-ci, malgré son domicile en France, acquît la nationalité française à sa majorité. Or, elle s'était mariée, en territoire français, en la forme religieuse. La nationalité française du demandeur dépendait donc ici de la non-validité d'un premier mariage célébré religieusement en territoire français. Mais les juges refusèrent de remettre en cause la validité de ce mariage, et déboutèrent donc l'intéressé : " (...) *c'est à juste titre que la Cour d'appel a tenu pour valable le mariage, célébré en territoire français (à Madagascar en 1927), selon le rite religieux ismaélien, tant que sa nullité, qui n'était pas demandée, pour défaut de célébration devant l'officier d'état civil, n'a pas été prononcée.*(...) " ⁷⁵.

Cet arrêt pose en outre le débat de l'inexistence ou de la nullité du mariage ⁷⁶, la différence étant que la nullité devrait être demandée pour être prononcée par un juge, alors que l'inexistence peut être simplement constatée par celui-ci. Il semblerait qu'en présence d'une situation internationale, la doctrine écarte l'inexistence au profit de la nullité. Le juge ne pourrait donc pas prononcer la nullité si celle-ci ne lui est pas demandée ⁷⁷, et l'arrêt cité semble emprunter

⁷⁵ Civ. 1^{re}, 9 octobre 1991, *Alidina c./ Ministère Public*, Bull. civ., I, n°256 ; R.C.D.I.P. 1992, 61, n. P. Lagarde.

⁷⁶ Voir aussi *infra*, note 78.

⁷⁷ Voir, cependant, MALAURIE (Ph.) & AYNÈS (L.), *Cours de droit civil*, t. III, La

également cette voie.

Mais ce raisonnement nous paraît discutable. Si une prétention repose sur le mariage, alors le juge devrait, d'office, en apprécier la validité, et le cas échéant, en prononcer la nullité. En effet, même si celle-ci n'est pas expressément et directement demandée, elle est du moins révélée négativement, par le biais de l'objet du litige. La logique des relations entre les diverses institutions juridiques commande donc l'examen préalable de la validité du mariage, sinon le juge risque d'appliquer, si le défendeur ne soulève pas la nullité de l'acte, un effet du mariage tout en sachant celui-ci non valide⁷⁸.

La même question de logique se pose, par exemple, en matière de dissolution de l'union par divorce. Il n'y a pas logiquement de divorce possible sans mariage valable. La cohérence commanderait donc là aussi un examen préalable et systématique de cette condition, sans même qu'elle soit nécessairement demandée par les parties. La décision perdrait sinon tout le sérieux qu'un tel acte authentique recommande. Belle économie de moyens que celle de prononcer le divorce d'époux dont le mariage est nul ! Il apparaît cependant que certains juges s'efforcent de rester cohérents⁷⁹.

famille, Cujas, 5^e éd., 1995, n°204 et suiv.

⁷⁸ On peut relever cependant d'autres exemples, et notamment une décision récente où le juge français a examiné, mais sous un angle particulier, la question préalable de la validité de l'union. Il avait à connaître d'une action en réclamation d'état d'enfant légitime intentée à l'encontre d'un homme qui avait épousé une femme d'origine roumaine, mère de l'appelante, en 1952, en Allemagne, en la seule forme hébraïque. L'intéressée n'avait été déclarée à l'état civil que sous le nom de la mère, et reconnue par celle-ci en 1961, mais n'avait jamais bénéficié d'une possession d'état d'enfant légitime, notamment à l'égard du défendeur. La question de la validité du mariage célébré en 1952 fut alors soulevée. Le juge rappelle alors la formule de l'arrêt *Caraslanis*, selon laquelle le caractère civil ou religieux du mariage est une question de forme, pour désigner la loi allemande du lieu de célébration. Or, selon cette loi, le mariage serait inexistant et n'accorderait pas le bénéfice du mariage putatif dans ce cas. L'appelante ne pouvait donc utilement invoquer le bénéfice de l'article 202 du Code civil, prévoyant que le mariage *nul* n'en produit pas moins tous ses effets à l'égard des enfants. Voir Cour d'appel de PARIS, 23 février 1996, Mme Zvoristeanu c./ Buchmann, D. 1997, somm., p. 278, obs. Annie Bottiau.

⁷⁹ Trib. Gr. Inst. BORDEAUX, 20 septembre 1990, J.C.P. 1991, II, 21718, note critique de Mme MONÉGER : " *En France, la polygamie est interdite en vertu de l'article 147 du Code civil. Il est donc impossible à un juge français, faisant application du droit français, de dissoudre la seconde union d'un polygame* ". Il s'agissait d'une demande en divorce formée par une femme Sénégalaise, domiciliée en France, contre son mari de même nationalité. Le juge déclare cette demande irrecevable pour le motif indiqué. Il se borne toutefois à constater que la polygamie est interdite en France, sans en tirer de conséquences sur la validité ou la nullité du mariage. Or, les mariages avaient été célébrés au Sénégal, entre Sénégalais. Il aurait donc fallu les considérer comme valables et recevoir l'action principale. Le

Il en est de même de la question de la compétence juridictionnelle. Celle-ci est déterminée par l'article 1070 du Nouveau Code de procédure civile, dont le champ d'application est étendu à l'ordre international, mais qui ne vise que les époux. Si l'existence et la validité du mariage ne sont pas examinées, alors le juge pourrait 'divorcer' des concubins.

Le problème est délicat. Si l'on peut admettre que la nullité du mariage ne puisse être déclarée qu'au terme d'une action en justice, alors que la théorie de l'inexistence permettrait de constater l'inefficacité de l'union, en dehors même d'un jugement⁸⁰, il faut également admettre que, lorsque la validité du mariage est la condition d'une autre action, la possibilité pour le juge de soulever la question, et d'y répondre, ne remettrait pas en cause ce principe⁸¹. Par ailleurs, l'article 12, al. 3, du Nouveau Code de procédure civile, permet au juge de relever d'office les moyens de pur droit. Or la question de la nullité ou de la validité du mariage est une question de droit⁸². Il ne peut, toutefois, lui en être faite obligation ; c'est sans doute ce qui explique la position adoptée.

2) Régime de l'exception de nullité

559. Dans le cadre des questions préliminaires, la nullité n'est pas invoquée à titre principal, par voie d'action, mais incidemment, par voie d'exception. On peut alors s'interroger sur le régime de cette exception de nullité.

Il semble en effet que, dans l'ordre interne, l'exception de nullité soit perpétuelle, par référence à l'article 2262 C. civ., qui n'évoque que l'action⁸³. Mais cette exception est-elle régie par la *lex fori* ou bien est-elle soumise au même régime que l'action principale, auquel cas ce serait la loi applicable à celle-ci qui dirait dans quelles conditions elle peut être soulevée ? La première solution a notre préférence car l'exception doit sans doute être admise comme une question de procédure, relevant ainsi de la *lex fori*. Il semble d'ailleurs, sans que celle-ci se

juge n'est donc pas allé jusqu'au bout du raisonnement.

⁸⁰ BÉNABENT (A.), *Droit civil, La famille*, Litec, 8^e éd., 1997, n°136-1.

⁸¹ Voir aussi : BÉNABENT (A.), *op. cit.*, note 80, n°147.

⁸² Voir aussi : SOLUS (H.), " La jurisprudence contemporaine et le droit du Ministère Public d'agir en justice au service de l'ordre public ", in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939, p. 769 : pour certaines nullités absolues, nullités d'ordre public, le Ministère Public pourrait agir d'office, même devant les juridictions qui ne comportent pas sa présence.

⁸³ PONSARD (A.) & BLONDEL (P.), *Rép. Dr. civ.*, 1973, v°Nullité, n°91 ; DESSAUX (A.), *L'article 1304 du Code civil et le principe de la perpétuité de l'exception*, thèse Paris, 1937.

soit prononcée sur la question, que la jurisprudence réagisse dans ce sens. Dans tous les cas où le juge a eu à connaître, à titre préalable, de la validité du mariage, il a répondu à cette question alors même que le mariage avait été célébré plus de trente ans auparavant, comme dans l'affaire *Zagha*⁸⁴.

Il est possible toutefois de se demander si l'on doit tenir compte des fins de non-recevoir ou de confirmation édictées par la loi de la condition violée, comme par exemple celles que prévoient les articles 181 et suivants du Code civil français. Ces causes d'extinction de l'action principale en nullité s'étendent-elles à l'exception de nullité et constituent-elles des fins de non-recevoir à celle-ci ? De plus, ces fins de non-recevoir (par exemple la prescription) ne pourraient être que celles que prévoit la loi de la condition violée, puisque c'est cette loi qui sera interrogée si la question de la nullité est soulevée lors d'un litige. Or, dans le cas où cette loi prévoit un délai de prescription, il semble y avoir contradiction avec le caractère perpétuel de l'exception de nullité.

La prescription est régie par la loi du fond, puisqu'il y va de l'existence même des droits subjectifs et non des formes de leur mise en œuvre devant les tribunaux. L'écoulement du temps consolide un état de fait ; il entraîne la disparition du droit que contredit cet état de fait et il consacre éventuellement un droit nouveau⁸⁵. Le même régime s'applique à la confirmation, qui est la réparation du vice qui affecte l'acte. C'est l'acte par lequel une personne renonce unilatéralement à se prévaloir de la nullité relative d'un acte juridique. Si on comble ce qui manquait, la mise en œuvre judiciaire du droit de critique est alors paralysée⁸⁶.

560. Il n'y aurait toutefois contradiction entre l'action en nullité et l'exception de nullité que dans le cas où la première est limitée dans le temps, ce qui en pratique ne concerne vraiment que l'action en nullité relative. Dans ce cas, et par application de l'article 1304 du Code civil, si la loi française est la loi de la condition violée, l'action se prescrirait par cinq ans, sauf si la nullité n'est pas

⁸⁴ Assigné par sa femme, le 26 avril 1966, en contribution aux charges du mariage, le sieur Zagha lui opposa l'invalidité de leur mariage, le tribunal examina cette question, alors que le mariage avait été célébré le 12 octobre 1924. Voir, notamment : Trib. Gr. Inst. GRASSE, 5 décembre 1967, Zagha, J.D.I. 1969, 82, n. Lehman ; *Gaz. Pal.* 1968, 1, 91.

⁸⁵ LA PRADELLE (de GEOUFFRE de) (G.), *op. cit.*, note 9, n°280 et suiv. Voir, de même, implicitement, l'arrêt *Patino* de 1963, où la Cour de cassation a précisé que la prescription était soumise à la loi régissant l'acte attaqué car les deux questions forment un ensemble indissociable ; cf. Civ. 1^{re}, 15 mai 1963, Patiño, R.C.D.I.P. 1964, 532 (1^{er} arrêt), 506 (2^e arrêt), n. P. Lagarde ; *J.D.I.* 1963, 1016 (1^{er} arrêt), 996 (2^e arrêt), n. Malaurie ; *J.C.P.* 1963, II, 13365 (1^{er} arrêt), 13366 (2^e arrêt), n. Motulsky.

⁸⁶ LA PRADELLE (de GEOUFFRE de) (G.), *op. cit.*, note 9, n°286 et suiv.

déjà éteinte par une confirmation à plus court délai, par exemple celle de l'article 183 du Code civil, qui prévoit un délai d'un an, qui court du jour où elles ont eu connaissance du mariage, pour les personnes dont le consentement était requis. Pour l'époux lui-même (qui avait besoin d'une autorisation), le délai court à partir de l'âge requis (18 ans). Ce délai ne supportera aucun allongement, même si la nullité devait être opposée par voie d'exception⁸⁷.

L'action en nullité absolue pourrait en revanche toujours être exercée. On dit généralement qu'elle échappe à la prescription. Dans certains cas, l'irrégularité est néanmoins couverte (cas exceptionnels de confirmation)⁸⁸ : si par exemple les époux peuvent invoquer une possession d'état continue et non frauduleuse ; le parent qui a consenti au mariage ne peut demander la nullité pour impuberté, ou si les époux ont atteint l'âge requis depuis plus de six mois ou si la femme est enceinte ; le Ministère Public perd également son droit d'agir si l'un des époux est décédé⁸⁹.

Contrairement au droit commun des nullités absolues, on admettrait ici que l'action est imprescriptible⁹⁰. La question fait partie de celle, plus vaste, de l'imprescriptibilité des actions d'état. Or, il est vrai que la loi de 1972, sur la filiation, a remis en cause celle-ci (article 311-7 C. civ.). On peut alors se demander si l'imprescriptibilité sera maintenue pour le mariage. Mais si l'on revenait à la prescription trentenaire, seule la voie d'action serait fermée et la nullité pourrait toujours être invoquée par voie d'exception, conformément aux principes généraux⁹¹.

Il semblerait donc, pour conclure sur ce point, que, sauf confirmation exceptionnelle prévue par la loi de la condition violée, la voie de l'exception, soumise à la *lex fori*, puisse toujours être exercée, même au-delà des délais de prescription prévus par la loi édictant la nullité.

En tout état de cause, que la nullité du mariage ait été déclarée au terme d'une action principale en nullité ou qu'elle l'ait été au terme d'une action soulevant

⁸⁷ HAUSER (J.) & HUET-WEILLER (D.)†, *La famille. Fondation et vie de la famille*, L.G.D.J., 2^e éd., 1993, n°359 et suiv.

⁸⁸ En supposant que la loi française est ici la loi de la condition violée.

⁸⁹ HAUSER (J.) & HUET-WEILLER (D.)†, *op. cit.*, note 87, n°349 et suiv.

⁹⁰ MARTY & RAYNAUD, *Traité de droit civil*, t. I, 2^e vol., *Les personnes*, Paris, Sirey, 1976, n°120 ; PARIS, 17 février 1961, *D.* 1961, somm., p. 102 ; *Gaz. Pal.* 1961, I, 253, concl. Nepveu ; mais voir, *contra*, BÉNABENT (A.), *Droit civil, La famille*, Litec, 8^e éd., 1997, n°139 et suiv., qui indique que la nullité absolue se prescrit par trente ans.

⁹¹ HAUSER (J.) & HUET-WEILLER (D.)†, *op. cit.*, note 87, n°351.

préalablement la question de la validité de l'union, les effets de la nullité seront soumis au même régime.

Section 3

Effets de la nullité du mariage en droit international privé

561. La nullité n'est pas, en principe, un mode de dissolution du mariage. Le Code civil ne prévoit que le divorce ou le décès comme causes d'extinction de l'union. Il n'est donc pas procédé à la dissolution de l'union⁹².

La nullité du mariage ayant été déclarée, il reste toutefois à étudier les conséquences qu'entraîne cette nullité. La nullité a normalement pour effet de supposer que l'acte juridique n'a jamais existé et qu'il n'a jamais pu produire d'effets. C'est la véritable sanction de la nullité, qui fait perdre tous les avantages procurés par la conclusion de l'acte, ce qui découle de son caractère en principe rétroactif.

Les solutions adoptées en matière de mariage sont cependant différentes, mais divergent également selon les systèmes. Ceux dont la législation est inspirée du droit canonique connaissent l'institution du mariage putatif, qui a pour objet de tempérer les effets de l'annulation : les effets passés du mariage sont maintenus en faveur de l'époux de bonne foi, ainsi que des enfants issus de l'union. La solution est également inspirée d'un certain réalisme : comment, en effet, anéantir aussi brutalement trente ou quarante ans d'existence commune ? La nullité du mariage entraîne alors cette fois la dissolution de celui-ci, et il sera procédé à la liquidation du passé ainsi que, parfois, à l'aménagement de l'avenir.

Entre l'annulation-négation et l'annulation-dissolution, deux conceptions de la nullité s'opposent. L'intérêt principal de l'étude des effets, en droit international privé, de la nullité du mariage, consiste alors à déterminer la loi applicable à ces effets aux fins de les soumettre à l'une ou l'autre conception.

⁹² Certaines dispositions de droit matériel interne prévoient toutefois la non-rétroactivité de l'annulation, notamment à l'égard des enfants (article 202 C. civ.), ainsi qu'en matière d'acquisition de la nationalité française : le nouvel article 21-5 C. civ. prévoit que, dans ce cas, la déclaration de nationalité, faite au profit du conjoint de bonne foi, n'est pas caduque ; les enfants conservent également la nationalité française (article 21-6 C. civ.).

Plusieurs thèses ont été avancées sur ce point⁹³. La première propose de soumettre la possibilité du mariage putatif à la loi d'où résulte la nullité. Cette méthode aurait notamment l'avantage de maintenir de façon cohérente l'économie d'ensemble du système de sanction des conditions de validité du mariage. Cet ensemble serait régi par une même loi et on éviterait ainsi un dépeçage peut-être inutile, et en tout cas source de complications. Une autre, constatant, d'une part, que la putativité n'est accordée que par faveur pour l'époux de bonne foi et que, d'autre part, la bonne foi est une modalité du consentement, fait régir la question par la loi nationale de cet époux de bonne foi. On a pu également soutenir que la putativité consistant en une fiction de validité, il fallait interroger la loi des effets du mariage. Cette position n'a pas été estimée pleinement satisfaisante, notamment parce que faire régir la possibilité du mariage putatif par cette loi conduirait peut-être à appliquer une loi qui, en fin de compte, tient l'union pour valable. C'est ce que M. FADLALLAH a appelé un mariage boiteux " à rebours "⁹⁴.

562. C'est finalement un quatrième système, dissociant l'admission et les effets de la putativité, qui a eu la préférence. La jurisprudence est venue conforter cette position. Ainsi, la loi de la condition violée décide si le mariage est ou non putatif, mais ses effets sont précisés et régis par la loi gouvernant les effets personnels ou patrimoniaux d'un mariage valable.

L'arrêt *Moreau* a posé la première partie de ce principe : c'est la loi d'où résulte la nullité qui détermine si le mariage est putatif⁹⁵. Cette jurisprudence a été plusieurs fois confirmée par la suite⁹⁶ et ce, même après la réforme de la filiation de 1972. On avait en effet suggéré que, le mariage nul produisant les effets d'un mariage valable à l'égard des enfants (article 202, C. civ.)⁹⁷, il faudrait interroger la loi des effets du mariage, et non celle de la nullité, pour rechercher si les

⁹³ Pour un ensemble complet, voir : MESTRE (J.), *op. cit.*, note 2, n°48 et suiv.

⁹⁴ FADLALLAH (Ibrahim), *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz, 1977, n°49.

⁹⁵ Ch. civ., 6 mars 1956, *Veuve Moreau c./ Dame Bazbaz*, R.C.D.I.P. 1956, 305, n. Francescakis ; D. 1958, 709, n. H. Batiffol. ; Gr. arrêts n°29 ; J.C.P. 1956, II, 9549, n. A. Weill. Il s'agissait d'un mariage célébré à l'étranger, entre un officier français et une Syrienne de confession israélite, alors que l'époux était déjà marié par ailleurs. Nul pour bigamie, la femme de nationalité syrienne put néanmoins bénéficier utilement du caractère putatif du mariage.

⁹⁶ Civ., 6 octobre 1976, *époux Zazzera c./ Dame Carrara*, D. 1976, IR, 324 ; Bull. civ., I, n°285, p. 231 ; PARIS, 27 novembre 1981, D. 1983, 142, n. G. Paire ; PARIS, 14 janvier 1994, D. 1994, IR, 100, et somm., 357, obs. B. Audit.

⁹⁷ Le mariage produira, à l'égard des enfants, les mêmes effets, qu'il soit nul ou valable.

enfants ont ou non la qualité d'enfants légitimes⁹⁸. Cette compétence découlerait du fait que c'est le mariage qui constituerait le seul rattachement.

563. On peut, il est vrai, se demander si l'admission du mariage putatif ne devrait pas être étudiée sur un autre plan que celui sur lequel se place la jurisprudence. Plus que de la loi d'où découle la nullité, elle dépendrait davantage de l'*existence* du mariage. Le mariage putatif ne semble pas être un effet de la nullité de l'union, mais un effet de son existence et, plus précisément de l'existence d'une célébration ; c'est ainsi qu'une union libre ne pourra jamais entraîner les effets d'un mariage putatif⁹⁹.

Du reste, le bénéfice de la putativité n'a été que rarement refusé, même à deux étrangers ayant contracté mariage à l'étranger et dont la loi commune ignorait l'institution¹⁰⁰. On pourrait de même faire jouer l'exception d'ordre public à l'encontre d'une loi jugée trop sévère à cet égard. On avance d'ailleurs que la diversité des solutions dans l'ordre international justifie de faire régir le mariage putatif par le procédé du conflit de lois, assorti de l'ordre public. Il permettrait mieux que le procédé des règles matérielles de répondre à la variété des situations internationales¹⁰¹.

De fait, certaines difficultés ne sont pas encore résolues, comme celle découlant de la pluralité des lois d'où résulte nullité du mariage, et surtout dans le cas où ces deux lois n'ont pas la même conception du mariage putatif. Il a alors été proposé de préférer la loi des effets du mariage qui est unique ; mais cette solution n'est pas réaliste car le droit positif donne compétence à la loi de la condition violée¹⁰². On peut sinon admettre le mariage putatif dès lors que l'une des lois l'admet¹⁰³ ; ou bien encore ne l'admettre que si les deux lois

⁹⁸ SIMON-DEPITRE (Marthe) & FOYER (J.), " La loi du 3 janvier 1972 et le droit international privé ", *J.C.P.* 1973, I, 2566, n°177.

⁹⁹ Voir aussi LEVENEUR (L.), *Situations de fait et droit privé*, L.G.D.J., 1990, n°173 et suiv.

¹⁰⁰ AIX-EN-PROVENCE, S. 1939, 2, 160 ; cf., aussi, MESTRE (J.), " Le mariage en droit international privé. Sanction des conditions de formation ", *J-Cl. Dr. int.*, fasc. 546-30, 1996, n°69 et suiv., citant certaines décisions, rendues avant l'arrêt *Moreau*, où le bénéfice du mariage putatif a été accordé, alors que le mariage était nul selon deux lois différentes, et la loi étrangère refusant le mariage putatif, not. *Cass. civ.*, 8 janvier 1930, *Degas*, DP 1930, 1, 51.

¹⁰¹ GANNAGÉ (P.), note sous PARIS, 14 juin 1995, *R.C.D.I.P.* 1997, 41.

¹⁰² LA PRADELLE (de GEOUFFRE de) (G.), *op. cit.*, note 9, n°344.

¹⁰³ HOLLEAUX (D.)†, FOYER (J.) et LA PRADELLE (de GEOUFFRE de) (G.), *Droit international privé*, A. Colin, 1987, n°1147 ; BATIFFOL (H.) & LAGARDE (P.), *Droit international privé*, t. II, 7^e éd., L.G.D.J., 1983, n°429 ; AUDIT (B.), *Droit international privé*, Economica, 2^e éd., 1997, n°648.

l'admettent¹⁰⁴.

Nous persistons toutefois à croire que le problème ne se pose pas de cette façon et que, dans tous les cas, le bénéfice du mariage putatif ne dépend pas de la loi d'où résulte la nullité. A partir du moment où le droit du for, pour la mise en œuvre de la règle de conflit, a qualifié et reconnu l'existence d'un mariage, le bénéfice du mariage putatif devrait être accordé, dans les conditions de la loi qui a établi l'existence du mariage, dans le cas où l'examen de l'union aboutirait à son absence de validité¹⁰⁵. Il ne s'agit pas d'une remise en cause du conflit de lois, dans la mesure où l'existence du mariage (notamment sa preuve) dépend d'une loi qui peut être une loi étrangère, mais d'interroger une autre loi que celle dont résulte la nullité.

564. On enseigne, enfin, que la loi d'où découle la nullité ne régit pas le mariage putatif de façon exclusive¹⁰⁶. En principe, c'est bien la loi de la condition violée qui précise si la bonne foi est nécessaire, mais les juges français semblent ensuite l'apprécier de façon autonome, en affirmant, par exemple, qu'elle est toujours présumée¹⁰⁷. Ensuite, le contenu concret des effets de la putativité est régi par la loi des effets du mariage¹⁰⁸. Un mariage sera par exemple annulé en vertu de la loi française et déclaré putatif selon cette même loi, mais la liquidation du régime matrimonial pourra être régie par une autre loi¹⁰⁹.

¹⁰⁴ LOUSSOUARN (Y.) & BOUREL (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 5^e éd., 1996, n°310 ; MESTRE (J.), *op. cit.*, note 2, n°101.

¹⁰⁵ Cette solution devrait également conduire à pouvoir appliquer l'art. 202, C. civ., à la condition qu'un mariage, qualifié comme tel, existe bien. Voir aussi *supra*, n°509 et suiv.

¹⁰⁶ Un arrêt assez récent invite le juge à préciser le domaine d'application de la loi : Civ., 15 janvier 1980, Kaspar c./ Dame Prélevic, *J.D.I.* 1980, 316, n. Ph. Kahn.

¹⁰⁷ Civ. 14 décembre 1971, *D.* 1972, 179 ; *R.C.D.I.P.* 1974, somm., 728.

¹⁰⁸ On se rallie, ici, à la thèse qu'avaient suggérée certains auteurs : NIBOYET (J.-P.), *Traité de droit international privé français*, Sirey, 1938-1949, t. VI, n°1591 ; FADLALLAH (I.), *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz, 1977, n°50.

¹⁰⁹ Civ., 20 novembre 1958, Hassain c./ Dame Faid Zoudiba Bent Ali, *J.D.I.* 1959, 1146, chron. Sialelli ; et plus récemment : PARIS, 14 juin 1995, *D.* 1995, IR, 192 ; *D.* 1996, 156, n. Boulanger. *D.* 1996, somm., 174, obs. B.Audit ; *R.C.D.I.P.* 1997, 41, note P. Gannagé. Un mariage avait été annulé en vertu de la loi polonaise, interdisant la bigamie, et a été déclaré putatif en vertu de cette même loi. Plus précisément, les juges ne se sont pas expressément référés à cette loi, mais on peut le supposer du fait qu'ils ont considéré le mariage valable selon la loi libanaise. De même, en examinant la bonne foi des époux, les juges ne se sont pas référés à la loi polonaise.

On remarquera par ailleurs que le mariage était également nul en vertu de la

La solution paraît saine et ne serait pas affectée par notre proposition de faire régir l'institution du mariage putatif par la loi dont dépend l'existence du mariage.

Conclusion du chapitre 2 & du sous-titre 2

565. La production d'effets civils ne dépend pas seulement de l'existence du mariage, mais aussi, principalement, de sa validité. Celle-ci pourra être directement mise en cause, par le biais d'une action en nullité, et les solutions dans ce domaine sont de facture tout à fait classique. Mais lorsque, positivement, l'un des époux réclamera un effet du mariage, c'est à titre préalable qu'il faudra résoudre la question. C'est donc ici, au stade pathologique, que la règle de conflit régissant les conditions du mariage - et qui a été au centre des développements précédents - sera véritablement mise en œuvre, puisque, au stade de la célébration, les autorités passent outre. Pour la cohérence générale de l'ordre juridique du for, ce sont ses propres règles de conflit que le juge devra interroger ; il interrogera, de même, parmi elles, celle qui gouverne la formation du mariage dans son ensemble.

Enfin, si la validité du mariage n'est pas reconnue, les effets de cette sanction sont en principe régis par la loi de la condition violée. Toutefois, le bénéfice du mariage putatif devrait être apprécié d'après la loi qui reconnaît l'existence du mariage, et non par la loi qui a édicté la nullité, le bénéfice de la putativité étant, à notre avis, un effet de l'existence du mariage et non un effet de sa nullité. Ainsi, si cette existence est établie, ce qui devrait toujours être le cas si la validité du mariage est ensuite examinée par le juge, le bénéfice du mariage putatif serait toujours possible. Ses conditions, comme la condition de bonne foi en droit français, ainsi que ses effets, pourraient de même être régis, soit par la loi qui a établi l'existence de l'union, soit par la loi du for. La possibilité d'une telle alternative dépendrait en définitive de la politique législative adoptée en matière de mariage.

loi libanaise du mari, ce que n'ont pas vu les juges du fond, qui ont mal interprété la loi libanaise. Mais, c'est la loi résultant de la volonté des parties qui a été appliquée au régime matrimonial. On notera aussi qu'une prestation compensatoire a été accordée à l'épouse, mais il n'a pas été indiqué à quel titre.

Conclusion du titre 2

566. Les critiques adressées aux règles et aux méthodes applicables à la célébration du mariage en droit international privé, ainsi que l'évolution actuelle des relations privées, commandent une réorientation de ces règles afin de revaloriser la célébration du mariage. Une nouvelle qualification conduit à la classer dans la catégorie des conditions de fond de l'union. Néanmoins, la soumission de l'ensemble du mariage à une même loi, à titre exclusif, et surtout, à la loi personnelle, telle qu'elle est aujourd'hui définie, ne paraît pas souhaitable. C'est pourquoi il est proposé un système pluraliste permettant de reconnaître facilement la validité 'formelle' de l'union. Le véritable contrôle serait alors opéré au stade de la reconnaissance des droits, et donc de leur sanction. Volonté privée et volonté publique pourraient dès lors être conciliées, dans un ensemble cohérent de règles et de mécanismes, conformes au principe de la liberté matrimoniale.

Conclusion générale

567. L'étude de la célébration du mariage en droit international privé a permis de mieux comprendre quelle pouvait être la valeur de la forme du mariage en droit français. Mais, pour comprendre sa place en droit international privé et son incidence sur les règles et les méthodes, il a paru nécessaire de dégager les *finalités* intrinsèques et extrinsèques de l'institution, car les mécanismes du droit international sont profondément affectés par les particularismes de chaque système. L'analyse des *moyens* de la célébration du mariage n'a pas démenti l'existence de ces particularismes et les a, au contraire, mis davantage en évidence. Elle a révélé le souci du droit français de sauvegarder ses intérêts propres dans les rapports internationaux.

Ainsi marquée du sceau de l'autorité publique, la célébration du mariage est apparue comme une question relevant du *fond* de l'union et non de sa *forme*. Cette conséquence a été également révélée par l'examen des fins 'privées' du mariage. On aboutit de la sorte à ce résultat étonnant : la valeur de la forme du mariage en droit international privé équivaut à son classement dans la catégorie du fond de l'institution. A ce stade de la formation du lien, on ne pourrait pas d'ailleurs, sans contradiction, parler d'institution, l'institution n'occupant réellement sa place qu'une fois l'union conclue. La célébration du mariage a en effet ceci de paradoxal que, tout en constituant le mode d'expression de la volonté des époux, qui la ferait entrer dans la catégorie des formes, elle est aussi ce qui donne au mariage son existence et sa raison d'être ; elle en est l'essence même, ce qui la relie à la catégorie du fond de l'institution.

Cette nouvelle qualification attribuée à la célébration du mariage conduirait à la faire régir, dans toutes ses conditions, par la loi personnelle des futurs époux. La solution doit néanmoins être nuancée.

D'une part, la catégorie des conditions de forme ne disparaît pas complètement, certains éléments de la célébration restent assurément des éléments de forme,

soumis de la sorte à la loi du lieu de conclusion de l'union.

D'autre part, même si la notion de loi personnelle mérite peut-être d'évoluer - le rattachement à la seule nationalité répondant moins bien à l'évolution actuelle de la société internationale -, la soumission des modes de célébration du mariage à cette seule loi laisserait subsister un certain nombre d'inconvénients, dont on ne peut faire abstraction.

Il reste nécessaire de maintenir un minimum de contrôle, dans le cas notamment où l'union est célébrée en France. C'est ainsi qu'il a été proposé d'instaurer un système d'enregistrement qui aurait pour but d'assurer ce contrôle. Les intérêts publics que le mariage met en jeu seraient de cette façon préservés.

568. La soumission des modes de célébration du mariage à une autre loi que la loi du lieu de sa conclusion peut cependant paraître remettre en cause, lorsque le mariage sera conclu en France, le principe de laïcité si cher à notre système et dont on a montré qu'il a été majoritairement au centre des politiques et des solutions relatives au mariage. Pourtant, à l'heure où d'autres soumettent au Parlement divers projets d'union civile et sociale, produisant des effets presque identiques à ceux du mariage, on peut se demander si le principe énoncé - pour ne prendre que cet exemple - ne cède pas la place à un autre principe, celui de la liberté matrimoniale. Si des couples divers et variés ont la possibilité, dans un avenir qui semble de plus en plus proche, de choisir de s'engager par un tel contrat, alors pourquoi ne pas laisser la possibilité, à ceux qui souhaitent se marier, de choisir la cérémonie ? Cela est concevable, surtout si l'on tient compte du caractère privé, et donc contractuel, que l'on reconnaît finalement au mariage, au stade de sa formation. Il a de même été souligné que la laïcité pouvait indéniablement trouver d'autres modes d'expression que ceux qu'elle connaît aujourd'hui.

La proposition se heurtant toutefois à quelques difficultés de mise en œuvre, c'est dans le pluralisme que la solution peut trouver son assise. Le pluralisme se manifestera principalement par une nouvelle interprétation de la règle *Locus Regit Actum*, qui régit actuellement la 'forme' du mariage. La règle devrait de nouveau revêtir un caractère facultatif en matière de mariage. Il reste cependant à déterminer si elle doit l'être dans tous les cas ou seulement dans le cas d'un mariage célébré à l'étranger.

569. De tous ces éléments il résulte que :

1°) Les conditions de fond du mariage sont en principe régies par la loi personnelle de chacun des futurs époux.

2°) Par exception à ce principe, les modes de célébration et de conclusion du mariage sont régis par la règle *Locus Regit Actum*.

3°) Les conditions de forme du mariage sont régies par la loi du lieu de sa conclusion. Ainsi, l'enregistrement étant une condition de forme, sera également régi par cette loi.

Il convient toutefois, pour ces deux dernières propositions, de distinguer selon que la règle *Locus Regit Actum* est facultative ou non.

Si la règle n'est facultative que dans le cas où le mariage est célébré à l'étranger, les modes de célébration et de conclusion du mariage sont régis par la loi du lieu de sa conclusion, et la loi française s'applique donc impérativement lorsque le mariage est célébré en France, et l'exigence d'un enregistrement sera respectée. On peut toutefois proposer que le droit interne lui-même admette plusieurs modes de célébration. Ainsi, si la loi personnelle des intéressés exige un certain mode de célébration, la loi locale lui permettrait de se conformer à cette exigence. On éviterait alors la conclusion d'unions boiteuses.

Si la règle est facultative dans tous les cas, le mode de célébration du mariage sera régi soit par la loi du lieu de sa conclusion, soit par la loi personnelle d'au moins l'un des époux. Les mariages consulaires pourront toujours être reconnus si la loi personnelle l'autorise, mais des mariages célébrés selon le seul rite d'une religion, conformément à la loi personnelle de l'un des époux, seront également valables. Si, toutefois, le mariage est célébré en France, la célébration devra obligatoirement être accompagnée d'un enregistrement, soit en vertu du principe selon lequel les conditions de forme restent régies par la loi locale, soit en faisant de l'exigence une loi d'application territoriale. La deuxième hypothèse rencontre notre préférence car la première conduit à opérer une sous-distinction : la règle *Locus Regit Actum* pourrait être considérée comme impérative lorsqu'elle régit les conditions de forme du mariage, ce qui entraînerait une distorsion avec la solution générale applicable en matière de forme des actes. En tout état de cause, cet enregistrement constaterait qu'une célébration a bien eu lieu en France, tiendrait lieu d'acte de mariage et serait nécessaire à la production d'effets civils.

Bibliographie Générale

I. Traités et ouvrages généraux

ANCEL (Bertrand) & LEQUETTE (Yves), *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1992 ⁽¹⁾

ARMINJON (Pierre), *Précis de droit international privé*, II, *Les personnes, les biens*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1958

AUBRY (Charles Marie) et RAU (Charles Frédéric), *Droit civil français*, 7^e éd., par Paul Esmein, t. I, *Etat civil, nationalité, domicile, absence, protection des incapables*, par André Ponsard, Paris, Libr. Techniques, 1964

AUBRY (Charles Marie) et RAU (Charles Frédéric), *Droit civil français*, t. VII, *Mariage, divorce, séparation*, 7^e éd., par Paul Esmein, Paris, Libr. Techniques, 1962

AUDIT (Bernard), *Droit international privé*, Paris, Economica, 2^e éd., 1997

BARTIN (Etienne), *Principes de droit international privé*, Paris, Domat-Montchrestien, I - 1930, II - 1932, III - 1935

BATIFFOL (Henri)† & LAGARDE (Paul), *Traité de Droit international privé*, t. I, 8^e éd., Paris, L.G.D.J., 1993

BATIFFOL (Henri) & LAGARDE (Paul), *Droit international privé*, t. II, 7^e éd., Paris, L.G.D.J., 1983

BATIFFOL (Henri), *Traité élémentaire de droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 3^e éd., 1959

BÉNABENT (Alain), *Droit civil, La famille*, Paris, Litec, 8^e éd., 1997

BERGER (Vincent), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 1996

BOULANGER (François), *Droit civil de la famille, Aspects internes et internationaux*, tome I, Paris, Economica, 2^e éd., 1992

BUCHER (Andreas), *Droit international privé suisse*, t. II, *Personnes, famille, successions*, Basel/ Frankfurt a. M., 1992

BURGUIÈRE (André), KLAPISCH-ZUBER, (Christiane) SEGALEN (Martine), ZONABEND (Françoise), *Histoire de la famille*, t. I, Paris, A.Colin, 1986

¹ La troisième édition de cet ouvrage vient de paraître en décembre 1997. Les arrêts cités font toutefois référence à la deuxième édition.

- CARBONNIER (Jean)**, *Droit civil, la famille*, Paris, P.U.F., coll. Thémis, 17^e éd., 1995
- CARBONNIER (Jean)**, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 8^e éd., 1995
- CHAMPENOIS (Gérard)**, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, Armand Colin, 1996
- COLIN (Ambroise) & CAPITANT (Henri)**, *Cours élémentaire de droit civil français*, Paris, Dalloz, 1953
- COLOMER (André)**, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, Paris, Litec, 8^e éd., 1997
- CORNU (Gérard) (dir.)**, *Vocabulaire juridique*, association H. Capitant, Paris, P.U.F., 6^e éd., 1996
- CORNU (Gérard)**, *Droit civil, La famille*, Paris, Montchrestien, 5^e éd., 1996
- COURBE (Patrick)**, *Droit de la famille*, Paris, A. Colin, 7^e éd., 1997
- DAVID (René)**, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 1992
- DEBBASCH (Charles) & DAUDET (Yves)**, *Lexique de politique*, Paris, Dalloz, 6^e éd., 1992
- EHRENZWEIG (Albert A.) & JAYME (Erik)**, *Private International Law*, Leiden, Sijthoff, I, 1974, II, 1973, III, 1977
- GRAULICH (Paul)**, *Principes de droit international privé*, Paris, Dalloz, 1961
- HAUSER (Jean) & HUET-WEILLER (Danièle)†**, *Traité de droit civil, La famille. Fondation et vie de la famille*, L.G.D.J., 2^e éd., 1993
- HEINI (Anton), KELLER (Max), SIEHR (Kurt), VISCHER (Frank) & VOLKEN (Paul)**, *IPRG Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationales Privatrecht*, Zürich, Schulthess, 1993
- HENRICH (Dieter)**, *Internationales Familienrecht*, Frankfurt a/ Main, 1989
- HOLLEAUX (Dominique)†, FOYER (Jacques) et LA PRADELLE (de GEOUFFRE de) (Géraud)**, *Droit international privé*, A. Colin, 1987
- KAHN (Franz)**, *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, München, Duncker & Humblot, I, 1891, II, 1928
- KEGEL (Gerhard)**, *Internationales Privatrecht: ein Studienbuch*, München, C.H. Beck, 7. Auflage, 1995
- KNOEPFLER (François) & SCHWEIZER (Philippe)**, *Précis de droit international privé suisse*, Berne, éd. Staempfli & Cie SA, 1990
- LALANDE (André)**, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, P.U.F., 1972
- LEREBOURS-PIGEONNIERE (Paul)**, *Précis de droit international privé*, Paris, Dalloz, 6^e éd., 1954
- LONG (Marceau)**, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, 10^e éd., 1993

- LOUSSOUARN (Yvon) & BOUREL (Pierre)**, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 1996
- MALAUURIE (Philippe) & AYNÈS (Laurent)**, *Cours de droit civil*, t. III, *La famille*, Paris, Cujas, 5^e éd., 1995
- MALAUURIE (Philippe) & AYNÈS (Laurent)**, *Droit civil. Les successions; les libéralités*, Paris, Cujas, 1993
- MARTY (Gabriel) & RAYNAUD (Pierre)**, *Traité de droit civil, Les personnes*, Paris, Sirey, 3^e éd., 1976
- MAYER (Pierre)**, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 6^e éd., 1997
- MAZEAUD (Henri) (Léon) (Jean) & CHABAS (François)**, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. 3, *La famille*, 7^e éd., par Laurent LEVENEUR, Paris, Monchrestien, 1995
- MERLE (Roger) & VITU (André)**, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. II, Cujas, 6^e éd., 1982
- MILLIOT (Louis) & BLANC (François-Paul)**, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1987
- MORFAUX (Louis-Marie)**, *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, éd. A. Colin, 1980
- NIBOYET (Jean-Paulin)**, *Traité de droit international privé français*, Paris, Sirey, 1938-1949
- NORTH (Peter) & FAWCETT (J.J.)**, *Cheshire and North's Private International Law*, London, Butterworths, 12^e éd., 1992
- PILLET (Antoine)**, *Principes de droit international privé*, Paris, Pédone, 1903
- PILLET (Antoine)**, *Traité pratique de droit international privé*, Paris, Sirey, t. I & II, 1923-1924
- PLANIOL (Marcel)**, *Traité élémentaire de droit civil*, par Georges Ripert et Jean Boulanger, t. I, *Principes généraux. Les personnes. Les biens*, Paris, L.G.D.J., 5^e éd., 1950
- PLANIOL (Marcel)**, *Traité pratique de droit civil*, L.G.D.J., 2^e éd., 1952, t. II, *La famille, mariage, divorce filiation*, par André Rouast
- POUPARD (Paul) (Dir.)**, *Dictionnaire des religions*, Paris, P.U.F., 1984
- QUADRI (Rolando)**, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Naples, 5^e éd., 1969
- RAAPE (Leo)**, *Internationales Privatrecht*, Berlin, Franz Vahlen, 3^e éd., 1950
- RABEL (Ernst)**, *The conflicts of laws. A comparative study*, 2^e éd., 1958
- RIALS (Stéphane)**, *Textes constitutionnels étrangers*, Paris, P.U.F., *Que-sais-je ?* n°2060
- ROLAND (Henri) & BOYER (Laurent)**, *Adages du droit français*, Paris, Litec, 3^e éd., 1992
- SAVIGNY (Friedrich, Carl) (von)**, *Traité de droit romain*, trad. de Ch. Guenoux, Paris, F. Didot Frères, 1840-1851

SCHWIND (Fritz), *Internationales Privatrecht*, Wien, 1990

SONNENBERGER (Hans, Jürgen), REBMANN (Kurt) & SÄCKER (Franz-Jürgen) (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 7, EGBGB, C.H. Beck, 1990

TERRÉ (François) & FENOUILLET (Dominique), *Droit civil, Les personnes, La famille, Les incapacités*, Paris, Dalloz, 6^e éd., 1996

TERRÉ (François) & LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 1994

TERRÉ (François), SIMLER (Philippe) et LEQUETTE (Yves), *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 6^e éd., 1996

VILLEY (Michel), *Philosophie du droit, I, Les fins*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 1986

VILLEY (Michel), *Philosophie du droit, II, Les moyens*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1984

WOLFF (Martin), *Familienrecht*, 7. Aufl., 1931

WOLFF (Martin), *Internationales Privatrecht*, Berlin, 1933

WOLFF (Martin), *Private international law*, Clarendon Press, 2^e éd., 1950

II. Ouvrages spéciaux, monographies, cours, thèses, articles et chroniques

ABRAHAM (Ronny), « Mariage blanc et délivrance à un étranger d'une carte de résident », *R.F.D.A.* 1993, p. 175

AGNIEL (Guy), « Statut civil particulier et statut civil de droit commun en Nouvelle-Calédonie. Coexistence et interférences », inédit

AGOSTINI (Eric), « Etat laïque et mariage chrétien en droit comparé », in *Mariage civil et mariage canonique*, Actes du V^e colloque national des juristes catholiques, Paris, Téqui, 1985, p. 149

AGOSTINI (Eric), *L'application des règles de conflit étrangères et les conflits de systèmes en droit international privé*, thèse Bordeaux, 1975

ALHALEL-ESNAULT (Yvette), *Les problèmes religieux de la famille en droit privé français*, thèse Rennes, 1975

ANCEL (Bertrand), « L'objet de la qualification », *J.D.I.* 1980, p. 227

ANCEL (Bertrand), « Le statut de la femme du polygame », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, Actes des journées d'études des 3 et 4 décembre 1992, Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Lille II, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 105

ANCEL (Bertrand), *Les conflits de qualification à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, Dalloz, 1977, préface H. Batiffol

ARROYO MONTERO (Rafael), *El matrimonio consular*, Madrid, *La Ley*, 1991, compte-rendu de H. Muir-Watt, *R.C.D.I.P.* 1992, p. 841

ARTS (Herwig), *Pourquoi se marier ? Le mariage des chrétiens*, Paris - Louvain-la-Neuve, éd. Duculot, 1990

ATALLAH (Borham), « Contribution à l'étude de l'ordre public en matière de conflits de lois dans l'espace et son application à la formation du mariage. Etude comparée en droits égyptien et français », D.E.S., Université de Caen, 1960

ATIAS (Christian), « Les convictions religieuses dans la jurisprudence française en matière de divorce », *J.C.P.* 1984, I, 3151

AUBRY (Edmond), *L'incapacité de la femme mariée en droit international privé français*, Paris, Domat-Montchrestien, 1933

AUDINET (Eugène), « Les conflits de lois en matière de mariage ou de divorce », *R.C.A.D.I.* 1926, I, vol. 11, pp. 171-252

AUDIT (Bernard), « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *R.C.A.D.I.* 1984, III, vol. 186, pp. 219-398

AUDIT (Bernard), « Qualification et droit international privé », *Droits*, 1993, n°18, p. 55

AUDIT (Bernard), *J.-Cl. dr. int.*, v° Fraude à la loi, fasc. 535, 1995

AUDIT (Bernard), *La fraude à la loi*, Paris, Dalloz, 1974, préface de Y. Loussouarn

BADINTER (Elisabeth), *L'Un est l'Autre*, Paris, éd. Odile Jacob, 1986

BAETGE (Dietmar), *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1994 ; compte-rendu de Paul LAGARDE, *R.C.D.I.P.* 1996, p. 231

BALLARINO (Tito), « Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien », *R.C.D.I.P.* 1996, p. 21

BALOGH (Elemer), « Le mariage des Français à l'étranger », *Livre souvenir des journées de droit civil de Montréal*, 1936, p. 69

BAR (von) (Christian), « Die eherechtlichen Konventionen der Haager Konferenz(en) », *RabelZ* 1993, vol. 57, pp. 63-123

BARBIER (M.), « Esquisse d'une théorie de la laïcité », revue *Le débat, histoire, politique, société*, Gallimard, n°77, novembre-décembre 1993, pp. 73-87

BARREAU-SALIOU (Catherine-Thérèse), *Les publicités légales. Information du public et preuve des actes*, Paris, L.G.D.J., 1990

BARRET-KRIEGEL (Blandine), « Sphère privée, citoyenneté, démocratie », in *La famille, la loi, l'Etat. De la Révolution au Code civil*, éd. Imprimerie nationale, 1989, p. 503

BARRY (J.), *Des conflits de lois entre époux de nationalités différentes*, thèse Nancy, 1955

BARTIN (Etienne), « De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois », *J.D.I.* 1897, 225, 466 et 720; également in *Etudes de droit international privé*, 1899, p. 1 et suiv.

BARTIN (Etienne), « La doctrine des qualifications et ses rapports avec le caractère national des règles de conflits de lois », *R.C.A.D.I.* 1930, I, vol. 31, pp. 565-620

BASDEVANT (Jules), *Des rapports de l'Eglise et de l'Etat dans la législation du mariage du Concile de Trente au Code civil*, Paris, C. Larose, 1900

BATIFFOL (Henri) & LAGARDE (Paul), « L'improvisation de nouvelles règles de conflits de lois », *R.C.D.I.P.* 1972, p. 1

BATIFFOL (Henri), « Existence et spécificité du droit de la famille », *Arch. de Philosophie du droit*, 1975, p. 7

BATIFFOL (Henri), « L'instruction générale sur l'état civil du 21 septembre 1955 et le droit international privé », *T.C.F.D.I.P.* 1955-1957, p. 41

BATIFFOL (Henri), « La 13^e session de la Conférence de La Haye de droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1977, p. 452

BATIFFOL (Henri), « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *R.C.A.D.I.* 1973, II, vol. 139, pp. 75-147

BATIFFOL (Henri), « Le respect international des droits acquis », *cours IHEI*, 1968/69, 22

BATIFFOL (Henri), « Principes de droit international privé », *R.C.A.D.I.* 1959, II, vol. 197, pp. 430-573

BATIFFOL (Henri), « Théorie générale de la fraude à la loi », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 535, 1987

BATIFFOL (Henri), « Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe occidentale », in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, Paris, L.G.D.J., 1976, p. 213

BATIFFOL (Henri), *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956

BATINA (Auguste), *Le code de la famille congolais : innovation ou acculturation en matière de mariage*, thèse Paris 10, 1992

BAUBÉROT (Jean), *Vers un nouveau pacte laïque ?*, Paris, Seuil, 1990

BAZOCHE (Michel), *Le régime légal des cultes en France*, Publications administratives, 1948

BEAUCHET (Ludovic), « Etude historique sur les formes de la célébration du mariage dans l'Ancien droit français », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1882, pp. 351-393, et pp. 631-683

BÉGUIN (Jacques) & BOUREL (Pierre), avant-propos de l'ouvrage *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994

BEHECHTI (Muhammad Hussayni) & BÂHONAR (Jawâd), *Philosophie de l'Islam*, Paris, éd. Abbas Ahmad Al-Bostani, 1990, p. 327

BEITZKE (Gunther), « La loi allemande sur l'égalité de l'homme et de la femme », *R.I.D.C.* 1958, I, p. 39

BELGACEM (Arab), *Les conflits de lois relatifs à la conclusion et aux effets personnels du mariage en droit international privé algérien et comparé*, thèse Paris 1, 1989

BELHADJI (Larrbi), « Les atteintes à la liberté du mariage », *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, 1988, pp. 425-447

BELS (Pierre), *Le mariage des protestants français jusqu'en 1685*, Paris, L.G.D.J., 1968, préface de Paul OURLIAC

BÉNABENT (Alain), « La liberté individuelle et le mariage », *R.T.D.Civ.* 1973, p. 440

BENATTAR (Raoul), « Problèmes relatifs au droit international privé de la famille dans les pays de droit personnel », *R.C.A.D.I.* 1967, II, vol. 121, pp. 1-111

BERAUDO (Jean-Paul), *Les relations franco-espagnoles de droit international privé*, thèse Paris I, 1975

BERNHARD (Jean), « Le mariage sacrement au Concile de Trente », in *Le mariage sacrement*, colloque de Strasbourg, 2^e partie, *Rev. dr. canonique* 1992, p. 269

BERNHARD (Jean), *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*, tome 14, *L'époque de la Réforme et du concile de Trente*, éd. Cujas, 1990, pp. 212-310

BESSIÈRE (Fernand), *Le mariage des protestants au Désert de France au XVIII^e siècle*, Cahors, Impr. A. Coueslant, 1899

BISCHOFF (Jean-Marc), « Harmonisation du droit privé : l'exemple du travail de la Commission Internationale de l'état civil », in *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, à l'occasion de son 65^e anniversaire, Fribourg, éditions universitaires, 1990, pp. 117-130

BISCHOFF (Jean-Marc), « La circulation des actes et la coopération entre autorités : les réalisations et les projets de la Commission Internationale de l'état civil », *Commission Internationale de l'état civil, Journée internationale de l'état civil*, Berlin, 9 septembre 1992, pp. 75 et suiv.

BISCHOFF (Jean-Marc), « Le mariage en droit international privé comparé Est-Ouest », in *Perspektiven des Internationalen Privatrechts nach dem Ende der Spaltung Europas*, Tagung am 3. & 4. April 1992 in Osnabrück, herausgegeben von Christian von Bar, Carl Heymanns Verlag, p. 127

BISCHOFF (Jean-Marc), « Le mariage polygamique en droit international privé », *T.C.F.D.I.P* 1980-1981, II, p. 91

BISCHOFF (Jean-Marc), *Rép. Dalloz de dr. int.*, v^o Mariage, 1968-1969

BOGDAN (Michael), « Marriage in swedish private international law », in *Entwicklungen im Recht der Familie*, 1989, pp. 117-129

BOGGIANO (Antonio), « The contribution of the Hague Conference », *R.C.A.D.I.* 1992, II, vol. 233, pp. 99-266

BONIFAS (Ernest), *Le mariage des protestants depuis la Réforme jusqu'à 1789*, Paris, Impr. L. Boyer, 1901

BONNET (L.), « L'influence du cardinal Gasparri sur la conception du mariage du Code de droit canonique de 1917 », *L'Année canonique* 1992, t. 35, p. 181 et suiv.

BORRAS (Alegria), « Non-discrimination à raison du sexe et modification de droit international privé espagnol », *R.C.D.I.P.* 1991, pp. 626-634

BOSCH (Friedrich-Wilhelm) (Dr), « Die geplante Neuregelung des Eheschließungsrechts », *FamRZ*, 2/1997, p. 65

BOUCAUD (Pascale), « Le droit de se marier », *R.T.D.H.* 1992, n°9, p. 3

BOULANGER (François), « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille », *J.C.P.* 1993, I, 3665

BOULOUIS (Jean), « Famille et droit constitutionnel », *Études offertes à Pierre Kayser*, Presses Universitaires Aix-Marseille, 1979, I, 147

BOUMAZA (Lakhdar), « La réforme de la procédure d'expulsion avec la loi du 24 août 1993 relative à la maîtrise de 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

BOURBOUSSON (E.), *Du mariage, des régimes matrimoniaux, des successions dans les cinq parties du monde*, Paris, Marchal et Billard, 1934

BOURDELOIS (Béatrice), *Mariage polygamique et droit positif français*, Bordeaux, GLN Joly, 1993, préface de Pierre Bourel

BOUREL (Pierre), « Le nouveau droit international privé sénégalais de la famille », *Rev. Sén. de Droit*, 1973, n°13, pp. 5-30

BOUREL (Pierre), *J.-Cl. comp.*, Sénégal, Droit international privé, 1978

BOZON (M), « Le mariage : montée et déclin d'une institution », in *La famille : l'état des savoirs*, Paris, La Découverte, 1991, pp. 47-57

BRANLARD (Jean-Paul), *Le sexe et l'état des personnes : aspects historique, sociologique et juridique*, Paris, L.G.D.J., 1993, préface de François Terré

BRIMO (A.), « De la notion de forme et de contenu du droit dans la théorie générale du droit », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, t. II, p. 282

BROCKELBANK (William John), *La formation du mariage dans le droit des Etats-Unis*, Paris, Rousseau, 1935

BROWN (L. Neville) & WESTON (C. A.), *J.-Cl. comp.*, Grande-Bretagne, 1990

BRULLIARD (Germain), *J.-Cl. comp.*, Italie, 1977

BRULLIARD (Germain), *Le droit de la famille en Italie : la loi du 19 mai 1975*,

BUCHER (Andreas), « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *T.C.F.D.I.P.* 1993-1995, p. 209

BUCHER (Andreas), *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, *R.C.A.D.I.* 1993, II, vol. 239, pp. 9-116

BURGUIÈRE (André), « La famille et l'Etat. Débats et attentes de la société française à la veille de la Révolution », in *La famille, la loi, l'Etat. De la Révolution au Code civil*, éd. Imprimerie nationale, 1989, p. 147

BUZATTI (G.C.), *Le droit international privé d'après les conventions de La Haye, I, Le mariage d'après la convention du 12 juin 1902*, traduit de l'italien par Francis Rey, Paris, Sirey, 1911

CALAIS-AULOY (Marie-Thérèse), « Pour un mariage aux effets limités », *R.T.D.Civ.* 1988, p. 255

CALVIN (Jean), *Institution de la religion chrétienne*, Genève, 1818

CAMERLYNCK (G.H.), « Le mariage entre Français et Anamites », *R.C.D.I.P.* 1939, p. 50

CANDELIER (Gaston), « Incroyance et invalidité du mariage sacramentel », in *Le mariage sacramentel*, colloque de Strasbourg, 1^{re} partie, *Rev. dr. canonique* 1991, p. 81

CAPATINA (Octavian), *J.-Cl. comp.*, Roumanie, 1995

CARBONNIER (Jean), « A chacun sa famille, à chacun son droit », *Essais sur les lois*, 2^e éd., Rép. du not. Defrénois, 1995, p. 167 et suiv.

CARBONNIER (Jean), « La sécularisation du droit civil par le Code civil des Français », in *Cristianesimo secolarizzazione e diritto moderno*, Per la storia del pensiero giuridico moderno, II/12, Milan, A. Giuffrè, 1981, pp. 1007-1019

CARBONNIER (Jean), « Le droit entre le droit et le non-droit. Conclusion juridique pour un colloque de démographie sur la nuptialité », *Population*, 1992, n°3, p. 745

CARBONNIER (Jean), « Le mariage par les œuvres ou la légitimité remontante de l'article 197 du Code civil », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, 1978, pp. 255-266

CARBONNIER (Jean), « Pas de droits si l'on refuse le droit », in *Mariage, famille et société civile*, Actes du colloque de Fontevraud, octobre 1984, reproduits in *La famille contre les pouvoirs*, Nouvelle Cité, 1985, p. 169 et suiv.

CARBONNIER (Jean), « Terre et ciel dans le droit du mariage », in *Le droit privé au milieu du XX^e siècle*, in *Études offertes à G. Ripert*, 1950, I, p. 328

CARBONNIER (Jean), *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 8^e éd., 1995

CARBONNIER (Jean), préface de l'ouvrage *Les concubinages. Approche socio-juridique*, éd. C.N.R.S., 1986

CARLIER (Jean-Yves), *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992, préface de F. Rigaux

CARRILLO SALCEDO (Juan, Antonio), « L'évolution du droit international privé espagnol depuis la réforme de 1974 », *T.C.F.D.I.P.* 1991-1992, p. 121 et suiv.

CARRILLO SALCEDO (Juan, Antonio), « La nouvelle réglementation espagnole du mariage dans le droit international privé espagnol », *R.C.D.I.P.* 1983, p. 16

CASSIN (René), « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois », *R.C.A.D.I.* 1930, IV, vol. 34, p. 655

CHAFI (Mohamed), « La polygamie dans le statut marocain », *Penant*, 1988, p. 308

CHAFI (Mohamed), *Les rapports juridiques entre époux. Etude comparative du droit français et du droit marocain*, thèse Paris 2, 1989

CHAMPCOMMUNAL (J.), « Le ménage à nationalités différentes », *Rev. de droit international privé* 1929, pp. 1-24

CHAMPCOMMUNAL (J.), « Un conflit de lois nouveau : l'exclusion du divorce entraîne-t-elle l'interdiction d'épouser des étrangers divorcés ? », *R.C.D.I.P.* 1921, p. 41

CHAMPION (F.), « Entre laïcisation et sécularisation; des rapports Eglise-Etat dans l'Europe communautaire », revue *Le débat, histoire, politique, société*, n°77, novembre-décembre 1993, pp. 46-72

CHARFI (Mohamed), *L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans*, *R.C.A.D.I.* 1987, III, vol. 203, p. 325

CHEN (Chunlong), *J.-Cl. comp.*, Chine, 1993

CLUZEL (Gaston), « Le mariage et le divorce confessionnels des étrangers en France », *J.D.I.* 1909, p. 1

COIRET (Nicole), « La liberté du mariage au risque des pressions matérielles », *R.T.D.Civ.* 1984, 63

COLLET (Laurence), *La notion de droit extrapatrimonial*, thèse Paris II, 1992, n°203 et suiv.

COMMAILLE (Jacques), *L'esprit sociologique des lois*, Paris, P.U.F., 1994

COQUEREL (Ch.), *Histoire des Eglises au Désert*, Paris, 1841

CORNU (Gérard), « Le fond et la forme dans le droit de la famille », *Ann. Louvain* 1989, p. 257

CORPART-OUERICH (Isabelle), « De l'intention matrimoniale ou le mariage était en blanc », *Gaz. Pal.* 20/21 Octobre 1993, p. 3

COSTE-FLORET (A.), *La nature juridique du mariage*, thèse Paris, 1935

COULOMBEL (Pierre), « Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Eglises et de l'Etat », *R.T.D.Civ.* 1956, p. 1

CRETNEY (Stephen Michael), *Elements of Family law*, Sweet and Maxwell, 2^e éd., 1992

CRISTIANI (Léon), in *Dictionnaire de Théologie Catholique*, sous la direction de A. VACANT, E. MANGENOT et E. AMANN, Paris 1899, v^o Réforme

CROTEAU (E.), *Du mariage dans le droit international privé de la province du Québec*, thèse Toulouse, 1964

DECROUX (Paul), « La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *J.D.I.* 1985, 49

- DECROUX (Paul)**, « Le mariage des Français et des étrangers au Maroc », *D.* 1956, chron. 109
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise) & VAUVILLÉ (Frédéric)**, « Droits de l'Homme et droits de l'enfant (commentaire de la loi Malhuret du 22 juillet 1987 », *D.* 1988, chron. 137
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (Françoise)**, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *R.T.D.Civ.* 1995, p. 249
- DEKHLI (F.)**, « Le principe d'égalité dans le mariage », *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, 1988, pp. 713-724
- DELAPORTE (Vincent)**, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse Paris I, 1974
- DELAUME (Georges-René)**, *Les conflits de lois à la veille du Code civil*, Paris, Sirey, 1947
- DELEURY (Edith) & CANO (Marlène)**, « Le concubinage au Québec et dans l'ensemble du Canada. Deux systèmes juridiques, deux approches », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 85
- DÉPREZ (Jean)**, « Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques », *R.C.A.D.I.* 1988, IV, vol. 211, pp. 9-372
- DERRUPPÉ (Jean)**, « Plaidoyer pour le renvoi », *T.C.F.D.I.P.* 1964-1966, p. 181
- DESJARDINS (René)**, *Le mariage en Italie depuis les accords de Latran*, Paris, Sirey, 1933
- DESPAGNET (Frantz)**, « Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques », *J.D.I.* 1898, 253
- DESPAX (Michel)**, « La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », *J.C.P.* 1963, I, 1776
- DESSAUX (André)**, *L'article 1304 du Code civil et le principe de la perpétuité de l'exception*, Paris, F. Loviton, 1937
- DIALLO (Cheikh Sadib)**, *Tradition et modernité dans le droit contemporain de la famille : la naissance et la rupture du lien matrimonial au Sénégal*, thèse Bordeaux 1, 1991
- DINSTEIN (Zvi)**, *La fraude et les conflits de lois en matière de mariage et de divorce en droit anglais et américain*, Tel Aviv, Lidor, 1954
- DIOUF (Ndiaw) & NDIAYE (Isaac, Yankhoba)**, *J.-Cl. comp.*, Sénégal, Introduction générale, Personnes, Famille, 1995
- DIPÉRÉ (Fogoté)**, *Le nouveau droit du mariage au Togo*, Thèse Lille 2, 1988
- DÖLLE (Hans)**, « L'égalité de l'homme et de la femme dans le droit de la famille. Etude de politique législative comparée », *R.I.D.C.* 1950, pp. 250-275
- DÖLLE (Hans)**, « Zur Behandlung der bigamischen Ehe in internationalem Privatrecht », in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, Paris, Sirey, 1954, pp. 134-144
- DOPPFEL (Helmut)**, *Die Wurzeln der Regel Locus Regit Actum im römischen Alttertum*, thèse Hambourg, 1967

DROZ (Georges A.L.), « Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régimes matrimoniaux », *R.C.D.I.P.* 1992, 631

DROZ (Georges A.L.), « Regards sur le droit international privé comparé », *R.C.A.D.I.* 1991, IV, vol. 229, pp. 13-424

DROZ (Georges A.L.), *Rép. Dalloz de dr. int.*, v.° Actes de l'état civil, 1968-1969

DUGAS DE LA BOISSONNY (Christian), *L'état civil*, Paris, P.U.F., *Que-sais-je ?* n°2335, 1987

DUGUIT (Léon), *Des conflits de législations relatifs à la forme des actes civils*, Paris, E. Thorin, 1882

DURKHEIM (Émile), *Textes 2. Religion, morale, anomie*, éd. de Minuit, 1975

DURNERIN (Philippe) & SBINDLER-VIGNIE (Stéphane), « La famille et la foi », *Les Petites Affiches*, 14 août 1987, n°97

DURRWELL (F.-X.), « Le sacrement du mariage : une recherche », in *Le mariage sacrement*, colloque de Strasbourg, 1^{re} partie, *Rev. dr. canonique* 1991, p. 147

DUTOIT (Bernard) & SATTIRA-SPRING (G.), « La nationalité de la femme mariée en Europe », *Trav. Centre de droit comparé*, Faculté de Lausanne, Genève, Droz, 1990

DUTOIT (Bernard), « Le nouveau droit international privé suisse de la famille », in *Le nouveau droit international privé suisse*, Travaux des journées d'études organisées par le Centre du droit de l'entreprise, les 9 et 10 octobre 1987 à l'université de Lausanne, Cedidac, 2^e éd., 1989, p. 27

DUTOIT (Bernard), *Droit international privé suisse : commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Heibling & Lichtenhahn, 1996

DYER (Adair), « Rapports sur les conflits de lois en matière de mariage et sur la reconnaissance à l'étranger de décisions relatives à l'existence ou à la validité des mariages », *Conférence de La Haye, Actes et documents*, 13^e session, 1976, t. III, pp. 14-64

EFTHYMIATOU (Antonia), *La célébration religieuse du mariage imposée par le Code civil hellénique dans le cadre de la société internationale*, thèse Paris II, 1981

ELGEDDAWY (A.Kessmat), *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1971, préface de H. Batiffol

ELLUL (Jacques), *Ce que je crois*, Paris, Grasset, 1987

ESMEIN (Adhémar), « L'union libre », *D.* 1935, chron. 49

ESMEIN (Adhémar), *Le mariage en droit canonique*, Paris, Sirey, 2^e éd., 1936

ETIENNE (Bruno), « D'un intégrisme l'autre », *Le Nouvel Observateur*, 24 février-2 mars 1994, p. 81

FADLALLAH (Ibrahim), « Lien conjugal et rencontre de civilisations », in *Le statut personnel des musulmans*, 1992, p. 345

FADLALLAH (Ibrahim), *La famille légitime en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1977

FALCONBRIDGE (John D.), « Conflits de lois en matière de formation et de dissolution du mariage », *R.C.D.I.P.* 1932, p. 717

FAUVARQUE-COSSON (Bénédicte), *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, Paris, L.G.D.J., 1996, préface de Y. Lequette

FERKH (Hassan), *L'unicité de la notion de famille en droit musulman et sa pluralité en droit français*, Thèse Lyon 3, 1994

FERRAND (Frédérique), « Le droit civil de la famille et égalité entre époux en RFA », *R.I.D.C.* 1986, p. 867

FILLION (Bernard), « La spécificité du droit musulman », in *L'enseignement du droit musulman*, CNRS, 1989, p. 93 et suiv.

FLAUSS (Jean-François), « Le principe de laïcité en droit français », *Le Quotidien Juridique*, 1990, n°150, pp. 10-11

FLAUSS (Jean-François), « Les sources internationales du droit français des religions », *Les Petites Affiches*, 7 et 10 août 1992

FLORAND (Jean-Marc) & ACHOUÏ (Karim), « Vers un nouveau modèle d'organisation familiale : le contrat d'union civile », *Les Petites Affiches*, 9.04.1993, n°43, p. 11

FLORY (Maurice) & HENRY (Jean-Robert) (sous-dir.), *L'enseignement du droit musulman*, Paris, CNRS, 1989

FLOUR (Jacques), « Quelques remarques sur l'évolution du formalisme », in *Études offertes à G. Ripert*, 1950, t. I, pp. 93-114

FONTEZ (Petro), *Les diverses étapes de la laïcisation du mariage en France*, Pontif. Univ. Gregor., Facultas iuris canonici, 1972

FORNO (Noël), « La conception du mariage selon le Code de droit canonique », in *Mariage civil et mariage canonique*, Actes du V^e colloque national des juristes catholiques, Paris, Téqui, 1985, p. 95

FOULON-PIGANIOL (Claude-Isabelle), « Le mariage simulé », *R.T.D.Civ.* 1960, p. 217

FOULON-PIGANIOL (Claude-Isabelle), « Mariage simulé ou mariage à effets limités ? », *D.* 1965, chron. 9

FOYER (Jacques) et LABRUSSE-RIOU (Catherine) (dir.), *L'adoption d'enfants étrangers*, Paris, Economica, 1986

FOYER (Jacques), « Les mariages inter-religieux », in *Les droits de la famille*, Actes du XIII^e colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France, Paris, Téqui, 1996, p. 81 et suiv.

FOYER (Jacques), « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », *R.C.A.D.I.* 1985, I, vol. 193, pp. 9-118

FOYER (Jacques), « Requiem pour le renvoi ? », *T.C.F.D.I.P.* 1980-1981, p. 105

FOYER (Jacques), « Vingt ans d'application des articles 311-14 à 311-18 du Code civil », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Droit des personnes et de la famille, P.U.S., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 127

FOYER (Jacques), COLOMBET (Claude), HUET-WEILLER (Danièle), LABRUSSE-RIOU (Catherine), *La filiation légitime et naturelle. Etude de la loi du 3 janvier 1972*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1977

FOYER (Jacques), *Filiation illégitime et changement de loi applicable*, Paris, Dalloz, 1964, préface de H. Batiffol

FRANCESCAKIS (Phocion), « Droit naturel et droit international privé », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, t. I, p. 113

FRANCESCAKIS (Phocion), « Effets en France des jugements étrangers indépendamment de l'exequatur », *T.C.F.D.I.P.* 1946-1948, p. 141

FRANCESCAKIS (Phocion), « Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt Simitch de la Cour de cassation », *R.C.D.I.P.* 1985, p. 243

FRANCESCAKIS (Phocion), « Les avatars du concept de domicile dans le droit international privé actuel », *T.C.F.D.I.P.* 1962-1964, p. 291

FRANCESCAKIS (Phocion), « Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité », *RabelsZ* 1958, 466

FRANCESCAKIS (Phocion), « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *R.C.D.I.P.* 1966, p. 1

FRANCESCAKIS (Phocion), « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *T.C.F.D.I.P.* 1971, p. 149

FRANCESCAKIS (Phocion), *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958

FRANCESCAKIS (Phocion), *Rép. Dalloz de dr. int.*, v.° Qualifications, 1969

FRANCESCAKIS (Phocion), *Rép. Dalloz de dr. int.*, v.° Conflits de lois, 1968-1969

FRANCESCAKIS (Phocion), *Rép. Dalloz de dr. int.*, v.° Fraude à la loi, 1968-1969

FULCHIRON (Hugues), « Acquisition de la nationalité française à raison du mariage », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 502-50, 1995

FULCHIRON (Hugues), « L'effacement de la notion de garde », Actes de la table ronde organisée par le Centre de Droit de la Famille, *Rev. dr. enf. fam.* 1987-1988, p. 46

FULCHIRON (Hugues), « La réforme du droit de la nationalité. Commentaire des art. 17 à 33-2 nouveaux du Code civil (L. 22 juillet 1993) », *J.C.P.* 1993, I, 3708

FULCHIRON (Hugues), « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale. Commentaire de la loi n°9322 du 8 janvier 1993, à la lumière de l'application de la loi Malhuret », *D.* 1993, chron., p. 117

FURKEL (Françoise) & WITZ (Claude), Chronique de droit civil allemand, septembre 1991 - décembre 1993, *R.T.D.Civ.* 1994, p. 443

- GALLARDO (Ricardo)**, *L'institution du mariage putatif en droit français*, thèse Paris, 1938
- GALLARDO (Ricardo)**, *Le rôle et les effets de la bonne foi dans l'annulation du mariage en droit comparé*, 1952
- GANNAGÉ (Pierre)**, « La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales », *R.C.A.D.I.* 1979, III, vol. 164, p. 338
- GANNAGÉ (Pierre)**, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *R.C.D.I.P.* 1992, p. 425
- GANNAGÉ (Pierre)**, *J.-Cl. comp.*, Liban, Droit international privé, fasc. 5, 1994
- GANNAGÉ (Pierre)**, *J.-Cl. comp.*, Liban, Droit international privé, fasc. 6, 1994
- GANNAGÉ (Pierre)**, *J.-Cl. comp.*, Liban, Mariage, Filiation, fasc. 2, 1990
- GANNAGÉ (Pierre)**, *Le rôle de l'équité dans la solution des conflits de lois en jurisprudence française et lybano-syrienne*, Paris, 1949
- GARAUD (Marcel) & SZRAMKIEWICZ (Romuald)**, *La Révolution française et la famille*, Paris, P.U.F., 1978
- GARCIA CANTERO (Gabriel)**, « Espagne : le changement de sexe devant les tribunaux », in *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, C.N.R.S., 1991, p. 133
- GARCIA-RUBIO (Maria-Paz)**, *J.-Cl. comp.*, Espagne, 1994
- GAUDEMET (Jean)**, « L'accord du 18 février 1984 entre l'Italie et le Saint-Siège », *A.F.D.I.* 1984, p. 209
- GAUDEMET (Jean)**, « Union libre et mariage dans la Rome impériale », in *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, sous la direction de Roland GANGHOFER, Strasbourg, P.U.S., 1992, pp. 375-392
- GAUDEMET (Jean)**, *Eglise et Cité*, Paris, éd. Cerf/ Montchrestien, 1994
- GAUDEMET (Jean)**, *Le mariage en Occident : les mœurs et le droit*, Paris, éd. du Cerf, 1987
- GAUDEMET (Jean)**, *Sociétés et mariage*, Strasbourg, Cerdic, 1980
- GAUDEMET-TALLON (Hélène)**, « La désunion du couple en droit international privé », *R.C.A.D.I.* 1991, I, vol. 226, pp. 9-280
- GAUDEMET-TALLON (Hélène)**, *Rép. de dr. civil*, v° Famille, 1987
- GAUTIER (Pierre-Yves)**, « L'union libre en droit international privé », in *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, sous la direction de Roland GANGHOFER, Strasbourg, P.U.S., 1992, p. 773
- GAUTIER (Pierre-Yves)**, « Les couples internationaux de concubins », *R.C.D.I.P.* 1991, p. 525
- GAUTIER (Pierre-Yves)**, *L'union libre en droit international privé*, thèse Paris I, 1986
- GEFFROY (Jean-Baptiste)**, *Grands problèmes fiscaux contemporains*, P.U.F., 1993

- GENDREL (Michel)**, *Les mariages in extremis*, Paris, LG.D.J., 1958
- GENIN-MERIC (Régine)**, *La maxime locus regit actum, nature et fondement*, Paris, L.G.D.J., 1976, préface de J. Vincent
- GÉNY (F.)**, *Science et technique en droit privé*, t. 3, Paris, Sirey, 1925
- GIARDINA (Andrea)**, « Les lois étrangères rétroactives en matière de mariage et de régimes matrimoniaux », *R.C.D.I.P.* 1972, p. 401
- GOODY (Jack)**, *L'évolution de la famille et du mariage en Europe*, Paris, A. Colin, 1985
- GOY (Raymond)**, « La garantie européenne de la liberté de la religion. L'article 9 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », *rev. dr. pub.*, 1991, p. 5, *Archives de philosophie du droit*, 1992, p. 163
- GREINER (Albert)**, *La doctrine des sacrements chez Luther et Calvin*, Genève, 1948
- GROSMAN (Cecilia P.)**, « Les concubinages en Argentine », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 49
- GRZEGORCZYK (Christophe)**, « La rationalité de la décision juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1978, t. 23, p. 237
- GUERRIERO (Marie-Antoinette)**, *L'acte juridique solennel*, Paris, L.G.D.J., 1975
- GUIHO (Pierre)**, « La nouvelle révision de Code de la nationalité...et son abolition », *D.* 1994, chron. 1
- GUIHO (Pierre)**, « Les conflits entre la loi française et le statut personnel des musulmans algériens en matière de mariage », *Annales juridiques, politiques, économiques et sociales*, Alger, 1955, n°3/4, p. 139
- GUIMEZANES (Nicole)**, « Aperçu rapide sur les récentes retouches apportées au droit des étrangers », *J.C.P.* 18/01/1995, *Actualités*
- GUIMEZANES (Nicole)**, « Dernières précisions législatives relatives à la maîtrise de l'immigration », *J.C.P.* 26/ 01/ 1994, *Actualités*
- GUIMEZANES (Nicole)**, « L'approche comparatiste », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, L.G.D.J., 1993, p. 31 et suiv.
- GUIMEZANES (Nicole)**, « 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
- GUIMEZANES (Nicole)**, « La loi du 29 octobre 1981 sur les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France », *D.* 1982, chron. 173
- GUIMEZANES (Nicole)**, « Les étrangers et les récentes réformes du droit de l'immigration et de la nationalité », *J.D.I.* 1994, 59
- GUIMEZANES (Nicole)**, « Présentation de la loi n°93.933 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité », *J.C.P.* 4.08.1993, *Actualités*

- GUIMEZANES (Nicole)**, « 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
- GUINCHARD (Serge)**, « Le mariage coutumier en droit sénégalais », *R.I.D.C.* 1978, p. 811
- GUINCHARD (Serge)**, « Réflexions critiques sur les grandes orientations du Code sénégalais de la famille », *Penant* 1978, p. 328
- GUITRÓN FUENTEVILLA (Julián)**, « Les concubinages au Mexique. L'assimilation du concubinage au mariage », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 171
- GUNTHER (Hans F.K.)**, *Le mariage, ses formes, son origine*, trad. par L. Lamorlette, Payot, 3^e éd., 1952
- GUTMANN (Daniel)**, *Le sentiment d'identité. Etude de droit des personnes et de la famille*, thèse Paris II, 1996
- GUYOMAR (Geneviève)**, *Rép. de dr. int.*, v° Agent diplomatique, 1968-1969
- GUYON-RENARD (Isabelle)**, « 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, p. 541
- HAARSCHER (Guy) (dir.)**, *Laïcité et Droits de l'Homme*, Bruxelles, 1989
- HAMMJE (Petra)**, « Droits fondamentaux et ordre public », *R.C.D.I.P.* 1997, p. 1
- HAMMJE (Petra)**, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse, Paris I, 1994
- HAUSER (Jean) & LEMOULAND (Jean-Jacques)**, *Rép. de dr. civil*, 1990, v° Mariage
- HAUSER (Jean)**, « Les effets des liens de famille », communication in *La nouvelle famille*, Colloque organisé par l'Institut de Formation Continue du Barreau de Paris, le 2 juin 1994
- HAUSER (Jean)**, « Les communautés taisibles », *D.* 1997, chron. 255
- HENRICH (Dieter)**, « Das internationale Ehe recht nach der Reform », *IPRax* 1987.7
- HENRICH (Dieter)**, « Nichtigerklärung einer gemischtnationalen bigamischen Ehe », *IPRax* 4/1993, 236
- HEPTING (Reinhard)**, « Der letzte Schritt zur Vollwirksamkeit nichtstandesamtlicher Eheschließungen : kommt die Heilung mit Statusfolge ? », *IPRax* 1994, p. 355
- HERMANN (Manfred)**, « Neuere sozialwissenschaftliche Befunde zum inhaltlichen Verständnis von Ehe und Familie », *FamRZ* 1994, Heft 16, S. 1001
- HUET (André)**, « Le droit de la famille et les conflits de juridictions en droit international européen », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller*, Droit des personnes et de la famille, P.U.S., Paris, L.G.D.J., 1994, p. 243
- HUET (André)**, « Les atteintes à la liberté nuptiale dans les actes juridiques », *R.T.D.Civ.* 1967, p. 45
- HUET (André)**, *Les conflits de lois en matière de preuve*, Paris, Dalloz, 1965

JACOBS (Uwe), « Die Handschuhehe - Inhalt und Herkunft einer Eheschließungsform », *StAZ* 1992, p. 5

JAFFRE (Jérôme), Présentation des résultats du sondage réalisé par les enquêteurs de la SOFRES en février-mars 1994, in *La nouvelle famille*, Colloque organisé par l'Institut de Formation Continue du Barreau de Paris, le 2 juin 1994

JAGGI (Peter), *Das verweltliche Eherecht*, Fribourg, Universitätsverlag, 1955

JAHEL (Selim), « Les concubinages en terre d'Islam », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 187

JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse Dijon, 1909

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

JAYME (Erik), « Zur Nichterklärung von Auslandsehen durch kirliche Gerichte mit Sitz im Deutschland », *IPRax* 1990, p. 32

JHERING (Rudolf) (von), *L'esprit du droit romain*, t. IV, Bâle, Benno Schwabe, 1954

JOBARD-BACHELIER (Marie-Noëlle), *L'apparence en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1983, préface de P. Lagarde

JORDAN (Camille), « Portée et limite du principe consacrant l'application par les tribunaux français aux étrangers de leur loi nationale, spécialement en matière de mariage, de divorce et de séparation de corps », *R.C.D.I.P.* 1922-1923, p. 373

JORDAN (Camille), « Une célébration religieuse est-elle une condition indispensable à la validité du mariage contracté en France par deux israélites autrichiens ? », *R.C.D.I.P.* 1910, p. 195

JOSSERAND (Louis), « L'avènement du concubinat », *D.H.* 1932, p. 46

JULG (Jean), *L'Eglise et les Etats. Histoire des Concordats*, Paris, Nouvelle Cité, 1990

KAHN (Ellison), *J.-Cl. comp.*, Afrique du Sud, 1990

KAYSER (Pierre), « Le regroupement familial dans le droit communautaire, la Convention Européenne des Droits de l'Homme et le droit interne français », *J.C.P.* 1993, I, 3679

KEGEL (Gerhard), « La réforme du droit international privé du mariage en Allemagne », *R.C.D.I.P.* 1962, p. 641-665

KEHL (Camille), « Le mariage mixte algérien », *Annales juridiques, politiques, économiques et sociales*, Alger, 1955, n°3/4, p. 29

KERE KERE (Gilbert), *Du maintien ou de l'abrogation du mariage coutumier dans le droit positif camerounais*, thèse Lyon 3, 1993

KHELLIL (Mohand), *L'intégration des Maghrébins en France*, Paris, P.U.F., 1991

KNOEPFLER (François) & SCHWEIZER (Philippe), « La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1988, pp. 207 et 235

KOKKINI-IATRIDOU (D.), *J.-Cl. comp.*, Pays-Bas, 1992

KOTZUR (Hubert) (Dr.), « Marokkanisches Eheschliessungsrecht vor deutschen Gerichten », *IPRax* 5/1993, 305, zu OLG Düsseldorf 12.08.1992, 5UF3/89, *IPRax* 5/1993, 331, n°41

KOTZUR (Hubert) (Dr.), *Kollisionsrechtliche Probleme christlich-islamischer Ehen dargestellt am Beispiel deutsch-maghrebinischer Verbindungen*, Tübingen, Mohr, 1988

KOUASSIGAN (Guy Adjété), « Des conflits interpersonnels et internationaux de lois et de leurs incidences sur la forme du mariage en Afrique noire francophone; Réflexions à partir de l'expérience sénégalaise », *R.C.D.I.P.* 1978, p. 641

KRAUSE (Harry D.), « Les concubinages aux Etats-Unis de'Amérique. Les couples de concubins face au droit », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 133

KUNTZMANN (Raymond), « Le mariage et le sacré dans l'Ancien Testament », in *Le mariage sacrement*, colloque de Strasbourg, 1^{re} partie, *Rev. dr. canonique* 1991, p. 59

LA PRADELLE (de GEOUFFRE de) (Géraud), « Nationalité française, extranéité, nationalités étrangères », in *mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 135

LA PRADELLE (de GEOUFFRE de) (Géraud), *Les conflits de lois en matière de nullités*, Paris, Dalloz, 1967

LABAT (J.C.), « La population étrangère et son évolution », in *La société française. Données sociales 1993*, INSEE, p. 37

LABRUSSE (Catherine), « Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale », *R.C.D.I.P.* 1974, pp. 1 et 57, à propos de la décision du BVG du 4 mai 1971

LABRUSSE (Catherine), « La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère », *T.C.F.D.I.P.* 1975-1977, p. 111

LABRUSSE (Catherine), « Les actions en justice intentées par un époux contre son conjoint », *R.I.D.C.* 1967, p. 431

LABRUSSE-RIOU (Catherine), *L'égalité des époux en droit allemand*, Paris, L.G.D.J., 1965, préface de R. David

LAGARDE (Paul), « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *R.C.D.I.P.* 1960, p. 459

LAGARDE (Paul), « La théorie de l'ordre public face à la polygamie et à la répudiation », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 263

LAGARDE (Paul), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *R.C.A.D.I.* 1986, II, vol. 196, pp. 9-238

LAGARDE (Paul), « Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des Conventions de droit international privé », *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck, à l'occasion de son 65^e anniversaire*, Fribourg, éditions universitaires, 1990, p. 511

LAGARDE (Paul), « Vers une approche fonctionnelle du conflit positif de nationalités (à propos notamment de l'arrêt Dujaque de la Première chambre civile du 22 juillet 1987 », *R.C.D.I.P.* 1988, p. 29

LAGARDE (Paul), *La nationalité française*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 1997

LAGARDE (Paul), *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1959, préface de H. Batiffol

LALIVE (Pierre), « La Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages », *Ann. suisse du droit international*, 1978, pp. 31-46

LAMARQUE (Pierre), « La laïcisation de l'état civil », *Cahiers laïques*, 1989, n°217, p. 57

LAMOIGNON de MALESHERBES (Christian-Guillaume) (de), *Mémoire sur le mariage des protestants*, 1785

LASCOUMES (Pierre), « L'émergence de la famille comme intérêt protégé par le droit pénal, 1791-1810 », in *La famille, la loi, l'Etat. De la Révolution au Code civil*, éd. Imprimerie nationale, 1989, p. 340

LE BRAS (Gabriel) (†) & GAUDEMET (Jean) (dir.), *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*, tome 14, *L'époque de la Réforme et du concile de Trente*, par BERNHARD (Jean), LEFEBVRE (Charles) & RAPP (Francis), Paris, éd. Cujas, 1990

LE BRAS (Gabriel), « La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mil », *Dictionnaire de Théologie Catholique*, sous la direction de A. VACANT, E. MANGENOT et E. AMANN, Paris 1899, t. IX, 2^e P., col. 2123-2317

LE ROY (Max), « Des amendes prévues par le Code civil pour sanctionner les infractions commises en matière d'état civil et de mariage », *J.C.P.* 1950, I, 886

LEFEBVRE-TEILLARD (Anne), *Les Officialités à la veille du Concile de Trente*, Paris, L.G.D.J., 1973

LEGEAIS (R.), « Les ajustements égalitaires de l'autorité parentale », *Rép. Defrénois* 1988, art. 34243

LEGENDRE (Pierre), *Les enfants du texte. Etude sur la fonction parentale des Etats*, Leçons, VI, Paris, Fayard, 1992

LÉGIER (Gérard), « Actes juridiques. Domaine de la loi applicable à la forme », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 551-2, 1990

LÉGIER (Gérard), « Actes juridiques. Loi applicable à la forme », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 551-1, 1990

LÉGIER (Gérard), *La règle locus regit actum et les conflits de lois en matière de forme des actes*, thèse Aix-en-Provence, 1976

LEHMANN (Robert), *Les qualifications*, *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 531, 1988

LEIBLE (Stefan), « Probleme der Anerkennung ausländischer Eheentscheidungen im Vereinten Deutschland », *FamRZ* 1991, 1245-1254

- LEMOULAND (Jean-Jacques)**, « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.* 1997, chron. 133
- LÉONARD (Emile-G.)**, « Le problème du mariage civil et les protestants français au XVIII^e », *Revue de théologie et d'action évangélique*, 1942, n°3, p. 241
- LÉONARD (Emile-G.)**, *Les assemblées au Désert et le problème du culte de l'Eglise dans le protestantisme français du XVIII^e à nos jours*, 1939
- LEQUETTE (Yves)**, « Evolution du droit de la famille en droit international privé français », *Trav. Ass. H. Capitant*, 1988, p. 467
- LEQUETTE (Yves)**, « Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales », *R.C.A.D.I.* 1994, II, vol. 246, pp. 9 et suiv.
- LEQUETTE (Yves)**, « Le renvoi de qualification », *mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 249
- LEQUETTE (Yves)**, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris, Dalloz, 1976
- LEREBOURS-PIGEONNIERE (Paul)**, « La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », *Études offertes à G. Ripert*, 1950, t. I, p. 255
- LEROY DE LA BRIERE (Yves-Marie)**, « Le droit concordataire dans la nouvelle Europe », *R.C.A.D.I.* 1938, I, vol. 63, pp. 367-468
- LEVENEUR (Laurent)**, « Les dangers du contrat d'union civile ou sociale », *J.C.P.* 1997, I, 4069
- LEVENEUR (Laurent)**, *Situations de fait et droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1990, préface de M. Gobert
- LEVI-STRAUSS (Claude)**, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, P.U.F., 2^e éd., 1969
- LEVY-BRUHL (Henri)**, *Ethnologie générale*, éd. La Pléiade, 1968
- LEVY-BRUHL (Henri)**, *Sociologie du droit*, Paris, P.U.F., *Que sais-je*, n°951, 1990
- LEWALD (Hans)**, « La théorie du renvoi », *R.C.A.D.I.* 1929, IV, vol. 29, pp. 515 et suiv.
- LIBCHABER (Rémy)**, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 65
- LILJESON (Hans)**, *J.-Cl. comp.*, Suède, 1995
- LISBONNE (Jean)**, *J.-Cl.comp.*, Chili, 1990
- LISBONNE (Jean)**, *J.-Cl.comp.*, Equateur, 1992
- LISBONNE (Jean)**, *J.-Cl. comp.*, Honduras, 1992
- LOUIS-LUCAS (Pierre)**, « La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, t. I, p. 175
- LOUIS-LUCAS (Pierre)**, « Qualification et répartition », *R.C.D.I.P.* 1957, p. 153

- LOUSSOUARN (Yvon)**, « La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé », *Ann. I.D.I.* 1987, t. I, vol. 62, p. 127
- LOUSSOUARN (Yvon)**, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *T.C.F.D.I.P.* 1980-1981, t. II, p. 43 .
- LUCHAIRE (François)**, « Les fondements constitutionnels du droit civil », *R.T.D.Civ.* 1982, p. 259 et suiv.
- LUDERITZ (A.)**, « Das Eherecht im deutschen internationalen Privatrecht », in *Entwicklungen im Recht der Familie*, 1989, pp. 131-155
- LUTHER (Martin)**, *De capivitate babylonica Ecclesiae proeludium...*, Strasbourg, J. Prüss, 1520
- M'BAYE (Keba)**, « L'évolution des formes du mariage au Sénégal », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. I, Paris, Pedone, 1975, p. 173
- MADIOT (Yves)**, « Le juge et la laïcité », *Pouvoirs*, 1995, n°75, p. 73 et suiv.
- MAKAROV (Alexandre)**, « La nationalité de la femme mariée », *R.C.A.D.I.* 1937, II, vol. 60, pp. 111-241
- MAKAROV (Alexandre)**, « Le remariage du conjoint divorcé en droit international privé. Etude comparative », *R.C.D.I.P.* 1967, p. 643
- MAKAROV (Alexandre)**, « Zur Frage der Ehefähigkeit im internationalen Eheschliessungsrecht », *Publication de l'Université de Salonique*, 1968
- MALAUURIE (Philippe)**, « L'équivalence en droit international privé », *D.* 1962, chron. 215
- MALAUURIE (Philippe)**, « Le mariage et les homosexuels », *D.* 1997, n°35, *Dernière actualité*
- MALAUURIE (Philippe)**, « Mariage et concubinage en droit français contemporain », *Archives de philosophie du droit*, 1975, 17
- MALMSTRÖM**, rapport explicatif de la Convention de La Haye sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, La Haye, 1977
- MANGEL (L.A.)**, *La formation du mariage en droit biblique et talmudique*, Thèse, Paris, 1935
- MARCHAND (Henri-François)**, « Considérations sur les mariages franco-musulmans », *Annales juridiques, politiques, économiques et sociales*, Alger, 1955, n°3/4, p. 1
- MARESCA (Adolfo)**, « Les relations consulaires et les fonctions du consul en matière de droit privé », *R.C.A.D.I.* 1971, III, vol. 134, p. 111
- MARIDAKIS (Georges)**, « Le mariage des Grecs orthodoxes hors de Grèce », *R.C.D.I.P.* 1952, p. 661
- MARQUANT (Robert)**, *L'état civil et l'état des personnes*, Paris, Masson, 1977
- MARQUARDT (K.H.)**, « Le certificat de capacité matrimoniale en droit comparé », Paris, Cujas, 1965
- MARTIN-SERF (Arlette)**, « Du domicile à la résidence », *R.T.D.Civ.* 1978, p. 535

- MASMEJAN (Denis)**, *La localisation des personnes physiques en droit international privé*, Thèse Lausanne, Imprimerie des Arts et Métiers, 1994
- MASSIP (Jacques)**, « L'harmonisation du droit des personnes et de la famille : la contribution de la Commission Internationale de l'état civil », *Commission Internationale de l'état civil, Journée internationale de l'état civil*, Berlin, 9 septembre 1992, pp. 59 et suiv.
- MASSIP (Jacques)**, « La Commission Internationale de l'état civil », *R.C.D.I.P.* 1975, p. 215
- MATHON (Gérard)**, *Le mariage des chrétiens*, t. I, *Des origines au Concile de Trente*, Desclée, 1993
- MATSUKWA (Tadaki)**, « Les concubinages en droit japonais », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 153
- MAURY (Jacques) & MAKAROV (Alexandre)**, « La preuve de l'état civil étranger et de la loi étrangère en droit français et en droit allemand », in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, Paris, Sirey, 1954, p. 518
- MAURY (Jacques)**, « Des mariages civils d'espagnols célébrés en Espagne après la loi franquiste du 12.03.1938 et de leur valeur en France », Hamburg, pp. 53-65
- MAURY (Jacques)**, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, Universidad de Valladolid, 1952
- MAURY (Jacques)**, *Règles générales des conflits de lois*, *R.C.A.D.I.* 1936, III, vol. 57, pp. 329-570
- MAYER (Danièle)**, « L'évolution du statut de la famille en droit international privé », *J.D.I.* 1977, p. 447
- MAYER (Pierre)**, « L'Etat et le droit international privé », *Droits*, n°16, 1993, pp. 45-58
- MAYER (Pierre)**, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Dalloz 1973, préface de H. Batiffol
- MELCHIOR (Georg)**, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin, Walter de Gruyter, 1932
- MERCIER (Pierre-Alain)**, *Conflits de civilisation et droit international privé*, Droz, 1972
- MESSAOUDI (L.)**, « La discrimination à l'égard de la femme en droit international privé marocain », *R.I.D.C.* 1992, pp. 947-957
- MESSNER (F.)**, « Laïcité imaginée et laïcité juridique; l'évolution du régime des cultes en France », revue *Le débat, histoire, politique, société*, n°77, novembre-décembre 1993, pp. 88-94
- MESTRE (Jacques)**, « Le mariage en droit international privé. Conditions de fond », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 546 A, 1992
- MESTRE (Jacques)**, « Le mariage en droit international privé. Conditions de forme », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 546-20, 1993
- MESTRE (Jacques)**, « Le mariage en droit international privé. Effets », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 546 D, 1988

MESTRE (Jacques), « Le mariage en droit international privé. Sanction des conditions de formation », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 546-30, 1996

MESTRE (Jacques), « Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel », *R.C.D.I.P.* 1977, p. 659

MESTRE (Jacques), *Mariage et divorce religieux en droit international privé*, mémoire DES, Aix-en-Provence, 1973

MEULDERS-KLEIN (Marie-Thérèse) & EEKELAAR (John) (dir.), *Famille, Etat et sécurité économique d'existence*, E. Story-Scientia, 1988

MEULDERS-KLEIN (Marie-Thérèse), « Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale », *Droit et Société*, 23/24, 1993, p. 169

MEULDERS-KLEIN (Marie-Thérèse), « L'évolution du mariage et le sens de l'histoire : de l'institution au contrat, et au-delà », in *Le droit de la famille en Europe. Son évolution de l'Antiquité à nos jours*, sous la direction de Roland GANGHOFER, Strasbourg, P.U.S., 1992, pp. 213-231

MEULDERS-KLEIN (Marie-Thérèse), « Mariage et concubinages ou le sens et le contresens de l'histoire », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 263

MEULDERS-KLEIN (Marie-Thérèse), « Réflexions sur l'état des personnes et l'ordre public », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard CORNU*, Paris, P.U.F., 1994, p. 317

MEYENDORFF (J.), *Le mariage dans la perspective orthodoxe*, Paris, 1986, p. 11

MINCU (A.D.), *Les conflits de lois relatifs au mariage d'après la convention de La Haye de 1902*, Paris, Libr. Rousseau, 1909

MONÉGER (Françoise), « Aspects théoriques et pratiques du mariage polygamique en France », in *Islam et/ en laïcité*, Cahier du centre d'études et de recherches juridiques sur l'Afrique francophone, Presses universitaires de Perpignan, 1992, p. 53

MONÉGER (Françoise), « Les musulmans devant le juge français », *J.D.I.* 1994, p. 345

MOREL (R.), *Etude historique du mariage putatif*, thèse Paris, 1913

MORIN (Gaston), « Les conflits de l'Eglise et de l'Etat dans le domaine du mariage du XVII^e siècle jusqu'à nos jours », *Bull. Acad. des Sc. et Lettres de Montpellier*, 1930, pp. 131-145

MUIR-WATT (Horatia), « Le domicile dans les rapports internationaux », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 543 A, 1983

MUIR-WATT (Horatia), *La fonction de la règle de conflit*, thèse Paris II, 1984

NERSON (Roger), « De l'atteinte portée par un employeur à la liberté du mariage », *R.T.D.Civ.* 1976, p. 119, , not. pp. 122-125

NIBOYET (Jean-Paulin), « Le domicile dans le projet de la commission de réforme du Code civil », *T.C.F.D.I.P.* 1948-1954, p. 70

NICOLAU (Gilda), « L'autonomie de la coutume canaque », *Revue juridique et politique. Indépendance et coopération*, avril-juin 1992, n°2, pp. 219 et suiv.

NICOLAU (Gilda), « Le fil du temps, le sceau du droit et la Nouvelle-Calédonie aujourd'hui », in *L'homme et le temps*, Actes du II^e colloque CORAIL, Nouméa, novembre 1989, pp. 171-196

NORTH (Peter), « Development of rules of family law », *R.C.A.D.I.* 1980, I, vol. 167, p. 1-117

OGRIS (Werner), *J.-Cl. comp.*, Autriche, 1990

ONORIO (d') (Joël-Benoît), « L'institution du mariage entre l'Eglise et l'Etat », in *Mariage civil et mariage canonique*, Actes du V^e colloque national des juristes catholiques, Paris, Téqui, 1985, p.37

ONORIO (d') (Joël-Benoît), « La protection constitutionnelle du mariage et de la famille en Europe », *R.T.D.Civ.* 1988, p. 1

ORFILA (Gérard), « L'application du droit privé français en Nouvelle-Calédonie », *Droits et cultures*, 32, 1996, p. 107.

ÖRÜSCÜ (Esin), « Les concubinages en droit turc », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 237

OURLIAC (Paul) & GAZZANIGA (Jean-Louis), *Histoire du droit privé français depuis l'An Mil au Code civil*, Paris, Albin Michel, 1985

OVERBECK (von) (Alfred E.), « Die Wiederverheiratung des nach schweizerischen Rechte geschiedenen Angehörigen eines Staates der keine Ehescheidung anerkennt », *Zeitschrift für Zivilstandeswesen*, 1967, pp. 346-358

OVERBECK (von) (Alfred E.), « La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé », *R.C.A.D.I.* 1992, II, vol. 233, p. 13

OVERBECK (von) (Alfred E.), « Le remariage du conjoint divorcé selon le projet de convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et selon les droits allemand et suisse », *R.C.D.I.P.* 1970, p. 45

PÅLSSON (Lennart), « Marriage and divorce », *International Encyclopedia of comparative law*, Chapitre 16, J.C.B. Mohr, 1978

PÅLSSON (Lennart), « Rules, problems and trends in family conflict of laws. Especially in Sweden », *R.C.A.D.I.* 1986, IV, vol. 199, pp. 313-414

PAMBOUKIS (Charalambos), « L'acte quasi public en droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1993, p. 565

PAMBOUKIS (Charalambos), *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1993, préface de P. Lagarde

PAPENFUSS (Hans, Reiner), *Der gewöhnliche Aufenthalt im internationalen und interlokalen Privatrecht*, thèse Köln, 1963

PATARIN (Jean), *Rép. Dalloz de dr. int.*, v° Publicité des actes, 1968-1969

PATOCCHI (Paolo Michele) & GEISINGER (Elliott), *Code de droit international privé suisse annoté*, Lausanne, éd. Payot, 1995

PATOCCHI (Paolo Michele), *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, 1985

PECAUT-RIVOLIER (Laurence), *La procréation dans le mariage*, Thèse Paris II, 1994

PEDERSEN (Mariane Hojgaard), « Danemark : le certificat de concubinage homosexuel et les nouvelles dispositions concernant le divorce et la séparation », in *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, C.N.R..S., 1991, p. 127

PERROUD (Jean), « Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les législations à caractère confessionnel », *J.D.I.* 1922, p. 5

PHILONENKO (Maximilien), « La loi du mariage mixte », *R.C.D.I.P.* 1950, pp. 539-558

PIC (Paul), *Théorie des actions in factum. Du mariage en droit international et en législation comparée*, thèse Lyon, 1885

PIERRON (J.), « Le mariage, le divorce et la séparation de corps confessionnels en France et à l'étranger », *J.C.P.* 1948, I, 692

PINTARD (Jean-Noël), « Les registres de l'état civil : l'histoire d'un long conflit de pouvoirs », in *Repères pour l'économie Languedoc-Roussillon*, INSEE, 1984, n°3, p. 13

POISSON (Élisabeth), « Les relations entre époux dans les récentes codifications du droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1967, p. 277

PONSARD (André) & BLONDEL (Pierre), *Rép. de dr. civil*, v° Nullité, 1973

PONSARD (André) & LAUTERBACH (Wolfgang), « La conclusion du mariage », in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, Paris, Sirey, 1954, pp. 1 et 16

PONSARD (André), « Observations comparatives », in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, Paris, Sirey, 1954, p. 30

PONTAVICE (du) (Emmanuel), « Droit de la famille et droit au bonheur », in *Mélanges offerts à M. le Professeur VOIRIN*, Paris, L.G.D.J., 1966, p. 678

PORTALIS (Jean-Etienne-Marie), *Consultation sur la validité des mariages des protestants en France*, Genève, 1771, et in *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Collection des Publications du Centre de Philosophie du Droit, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p. 192

PORTALIS (Jean-Etienne-Marie), *Exposé des motifs du projet de loi sur le mariage formant le titre V du Code civil*, présenté le 16 pluviôse an XI, in *Ecrits et discours juridiques et politiques*, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Collection des Publications du Centre de Philosophie du Droit, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988, p. 79

POTHIER (Robert-Joseph), *Traité du contrat de mariage*, 1771, in *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, tome V, sous la direction de M. DUPIN, Paris, éd. Charles-Béchet, 1835

- QUENAUDON (de) (René)**, « Actes de l'état civil », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 544, 1993
- QUÉNIART (Jean)**, *La révocation de l'édit de Nantes*, Paris, Desclée de Brouwer, 1985
- RABEL (Ernst)**, « Le problème de la qualification », *R.C.D.I.P.* 1933, 1 ; « Das Problem der Qualifikation », *RabelsZeitschrift* 5/1931.241
- RABIN (B.)**, « Un enfant sur trois naît hors mariage », in *La société française. Données sociales 1993*, INSEE, pp. 24
- RANGEON (François)**, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, préface de G. Vedel
- RAYMOND (Guy)**, « Aperçu rapide sur la loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal », *J.C.P.* 14/09/1994, *Actualités*
- RAYMOND (Guy)**, *Le consentement des époux au mariage. Étude de droit positif français*, Paris, L.G.D.J., 1965, préface de G. Cornu
- RÉMY (Philippe)**, « Philosophie du mariage civil dans la législation contemporaine », *L'année canonique*, 1989, p. 23 et suiv.
- RENET (Thierry)**, « De l'ordre des célébrations civile et religieuse », *J.C.P.* 1987, I, 3309
- REVILLARD (Mariel)**, « La légalisation des actes », *R.C.D.I.P.* 1992, p. 552
- RIEG (Alfred)**, « L'harmonisation européenne du droit de la famille : mythe ou réalité ? », in *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck, à l'occasion de son 65^e anniversaire*, Fribourg, éditions universitaires, 1990/1990, p. 473
- RIGAUX (François)**, « L'article 34 du concordat de Latran et le droit international », in *mélanges Mgr H. Wagnon*, U.C.L., Leuven, 1976, pp. 395-424
- RIGAUX (François)**, « La célébration posthume du mariage en droit international privé », *Rev. crit. de jurisprudence Belge* 1983, p. 507
- RIGAUX (François)**, « La force probante des écrits en droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1961, p. 19
- RIGAUX (François)**, « La loi applicable à la forme des actes en droit international privé », *mélanges Schnitzer*, 1979, p. 381
- RIGAUX (François)**, « Le respect de l'égalité de traitement entre l'homme et la femme d'après la jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés Européennes », *mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, pp. 655-674
- RIGAUX (François)**, « Les notions de famille et de mariage en droit civil contemporain », *J.T.* 1972, p. 669
- RIGAUX (François)**, *La théorie des qualifications en droit international privé*, thèse Paris, 1956
- RIOU (Catherine)**, *L'égalité des époux en droit allemand*, thèse Paris, 1963
- RIVERO (Jean)**, « La notion juridique de laïcité », *D.* 1949, chron. 137

ROBERT (Jacques) & DUFFAR (Jean), *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 4^e éd, 1988

ROBERT (Jacques), *La liberté religieuse et le régime des cultes*, Paris, P.U.F., 1977

ROEHRICH (Christian), « La convention de La Haye du 1^{er} octobre 1977 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages », *T.C.F.D.I.P.* 1977-1979, p. 3

ROMAN ALVAREZ (Magaly), *Les mariages concordataires en droit international*, mémoire, Institut des Hautes études internationales, 1967

ROOD DE BOER (Mary), « Considérations sur les concubinages aux Pays-Bas », in *Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques*, C.N.R.S., 1989, p. 233

ROOD DE BOER (Mary), « Pays-Bas : les nouvelles réalités des années 1990 », in *Regards sur le droit de la famille dans le monde*, C.N.R.S., 1991, p. 187

ROUBIER (Paul), *Le droit transitoire. Conflits de lois dans le temps*, Paris, Dalloz-Sirey, 2^e éd., 1960

ROUSSEL (Louis), « La famille en Europe occidentale : divergences et convergences », *Population*, 1, 1992, p. 133 et suiv.

ROUSSEL (Louis), *La famille incertaine*, Paris, éd. Odile Jacob, 1989

ROUSSEL (Louis), *Le mariage dans la société française*, Paris, P.U.F., 1975

RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline) (dir.), *Concubinages*, Travaux du centre de droit et de la famille de l'université de Lyon, 4 vol., Paris, éd. C.N.R.S., 1983-1990

RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), « L'attitude du législateur contemporain face au mariage de fait », *R.T.D.Civ.* 1984, p. 388

RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), « Les mariages blancs, aspects de droit privé et de droit public, La justice et les mariages blancs », *R.F.D.A.* 1993, p. 166

RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), « Réflexions sur la réforme attendue du droit de la filiation », *Mélanges offerts à André Colomer*, Paris, Litec, 1993, p. 397

RUBELLIN-DEVICHI (Jacqueline), « Une importante réforme en droit de la famille : la loi n°9322 du 8 janvier 1993 », *J.C.P.* 1993, I, 3659

RUDE-ANTOINE (Edwige), *La formation du mariage des maghrébins vivant en France*, Paris I, 1989

RUDE-ANTOINE (Edwige), *Le mariage maghrébin en France*, Paris, Karthala, 1990

RUYSSEN (Théodore), « Sociologie humaine », *R.C.A.D.I.* 1939, I, vol. 67, pp. 121-232

RYGH (Evald), *J.-Cl. comp.*, Norvège, 1991

SABOULIN (de) (M.) et THAVE (S.), « La vie en couple marié : un modèle qui s'affaiblit », in *La société française. Données sociales 1993*, INSEE, p. 314

- SADEK (Hisham) & EL HADDAD (Hafiza)**, « Les règles matérielles de droit musulman en matière de statut personnel en Egypte », in *Le statut personnel des musulmans*, 1992, p. 42
- SALAH-BEY (Mohamed, Chérif)**, *J.-Cl. comp.*, Algérie, 1993
- SAMTLEBEN (Jürgen)**, « Zur kollisionsrechtlichen ‘Vorfrage’ im öffentlichen recht », *RabelsZ* 1988, S. 466
- SANDER HALVORSEN (Rune) & PRIEUR (Annick)**, « Le droit à l’indifférence : le mariage homosexuel », *Actes (de la recherche en sciences sociales)*, n°113, juin 1996, p. 6
- SAREHANE (Fatna)**, *J.-Cl. comp.*, Maroc, 1993
- SAUVAGE (François)**, *La durée du mariage*, thèse Paris II, 1994
- SAVATIER (J.)**, « Le licenciement à raison de ses mœurs d’un salarié d’une association à caractère religieux », *Droit social* 1991, 485
- SAVATIER (René)**, *Du droit civil au droit public*, Paris, L.G.D.J., 1945
- SCHEFTELOWITZ (E.E.)**, *Das religiöse Eherecht im Staat*, Köln, Carl Heymanns, 1970
- SCHMITT (Emille)**, « Le sacramentum dans la théologie augustinienne du mariage », in *Le mariage sacrament*, colloque de Strasbourg, 2^e partie, *Rev. dr. canonique* 1992, p. 197
- SCHWIMANN (M.)**, « Untertan oder Einwohner ? Zur unterschiedlichen Anknüpfung im österreichischen und schweizerischen internationalen Eherecht », in Harrer F./ Zitta R. (Hrsg) *Familie und Recht*, Wien, 1992, pp. 647-668
- SCHWIND (Fritz)**, « Funktionalität im internationalen Eheverfahren », *Festschrift Matscher*, 1993, pp. 435-439
- SCOUARNEC (Michel)**, *Vivre, croire, célébrer*, éd. Ouvrières
- SEGALEN (Martine)**, « Les métamorphoses de la famille », *L'Histoire*, n°150, décembre 1991, pp. 38-47
- SEGALEN (Martine)**, *Sociologie de la famille*, Paris, A. Colin, 1996
- SEILLAN (Yves)**, « La possession d'état d'époux », in *mélanges Brèthe de la Gressaye*, 1967, p. 747
- SERIAUX (Alain)**, « La conception du mariage selon le Code civil », in *Mariage civil et mariage canonique*, Actes du V^e colloque national des juristes catholiques, Paris, Téqui, 1985, p. 77
- SÉRIN (Maurice)**, *Les conflits de lois dans les rapports franco-espagnols en matière de mariage, de divorce et de séparation de corps*, Toulouse, Impr. J. Fournier, 1929
- SIEP (Norbert)**, *Der gewöhnliche Aufenthalt im deutschen internationalen Privatrecht*, thèse Köln, 1981
- SILZ (Edouard)**, *Locus regit actum. La notion de forme en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1929

SIMON-DEPITRE (Marthe) & FOYER (Jacques), « La loi du 3 janvier 1972 et le droit international privé », *J.C.P.* 1973, I, 2566

SIMON-DEPITRE (Marthe) & FOYER (Jacques), *Le nouveau droit international privé de la filiation*, Paris, Libr. techniques, 1973

SIMON-DEPITRE (Marthe), *Rép. Dalloz de dr. int.*, v° Consul (attributions), 1968-1969

SINAY-CYTERMANN (Anne), « Enrichissement sans cause et communauté de vie », *D.* 1983, chron. 161

SINGLY (de) (François), « La famille constituée dans son environnement social », in *La nouvelle famille*, Colloque organisé par l'Institut de Formation Continue du Barreau de Paris, le 2 juin 1994

SINGLY (de) (François), *Sociologie de la famille contemporaine*, Paris, Nathan, coll. 128, 1993

SLAMA (G.), *Le mariage en Israël : une source de conflits entre autorité civile et religieuse*, thèse Nice, 1976

SOLUS (Henry), « La jurisprudence contemporaine et le droit du Ministère Public d'agir en justice au service de l'ordre public », in *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939

SPICKHOFF (Andreas), « Die engste Verbindung im interlokalen und internationalen Familienrecht », *JZ* 1993, 336-344

SPITZ (Jean-Fabien), « L'Etat et la famille », *Droits*, n°16, 1993, pp. 59-70

STOLL (V.), *Rechtswahl im Namens-, Ehe- und Erbrecht*, München, 1991

STRIEWE (Peter), *Ausländisches und Internationales Privatrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, Carl Heymanns Verlag, 1986

STURM (Fritz), « Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand », *R.C.D.I.P.* 1987, pp. 33-76

STURM (Fritz), « Scheidung und Wiederheirat von Ausländern in Deutschland - eine kritische Analyse von Art. 13 Abs 2 EGBGB », *Festschrift für Werner Lorenz zum 70. Geburtstag*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1991, pp. 597-616

SUDIME, *Le régime du mariage coutumier dans le Code de la famille au Sénégal*, 1983

SULLEROT (Evelyne), « Des faits... », in *Mariage, famille et société civile*, Actes du colloque de Fontevraud, octobre 1984, reproduits in *La famille contre les pouvoirs*, Nouvelle Cité, 1985, p. 147

SULLEROT (Evelyne), *Le statut matrimonial : ses conséquences juridiques, fiscales et sociales*, rapport présenté le 11 janvier 1984 au Conseil Economique et Social, *J.O.* 31.01.1984, p. 84

SULLEROT (Evelyne), *Pour le meilleur et sans le pire*, Paris, Fayard, 1984

SUMAMPOUW (Mathilde), *Les nouvelles conventions de La Haye : leur application par les juges nationaux*, Institut Asser de La Haye, Leyden, Sijthoff, I, 1976, II, 1980 ; Dordrecht, Nijhoff, IV, 1994

- SUTER KASEL-SEIBERT (C.)**, *Le mariage fictif. Etude de droit comparé*, Zürich, 1990
- TAILLANDIER (Pierre)**, *Le mariage des protestants français sous l'Ancien Régime*, Clermont-Ferrand, Impr. A. Dumont, 1919
- TAMINELLI (M.)**, « Questions pratiques relatives à la nouvelle loi fédérale sur le droit international privé et au droit matrimonial », *Zeitschrift für Zivilstandeswesen* 1990, S. 53
- TELLENBACH (Silvia)**, « Änderungen im Marrokanischen Familienrecht », *FamRZ* 15/1994, 943
- TERRÉ (François)**, « Le mariage religieux en droit français », in *Mariage civil et mariage canonique*, V^e colloque des juristes catholiques, Paris, Téqui, 1985, p. 49
- THOMAS (Hans-Friedrich)**, *Formlose Ehen. Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung*, Bielefeld, Verlag Ernst & Werner Giesecking, 1973
- TOUATI (Michel)**, *Le caractère religieux de la formation du mariage en droit international privé*, thèse Paris, 1963
- TOURE NIARE (Aidd)**, *Le droit du mariage au Mali, à la lumière des droits africains francophones*, Thèse Rennes 1, 1994
- TRAVERS (Maurice)**, « Effets de la dénonciation par la France des conventions de La Haye de 1902 en matière de mariage, de divorce, de séparation de corps et de tutelle », *J.D.I.* 1914, p. 778
- TRAVERS (Maurice)**, *La convention de La Haye relative au mariage*, Paris, Sirey, 1912
- TRUCHET (Didier)** *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, préface de Jean BOULOUIS, Paris, L.G.D.J., 1977
- TURGOT (Anne-Robert-Jacques) (Baron de l'EAULNE)**, *Mémoire sur la tolérance*, 1775
- VALÉRY (Jules)**, « Le mariage purement religieux célébré dans la chapelle d'une ambassade ou légation étrangère », *R.C.D.I.P.* 1921, p. 161
- VANDENDRIESSCHE (X.)**, « Le droit public face à l'insertion familiale », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, L.G.D.J., 1993, p. 51 et suiv.
- VANDEVELDE (Hélène)**, « Y a-t-il des concubinages au Maghreb ? Quelques éléments de réponse », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 19
- VANTROYS (Alexandre)**, *Etude historique et juridique sur le consentement des parents au mariage de leurs enfants en droit romain, droit ancien et droit civil*, Paris, A. Rousseau, 1889
- VASSILIKAKIS (Evangelos)**, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, Paris, L.G.D.J., 1987, préface de P. Lagarde
- VERNAY (Jacques) (Chanoine)**, « Chronique de jurisprudence matrimoniale », *L'Année canonique* 1990, t. 33, pp. 163 et suiv.
- VIATTE (Jean)**, « La preuve du mariage », *Gaz. Pal.* 1974, I, doctrine, 33
- VIDAL (José)**, *Essai d'une théorie générale de la fraude à la loi en droit français. Le principe 'fraus omnia corrumpit'*, Paris, Dalloz, 1957

VIGNAL (Thierry), *La part de la volonté dans les règles de conflits de lois hors des contrats*, thèse Paris II, 1993

VITTA (Edoardo), « L'ordre public en matière de divorce et de nullité de mariage dans la jurisprudence italienne », *R.C.D.I.P.* 1965, p. 267

VOGEL (Cyrille), « Les rites de célébration du mariage : leur signification dans la formation du lien durant le haut Moyen-Age », in *Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'alto medioeve XXIV*, Spoleto, 1977, pp. 397-472

VOIRIN (Pierre), « Marion pleure, Marion crie, Marion veut qu'on la marie. A propos de l'arrêt de la cour de Paris du 30 avril 1963 », *D.* 1963, chron. 247 ; arrêt commenté au *D.* 1963, p. 428, n. M.-A. Rouast

WACKENHEIM (Charles), « La sacramentalité du mariage », in *Le mariage sacrement*, colloque de Strasbourg, 1^{re} partie, *Rev. dr. canonique* 1991, p. 1

WADE (John M.), « L'union de fait en Australie », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 69

WAËL (de) (Henri), *Le droit musulman. Nature et évolution*, Paris, C.H.E.A.M., 1989

WANG (Dominique T.C.), « Les concubinages en Chine », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 115

WANG (Dominique T.C.), *J.-Cl. comp.*, Japon, 1993

WATTE (Nadine), « Les relations familiales en droit international privé et l'incidence du principe de l'égalité de l'homme et de la femme », in *mélanges R. Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, t. II, pp. 911-928

WATTE (Nadine), *Les droits et devoirs respectifs des époux en droit international privé*, Bruxelles, F. Larcier 1987

WEISS (Emilie), *J.-Cl. comp.*, Hongrie, 1993

WENGLER (Wilhem), « Die Vorfrage im Kollisionsrecht », *Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 8 (1934), pp. 148-251

WENGLER (Wilhem), « Nouvelles réflexions sur les questions préliminaires », *R.C.D.I.P.* 1966, 165

WENGLER (Wilhem), « Réflexions sur la technique de qualification en droit international privé », *R.C.D.I.P.* 1954, p. 661

WENGLER (Wilhem), Alternative Zuweisung von Vorfragen und hinkende Ehe, *IPRax* 1984, 68 ; *R.C.D.I.P.* 1985, 429

WERCKMEISTER (Jean), « Le mariage sacrement dans le décret de Gratien », in *Le mariage sacrement*, colloque de Strasbourg, 2^e partie, *Rev. dr. canonique* 1992, p. 237

WINOGRADSKY (Alexandre, Abraham), *Les portes royales ; le sacrement de l'ordre et le judaïsme*, Paris, Nouvelle Cité, 1989

ZAGOURI (Abraham), *Du mariage en droit hébraïque*, Paris, L.G.D.J., 1960, préface de M. Gobert

« Die Ostdeutschen stecken im Einigungsschock : weniger Eheschliessungen, weniger Kinder, weniger Scheidungen », *die Zeit*, 03.09.1993

III. Ouvrages collectifs - Mélanges

Actes et documents de la 13^e session de la Conférence de La Haye, v^o Mariage, 1976, t. III

Aspects de l'évolution récente du droit de la famille, Travaux de l'Association H. Capitant, 1988

Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, t. I, Paris, Pedone, 1975

Commission Internationale de l'état civil, Journée internationale de l'état civil, Berlin, 9 septembre 1992, pp. 75 et suiv.

Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck, à l'occasion de son 65^e anniversaire, Fribourg, éditions universitaires, 1990

Des concubinages dans le monde, sous la direction de Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, Centre de droit de la famille de l'université de Lyon, éd. C.N.R.S., 1990, préface de J.-F. PERRIN et J. COMAILLE, postface de M.-T. MEULDERS-KLEIN

Dictionnaire de Théologie Catholique, sous la direction de A. VACANT, E. MANGENOT et E. AMANN, Paris 1899, t. IX, 2^e P., v^o Mariage, col. 2045-2077

Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard CORNU, Paris, P.U.F., 1994

Écrits et discours juridiques et politiques, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, Collection des Publications du Centre de Philosophie du Droit, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1988

Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Paris, Dalloz, 1939

Études offertes à Pierre Kayser, Presses Universitaires Aix-Marseille, 1979

Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines, Journées d'études juridiques Jean Dabin, Travaux des VIII^e journées d'études, 1976, Bruylant, 1978

Festschrift für Werner Lorenz zum 70. Geburtstag, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1991

Guide pratique international de l'état civil, Berger-Levrault, 1985

HAUT CONSEIL À L'INTÉGRATION, *Conditions juridiques et culturelles de l'intégration*, La Documentation française, coll. des rapports officiels, mars 1992

HAUT CONSEIL À L'INTÉGRATION, *L'intégration à la française*, Paris, coll. 10/18, 1993

HAUT CONSEIL À L'INTÉGRATION, *La connaissance de l'immigration et de l'intégration*, La Documentation française, coll. des rapports officiels, décembre 1992.

HAUT CONSEIL À L'INTÉGRATION, *Pour un modèle français d'intégration. Premier rapport annuel*, La Documentation française, coll. des rapports officiels, 1991

Henri Batiffol, Choix d'articles rassemblés par ses amis, Paris, L.G.D.J., 1976

Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille, Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Université de Lille II, Actes des journées d'études des 15 et 16 décembre 1994, avant-propos de F. Dekeuwer-Défossez, L.G.D.J., 1996

Islam et/ en laïcité, Cahier du centre d'études et de recherches juridiques sur l'Afrique francophone, Presses universitaires de Perpignan, 1992

L'ordre public à la fin du XX^e siècle, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1996

L'internationalisation du droit. Etudes offertes à Yvon Loussouarn, Paris, Dalloz, 1994

La codification du droit international privé. Discussion de l'avant-projet de la Commission de réforme du Code civil, 20-21 mai 1955, Comité français de droit international privé, Paris, Dalloz, 1956

La famille contre les pouvoirs, sous la direction de Pierre-Patrick KALTENBACH, Paris, Nouvelle Cité, 1985

La famille, la loi, l'Etat. De la Révolution au Code civil, éd. Imprimerie nationale, 1990

La France et sa population, sous la direction de Jean-Yves CAPUL, *Les Cahiers Français*, n°259, janvier-février 1993

La laïcité, Pouvoirs 1995, n°75, préface de Ph. Ardant

La nouvelle famille, Colloque organisé par l'Institut de Formation Continue du Barreau de Paris, le 2 juin 1994

La qualification, Droits 1993, n°18, 19

La société française. Données sociales 1993, INSEE

Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales, Actes des journées d'études des 3 et 4 décembre 1992, Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé, Lille II, L.G.D.J., 1993

Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours, Actes des Journées internationales d'histoire du droit publiés sous la direction de Roland GANGHOFER, Presses universitaires de Strasbourg, 1992

Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne, Paris, Sirey, 1954

Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert, L.G.D.J., 1950

Le mariage et la famille en question, sous la direction de H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN von WAHLENDORF et de R. NERSON : *L'évolution contemporaine du droit anglais*, Lyon, éd. CNRS, 1979 ; *L'évolution contemporaine du droit allemand*, Lyon, éd. CNRS, 1980 ; *L'évolution en droit suisse, belge, autrichien, hollandais et scandinave*, Lyon, éd. CNRS, 1980

Le mariage sacrement, colloque de Strasbourg, 1^{re} partie, *Rev. dr. canonique* 1991 et 2^e partie, *Rev. dr. canonique* 1992

Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé, Bruxelles, Bruylant, 1992

Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques, sous la direction de Jacqueline RUBELLIN-DEVICHI, Centre de droit de la famille de l'université de Lyon, éd. C.N.R.S., 1989, préface de M.-A. GLENDON

Les concubinages. Approche socio-juridique, sous la direction de J. RUBELLIN-DEVICHI, Centre de droit de la famille de l'université de Lyon, éd. C.N.R.S., t. 1 et 2, 1986, préface de J. CARBONNIER, postface de J. COMAILLE

Les droits de la famille, Actes du XIII^e colloque national de la Confédération des juristes catholiques de France, Paris, Téqui, 1996

Mariage civil et mariage canonique, Actes du V^e colloque national des juristes catholiques, Paris, Téqui, 1985

Mariage, famille et société civile, Actes du colloque de Fontevraud, octobre 1984, reproduits in *La famille contre les pouvoirs*, Nouvelle Cité, 1985

Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille, P.U.S., L.G.D.J., 1994

Mélanges dédiés à Dominique Holleaux, Paris, Litec, 1990

Mélanges dédiés à Gabriel Marty, Université des sciences sociales, 1978

Mélanges Mgr H. Wagnon, U.C.L., Leuven, 1976

Mélanges offerts à André Colomer, Paris, Litec, 1993

Mélanges offerts à Jacques Maury, Paris, Dalloz et Sirey, 1960

Mélanges offerts à Jean Brèthe de la Gressaye, Bière, 1967

Mélanges offerts à M. le Professeur VOIRIN, Paris, L.G.D.J., 1966

Mélanges R. Vander Elst, Bruxelles, Nemesys, 1986

Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux, Bruxelles, Bruylant, 1993

Perspektiven des Internationalen Privatrechts nach dem Ende der Spaltung Europas, Tagung am 3. & 4. April 1992 in Osnabrück, herausgegeben von Christian von BAR, Carl Heymanns Verlag, 1993

Projet de droit international privé élaboré par la Commission de réforme du Code civil ; textes, R.C.D.I.P. 1950, p. 111 ; 2^e et 3^e projets de réforme (1959 et 1967), R.C.D.I.P. 1970, p. 832

Regards sur le droit de la famille dans le monde, sous la direction de J. RUBELLIN-DEVICHI, C.N.R.S., 1991

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

IV. Constitutions, codes, lois, décrets, circulaires, réponses ministérielles (textes français et étrangers) - Conventions internationales

1997 : Proposition de loi visant à créer un contrat d'union civile et sociale, Ass. Nat., 23 juillet 1997, n°88

1997 : Loi n°97-987 du 28 octobre 1997, modifiant le Code civil pour l'adapter aux stipulations de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux et organiser la publicité du changement de régime matrimonial obtenu par application d'une loi étrangère, *J.O.* 29 octobre 1997, p. 15684 ; *D.* 1997, législation, p. 361 ; *J.C.P.* 1997, III, 68574

1996 : Réponse ministérielle n° 31381 du 29 janvier 1996, relative à la lecture des articles 212 à 215 du Code civil aux futurs époux de nationalité étrangère, *J.O. Ass. nat. (Q)*, 29 janvier 1996, p. 537 ; *R.C.D.I.P.* 1996, p. 382

1996 : Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants ; *R.C.D.I.P.* 1996, p. 813

1995 : (Russie) Code de la famille du 8 décembre 1995, *R.C.D.I.P.* 1997, 148

1995 : (Royaume-Uni) Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995, portant diverses dispositions en matière de droit international privé, *R.C.D.I.P.* 1996, p. 377

1995 : (Italie) Loi n°218 du 31 mai 1995 portant réforme du système italien de droit international privé, *R.C.D.I.P.* 1996, p. 174, commentaire BALLARINO (Tito), *R.C.D.I.P.* 1996, p. 21

1994 : Réponse ministérielle n°3222 du 31 mars 1994, relative à la fiscalité des couples mariés, *J.O. Sénat (Q)*, 31 mars 1994, p. 722 ; *J.C.P.* 1994, n°22, *Informations*, p. 73

1994 : Loi n°94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *J.O.* 30 juillet 1994, p. 11060 ; *J.C.P.* 1994, III, 66974

1994 : Loi n°94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, *J.O.* 30 juillet 1994 ; *J.C.P.* 1994, III, 66973, et reconnue conforme à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 1994, *J.O.* 29 juillet 1994, p. 11024

1994 : Loi n°94-629 du 25 juillet 1994 relative à la famille, *J.O.* 26 juillet 1994, 10739

1994 : Décret n°94-876 du 12 octobre 1994 relatif à la carte nationale d'identité, *J.O.* 14 octobre 1994, p. 14566 ; *J.C.P.* 1994, III, 67068

1994 : Décret 94-1029 du 30 novembre 1994, *J.O.* 2 décembre 1994, 17028 ; *J.C.P.* 1994, III, 67157.

1994 : Circulaire n°94-13 du 17 mai 1994, relative à la modification du droit du mariage, in *L'état civil. Instruction générale*, publications du Journal Officiel, 1994

1994 : (Suède) Loi n°1117 du 23 juin 1994 relative au partenariat homosexuel

1994 : (Québec) Code civil, Y. Blais inc., 2^e éd.

1993 : Réponse ministérielle n°64517 du 1^{er} février 1993, sur la fraude à la loi résultant d'un mariage en blanc, *J.O. Ass. nat. (Q)*, 1^{er} février 1993, p. 417

1993 : Réponse ministérielle n°19210 du 4 février 1993, relative à la force probante des actes de l'état civil dressés à l'étranger, *J.O. Sénat (Q)*, 4 février 1993, p. 189 ; *R.C.D.I.P.* 1993.360

1993 : Loi n°93.933 du 22 juillet 1993 réformant le droit de la nationalité, *J.O.* 23/07/1993, p. 10342 ; *J.C.P.* 1993, III, 66302. Décision du Conseil Constitutionnel, *J.O.* 23/07/1993, p. 10391 et *J.C.P.* 1993, III, 66303 ; commentaire H. Fulchiron, *J.C.P.* 1993, I, 3708: présentation du projet, *J.C.P.* 04/08/1993, *Actualités*

1993 : Loi n°93.1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration, *J.C.P.* 1993, III, 66371 et 66372

1993 : Loi n°93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *J.O.*

1993 : 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

1993 : Décret n°93.1091 du 16 septembre 1993 portant application de la loi n°93.22 du 8 janvier 1993 modifiant les dispositions du Code civil relativement à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *J.O.* 17 septembre 1993, *J.D.I.* 1994, p. 226

1993 : (Maroc) Dahir portant loi 1.93.347 du 10 septembre 1993, *Bull. off.* n°4.222 du 29/09/1993

1992 : Réponse ministérielle n°62674 du 7 décembre 1992, relative à l'état civil, à la carte nationale d'identité - obtention - conditions - personnes sans domicile fixe - solution envisagée, *J.O. Ass. nat. (Q)*, 7 décembre 1992, p. 5557 ; *J.C.P.* 1993, *Infos*, p. 13

1992 : Réponse ministérielle n°23146 du 31 décembre 1992, relative aux étrangers, aux mariages de complaisance - titre de séjour - refus ou retrait - projet de circulaire, *J.O. Sénat (Q)*, 31 décembre 1992, p. 2850 ; *J.C.P.* 1993, *Infos*, p. 33

1992 : Réponse ministérielle n°21266 du 25 juin 1992, portant sur le régime du concubinage et sur le projet de loi de contrat d'union civile, *J.O. Sénat (Q)*, 25 juin 1992, p. 1443 ; *J.C.P.* 1992, V, 111

1992 : Proposition de loi n°3066 « tendant à créer un contrat d'union civile » enregistrée à la présidence de l'A.N. le 25/ 11/ 1992, *Les Petites Affiches*, 9/ 4/ 1993, n°43, p. 11

1992 : Décret n°92.141 du 14 février 1992 relatif aux examens obligatoires pré-nuptial, pré- et postnatal, *J.O.* 16/02/1992, p. 2505 ; *D.* 1992, Lois et décrets, p. 201

1992 : Décret n°92-383 du 1^{er} avril 1992 portant publication de la Convention de Bruxelles du 25 mai 1987 relative à la suppression de la légalisation, *J.O.* 8 avril 1992 ; *J.C.P.* 1992, III, 65481 ; *J.D.I.* 1992, p. 817

1992 : (Québec) Loi du 18 décembre 1992 sur le droit international privé, *R.C.D.I.P.* 1992, p. 574

1991 : Réponse ministérielle n°44828 du 2 septembre 1991, relative aux pouvoirs de l'officier d'état civil, *J.O. Ass. nat. (Q)*, 2 septembre 1991, p. 3525 ; *J.C.P.* 1991, IV, 413

1991 : Réponse ministérielle n°41471 du 27 mai 1991, relative aux étrangers en situation irrégulière - mariage en France - état de la question, *J.O. Ass. nat.* (Q), 27 mai 1991, p. 2102 ; *R.C.D.I.P.* 1991, p. 623

1991 : Arrêté du 8 février 1991, *J.O.* 9/02/1991 ; *J.C.P.* 1991, III, 64567

1990 : Réponse ministérielle n°9199 du 19 juillet 1990, relative à l'acquisition de la nationalité française par mariage - conditions, *J.O. Sénat* (Q), 19 juillet 1990, p. 1605 ; *R.C.D.I.P.* 1991, p. 217

1990 : Réponse ministérielle n°8753 du 14 juin 1990, relative aux pouvoirs de l'officier d'état civil, *J.O. Sénat* (Q), 14 juin 1990, p. 1322 ; *J.C.P.* 1990, IV, 311

1990 : Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, *J.O.* 12 octobre 1990, p. 12363 ; *R.C.D.I.P.* 1991, p. 176 (entrée en vigueur le 6 septembre 1990)

1990 : (Espagne) Loi 11/1990 du 15 octobre 1990, concernant la réforme du Code civil, en application du principe de non-discrimination à raison du sexe, *R.C.D.I.P.* 1991, p. 624 ; *Boletín Oficial del Estado*, 18 octobre 1990, p. 30527

1989 : Loi n°89-548 du 2 août 1989 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *J.O.* 8 août 1989, p. 9952

1989 : Loi n°89-462 du 6 juillet 1989, tendant à améliorer les rapports locatifs, *J.O.* 8 juillet 1989

1989 : Circulaire 2 août 1989, relative à l'application de la loi n°89-548 du 2 août 1989 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *J.O.* 8 août 1989, *J.C.P.* 1989, II, 63024

1989 : (Danemark) Loi du 7 juin 1989 sur le partenariat homosexuel

1988 : Convention de Lugano du 16 septembre 1988, sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.* 5 février 1992, p. 1864 ; *R.C.D.I.P.* 1989, 149 ; *J.D.I.* 1989, 180 (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992)

1987 : Résolution de l'Institut de Droit International, session du Caire des 13-22 septembre 1987, relative à la dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé, *R.C.D.I.P.* 1988, p. 133

1987 : Loi n°87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale

1987 : Convention de Bruxelles du 25 mai 1987, relative à la suppression de la légalisation, *J.O.* 8 avril 1992 ; *J.C.P.* 1992, éd. G., III, 65481 ; *J.D.I.* 1992, p. 817 (entrée en vigueur entre la France, le Danemark et l'Italie, le 12 mars 1992)

1987 : (Suisse) Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, *R.C.D.I.P.* 1988, p. 409, comm. F. KNOEPFLER et Ph. SCHWEIZER, p. 207 ; *Feuille fédérale*, 12.01.1988

1986 : Loi n°86-1025 du 9 septembre 1986 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, *J.O.* 12 septembre 1986, p. 11035

1986 : (Mexique) Code la famille de l'Etat de Zacatecas (entré en vigueur le 10 mai 1986), voir GUITRON FUENTEVEILLA (J.), « Les concubinages au Mexique. L'assimilation du concubinage au mariage », in *Des concubinages dans le monde*, C.N.R.S., 1990, p. 171

1986 : (Allemagne) Loi portant réforme du droit international privé du 25 juillet 1986, *R.C.D.I.P.* 1987, p. 170 ; *Bundesgesetzblatt* 30. Juli 1986, N. 37, S. 1142 ff.

1985 : *Réponse ministérielle* n°26224 du 26 décembre 1985, relative aux pouvoirs de l'officier d'état civil et à la vérification de la régularité du séjour des étrangers en France à l'occasion de leur mariage, *J.O. Sénat* (Q), 26 déc.1985, p. 2402, *R.C.D.I.P.* 1986.178

1984 : (Honduras) Code de la famille de 1984, Decreto n°76-84, *La Gaceta, Diaro Oficial de la Republica de Honduras*, Jueves 16 de Agosto de 1984

1984 : (Algérie) Code de la famille, loi 84-11 du 9 juin 1984, *Maghreb-Machrek*, n°107, 1985, pp. 52-64

1982 : Loi n°82-526 du 22 juin 1982, dite « loi Quillot », relative aux droits et obligations des locataires et bailleurs, *J.O.* 23 juin 1982

1982 : Décret n°82-666 du 22 juillet 1982, portant publication de la convention portant dispense de légalisation pour certains actes et documents (relatifs à l'état civil), signée à Athènes le 15 septembre 1977, *J.O.* 1^{er} août 1982. *J.C.P.* 1982, III, n°53058

1982 : (Yougoslavie) Loi du 15 juillet 1982 sur les solutions de conflits de lois, *R.C.D.I.P.* 1983, p. 353

1982 : (Grèce) Loi 1250/1982 du 5 avril 1982 sur la consécration du mariage civil, texte et comm. M. E. Vassilakakis, *R.C.D.I.P.* 1982, p. 790

1982 : (Equateur) Loi n°115 du 9 décembre 1982, loi sur les unions de fait (Ley que regula las uniones de hecho), *R.O.* 29/12/1982, n°399

1981 : Loi du 29 octobre 1981 abolissant l'autorisation administrative à laquelle étaient soumis les étrangers voulant se marier, *R.C.D.I.P.* 1986, p. 178

1981 : Convention franco-marocaine du 10 août 1981, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, *J.O.* 1^{er} juin 1983, p. 1643 ; *R.T.A.F.* 1983, n°28 ; *J.D.I.* 1983, 922 (entrée en vigueur le 13 mai 1983)

1981 : (Espagne) Loi du 7 juillet 1981 introduisant le mariage civil et laïque, *R.C.D.I.P.* 1983, p. 140 ; *B.O.F.* du 20 juillet 1981

1980 : *Réponse ministérielle* n°25678, relative à la preuve de l'union libre, *J.O. Ass. nat.* (Q), 24 mars 1980, p. 1218 ; *J.C.P.* 1980, IV, 408

1980 : Convention de Rome du 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *R.C.D.I.P.* 1980, p. 879 ; *J.O. des Communautés européennes*, n°L 266 du 9 octobre 1980 (entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991)

1980 : Convention de Munich n°20 du 5 septembre 1980 de la Commission Internationale de l'état civil relative à la délivrance d'un certificat de capacité matrimoniale, Commission Internationale de l'état civil : conventions et recommandations 1956-1987 (entrée en vigueur le 1^{er} février 1985, entre l'Autriche, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, le Portugal)

1978 : Résolution 78/37 du 27 septembre 1978 adoptée par le comité des ministres du Conseil de l'Europe sur l'égalité des époux en droit civil

1978 : Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable en matière de régime matrimonial, *J.O.* 25 septembre 1992, p. 13324 (entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1992)

1978 : Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, *R.C.D.I.P.* 1976, p. 828 ; *T.C.F.D.I.P.* 1977-1979, p. 5 (entrée en vigueur le 1er mai 1991 entre l'Australie, le Luxembourg, et les Pays-Bas)

1978 : (Canada, Ontario), Family Law Reform Act (1978), *R.F.O.* 1980, c.152, Art. 50-59

1978 : (Autriche) Loi fédérale du 15 juin 1978, sur le droit international privé (IPR-Gesetz), *R.C.D.I.P.* 1979, p. 174, obs. F. Schwind ; *Bundesgesetzblatt für Republik Österreich*, 7 juillet 1978, n°304, p. 1729

1977 : Convention d'Athènes n°17 du 15 septembre 1977 portant dispense de légalisation pour certains actes et documents, *R.C.D.I.P.* 1982, p. 775 ; *J.D.I.* 1982, p. 994 (entrée en vigueur en France le 1^{er} août 1982)

1976 : Recommandation de Vienne du 8 septembre 1976 de la Commission Internationale de l'état civil relative au droit du mariage, Commission Internationale de l'état civil : conventions et recommandations 1956-1987

1974 : Convention de Paris n°15 du 12 septembre 1974 de la Commission Internationale de l'état civil créant un livret de famille international, Commission Internationale de l'état civil : conventions et recommandations 1956-1987 (non entrée en vigueur en France)

1972 : Loi n°72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, *J.O.* 5 janvier 1972

1972 : (Sénégal) Loi n°72-61 du 12 juin 1972 portant Code de la famille, *R.C.D.I.P.* 1973, p. 382 ; *J. off. de la Rép. du Sénégal*, 12 août 1972

1971 : Convention franco-yougoslave du 18 mai 1971, relative à la loi applicable et à la compétence en matière de droit des personnes et de la famille ; loi de ratification n°72-605 du 5 juillet 1972 et décret de publication n°73-492 du 15 mai 1973, *R.C.D.I.P.* 1973.570 ; *J.O.* 24/05/1973, p. 5640 (entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1972)

1970 : Convention de Rome n°12 du 10 septembre 1970, signée dans le cadre de la Commission Internationale de l'état civil, sur la légitimation par mariage, *J.D.I.* 1976, p. 740, Commission Internationale de l'état civil : conventions et recommandations 1956-1987 (entrée en vigueur en France le 8 février 1976)

1968 : Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.* 17 et 28 janvier 1973, p. 677 ; *R.T.A.F.* 1973, n°3 ; *R.C.D.I.P.* 1973, 131 ; *J.D.I.* 1971, 792 (entrée en vigueur le 1^{er} février 1973)

1967 : Réponse ministérielle n°7240 du 26 novembre 1967, relative au changement de régime matrimonial, *J.O. Sénat (Q)*, 21 décembre 1967, p. 2512 ; *R.C.D.I.P.* 1968, p. 169

1967 : Convention franco-polonaise du 5 avril 1967 relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille ; loi de ratification n°68-453 du 21 mai 1968 et décret de publication n°69-176 du 13 février 1969, *R.C.D.I.P.* 1969, p. 329, *J.O.* 22 février 1969, p. 1969 (entrée en vigueur le 1^{er} mars 1969)

1967 : Convention du Luxembourg n°11 du 8 septembre 1967 de la Commission Internationale de l'état civil sur la reconnaissance des décisions relatives au lien conjugal, Commission Internationale de l'état civil : conventions et recommandations 1956-1987 (entrée en vigueur le 10 décembre 1977, entre l'Autriche, les Pays-Bas, la Turquie)

1967 : (Nouvelle-Calédonie) Délibération n°424, du 3 avril 1967, du Conseil du gouvernement et de l'Assemblée Territoriale de la Nouvelle-Calédonie, *J.O.* 27 avril 1967

1964 : Convention de Paris n°7 du 10 septembre 1964 de la Commission Internationale de l'état civil, tendant à faciliter la célébration des mariages à l'étranger, Commission Internationale de l'état civil : conventions et recommandations 1956-1987 (entrée en vigueur le 29 mai 1968, entre l'Allemagne, la Grèce, les Pays-Bas, la Turquie)

1964 : (Tunisie) Décret-loi du 24 février 1964, sanctionnant la bigamie

1963 : Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires, *R.C.D.I.P.* 1971, p. 575 ; *J.O.* 18 avril 1971 (entrée en vigueur en France le 30 janvier 1971)

1962 : Décret n°62-961 du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives aux actes de l'état civil, *D.* 1962, L, 272 ; *J.O.* 9 août, p. 7918

1962 : (Nouvelle-Calédonie) Arrêté du 13 mars 1962, portant organisation dans le Territoire des Iles Wallis et Futuna d'un Statut-Civil des originaires des Iles Wallis et Futuna possédant le Statut-Civil personnel

1961 : Projets de convention et projet de recommandation de l'O.N.U. sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, O.N.U., Documents officiels, A.G., Annexes ; 16ème session, 1961-1962, [8055/155, point 85] ; 17ème session, 1962, [8055/168, point 44] ; 18ème session, 1964, [8055/184, point 40] ; 19ème session, 1965, [8055/203, point 59]

1961 : Convention de La Haye du 5 octobre 1961, supprimant l'exigence de la légalisation des actes publics étrangers, et remplaçant cette formalité, entre pays contractants, par celle de l'apostille (entrée en vigueur en France le 24 janvier 1965)

1958 : Décret du 15 décembre 1958, concernant les pays où les agents diplomatiques et consulaires sont autorisés à célébrer le mariage d'un Français avec une étrangère, *J.O.* 19/12/1958 ; *R.C.D.I.P.* 1959, p. 176

1958 : (Maroc) Code de statut personnel , dahirs de 1958

1957 : Convention du Luxembourg n°2 du 26 septembre 1957 de la Commission Internationale de l'état civil relative à la dispense de légalisation des expéditions d'actes de l'état civil, Commission Internationale de l'état civil : conventions et recommandations 1956-1987 (entrée en vigueur en France le 3 janvier 1960)

1956 : (Tunisie) Code de statut personnel Al-Majallat, Décret du 13 août 1956

1955 : *L'état civil. Instruction générale du 21 septembre 1955*, publications du Journal Officiel, 1994 ; *J.O.* 22 septembre 1955, p. 9322 ; *R.C.D.I.P.* 1955, p. 574 ; modifiée ou complétée par les instructions du 23 décembre 1955 (*J.O.* 28 décembre 1955), du 6 août 1956 (*J.O.* 13-14 août 1956), du 29 juillet 1957 (*J.O.* 29-30 juillet 1957), du 5 décembre 1957 (*J.O.* 15 décembre 1957), du 25 mars 1958 (*J.O.* 26 mars 1958), du 5 février 1959 (*J.O.* 5 février 1959), du 20 mai 1960 (*J.O.* 1^{er} juin 1960), du 12 avril 1962 (*J.O.* 13 mai 1962), du 12 avril 1966 (*J.O.* 3 mai 1966), du 19 février 1970 (*J.O.* 23 avril 1970), du 13 août 1970 (*J.O.* 6 octobre 1970), du 26 avril 1974 (*J.O.* 17 mai 1974), du 5 juillet 1974 (*J.O.* 12 juillet 1974), du 4 août 1974 (*J.O.* 17 août 1974 et 27 septembre 1974), du 23 décembre 1976 (*J.O.* 11 janvier 1977), la circulaire du 31 janvier 1978 (*J.O.* 8 avril 1978 et 2 mai 1978), l'instruction du 12 novembre 1980 (*J.O.* 19 décembre 1980), du 22 mars 1983 (non parue au *J.O.*), la circulaire du 10 juillet 1987 (*J.O.* 15 septembre 1987, et 31 octobre 1987)

1955 : Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, *J.O.* 13 août 1964, p. 7490 (entrée en vigueur en France le 1^{er} septembre 1964)

1954 : Convention de New York du 28 septembre 1954 sur le statut des apatrides, *J.O.* 6 octobre 1960, p. 9063 (entrée en vigueur en France le 6 juin 1960)

1951 : Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés politiques, décret du 14 octobre 1954, *D.* 1954, 432, *J.O.* 29 octobre 1954, p. 10225 (entrée en vigueur le 22 avril 1954)

1950 : Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 (entrée en vigueur en France le 3 mai 1974)

1948 : Loi n°48-1360 du 1^{er} septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement, *J.O.* 2 septembre et 27 octobre 1948

1948 : Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, adoptée et proclamée par l'A.G. de l'O.N.U. dans sa résolution 217 A (III) du 10 décembre 1948, *J.O.* 19 février 1949, p. 1859 (entrée en vigueur le 10 décembre 1948)

1939 : Décret du 26 octobre 1939 sur le mariage consulaire entre un Français et une étrangère, *R.C.D.I.P.* 1939, p. 496 ; *J.O.* 29 octobre 1939

1934 : (Nouvelle-Calédonie) Arrêté n°631 du 21 juin 1934 portant création d'un État civil des Indigènes, *J.O.* 15 juillet 1934

1902 : Convention de La Haye de 1902 en matière de mariage, de divorce et de séparation de corps et de tutelle, *J.D.I.* 1904, p. 747 ; dénonciations : *J.D.I.* 1914, p. 301

V. Table chronologique des décisions de jurisprudence, françaises et étrangères

1997 : Cour Européenne des Droits de l'Homme, 22 avril 1997, *D.* 1997, 583, n. Sylvain Grataloup

1997 : Cour d'appel de PARIS, 2 octobre 1997, *D.* 1997, IR, 231

1997 : Civ. 1^{re}, 6 mai 1997, *D.* 1997, IR, 132 ; *Bull. civ.*, I, n°140, p. 94 ; *R.C.D.I.P.* 1997, 514, n. Bénédicte Fauvarque-Cosson ; *J.D.I.* 1997, 804, n. D. Bureau

1997 : Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1997, A. c./ Mme B., *J.C.P.* 1997, IV, 1871

1997 : Civ. 1^{re}, 11 mars 1997, *D.* 1997, 400, note Marie-Laure Niboyet ; *J.D.I.* 1998, 110, n. Ph. Kahn

1997 : Civ. 1^{re}, 11 mars 1997, *J.D.I.* 1997, 789, n. M. Santa-Croce

1997 : Civ. 1^{re}, 11 février 1997, *J.C.P.* 1997, II, 22820, note Thierry Garé

1996 : Trib. Gr. Inst. de PARIS, 7 mai 1996, *Juris-Data* n°044391, *Droit de la famille*, n°3, mars 1997, n°38, p. 8, obs. Hervé Lécuyer

1996 : Cour d'appel de PARIS, 9 janvier 1996, inédit ; cité in *R.T.D.Civ.* 1996, 365

1996 : Cour d'appel de PARIS, 7 juin 1996, *D.* 1996, n°25, *Flash* ; *D.* 1996, IR, 172

1996 : Cour d'appel de PARIS, 23 février 1996, Mme Zvoristeanu c./ Buchmann, *D.* 1997, somm., p. 278, obs. Annie Bottiau

1996 : Conseil d'Etat, 1^{re} et 4^e sous-sections réunies, 9 octobre 1996, *D.* 1997, 117, n. Ph. Malaurie ; *J.C.P.* 1997, II, 22766, concl. de Mme Maugué, commissaire du gouvernement

1996 : Conseil constitutionnel, 16 juillet 1996, décision n°96.377 DC, *J.C.P.* 1997, I, 4023, n°26

1996 : Civ. 1^{re}, 5 novembre 1996, *J.C.P.* 1996, IV, 2534 ; *D.* 1997, IR, 4 ; *Bull. civ.*, I, n°372

1996 : Civ. 1^{re}, 17 décembre 1996, *J.C.P.* 1997, IV, 309

1996 : Civ. 1^{re}, 15 octobre 1996, *D.* 1997, somm., p. 177, obs. Rémy Libchaber

1996 : Civ. 1^{re}, 11 juin 1996, *Bull. civ.*, I, n°243 ; *R.C.D.I.P.* 1997, 65, note P. Lagarde. *J.D.I.* 1996, 941, n. D. Bureau

1996 : Civ. 1^{re}, 10 avril 1996, *D.* 1997, 105, n. P. Guiho

1995 : Trib. Gr. Inst. de PARIS, 28 novembre 1995, inédit ; cité in *R.T.D.Civ.* 1996, 365, obs. J. Hauser ; *Bull. inf. C. cass.*, n°427, p. 23)

1995 : Cour d'appel de VERSAILLES, 30 mars 1995, *R.C.D.I.P.* 1996, 639, n. B. Bourdelois

1995 : Cour d'appel de PARIS, 9 juin 1995, *D.* 1996, somm., p. 171, obs. B. Audit

1995 : Cour d'appel de PARIS, 14 juin 1995, *D.* 1995, IR, 192 ; *D.* 1996, 156, n. Boulanger. *D.* 1996, somm., p. 174, obs. B. Audit ; *R.C.D.I.P.* 1997, 41, note Pierre Gannagé

1995 : Cour d'appel de DIJON, 23 mai 1995, *J.C.P.* 1996, IV, 176

1995 : Civ. 1^{re}, 4 janvier 1995, *D.* 1995, 251, n. A. Bénabent

1995 : Civ. 1^{re}, 10 mai 1995, *R.C.D.I.P.* 1996, 330, n. B. A. ; *D.* 1996, 622, n. A. Engel et L. Sinopoli

1995 : (Belgique) Cour de cassation, (1^{re} Ch.), 23 février 1995, *R.C.D.I.P.* 1996, 305, n. Marc Fallon

1994 : Cour d'appel de VERSAILLES, 31 octobre 1994, *D.* 1995, 245, n. Éric Agostini

1994 : Cour d'appel de TOULOUSE, 5 avril 1994, *J.C.P.* 1995, II, 22462, n. F. Boulanger

1994 : Cour d'appel de PARIS, 7 juin 1994, *D.* 1994, IR, 177

1994 : Cour d'appel de PARIS, 3 mars 1994, *Mobil North Sea Limited et a. c./ Cie française d'entreprises métalliques et a.*, *R.C.D.I.P.* 1994, 532, n. Bertrand Ancel ; *J.C.P.* 1995, II, 22367, n. H. Muir-Watt

1994 : Cour d'appel de PARIS, 14 juin 1994, *Osmar B. c./ Proc.gén. près la Cour d'appel de Paris*, *D.* 1994, IR, 208 ; *R.C.D.I.P.* 1995, 308, n. Yves Lequette

1994 : Cour d'appel de PARIS, 14 janvier 1994, *D.* 1994, IR, 100, et somm., p. 357, obs. B. Audit

1994 : Cour d'appel de COLMAR, 24 juin 1994, *J.C.P.* 1995, II, 22462, n. F. Boulanger

1994 : Conseil d'Etat, 24 janvier et 11 février 1994, *D.* 1995, 108, n. Pierre Guiho

1994 : Civ. 1^{re}, 9 mars 1994, *Bull. civ.*, n°89, p. 69 ; *D.* 1995, 197, n. Evelyne Monteiro. *D.* 1994, IR, 107

1994 : Civ. 1^{re}, 6 Avril 1994, *D.* 1995, somm., p. 137, obs. Annie Bottiau, *Bull. civ.*, I, n°139, p. 101

1994 : Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1994, *Bull. civ.*, n°192, p. 141 ; *D.* 1995, 263, n. J. Massip ; *D.* 1994, IR, 169. *R.C.D.I.P.* 1995, 103, n. Jean Déprez

1993 : Cour Européenne des Droits de l'Homme, 25 mai 1993, *Kokkinakis c./ Grèce*, Série A, n°260 ; *J.C.P.* 1994, I, 3742 ; in BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 1996, arrêt n°142, §§ 1035-1043

1993 : Cour d'appel de PARIS, 8 juin 1993, *D.* 1993, IR, 192

1993 : Cour d'appel de LYON, 5 octobre 1993, *J.C.P.* 1994 II 22231, n. H. Fulchiron

1993 : Cour d'appel de COLMAR, 19 janvier 1993, *R.C.D.I.P.* 1993, 281

1993 : Cour d'appel de BORDEAUX, 6^e ch., 30 juin 1993, *J.C.P.* 1994, IV, 504

1993 : Conseil Constitutionnel, 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

- 1993** : Com., 16 novembre 1993, *Société Amerford France c./ Compagnie Air France*, *J.D.I.* 1994, 99, n. Jean-Baptiste Donnier ; *R.C.D.I.P.* 1994, 332, n. P. Lagarde
- 1993** : Civ. 1^{re}, 9 novembre 1993, *R.C.D.I.P.* 1994, 644, n. Eric Kerckhove
- 1993** : Civ. 1^{re}, 27 octobre 1993, *R.C.D.I.P.* 1995, 554, n. Pascal de Vareilles-Sommières
- 1993** : Civ. 1^{re}, 10 mars 1993, *D.* 1993, IR, 87 ; *R.C.D.I.P.* 1993, 456, n. Bertrand Ancel ; *D.* 1994, somm., p. 33, obs. E. Kerckhove
- 1993** : Civ. 1^{re}, 10 février 1993, *D.* 1993, IR, 60 ; *R.C.D.I.P.* 1993, 620, n. Jacques Foyer ; *J.D.I.* 1994, 124, n. Isabelle Barrière-Brousse ; *D.* 1994, 66, n. J. Massip ; *D.* 1994, somm., p. 32, obs. E. Kerckhove
- 1993** : (Allemagne) O.L.G. KÖLN, 10 mai 1993, *FamRZ* 1994, Heft 14, S. 891 ; *Iprax* 1994, S. 371, Nr. 47 et S. 355, comm. Hepting
- 1993** : (Allemagne) BVerfG, 4 octobre 1993, *FamRZ* 1994, Heft 1, S. 21
- 1993** : (Allemagne) BVerfG, 26 janvier 1993, *BVerfGE* 1988, 87
- 1993** : (Allemagne) B.G.H., 27 octobre 1993, *FamRZ* 1994, Heft 8, S. 498, n. Friedrich Wilhelm Bosch
- 1992** : Trib. Gr. Inst. de PARIS, 10 novembre 1992, *D.* 1993, 467, n. Beignier
- 1992** : Cour Européenne des Droits de l'Homme, 25 mars 1992, *B. c./ France*, Série A, n°232-C ; *D.* 1993, 101, n. J.-P. Marguénaud ; *J.C.P.* 1992, II, 21955, n. Th.Garré ; *in* BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 1996, arrêt n°129, §§ 935-943
- 1992** : Cour d'appel de POITIERS, 26 février 1992, *J.D.I.* 1993, 922, n. François Julien-Laferrière ; *Bull. info. C. Cass*, n°363, p. 47
- 1992** : Cour d'appel de PARIS, 8 décembre 1992, *D.* 1994, 272, n. Catherine Hochart
- 1992** : Cour d'appel de METZ 28 janvier 1992, *R.C.D.I.P.* 1993, 29, n. H. Muir-Watt
- 1992** : 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 Lou
- 1992** : Conseil d'Etat, 2 décembre 1992, *Souab*, *J.C.P.* 1993, IV, 222 ; *D.* 1993, IR, 11
- 1992** : Conseil d'Etat, 13 novembre 1992, *Riaz*, *D.* 1993, 297, n. V. Haïm
- 1992** : Conseil d'Etat, 11 décembre 1992, *Arokeum*, *J.C.P.* 1993, IV, 502
- 1992** : Ass. Plén., 11 décembre 1992, *René X. et Marc X. (2 arrêts)*, *J.C.P.* 1993, II, 21991, concl. Jéol, n. G. Mémeteau ; *Gaz. Pal.* 13-15 décembre 1992, 25 ; *Gaz. Pal.* 1993, I, 180 ; *R.T.D.Civ.* 1993, 325, obs. J. Hauser ; *Gr. arrêts jurispr. civ.*, n°23
- 1992** : (Allemagne) O.L.G. DÜSSELDORF 12 août 1992, *Iprax* 5/1993, S. 331
- 1992** : (Allemagne) BVerfG, décision du 17 novembre 1992, *BVerfGE* 87.234 ; *NJW* 93.643 ;

R.T.D.Civ. 1994, 447

1991 : Trib. Gr. Inst. de PARIS, 17 octobre 1991, *R.C.D.I.P.* 1992, 508, n. H. Muir-Watt

1991 : Soc., 17 avril 1991, Association Fraternité Sainte Pie X, *J.C.P.* 1991, II, 21724, n. Sériaux

1991 : Cour d'appel de PARIS, 5 décembre 1991, *D.* 1992, somm., p. 170, obs. B. Audit ; *D.* 1992, 290, n. F. Boulanger et IR, 75

1991 : Cour d'appel de PARIS, 31 octobre 1991, *J.D.I.* 1992, 373, n. L. Idot

1991 : Cour d'appel de PARIS, 21 juin 1991, *D.* 1991, IR, 218

1991 : Cour d'appel de PARIS, 19 septembre 1991, *D.* 1993, 193, note J. Villacèque

1991 : Cour d'appel de DIJON, 3 juillet 1991, *D.* 1992, 231, n. Guiho

1991 : Conseil d'Etat, 19 avril 1991, Belgacem, *J.C.P.* 1991, II, 21757; *Rec. Lebon*, 493 ; *J.C.P.* 1992, II, 21832, n. Icard

1991 : Civ. 2^e, 23 octobre 1991, *D.* 1993, 193, note J. Villacèque

1991 : Civ. 1^{re}, 9 octobre 1991, Alidina c./ Ministère Public, *R.C.D.I.P.* 1992, 61, n. Paul Lagarde.

1991 : Civ. 1^{re}, 5 novembre 1991, Société Masson, *R.C.D.I.P.* 1992, 314, n. H. Muir-Watt ; *J.D.I.* 1992, 357, n. M.-A. Moreau ; *Gr. arrêts* n°74.

1991 : Civ. 1^{re}, 5 mars 1991, Singh Balbir, *J.C.P.* 1992, II, 21789, n. F. Laroche-Gisserot

1991 : Civ. 1^{re}, 28 mai 1991, Zagha, *D.* 1992, 121, n. J. Massip

1991 : Civ. 1^{re}, 28 mai 1991, Huston, *J.C.P.* 1991, II, 21731, n. Françon

1991 : Civ. 1^{re}, 19 mars 1991, Chen c./ Mme Devos, *Bull.*, I, n°92, p. 60

1991 : Civ. 1^{re}, 10 décembre 1991, *R.C.D.I.P.* 1992, 313, note H. Muir-Watt

1991 : (Autriche) Verwaltungsgerichtshof, 30 janvier 1991, *ÖJZ* 1992, 63, n°1 et 2 ; *J.D.I.* 1993, 379

1990 : Trib. Gr. Inst. de PARIS, 10 mai 1990, *R.C.D.I.P.* 1991, 391, n. H. Muir-Watt

1990 : Trib. Gr. Inst. de BORDEAUX, 20 septembre 1990, *J.C.P.* 1991, II, 21718, n. F. Monéger

1990 : Soc., 8 mars 1990, CPAM Saint-Etienne c./ Meguellati, *R.C.D.I.P.* 1991, 694, n. J. Déprez

1990 : Cour d'appel de VERSAILLES, 15 juin 1990, *J.C.P.* 1991, II, 21759, n. F. Laroche-Gisserot ; *D.* 1991, 268, n. J. Hauser

1990 : Cour d'appel de PARIS, 9 mai 1990, *D.* 1990, IR, 153

1990 : Cour d'appel de PARIS, 5 avril 1990, *D.* 1990, 424, n. F. Boulanger

1990 : Civ. 2^e, 21 novembre 1990, *D.* 1991, 434, n. Agostini ; *J.C.P.* 1991, IV, 26

- 1990** : Civ. 1^{re}, 6 novembre 1990, Paul Monthe c./ Mme Monthe, *R.C.D.I.P.* 1991, 348, n. Marthe Simon-Depitre
- 1990** : Civ. 1^{re}, 6 et 26 juin 1990, Akla, *R.C.D.I.P.* 1991, 593, n. P. Courbe ; *D.* 1990, somm., p. 215, obs. B. Audit
- 1990** : Civ. 1^{re}, 4 décembre 1990, Société Coveco, *R.C.D.I.P.* 1991, 558, n. M.-L. Niboyet-Hoegy ; *J.D.I.* 1991, 371, n. D. Bureau ; *Gr. arrêts* n°72
- 1990** : Civ. 1^{re}, 3 avril 1990, Klein, *R.C.D.I.P.* 1991, 104, n. Bertrand Ancel
- 1990** : Civ. 1^{re}, 23 octobre 1990, Rép. Défrenois 1991, 283, obs. J. Massip ; *J.C.P.* 1991, II, 21774, n. Françoise Monéger ; *D.* 1991, 214, n. Mascala
- 1990** : Civ. 1^{re}, 21 mai 1990, Bull. civ., I, n°117, p. 83 ; *Gr. arrêts juisp. civ.*, n°22 ; *J.C.P.* 1990, II, 21588, rapp. Massip, concl. Flipo ; *Gaz. Pal.* 1991, 1, 33, concl. Flipo ; *R.T.D.Civ.* 1991, 289, obs. J. Hauser
- 1990** : (Allemagne) Bundesverwaltungsgericht, 26 février 1990, BVerwGe 60, 75 ff.
- 1989** : Soc., 11 juillet 1989, (2 arrêts), J.C.P. 1990, II, 21553, concl. Dorwling-Carter, obs. Martine Meunier ; *D.* 1990, 582, n. Malaurie ; *R.T.D.Civ.* 1990, 53, n. Rubellin-Devichi ; *Bull. civ.*, V, n°514 et 515
- 1989** : Civ. 1^{re}, 20 mars 1989, Bull. civ., n°130, p. 86
- 1989** : Civ. 1^{re}, 15 novembre 1989, J.D.I. 1990, 611
- 1989** : Civ. 1^{re}, 10 mai 1989, J.C.P. 1989, IV, 257 ; *D.* 1989, IR, 171
- 1988** : Trib. Gr. Inst. de PARIS, 4 mars 1988, R.C.D.I.P. 1988, 588, n. P.-Y. Gautier
- 1988** : Civ. 2^e, 15 juin 1988, J.C.P. 1989, II, 21223, n. Morançais-Demeester
- 1988** : Civ. 1^{re}, 6 juillet 1988, Baaziz, *R.C.D.I.P.* 1989, 71, n. Y. Lequette ; *J.D.I.* 1989, 63, n. F. Monéger
- 1988** : Civ. 1^{re}, 18 octobre 1988, Schule c./ Philippe, *R.C.D.I.P.* 1989, 368 et chron. Y. Lequette, p. 277 ; *J.D.I.* 1989, 349, note D. Alexandre et chron. D. Bureau, 1990, p. 317 ; *J.C.P.* 1989, II, 21259, n. Prévault ; *Gr. arrêts* n°71
- 1988** : Civ. 1^{re}, 15 mars 1988, Gaz. Pal. 1989, 2, 374 ; *Rép. Défrenois* 1988, art. 34309
- 1988** : Civ. 1^{re}, 11 octobre 1988, Rebouh c./ Bennour, *R.C.D.I.P.* 1989, 368 et chron. Y. Lequette, p. 277 ; *J.D.I.* 1989, 349, note D. Alexandre et chron. D. Bureau, 1990, p. 317 ; *Rép. Défrenois* 1989, 310, obs. Massip ; *Gr. arrêts* n°70
- 1988** : (Allemagne) O.L.G. KOBLENZ, 27 juillet 1988, 13 UF 861/88, FamRZ 1989, 204, n°114
- 1987** : Trib. Gr. Inst. de PARIS, 8 avril 1987, R.C.D.I.P. 1988, 73, n. Y. L. ; *rev. sc. crim.* 1988, 87, obs. Lévassieur ; *Gaz. Pal.* 1987, 2, 474, n. Domingo
- 1987** : Cour Européenne des Droits de l'Homme, 18 décembre 1987, F. c./ Suisse, Série A, n°128 ; *Gaz. Pal.* 1988, 1, 437 ; in BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 1996, arrêt n°105, §§ 778-782 ; *J.D.I.* 1988, 892, n. P. T. ;

R.T.D.Civ. 1989, 408, obs. Guillod et Schweitzer

1987 : Cour d'appel de MONTPELLIER, 16 février 1987, *D.* 1988, 5, note J. Villacèque

1987 : Cour constitutionnelle d'Italie, 26 février et 25 novembre 1987, *R.C.D.I.P.* 1987, 563, n. Bertrand Ancel ; *R.C.D.I.P.* 1988, 710, n. Bertrand Ancel

1987 : Civ. 1^{re}, 31 mars 1987, *Norbert Botello*, *D.* 1987, 446, n. P. Jourdain

1987 : Civ. 1^{re}, 20 octobre 1987, *Sieur Cressot c./ Dame Cozma*, *J.D.I.* 1988, 446, n. André Huet ; *R.C.D.I.P.* 1988, 540, n. Y. Lequette

1986 : Tribunal de la Rote, 18 avril 1986 c./ Serrano, *Il diritto ecclesiastico*, 1986/ II, pp. 499-509-*JU* 996-1002

1986 : Cour Européenne des Droits de l'Homme, Affaire Mark Rees c./ Royaume-Uni, 17 octobre 1986, Série A, n°106 ; *J.D.I.* 1982, 183 ; et in BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 1996, arrêt n°128, §§ 929-934

1986 : Cour d'appel de PARIS, 17 décembre 1986, *D.* 1987, IR, 20

1986 : Cour d'appel de PARIS 25 septembre 1986, *D.* 1987, 124, n. D. Mayer et P. Cale

1986 : Cour d'appel de DOUAI, 28 novembre 1986, *Gaz. Pal.* 1987, 2, 388, note Renard

1986 : Civ. 2^e, 9 juillet 1986, *D.* 1988, 5, note J. Villacèque

1986 : Civ. 1^{re}, 22 avril 1986, *Mme Riahi c./ Mme Aboultabi*, *R.C.D.I.P.* 1987, 374, n. P. Courbe ; *J.D.I.* 1987, 629, n. P. Kahn ; *D.* 1986, 270, obs. Audit

1986 : Civ. 1^{re}, 22 avril 1986, *Djenangi*, *R.C.D.I.P.* 1988, 302, n. J.-M. Bischoff ; *J.D.I.* 1986, 1025, n. A. Sinay-Cytermann ; *J.C.P.* 1987, II, 20878, n. Agostini

1986 : (Pays-Bas) Cour de cassation des Pays-Bas, 5 décembre 1986, *Rev. de droit*, 24.12.1986, IV, n°200 ; cité in *Les concubinages en Europe. Aspects socio-juridiques*, , p. 233 et suiv.

1985 : Cour Européenne des Droits de l'Homme, 28 juin 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c./ Royaume-Uni, Série A, n 94 ; in BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 1996, arrêt n°117, §§ 840-848

1985 : Civ. 1^{re}, 6 février 1985, *Simitch*, *Gr. arrêts* n°66 ; *R.C.D.I.P.* 1985, 369 ; *J.D.I.* 1985, 460, note A. Huet ; *D.* 1985, 469, note J. Massip, et IR, 497, obs. B. Audit ; chron. Ph. Francescakis, *R.C.D.I.P.* 1985, 243

1985 : Civ. 1^{re}, 22 octobre 1985, *Bologna*, *J.D.I.* 1986, 1005, n. Wiederkehr

1985 : Civ. 1^{re}, 16 octobre 1985, *Gaz. Pal.* 1987, 1, 16, n. J. M.

1985 : Cass. crim., 8 janvier 1985, Dame Lince, *J.C.P.* 1986, II, 20588, n. Endreo

1985 : (Allemagne) O.L.G. HAMM, 6 mai 1985, 1 UF 406/84, *IPRax* 1986, 45

1984 : Cour d'appel de PARIS, 17 février 1984, *D.* 1984, 350, n. Michèle Rassat

1984 : Civ. 1^{re}, 9 octobre 1984, *Bull. civ.*, 1984, I, n°250

1984 : Civ. 1^{re}, 24 janvier 1984, Société Thinet, *R.C.D.I.P.* 1985, 89, note P. Lagarde ; *J.D.I.* 1984, 874, note J.-M. Bischoff ; *Gr. arrêts* n°61

1984 : Civ. 1^{re}, 2 octobre 1984, Mme Favreau c./ Léonard, *R.C.D.I.P.* 1986, 91, n. Jobard-Bachelier ; *J.D.I.* 1985, 495, n. B. Audit ; *Bull. civ.*, n°242

1983 : Trib. Gr. Inst. de PARIS, 21 novembre 1983, Ferreira c./ Mme Cristovao, *R.C.D.I.P.* 1984, 628, n. Paul Lagarde

1983 : Cour d'appel de PARIS, 8 novembre 1983, Mme Kaci c./ Mahmoudi, *J.D.I.* 1984, 881, n. Simon-Depitre ; *Rép. Défrenois* 1984, I, 570, n. Revillard ; *R.C.D.I.P.* 1984, 476, n. Y. Lequette

1983 : Civ. 1^{re}, 17 mai 1983, Société Lafarge, *R.C.D.I.P.* 1985.346, n. Bertrand Ancel

1983 : Civ., 1^{re}, 11 janvier 1983, *D.* 1983, 502, n. Larroumet ; *J.C.P.* 1984, II, 20127, n. Boulanger

1983 : (Allemagne) A.G. HAMBURG, 17 mars 1983, *StAZ* 1984, 42

1982 : Trib. Gr. Inst. de PARIS, 2 février 1982, Prefet de Paris c./ Azzouzi, et 20 avril 1982, Dame M'sirdi c./ Dame Toubbache, *J.D.I.* 1983, 606, obs. Kahn ; *R.C.D.I.P.* 1984, 291, n. J. Foyer

1982 : Crim., 2 mars 1982, *R.T.D.Civ.* 1982, 341, obs. Durry

1982 : Cour d'appel de PARIS, 26 mars 1982, *Gaz. Pal.* 1982, 519, n. J.M.

1982 : Cour d'appel de MONTPELLIER, 8 juin 1982, *D.* 1983, 607, n. O. Dhavernas

1982 : Civ. 1^{re}, 8 juin 1982, *D.* 1983, 19, n. Beaubrun ; *J.C.P.* 1983, II, 20018, n. Henry

1982 : Civ. 1^{re}, 17 février 1982, Baaziz, *R.C.D.I.P.* 1982, 275, n. Y. Lequette ; *J.D.I.* 1983, 606, obs. Kahn

1982 : Civ. 1^{re}, 15 juin 1982, Zagha, *R.C.D.I.P.* 1983, 300, n. Bischoff ; *J.D.I.* 1983, 595, n. Lehmann ; *D.* 1983, 431, n. Agostini et IR, 151, obs. B. Audit

1982 : (Autriche) O.G.H., 30 novembre 1982, 2Ob 557/82, *IPRax* 1984, 159

1982 : (Allemagne) B.V.G., 30 novembre 1982, *J.D.I.* 1984, 643 ; *FamRZ* 1983, 251 ; *Iprax* 1984, 88

1982 & 1983 : Civ. 1^{re}, 3 novembre 1983, Rohbi, et 6 juillet 1982, Bairouk, *R.C.D.I.P.* 1984, 325, n. Fadlallah ; *J.D.I.* 1984, 329, n. Kahn

1981 : Trib. Gr. Inst. LE MANS, 7 décembre 1981, *J.C.P.* 1986, II, 20573, note Jean-Jacques Lemouland

1981 : Trib. Gr. Inst. de PARIS, 7 avril 1981, Dame Didier c./ Benabdellah, *R.C.D.I.P.* 1981, 510, n. D. Lefort ; *J.D.I.* 1982, 699, n. M.-L. Niboyet

1981 : Trib. Gr. Inst. de PARIS, 22 décembre 1981, *J.C.P.* 1982, IV, 210

1981 : Cour Européenne des Droits de l'Homme 22 octobre 1981, Dudgeon c./ Royaume-Uni, Série A, n°45 ; in BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 1996, arrêt n°126, §§ 913-922

- 1981** : Cour d'appel de PARIS, 3 mars 1981, *R.C.D.I.P.* 1981, 496, n. Y. Lequette
- 1981** : Cour d'appel de PARIS, 27 novembre 1981, *D.* 1983, 142, n. G. Paire
- 1981** : Cour d'appel de AIX-en-PROVENCE, 21 janvier 1981, *Zagha*, *R.C.D.I.P.* 1982, 297, n. G. Légier et J. Mestre
- 1981** : Com., 9 novembre 1981, *J.C.P.* 1982, IV, 42
- 1981** : Civ. 2^e, 15 avril 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 645 ; *D.* 1982, IR, 38 ; *R.T.D.Civ.* 1981, 601, obs. Perrot
- 1981** : Civ. 1^{re}, 25 novembre 1981, *Rezki c./ Mme Seddaoui*, *R.C.D.I.P.* 1982, 701, n. Bertrand Ancel ; *Bull. civ.*, n°350
- 1981** : Civ. 1^{re}, 1^{er} avril 1981, *De Itturalde de Pedro*, *J.D.I.* 1981, 812, n. D. Alexandre
- 1981** : 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
- 1981** : (Belgique) Cour de cassation, 2 avril 1981, *Dame Dhont c./ S.A.Groupe Josi*, *R.C.D.I.P.* 1983, 59, n. Verwilghen ; *J.D.I.* 1984, 363, obs. R. Abraham ; *R.C.J.B.* 1983, 499, n. Rigaux
- 1980** : Cour Européenne des Droits de l'Homme 6 novembre 1980, *van Oosterwijck c./ Belgique*, Série A, n°40 ; in BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 1996, arrêt n°127, §§ 923-927
- 1980** : Cour d'appel de PARIS, 3 décembre 1980, *R.C.D.I.P.* 1981, 501, n. H. Gaudemet-Tallon ; *J.D.I.* 1981, 578, n. Wiederkehr
- 1980** : Civ. 1^{re}, 3 novembre 1980, *Gaz. Pal.* 1981, 1, 92 ; *D.* 1982, IR, 74, obs. Audit
- 1980** : Civ. 1^{re}, 3 janvier 1980, *Dame Bendeddouche c./ dame Boumaza*, *Gr. arrêts* n°59 ; *R.C.D.I.P.* 1980, 331, n. Henri Batiffol. ; *J.D.I.* 1980, 327, n. M. Simon-Depitre ; *D.* 1980, 549, n. Poisson-Drocourt
- 1980** : Civ. 1^{re}, 15 janvier 1980, *J.D.I.* 1980, 316, n. Ph. Kahn
- 1980** : (Allemagne) B.G.H., 29 octobre 1980, IV b ZB 586/80, *IPRax* 1981, 139
- 1979** : Trib. Gr. Inst. de VERSAILLES, 25 avril 1979, *Gaz. Pal.* 1979, II, 132
- 1979** : Cour Européenne des Droits de l'Homme, 13 juin 1979, *Marckx c./ Belgique*, Série A, n°31 ; in BERGER (V.), *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 1996, arrêt n°106, §§ 783-794
- 1979** : Civ. 1^{re}, 9 janvier 1979, *Bull. civ.*, I, n°11 ; *D.* 1979, IR, obs. D. Martin ; *D.* 1981, 241, obs. Breton
- 1979** : (Italie) Cour de cassation, 25 juin 1979, n°557, *Fontana c./ Grilowa*, *Riv. dir. int. pr. pr.*, 1979, p. 550

- 1978** : Cour d'appel de VERSAILLES, 3 juillet 1978, *Kaspar c./ Dame Prélevic*, *J.D.I.* 1980, 316, n. Ph. Kahn
- 1978** : Cour d'appel de RIOM, 9 novembre 1978, *J.C.P.* 1979, II, 19107, n. Georges Almairac
- 1978** : Cour d'appel de PARIS, 22 février 1978, *Dame Bendeddouche c./ Boumaza*, *R.C.D.I.P.* 1978, 507, n. Henri Batiffol
- 1978** : Conseil d'Etat, 8 décembre 1978, *GISTI*, *Gr. arrêts de droit administratif*, 9^e éd., n°110 ; *Dr. soc.* 1979, 57, concl. Dondoux ; *A.J.D.A.* 1979, 3, 38, obs. Dutheillet de Lamothe et Robineau ; *D.* 1979, 661, n. L. Hamon
- 1978** : Civ. 1^{re}, 4 avril 1978, *Benziani c./ Chabanne Sadaoui*, *J.D.I.* 1979, 353, n. Y. Lequette
- 1978** : Civ. 1^{re}, 24 octobre 1978, *J.C.P.* 1979, II, 19220, n. J. Patarin
- 1978** : Ass. Plén., 19 mai 1978, *Cours de Sainte-Marthe*, *D.* 1978, 541, concl. Schmelk, note Ph. Ardant ; *R.T.D.Civ.* 1978, 665, obs. G. Cornu ; *R.T.D.Civ.* 1979, 370, obs. Nerson et J. Rubellin-Devichi. *J.C.P.* 1979, II, 19009, rapport Sauvageot, note Lindon ; *Gr. arrêts de la jurisprudence civile*, n°27
- 1978** : (États-Unis) Cour Suprême de New York le 31 octobre 1978, *McCullon v./ McCullon*, 410, N.Y.S., 2d, 226 (1978) ; cité in STRIEWE (P.), *Ausländisches und Internationales Privatrecht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft*, pp. 66 et suiv.
- 1978** : (États-Unis) affaire *Hewitt v./ Hewitt*, Cour suprême de l'Illinois, 62 III. App. 3d 861, 20 III. Dec. 476, 380 N.E. 2d 454(1978), cité in KRAUSE (H.D.), pp. 136 et 151
- 1977** : Trib. Gr. Inst. de PARIS, 30 juin 1977, *Simon c./ Dame Landa*, *J.D.I.* 1978, 609, n. D. Mayer ; *Gaz. Pal.* 1977, 2, 568, n. J. Viatte
- 1976** : Trib. Gr. Inst. de RENNES, 9 novembre 1976, *D.* 1977, 539, n. H. D. Cosnard
- 1976** : Trib. Gr. Inst. de LAVAL, 29 juin 1976, *Gaz. Pal.* 1976, 720
- 1976** : Cour d'appel de REIMS, 19 janvier 1976, *Chenot c./ Papa Souleye N'Diaye*, *J.D.I.* 1976, 916, n. Fadlallah
- 1976** : Civ. 1^{re}, 6 octobre 1976, *époux Zazzera c./ Dame Carrara*, *D.* 1976, IR, 324 ; *Bull. civ.*, I, n°285, p. 231
- 1976** : (États-Unis) Cour Suprême de Californie, *Lee Marvin v./ Marvin*, 18 Cal. 3d 660, 684, 134 Cal. Rptr. 815, 831, 557 P. 2d 106, 122 (1976)
- 1975** : Trib. Gr. Inst. de LYON, 28 novembre 1975, *Dif c./ Dame Loudjani*, *R.C.D.I.P.* 1976, 477, n. Paul Lagarde ; *J.D.I.* 1976, 675, n. D. Mayer
- 1975** : Ch. mixte, 17 octobre 1975, *cours de Sainte-Marthe*, *D.* 1976, 511, n. Guiho ; *J.C.P.* 1976, II, 18238, n. Lindon
- 1975** : Civ. 1^{re}, 16 décembre 1975, *Landauer c./ Dame Dortu*, *R.C.D.I.P.* 1976, p. 551, n. B. Audit
- 1974** : Civ. 1^{re}, 15 mai 1974, *Consorts Martinelli c./ Dame Benkhalifa*, *R.C.D.I.P.* 1975, 260, n. Nizard ; *J.D.I.* 1975, 298, n. D. Alexandre

1974 : Civ. 1^{re}, 8 janvier 1974, *R.C.D.I.P.* 1974, 625, n. P. Lagarde ; *J.D.I.* 1974, 577, n. Ph. Aymond

1974 : Civ. 1^{re}, 10 décembre 1974, Pierucci c./ Harnay, *R.C.D.I.P.* 1975, 474, n. A. P. ; *J.D.I.* 1975, 542, n. Kahn ; *Rép. Défrenois* 1975, 1081, n. Malaurie et Morin

1973 : Trib. Gr. Inst. de BASSE-TERRE, 25 octobre 1973, *D.* 1974, somm., p. 44

1973 : Trib. Gr. Inst. de AVRANCHES 10 juillet 1973, *D.* 1974, 174, n. Guiho

1973 : Cour d'appel de PARIS, 7 mars 1973, *R.C.D.I.P.* 1973, 524, n. A. P.

1973 : Civ. 1^{re}, 19 mars 1973, *R.C.D.I.P.* 1975, 72, n. Henri Batiffol. ; *J.D.I.* 1975, 30, n. Goldman

1973 : Civ. 1^{re}, 10 juillet 1973, Sieur Magro c./ Dame Tornabène, *R.C.D.I.P.* 1974, 340, n. M. Nisard ; *J.D.I.* 1974, 341, n. B. Audit

1973 : (Belgique) Trib. de ARLON, 16 janvier 1973, Dame Dhont c./ soc.Groupe Josi, *R.C.D.I.P.* 1973, 322, n. Verwilghen ; *J.D.I.* 1979, 174

1972 : Trib. corr. de DUNKERQUE, 9 mars 1972, Gometz et Chavanat, *J.C.P.* 1972, II, 17215, obs. R. de Lestang ; *Gaz. Pal.* 1972, 1, 436 ; *R.T.D.Civ.* 1972, 771, n°6, obs. R. Nerson

1972 : Civ. 2^e, 13 décembre 1972, *D.* 1973, 493, n. C. Larroumet ; *Gaz. Pal.* 1973, 1, 416, n. J.-P. D.

1972 : Civ. 1^{re}, 1^{er} février 1972, Gouthertz, *R.C.D.I.P.* 1972, 644, n. Wiederkehr ; *J.D.I.* 1972, 594, n. Ph. Kahn ; *J.C.P.* 1972, II, 17096, concl. Gégout ; *Rép. Défrenois* 1972, 1033, n. Malaurie ; *Gr. arrêts* n°52

1972 : Cass. civ., 7 novembre 1972, Louis c./ Dame Thirion, *R.C.D.I.P.* 1973, 300, n. P. Lagarde

1972 : (Autriche) O.G.H. 8 novembre 1972, *ZfRV* 1973, 143 ff

1971 : Civ. 1^{re}, 14 décembre 1971, *D.* 1972, 179 ; *R.C.D.I.P.* 1974, somm., p. 728

1971 : (Allemagne) B.V.G., 4 mai 1971, *R.C.D.I.P.* 1974, 57, n. C. Labrusse

1970 : Cour d'appel de PARIS, 17 mars 1970, Martinelli, *R.C.D.I.P.* 1970, 286, n. L. Granjon

1970 : Cour d'appel de AMIENS, 6 juillet 1970, Bonomo, *R.C.D.I.P.* 1971, 255, n. A. Weill

1970 : Civ. 1^{re}, 3 mars 1970, Weyrich-Laroche, *R.C.D.I.P.* 1971, 255, n. A. Weill

1970 : Ch. mixte, 27 février 1970, *D.* 1970, 201 ; *J.C.P.* 1970, II, 16305, concl. Lindon, note Parlange ; *R.T.D.Civ.* 1970, 353, obs. Durry

1969 : Trib. Gr. Inst. de PONTOISE, 23 avril 1969, Dlle Farès c./ Belkir, *J.D.I.* 1969, 928, obs. Dayant

1969 : Trib. Gr. Inst. de PARIS, 22 janvier 1969, Lejarza-Zubiaur c./ dame Casana-Gomez, *J.D.I.* 1970, 325, n. Ph. Fouchard ; *R.C.D.I.P.* 1970, 435, n. D. Alexandre

1969 : Civ. 1^{re}, 8 juillet 1969, Weyrich-Laroche, *R.C.D.I.P.* 1971, 255, n. A. Weill

1969 : Civ. 1^{re}, 18 novembre 1969, Dlle Augier c./ consorts Domino-Ginisty, *Gaz. Pal.* 1970, 1, 56 ; *J.C.P.* 1970, II, 16216 bis

1968 : Trib. Gr. Inst. de PARIS, 7 mai 1968, *J.D.I.* 1970, 323, obs. Kahn

1968 : Trib. Gr. Inst. de PARIS, 18 mars 1968, Martinelli, *R.C.D.I.P.* 1969, 682, n. Nisard ; *J.D.I.* 1969, 633, n. Ponsard

1968 : Soc., 7 février 1968, *D.* 1968, 429

1968 : Civ. 1^{re}, 17 juin 1968, Kasapyan, *R.C.D.I.P.* 1969, 59, n. H. Batiffol ; *Gr. arrêts* n°47

1967 : Trib. Gr. Inst. de PARIS, 28 avril 1967, Lejarza-Zubiaur c./ dame Casana-Gomez, *J.D.I.* 1970, 325, n. Ph. Fouchard ; *R.C.D.I.P.* 1970, 435, n. D. Alexandre

1967 : Trib. Gr. Inst. de la SEINE, 21 juin 1967, Dame Courtois c./ Medou Me Ze, *R.C.D.I.P.* 1968, 294, n. Henri Batiffol ; *Rec. gén des lois* 1969, II, 77, n. Droz

1967 : Trib. Gr. Inst. de GRASSE, 5 décembre 1967, Zagha, *J.D.I.* 1969, 82, n. Lehman ; *Gaz. Pal.* 1968, 1, 91

1967 : Cour d'appel de AIX-en-PROVENCE, 8 mai 1967, Dlle Augier, *J.C.P.* 1968, II, 15352, n. Y. Loussouarn

1967 : Civ. 1^{re}, 30 octobre 1967, Yechilzuke, *R.C.D.I.P.* 1969, 479, n. Jacques Foyer

1966 : Trib. Gr. Inst. de TROYES, 9 novembre 1966, Libold c./ Decamp, *R.C.D.I.P.* 1967, 530, n. Ph. Malaurie ; *J.D.I.* 1968, 705, n. B. Audit

1966 : Trib. Gr. Inst. de la SEINE, 19 janvier 1966, Prati, *R.C.D.I.P.* 1966, 632, n. H. Batiffol ; *J.D.I.* 1966, 822, n. Malaurie ; *J.C.P.* 1967, II, 15015, n. Brulliard

1966 : Trib. Gr. Inst. de la SEINE, 13 juin 1966, Antonia Butrimowa c./ Krawtschenko, *Gaz. Pal.* 1966, 2, 269

1966 : Cour d'appel de PARIS, 2 décembre 1966, *J.C.P.* 1967, II, 15278, n. R. B. ; *J.D.I.* 1968, 705, n. B. Audit ; *R.C.D.I.P.* 1967, 530, n. Ph. Malaurie

1966 : Civ. 1^{re}, 15 février 1966, Dame Campbell-Johnston, *R.C.D.I.P.* 1966, 273, n. H. Batiffol ; *J.D.I.* 1967, 95, n. Goldman ; *D.* 1966, 370, n. Malaurie ; *Rec. gén. des lois* 1966, 637, n. Droz ; *Gr. arrêts* n°43

1966 : Civ. 1^{re}, 28 juin 1966, Sellam, *Bull. civ.*, I, n°390 ; *J.D.I.* 1967, 395, obs. P. A.

1966 : Trib. Gr. Inst. de TROYES, 9 novembre 1966, Libold c./ Decamp, *R.C.D.I.P.* 1967, 530, n. Malaurie ; *J.D.I.* 1968, 705, n. B. Audit

1965 : Trib. Gr. Inst. LE MANS, 18 mars 1965, *D.* 1967, 203, n. J. Pradel

1965 : Cour d'appel de PARIS, 19 mars 1965, Banque Ottomane, *R.C.D.I.P.* 1967, 85, n. P. Lagarde ; *J.D.I.* 1966, 118, n. Goldman

1965 : Cour d'appel de ORAN, 18 mai 1965, *R.C.D.I.P.* 1968, 230, n. J.-M. Verdier ; *Gaz. Pal.* 1965, II, 309

- 1965** : Civ. 2^e, 12 mars 1965, *R.C.D.I.P.* 1951, 140, n. Scheftel
- 1965** : Civ. 1^{re}, 8 novembre 1965, *R.T.D.Civ.* 1966, 332
- 1965** : Civ., 4 octobre 1965, *J.C.P.* 1965, IV, 137 ; *Bull. civ.*, 1965, p. 377, n°500 ; *R.C.D.I.P.* 1966, 688
- 1964** : Cour d'appel de PARIS, 10 novembre 1964, *Dame Sellam c./ Sellam*, *Gaz. Pal.* 1965, 1, 45 ; *R.C.D.I.P.* 1966, somm., p. 687
- 1963** : Trib. Gr. Inst. de NICE, 3 juillet 1963, *D.* 1964, 347, n. Delvolvé
- 1963** : Cour d'appel de PARIS, 30 avril 1963, *D.* 1963, 428, n. L. Granjon et M.-A. Rouast ; *R.T.D.Civ.* 1963, 570, obs. G. Cornu et p. 697, obs. Desbois
- 1963** : Cour d'appel de PARIS, 23 mars 1963, *J.D.I.* 1964, 96, n. Aymond
- 1963** : Cour d'appel de GRENOBLE, 19 juin 1963, *J.C.P.* 1963, II, 13334, concl. Brouillonnet ; *R.C.D.I.P.* 1964, 520, n. Jean Déprez ; *D.* 1964, somm., p. 43
- 1963** : Civ., 9 décembre 1963, *Gaz. Pal.* 1964, 1, 332 ; *Bull. civ.*, I, n°392, p. 335
- 1963** : Civ., 8 janvier 1963, *Hohenzollern*, *D.* 1963, 341, n. Ph. Malaurie ; *R.C.D.I.P.* 1963, 109, n. G. Holleaux ; *J.C.P.* 1964, II, 13470, n. Ph. F. ; *R.T.D.Civ.* 1963, 529, obs. Desbois
- 1963** : Civ., 12 février 1963, *Ruffini c./ Sylvestre*, *D.* 1963, 325, n. Holleaux ; *R.C.D.I.P.* 1964, 121, n. Paul Lagarde
- 1963** : Ch. civ., 28 mai 1963, *Soc.les films Richebé c./ Soc. Roy Export et Charlie Chaplin*, *R.C.D.I.P.* 1964, 513, n. Y. Loussouarn ; *J.D.I.* 1963, 1004, n. B. Goldman ; *J.C.P.* 1963, II, 13347, n. Ph. Malaurie ; *D.* 1963, 677, *Rec. gén. lois* 1963, 633, n. G. Droz ; *Gr. arrêts* n°41
- 1963** : Ch. civ., 19 février 1963, *Chemouni*, *R.C.D.I.P.* 1963, 559, n. G. H. ; *J.D.I.* 1963, 986, n. A. Ponsard ; *Rec. gén. lois*, 1963, 315, n. Droz ; *Gr. arrêts* n°31-32
- 1963** : Ch. civ., 15 mai 1963, *Patiño*, *R.C.D.I.P.* 1964, 532 (1^{er} arrêt), 506 (2^e arrêt), n. P. Lagarde ; *J.D.I.* 1963, 1016 (1^{er} arrêt), 996 (2^e arrêt), n. Malaurie ; *J.C.P.* 1963, II, 13365 (1^{er} arrêt), 13366 (2^e arrêt), n. Motulsky ; *Gr. arrêts* n°39-40
- 1963** : (Etats-Unis) Cour suprême de l'Etat de New York (court of appeals), 9 mai 1963 *Babcock c./ Jackson*, *R.C.D.I.P.* 1964, 284
- 1963** : Civ., 20 novembre 1963, *Appietto*, *J.C.P.* 1964, II, 13498, n. Jean Mazeaud ; *D.* 1964, 465, n. Raymond ; *Bull. civ.*, I, n°506, p. 426
- 1962** : Cour d'appel de RABAT, 2 novembre 1962, *R.C.D.I.P.* 1964, 683, n. Paul Lagarde
- 1962** : Cour d'appel de BASTIA, 9 avril 1962, (inédit)
- 1961** : Trib. Gr. Inst. AJACCIO, 12 juillet 1961, (inédit)
- 1961** : Cour d'appel de PARIS, 17 février 1961, *D.* 1961, somm., p. 102 ; *Gaz.Pal.* 1961, I, 253, concl. Nepveu
- 1961** : Civ., 22 février 1961, *Corcos*, *J.D.I.* 1961, 734, n. Goldman ; *R.C.D.I.P.* 1961, 382,

n. Batiffol

1961 : Civ., 22 février 1961, Corcos, *J.D.I.* 1961, 734, n. Goldman ; *R.C.D.I.P.* 1961, 382, n. Batiffol

1961 : Ch. civ., 11 juillet 1961, Bertoncini, *R.C.D.I.P.* 1961, 124, n. Batiffol ; *J.D.I.* 1963, 132, n. Goldman ; *Gr. arrêts* n°35

1961 : Cass. civ., 15 mai 1961, Tarwid, *R.C.D.I.P.* 1961, 547, note Batiffol ; *D.* 1961, 437, rapp. G. Holleaux ; *S.* 1962, 262 ; *J.D.I.* 1961, 734, note Goldman

1960 : Civ. 2^e, 12 mai 1960, *Bull. civ.*, II, n°309, p. 209

1960 : Ch. civ., 2 mars 1960, *R.C.D.I.P.* 1960, 97, n. Batiffol ; *J.D.I.* 1961, 408, n. Goldman ; *J.C.P.* 1960, II, 11734, n. Motulsky ; *Gr. arrêts* n°34

1959 : Civ., 24 février 1959, Isaac, *R.C.D.I.P.* 1959, 368, n. Y. L. ; *S.* 1959, 485, n. Malaurie ; *J.D.I.* 1959, 1145

1959 : Ch. Civ., 12 mai 1959, Bisbal, *R.C.D.I.P.* 1960, 62, n. H. Batiffol ; *J.D.I.* 1960, 810, n. Sialelli ; *D.* 1960, 610, n. Malaurie ; *Gr. arrêts* n°33

1958 : Trib. civ. de GRENOBLE, 7 mai 1958, Venturi, *Gaz. Pal.* 1958, 2, 82

1958 : Cour d'appel de PARIS, 6 mars 1958, *D.* 1958, somm., p. 127 ; *Gaz. Pal.* 1958, 1, 461

1958 : Cour d'appel de PARIS, 20 novembre 1958, *D.* 1959, 24

1958 : Cour d'appel de PARIS, 16 octobre 1958, *J.C.P.* 1958, II, 10897 ; *R.T.D.Civ.* 1959, 75, n. 1, obs. H. Desbois

1958 : Cour d'appel de PARIS, 16 décembre 1958, Dame Fajon, *D.* 1959, 38

1958 : Civ., 20 novembre 1958, Hassain c./ Dame Faïd Zoudiba Bent Ali, *J.D.I.* 1959, 1146, chron. Sialelli

1958 : Civ., 15 octobre 1958, *Bull. civ.*, I, 347

1958 : Ch. civ., 28 janvier 1958, Chemouni, *R.C.D.I.P.* 1958, 110, n. Jambu-Merlin ; *D.* 1958, 265, n. Lenoan ; *J.C.P.* 1958, II, 10488, n. Louis-Lucas ; *J.D.I.* 1958, 776, n. A. Ponsard ; *Gr. arrêts* n°31-32

1957 : Trib. civ. de la SEINE, 6 mars 1957, Mircea Lambrino, *J.C.P.* 1956, II, 10212, n. Bellet

1957 : Ch. civ., 2 avril 1957, époux Weiller, *R.C.D.I.P.* 1951, 167, note Francescakis ; *J.C.P.* 1951, II, 6151, note S. et T. ; *D.* 1952, 35 ; *S.* 1951, 1, 187 ; *Gaz. Pal.* 1951, 1, 210 ; *R.C.D.I.P.* 1957, 491, note Francescakis ; *Gr. arrêts* n°25-26

1956 : Cour d'appel de PARIS, 2 février 1956, époux Shamash c./ Dame Abib, *J.C.P.* 1956, II, 9229, n. P. G.

1956 : Ch. civ., 6 mars 1956, Veuve Moreau c./ Dame Bazbaz, *R.C.D.I.P.* 1956, 305, n. Francescakis ; *D.* 1958, 709, n. Henri Batiffol ; *Gr. arrêts* n°29 ; *J.C.P.* 1956, II, 9549, n. A. Weill

1955 : Cour d'appel de RABAT, 13 avril 1955, *rev. juri. et poli. de l'Union française* 1955, 843, n. P. Decroux ; *rev. tun. de droit* 1956, 69, n. Jambu-Merlin

1955 : Ch. civ., 22 juin 1955, Caraslanis, *R.C.D.I.P.* 1955, 723, n. Henri Batiffol. ; *D.* 1956, 73, n. Chavier ; *J.D.I.* 1955, 682, n. Siacelli ; *Gr. arrêts* n°28 ; *J.C.P.* 1956, II, 9328, n. Guiho ; *Journal des juristes Hellènes* 1956, 217, n. Francescakis

1955 : (Belgique) Cour d'appel de BRUXELLES, 14 décembre 1955, *R.C.D.I.P.* 1957, 68

1954 : Trib. civ. de MELUN, 20 janvier 1954, *Gaz. Pal.* 1954, 1, 272 ; *D.* 1954, somm., p. 43 ; *J.D.I.* 1954, 954, n. Salielli

1954 : Cour d'appel de PARIS, 13 mars 1954, *J.D.I.* 1954, 954, n. Sialelli ; *Gaz. Pal.* 1954, 1, 308

1954 : Cour d'appel de PARIS 13 mars 1954, *Gaz. Pal.* 1954, 1, 308 ; *J.D.I.* 1954, 954, obs. Salielli

1954 : Civ., 19 janvier 1954, *Bull. civ.*, I, n°27

1954 : Civ, 21 janvier 1954, *Bull. civ.*, I, 378 ; *R.C.D.I.P.* 1956, 671, n. A. Weil

1954 : (Suisse) Trib. fédéral, 11 novembre 1954, *Ann. suisse dr. int.* 1956, 237, n. P. Lalive ; *R.C.D.I.P.* 1957, 52, n. Wengler

1953 : Ch. civ., 17 avril 1953, Rivière, *Gr. arrêts* n°27 ; *R.C.D.I.P.* 1953, 412, n. H. Batiffol ; *J.D.I.* 1953, 860, n. Plaisant ; *J.C.P.* 1953, II, n. Buchet ; *RabelsZ* 1955, 520, n. Francescakis

1952 : Cour d'appel de PARIS, 4 janvier 1952, *S.* 1952, 2, 85

1952 : (Autriche) Cour suprême (O.G.H.), 25 octobre 1952, *SZ* 25/ 285, *ÖJZ* 1957, 31 ; *R.C.D.I.P.* 1955, 110, n. Wengler

1951 : Trib. civ. Saint-Brieuc, 26 juin 1951, *R.C.D.I.P.* 1951, 520, n. Niboyet

1951 : Trib. de la SEINE, 4 avril 1951, *J.C.P.* 1953, II, 7408, n. J. M. ; *R.C.D.I.P.* 1953, 586, n. H. Batiffol

1951 : Cour d'appel de RABAT, 24 octobre 1951, Machet, *Gr. arrêts* n°24 ; *R.C.D.I.P.* 1952, 89, n. Francescakis ; *J.D.I.* 1951, 898, n. Goldman

1951 : Civ., 11 décembre 1951, Ghattas, *R.C.D.I.P.* 1953, 83 ; *J.D.I.* 1952, 168

1951 : Ch. civ., 22 janvier 1951, époux Weiller, *R.C.D.I.P.* 1951, 167, note Francescakis ; *J.C.P.* 1951, II, 6151, note S. et T. ; *D.* 1952, 35 ; *S.* 1951, 1, 187 ; *Gaz. Pal.* 1951,1, 210 ; *R.C.D.I.P.* 1957, 491, note Francescakis ; *Gr. arrêts* n°25-26

1950 : Trib. Casablanca 18 et 21 janvier 1950, *D.* 1952, 311, n. Carteret

1950 : Cour d'appel de RABAT, 5 avril 1950, A.Aimetti épouse Orlarei c./ L.Orlarei, *R.C.D.I.P.* 1951, 146, n. Jambu-Merlin

1950 : Cour d'appel de RABAT, 24 octobre 1951, Machet, *Gr. arrêts* n°24 ; *R.C.D.I.P.* 1952, 89, n. Francescakis ; *J.D.I.* 1951, 898, n. Goldman

1950 : Cour d'appel de PARIS, 15 février 1950, *R.C.D.I.P.* 1950, 420, n. Loussouarn ; *J.C.P.* 1950, II, 5578, n. Savatier ; *J.D.I.* 1951, 190, n. Goldman

1950 : Cour d'appel de AIX-en-PROVENCE, 14 février 1950, *Matweeff c./ dame Matweeff*, R.C.D.I.P. 1951, 140, n. J. Scheftel

1949 : Trib. civ. de la SEINE, 6 décembre 1949, *Berger, D.* 1950, 103 ; *J.C.P.* 1950, II, 5299, n. J. M.

1949 : Cour d'appel de HANOI, 24 mars 1949, *Kan Chang Hoei et autres c./ Wei You Tching et autres*, R.C.D.I.P. 1950, 399, n. A. Ponsard

1949 : Com, 25 juillet 1949, *J.C.P.* 1950, II, 5798, 1^{re} esp., n. Bastian

1949 : Civ., 7 décembre 1949, *Dame Barbara c./ Messina*, *J.D.I.* 1950, 176 ; *D.* 1950, 173, n. P. Lerebours-Pigeonnière ; *R.C.D.I.P.* 1950, 616, note Batiffol

1949 : Civ., 5 décembre 1949, *Verdier*, *R.C.D.I.P.* 1950, 65, n. Motulsky ; *J.C.P.* 1950, II, 5287, n. Delaume ; *J.D.I.* 1950, 180, n. Goldman

1948 : Trib. civ. de la SEINE, 7 janvier 1948, *Loiseau c./ Dlle Batsch*, *J.C.P.* 1948, II, 4430, n. Jean Mazeaud

1948 : Trib. civ. de la SEINE, 17 mars 1948, *Sciachi*, *R.C.D.I.P.* 1948, 112, n. Niboyet

1948 : Cour d'appel de PAU, 25 mai 1948, *Ghattas*, *S.* 1949, 2, 9, n. Niboyet ; *R.C.D.I.P.* 1950, somm., p. 664 ; Niboyet, t. III, 1, p. 33, n. 1

1948 : Ch. civ., 27 juillet 1948, *Lefait*, *R.C.D.I.P.* 1949, 75, n. H. Batiffol ; *D.* 1948, 535 ; *Gr. arrêts* n°20

1948 : Ch. civ., 25 mai 1948, *Lautour*, *R.C.D.I.P.* 1949, 89, note Batiffol ; *D.* 1948, 357, note P. Lerebours-Pigeonnière ; *S.* 1949, 1, 21, note Niboyet ; *J.C.P.* 1948, II, 4532, note Vasseur ; *Gr. arrêts* n°19

1947 : Civ., 27 février 1947, *Ghattas c./ Touchet*, *R.C.D.I.P.* 1947, 444, n. Niboyet ; *S.* 1947, 1, 97 ; *D.* 1947, 161, n. P. Lerebours-Pigeonnière

1944 : Trib. civ. de BRESSUIRE, 26 juillet 1944, *D.* 1945, 94

1943 : Cour d'appel de TOULOUSE, 14 décembre 1943, *Ghattas*, *R.C.D.I.P.* 1946, 73, n. Niboyet ; *S.* 1944, 2, 33, n. Niboyet

1943 : Cour d'appel de PARIS, 9 janvier 1943, *Garcia Fuentès*, *S.* 1943, II, 29, n. Niboyet

1943 : Cour d'appel de PARIS, 20 juillet 1943, *D.* 1944, 7

1939 : V.C. de la REUNION, 7 juillet 1939, *J.C.P.* 1940, II, 1494

1937 : Trib. civ. de la SEINE, 7 mai 1937, *époux Dupiré*, *J.D.I.* 1938, 322

1937 : Cour d'appel de BORDEAUX, 16 juin 1937, *D.A.* 1937, 539

1936 : Trib. civ. de la SEINE, 18 janvier 1936, *Dalal c./ Stempel*, *J.D.I.* 1936, 333

1936 : Trib. civ. de BAYONNE, 9 avril 1936, *S.* 1936, II, 124

1935 : Req., 4 juin 1935, *époux Zelcer c./ Schwab*, *R.C.D.I.P.* 1936, 755, n. Basdevant ; *S.* 1936,

377, rapport Pilon, note Niboyet ; *D.P.* 1936, 1, 7, rapport Pilon, note R. Savatier ; *Gr. arrêts* n°15

1934 : Trib. 1^{er} Inst. de RABAT, 17 janvier 1934, *J.D.I.* 1936, 173, n. J. P.

1933 : Trib. civ. de la SEINE, 3 mars 1933, *S.* 1934, 2, 67

1933 : Trib. civ. de la SEINE, 27 avril 1933, *R.C.D.I.P.* 1935, 759, n. J.-P. N.

1933 : Req., 14 mars 1933, *Cousin de Lavallière*, *S.* 1934, 1, 161, rapport Pilon, n. Solus ; *R.T.D.Civ.* 1933, 452, n. G. Lagarde

1933 : Cour d'appel de ALGER, 1^{er} février 1933, *Moussa Amar c./ Dame Bandali*, *R.C.D.I.P.* 1934, 433, n. P. Chauveau

1932 : Trib. civ. de la SEINE, 15 mars 1932, *D.* 1934, 2, 75 ; *R.C.D.I.P.* 1935, 436

1932 : Trib. civ. de la SEINE, 18 février 1932, *Dame Wiesbein c./ Chabrol*, *J.D.I.* 1932, 444, n. P. T., concl. Picard

1932 : Cour d'appel de RABAT, 19 mai 1932, *Dame Elbaz*, *R.C.D.I.P.* 1934, 428, n. Niboyet

1931 : Req., 21 avril 1931, *Ponnoucannamale*, *S.* 1931, 1, 377, n. Niboyet ; *R.C.D.I.P.* 1932, 526

1931 : Civ., 13 février 1931, *D.* 1961, 349, n. Holleaux

1930 : Req., 3 mars 1930, *S.* 1930, I, 377, n. Niboyet ; *J.D.I.* 1930, 981

1930 : Cour d'appel de ALGER, 3 février 1930, *Mena bent Ali Zouari c./ Mohamed ben Hadj Ai Baklonti*, *Gaz. Pal.* 1930, 1, 656

1930 : Civ., 1^{er} août 1930, *D.* 1931, 1, 169, n. Lalou

1930 : Cass. civ., 8 janvier 1930, *Degas*, *D.P.* 1930, 1, 51 ; *S.* 1930, 1, 257, n. Gény : *Gr. arrêts de la jurisprudence civile* n°38

1930 : (Grande-Bretagne) High Court, 15 mai 1930, *Nachimson v. Nachimson*, *R.C.D.I.P.* 1931, 570, n. Constantinoff, et voir p. 749

1929 : Cour d'appel de NÎMES, 17 juin 1929, *Cousin de Lavallière*, *S.* 1929, 129, n. Solus ; *R.T.D.Civ.* 1929, 1069, obs. Gaudemet

1929 : (Grande-Bretagne) Conseil privé du roi, 24 juin et 16 juillet 1929, *Bertiaume c./ Dastous*, *R.C.D.I.P.* 1930, 502

1928 : Cour d'appel de PARIS, 20 novembre 1928, *D.H.* 1929, 24 ; *Gaz. Trib.* 15 février 1929

1927 : Trib. civ. de la SEINE, 17 juin 1927, *R.C.D.I.P.* 1928, 332

1927 : Req., 31 janvier 1927, *époux Dartiguelongue*, *S.* 1927, 1, 144 ; *J.D.I.* 1927, 1022, n. J. P.

1927 : Cour d'appel de AMIENS, 24 mars 1927, *J.D.I.* 1929, 738

1926 : Cour d'appel de SAIGON, 9 avril 1926, *Penant* 1926, 1, 268

1926 : Cour d'appel de PARIS, 24 avril 1926, *Bouly de Lesdain*, *D.* 1927, 2, 9, n. Escarro ;

J.D.I. 1927, 429 ; *R.C.D.I.P.* 1927, 67

1925 : Cour d'appel de PAU, 29 décembre 1925, *Dartiguelongue*, *J.D.I.* 1926, 960, n. J. P.

1924 : Cour d'appel de AIX-en-PROVENCE, 24 janvier 1924, *J.D.I.* 1924, 670 ; *R.C.D.I.P.* 1924, 277

1922 : Trib. civ. de la SEINE, 7 janvier 1922, *Avramovitch*, *S.* 1924, II 65, n. Audinet ; *J.D.I.* 1923, 85, note Perroud ; *R.C.D.I.P.* 1922-1923, 437

1922 : Trib. civ. de la SEINE, 15 février 1922, *J.D.I.* 1922, 396

1922 : Req., 14 novembre 1922, *Achard c./ Dame Chaput*, *S.* 1914, 1, 71 ; *D.* 1924, 1, 79 ; *J.D.I.* 1923, 304

1922 : Cour d'appel de PARIS, 10 mai 1922, *Anker*, *J.D.I.* 1922, 425

1922 : Cour d'appel de PARIS 23 mars 1922, *Kohn*, *J.D.I.* 1922, 425, 2^e et 3^e espèces

1922 : Cour d'appel de PARIS 1^{er} mars 1922, *Basiliadis*, *J.D.I.* 1922, 407 ; *S.* 1924, 2, 65, n. Audinet ; *R.C.D.I.P.* 1922-1923, 310

1922 : Cour d'appel de PARIS 17 novembre 1922, *Avramovitch* *S.* 1924, II 65, n. Audinet ; *J.D.I.* 1923, 85, note Perroud ; *R.C.D.I.P.* 1922-1923, 437

1922 : Cour d'appel de NANCY, 17 juin 1922, *Baruch Nathan c./ Esther Bassan*, *J.D.I.* 1922, 425, 5^e espèce

1922 : Ch. civ., 6 juillet 1922, *Ferrari*, *R.C.D.I.P.* 1922, 444, rapport Colin, note Pillet ; *J.D.I.* 1922, 714 ; *D.P.* 1922, 1, 137 ; *S.* 1923, 1, 5, note Lyon-Caen ; *Gr. arrêts* n°12

1921 : Trib. civ. de la SEINE, 24 décembre 1921, *Bermann*, *J.D.I.* 1922, 425, 2^e et 3^e espèces

1921 : Trib. civ. de la SEINE, 9 décembre 1921, *Tournansky*, *J.D.I.* 1922, 116, et 425

1921 : Cour d'appel de PARIS, 22 décembre 1921, *J.D.I.* 1922, 135

1920 : Trib. civ. de la SEINE, 19 novembre 1920, *Georgian*, *R.C.D.I.P.* 1922-1923, 306

1920 : Trib. civ. de la SEINE, 15 juillet 1920, *Dame Levenberg c./ Balter*, *R.C.D.I.P.* 1922-1923, 778

1920 : Trib. civ. d'ORANGE, 11 décembre 1920, *Sautel c./ Stoyanovitch*, *R.C.D.I.P.* 1922-1923, 306

1920 : Cour d'appel de PARIS, 11 février 1920, *Sarah Bernhardt*, *J.D.I.* 1920, 205 ; *R.C.D.I.P.* 1921, 240

1919 : Trib. civ. de la SEINE, 5 mai 1919, *Montariol*, *S.* 1921, 2, 9, n. Niboyet ; *R.C.D.I.P.* 1919, 543

1918 : Trib. civ. de la SEINE, 10 décembre 1918, *Anker*, *R.C.D.I.P.* 1919, 120, concl. Dumas

1913 : Trib. civ. de la SEINE, 27 mai 1913, *Rozenzweig*, *R.C.D.I.P.* 1913, 857, concl. Lafon

1912 : Trib. civ. de la SEINE, 20 novembre 1912, *Grynok c./ Grynok*, *J.D.I.* 1922, 135

1912 : Trib. civ. de TUNIS, 24 janvier 1912, *Gouven c./ Ferrigno*, *Gaz. Pal.* 1912, 1, 420

1912 : Trib. civ. de la SEINE, 26 juin 1912, *Roitstein*, *R.C.D.I.P.* 1913, 134, concl. Mornet

1912 : Req., 11 novembre 1912, *D.P.* 1912, I, 105, note Ripert

1912 : Cour d'appel de NÎMES, 10 décembre 1912, *Dame Ducharme*, *D.P.* 1914, 2, 169, obs. Jules Valéry

1910 : Req., 26 octobre 1910, *Tran-thi-Bu c./ Aïssoumalle*, *J.D.I.* 1913, 158

1910 : Cour d'appel de ROUEN, 29 avril 1910, *S.* 1911, 2, 37

1910 : Ch. civ., 5 décembre 1910, *American Trading C° c./ Québec Steamship C°*, *R.C.D.I.P.* 1911, 395 ; *J.D.I.* 1912, 1156 ; *S.* 1911, 1, 129 ; *Gr. arrêts* n°11

1909 : Civ., 20 juillet 1909, *Viditz*, *R.C.D.I.P.* 1909, 900, concl. Baudouin ; *J.D.I.* 1909, 1097, concl. Baudouin ; *D.P.* 1911, 1, 185, n. Politis

1907 : Trib. civ. de la SEINE, 26 février 1907, *Levinçon*, *R.C.D.I.P.* 1907, 396

1907 : Trib. civ. de la SEINE, 25 novembre 1907, *Edinson*, *R.C.D.I.P.* 1908, 242 ; *J.D.I.* 1908, 1148

1907 : (Grande-Bretagne) Supreme court of judicature, 18 novembre 1907, *Ogden*, *R.C.D.I.P.* 1908, 478

1906 : Trib. de la SEINE, 28 avril 1906, *Mostickzer*, *R.C.D.I.P.* 1906, 751

1905 : Trib. civ. de la SEINE, 31 mars 1905, *R.C.D.I.P.* 1905, 712

1905 : Trib. civ. de EPINAY, 10 novembre 1905, *Camos*, *R.C.D.I.P.* 1906, 518

1905 : Req., 9 mai 1905, *Dame Perl Gottreich c./ Kalvariski*, *D.* 1905, 1, 367 ; *S.* 1906, 1, 361 ; *R.C.D.I.P.* 1905, 349, rapport Letellier

1905 : Cass. civ., 30 octobre 1905, *Mosticzker*, *R.C.D.I.P.* 1907, 730

1905 : Cass. civ., 29 mai 1905, *Levinçon*, *R.C.D.I.P.* 1905, 518

1904 : Cour d'appel de DOUAI, 5 décembre 1904, *J.D.I.* 1905, 304 et 1032 ; *R.C.D.I.P.* 1906, 189

1904 : (Autriche) Cour suprême, 12 juillet 1904, *R.C.D.I.P.* 1908, 284, n. J. Basdevant

1900 : Cour d'appel de AIX-en-PROVENCE, 20 décembre 1900, *J.D.I.* 1903, 639

1900 : Ch. civ., 9 mai 1900, *Prince de Wrède*, *Gr. arrêts* n°10 ; *D.* 1905, 1, 101

1900 : Ch. civ., 30 juillet 1900, *S.* 1902, 1, 225, n. Wahl ; *J.D.I.* 1900, 969, concl. Desjardins ; *D.P.* 1901, 1, 317

1898 : Cour d'appel de PARIS, 3 mars 1898, *J.D.I.* 1898, 366

1895 : Cour d'appel de BESANCON, 17 juillet 1895, Dame Mouquin c./ veuve Berlet, J.D.I. 1895, 1051
1893 : Trib. civ. de la SEINE, 6 juin 1893, Héritiers Marchand C./ succession Cutler, J.D.I. 1893, 880
1889 : Cour d'appel de ALGER, 24 décembre 1889, Bartholo, J.D.I. 1891, 1171 ; Gr. arrêts n°9
1888 : Trib. civ. de la SEINE, 12 juillet 1888, Sarah Bernhardt, J.D.I. 1889, 641
1888 : Cour d'appel de PARIS, 23 mars 1888, J.D.I. 1888/89, 638
1887 : Civ., 9 novembre 1887, D. 1888, 1, 161 ; S. 1887, 1, 461
1886 : Req., 8 juillet 1886, Linant de Bellefonds c./ Vegis et Cuny, S. 1887, 1, 449
1886 : Cour d'appel de AMIENS, 22 juillet 1886, J.D.I. 1887, 188
1885 : Cour d'appel de CHAMBERY, 7 février 1885, J.D.I. 1888, 797
1884 : Trib. civ. de PONTOISE, 6 août 1884, J.D.I. 1885, 296
1883 : Trib. civ. de la SEINE, 23 février 1883, J.D.I. 1883, 388
1883 : Civ., 7 août 1883, aff. des mariages de Montrouge, D.P. 1884, 1, 5, obs. Th.Ducrocq
1882 : Req., 22 février 1882, Forgo c./ Administration des domaines, S. 1882, 1, 393, n. Labbé ; D. 1882, 1, 301 ; J.D.I. 1879, 285 ; Gr. arrêts n°7-8
1879 : Req., 20 janvier 1879, Antonelli c./ Jannesse et Garcia, D.P. 1879, 1, 107 ; S. 1879, 1, 417
1878 : Ch. civ., 24 juin 1878, Forgo c./ Administration des domaines, S. 1878, 1, 429 ; D. 1879, 1, 56 ; J.D.I. 1879, 285 ; Gr. arrêts n°7-8
1878 : Ch. civ., 18 mars 1878, Princesse de Bauffremont, Gr. arrêts n°6 ; S. 1878, 1, 193, n. Labbé
1877 : Cour d'appel de PARIS, 13 janvier 1877, S. 1879, 1, 417
1873 : Cour d'appel de PARIS, 20 janvier 1873, Dussauce c./ Dussauce, S. 1873, 2, 177 ; D.P. 1873, 2, 59
1862 : Ch. réunies, 24 avril 1862, Berthon, D. 1862, I, 153 ; Gr. arrêts de la jurisprudence civile, n°29
1860 : Trib. civ. de AGEN, 6 juillet 1860, S. 1860, 2, 353
1860 : Ch. civ., 28 février 1860, Bulkley, S. 1860, 1, 210 ; D.P. 1860, 1, 57 ; Gr. arrêts n°4
1857 : Req., 13 janvier 1857, De Valmy c./ Rigdway, S. 1857, 1, 81 ; D.P. 1857, 1, 106
1856 : Cour d'appel de LYON, 10 avril 1856, D. 1857, 2, 54
1841 : Trib. civ. de la SEINE, 29 janvier 1841, Gaz. Trib. 04/02/1841 ; R.C.D.I.P. 1920, 273
1841 : Req., 20 décembre 1841, Bousquet C./ Dasque, S. 1842, 1, 321, rapport Lasagni ; D.P. 1842, 1, 34
1838 : Civ., 30 mai 1838, Bouvier c./ Coutreau, D.J.G., v°Mariage, n°82 ; S. 1838, 1, 492 ; Gr. arrêts de la jurisprudence civile n°28
1829 : Req., 16 juin 1829, D.P. 1829, 1, 272
1819 : Cass. civ., 10 août 1819, Gaudin c./ Sommaripa, S. 1819, chron. 1, 452 ; S. 1819-1821, 1, 111
1814 : Cour d'appel de PARIS, 13 juin 1814, Busqueta, S. 1814, 2, 393 ; Gr. arrêts, n°1
1813 : Cour d'appel de AIX-en-PROVENCE, 4 mars 1813, S. 1812-1814, chron. 2, 267

INDEX ALPHABÉTIQUE

(l'index renvoie aux numéros de paragraphes)

A

Acte authentique, 145, 516, 528 s.
Acte d'état civil, 47, 145, 285 s., 346, 370, 433 s., 519 s.
Acte juridique, 96, 223, 283, 326, 507, 559
Acte privé, 65, 236, 341, 441
Acte public, 304, 327 s., 341
Acte quasi public, 349
Admission à domicile, 136
Age, 46 s., 332, 433, 560
Agent diplomatique ou consulaire, 269, 285 s., 324 s., 432 s., 494, 519
Ambassade, 285 s., 340, 476
Apatride, 52, 457
Assimilation, 106, 134, 198, 368, 431, 463, 531
Auctor Regit Actum, 312, 328 s.
Autonomie de la volonté, 235 s., 456, 497 s.
Autorisation, 91, 136, 333, 355, 432, 467, 560
Autorité, 83, 205, 291, 323 s.
Autorité de la règle de conflit, 292, 497
Autorité parentale, 119, 124, 185, 460, 556

B

Baaziz, 375
Bisbal, 292
Bulkley, 365, 533
Busqueta, 534

C

Capacité, 45 s., 83, 292, 406, 474
Caraslanis, 253 s., 446, 555
Célébration

modes, formes, 261, 308, 496
Célébration civile et laïque, 31 s., 164 s., 250, 277, 354, 446, 484, 555
Célébration religieuse, 99, 155 s., 254, 276, 446, 484, 555
Certificat, 292, 281, 354, 489
Chemouni, 374
Commission internationale de l'état civil, 121, 363, 529
Compétence du juge, 535
Concordat, 42, 104, 480
Concubinage, 82, 127, 172 s., 277, 447, 486, 509 s.
Condition des étrangers, 91, 105 s., 136 s.
Conflit d'autorités, 286 s., 324 s.
Conflit de nationalités, 51 s., 309, 457 s.
Conflit mobile, 52, 130, 417, 470
Conjoint divorcé, 55
Convention de Bruxelles, 535
Convention de La Haye, 63, 124, 128, 331, 454, 551
Convention Européenne des Droits de l'Homme, 47, 86, 138, 363
Cousin de Lavallière, 435

D

Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 84 s.
Délai de viduité, 46, 78
Devoirs des époux, 115
Différence de sexe, 46, 78, 87, 227, 376 s.
Dispenses, 94, 354, 528
Donation, 126, 545
Droits acquis, 311, 365
Droits de l'homme, 91, 103, 138

E

Empêchements, 47 s., 77 s., 217, 283, 413, 538
Enregistrement, 28, 145, 213, 277, 380, 492, 527 s.
Equivalence, 334
Expulsion, 135 s., 388, 419, 433

F

Fait juridique, 223, 518
Fiançailles, 93, 362, 356
Filiation,

établissement, 120 s., 550 s., 557
effets, 123 s.
Formariage, 91
Forme des actes, 60, 153, 247 s., 298 s., 307, 478
Fraude à la loi, 81, 299 s., 354, 411, 415 s.

G

Ghattas, 522, 545, 555
Gueth, 94

H

Homosexuels, 47, 82, 180, 376 s., 473, 510 s., 545
Hypothèque légale, 126

I

Immigration, 105, 136, 450
Incapacité, 124
Intégration, 105, 131, 168, 305, 407, 450, 463

J

Jugements
 exequatur, 484, 533

L

Légalisation, 527 s.
Légitimation, 121, 555 s.
Levinçon, 61, 272, 535
Lex loci celebrationis, 60 s., 107, 147, 254, 352, 397, 427, 444, 475, 518 s., 555
Liens les plus étroits, 289, 463
Localisation, 307, 450 s., 497
Locus Regit Actum,
 caractère facultatif, 241, 300, 526, 531, 537
 caractère impératif, 243, 270, 298, 480 s., 501
Loi d'application immédiate, 141, 264, 284, 304, 371, 397, 453
Loi d'application territoriale, 531, 569
Loi de police, 141, 267, 304
Loi des effets du mariage, 115, 456, 545, 555, 561
Loi du domicile, 52, 333, 513, 526, 545

Loi du for, 118, 252, 264, 414, 436, 521 s.
Loi du lieu de conclusion, 60, 280 s., 307, 346, 428, 553, 567
Loi étrangère,
 preuve, 290 s.

M

Mariage

 clandestin, 26, 81, 354, 424, 539
 conditions de fond, 45 s.
 conditions de forme, 58 s.
 consentement, 388, 404 s.
 consulaire, 285 s., 371, 462, 519
 de *Common Law*, 215 s., 352, 520
 de complaisance, 75, 384 s.
 définition, 1, 514
 in extremis, 361, 494
 posthume, 355, 405, 426
Mariage putatif, 561 s.
Ministère Public, 81, 539

N

Nationalité,

 acquisition, 75, 132 s., 385, 431, 561, 555 s.
 déclaration, 132 s., 385 s., 561
 réintégration, 132 s., 411
Naturalisation, 108, 168, 368

Nullité,

 action, 534 s.
 exception, 558 s.

O

Officier public, 323 s.
Oppositions, 386 s.
Option de lois, 495 s.
Ordre public, 414 s.
 effet atténué, 365 s., 452, 474
 effet plein, 371, 452
Ordre public de proximité, 455 s.

P

Polygamie, 366 s.
Possession d'état, 515 s.
Prestation compensatoire, 564
Preuve, 140 s., 514 s.
 admissibilité, 517 s.
 force probante, 349, 528
 modes, 517
Princesse de Bauffremont, 415, 534
Principe de laïcité, 98 s.
Principe de proximité, 295, 453
Procuration, 365, 425 s.
Protestants, 32 s., 162
Publications, 27, 96, 281 s.
Publicité, 36, 59, 95 s., 494

Q

Qualification,
 lege causae, 256 s., 264
 lege fori, 256 s.
Questions préalables, 540 s.

R

Réforme, 29 s.
Réfugiés, 52
Régime matrimonial, 126 s., 555
 changement, principe d'immutabilité, 130
 charges du mariage, 193, 373
 contrat de mariage, 499
 régime primaire, 373
Règle à caractère substantiel, 139, 364 s., 473, 563
Regroupement familial, 138 s.
Remariage, 48, 411, 544
Renvoi, 300 s., 512, 525
Répudiation, 79, 197, 231
Résidence habituelle, 124, 305, 428, 459 s., 526

S

Secte, 492

Sécurité sociale, 199, 311

Séjour des étrangers, 136 s., 430 s.

Succession, 540 s.

T

Transcription, 104, 277, 285, 432 s., 530 s.

Transsexuels, 47, 86, 186, 377 s., 510 s.

U

Union informelle, 26, 146, 212 s., 289 s., 338

Z

Zagha, 276, 299 s., 477, 559

Table des matières

INTRODUCTION	1
- PREMIÈRE PARTIE - LES FINS DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE	13
- Titre 1 - LES FINS PUBLIQUES DU MARIAGE	17
<u>CHAPITRE 1</u> LA FORMALISATION DE L'UNION DES SEXES	19
<i>Section 1. La solennisation du mariage</i>	20
§ 1 : Naissance du mariage solennel et formaliste	20
§ 2 : Naissance du mariage civil et laïque	24
A/ LE MARIAGE DES PROTESTANTS	24
B/ LA VICTOIRE DU POUVOIR SÉCULIER	28
<i>Section 2. Des conditions requises pour pouvoir contracter mariage</i>	31
§ 1 : Des conditions de fond du mariage	32
A/ LES PRINCIPES DU DROIT INTERNE	32
B/ LA LOI APPLICABLE AUX CONDITIONS DE FOND DU MARIAGE	35
§ 2 : Des conditions de forme du mariage	41
A/ LES FORMALITÉS DU MARIAGE EN DROIT INTERNE	42
B/ LA LOI APPLICABLE AUX CONDITIONS DE FORME DU MARIAGE	43
<u>CHAPITRE 2</u> LES FONCTIONS DU MARIAGE SOLENNEL ET LAIQUE	47

<i>Section 1. LA PROTECTION DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL</i>	
- <i>La protection du mariage et de la famille</i> -	48
§ 1 : La protection de l'intérêt <i>public</i> général	50
A/ LA FONCTION SOCIALE DU MARIAGE	50
B/ LES MODALITES DE LA PROTECTION	53
§ 2 : La protection de l'intérêt <i>privé</i> général	64
A/ ASSURER LA LIBERTE DE CELUI QUI S'ENGAGE	65
B/ ASSURER L'INFORMATION DE CEUX QUI L'ENTOURENT	71
 <i>Section 2. LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DE LA RÉPUBLIQUE</i>	
- <i>La protection du principe de laïcité</i> -	73
§ 1 : Le contenu du principe de laïcité : un principe de neutralité	74
§ 2 : Les fonctions du principe de laïcité	76
A/ GARANTIR LES LIBERTÉS DE RELIGION ET DE CONSCIENCE	77
B/ GARANTIR L'INTÉGRATION DES POPULATIONS ÉTRANGÈRES DANS UNE MÊME NATION	80
 - Titre 2 - LES FINS PRIVÉES DU MARIAGE	87
 - Sous-Titre 1 - LES FINS CIVILES DU MARIAGE	89
 <i>Section 1. Une légitimité nécessaire à la production d'effets civils</i>	91
§ 1 : Effets communs à l'ordre interne et à l'ordre international	91
A/ LÉGITIMITÉ ET FILIATION	92
B/ LÉGITIMITÉ ET PATRIMOINE : L'EXEMPLE DU RÉGIME MATRIMONIAL	97
§ 2 : Effets propres à l'ordre international	101
A/ LÉGITIMITÉ & NATIONALITÉ	101
B/ LÉGITIMITÉ & SÉJOUR DE L'ÉTRANGER	104
 <i>Section 2. Une légitimité établie : la preuve préconstituée du mariage</i>	108
§ 1 : La preuve aux fins d'application des effets civils du mariage	109

§ 2 : La preuve aux fins de la conviction d'autrui.	112
- Sous-Titre 2 - LES FINS NON-CIVILES DU MARIAGE	115
<u>CHAPITRE 1</u> LES FINALITÉS IDÉOLOGIQUES DU MARIAGE	117
§ 1 : La dimension morale du mariage	118
A/ LA DIMENSION RELIGIEUSE DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE	118
B/ LA DIMENSION SOLENNELLE DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE	125
§ 2 : La dimension politique du mariage	126
<u>CHAPITRE 2</u> LES FINALITÉS FAMILIALES OU NATURELLES DU MARIAGE	129
<i>Section 1. La déformalisation de l'union des sexes</i>	130
§ 1 : Les modifications du paysage familial	131
A/ MODIFICATIONS DE LA FONCTION FAMILIALE	132
B/ AFFAIBLISSEMENT DU MODÈLE MATRIMONIAL	136
§ 2 : Les origines de la déformalisation de l'union des sexes	141
A/ LES ORIGINES SOCIOLOGIQUES DE LA DÉFORMALISATION	141
B/ LES ORIGINES JURIDIQUES DE LA DÉFORMALISATION	145
<i>Section 2. Déformalisation et essence familiale de l'union des sexes</i>	153
§ 1 : Diversité de l'union des sexes	154
A/ MARIAGES INFORMELS ET CONCUBINAGES FORMALISÉS	155
B/ NATURE DE LA VOLONTÉ EXPRIMÉE	161
§ 2 : Fonctions familiales de l'union des sexes	164

- SECONDE PARTIE -

LES MOYENS DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE

175

- Titre 1 - CRITIQUE DES MÉTHODES RÉGISSANT LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

179

Sous-Titre 1 LES ARTIFICES DE LA MÉTHODE

181

CHAPITRE 1 LA DISTINCTION ARTIFICIELLE DU FOND ET DE LA FORME

183

Section 1. Artifices de qualification - Fond, forme et célébration du mariage -

183

§ 1 : Hésitations relatives à la classification de la célébration du mariage 184

A/ ORIGINE DU PROBLÈME 184

B/ LA SOLUTION RETENUE PAR LE DROIT POSITIF 190

§ 2 : Appréciation de la qualification de la célébration du mariage 194

A/ CRITIQUE DE LA TECHNIQUE CHOISIE 195

B/ CRITIQUE DE LA CLASSIFICATION OPÉRÉE 199

Section 2. Incohérence des règles de rattachement

205

§ 1 : Dérogations à la compétence de principe de la *lex loci celebrationis* 205

A/ LES PUBLICATIONS 206

B/ LES MARIAGES DIPLOMATIQUES ET CONSULAIRES 209

C/ LES MARIAGES INFORMELS 212

§ 2 : Dérogations à la compétence de principe de la loi nationale 213

<u>CHAPITRE 2</u> LE CARACTÈRE ARTIFICIELLEMENT IMPÉRATIF DE LA RÈGLE <i>LOCUS REGIT ACTUM</i>	221
§ 1 : L'affaire <i>Zagha</i> devant les juges du fond	221
§ 2 : L'affaire <i>Zagha</i> devant la Cour de cassation	224
A/ REJET DU CARACTERE FACULTATIF DE LA REGLE <i>LOCUS REGIT ACTUM</i>	224
B/ APPLICATION DU MECANISME DU RENVOI <i>IN FAVOREM</i>	233
 Sous-Titre 2 LES FAILLES DE LA MÉTHODE	239
 <u>CHAPITRE 1</u> FAILLES DE L'AUTORITÉ CÉLÉBRANTE	241
<i>Section 1. Célébration du mariage et théorie du conflit d'autorités</i>	241
§ 1 : Exposé de la théorie du conflit d'autorités	242
§ 2 : Application de la théorie du conflit d'autorités à la célébration du mariage	245
A/ APPLICATIONS EN DROIT POSITIF	246
B/ APPRÉCIATION CRITIQUE	248
<i>Section 2. Célébration du mariage et rôle de l'autorité célébrante</i>	252
§ 1 : L'indispensable intervention de l'autorité célébrante	253
§ 2 : L'effacement de l'autorité célébrante	256
A/ ROLE CREATEUR OU RECEPTIF DE L'AUTORITE CELEBRANTE	256
B/ ABSENCE DE ROLE DECISIONNEL DE L'OFFICIER D'ETAT CIVIL	258
 <u>CHAPITRE 2</u> INADÉQUATION DES MÉTHODES	267
<i>Section 1. Moyens utilisés pour la protection de l'intérêt général - La constitution et l'épanouissement de la famille</i>	268
§ 1 : Une union librement consentie...	269
§ 2 : Une union entre deux personnes...	271
A/ LA QUESTION DE LA VALIDITÉ DU MARIAGE POLYGAMIQUE	272

B/ LES EFFETS LIMITÉS DU MARIAGE POLYGAMIQUE	278
§ 3 : Une union entre deux personnes...de sexe différent	280
<i>Section 2. Moyens de lutte contre l'utilisation détournée du mariage - Les mariages de complaisance -</i>	286
§ 1 : Les moyens préventifs de lutte contre les mariages de complaisance	286
A/ LES INSTRUMENTS DESTINÉS À EMPÊCHER LA CONCLUSION DE MARIAGES DE COMPLAISANCE	287
B/ LES LIMITES DU DISPOSITIF DE PRÉVENTION MIS EN PLACE	291
§ 2 : Les moyens répressifs de lutte contre les mariages de complaisance	295
A/ LA NULLITÉ DES MARIAGES BLANCS	295
B/ L'INOPPOSABILITE DES MARIAGES BLANCS	315
- Titre 2 - CONSÉQUENCES DE LA CRITIQUE DES MÉTHODES RÉGISSANT LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	323
- Sous-Titre 1 - NOUVELLE DÉTERMINATION DE LA LOI APPLICABLE À LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	325
<u>CHAPITRE 1</u> COMPÉTENCE DE PRINCIPE DE LA LOI PERSONNELLE DES INTÉRESSÉS À RÉGIR LES CONDITIONS DU MARIAGE	327
<i>Section 1. Le rattachement à la nationalité et ses conséquences</i>	327
§ 1 : Disparition apparente des conflits de qualification	328
§ 2 : Limites du rattachement a la loi nationale	330
A/ LOCALISATION INSATISFAISANTE DU RAPPORT DE DROIT	331
B/ MANQUE D'EFFECTIVITE DU RATTACHEMENT	332

C/ INEFFICACITE CONTRE LA CONCLUSION D'UNIONS CHOQUANTES :	
L'EXEMPLE DE LA POLYGAMIE	334
D/ DIFFICILE APPLICATION EN CAS DE PLURALITE DE NATIONALITES	336
<i>Section 2. Le rattachement à la résidence habituelle</i>	338
§ 1 : Les justifications du rattachement à la résidence habituelle	339
§ 2 : Difficultés de mise en œuvre du rattachement à la résidence habituelle	342
A/ DIFFICULTES LIEES A LA DEFINITION-MEME DE LA NOTION	342
B/ DIFFICULTES LIEES A L'APPLICATION DU CRITERE DE LA RESIDENCE HABITUELLE, NOTAMMENT EN MATIERE DE MARIAGE	345
<u>CHAPITRE 2 LE CARACTÈRE FACULTATIF DE LA RÈGLE LOCUS REGIT ACTUM - CÉLÉBRATION DU MARIAGE ET PLURALISME EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ -</u>	351
§ 1 : Les inconvénients du principe	353
§ 2 : Les justifications du principe	355
§ 3 : Mise en œuvre du principe	358
A/ CELEBRATION DU MARIAGE ET ENREGISTREMENT	358
B/ CELEBRATION DU MARIAGE & OPTION DE LOIS	361
- Sous-Titre 2 - SANCTION ET RECONNAISSANCE DES DROITS CONFERÉS PAR LE MARIAGE	371
<u>CHAPITRE 1 L'EXISTENCE DU MARIAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ</u>	373
<i>Section 1. La qualification de l'union</i>	373
<i>Section 2. La preuve de l'existence du mariage en droit international privé</i>	378
§ 1 : L'admissibilité des modes de preuve du mariage international	380
A/ COMPETENCE DE PRINCIPE DE LA LEX LOCI CELEBRATIONIS	380
B/ LES EXCEPTIONS A LA COMPETENCE DE LA LEX LOCI CELEBRATIONIS	383

§ 2 : La circulation des modes de preuve du mariage	387
CHAPITRE 2 LA VALIDITÉ DU MARIAGE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ	395
<i>Section 1. Action en nullité du mariage</i>	396
§ 1 : Détermination de la loi applicable à la nullité du mariage	397
§ 2 : Domaine de la loi applicable à la nullité du mariage	399
<i>Section 2. La question préalable de la validité du mariage</i>	402
§ 1 : Exposé de la théorie des questions préalables	403
A/ DEPENDANCE DES DEUX QUESTIONS PREALABLE ET PRINCIPALE	404
B/ INDÉPENDANCE DES DEUX QUESTIONS PRÉALABLE ET PRINCIPALE	407
§ 2 : Mise en œuvre de la question préalable de la validité du mariage	414
A/ AUTONOMIE DES QUESTIONS PRINCIPALE ET PREALABLE	414
B/ APPLICATIONS PRATIQUES AU MARIAGE	417
C/ VALIDITE DU MARIAGE ET EXCEPTION DE NULLITE	422
<i>Section 3. Effets de la nullité du mariage en droit international privé</i>	423
Conclusion générale	433
Bibliographie générale	437
Index alphabétique	499