

Lutte contre les mariages fictifs, aspects de droit civil¹

par Michel Montini, avocat,
adjoint scientifique à l'Office fédéral de l'état civil à Berne²

1. Situation initiale

Quel officier de l'état civil n'a jamais été confronté à la désagréable impression qu'on lui demandait de célébrer un mariage de complaisance? Cet officier de l'état civil en a peut-être parlé avec un collègue ou s'est adressé à son autorité de surveillance. Il se peut qu'il ait considéré en définitive que ce n'était pas son affaire mais éventuellement celle de la police des étrangers. Ou alors, son autorité de surveillance l'a prié de faire son travail, c'est-à-dire vérifier les conditions légales du mariage et célébrer l'union en contrôlant le cas échéant d'un peu plus près la validité des documents déposés. Il est aussi possible que l'officier de l'état civil ait voulu en "avoir le cœur net" et ait spontanément interrogé les fiancés sur leur projet de mariage en risquant une plainte à l'autorité de surveillance.

En effet, l'officier de l'état civil est bien emprunté aujourd'hui dans une situation où la sincérité des intentions matrimoniales des fiancés est douteuse.

Pour rappel, le Code civil ne comporte plus de disposition expresse sur les mariages abusifs depuis la révision de la loi sur la nationalité entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992. Jusqu'à cette époque, la femme étrangère devenait automatiquement suisse par le mariage avec un Confédéré. A l'époque, la disposition du Code civil qui permettait d'annuler les mariages dits de nationalité n'a pas été remplacée par un nouveau motif d'annulation des mariages contractés dans le but unique d'obtenir un titre de séjour dans notre pays. Cet abus potentiel était bien évidemment déjà connu mais on a alors considéré que la législation sur les étrangers qui dénie le droit à l'obtention d'un permis de séjour en cas de mariage abusif était suffisante pour contrer ce type de fraude.

En fait, l'évolution montre que le phénomène des mariages de complaisance, s'est non pas stabilisé mais amplifié. Les causes en sont la pression migratoire vers les pays industrialisés et l'impossibilité pour un grand nombre d'étrangers de s'y installer en dehors du canal du regroupement familial³. Vu les intérêts en jeu, la tentation peut

¹ Exposé donné le 31 mai 2002 à Lucerne à l'occasion de l'Assemblée générale de l'Association suisse des officiers de l'état civil.

² L'auteur s'exprime à titre personnel. Il n'engage pas l'administration.

³ Voir l'étude "La fraude en matière d'état civil dans les Etats membres de la CIEC", rédigée par Isabelle Guyon-Renard avec le concours du Secrétariat Général de ladite commission, Strasbourg décembre 2000, p. 8, diffusé sur le site Internet de la CIEC sous <http://perso.wanadoo.fr/ciec->

être grande de contourner le système et de jouer aux époux le temps nécessaire à l'obtention d'une autorisation de séjour indépendante (permis C), voire à l'acquisition de la citoyenneté suisse.

Depuis quelques années, la presse a relayé des cas retentissants d'abus du mariage aux fins de séjour. Une prise de conscience s'en est suivie et certains partis ont requis de nouvelles mesures afin d'endiguer les abus. Vu l'ampleur du phénomène, la conclusion d'un mariage abusif qui était souvent considéré comme une simple peccadille (souvent grassement monnayée!), voire comme un acte de solidarité à l'égard d'étrangers qui seraient sinon exclus de l'espace de libertés et d'opulence des sociétés occidentales, est en passe de devenir une infraction sévèrement punie⁴.

2. Propositions du Conseil fédéral

Le projet de loi sur les étrangers (LEtr) que le Conseil fédéral a transmis au Parlement le 8 mars 2002⁵ prévoit que l'officier de l'état civil refuse son concours lorsque l'un des fiancés ne veut manifestement pas fonder une communauté conjugale mais éluder les règles sur l'admission et le séjour des étrangers (art. 97a P CC). Une fois célébrés, pareils mariages pourront en outre être annulés d'office de la même manière que les anciens mariages de nationalité (nouvelle cause d'annulation du mariage ajoutée à l'art. 105 CC). Il est enfin prévu que l'annulation fait cesser la présomption de paternité sur les enfants éventuellement nés pendant le mariage abusif (exception au principe de la non-rétroactivité des effets de l'annulation par l'adjonction d'un nouvel alinéa à l'art. 109 CC).

Pour rappel, ces innovations ne figuraient pas dans l'avant-projet de loi qui faisait simplement référence aux modifications récemment introduites en Allemagne (annulation d'office des mariages de complaisance et refus de célébrer de l'officier de l'état civil en cas d'abus évident) et signalait les difficultés pratiques liées à la preuve de l'abus. Tous les partis gouvernementaux sauf le Parti socialiste ont cependant estimé que des modifications en droit civil s'imposaient. L'Association suisse des officiers de l'état civil a également pris position dans ce sens, tout en soulignant que

[sg/CadrEtudeFraude.htm](#); voir aussi Michel Montini, La fraude en matière d'état civil, in REC 2001, p. 337 ss.

⁴ Selon le projet de loi sur les étrangers (LEtr), la conclusion d'un mariage abusif ou le fait de favoriser un tel mariage sont désormais passibles d'une peine d'emprisonnement ou d'une amende allant jusqu'à 20'000 francs (voir l'art. 113 P LEtr, Message du 8 mars 2002, FF 2002, p. 3469 ss.).

⁵ FF 2002, p. 3469 ss.

le refus de célébrer ne devrait pas relever de l'officier de l'état civil mais de son autorité de surveillance⁶.

La révision proposée doit donner à la pratique les instruments pour lutter plus efficacement contre les abus qui ont tendance à augmenter et éviter ainsi que quelques cas extraordinaires ne créent des réactions de rejet contre la population étrangère. Le projet tient par ailleurs compte de l'évolution de la pratique et de la législation intervenue dans les Etats membres de la Commission Internationale de l'Etat Civil et en particulier en France et en Allemagne⁷.

La possibilité pour l'officier de l'état civil de refuser son concours est la concrétisation dans le domaine du mariage de l'interdiction générale de l'abus de droit prévue à l'article 2 alinéa 2 du Code civil⁸. Comme le droit au mariage⁹, ce principe est ancré dans la Constitution qui impose à l'administration et aux particuliers d'agir conformément aux règles de la bonne foi¹⁰. Le projet donne un cadre juridique précis pour le praticien qui a des doutes fondés sur la sincérité des intentions matrimoniales en offrant les garanties nécessaires aux fiancés qui doivent impérativement être entendus. Il instaure enfin une collaboration plus étroite entre autorités de l'état civil et la police des étrangers. Celle-ci renseigne l'officier de l'état civil sur demande (art. 97a al. 2 P CC) tandis qu'il est prévu que celui-ci communique les changements d'état civil et les refus de célébrer (art. 92 P LEtr).

En ce qui concerne l'introduction d'une nouvelle cause d'annulation du mariage, il s'agit d'amener plus de cohérence dans notre ordre juridique. Actuellement, un mariage dont le caractère abusif a été constaté par la police des étrangers reste néanmoins formellement valable sur le plan du droit civil. Cela a pour conséquence paradoxale que le conjoint étranger doit généralement quitter la Suisse alors que le mariage continue à déployer ses effets. Envisageons maintenant le cas¹¹ où la femme étrangère qui est retournée dans son pays donne naissance à des enfants. Le mariage a été reconnu de pure convenance mais les époux n'ont pas demandé le divorce. Le mari suisse n'est pas en mesure de désavouer les enfants ou n'en a cure en sorte que ceux-ci sont réputés les siens. Par voie de conséquence, les enfants acquièrent la nationalité suisse. Ce résultat n'est pas satisfaisant puisque le lien de filiation est établi sur la base d'une présomption de paternité absolument non réaliste.

⁶ Voir la prise de position de l'Association suisse des officiers de l'état civil publiée in REC 2001, p. 17 ss.

⁷ Voir les références citées dans la note 2 ci-dessus.

⁸ C'est sur la base de cette disposition que la célébration a d'ores et déjà été refusée dans deux cas relativement récents (voir REC 1999, p. 107 ss. et 1999, p. 442 ss.).

⁹ Cf. art. 14 cst.

¹⁰ Cf. art. 5 al. 3 cst.

¹¹ Ce cas est authentique: voir l'ATF 122 II 289 ss.

C'est pourquoi, le projet prévoit de faire cesser la présomption de paternité du mari en cas d'annulation d'un mariage abusif.

3. Quel officier de l'état civil pour demain ? ni Candide, ni Signor Sospettoso!

Avant d'entrer dans le vif du sujet, une explication s'impose sur le choix de l'officier de l'état civil pour refuser la célébration du mariage. Comme dit ci-dessus, le Conseil fédéral s'est ici partiellement écarté de l'avis de l'Association suisse des officiers de l'état civil. Parfaitement d'accord sur la nécessité de combattre les abus avant la célébration du mariage, l'association s'est opposée à ce que les officiers de l'état civil assument l'exécution d'une telle tâche qualifiée de "policière" et jugée incompatible avec leur fonction. L'association a néanmoins précisé que les officiers de l'état civil étaient disposés à transmettre les informations nécessaires à leur autorité de surveillance qui devrait se charger de la décision.

Ce point de vue est compréhensible car il n'est ni aisé ni agréable de rendre une décision de refus. Toutefois, il ne tient pas compte des éléments suivants. La réglementation proposée constitue une concrétisation de l'interdiction de l'abus de droit. Dans l'hypothèse de la préparation et de la célébration d'un mariage, c'est l'officier de l'état civil qui est le cas échéant le plus directement confronté à un procédé abusif. C'est lui qui le mieux peut se convaincre de l'existence d'un abus et partant refuser son concours à l'opération envisagée. L'officier de l'état civil doit pouvoir se charger de tâches complexes ou délicates. C'est l'un des objectifs de la révision entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000 qui revalorise la fonction d'officier de l'état civil¹². Cependant, pour tenir compte des différents degrés de professionnalisation atteints, les cantons ont toujours la possibilité de prévoir que les dossiers internationaux de mariage soient soumis à l'autorité cantonale de surveillance (art. 162 OEC). Cet examen comprend la question des mariages de complaisance.

Quelles sont les conséquences de la révision prévue pour l'activité future des officiers de l'état civil?

Première remarque importante: **l'officier de l'état civil ne change pas de fonction** et ne va pas se transformer en collaborateur de la police des étrangers même si une meilleure coordination est prévue entre les deux services. La mission de l'officier de l'état civil reste la même: célébrer les mariages au terme de la procédure préparatoire qui a pour but de vérifier les conditions légales du mariage, en

¹² Voir Rolf Reinhard, Die am 1. Januar 2000 in Kraft tretende Revision vom 26. Juni 1998 des Zivilgesetzbuches: Übersicht über die Änderung im Bereich der Beurkundung des Personenstands sowie des Eheschliessungsverfahrens, publié in REC 1999, p. 372 ss.

particulier l'absence d'empêchements, et non pas de régler, respectivement de contrôler les conditions de séjour des fiancés.

Deuxième observation fondamentale: **l'officier de l'état civil doit continuer à travailler dans le même état d'esprit**. Il observe donc la même attitude non prévenue vis-à-vis des fiancés. Leur bonne foi est présumée (art. 3 CC). Cette présomption correspond à la réalité dans la mesure où la très grande majorité des fiancés suisses et étrangers ont des intentions matrimoniales sincères. La réglementation envisagée concrétise "simplement" le principe selon lequel l'abus **manifeste** d'un droit n'est pas protégé. L'adjectif "manifeste" a une portée déterminante. L'officier de l'état civil ne refuse son concours que s'il est confronté à un abus qui ne laisse pas de doute, un abus qui saute aux yeux. Par conséquent, une simple impression ou une intuition est insuffisante. L'officier de l'état civil n'a pas à faire de longues réflexions: l'abus doit être évident¹³. Lorsqu'il est en présence d'indices objectifs et concrets d'abus (grande différence d'âge entre les fiancés, brève période de fréquentation avant le mariage, absence ou rejet de gestes de tendresse, mariage contre rémunération ou remise de drogue, renvoi imminent de la partie étrangère, etc.)¹⁴, l'officier de l'état civil doit en revanche entendre les fiancés et le cas échéant requérir des renseignements auprès d'autres autorités, en particulier la police des étrangers. S'il subsiste le moindre doute sur la volonté des fiancés, l'officier de l'état civil devra poursuivre la procédure de mariage¹⁵. S'il y a doute, c'est en effet que l'abus n'est pas manifeste. Si l'abus est découvert ou établi après coup, le mariage pourra toujours être annulé par le juge qui se trouve dans une situation plus confortable que l'officier de l'état civil puisqu'il est en mesure d'examiner le caractère vécu ou non de la communauté conjugale. L'officier de l'état civil n'est donc ni Candide¹⁶ - il ne doit pas se voiler la face et se laisser tout conter - ni Signor Sospettoso¹⁷ - il ne doit non plus suspecter la conclusion d'une union abusive chaque fois qu'un ressortissant étranger est pressé de se marier -.

¹³ Voir l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 octobre 1987 paru dans la REC 1988, p. 44 ss.; Hegnauer / Breitschmid, Grundriss des Eherechts, Berne, 2000, 4^{ème} éd., p. 47 et références citées; Honsell / Vogt / Geiser, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 359 ZGB, ad art. 2 CC, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996, n. 36, p. 29 s. et Schnyder / Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zurich, 11^{ème} éd., 1995, p. 54.

¹⁴ Voir Martin Nyffenegger, Abus de droit lié au mariage, publié in REC 2001, p. 163 s.

¹⁵ Voir Fritz Sturm, Scheinehen, ein Mittel zur Gesetzesumgehung?, publié in Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988, Francfort-sur-le-Main, 1988, p. 519 ss., p. 536.

¹⁶ Prénom français rarissime. Alors qu'en latin, "candidus" signifie "d'une blancheur éclatante", "radieux", "sincère", le sens a glissé en français où l'adjectif désigne la personne qui dénote une ingénuité excessive. Cf. également le héros de *Candide ou L'Optimisme*, conte de Voltaire qui fait une démonstration polémique contre Leibniz que *tout n'est pas pour le mieux dans le meilleur des mondes possibles*.

¹⁷ Nom de famille italien très rare signifiant littéralement "méfiant", "soupçonneux".

