

Prof. Dr. Philippe Meier / Laura Carando

« Pas de mariage en cas de séjour irrégulier en Suisse » ?

L'art. 98 al. 4 nCC à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme

Le 1^{er} janvier 2011 est entré en vigueur l'art. 98 al. 4 CC (lex Toni Brunner) lequel entend, après d'autres dispositions de nature civile qui ont tenté de lutter contre les mariages de nationalité ou de permis, proscrire purement et simplement la célébration en Suisse d'un mariage avec un ressortissant étranger sans titre de séjour valable. L'efficacité et la conformité de cette règle au droit supérieur (liberté du mariage, art. 12 CEDH) ont été mises en doute avant même l'adoption de la norme. Sur le second point, un Arrêt de la CourEDH du 14 décembre 2010 paraît avoir condamné cette disposition à rester lettre morte avant même son entrée en vigueur.

Catégorie(s) : Contributions ; Droit des étrangers et d'asile ; Nationalité. Droit de cité

Proposition de citation : Philippe Meier / Laura Carando, « Pas de mariage en cas de séjour irrégulier en Suisse » ?, in : Jusletter 14 février 2011

Table des matières

- I. Introduction
- II. L'art. 98 al. 4 CC
- III. Les critiques politiques et doctrinales
- IV. L'Arrêt O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni du 14 décembre 2010
 - a) Les faits
 - b) Les considérants de la CourEDH
- V. Les conséquences pour le droit suisse

I. Introduction

[Rz 1] La lutte, par des moyens civils¹, contre les mariages destinés à éluder les règles du droit de la nationalité ou du droit des étrangers est une constante de la politique migratoire helvétique.

[Rz 2] Après avoir dans un premier temps considéré qu'un mariage ne pouvait être frappé de nullité que pour les motifs prévus par la loi et en aucun cas pour simulation ou abus de droit², le Tribunal fédéral revenait sur cette jurisprudence à l'orée de la Seconde guerre mondiale, en se fondant sur l'art. 2 al. 2 CC pour admettre la nullité d'un mariage conclu dans le seul but de faire acquérir la nationalité suisse à l'épouse (en vertu des art. 54 al. 4 aCst. féd. et 161 al. 1 aCC)³.

[Rz 3] Au moment où il adoptait la nouvelle Loi sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse du 29 septembre 1952 (LN, RS 141.0)⁴, le législateur ancre cette pratique jurisprudentielle à l'art. 120 ch. 4 aCC, essentiellement pour des raisons de sécurité et de prévisibilité juridique⁵.

[Rz 4] La disposition fut cependant abrogée en même temps que l'art. 3 aLN, avec effet au 1er janvier 1992, puisqu'il n'existait désormais plus de naturalisation automatique de la femme mariée, mais une naturalisation seulement « facilitée » (art. 27 LN), ouverte aux hommes comme aux femmes⁶.

[Rz 5] Phénix législatif, elle renaquit de ses cendres en 2005. En effet, alors qu'au moment de l'adoption du nouveau droit du divorce et de la conclusion du mariage, le Conseil fédéral considérait encore que « *la poursuite du mariage est une affaire privée qui concerne seulement les conjoints* » et que les moyens administratifs offerts tant par la LSEE (ancêtre de la LEtr) que par la LN étaient suffisants⁷, il changea d'avis

lors de l'adoption de la nouvelle Loi fédérale sur les étrangers (LEtr, RS 142.20), avalisée en votation populaire le 24 septembre 2006 et entrée en vigueur le 1er janvier 2008, à la fois au regard de la hausse du nombre de mariages de complaisance et de la nécessité d'uniformiser les effets administratifs (retrait ou non-renouvellement de l'autorisation) et civils de tels mariages⁸. Depuis, « *le mariage doit être annulé (...) lorsque l'un des époux ne veut pas fonder une communauté conjugale mais éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers* » (art. 105 ch. 4 CC)⁹.

[Rz 6] Ce corps étranger aux causes de nullité absolue¹⁰ a été accompagné d'un nouvel art. 97a CC, entré en vigueur lui aussi le 1er janvier 2008, qui prescrit à l'officier de l'état civil de refuser son concours à la conclusion d'un mariage « *lorsque l'un des fiancés ne veut manifestement pas fonder une communauté conjugale mais éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers* » (al. 1)¹¹. Cette disposition a entraîné l'introduction dans l'Ordonnance sur l'état civil (OEC, RS 211.112.2) d'une nouvelle règle précisant la procédure à mettre en œuvre dans un tel cas. L'opportunité et la conformité de l'art. 97a CC à la CEDH ont été largement discutées par les milieux spécialisés¹².

réintroduction de cette cause de nullité lors des débats parlementaires fut rejetée (BO CE 1996 753 ss). Cf. aussi J.-Ch. A MARCA, Commentaire romand CC I, Bâle 2010, Art. 105 N. 7.

⁸ Message du Conseil fédéral, FF 2002 3469, 3592 ss.

⁹ Sur la constitutionnalité de la disposition, cf. S. SANDOZ, Mariages fictifs : à la frontière du droit et de l'éthique, REC 2000 413 ss. Cf. en outre R. FANKHAUSER, Die neue Eheungültigkeitsgründe nach Inkrafttreten des neuen Ausländergesetzes, FamPra.ch 2008 750 ss, ainsi que M. MONTINI, Lutte contre les mariages fictifs, aspects de droit civil, REC 2002 236 ss ; M. NYFFENEGGER, Abus de droit lié au mariage, REC 2001 163 ss ; M. SPESCHA, Autorités de l'état civil : complices d'expulsions pour des motifs de police des étrangers ou garantes du droit au mariage ?, REC 2010 116 ss, 119 ss (version allemande : REC 2010 65 ss).

¹⁰ Tout comme l'ancien art. 120 ch. 4 CC, la disposition contredit le principe qui veut que la motivation des fiancés à se marier ne doit en principe pas jouer de rôle (cf. Götz (note 3), Art. 120 N. 21). Le législateur a en outre jugé opportun de sanctionner les enfants éventuellement nés d'un tel mariage, puisque le jugement d'annulation fait cesser la présomption de paternité liée au mariage (art. 255 CC), cf. art. 109 al. 3 CC (à ce sujet, cf. notamment FANKHAUSER (note 9), 760 ss ; PH. MEIER/M. STETTLER, Droit suisse de la filiation, Zurich 2009, N. 57 ; M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, Mariages fictifs, Jusletter 22. Oktober 2007, N. 3).

¹¹ Message du Conseil fédéral, FF 2002 3469, 3590 ss.

¹² Cf. par ex. J.-P. COUSSA, Problématique des mariages de complaisance et collaboration entre les services de l'état civil et les services de police des étrangers, à la lumière de la nouvelle législation d'application de la loi fédérale sur les étrangers, REC 2008 56 ss ; R. FANKHAUSER, Ausländerrechtliche Prävention durch zivilrechtliche Massnahmen, in S. Wolf et alii (éd.), Prävention im Recht, Bâle 2008, 119 ss, 124-125 ; TH. GEISER, Scheinehe, Zwangsehe und Zwangsscheidung aus zivilrechtlicher Sicht, RJB 2008 825, 848 ss ; TH. GEISER/M. BUSSLINGER, Ausländische Personen als Ehepartner und registrierte Partnerinnen, in Ausländerrecht (éd. P. Uebersax et alii), Bâle 2009, 657 ss, 672 ss ; M. GERVASONI, Mariages fictifs – Mariages d'étrangers sans permis de séjour, REC 2008 142 ss. Cf. encore M.-L. PAPAUX VAN DELDEN, Commentaire romand CC I, Bâle 2010, Art. 97a N. 2 ss.

¹ Nous n'évoquons pas ici les moyens administratifs, si ce n'est pour signaler l'entrée en vigueur le 1er mars 2011 de l'art. 41 LN modifié, qui prolonge les délais d'annulation d'une naturalisation pour cause de déclarations mensongères ou de dissimulation de faits essentiels.

² ATF 48 II 182/JdT 1922 I 524.

³ ATF 65 II 133/JdT 1940 I 98. Pour les arrêts confirmant cette jurisprudence, cf. E. GÖTZ, Berner Kommentar, 1972, Art. 120 aCC N. 19 et références.

⁴ Cf. art. 56 aLN et RO 1952 1115, 1130.

⁵ Sur l'historique et les critiques : Götz (note 3), Art. 120 N. 20 ss. Cf. en outre le Message du Conseil fédéral, FF 1951 II 665 ss, 705.

⁶ RO 1991 1034, 1041. Cf. à ce sujet le Message du Conseil fédéral, FF 1987 III 285 ss, 311.

⁷ Message du Conseil fédéral, FF 1996 I ss, 80. Une proposition de

[Rz 7] Des dispositions analogues ont été introduites dans la Loi sur le partenariat enregistré (art. 6 al. 2 et 3 LPart, RS 211.231), elles aussi entrées en vigueur le 1er janvier 2008.

II. L'art. 98 al. 4 CC

[Rz 8] Jusqu'au 31 décembre 2010, le défaut d'un titre de séjour valable en Suisse n'était pas un empêchement matériel au mariage, pas plus que la preuve de la possession d'un titre de séjour régulier n'en était une condition formelle. Il appartenait en revanche à l'officier de l'état civil, conformément à l'art. 97a CC, d'apprécier, en lieu et place (ou en tout cas avant elles) des autorités de la police des étrangers, les motifs des fiancés. Tâche ardue s'il en est, d'autant que le seuil exigé était et est toujours élevé : « *ce n'est que si l'abus est manifeste, c'est-à-dire flagrant, que l'officier de l'état civil peut et doit envisager un refus de coopérer et être disposé à élucider la situation. Une simple impression de sa part ou son intuition ne suffisent pas. L'officier de l'état civil n'entreprendra des investigations et n'entendra en particulier les fiancés sur les circonstances du mariage que s'il a des doutes fondés quant à leur intention matrimoniale, c'est-à-dire s'il existe des indices objectifs et concrets d'abus. La volonté de fonder une communauté conjugale est un élément intime qui, par la nature des choses, ne peut pas être prouvé directement. Le plus souvent, l'abus ne pourra être établi qu'au moyen d'un faisceau d'indices (grande différence d'âge entre les fiancés, impossibilité pour ceux-ci de communiquer, méconnaissance réciproque, paiement d'une somme d'argent, etc.)* »¹³.

[Rz 9] Le nouvel article 98 al. 4 CC, dont la disposition miroir est l'art. 5 al. 4 LPart, introduit au 1er janvier 2011 le principe selon lequel les fiancés étrangers doivent, au cours de la procédure préparatoire, *prouver qu'ils séjournent légalement en Suisse*¹⁴. Les officiers de l'état civil ont alors l'obligation de vérifier le statut des fiancés¹⁵. Cette exigence a rendu nécessaire une modification de la LDEA (Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile, RS 142.51, art. 9 al. 1 let. j et al. 2 let. i), afin d'assurer un accès plus étendu au système d'information central sur la migration (SYMIC)¹⁶.

[Rz 10] Les officiers de l'état civil sont en outre tenus par le

nouvel art. 99 al. 4 CC (cf. aussi art. 6 al. 4 LPart) de communiquer à l'autorité compétente l'identité des fiancés qui n'auraient pas établi la légalité de leur séjour en Suisse. La nouvelle prescription a pour effet que le simple dépôt d'une demande en vue de mariage par un fiancé en situation irrégulière doit être communiqué aux autorités en matière d'étrangers¹⁷.

[Rz 11] La disposition trouve son origine dans l'initiative parlementaire 05.463 déposée le 16 décembre 2005 par le Conseiller national UDC Toni Brunner. Celui-ci estimait que la réglementation ne permettait pas de lutter efficacement contre les mariages fictifs et que trop d'abus étaient pratiqués. Les officiers de l'état civil possédaient trop de marge d'appréciation dans l'évaluation des cas de mariages de complaisance : une base claire donnant lieu à des refus d'entrer en matière devait être adoptée ; elle consistait dans la preuve de la légalité du séjour en Suisse¹⁸.

[Rz 12] Les résultats de la procédure de consultation donnèrent un avis favorable à l'initiative, vingt-et-un cantons sur vingt-six l'ayant acceptée, tout comme la Conférence des autorités cantonales de surveillance de l'état civil et l'Association suisse des officiers de l'état civil¹⁹.

[Rz 13] Le 31 janvier 2008, la Commission des institutions politiques du Conseil national proposa d'adopter le projet²⁰, en raison des disparités constatées entre les différents offices d'états civil en Suisse²¹. Elle décida de modifier la désignation de l'initiative « *Empêcher les mariages fictifs* » en « *Empêcher les mariages en cas de séjour irrégulier* »²². Le 14 mars 2008, le Conseil fédéral approuva lui aussi cette modification législative, toujours dans un but d'uniformisation des pratiques et d'amélioration de la sécurité et de la prévisibilité du droit²³. Il n'y voyait aucun conflit avec la CEDH : « *les dispositions projetées sont conformes aussi bien à la Constitution qu'à la Convention européenne des droits de l'homme (...). S'agissant de restrictions portées à des droits fondamentaux, il faut, comme le prévoit le rapport de la CIP et conformément aux principes généraux en la matière, veiller à ce que l'application des mesures envisagées ne conduise pas dans un cas concret à vider les garanties du mariage (art. 14 Cst. ; 12 CEDH) et du respect de la vie privée et familiale (art. 13 Cst. ; 8 CEDH) de leur substance ou à constituer de*

¹³ Message du Conseil fédéral, FF 2002, 3469 ss, 3591 avec références ; cf. aussi PAPAUX VAN DELDEN (note 12), Art. 97a N 10, avec référence aux directives de l'Office fédéral de l'Etat civil. Au sujet du faisceau d'indices requis, cf. encore COUSSA (note 12), 58 et SPESCHA (note 9), 117 s. Pour un cas d'application en matière de partenariat enregistré, Arrêt du TF 5A_785/2009 du 2 février 2010 (reproduit in REC 2010 48 ss) ; en matière de mariage : REC 2010 93 (Gemeindeamt ZH).

¹⁴ Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 31 janvier 2008, FF 2008 2247 ss, 2252.

¹⁵ Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 31 janvier 2008, FF 2008 2247 ss, 2253.

¹⁶ Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 31 janvier 2008, FF 2008 2247 ss, 2254.

¹⁷ Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 31 janvier 2008, FF 2008 2247 ss, 2255.

¹⁸ www.parlament.ch/F/Suche/Pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20050463.

¹⁹ Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national, FF 2008 2247 ss, 2251.

²⁰ Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national, FF 2008 2247 ss, 2249.

²¹ Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national, FF 2008 2247 ss, 2251.

²² Avis du Conseil fédéral du 14 mars 2008, FF 2008 2261 ss, 2262.

²³ Avis du Conseil fédéral du 14 mars 2008, FF 2008 2261 ss.

fait un obstacle prohibitif à la conclusion d'un mariage ou à l'enregistrement d'un partenariat »²⁴. La Commission a laissé pour sa part entendre dans son Rapport que la disposition ne devait pas toujours être appliquée « à la lettre »²⁵. On y reviendra (cf. infra N. 42).

[Rz 14] Le 4 mars 2009, le Conseil national adopta, par 104 voix contre 68, le projet. Il fut suivi par le Conseil des Etats le 25 mai 2009, par 27 voix contre 12²⁶. La loi fut adoptée en votation finale par l'Assemblée fédérale le 12 juin 2009. Le délai référendaire ayant expiré le 1er octobre 2009, le Conseil fédéral fixa l'entrée en vigueur de la loi au 1er janvier 2011²⁷.

[Rz 15] Les art. 74a al. 7 et 75f OEC ont eux aussi été modifiés pour mettre cette nouvelle réglementation en œuvre²⁸.

III. Les critiques politiques et doctrinales

[Rz 16] Le droit au mariage est garanti tant par la Constitution fédérale (art. 14 Cst.) que par la Convention européenne des droits de l'homme (art. 12 CEDH). Ce droit fondamental appartient à tous, étrangers et apatrides y compris²⁹.

[Rz 17] L'initiative part de l'a priori qu'une personne en situation irrégulière ne peut avoir en tête que de régulariser son séjour, par tous les moyens, y compris par le mariage. Or la motivation au mariage peut être réelle, bien que l'un des fiancés n'ait pas de statut légal en Suisse. On peut donc se demander pourquoi ces futures unions, basées sur une relation stable et réelle, doivent être interdites par le droit civil³⁰. Ou comme d'aucuns l'ont exprimé, cette initiative revient à dire qu'une personne ne bénéficiant pas d'une autorisation de séjour en Suisse ne peut avoir qu'une volonté de se marier viciée, sans égard à la durée de sa relation et aux éventuels enfants nés de celle-ci³¹. Or le nombre de mariages fictifs ne dépasserait pas les 500 à 1'000 cas par an³², soit environ 3% des mariages contractés entre citoyens suisses et ressortissants étrangers³³.

[Rz 18] Paradoxalement, alors même que l'art. 97a CC introduisait un devoir et un pouvoir de vérification approfondi pour l'Officier de l'état civil, l'art. 98 CC lui interdit désormais de procéder au contrôle de la motivation au mariage des fiancés en cas de séjour irrégulier de l'un d'eux. Cette modification crée ainsi une présomption irréfragable de mariage fictif liée à l'absence d'un titre de séjour valable en Suisse³⁴. La disposition amène à interdire l'exercice du droit au mariage pour toute une catégorie de personnes (d'où le nouvel intitulé de l'initiative qui reflète plus correctement son but)³⁵.

[Rz 19] Il est naturellement important d'éviter que l'institution du mariage soit détournée de sa nature et serve d'issue de secours pour les personnes dont le séjour en Suisse est illégal, notamment lorsque des citoyens suisses se voient offrir (par ex. par des réseaux de prostitution) de coquettes sommes d'argent pour conclure une union avec une femme en situation illégale³⁶. Les moyens mis en œuvre paraissent en revanche à la fois disproportionnés (présomption générale – et donc discriminatoire – de mariage fictif fondée sur la seule origine nationale)³⁷ et précipités, puisque les nouvelles dispositions de la LEtr et du CC (en particulier l'art. 97a CC) ne sont entrées en vigueur que le 1er janvier 2008 et que leur efficacité n'a donc pas encore pu être mesurée³⁸.

[Rz 20] Selon la Commission, le séjour est légal :

- lorsqu'un ressortissant étranger, non soumis à l'obligation de visa, séjourne en Suisse dans le délai où il est en droit de rester sans solliciter une autorisation de séjour (c'est-à-dire jusqu'à 3 mois sans exercer d'activité lucrative). Ce sont avant tout les ressortissants de l'UE et de l'AELE qui ne sont pas assujettis à l'obligation du visa ;
- dès lors que l'étranger dispose du visa nécessaire et séjourne en Suisse dans le délai où il lui est permis d'y demeurer sans autorisation de séjour (c'est-à-dire jusqu'à 3 mois sans exercer d'activité lucrative) ;
- si l'intéressé est au bénéfice d'une autorisation de séjour ordinaire, d'une autorisation de courte durée ou d'une autorisation d'établissement (permis L, B et C) ;
- dans l'hypothèse où le fiancé séjourne en Suisse dans le cadre d'une demande d'asile ou d'une admission provisoire (permis N et F) ;
- lorsqu'une personne qui a reçu l'ordre de quitter

²⁴ Avis du Conseil fédéral du 14 mars 2008, FF 2008 2261 ss, 2263.

²⁵ Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national, FF 2008, 2247 ss, 2254.

²⁶ BO 2009 N 86, BO 2009 E 304.

²⁷ FF 2009 3907 ; RO 2010 3057.

²⁸ RO 2010 3075, 3076.

²⁹ J.P. MÜLLER, *Bekämpfung von Scheinehen im Konflikt mit der Ehefreiheit zur Umsetzung der parlamentarischen Initiative Toni Brunner*, in *Asyl* 2009 (4) 14 ss.

³⁰ Antonio HODGERS, BO 2009 N 81.

³¹ Bea HEIM, BO 2009 N 82. Il s'agit d'un « Generalverdacht » de principe, contre lequel l'autorité de recours zurichoise mettait en garde dans sa décision du 10 juin 2010 relative à l'application de l'art. 97a CC (REC 2010 93, 100).

³² Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national, FF 2008 2247 ss, 2249.

³³ Eric VORUZ, BO 2009 N 83 ; cf. aussi les chiffres commentés par Claude HÉCHE, BO 2009 E 301.

³⁴ PAPAUX VAN DELDEN (note 10), N. 3.

³⁵ Liliane MAURY PASQUIER, BO 2009 E 301.

³⁶ Yvan PERRIN, BO 2009 N 85.

³⁷ Liliane MAURY PASQUIER, BO 2009 E 300 ; PAPAUX VAN DELDEN (note 10), N. 3.

³⁸ Dans ce sens : Liliane MAURY PASQUIER, BO 2009 E 301. Pour des statistiques zurichoises : REC 2010 100.

la Suisse (par ex. un requérant d'asile débouté) s'y trouve encore dans le délai de départ fixé³⁹.

[Rz 21] Dans les autres cas, cette disposition oblige les couples formés d'un ressortissant suisse et d'un ressortissant étranger dépourvu de titre de séjour à se marier à l'étranger⁴⁰.

[Rz 22] Il ne fait pas de doute que l'art. 98 al. 4 CC vise aussi et peut-être avant tout à utiliser les officiers de l'état civil comme auxiliaires directs des autorités de police des étrangers, en les obligeant à leur annoncer l'identité de sans-papiers qui auraient la mauvaise idée de vouloir se marier. L'effet d'intimidation est manifeste⁴¹.

[Rz 23] On relèvera que la réglementation choisie, contrairement à ce qui avait été le cas de l'art. 97a CC, suit une voie fort différente de celle prônée par la Résolution du Conseil de l'Union du 4 décembre 1997⁴² sur les mesures à adopter en matière de lutte contre les mariages de complaisance, qui évite précisément d'*interdire* le mariage aux étrangers en situation irrégulière. En effet, lorsqu'il y a des facteurs qui étayent des présomptions qu'il s'agit d'un mariage de complaisance, les États membres, en règle générale, ne délivrent au ressortissant de pays tiers un permis de séjour ou une autorisation de résidence au titre de mariage *qu'après avoir fait vérifier par les autorités compétentes selon le droit national* que le mariage n'est pas un mariage de complaisance et que les autres conditions liées à l'entrée et au séjour sont remplies. Cette vérification peut impliquer un entretien séparé avec chacun des deux époux. Lorsque les autorités compétentes des États membres établissent que le mariage est un mariage de complaisance, le permis de séjour ou l'autorisation de résidence au titre du mariage du ressortissant de pays tiers est, en règle générale, retiré, révoqué ou non renouvelé. Le ressortissant de pays tiers dispose d'une possibilité de contester ou de faire réexaminer, conformément au droit national, devant une juridiction ou une autorité administrative compétente, une décision de refus, de retrait, de révocation ou de non renouvellement du permis de séjour ou de l'autorisation de résidence. La résolution précise d'ailleurs dans son préambule qu'elle « *n'a pas pour objectif d'introduire des contrôles systématiques sur tous les mariages avec des ressortissants de pays tiers. Des vérifications seront effectuées lorsqu'il existe des présomptions fondées* ».

[Rz 24] Cette résolution ne s'applique pas à la Suisse. En revanche, la conformité du nouvel art. 98 al. 4 CC avec le droit fondamental au mariage et à la protection de la vie privée et familiale, garantis tant par la Constitution fédérale (art. 8

al. 2, 13 et 14) que par la CEDH (art. 8, 12 et 14) a éveillé de sérieux doutes⁴³.

[Rz 25] Ils sont désormais confirmés par la Cour européenne des droits de l'homme elle-même.

IV. L'Arrêt O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni du 14 décembre 2010⁴⁴

a) Les faits

[Rz 26] Un ressortissant nigérian, M. Iwu, arrivé en Irlande du Nord en 2004, et ayant demandé l'asile en 2006, reçut en 2009 une autorisation exceptionnelle de séjour valable jusqu'en 2011⁴⁵. Cette autorisation ne lui permettait pas de travailler⁴⁶. Il rencontra Mme O'Donoghue, une citoyenne du Royaume-Uni, en novembre 2004. Ils entamèrent une relation de couple et s'installèrent ensemble dès décembre 2005. A cette période, ils eurent un enfant⁴⁷ et décidèrent six mois plus tard de se marier⁴⁸.

[Rz 27] Selon le système en vigueur au Royaume-Uni, en tant que personne sujette au contrôle de l'immigration⁴⁹, M. Iwu devait obtenir soit une autorisation d'entrée expressément délivrée à cet effet, soit un certificat d'admission (Certificate of Approval) délivré en vertu de la loi sur l'asile et l'immigration⁵⁰. Pour obtenir ce certificat, il lui fallait déposer une demande auprès du Ministère de l'Intérieur et verser des frais de dossier d'un montant de 295 GBP⁵¹. Ce système s'appliquait uniquement aux personnes souhaitant s'unir devant un officier de l'état civil, mais pas aux unions célébrées devant l'Eglise d'Angleterre⁵². Or les deux fiancés étaient catholiques romains⁵³.

[Rz 28] La direction de l'immigration avait émis en février 2005 des directives aux termes desquelles l'obtention d'un Certificate of Approval était subordonnée à une autorisation

³⁹ Rapport de la Commission des institutions politiques du Conseil national, FF 2008 2247 ss, 2253 s. Cf. aussi MÜLLER (note 29), 15.

⁴⁰ PAPAUX VAN DELDEN (note 12), Art. 98 N 19.

⁴¹ MÜLLER (note 29), 14, lequel parle de « *Abschreckungswirkung* ».

⁴² JO C 382 du 16 décembre 1997, p. 1.

⁴³ Par ex. GEISER (note 12), 825 en note ; MÜLLER (note 29), 15 ss ; PAPAUX VAN DELDEN (note 12), Art. 98 N 19 ; PAPAUX VAN DELDEN (note 10), N. 3 s. ; SPESCHA (note 9), 118 ss.

⁴⁴ L'arrêt n'est pas définitif au jour de la publication de la présente contribution (art. 44 par. 2 CEDH).

⁴⁵ Par. 33 de l'Arrêt.

⁴⁶ Par. 90 de l'Arrêt.

⁴⁷ Par. 30 de l'Arrêt.

⁴⁸ Par. 34 de l'Arrêt.

⁴⁹ En vertu de la loi britannique sur l'asile et l'immigration (Asylum and Immigration Act 2004 alors applicable), les personnes soumises au contrôle de l'immigration sont les ressortissants n'appartenant pas à un Etat de l'EEE qui demandent à entrer ou à séjourner sur le territoire du Royaume-Uni (par. 40 de l'Arrêt).

⁵⁰ Le « Certificate of Approval » est prévu par l'art. 19 (Asylum and Immigration Act 2004) ; par. 38 ss de l'Arrêt.

⁵¹ Par. 35 de l'Arrêt.

⁵² Par. 11 de l'Arrêt.

⁵³ Par. 31 de l'Arrêt.

d'entrée ou de séjour valable aux Royaume-Uni d'une durée de 6 mois au minimum, avec une période résiduelle de 3 mois au moins au moment du dépôt de la requête⁵⁴. A la suite de diverses décisions de justice interne, le Royaume-Uni assouplit son système et admit par la suite qu'un Certificate of Approval puisse être délivré malgré l'absence de droit d'entrée ou de séjour, pour autant que l'autorité puisse se convaincre, sur la base des informations complémentaires requises des fiancés, que ceux-ci n'entendaient pas conclure un mariage fictif⁵⁵.

[Rz 29] N'ayant pas les moyens de s'acquitter des frais de dossier, M. Iwu déposa tout de même une requête en 2007, en demandant à être exempté du paiement de l'émolument. Sa requête fut rejetée⁵⁶. Selon la procédure prévue à cet effet, il n'y avait pas de droit de recours contre un refus d'octroi fondé sur le non-paiement de l'émolument⁵⁷. Des amis aidèrent par la suite les fiancés à payer les frais de dossier, grâce à quoi le couple obtint finalement le Certificate of Approval en juillet 2008. Le mariage fut célébré quelques mois plus tard⁵⁸.

[Rz 30] Le couple alléguait que l'existence même de la procédure du Certificate of Approval violait l'art. 12 CEDH : l'application de ces dispositions légales à quiconque relevant du contrôle de l'immigration était disproportionnée, car ne tenant pas compte du statut particulier de chaque union potentielle⁵⁹. La première version du système avait dissuadé les fiancés de déposer une requête fin 2005, puisque M. Iwu ne disposait pas d'un titre d'entrée ou de séjour valable. Ce n'est qu'après l'assouplissement du système en 2007 que l'intéressé pouvait espérer obtenir un Certificate of Approval, mais celui-ci lui fut refusé faute pour lui de pouvoir payer l'émolument requis⁶⁰.

[Rz 31] Il est à noter que la réglementation britannique en question est citée par la Commission des institutions politiques du Conseil national dans son rapport de 2008, au nombre des (quatre) réglementations étrangères (avec le Danemark, la Norvège et les Pays-Bas) ayant adopté des dispositions comparables à celles proposées par l'initiative parlementaire relative à l'art. 98 al. 4 CC⁶¹.

b) Les considérants de la CourEDH

[Rz 32] L'art. 12 CEDH garantit le droit fondamental, pour un homme et une femme, de se marier et de fonder une famille.

Son exercice obéit aux lois nationales des Etats contractants, mais les limitations en résultant ne doivent pas restreindre ou réduire le droit en cause d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même⁶².

[Rz 33] Dans le contexte des lois sur l'immigration et pour des motifs justifiés, les Etats sont habilités à empêcher des mariages de complaisance, conclus uniquement dans le but d'obtenir un avantage en matière d'immigration. Hormis ces hypothèses, les lois nationales ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher une personne ou une catégorie de personnes, disposant de la pleine capacité matrimoniale, de se marier avec le partenaire de son choix⁶³.

[Rz 34] La Cour insiste sur la nature fondamentale du droit au mariage garanti par l'art. 12 CEDH, en relevant qu'à la différence de l'art. 8 al. 2 pour la protection de la vie privée et familiale, la CEDH ne permet pas de limiter ce droit au motif qu'il s'agirait d'une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. La nécessité ou le besoin social majeur qui peuvent être invoqués dans le contexte de l'art. 8 CEDH ne peuvent être invoqués dans le cadre de l'art. 12 CEDH : il faut examiner si la restriction apportée est arbitraire ou disproportionnée au regard de la marge d'appréciation laissée aux Etats parties⁶⁴.

[Rz 35] La Cour confirme également sa jurisprudence passée en constatant qu'un Etat ne viole pas nécessairement l'art. 12 CEDH s'il subordonne la célébration d'un mariage impliquant un ressortissant étranger à un examen spécifique, en vue d'établir s'il s'agit ou non d'un mariage de complaisance⁶⁵. Tant l'exigence d'un certificat de capacité⁶⁶ qu'une procédure obligeant les intéressés à aviser les autorités du mariage envisagé et à fournir des informations relatives à leur statut sous l'angle des règles sur l'immigration et à la réalité de leur mariage⁶⁷ ne sont pas *en elles-mêmes* contraires à l'art. 12 CEDH.

[Rz 36] La situation était différente en l'espèce, car la délivrance ou non du Certificate of Approval n'était pas fondée sur les informations fournies s'agissant du caractère fictif ou non du mariage (intensité ou durée de la relation) : la première version de la réglementation ne prévoyait en effet aucune enquête mais se fondait exclusivement, s'agissant de cette question, sur l'existence ou non d'un titre de séjour valable.

⁵⁴ Par. 46 s. de l'Arrêt.

⁵⁵ Par. 48 et 49 de l'Arrêt.

⁵⁶ Par. 36 de l'Arrêt.

⁵⁷ Par. 45 de l'Arrêt.

⁵⁸ Par. 37 de l'Arrêt.

⁵⁹ Par. 53, 60 et 65 de l'Arrêt.

⁶⁰ Par. 61 ss de l'Arrêt.

⁶¹ FF 2008 2247 ss, 2256. Sur la situation dans les pays européens, cf. en outre M. PERRÉ, Mariages de complaisance – Situation dans quelques pays européens et, principalement, en France, REC 2008 62 ss.

⁶² Par. 82 de l'Arrêt.

⁶³ Par. 83 de l'Arrêt.

⁶⁴ Par. 84 de l'Arrêt.

⁶⁵ Par. 87 de l'Arrêt, avec référence aux arrêts et décisions Klip et Krüger c. Pays-Bas, Sanders c. France et Frasik c. Pologne no 22933/02, 5 janvier 2010.

⁶⁶ Sanders c. France, n°31401/96, 16 octobre 1996.

⁶⁷ Klip et Krüger c. Pays-Bas, n°33257/96, 3 décembre 1997.

Même après avoir assoupli le système (en admettant d'abord d'examiner le caractère fictif ou non du mariage lorsque le requérant étranger était entré légalement mais ne possédait plus une durée suffisante d'autorisation de séjour, puis de procéder à cet examen pour tout requérant ne disposant pas d'un titre de séjour), le Royaume-Uni continuait à traiter différemment les titulaires d'une autorisation et ceux qui en étaient dépourvus, les premiers n'ayant pas à établir la réalité de leur mariage⁶⁸.

[Rz 37] De plus, la réglementation, en tout cas dans ses deux premières versions (absence d'autorisation d'entrée ou d'autorisation de séjour de durée suffisante ; puis absence d'autorisation d'entrée) imposait une interdiction absolue de se marier à toutes les personnes figurant dans les catégories dressées par la loi, sans égard au fait que le mariage fût véritablement un mariage de complaisance⁶⁹. Or « *une limitation générale, automatique et indifférenciée d'un droit d'une importance aussi grande garanti par la CEDH ne saurait être justifiée, quelle que soit l'étendue de la marge d'appréciation accordée à l'Etat partie. Une restriction telle que celle imposée par le système britannique, sans aucune investigation sur le caractère réel ou non du mariage, porte atteinte à la substance même du droit de se marier* »⁷⁰.

[Rz 38] La Cour constate que la troisième version de la réglementation, libéralisée, portait elle aussi encore atteinte à la substance du droit de se marier, en raison de l'importance des émoluments facturés⁷¹.

[Rz 39] La Cour relève enfin une violation de l'art. 14 (discrimination fondée sur la religion) en relation avec les art. 12 et 9 CEDH, en raison de la non-application de la réglementation litigieuse aux personnes se mariant devant l'Eglise d'Angleterre⁷².

[Rz 40] L'arrêt a été rendu à l'unanimité.

V. Les conséquences pour le droit suisse

[Rz 41] Nous avons rappelé ailleurs⁷³ l'importance toujours plus grande de la jurisprudence des organes de Strasbourg pour la mise en œuvre et le développement du droit privé suisse (en particulier du droit de la famille), eu égard à l'application directe de ces décisions aux autorités judiciaires et administratives suisses, par l'effet de la primauté du droit

international, en tout cas en ce qui concerne les libertés fondamentales garanties par des traités internationaux⁷⁴.

[Rz 42] Force est de constater en l'espèce :

- que le système mis en place par l'art. 97a CC (contrôle spécifique par l'officier de l'état civil) paraît conforme aux exigences de la Cour sous l'angle de l'art. 12 CEDH : le but poursuivi (empêcher les mariages fictifs pour des raisons de police des étrangers) est légitime et les moyens mis en œuvre (investigation, notamment par la fourniture de pièces et l'audition des intéressés, sur la réalité du mariage projeté) proportionnés ;
- que *le système mis en place par l'art. 98 al. 4 CC porte en revanche atteinte à la substance même du droit au mariage en empêchant de manière générale, automatique et indifférenciée toute personne étrangère dépourvue d'un titre d'entrée ou de séjour régulier en Suisse de se marier, sans aucune investigation sur l'existence effective d'un mariage de complaisance.*

[Rz 43] Tout en estimant, comme le Conseil fédéral après elle (cf. supra N. 13), que la règle ne posait pas de problème de conformité à la CEDH, la Commission du Conseil national avait néanmoins préconisé une mise en œuvre de la disposition plus souple que ne l'indiquait son texte. Elle relevait en effet que « *les personnes qui séjournent en Suisse de manière illégale et qui souhaitent se marier doivent préalablement demander à régulariser leur séjour. Ces personnes doivent en principe séjourner à l'étranger durant le traitement de leur requête. Des exceptions sont toutefois possibles si les conditions d'admission après le mariage sont manifestement remplies et qu'il n'y a aucun indice que l'étranger entend invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial (cf. art. 17 LEtr, par analogie). Afin de respecter le principe de la proportionnalité et d'éviter tout formalisme excessif, les autorités pourront fixer un délai de départ à l'étranger, délai dans lequel le mariage devra cas échéant être célébré et le séjour en Suisse réglé. Ici aussi, les autorités doivent prendre en compte le droit constitutionnel au mariage (art. 14 Cst.) et le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH)* »⁷⁵.

[Rz 44] Il ne fait aucun doute que l'art. 98 al. 4 CC doit être interprété conformément à la Constitution et à la CEDH⁷⁶. Les situations envisagées par la Commission et le Conseil fédéral ne sont cependant en aucun cas prévues par le texte de l'art. 98 al. 4 CC. On peut sérieusement douter du fait que les organes chargés de l'application de la loi (état civil) en feront une interprétation aussi contraire à son texte légal clair,

⁶⁸ Par. 88 de l'Arrêt.

⁶⁹ Par. 89 de l'Arrêt.

⁷⁰ Par. 89 de l'Arrêt (traduction libre de l'anglais).

⁷¹ Par. 90 de l'Arrêt.

⁷² Par. 101-103 et par. 110 de l'Arrêt.

⁷³ PH. MEIER, L'autorité parentale conjointe – l'arrêt de la CourEDH Zaunegger c. Allemagne : quels effets sur le droit suisse ?, RMA/ZKE 2010, 246 ss, avec de nombreuses références. Cf. en outre MÜLLER (note 29), 15 ss.

⁷⁴ ATF 136 III 168, 171 ss. Il ne fait pas de doute que le législateur, qui a jugé la nouvelle réglementation conforme à la CEDH (cf. supra N. 13), n'entendait donc pas expressément lui déroger, en se prévalant par exemple de la jurisprudence Schubert (ATF 99 Ib 39).

⁷⁵ FF 2008 2247 ss, 2254. Dans le même sens : SPESCHA (note 9), 119 s.

⁷⁶ MÜLLER (note 29), 15 s.

sans qu'il y ait lieu de développer ici la question de la place de l'interprétation littérale par rapport aux autres méthodes d'interprétation⁷⁷.

* * *

[Rz 45] Mais il nous paraît surtout que la volonté manifestée de ne pas appliquer l'art. 98 al. 4 CC dans les cas où il n'y a clairement pas d'abus ne suffit pas à respecter les exigences posées par la CourEDH : même interprété ainsi, avec toute la marge d'appréciation laissée aux autorités, l'art. 98 al. 4 CC, en posant une présomption, si ce n'est complètement irréfragable, comme le texte le prévoit, en tout cas *très difficilement* réfragable, revient toujours à créer deux catégories d'étrangers face au mariage. On notera que la CourEDH a jugé que le dispositif britannique continuait à violer l'art. 12 CEDH même après avoir été assoupli et avoir permis de déroger à sa lettre claire. *Seule la voie de l'enquête en cas de soupçons manifestes, telle que prévue à l'art. 97a CC, permet à notre sens de se conformer à cette jurisprudence.*

[Rz 46] Cela prive également l'art. 99 al. 4 CC (obligation d'annonce aux autorités compétentes en matière de police des étrangers) de son fondement. En effet, la jurisprudence de la CourEDH admet certes que les requérants au mariage aient à établir leur situation sous l'angle du droit des étrangers⁷⁸, mais pas que les autorités d'état civil dénoncent cette situation aux autorités administratives compétentes, ce qui pourrait entraîner une expulsion desdits étrangers même lorsque leur volonté de mariage est réelle.

[Rz 47] Sans nous prononcer ici sur l'éventuelle application de l'art. 12 CEDH aux partenaires enregistrés, on devrait néanmoins parvenir à un même résultat en ce qui les concerne, en passant par l'art. 8 CEDH (protection de la vie privée).

[Rz 48] On a ainsi tout lieu de penser que par son arrêt du 14 décembre 2010, qui deviendra probablement définitif sous peu, la CourEDH a condamné, avant même sa mise en application au 1er janvier 2011, le nouvel art. 98 al. 4 CC. Cette disposition adoptée à des fins politiciennes, car faisant manifestement double (et mauvais) emploi avec l'art. 97a entré en vigueur le 1er janvier 2008, devrait ainsi rester lettre morte.

Philippe Meier, Dr en droit, avocat, Professeur ordinaire, Université de Lausanne, Faculté de droit et des sciences criminelles.

Laura Carando, MLaw, assistante, Université de Lausanne, Faculté de droit et des sciences criminelles.

⁷⁷ Sur cette question, cf. récemment F. WERRO, Commentaire romand du CC, Bâle 2010, Art. 1 N 65 ss, avec de très nombreuses références, ainsi que par ex. l'ATF 132 III 226, 237/JdT 2007 I 445.

⁷⁸ Cf. les références aux notes 64 à 66 supra.