

Motion Heberlein

**Mesures législatives
visant à lutter contre les mariages forcés**

Rapport et avant-projet

novembre 2008

Condensé

La motion Heberlein intitulée « Mesures contre les mariages forcés ou arrangés » a été adoptée dans une teneur modifiée par les conseils législatifs, ceux-ci ayant considéré qu'il ne s'imposait de légiférer qu'en ce qui concerne les mariages forcés parce qu'ils violent le droit d'autodétermination des personnes touchées. En revanche, un mariage arrangé peut déboucher sur une union librement consentie.

En présentant l'avant-projet de loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés, le Conseil fédéral s'acquitte du mandat législatif qui lui a été donné par les Chambres fédérales. Les innovations proposées sont les suivantes :

- Le Conseil fédéral veut compléter les normes du code civil concernant l'exécution de la procédure prépatroire du mariage par une disposition obligeant l'office de l'état civil à examiner s'il n'existe aucun élément permettant de conclure que la demande de mariage n'est manifestement pas l'expression de la libre volonté des fiancés. Il s'agit par ailleurs d'introduire deux nouvelles causes absolues d'annulation: le mariage a été conclu en violation de la libre volonté des époux et à la date à laquelle il a été conclu, l'un des époux n'avait pas 18 ans.*
- Sur le plan du droit international privé, il s'agit de lutter contre les mariages forcés en durcissant les dispositions relatives aux mariages conclus avec des mineurs. De tels mariages, même entre ressortissants étrangers, ne seront plus autorisés en Suisse. Cette innovation de même que les modifications du code civil proposées induisent, par ailleurs, une nouvelle conception de l'ordre public qui fait que, en principe, les mariages conclus à l'étranger avec des personnes mineures ne seront plus tolérés.*

Le code pénal ne contient pas de disposition réprimant spécifiquement le mariage forcé. Réunissant les éléments constitutifs de la contrainte, celui-ci peut être poursuivi d'office et passible d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. L'adoption d'une nouvelle norme réprimant spécifiquement le mariage forcé pourrait certes favoriser une prise de conscience du phénomène au sein de l'opinion publique. Toutefois, il n'est pas sûr que la nouvelle norme pénale parvienne à la connaissance des auteurs et de leurs victimes. En outre, une telle norme ne permettrait pas de résoudre les difficultés auxquelles peut parfois se heurter l'élucidation des faits.

De même, il n'est pas nécessaire d'apporter des modifications à la nouvelle loi sur les étrangers qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008. Entre autres innovations, celle-ci prévoit des cours de langue et d'intégration, ainsi que des mesures d'information des étrangers sur les conditions de vie régnant en Suisse et sur leurs droits et leurs devoirs. Le Conseil fédéral renonce pour le moment à donner suite à la proposition de fixer un âge minimum légal pour le regroupement familial de conjoints étrangers. Si l'on devait cependant constater que les mesures législatives prévues ne sont pas suffisantes pour lutter contre les mariages forcés en Suisse, il faudrait envisager l'introduction d'un âge minimum légal permettant le regroupement familial de conjoints étrangers.

Rapport

1 Grandes lignes du projet

1.1 Contexte

1.1.1 Suite donnée à la motion Heberlein

La motion HEBERLEIN (06.3658) du 7 décembre 2006 était libellée comme suit : «Le Conseil fédéral est chargé d'engager immédiatement les travaux législatifs nécessaires (modification du droit pénal, du droit civil, de la législation sur les étrangers, etc.) et de prendre des mesures précises qui empêchent les mariages forcés ou arrangés, qui permettent d'assister efficacement les victimes (en les aidant à s'en sortir, en leur offrant une nouvelle identité, etc.) et qui protègent leurs droits fondamentaux »¹.

Le 14 février 2007, le Conseil fédéral a proposé le rejet de la motion arguant de ce qu'il n'était pas disposé à l'accepter avant d'avoir eu connaissance des résultats de l'étude menée sur le même thème, en d'autres termes des conclusions du rapport « répression des mariages forcés et des mariages arrangés », élaboré en exécution du postulat 05.3477 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 9 septembre 2005 (ci-après « rapport 05.3477 »). En dépit de ce refus, le Conseil des Etats a adopté la motion Heberlein, le 21 mars 2007, par 23 voix contre 5 (BO 2007 E 285).

A la mi-novembre 2007, le Conseil fédéral a approuvé le rapport, arrêtant du même coup le programme de mesures législatives et autres demandé par la motion Heberlein. Ce rapport conclut à la nécessité ou suggère sérieusement de nouvelles normes dans les domaines suivants:

Droit privé

- Elargir le pouvoir de l'office de l'état-civil d'examiner si la demande de mariage correspond effectivement à la libre volonté des fiancés (art. 99 CC).
- Ajouter à la liste des causes absolues d'annulation d'un mariage le fait que celui-ci a été contracté sous la contrainte (art. 105 CC).
- Introduire pour l'officier d'état civil l'obligation de rappeler aux fiancés que le mariage suppose leur libre volonté (art. 65 OEC).

Droit international privé

- Adopter un régime restrictif quant à l'âge minimum exigé pour pouvoir contracter mariage (art. 44, al. 2 et 45a, LDIP).
- Restreindre la reconnaissance des mariages par procuration (art. 45 LDIP).

¹ Jusqu'à présent, nous ne disposons pas de données fiables sur le phénomène des mariages forcés en Suisse. La seule étude disponible pour l'heure à ce sujet (cf. Fondation Surgir, «La prévalence du mariage forcé en Suisse: Rapport de l'enquête exploratoire», Lausanne 2006, p. 11) estime à quelque 17 000 le nombre total des mariages forcés existant en Suisse sans pouvoir distinguer si ces mariages ont déjà été célébrés ou s'ils le seront à terme.

Droit pénal

- Trois options sont envisageables: (a) maintenir le *statu quo*, le mariage forcé continuant de tomber sous le coup de l'art. 181 CP, en tant que contrainte; (b) mentionner explicitement le mariage forcé comme contrainte grave à l'art. 181 CP avec éventuellement un durcissement de la peine ; (c) introduire une nouvelle norme érigeant le mariage forcé en contrainte qualifiée.
- Etendre la compétence juridictionnelle de la Suisse aux mariages forcés ayant lieu à l'étranger (art. 5 et 7 CP).

Législation sur les étrangers

- Fixer à 21 ans l'âge minimum légal pour le regroupement familial de conjoints étrangers;
- Ne pas reconnaître comme conjoints habilités à bénéficier du regroupement familial les personnes qui n'ont pas 18 ans au moment de l'entrée en Suisse ou de la conclusion du mariage;
- Instaurer l'obligation de justifier de connaissances linguistiques suffisantes comme condition pour l'entrée en Suisse d'un conjoint étranger bénéficiant d'un regroupement familial.

Dans son rapport, le Conseil fédéral envisageait aussi des mesures autres que législatives: sur les plans de la prévention (notamment campagnes d'information), de la protection, de la réaction et de la répression.

Le 12 mars 2008, la motion Heberlein a été adoptée par le Conseil national, dans une teneur légèrement modifiée, la référence aux « mariages arrangés » ayant été supprimée (BO 2008 N 230). Le Conseil des Etats s'est rallié à cette modification le 2 juin 2008 (BO 2008 E 356). En l'occurrence, l'argument décisif a été le suivant : « De l'avis du Conseil fédéral il ne s'impose de légiférer qu'en ce qui concerne les mariages forcés parce qu'ils violent le droit d'autodétermination des personnes touchées. En revanche, un mariage arrangé peut déboucher sur une union librement consentie. En pareil cas, il n'y a pas atteinte au libre arbitre des personnes concernées. L'acceptation de la motion dans sa teneur modifiée est de nature à ouvrir la voie à une mise en œuvre rapide des mesures législatives nécessaires à la lutte contre les mariages forcés » (trad.) (BO 2008 E 355 [Intervention WIDMER-SCHLUMPF]). Le libellé de la motion modifiée est le suivant :

« Le Conseil fédéral est chargé d'engager immédiatement les travaux législatifs nécessaires (modification du droit pénal, du droit civil, de la législation sur les étrangers, etc.) et de prendre les mesures requises pour empêcher les mariages forcés, pour assister efficacement les victimes (en les aidant à s'en sortir, en leur offrant une nouvelle identité, etc.) et pour protéger leurs droits fondamentaux. »

En présentant l'avant-projet de loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés, le Conseil fédéral s'acquitte du mandat législatif qui lui a été donné par les Chambres fédérales. Quand bien même la motion Heberlein n'a traité qu'aux mariages forcés, l'avant-projet porte également sur la conclusion d'un partenariat enregistré obtenue par la contrainte.

1.1.2 Droit privé

Le mariage se forme par l'échange des consentements devant l'officier de l'état civil (art. 102, al. 2, CC). L'échange des « oui » a un effet constitutif ; la déclaration officielle de l'officier de l'état civil (art. 102, al. 3, CC) n'a qu'une valeur déclarative².

La volonté de se marier doit être libre et non viciée par suite d'une erreur, d'un dol ou de menaces. S'il apparaît – manifestement – qu'un fiancé est victime d'un vice du consentement, l'officier de l'état civil doit refuser de célébrer le mariage. Si le mariage a néanmoins été contracté, il pourra être annulé aux conditions mentionnées aux articles 107 et suivant CC. Le refus de célébrer découle directement de la liberté fondamentale du mariage que toute autorité doit respecter et mettre en œuvre (cf. art. 35, al. 2, Cst.).

En vertu de l'adage « pas de nullité sans texte en matière de mariage », les mariages célébrés devant un officier de l'état civil ne peuvent être annulés que pour l'un des motifs expressément prévus par la loi. L'application du Code des obligations est exclue³. Compte tenu des rapports créés par le mariage, profonds et durables, l'annulation du mariage entaché de vices graves – les simples irrégularités comme l'absence de consentement du représentant légal pour l'interdit selon l'article 94, alinéa 2, CC restant sans effet – ne rétroagit pas mais produit ses effets à compter de l'entrée en force du jugement (effets *ex nunc*) à l'exception des droits successoraux du conjoint survivant (cf. art. 109 CC)⁴.

Le Code civil distingue entre causes *absolues* et causes *relatives* d'annulation. Les causes absolues d'annulation sont prévues à l'article 105 CC, à savoir l'existence d'un mariage antérieur, l'incapacité durable de discernement, le lien de parenté prohibé et le mariage contracté dans le but d'éluder les règles sur l'admission et l'entrée des étrangers. Elles sont établies principalement dans un but d'intérêt public et présentent les deux caractéristiques suivantes :

- toute personne intéressée a la qualité pour agir et elle impose à l'autorité cantonale compétente l'obligation de poursuivre d'office ;
- l'action en annulation peut être intentée en tout temps.

Prévues à l'article 107 CC, les causes relatives d'annulation sont l'incapacité passagère de discernement, l'erreur de déclaration, le dol et la menace. Il s'agit de motifs d'annulation établis principalement dans l'intérêt des époux, qui comportent les éléments distinctifs suivants :

- seuls les époux ont la qualité pour agir ; les héritiers peuvent également poursuivre l'action déjà ouverte au moment du décès ;
- l'action est soumise à des délais de péremption (délai relatif de six mois et délai absolu de cinq ans dès la célébration du mariage).

En l'état actuel du droit, un mariage forcé ne peut ainsi être annulé qu'à la requête de l'époux qui en est victime, durant un laps de temps limité. Dans la conception

² FF 1996 I 1, ch. 223.323.

³ FF 1996 I 1, ch. 224.1.

⁴ Le mariage annulé doit être distingué du mariage inexistant (« Nichtehe » « matrimonium inexistens »), soit lorsque l'union est entachée d'un vice fondamental (« mariage » célébré par un officier de l'état civil). Ces relations ne produisent pas d'effets et ne nécessitent donc pas d'être « annulées ». L'inexistence du mariage peut au besoin être constatée en justice à la demande de toute personne intéressée (FF 1996 I 1, ch. 224.1).

traditionnelle des causes relatives d'annulation du mariage, le temps a un effet réparateur de sorte qu'après l'écoulement du délai légal de six mois, il est présumé de manière irréfragable que l'époux victime d'un mariage forcé a « pardonné » à l'autre. Seule une procédure de divorce qui ne peut être engagée que par les deux époux (art. 111 ss CC) ou l'un d'eux (art. 114 ss CC) permet de dissoudre une telle union. Par ailleurs, tout type de menace ne peut conduire à l'annulation du mariage : le Code civil évoque à l'article 107, chiffre 4, que le demandeur « a contracté mariage sous la menace d'un danger grave et imminent pour sa vie, sa santé ou son honneur, ou ceux de l'un de ses proches ».

Unions librement consenties par des époux qui ne se sont pas choisis eux-mêmes mais par des proches ou d'autres intermédiaires, les *mariages arrangés* ne peuvent être remis en cause par une action en annulation. Ils peuvent naturellement être dissous par la voie du divorce ; pour autant qu'ils aient véritablement été consentis par les époux, de tels mariages sont ainsi valables⁵.

1.1.3 Droit international privé

1.1.3.1 Possibilité de contester la validité de mariages forcés

Un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse, en vertu de l'article 45, alinéa 1, de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP; RS 291), à moins que la fiancée ou le fiancé soient suisses ou que tous deux aient leur domicile en Suisse et qu'ils l'aient célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluder les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse (art. 45, al. 2, LDIP). Le législateur se réfère ici à l'art. 105 CC (causes absolues d'annulation du mariage) et non à l'art. 107 CC (causes relatives)⁶. Outre les cas prévus à l'article 45, alinéa 2, LDIP, la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger doit être refusée s'il est manifestement incompatible avec l'ordre public suisse ou s'il a été contracté en violation de principes fondamentaux ressortissant à la conception suisse du droit de procédure (art. 27, al. 1 ou al. 2, let. b, LDIP)⁷. Il y a atteinte à l'ordre public au sens de l'art. 27, al. 1, LDIP, « lorsque la reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère heurtent de manière intolérable les conceptions suisses de la justice parce qu'elles violent des dispositions fondamentales du droit suisse »⁸.

Il y a incontestablement atteinte à l'ordre public suisse, si, par exemple, il y a polygamie. En revanche, il est beaucoup plus complexe de cerner les vices de consentement lors de la conclusion d'un mariage. Selon la doctrine dominante, l'ordre public suisse est déjà respecté si un mariage forcé contracté à l'étranger peut être annulé comme un mariage suisse. Selon l'art. 107 CC, seul l'époux forcé à se marier

⁵ A noter que le courtage matrimonial fait l'objet d'une réglementation particulière, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2000 (art. 406a ss CO). L'ordonnance d'application, du 10 novembre 1999 sur l'activité à titre professionnel de mandataire visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat stable entre des personnes venant de l'étranger ou s'y rendant (RS 221.218.2) soumet ladite activité à autorisation et interdit en particulier aux mandataires « d'exercer, à titre principal ou accessoire, de manière directe ou indirecte, de façon indépendante ou au service d'une autre personne, une autre activité qui serait de nature à limiter la liberté de décision des personnes qu'elles présentent ou à les placer dans un rapport de dépendance » (cf. art. 4).

⁶ Cf. MAURICE COURVOISIER, Basler Kommentar, 2^{ème} éd., Bâle, 2007, n° 34 ss ad art. 45 LDIP.

⁷ Cf. MAURICE COURVOISIER, *op.cit.*, n° 40 ad art. 45 LDIP, avec références.

⁸ ATF 131 III 182, cons. 4.1.

peut demander l'annulation du mariage pour vice de consentement. A la différence de l'art. 105 CC, cette disposition ne fonde aucun droit pour l'autorité d'intenter d'office une action en annulation du mariage. Il découle de cette situation qu'une remise en cause de la validité d'un mariage dans le cadre de la procédure de reconnaissance ne pourrait avoir lieu qu'à la demande de l'époux qui a été forcé à se marier.

De même, il ressort de l'article 32 LDIP qu'un mariage forcé valablement conclu à l'étranger doit être reconnu dans un premier temps et transcrit dans les registres de l'état civil suisse. Si le mariage a été contesté ou si la victime s'oppose à sa transcription, l'autorité cantonale de surveillance est tenue d'en faire bloquer la divulgation, en vertu de l'article 46 OEC, jusqu'à ce que le jugement ait été rendu ou que le délai de six mois prévu pour la contestation (art. 108 CC) ait expiré sans avoir été utilisé. Si le juge annule le mariage, cette mesure est inscrite au registre de l'état civil.

La possibilité de contestation au sens de l'art 107, chiffre 4, CC vaut également dans les cas de mariages forcés conclus à l'étranger. Le droit applicable aux actions en annulation du mariage est déterminé conformément à l'article 61 LDIP, dont l'alinéa 1 renvoie en premier lieu au droit suisse. Son alinéa 2 prévoit certes une exception, si les époux ont une nationalité étrangère commune et qu'un seul est domicilié en Suisse. Mais l'alinéa 3 relativise cette exception, dans les cas où le droit national étranger commun ne permet pas la dissolution du mariage ou la soumet à des conditions extraordinairement sévères. Par ailleurs, l'alinéa 3 exige bien un lien suffisant avec la Suisse – l'un des époux devant être suisse ou résider depuis plus de deux ans en Suisse. Mais il y a lieu de renoncer à exiger un tel lien dans l'optique de l'annulation des mariages forcés. En effet, il serait contraire à l'ordre public d'appliquer un droit étranger excluant en pareil cas l'annulation du mariage⁹.

Selon la doctrine qui prévaut, les divers motifs de demander l'annulation d'un mariage obéissent par principe à un droit différent de celui qui régit l'action en annulation elle-même; pour déterminer le droit applicable, on se fonde sur l'art. 44, al. 2, LDIP. Cependant cette règle ne vaut que sous réserve de l'ordre public suisse (art. 17 LDIP), dont fait également partie - nous l'avons déjà exposé - l'art. 107, al. 4, CC.

En vertu de l'article 59 LDIP, les tribunaux suisses sont compétents si l'un des époux réside en Suisse. Si tel n'est pas le cas mais qu'une partie est de nationalité suisse, l'action peut être intentée à son lieu d'origine, si elle ne peut l'être au domicile de l'un des époux à l'étranger ou si l'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle le soit (art. 60 LDIP). Si aucune des parties n'est de nationalité suisse et pour autant qu'une action à l'étranger se révèle impossible ou que l'on ne puisse raisonnablement exiger qu'elle y soit intentée, elle peut malgré tout l'être en Suisse, à condition que la cause présente un lien avec la Suisse (art. 3 LDIP)¹⁰. Il suffit ici d'un lien ténu avec la Suisse. En effet, si tel n'était pas le cas, on risquerait de refuser à la partie demanderesse l'exercice d'un droit protégé par l'ordre public¹¹. Pour les mêmes raisons, il y a lieu de

⁹ Cf. les considérations de SIMON OTHENIN-GIRARD, LA RÉSERVE DE L'ORDRE PUBLIC EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE SUISSE, NEUCHÂTEL., 1999, no 559: «Le mariage doit reposer sur le libre consentement des fiancés; ce principe relève du noyau dur de l'ordre public. La réserve nous paraît faire obstacle à l'application d'un droit étranger qui se contenterait d'exigences moins strictes en matière de consentement.» Autrement dit l'article 107, chiffre 4, CC doit être assimilé à l'ordre public positif auquel il ne saurait être dérogé.

¹⁰ Cf. PAUL VOLKEN, Zürcher Kommentar, 2^{ème} éd., Zurich, 2004, n° 19 et 29 s. ad art. 3 LDIP.

¹¹ Cf. PAUL VOLKEN, *op. cit.*, n° 36 ad art. 3 LDIP. ANDREAS BUCHER, *op. cit.*, n° 165, aboutit aux mêmes conclusions.

renoncer à appliquer la condition restrictive prévue à l'art. 59 LDIP, voulant que l'action ne puisse être intentée devant les tribunaux du domicile de la partie demanderesse que si celle-ci réside en Suisse depuis une année ou est de nationalité suisse¹².

1.1.3.2 Mariages conclus avec des personnes mineures

Il est fréquent que des mariages forcés soient conclus avec des personnes mineures. En Suisse, s'agissant de l'âge requis pour contracter mariage, la situation est la suivante : aux termes de l'art. 94, al. 1, CC pour pouvoir contracter mariage, les fiancés doivent être âgés de 18 ans révolus. Toutefois, selon l'art. 44, al. 2, LDIP, le mariage entre étrangers peut être célébré même si l'un des deux a moins de 18 ans, si cela satisfait aux conditions prévues par le droit national de l'un des fiancés. En outre, selon l'art. 45, al. 1, LDIP, un mariage valablement célébré à l'étranger avec une personnes âgée de moins de 18 ans est reconnu en Suisse. Ces deux dispositions sont toutefois soumises à la réserve de l'ordre public suisse (art. 17 et 27, al. 1, LDIP) : elles ne sont applicables qu'à la condition que l'âge des fiancés mineurs ne se situe pas en-dessous d'un certain seuil. Dans plusieurs avis de droit qu'il a rendus dans des cas d'espèce, l'Office fédéral de la justice a estimé qu'il fallait refuser de reconnaître les mariages contractés avec des personnes de moins de 16 ans, à moins que ces personnes n'aient atteint dans l'intervalle l'âge minimum requis¹³.

1.1.3.3 Mariages par procuration

Il arrive que des mariages forcés soient conclus par procuration. La conclusion d'un mariage par procuration n'est pas possible en Suisse, où les déclarations de volonté concordantes des fiancés, personnellement présents, forment l'un des éléments constitutifs d'un mariage valable. Un tel mariage célébré en Suisse serait donc nul. En revanche, certains ordres juridiques étrangers connaissant l'institution du mariage par procuration, il convient d'examiner si de tels mariages doivent être reconnus en Suisse.

Dans un arrêt de 1996¹⁴, le Tribunal fédéral a laissé en suspens la question de savoir si un mariage conclu par procuration était, par principe, incompatible avec l'ordre public suisse. Dans l'arrêt mentionné, il a considéré que le mariage conclu par procuration en Bosnie Herzégovine était contraire à l'ordre public, au motif que la procuration établie au nom du fiancé avait en réalité été rédigée et signée par la fiancée. Dans un arrêt de principe de 2006, la Commission suisse de recours en matière d'asile (CRA, depuis le 1.1.2007 le Tribunal administratif fédéral [TAF]) a pour sa part conclu qu'un mariage contracté par procuration n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public suisse, pour autant que la procuration soit valable et que les époux se considèrent comme mariés, avec les droits et obligations que ce statut implique¹⁵.

¹² Cf. ANDREAS BUCHER, op. cit., n° 165.

¹³ Cf. SIMON OTHENIN-GIRARD, op. cit., n° 582.

¹⁴ Pra 1997 n° 11, p. 48 ss.

¹⁵ JICRA 2006 7/63, cons. 4.7.

La doctrine considère, comme la CRA, que le fait qu'un mariage conclu à l'étranger a été célébré par procuration ne constitue pas une raison suffisante pour refuser de le reconnaître¹⁶.

Un mariage conclu à l'étranger peut être reconnu s'il n'est pas manifestement incompatible avec l'ordre public suisse non seulement sous l'angle du droit matériel (art. 27, al. 1, LDIP) mais encore sous celui des principes fondamentaux du droit de procédure (art. 27, al. 2, let. b, LDIP). De ce dernier point de vue, rien ne s'oppose à la reconnaissance d'un mariage conclu par procuration. Même si le fait de donner procuration revêt un aspect procédural, la personne qui a choisi de se faire représenter l'a fait de son propre chef (à moins qu'il ne s'agisse d'un mariage forcé, cas, somme toute, exceptionnel). Les droits fondamentaux qui sont les siens dans le cadre de la procédure (notamment, le droit d'être entendu) ne sont donc pas lésés.

On ne saurait refuser de reconnaître un mariage conclu à l'étranger au seul motif qu'il l'a été par procuration, à condition que le représentant ait reçu une procuration en bonne et dûe forme de la personne en lieu et place de laquelle il agit. En l'absence d'une telle procuration, force est de conclure à l'inexistence du mariage au sens de la LDIP.

1.1.4 Droit pénal

1.1.4.1 Mariage forcé et contrainte

Sous l'empire du droit en vigueur, les mariages forcés tombent sous le coup de l'art. 181 CP qui réprime la contrainte et qui a la teneur suivante :

Celui qui, en usant de violence envers une personne ou en la menaçant d'un dommage sérieux, ou en l'entravant de quelque autre manière dans sa liberté d'action, l'aura obligée à faire, à ne pas faire ou à laisser faire un acte sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

La contrainte est l'élément constitutif central des infractions contre la liberté. Dans le cas d'un mariage forcé, il est concevable que l'on ait affaire non seulement à la contrainte mais encore à d'autres infractions telles que les lésions corporelles graves (art. 122 CP), les lésions corporelles simples (art. 123 CP), les voies de fait (art. 126 CP), les menaces (art. 180 CP), la séquestration et l'enlèvement (art. 183 CP), les actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP), la contrainte sexuelle (art. 189 CP), le viol (art. 190 CP), la violation du devoir d'assistance ou d'éducation (art. 219 CP), enfin l'enlèvement de mineur (art. 220 CP).

1.1.4.2 Eléments objectifs de l'infraction

Au niveau des faits objectifs, la contrainte suppose que l'auteur entrave la liberté d'action de sa victime, en recourant à des moyens dont la loi donne la liste exhaustive (violence, menace d'un dommage sérieux, entrave dans la liberté d'action), et qu'il l'oblige à se comporter conformément à sa volonté, en faisant ou ne faisant pas un acte précis, ou en tolérant le comportement de l'auteur ou celui d'un tiers. Le « mariage forcé » est une infraction instantanée et non une infraction

¹⁶ Cf. PAUL VOLKEN, *op. cit.*, ad art. 27, n° 47; MAURICE COURVOISIER, *loc. cit.*, n° 22 ad art. 45 LDIP; ANDREAS BUCHER, *Le couple en droit international privé*, 2004, n° 134, avec renvois.

continue; ce qui est répréhensible sur le plan pénal ce n'est pas l'existence ou le maintien d'un lien matrimonial obtenu par la contrainte, mais seulement le fait d'avoir obligé une personne à contracter mariage. La contrainte est réalisée si la victime se comporte selon la volonté de l'auteur et donc conclut un mariage en raison du comportement contraignant de celui-ci

Alors que la violence doit être comprise comme une ingérence physique dans la sphère juridique d'autrui, l'auteur de la menace d'un dommage sérieux fait entrevoir un préjudice dont la réalisation semble dépendre de la volonté de l'auteur. Les menaces de dommages sont sérieuses si elles sont de nature à rendre docile toute personne sensée qui en ferait l'objet. Dans la pratique, ce critère devrait être déterminant lorsqu'il s'agit d'établir la distinction entre mariages arrangés et mariages forcés, cette dernière catégorie pouvant toutefois très bien comprendre aussi des mariages arrangés conclus sous la contrainte. En l'occurrence, il y a lieu de prendre en compte non seulement la situation personnelle de la victime mais encore sa capacité d'évaluer correctement la menace et d'y résister.

La clause générale de l'entrave dans la liberté d'action est une condition à interpréter de manière restrictive. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral (cf. ATF 129 IV 8, 264; 107 IV 116), l'impact doit clairement dépasser le seuil d'influence habituellement admis sur une personne, comme dans le cas de la violence – expressément mentionnée dans la loi – ou de la menace d'un dommage sérieux. Les exemples de moyens de contrainte les plus souvent évoqués dans ce contexte sont la narcose, le recours aux stupéfiants, l'enivrement profond, l'hypnose ainsi que la provocation de la panique; toutefois, dans la réalité, le recours à de tels procédés est l'exception.

1.1.4.3 Eléments subjectifs de l'infraction

Sur le plan subjectif, il est nécessaire qu'il y ait intention. Elle est présente si l'acte a été commis avec conscience et volonté. Agit déjà intentionnellement quiconque tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait (art. 12, al. 2, CP). Il importe peu, pour juger de l'intention, que l'auteur ait eu la volonté de mettre sa menace à exécution.

1.1.4.4 Caractère illicite

A la différence de ce qui vaut dans la plupart des autres normes pénales, le caractère illicite de la contrainte ne ressort pas des éléments constitutifs de l'infraction et doit être objectivement établi (cf. ATF 129 IV 15s.) Une contrainte est illicite lorsque le moyen utilisé ou le but visé est contraire au droit, ou que le moyen pour atteindre le but visé est *disproportionné* ou encore lorsqu'un moyen de contrainte conforme au droit utilisé pour atteindre un but légitime constitue un moyen de pression abusif ou contraire aux mœurs. L'infraction de contrainte étant définie en termes très larges, il est indispensable que la pression exercée sur la personne concernée remplisse dans le cas d'espèce l'un des éléments d'illicéité indiqués. Tel serait le cas s'il y avait eu menace de tuer l'autre en cas de refus du mariage, mais non en cas de menace de le quitter s'il ne consent pas au mariage.

1.1.4.5 Culpabilité

Une contrainte qui réunit les éléments constitutifs de l'infraction et est illicite n'est, toutefois, punissable que si l'auteur a agi de manière coupable. Agit ainsi l'auteur qui peut être tenu responsable de son comportement. Le principal motif d'exclusion de la culpabilité dans ce contexte est l'erreur sur l'illicéité au sens de l'article 21 CP. Elle suppose que l'auteur «ne savait ni ne pouvait savoir au moment d'agir que son comportement était illicite». Seule la connaissance des circonstances concrètes permet de déterminer si l'auteur de l'infraction avait des raisons suffisantes de penser qu'il ne faisait rien d'illicite, et donc de l'acquitter. Dans le cas qui nous occupe, il s'agit tout particulièrement de prendre en compte les facteurs suivants: répression ou non des mariages forcés dans le pays d'origine de l'auteur, niveau d'instruction de celui-ci, provenance d'une région arriérée ou d'un milieu instruit, durée du séjour en Suisse, degré d'intégration et connaissance du fait que les mariages forcés ne sont pas usuels en Suisse¹⁷.

1.1.4.6 Qualité d'auteur et participation

On peut partir de l'idée qu'en règle générale, l'organisation et l'accomplissement du mariage forcé impliquent le concours de plusieurs personnes.

Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, a qualité de coauteur «celui qui participe intentionnellement à la décision, à la planification ou à l'exécution d'une infraction et collabore de manière importante avec les autres auteurs [...], si bien qu'il apparaît comme un participant principal» (ATF 108 IV 92, avec renvois). Un coauteur ne doit pas nécessairement être présent au moment de l'exécution de l'acte. La participation à la planification et à la coordination peut suffire si la contribution du coauteur est déterminante, s'il détient la maîtrise des opérations et porte un intérêt personnel à l'acte. Ces conditions seraient déjà réalisées, par exemple, si les parents d'une jeune fille organisaient et payaient son voyage dans son pays d'origine en vue d'un mariage forcé et, éventuellement, l'y accompagnaient. La seule présence des parents lors du mariage forcé peut suffire à fonder leur qualité de co-auteurs – à supposer qu'ils aient conscience de l'illicéité de cet acte – car la victime est liée à eux par un rapport de dépendance et d'autorité qui est de nature à contribuer notablement à ce qu'elle tolère finalement d'être mariée sous contrainte. L'intérêt que portent les parents au mariage réside dans la perpétuation des traditions et dans le respect qu'ils s'attirent par là dans leur communauté.

Est réputé instigateur au sens de l'article 24 CP quiconque a intentionnellement décidé autrui à commettre un crime ou un délit. Cette condition serait remplie par exemple si des proches ou des connaissances influaient sur les parents pour qu'ils marient de force leur fille.

Est complice au sens de l'article 25 CP quiconque a intentionnellement prêté assistance à l'auteur pour commettre un crime ou un délit. Contrairement à la

¹⁷ Cf. l'expertise juridique de STEFAN TRECHSEL et REGULA SCHLAURI «Les mutilations génitales féminines en Suisse», p. 17 ss. Les auteurs préconisent dans ce contexte une intervention active des autorités suisses. Dès que les immigrants franchissent la frontière ou dès leurs premiers contacts avec les autorités suisses, ils doivent être clairement informés de la situation juridique en Suisse, pour qu'il leur soit impossible d'invoquer l'erreur de droit ou l'erreur sur l'illicéité.

responsabilité de coauteur, il suffit d'une quelconque contribution à la réalisation du mariage forcé pour qu'il y ait complicité.

1.1.4.7 Actes préparatoires et tentative

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une tentative devient punissable une fois franchi le «dernier pas décisif qui ne permet plus de retour en arrière, à moins de circonstances extérieures rendant difficile ou impossible de poursuivre l'intention initiale» (ATF 99 IV 153). En cas de mariage forcé à l'étranger, la question est de savoir si les préparatifs de voyage effectués en Suisse constituent déjà une tentative et justifient ainsi de punir les personnes impliquées en Suisse, ou s'il s'agit d'actes préparatoires non punissables. Pour y répondre, il faut connaître le contexte du cas d'espèce. Etant donné l'interprétation extensive de la tentative retenue par le Tribunal fédéral dans des cas similaires (cf. ATF 114 IV 112 ss., 114 s.; 104 IV 175 ss.), rien ne permet d'exclure d'emblée que l'on ait affaire à une tentative punissable sur sol suisse.

Il convient enfin de relever que, selon le droit en vigueur, les actes préparatoires d'un acte de contrainte ne sont pas punissables. En revanche, ils le sont s'ils servent à passer à l'exécution des infractions suivantes : lésions corporelles graves, séquestration ou enlèvement (art. 260^{bis} CP).

1.1.4.8 Infraction commise à l'étranger

Même en l'absence d'indications concrètes, on peut considérer que des mariages forcés existent en Suisse, mais qu'ils ont lieu, le plus souvent, dans les pays d'origine des personnes concernées. D'où la question de savoir si, en pareil cas, le droit pénal suisse s'applique, et donc si la compétence juridictionnelle de la Suisse est fondée. En principe, le droit pénal suisse s'applique à toutes les infractions qui ont été commises en Suisse ou qui y ont fait l'objet d'une tentative. Un mariage forcé ou une tentative de mariage forcé survenus en Suisse peuvent y être poursuivis, même si la victime ou l'auteur sont de nationalité étrangère (art. 3, al. 1, CP, principe de territorialité).

Par contre, l'auteur d'un mariage forcé survenu à l'étranger ne peut être poursuivi en Suisse que si l'acte est aussi réprimé dans l'Etat où il a été commis (double incrimination) ou que le lieu de commission de l'acte ne relève d'aucune juridiction pénale, si l'auteur se trouve en Suisse ou qu'il est remis à la Suisse en raison de cet acte et si, selon le droit suisse, l'acte peut donner lieu à l'extradition, mais que l'auteur n'est pas extradé (art. 7, al. 1, CP, principe de la compétence déléguée). Si ni les auteurs ni les victimes ne sont de nationalité suisse, l'acte ne pourra être poursuivi en Suisse que si l'Etat étranger a exigé l'extradition et qu'elle a été refusée pour un motif autre que la nature de l'acte, ou si l'auteur a commis un crime particulièrement grave (art. 7, al. 2, CP).

S'il y a lieu de juger des co-auteurs qui ont agi en Suisse, ceux-ci relèvent de la juridiction pénale suisse même si les actes proprement dits ont été commis à l'étranger puisque, selon la doctrine et la jurisprudence qui prévalent, la qualité de co-auteur fonde une compétence juridictionnelle dans tous les lieux où les différents co-auteurs ont agi. Les actes commis en Suisse à titre de participation (c'est-à-dire l'instigation et la complicité) ne sont en revanche punissables que si l'acte principal

est également punissable selon le droit en vigueur dans le lieu où il a été commis (caractère accessoire).

Si un mariage forcé qui a eu lieu à l'étranger est suivi en Suisse d'autres formes de contrainte ou d'autres infractions, leurs auteurs - en vertu du principe de territorialité (art. 3, al. 1, CP) - tomberont sous le coup de l'art. 181 CP (contrainte) et, le cas échéant, sous celui d'autres dispositions pénales (notamment, menace, lésions corporelles, contrainte sexuelle, viol).

1.1.5 Législation sur les étrangers

1.1.5.1 Renonciation provisoire à toute modification de la législation sur les étrangers

La nouvelle loi sur les étrangers (LEtr) étant entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008, nous renonçons pour l'heure à instaurer un âge minimum de 21 ans ou l'obligation de justifier de connaissances linguistiques suffisantes comme conditions pour l'entrée en Suisse d'un conjoint étranger bénéficiant d'un regroupement familial. La proposition de modification de la LDIP visant à ne reconnaître en vertu de la législation sur les étrangers que les mariages entre personnes âgées d'au moins 18 ans ne requiert aucune adaptation de la LEtr.

1.1.5.2 Cours de langue ou d'intégration

Parmi les nouveautés de la LEtr, l'art. 54 mérite une mention particulière. D'après cet article, l'octroi d'une autorisation de séjour ou la prolongation de sa durée de validité pour les ressortissants d'un Etat tiers – y compris pour les conjoints étrangers des titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement – peut être lié à la participation à un cours de langue ou à un cours d'intégration. L'obligation de participer à un cours est fixée dans une convention d'intégration. Par ailleurs, les autorités cantonales compétentes sont tenues d'informer les étrangers devant suivre ces cours des offres appropriées. Si le groupe-cible « ressortissants de pays tiers arrivés en Suisse au titre de regroupement familial » bénéficie dès son arrivée en Suisse de ce nouvel instrument de la législation sur les étrangers – en plus d'autres modèles d'« intégration dès la première heure » utilisés aux niveaux cantonal et communal et dans lesquels s'inscrivent les journées d'accueil des nouveaux arrivants, les campagnes d'information et les offres de conseils, notamment sur les possibilités existant en matière de cours de langue –, les conjoints étrangers commencent à apprendre une langue nationale immédiatement après leur arrivée en Suisse. L'Office fédéral des migrations (ODM) a fait toute une série de recommandations relatives à la mise en œuvre de l'art. 54 LEtr concernant les groupes-cibles, les modalités, l'organisation et les conséquences du non-respect de la convention, et les a mises à la disposition des autorités cantonales compétentes.

1.1.5.3 Information

L'ODM a participé à l'élaboration du rapport « Mise en œuvre du mandat d'information selon art. 56 LEtr » publié par la Conférence tripartite sur les agglomérations. D'après le partage des tâches préconisé par ce rapport, la Confédération doit notamment diffuser des informations sur des thèmes qui

présentent un intérêt national. C'est le cas par exemple du mariage forcé. Il s'agit d'une part d'informer les victimes potentielles, mais aussi leur famille, qu'il est usuel en Suisse de choisir librement son conjoint et de les orienter vers les services de conseil existants. D'autre part, il faut sensibiliser les autorités, les enseignants, la police, les travailleurs sociaux, les médecins, etc., à la problématique du mariage forcé.

La Commission fédérale des étrangers a déjà pris position sur le mariage forcé en décembre 2007 et a fait toute une série de recommandations. Ainsi, elle préconise de discuter de cette thématique de manière dépassionnée. Il ne s'agit ni de se faire une image idéalisée des différences culturelles ni de s'en prendre a priori aux parents. Par ailleurs, la commission recommande de renforcer le travail d'information et de sensibilisation au sein des communautés qui sont souvent confrontées au problème du mariage forcé. Ainsi, les enfants et les adolescents issus de l'immigration devraient être mieux informés de leurs droits. Enfin, la commission préconise d'améliorer les offres de conseil non seulement pour les jeunes menacés de mariage forcé, mais aussi pour leurs parents. Il serait envisageable d'intégrer, à travers des conseils professionnels, le thème aux offres qui existent déjà en matière de planning familial, de promotion de la santé et d'aide aux victimes.

C'est la Commission fédérale pour les questions de migration, née de la fusion de la Commission fédérale des étrangers et de la Commission fédérale des réfugiés, qui se charge à présent de ce type de questions.

1.1.5.4 Regroupement familial

Le droit au regroupement familial prévu par la LEtr (art. 42) n'est octroyé qu'une fois le mariage transcrit dans le registre suisse de l'état civil. Ce droit ne pourra plus être octroyé aux conjoints de moins de 18 ans, parce que les mariages de personnes mineures ne pourront à l'avenir plus être transcrits dans le registre suisse de l'état civil. La législation actuelle permet toutefois de tenir compte des cas individuels d'une extrême gravité (art. 30, al. 1, let. b, LEtr).

Si le mariage a été célébré à l'étranger et que sa transcription dans le registre suisse de l'état civil n'est pas obligatoire, c'est l'autorité cantonale compétente en matière de migration qui est chargée de vérifier si les conditions légales pour le regroupement familial (art. 43 à 45 LEtr) sont remplies. Seuls les conjoints ont toutefois le droit (art. 43 LEtr) ou la possibilité (art. 44 et 45 LEtr) d'obtenir une autorisation de séjour. Or, seront à l'avenir considérés comme valables les mariages dont les conjoints ont atteint la majorité. Les autorités cantonales compétentes seront donc tenues de refuser le regroupement familial si l'un des deux époux n'a pas 18 ans révolus. La législation actuelle permet toutefois là encore de tenir compte des cas individuels d'une extrême gravité (art. 30, al. 1, let. b, LEtr).

Nous renonçons donc pour le moment à fixer à 21 ou à 24 ans l'âge minimum légal pour le regroupement familial de conjoints étrangers. Si l'on devait cependant constater par la suite que les modifications prévues dans le domaine du droit international privé ne sont pas suffisantes pour lutter contre les mariages forcés en Suisse, il faudrait envisager l'introduction d'un âge minimum légal dans la LEtr.

1.1.5.5 Incidence d'un mariage forcé sur le droit de séjour de l'auteur de l'acte et de la victime

S'il existe des preuves formelles de mariage forcé, la LEtr prévoit plusieurs cas de figure :

- La victime avait déjà un droit de séjour en Suisse avant la célébration du mariage et aucune autorisation n'a par conséquent été octroyée dans le cadre d'un regroupement familial. Elle ne doit donc escompter aucune répercussion relevant de la législation sur les étrangers en cas de dissolution du mariage.
- La victime a bénéficié d'un regroupement familial pour rejoindre son conjoint, qu'il soit suisse ou titulaire d'une autorisation d'établissement. La LEtr lui donne droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité à condition de faire ménage commun avec son conjoint (art. 42 et 43, al. 1, LEtr). Après un séjour légal ininterrompu de cinq ans, la personne ayant bénéficié du regroupement familial a droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement (art. 42, al. 3, et art. 43, al. 2). Après dissolution du mariage ou de la famille, elle a droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité, si l'union conjugale a duré au moins trois ans et que l'intégration est réussie ou si la poursuite du séjour en Suisse s'impose pour des raisons personnelles majeures (art. 50, al. 1, LEtr). Peut entrer en ligne de compte le fait que le conjoint est victime de violence conjugale et que la réintégration sociale dans le pays de provenance semble fortement compromise (art. 50, al. 2, LEtr).
- La victime a bénéficié d'un regroupement familial pour rejoindre son conjoint étranger titulaire d'une autorisation de séjour. Dans ce cas, elle ne peut pas prétendre à l'octroi d'une autorisation de séjour ni à sa prolongation. L'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA ; RS 142.201) prévoit cependant que l'autorité cantonale compétente peut décider de prolonger l'autorisation de séjour après la dissolution du mariage si les conditions énoncées à l'art. 50 LEtr sont remplies.

Pour des questions de transparence, de sensibilisation de la société et d'égalité de traitement, le Conseil fédéral va modifier l'art. 77 OASA ou les dispositions pertinentes des directives de sorte que l'existence d'un mariage forcé, qu'il y ait ou non violence conjugale, puisse être considérée comme une raison personnelle majeure justifiant la poursuite du séjour en Suisse. La contrainte ou la violence psychique exercée sur la personne menacée de mariage forcé l'est la plupart du temps par les membres de la famille et non par le futur conjoint. Dans ces circonstances, l'art. 77, al. 2, OASA pourrait être modifié comme suit :

Art. 77 OASA Dissolution de la famille

(Art. 44 et 50, al. 1, let. a et b, LEtr)

¹ *L'autorisation de séjour octroyée au conjoint et aux enfants au titre du regroupement familial selon l'art. 44 LEtr peut être prolongée après la dissolution du mariage ou de la famille si :*

- a. la communauté conjugale existe depuis au moins trois ans et que l'intégration est réussie, ou si*

b. la poursuite du séjour en Suisse s'impose pour des raisons personnelles majeures.

² *Les raisons personnelles majeures visées à l'al. 1, let. b, sont notamment données lorsque le conjoint est victime de violence conjugale ou d'un mariage forcé et que la réintégration sociale dans le pays de provenance semble fortement compromise.*

- Les mesures pouvant être prises à l'encontre de l'auteur de l'acte sont les suivantes : la contrainte exercée sur la personne menacée de mariage forcé peut non seulement l'être par le futur conjoint, mais aussi par des membres de la famille ou des tiers. Si les auteurs de l'acte sont des ressortissants étrangers, il est possible de prendre des mesures à leur encontre en vertu de la législation sur les étrangers (art. 51, 62 et 63 LEtr). L'appréciation de l'opportunité de révoquer ou de ne pas prolonger l'autorisation se fait à la lumière d'une pesée des intérêts. L'autorité tient compte de la durée du séjour en Suisse, de l'intégration professionnelle et sociale ainsi que, élément prépondérant, de la gravité de la faute. Au vu de la gravité de l'infraction, cette mise en balance débouchera en règle générale sur la conclusion que l'intérêt public au renvoi de l'auteur de l'acte l'emporte.

1.1.5.6 Position des autorités cantonales compétentes en matière de migration

Selon une enquête réalisée en avril 2008 par l'ODM auprès des autorités cantonales compétentes en matière de migration, ces dernières n'ont connaissance que d'un petit nombre de cas de mariage par procuration (dont certains sont contractés pour des raisons compréhensibles). Etant donné qu'ils sont contractés à l'étranger, il n'est pas possible de connaître leur nombre réel. Les autorités cantonales compétentes ne jugent pas nécessaire d'élaborer de nouvelles normes dans le domaine de la législation sur les étrangers, car les questions relevant de ce domaine peuvent être efficacement réglées avec les dispositions légales en vigueur.

Presque toutes les autorités ont cependant d'elles-mêmes pris position sur la problématique des unions forcées, dont le chiffre noir est sans doute élevé. Dans la pratique, un mariage forcé est en effet rarement dénoncé et, en tout état de cause, il est souvent difficile pour les autorités de prouver son existence. Dans certains cas, l'existence d'un mariage forcé a été révélée lors de la procédure de divorce. Les autorités cantonales en matière de migration ont accueilli favorablement l'introduction d'un âge minimum de 18 ans pour pouvoir contracter mariage, mais n'ont pas proposé d'autres modifications de la législation en vigueur.

1.2 Nouvelle réglementation préconisée

1.2.1 Droit privé

Nous proposons de compléter l'art. 99, al. 1, ch. 1, CC (Exécution de la procédure préparatoire) par une disposition statuant que l'office de l'état civil examine, en outre, s'il n'existe aucun élément permettant de conclure que la demande de mariage n'est manifestement pas l'expression de la libre volonté des fiancés.

Nous préconisons également d'apporter deux adjonctions à la liste des causes absolues d'annulation du mariage figurant à l'art. 105 CC, à savoir le fait que le mariage a été conclu en violation de la libre volonté des époux (nouveau ch. 5) et le fait qu'à la date à laquelle il a été conclu, l'un des époux n'avait pas 18 ans (nouveau ch. 6).

Il y aura lieu d'adapter en conséquence la loi sur le partenariat enregistré (art. 6, al. 1 et art. 9, al. 1, let. d et e).

1.2.2 Droit international privé

L'ensemble des conditions auxquelles est subordonnée la célébration du mariage en Suisse sera exclusivement régi par le droit suisse (art. 44 AP-LDIP); l'art. 45a LDIP qui concerne l'accession à la majorité par le mariage perd sa raison d'être et doit être abrogé. L'art. 45, al. 2, AP-LDIP exigera dorénavant *qu'un fiancé seulement* (et non plus les deux) ait son domicile en Suisse, ce qui, donnera à l'autorité davantage de latitude pour refuser de reconnaître un mariage célébré à l'étranger.

1.2.3 Droit pénal

1.2.3.1 Renonciation à toute modification

Le Conseil fédéral propose de renoncer à toute modification du code pénal puisque les dispositions actuelles permettent de réprimer efficacement les mariages forcés.

1.2.3.2 Adoption éventuelle d'une nouvelle norme pénale spécifique intitulée « mariage forcé »

Si, à la différence du Conseil fédéral, le Parlement devait estimer que seule une disposition expresse ou une mention expresse du mariage forcé dans le code pénal était de nature à donner un signal fort que les mariages forcés sont proscrits en Suisse, le législateur pourrait adopter une norme pénale spécifique définissant le mariage forcé comme un cas de contrainte qualifiée. A cet effet, il suffirait de reprendre la formulation de l'art. 181 CP en remplaçant toutefois le passage « l'aura obligée à faire, à ne pas faire ou à laisser faire un acte » par « l'aura obligée à conclure un mariage ou un partenariat enregistré ». Il s'agirait, en outre, de fixer à 5 ans la peine privative de liberté maximale sanctionnant les mariages forcés.

1.3 Justification et appréciation des solutions préconisées

1.3.1 Droit privé

1.3.1.1 Solutions rejetées

Comme on l'a vu dans l'exposé de l'ordre juridique en vigueur, le droit d'action est actuellement doublement limité. En premier lieu, les motifs d'annulation, exhaustivement énumérés à l'art. 107, ch. 4, CC, ne permettent pas de faire annuler un mariage forcé en dehors des cas où il aura été contracté par la victime « sous la menace d'un danger grave et imminent pour sa vie, sa santé ou son honneur, ou ceux de l'un de ses proches ». En second lieu, « le demandeur doit intenter l'action dans le délai de six mois à compter du jour où il a découvert la cause d'annulation ou

de celui où la menace a été écartée, mais en tout cas dans les cinq ans qui suivent la célébration » (art. 108, al. 1, CC).

Il aurait été concevable d'élargir le champ d'application de la norme en reformulant l'art. 107, ch. 4, CC, par exemple comme suit : Un époux peut demander l'annulation du mariage:

4. *lorsqu'il a contracté mariage sans sa libre volonté.*

Pour qu'une telle solution offre un tant soi peu d'efficacité, il aurait également fallu prolonger le délai de péremption de l'action, voire permettre d'introduire l'action en annulation en tout temps, comme c'est le cas des causes d'annulation absolue.

Une telle solution, qui aurait eu un caractère hybride, n'a pas paru souhaitable pour deux raisons au moins. D'une part, la protection offerte resterait réduite sinon vaine, puisqu'il appartiendrait comme aujourd'hui à la victime de prendre l'initiative du procès, ce qui est fréquemment problématique dans le contexte des mariages forcés. D'autre part, de manière paradoxale, l'auteur du mariage forcé pourrait être condamné pénalement pour son acte sans que cela soit nécessairement suivi de sanctions civiles quant à l'existence du mariage. En outre, l'on s'approcherait très clairement d'une cause d'annulation absolue en modifiant le délai de péremption, et *a fortiori* en le supprimant. Du point de vue de la systématique, il a donc paru préférable d'introduire une nouvelle cause d'annulation à l'art. 105 CC.

Une autre variante, écartée elle aussi, aurait consisté à coupler l'annulation du mariage en droit civil à une condamnation pénale pour contrainte en prévoyant la norme suivante à l'art. 107, ch. 5, CC: Un époux peut demander l'annulation du mariage:

5. *lorsqu'il a été victime d'un mariage forcé et qu'un jugement pénal a été rendu.*

Selon cette disposition, le juge civil n'aurait plus eu besoin de contrôler lui-même la présence du motif d'annulation du mariage et aurait pu directement s'appuyer sur le jugement pénal rendu. Par ailleurs, le délai pour annuler le mariage (un délai absolu de 5 ans selon l'art. 108, al. 1, CC) aurait été prolongé eu égard au délai de prescription plus étendu, prévu par la loi pénale (cf. art. 97, al. 1, let. b et c, CP).

Une telle solution ne semble toutefois pas satisfaisante au regard du principe de l'indépendance des autorités juridictionnelles (voir les art. 191c cst. et 53 CO¹⁸). En outre, la lutte sur le plan civil contre les mariages forcés serait tributaire du résultat du procès pénal et de considérations d'opportunité prises par les autorités de poursuites pénales, considérations étrangères au but du droit civil (dissolution automatique d'un mariage contracté sans le libre consentement d'un époux).

1.3.1.2 Mesures complémentaires

L'information ciblée des fiancés constitue une mesure importante qui s'inscrit dans les tâches des autorités de l'état civil. En effet, l'officier de l'état civil est tenu d'informer et de conseiller le public dans tous ses domaines d'activité. A l'avenir, les formules de préparation du mariage et d'enregistrement du partenariat, singulièrement la formule « Déclaration relative aux conditions du mariage » qui comporte déjà les références aux infractions de pluralité de mariages ou de

¹⁸

Cette norme s'applique à tout le droit privé fédéral (cf. ATF 125 III 401).

partenariats enregistrés (art. 215 CP) et d'obtention frauduleuse d'une constatation fausse (art. 253 CP), pourront être complétées avec la mention des dispositions réprimant les mariages et partenariats forcés.

Au titre d'une mesure d'urgence, le Conseil fédéral envisage de modifier lors de la prochaine révision de l'ordonnance sur l'état civil, son article 65, en y ajoutant l'alinéa 3 suivant:

Il [L'officier de l'état civil] rappelle aux fiancés que le mariage suppose leur libre volonté.

Une disposition analogue doit également être ajoutée dans le chapitre sur le partenariat enregistré (à l'art. 75d). Ces normes impliquent que l'officier de l'état civil, dans le cadre de son devoir d'information générale, rende les personnes concernées attentives à l'importance fondamentale de leur libre volonté. D'autres démarches de l'officier de l'état civil, singulièrement un entretien séparé avec l'un ou l'autre des fiancés ou partenaires, d'office ou sur requête, sont réservées.

1.3.1.3 Partenariat enregistré

En soi, le partenariat enregistré qui est une institution nouvelle, introduite en 2007, comme pendant du mariage pour les couples de même sexe, n'est pas ou pas encore touché par la problématique des unions forcées. Il est toutefois nécessaire de modifier les dispositions correspondantes de la loi sur le partenariat enregistré, cela afin d'éviter des lacunes dans notre législation. En effet, forcer une personne à l'enregistrement d'un partenariat qui comporte largement les mêmes droits et devoirs que le mariage doit être sanctionné de la même manière que le mariage sous contrainte. A noter également que l'institution offre des avantages analogues, sinon identiques au mariage en droit public, singulièrement en droit des étrangers (cf. art. 52 LEtr). Dès lors, il est proposé de modifier les articles 6 et 9 LPart.

1.3.2 Droit international privé

1.3.2.1 Incidences du nouvel art. 105, ch. 5, AP-CC sur le droit international privé

L'avant-projet qui vous est soumis vise à ériger le fait que le mariage a été conclu sous contrainte en cause absolue d'annulation selon l'art. 105 AP-CC. Le motif de nullité prévu par le projet de nouvel article 105, chiffre 5, AP-CC diffère de ceux de la polygamie (ch. 1) ou d'un lien de parenté étroit (ch. 3) en ceci qu'un tel vice du consentement est réparable et qu'il faut prendre en compte la volonté présumée ou réelle de la partie concernée. En revanche, la polygamie (pour autant qu'elle continue d'exister) et la parenté doivent être prises en compte contre la volonté des parties.

Il demeurera possible en droit suisse de demander l'annulation d'un mariage forcé célébré à l'étranger. Les autorités peuvent tenter une action devant le tribunal du domicile en Suisse de l'un des conjoints, en vertu du droit suisse (art. 15, al. 1, let. b, de la loi sur les fors, LFors ; RS 272 ; cf. également l'art. 22, al. 1, du projet de code de procédure civile, CPC), y compris dans les cas internationaux (art. 59 LDIP). Si aucun des époux n'est domicilié en Suisse, il y a lieu de se demander si une action est possible de la part des autorités suisses, puisque selon l'article 106 CC l'action

est intentée par l'autorité cantonale compétente du domicile des époux. En pareil cas, l'action peut toutefois aussi être intentée par l'autorité compétente du lieu d'origine suisse de l'un des conjoints. En l'occurrence, le for est au tribunal de ce lieu d'origine, du moins, dans la mesure où aucune action équivalente ne peut être intentée par une autorité au lieu de domicile de l'un des époux¹⁹. Lorsqu'aucun des époux n'a son domicile en Suisse ni ne possède la nationalité suisse, il sera vraisemblablement impossible à l'autorité de contester la validité du mariage devant un tribunal suisse. Il faut dire aussi qu'en pareilles situations la question de la reconnaissance du mariage en Suisse ne devrait pas se poser par trop fréquemment. Si tel devait être malgré tout le cas, il ne resterait que la possibilité de faire examiner à titre préjudiciel la question de la validité du mariage au regard du droit suisse.

Les commentaires des dispositions actuelles s'appliquent par analogie au for en cas d'action intentée par la victime du mariage forcé et à la question du droit applicable.

1.3.2.2 Mariages avec des personnes mineures et révision de l'art. 44 LDIP

Une forte proportion des mariages forcés concernant des personnes n'ayant pas 18 ans, l'âge permettant de contracter mariage selon le droit suisse, il convient de réduire la fréquence de tels mariages en durcissant le régime libéral appliqué actuellement aux mariages célébrés à l'étranger avec des personnes n'ayant pas 18 ans. Ce faisant la Suisse satisferait à la résolution 1468 du Conseil de l'Europe qui, aux chiffres 14, 14.2, 14.2.1 et 14.2.4 pose les exigences suivantes: *«L'Assemblée demande instamment aux parlements nationaux du Conseil de l'Europe [...] le cas échéant, d'adapter leur législation interne de façon à fixer ou à relever l'âge minimum légal du mariage pour les femmes et les hommes à 18 ans; [...] à ne pas reconnaître les mariages forcés et les mariages d'enfants à l'étranger, sauf, s'agissant des effets du mariage, si cela est dans l'intérêt supérieur des victimes, en particulier pour obtenir des droits auxquels elles ne pourraient prétendre par ailleurs»*. Le ch.7 précise: *« L'Assemblée définit le mariage d'enfants comme étant l'union de deux personnes dont l'une au moins n'a pas 18 ans»*.

Le régime plus strict préconisé dans l'avant-projet se compose de deux mesures: premièrement le mariage avec des mineurs – même si les fiancés sont étrangers – ne sera plus autorisé; d'autre part, en principe, les mariages entre mineurs célébrés à l'étranger ne seront plus tolérés. La première mesure sera concrétisée par une modification de l'art. 44 LDIP qui aura pour conséquence que les conditions auxquelles est subordonnée la conclusion d'un mariage en Suisse seront régies exclusivement par le droit suisse. Pour de plus amples détails à ce sujet, cf. le commentaire du nouvel art. 44 AP-LDIP. La seconde mesure consiste à élargir la portée de la réserve de l'ordre public à laquelle est soumise la reconnaissance de mariages conclus à l'étranger. L'âge requis par le droit suisse pour pouvoir contracter mariage (18 ans) relèvera dorénavant de l'ordre public. Cela transparaît, d'une part, dans la modification de l'art. 44 LDIP et, d'autre part, dans l'adjonction à la liste des causes absolues d'annulation du mariage du fait que l'un des époux avait moins de 18 ans (nouveau ch. 6, AP-CC), la conséquence étant que le mariage doit être

¹⁹ Art. 60 LDIP. Selon ANDREAS BUCHER, op. cit. , n° 165 s., les causes de nullité du mariage en rapport avec l'Ordre public peuvent, par principe, toujours être appliquées en Suisse.

annulé d'office. Les auteurs de doctrine considèrent que les causes absolues d'annulation du mariage énumérées à l'art. 105 CC, relèvent de l'ordre public.

Le tribunal devant lequel l'action en annulation du mariage conclu avec une personne mineure est intentée en vertu de l'art. 105 CC, renoncera à prononcer l'annulation du mariage si les intérêts prépondérants du conjoint mineur le commandent. L'ordre public suisse ne pouvant aller au-delà du régime instauré par le droit interne, cette règle doit être appliquée également dans le contexte de la reconnaissance de mariages conclus à l'étranger. En d'autres termes, la reconnaissance d'un mariage conclu à l'étranger avec une personne mineure ne sera refusée que si cela est compatible avec les intérêts de cette personne, intérêts qu'il s'agit, en fin de compte, de protéger.

Comme, en l'occurrence, les intérêts en jeu ne sont généralement pas manifestes, ce qui exige un examen minutieux du cas, il convient de faire examiner en audience par un tribunal si le mariage en cause est compatible avec l'ordre public. En cas de doute, il y a lieu, dans une première phase, de reconnaître le mariage s'il a été valablement célébré à l'étranger, cela conformément à l'art. 45, al. 1, LDIP. Ensuite, dans une seconde phase, il convient de nantir de cette décision l'autorité compétente au sens de l'art. 106 CC, qui est tenue d'intenter une action en annulation du mariage. Enfin, et dernière étape, le tribunal statue sur la nécessité d'annuler le mariage ou, au contraire, de le maintenir en vigueur compte tenu des intérêts en jeu. Cette manière de procéder qui correspond à celle qui est en usage dans les cas de mariage forcé, sert également à assurer la sécurité du droit parce qu'elle permet d'éviter que les différentes autorités appelées à examiner si le mariage existe ou pas, tranchent cette question de manière différente, ce qui, sur un point aussi capital - il s'agit de déterminer si les personnes en cause sont mariées ou non - aboutirait à une situation intenable. La même procédure devrait également être suivie pour la transcription à l'état civil (art. 32 LDIP). L'autorité cantonale de surveillance en matière d'état civil décide de la transcription du mariage et en informe simultanément l'autorité compétente pour intenter action en annulation; elle fait également bloquer la divulgation des données personnelles selon l'art 46 OEC, jusqu'à ce que le tribunal ait rendu son jugement.

Dans les cas où il est clair que les intérêts prépondérants de la personne en cause plaident en faveur de l'annulation du mariage (soit parce que cette personne est beaucoup trop jeune, soit parce que les circonstances sont particulières), il est possible de refuser la reconnaissance d'abord à titre préjudiciel. De la jurisprudence établie par l'Office fédéral de la justice qui a été évoquée dans le rapport 05.3477, on se doit d'inférer qu'il faut – du moins, en règle générale – refuser d'emblée la reconnaissance d'un mariage lorsqu'il a été conclu avec une personne âgée de moins de 16 ans. Il convient, toutefois, de laisser aux tribunaux le soin de déterminer si cette limite est absolument intangible.

Il serait concevable d'appliquer une autre procédure selon laquelle l'autorité compétente refuserait tout d'abord de reconnaître tout mariage conclu avec une personne mineure étrangère, charge incombant ensuite aux parties de faire constater la validité du mariage par un tribunal. Le principe statué à l'art. 45, al. 1, LDIP, voulant que les mariages valablement célébrés à l'étranger soient reconnus en Suisse, en subirait une atteinte plus incisive que ce qu'exige le respect de l'ordre public. Le nouveau ch. 6 de l'art. 105 AP-CC s'appliquera également aux mariages « internationaux ». Pour plus de précision s'agissant du droit applicable et du for, nous renvoyons le lecteur au ch. 1.3.2.1.

1.3.2.3 Abrogation de l'art. 45a LDIP

Puisqu'à l'avenir, il ne sera plus possible de conclure en Suisse des mariages avec des mineurs et que, de surcroît, les mariages avec des mineurs célébrés à l'étranger ne seront plus tolérés, l'art. 45a LDIP devient sans objet et peut donc être abrogé.

1.3.2.4 Elargissement des conditions d'application de l'art. 45, al. 2, LDIP

Le fait que les fiancés ont célébré le mariage à l'étranger dans le but d'éluder l'art. 105 CC, constitue selon l'art. 45, al. 2, LDIP et sous réserve de certaines conditions, un motif de non reconnaissance. Ce principe vaudra aussi lorsque le mariage ainsi célébré vise à tourner le nouveau ch. 6 de l'art. 105 AP-CC. La modification de l'art. 45, al. 2, AP-LDIP constitue un élargissement de cette norme, qui contribuera à la rendre plus efficace. Pour de plus amples détails à ce sujet, cf. le commentaire de l'art. 45, al. 2, AP-LDIP.

1.3.2.5 Solutions rejetées

Nous nous sommes demandés s'il ne conviendrait pas de profiter de la modification de la LDIP pour rendre plus strictes les conditions de la reconnaissance des mariages conclus par procuration, parce que cette forme de mariage – illicite en Suisse – favorise les mariages forcés. Nous avons renoncé, cependant, à prendre une telle mesure pour les raisons suivantes:

En matière de reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger, la Suisse suit par tradition une politique libérale. Aux termes de l'art. 45, al. 1, LDIP, tout mariage valablement célébré à l'étranger doit être reconnu en Suisse. Pour certains auteurs de doctrine, il suffit même que le mariage ait été valablement célébré dans l'Etat de domicile, de séjour ou d'origine de l'un des conjoints. Cette attitude libérale repose sur l'idée que la remise en cause après coup de la validité d'un mariage constitue une grave atteinte à un domaine protégé par les droits fondamentaux. Par ailleurs, elle vise à éviter de créer une situation juridique « boiteuse » et l'insécurité du droit s'agissant d'une question essentielle de statut²⁰. Aussi la validité d'un mariage célébré à l'étranger ne peut-elle être contestée que pour des raisons importantes telles que les prévoit actuellement la loi. Imposer des conditions plus restrictives serait difficilement compatible avec l'esprit de l'art. 45, al. 1, LDIP.

S'agissant de la reconnaissance des mariages célébrés à l'étranger, la loi statue deux exceptions: le mariage a été célébré à l'étranger dans l'intention d'éluder les dispositions du droit suisse (art. 45, al. 2, LDIP) ou il est incompatible avec l'ordre public suisse (art. 27, al. 1 et 2, let. b, LDIP). La première ne s'applique pas aux mariages par procuration, car elle vise uniquement les cas dans lesquels on a cherché à tourner les causes absolues prévues à l'art. 105 CC. Quant à la deuxième, nous avons déjà exposé que le mariage par procuration ne porte pas atteinte à l'ordre public.

Avant de transcrire dans le registre un mariage par procuration conclu à l'étranger, les autorités de l'état civil auraient, cependant, avantage à entendre l'époux ou

²⁰ Cf. message du Conseil fédéral concernant la LDIP. ch. 232.5 et MAURICE COURVOISIER, op. cit, n° 3 ad art. 45 LDIP.

l'épouse qui s'est fait représenter et à lui demander si la déclaration qui avait été faite en son nom était bien l'expression de sa volonté, ainsi que le prévoit l'art. 32, al. 3, LDIP.

1.3.3 Droit pénal

1.3.3.1 Renonciation à toute modification

Le Conseil fédéral estime que le droit en vigueur permet de réprimer efficacement les mariages forcés. Ainsi qu'il l'a déjà exposé de façon détaillée dans le rapport 05.3477, d'un point de vue législatif, rien ne justifie de créer une nouvelle norme pénale.

Même si l'on ne crée pas de nouvelle disposition pénale, il n'en reste pas moins que les mariages forcés sont couverts par la norme pénale relative à la contrainte (art. 181 CP), qu'ils sont poursuivis d'office et passibles d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Si un mariage forcé a eu lieu ou a fait l'objet d'une tentative en Suisse, tous les auteurs, co-auteurs et participants (instigateurs et complices) sont punissables selon le droit suisse. Si le mariage forcé a eu lieu à l'étranger, les co-auteurs qui ont agi sur le territoire suisse relèvent de la juridiction pénale suisse. En pareil cas, la punissabilité de l'auteur qui a commis l'acte à l'étranger est régie par l'art. 7 CP.

Quant aux comportements accompagnant typiquement un mariage forcé, comme les menaces, l'enlèvement, la séquestration ou le recours à la violence physique, sexuelle ou psychique, ils sont tous couverts par les définitions des infractions existantes.

1.3.3.2 Doute quant à la nécessité d'une nouvelle norme pénale relative au mariage forcé

S'il est vrai que l'adoption d'une norme réprimant spécifiquement le mariage forcé peut faire l'effet d'un signal au sein de l'opinion publique, on ne saurait toutefois en surestimer l'efficacité car même une telle disposition ne ferait que réprimer des actes qui sont déjà couverts par le droit pénal en vigueur²¹. Par ailleurs, il n'est pas sûr que la nouvelle norme pénale parvienne à la connaissance des auteurs et de leurs victimes, cela en raison des barrières culturelles ou linguistiques²². En outre, une nouvelle norme pénale ne faciliterait pas l'élucidation des faits. Elle n'est pas propre à accroître la propension des victimes à déposer ni à faciliter l'administration des preuves²³. Au contraire, il y a lieu de craindre qu'en augmentant la quotité de la peine l'on ne fasse qu'aggraver le conflit de conscience que presque toutes les victimes éprouvent à l'égard des auteurs, ce qui n'est pas fait pour les rendre plus enclines à coopérer avec les autorités. De plus, une norme qui sanctionnerait tous les actes commis à l'étranger en s'écartant du principe de la double incrimination ne produirait guère d'effets dans la pratique car, face à de tels actes, les autorités suisses sont souvent contraintes de demander l'entraide judiciaire aux Etats étrangers concernés, entraide qu'elle peuvent s'attendre à se voir refuser à défaut de la double incrimination.

²¹ Cf. WOLFGANG WOHLERS „Zwangsehen in strafrechtlicher Sicht“, FamPra 4/2007, p. 763.

²² Cf. WOLFGANG WOHLERS, op. cit., p. 764.

²³ Cf. WOLFGANG WOHLERS, op. cit., p. 766 s.

Enfin, il y a lieu de relever que diverses mesures de prévention sont d'ores et déjà appliquées ou sont à l'étude. Elles permettent de lutter plus efficacement contre le phénomène des mariages forcés qu'une norme pénale spécifique. Nous pensons, notamment, aux campagnes ciblées d'information et de sensibilisation, à la vulgarisation de l'interdiction des mariages forcés opérée auprès des ressortissants étrangers avant et après leur entrée en Suisse, à l'information ciblée des fiancés, à l'amélioration de la collaboration entre les autorités, enfin à la mise en place d'un éventail de mesures de conseils et de prise en charge destinées aux victimes.

L'introduction de cette norme ferait du mariage forcé une infraction de contrainte qualifiée. Des sanctions plus sévères sont déjà prévues en droit suisse pour d'autres cas de contrainte aggravée, comme le brigandage (art. 140 CP), l'extorsion et le chantage (art. 156 CP), la contrainte sexuelle (art. 189 CP) et le viol (art. 190 CP). Il pourrait être justifié, le cas échéant, de prévoir aussi des peines plus sévères pour les mariages forcés. L'introduction d'une peine minimale est toutefois à éviter, car elle restreindrait inutilement la liberté d'appréciation des tribunaux. En outre, fixer une peine minimale pose un problème dans le cas de la contrainte parce qu'elle est formulée de manière ouverte et qu'il est souvent difficile de distinguer entre une attitude non punissable et la contrainte punissable. Par ailleurs, même avec une nouvelle norme pénale sur le mariage forcé, les autorités pourraient conserver la possibilité de renoncer à poursuivre le conjoint ou les proches pour mariage forcé si cela correspond à la volonté et aux intérêts de la victime et si, dans le cas d'espèce, la poursuite pénale ne présente pas un intérêt public prépondérant. Une adaptation de l'article 55a, al. 2, CP²⁴ serait toutefois nécessaire.

1.4 Réglementations en vigueur à l'étranger

Dans un avis de droit daté du 31 mai 2007, l'Institut suisse de droit comparé a fait le point sur les régimes en vigueur au niveau de l'UE et dans les Etats voisins de la Suisse (Allemagne, France, Italie, Autriche), en Belgique, au Danemark, en Grande-Bretagne, en Norvège et en Suède, s'agissant des mariages forcés. Il en ressort que dans un très grand nombre de ces Etats, le mariage forcé viole tant les dispositions du droit civil que les normes pénales²⁵.

2 Commentaire des dispositions de l'avant-projet

2.1 Droit privé

Art. 99 AP-CC Exécution et clôture de la procédure préparatoire

En droit actuel déjà, l'officier de l'état civil doit refuser son concours lorsqu'il apparaît manifestement que le mariage est contracté non pas de manière libre mais que les fiancés ou l'un d'eux va se marier sous la contrainte.

Afin de donner un effet de signal, ce principe qui découle directement de la garantie constitutionnelle du mariage doit être inscrit expressément dans le Code civil.

Par le nouveau libellé de l'article 99 AP-CC, le rôle de l'officier de l'état civil dans la lutte contre les mariages forcés sera plus clair et l'importance de la libre volonté des

²⁴ Suite à l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale, l'art. 55a CP sera modifié; cf. FF **2007** 6724

²⁵ Pour des informations détaillées à ce sujet, cf. rapport 05.3477, ch. 4.

fiancés soulignée. Cette norme doit être précisée par des dispositions d'exécution au niveau de l'ordonnance sur l'état civil (OEC) et par des instructions de l'Office fédéral de l'état civil. En cas de doute, l'officier de l'état civil doit en particulier être habilité à entendre les fiancés ensemble et séparément pour s'assurer que leur volonté de contracter mariage est libre et qu'ils ne subissent aucune pression extérieure induite de tiers.

De leur côté, les fiancés qui sont rendus attentifs aux sanctions prévues en cas de mariage forcé doivent confirmer en signant la formule « Déclaration relative aux conditions du mariage » qu'ils contractent mariage librement.

Art. 105 AP-CC Causes absolues

L'aménagement de deux nouvelles causes d'annulation absolues à l'article 105 AP-CC traduit clairement que le consentement libre au mariage et l'interdiction des mariages d'enfants revêtent un caractère d'ordre public.

En ce qui concerne les mariages forcés, l'instauration d'une cause d'annulation absolue offre une protection efficace de la victime, qui peut - mais ne doit pas - prendre elle-même l'initiative du procès dans la mesure où l'autorité cantonale compétente doit agir d'office en annulation. L'action peut être intentée en tout temps, par exemple après la reddition d'un jugement de condamnation ou même après le terme de prescription de l'action pénale si la contrainte est découverte plus tard encore.

Le jugement d'annulation prend effet dès son entrée en force. Il ne rétroagit qu'en ce qui concerne les droits successoraux du conjoint survivant. Les dispositions relatives au divorce s'appliquent par analogie aux effets du jugement d'annulation en ce qui concerne les époux et les enfants (art. 109 CC), de sorte que ceux-ci conservent, le cas échéant, le statut d'enfants nés dans le mariage. Par ailleurs, des contributions d'entretien peuvent notamment être allouées à l'époux victime du mariage forcé.

Dans certaines hypothèses, le juge pourra être amené à ne pas annuler le mariage si cela est dans l'intérêt supérieur des victimes ; tel devrait être le cas par exemple du mariage d'une adolescente proche de la majorité au moment du jugement, ayant confirmé avoir librement consenti au mariage. Il y a lieu également d'envisager les cas où l'époux victime d'un mariage forcé pourrait avoir « pardonné » à l'auteur et souhaite rester marié. Une telle situation devrait, le cas échéant, être dûment vérifiée par le tribunal compétent qui aura à s'assurer que le « pardon » n'est pas non plus l'expression d'une déclaration faite sous pression. Faute d'intérêt à l'action et par économie de procédure, il se justifie de ne pas annuler un tel mariage qui, dans l'intervalle, pourrait être voulu et partant être contracté – cette fois librement et de manière parfaitement valide – par les intéressés après sa dissolution.

Pour des raisons de politique législative, il est renoncé à mentionner dans la loi ces situations qui devront être examinées au cas par cas par les tribunaux. Il s'agit également d'éviter de saper d'emblée les effets positifs attendus de la nouvelle réglementation.

Art. 6 et 9 AP-LPart

Ces dispositions sont le pendant des articles 99 et 105 AP-CC en matière de partenariat enregistré. Nous nous permettons donc de renvoyer le lecteur aux commentaires y relatifs. Même si le phénomène des partenariats forcés n'est pas connu jusqu'ici, l'adoption de ces dispositions a pour but d'éviter des lacunes dans une réglementation largement identique.

2.2 Droit international privé

Art. 44 Célébration du mariage. Droit applicable

Aux termes de l'art. 44, al. 1, LDIP, les conditions de fond auxquelles est subordonnée la célébration du mariage en Suisse sont régies par le droit suisse.

Si, au regard de ce droit, il existe un empêchement de conclure mariage, celui-ci peut selon l'al. 2, néanmoins, être célébré s'il satisfait aux conditions prévues par le droit national des deux fiancés ou par le droit national de l'un des deux. Les cas dans lesquels l'art. 44, al. 2, LDIP s'applique sont les suivants : mariage avec un neveu ou une nièce, mariage entre une personne et l'enfant de son conjoint, mariage avec une personne n'ayant pas atteint l'âge requis par le droit suisse pour pouvoir se marier, enfin mariage entre frères et sœurs adoptifs. Les deux premiers cas d'application ont disparu. Quant au troisième, il n'existera plus puisque, dans le cadre de la présente révision, nous proposons que le mariage avec des mineurs ne soit plus toléré en Suisse, même s'il est célébré entre étrangers.

Ainsi le seul cas d'application de l'al. 2 qui pourrait subsister est le mariage entre frères et sœurs adoptifs. Selon la doctrine dominante, un tel mariage est indubitablement contraire à l'ordre public. Toutefois, il apparaît peu judicieux de maintenir l'art. 44, al. 2 pour ce seul cas. Ce qui doit prévaloir en l'occurrence est d'arrêter une solution claire: tant les conditions de forme que les conditions de fond auxquelles est subordonnée la célébration du mariage en Suisse sont régies par le droit suisse. Il en résulte que les mêmes règles s'appliquent aux ressortissants suisses et étrangers.

Art. 45, al. 2 Mariage célébré à l'étranger

Le principe statué à l'art. 45, al. 1, LDIP selon lequel les mariages célébrés à l'étranger sont reconnus en Suisse est soumis non seulement à la réserve de l'ordre public mais encore à une autre condition. En effet, aux termes de l'art. 45, al. 2, LDIP, la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger doit être refusée lorsqu'il l'a été « *dans l'intention manifeste d'éluder les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse* ». Par là, il faut entendre les causes absolues d'annulation énoncées à l'art. 105 CC. Cette règle qui vise à empêcher que le droit suisse ne soit intentionnellement tourné, est le corollaire de l'interdiction de l'abus de droit statué à l'art. 2, al. 2, CC. Elle ne fonde pas la possibilité d'intenter une action en annulation ; elle entraîne directement la non reconnaissance.

Il ne peut y avoir élusion du droit suisse que si le cas en cause a un lien suffisant avec la Suisse. Un tel lien est réputé exister selon l'art. 45, al. 2, LDIP si le fiancé ou la fiancée sont suisses ou si tous deux ont leur domicile en Suisse. Or il arrive – et c'est là un cas de figure classique – que les autorités suisses aient affaire à un

mariage avec une mineure, le conjoint déjà domicilié en Suisse ayant été chercher une femme hors de nos frontières et l'ayant épousée avant de revenir avec elle en Suisse. La modification de l'art. 45, al. 2, LDIP qui est proposée exigera *qu'un fiancé seulement* (et non plus les deux) ait son domicile en Suisse. Cette modification permettra d'appréhender les cas tels que celui qui vient d'être décrit. En tout état de cause, la question de la reconnaissance d'un mariage conclu à l'étranger ne se posera que si les époux entendent résider en Suisse, un lien suffisant avec la Suisse étant dès lors établi.

L'extension des conditions d'application de l'art. 45, al. 2, LDIP facilitera du même coup l'application de cette disposition aux cas visés à l'art. 105, ch. 4, CC. En effet, lors de mariages blancs, il est fréquent que seul l'un des époux ait son domicile en Suisse. En revanche, l'art. 45, al. 2, AP-LDIP ne pourra s'appliquer aux mariages forcés (art. 105, ch. 5, AP-CC) puisqu'il présuppose que les deux époux aient eu l'intention d'éluder le droit suisse et que, logiquement, on ne saurait imputer une telle intention à celui des époux qui s'est marié sous contrainte.

Art. 45a Majorité

Aux termes de l'actuel art. 45a LDIP, les mineurs domiciliés en Suisse accèdent à la majorité par la célébration d'un mariage en Suisse ou par la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger. Cette règle s'explique par le fait que, selon le droit en vigueur, les personnes de nationalité étrangère peuvent conclure un mariage en Suisse quand bien même l'une d'entre elles n'a pas encore 18 ans, l'âge légal prévu par le droit suisse. Ce privilège découle de l'art. 44, al. 2, LDIP qui, s'agissant de mariages conclus entre personnes étrangères, statue que si les conditions prévues par le droit suisse ne sont pas réunies de tels mariages peuvent cependant être célébrés pour autant qu'ils satisfassent aux conditions matérielles moins strictes prévues par le droit national de l'un des fiancés. Cette disposition – nous l'avons déjà relevé – est soumise à la réserve de l'ordre public suisse. Or, on considère généralement que pour qu'il y ait atteinte à l'ordre public, il faut que la personne mineure qui entend contracter mariage ait moins de 16 ans ou moins de 15 ans. Cette pratique doit changer. Sous le nouveau régime sous-tendu par une doctrine juridique modifiée, la limite d'âge impartie par l'ordre public doit être fixée à 18 ans, l'âge requis par le droit suisse pour contracter mariage. Ce réaménagement du droit entraîne la caducité de l'art. 44, al. 2, LDIP et celle de la partie de l'art. 45a LDIP qui concerne les mariages célébrés en Suisse.

L'autre partie de l'art. 45a LDIP concerne la reconnaissance de mariages célébrés à l'étranger. Selon le droit en vigueur, les mariages avec des personnes mineures célébrés à l'étranger doivent être reconnus sous réserve que l'âge de ces personnes – l'on admet aujourd'hui un âge inférieur à l'âge légal requis pour pouvoir contracter mariage – soit compatible avec l'ordre public. Le régime que vise à instaurer l'avant-projet constitue un véritable changement de paradigmes puisque les mariages célébrés à l'étranger avec des personnes mineures ne seront plus tolérés qu'à titre exceptionnel. Compte tenu de cette évolution, maintenir l'art. 45a serait donner un signal fallacieux.

Les cas spéciaux dans lesquels l'autorité renonce à annuler un mariage conclu avec une personne mineure en raison des intérêts en jeu peuvent très bien être réglés en l'absence de l'art. 45a LDIP, que les auteurs de doctrine ne se font pas fait faute de critiquer. Cette disposition concerne les mineurs domiciliés en Suisse. Or

conformément à l'art. 35 LDIP, l'exercice des droits civils par ces personnes est régi par le CC. Si la phrase « Le mariage rend majeur » a bien été biffée de son article 14 lors de la révision du 7 octobre 1994, elle ne l'a toutefois été que parce que, dans le cadre de la même révision, l'on entendait abolir la possibilité de contracter mariage avec des personnes âgées de moins de 18 ans. Il y a donc là une lacune de la législation qu'il s'agit de combler en s'inspirant du principe : « Le mariage rend majeur ».

Art. 65

Il y a lieu de supprimer la référence à l'art. 44, al. 2, LDIP puisque cette disposition sera abrogée dans le cadre de la présente révision.

2.3 Droit pénal

Art. 181a Mariage forcé, enregistrement du partenariat sous contrainte

Le libellé de cette disposition s'inspire nettement de celui de l'actuel art. 181 CP, notamment en ce qui concerne les moyens utilisés pour commettre l'infraction. Se rend coupable de mariage forcé celui qui en usant de violence envers une personne ou en la menaçant d'un dommage sérieux ou en l'entravant de quelque autre manière dans sa liberté d'action l'oblige à conclure un mariage ou à faire enregistrer un partenariat. Selon l'art. 10, al. 2, CP, les infractions passibles d'une peine privative de liberté de plus de trois ans sont des crimes. En tout état de cause, la tentative, l'instigation et la complicité sont punissables (art. 22, 24 et 25 CP). Quant à l'action pénale, elle se prescrit par 15 ans (art. 97, al. 1, let. b, CP).

En dérogation aux règles générales applicables aux crimes ou délits commis à l'étranger (art. 7 CP), l'avant-projet prévoit de soumettre également au droit pénal suisse celui qui commet l'infraction à l'étranger ou y participe en tant qu'instigateur ou complice, s'il se trouve en Suisse et n'est pas extradé. On renonce à appliquer la règle de la double incrimination; en revanche le principe « ne bis in idem » et le principe de l'imputation sont applicables (art. 7, al. 4 et 5, CP). L'avant-projet ne prévoit pas non plus d'autres critères de rattachement (tel que le fait d'avoir son domicile ou sa résidence habituelle en Suisse), allant plus loin que le simple fait de se trouver en Suisse car il entend garantir que tous les auteurs qui, à la date où l'infraction a été commise, avaient conscience de l'illicéité de l'acte, tombent sous le coup de la disposition réprimant le mariage forcé. Ceux d'entre eux qui, au moment d'agir, ne savaient pas ni ne pouvaient savoir que leur comportement était illicite peuvent se prévaloir de l'erreur sur l'illicéité au sens de l'art. 21 CP.

3 Conséquences

Le projet n'a pas de conséquences particulières - notamment d'ordre financier - pour la Confédération, les cantons et les communes, ni pour l'économie.

4 Aspects juridiques

4.1 Constitutionnalité

Le projet est fondé pour l'essentiel sur les art. 122, al. 1 et 123, al. 1, de la Constitution fédérale, qui confèrent à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit civil et de droit pénal.

Le droit au mariage qui est garanti à l'art. 14 de la constitution, protège la liberté des personnes ayant l'âge légal de contracter mariage. A contrario, cette disposition garantit également le droit de ne pas se marier.

4.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Les mariages forcés ne sont pas protégés par l'art. 12 CEDH qui garantit le droit au mariage. Rien n'empêche donc les Etats parties de prendre des mesures aux fins d'empêcher les mariages forcés ou de permettre d'en contester la validité. La Convention impose en outre à ces Etats l'obligation positive de faire en sorte que les victimes de tels mariages disposent de moyens efficaces pour en demander l'annulation.

La conclusion d'un mariage contre la volonté de l'une des parties ou des deux n'est pas protégée par l'art. 8 CEDH qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale.

Loi fédérale *Avant-projet* concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés

du ...

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du ...¹,
arrête:

I

Les lois fédérales mentionnées ci-après sont modifiées comme suit :

1. Code

Art. 99, al. 1, ch. 1

¹ L' office de l'état civil examine si:

1. la demande a été déposée régulièrement et s'il n'existe aucun élément permettant de conclure qu'elle n'est manifestement pas l'expression de la libre volonté des fiancés;

Art. 105, ch. 5 et 6 (nouveaux)

Le mariage doit être annulé :

5. lorsqu'il a été conclu en violation de la libre volonté des époux;
6. lorsqu'à la date à laquelle il a été conclu, l'un des époux n'avait pas 18 ans.

2. Loi du 18 juin 2004 sur le

Art. 6, al. 1

¹ L'office de l'état civil compétent vérifie que les conditions auxquelles est subordonné l'enregistrement sont remplies et qu'il n'existe pas de motif d'empêchement ni aucun élément permettant de conclure que la demande d'enregistrement n'est manifestement pas l'expression de la libre volonté des partenaires.

Art. 9, al. 1, let. d et e (nouvelles)

¹ En tout temps, toute personne intéressée peut demander au juge l'annulation du partenariat enregistré si:

¹ FF ...
² RS 210
³ RS 211.231

- d. le partenariat a été conclu en violation de la libre volonté des partenaires;
- e. à la date à laquelle il a été enregistré, l'un des partenaires n'avait pas 18 ans.

3. Loi du 18 décembre 1987 sur le droit international

Art. 44

La célébration du mariage en Suisse est régie par le droit suisse.

Art. 45, al. 2

² Si la fiancée ou le fiancé est suisse ou si l'un des deux a son domicile en Suisse, le mariage célébré à l'étranger est reconnu, à moins qu'ils ne l'aient célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluder les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse.

Art. 45a

Abrogé

Art. 65a Application du chap. 3

Les dispositions du chap. 3 s'appliquent par analogie au partenariat enregistré, à l'exception de l'art. 43, al. 2.

4. Code

Proposition

Renoncer à toute modification.

Eventuellement

Art. 181a (nouveau) Mariage forcé, enregistrement forcé d'un partenariat

Quiconque, en usant de violence envers une personne ou en la menaçant d'un dommage sérieux ou en l'entravant de quelque autre manière dans sa liberté d'action, l'oblige à conclure un mariage ou un partenariat enregistré, est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Est également punissable celui qui commet l'infraction à l'étranger, s'il se trouve en Suisse et n'est pas extradé. L'art 7, al. 4 et 5 est applicable.

II

¹ La présente loi est sujette au référendum.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.