

05.463

**Initiative parlementaire
Empêcher les mariages fictifs**

**Avant-projet et rapport explicatif de la Commission des institutions
politiques du Conseil national**

du 28 juin 2007

Condensé

Actuellement, les autorités de l'état civil ne savent pas exactement comment procéder lorsque l'un des futurs conjoints, ou les deux, réside illégalement en Suisse durant la procédure préparatoire. La pratique à cet égard diffère partiellement selon les cantons et les communes.

Avec le présent projet d'acte, la Commission des institutions politiques (CIP) du Conseil national souhaite introduire deux nouvelles dispositions visant à clarifier la question du titre de séjour des fiancés durant la procédure préparatoire. D'une part, une révision partielle du Code civil suisse imposera aux fiancés étrangers d'établir qu'ils résident légalement en Suisse. D'autre part, si des candidats au mariage séjournent illégalement sur territoire suisse, les officiers de l'état civil auront l'obligation d'en informer les autorités compétentes en matière d'étrangers. Ces dispositions devront être reprises par analogie dans la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, puisque les effets juridiques de cette nouvelle institution sont similaires à ceux du mariage.

Ces deux nouvelles dispositions visent à garantir qu'un mariage ou un partenariat enregistré n'ait lieu que si les deux personnes résident légalement en Suisse. En particulier, les requérants d'asile définitivement déboutés et les étrangers en séjour illégal qui doivent quitter le territoire suisse ne doivent plus pouvoir s'y soustraire en entamant une procédure préparatoire, comme c'est souvent le cas.

Le projet de loi de la commission entend combler une lacune existante, que la nouvelle loi sur les étrangers, non encore en vigueur, n'a pas éliminée. Les autorités d'état civil et les autorités compétentes en matière d'étrangers agiront ainsi de manière coordonnée et la cohérence de l'activité étatique s'en trouvera renforcée. Enfin, des règles claires en matière de droit des étrangers peuvent contribuer à la réduction des mariages fictifs.

Rapport

1 Genèse du projet

1.1 Initiative parlementaire Brunner Toni du 16 décembre 2005

L'initiative parlementaire déposée par le Conseiller national Toni Brunner le 16 décembre 2005 vise à modifier l'article 98 du Code civil suisse (CC) du 10 décembre 1907¹ de façon que les fiancés qui ne sont pas citoyens suisses soient en possession d'une autorisation de séjour ou d'un visa valables à l'ouverture de la procédure préparatoire. Ainsi, les requérants d'asile définitivement déboutés et les personnes séjournant illégalement en Suisse ne pourront se soustraire à l'obligation de quitter le pays grâce à une procédure préparatoire de mariage.

L'auteur de l'initiative estime que la révision partielle du CC découlant de la nouvelle loi fédérale sur les étrangers (LEtr) du 16 décembre 2005² ne permet pas d'empêcher à coup sûr les mariages fictifs. Elle laisse en effet aux services de l'état civil une certaine marge d'appréciation, puisqu'elle ne définit pas les cas concrets permettant de conclure à un mariage fictif ni les critères fondant le refus d'entamer une procédure préparatoire. L'initiative parlementaire a pour objet de préciser ces critères en introduisant le principe du séjour légal dans le CC.

1.2 Examen préalable par la Commission des institutions politiques

Le 4 juillet 2006, la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP) a donné suite à l'initiative parlementaire par 13 voix contre 7, et 1 abstention. Le 30 octobre 2006, son homologue du Conseil des Etats a approuvé cette décision par 6 voix contre 4.

Les commissions ont estimé qu'une modification du CC permettrait de prévenir les mariages fictifs impliquant un ou deux conjoints étrangers, et qu'elle apporterait une aide pratique aux autorités d'état civil et aux autorités compétentes en matière d'étrangers. Selon les CIP, cette révision partielle permettra également de réduire le nombre de mariages conclus dans le seul but d'éluder le droit des étrangers, ce qui représente entre 500 et 1 000 mariages par an selon les estimations publiées par l'Office fédéral de l'état civil en 2004³.

1.3 Mise en œuvre par la CIP du Conseil national

Réunie le 19 avril 2007 en présence de l'auteur de l'initiative, la CIP s'est penchée sur un document préparé par l'Administration ; ce document analysait le fond de l'initiative et proposait différents moyens de la mettre en œuvre.

¹ RS 210; RO 24 245

² FF 2005 6885

³ IMES, ODR, fedpol et Corps des garde-frontière (AFD), rapport du 23 juin 2004 sur la migration illégale, ch. 1.2.2 ; l'Office fédéral des migrations (ODM) estime le nombre de ces mariages à 3 000 à 5 000.

La commission a constaté que selon la formulation de l'initiative, même les personnes non soumises à l'obligation de visa (en particulier les ressortissants des pays de l'UE et de l'AELE) et sans permis de séjour ne pouvaient pas se marier en Suisse. Ainsi, une interprétation littérale du texte ne permettrait plus à une Suissesse d'épouser un Allemand vivant en Allemagne. De même, les touristes non soumis à l'obligation de visa ne pourraient plus se marier en Suisse (cf. art. 43 al. 2 de la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé, LDIP⁴). La commission et l'auteur de l'initiative se sont donc accordés à dire que la formulation devait être revue.

La CIP a retenu une formulation selon laquelle les fiancés étrangers doivent apporter la preuve, au cours de la procédure préparatoire, qu'ils ont le droit de séjourner dans notre pays, et ce jusqu'à la date prévue du mariage. Afin de renforcer l'efficacité de cette disposition, la commission en a également prévu une autre, selon laquelle les officiers de l'état civil sont tenus d'informer les autorités compétentes en matière d'étrangers si une personne désirant se marier séjourne illégalement en Suisse.

Enfin, par souci de cohérence, la CIP a décidé que ces dispositions viendraient compléter les dispositions du CC relatives à la procédure préparatoire, ainsi que celles de la loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart)⁵ relatives à la procédure préliminaire.

À sa séance du 28 juin 2007, la commission a approuvé le projet par 13 voix contre 8 avant de le mettre en consultation. Une minorité de la commission propose de ne pas entrer en matière sur le projet, considérant que les modifications envisagées ne permettraient d'empêcher qu'un nombre limité de mariages fictifs et qu'elles seraient donc en réalité d'une efficacité très relative, à quoi s'ajoute que les dispositions contre les mariages fictifs qui seront intégrées au CC par le biais de la nouvelle loi sur les étrangers, et qui devraient entrer en vigueur au 1^{er} janvier 2008, offriront déjà aux officiers de l'état civil des possibilités de sanction en nombre suffisant : plutôt que de renforcer un dispositif qui n'est pas encore entré en application, il vaut mieux dans un premier temps attendre qu'il ait déployé ses effets et en faire le bilan.

1.4 Le droit en vigueur

La célébration du mariage civil constitue une prestation étatique, qui en tant qu'acte formateur, modifie l'état des personnes et déploie d'autres effets en droit privé ainsi qu'en droit public, notamment dans le domaine du droit des étrangers, en tant qu'il confère à l'époux étranger d'une personne suisse ou bénéficiant d'une autorisation de séjour ou d'établissement le droit de demeurer en Suisse auprès du conjoint. L'enregistrement de partenariats entre personnes de même sexe est réglé de manière analogue.

A l'heure actuelle, aucune obligation légale n'impose à l'officier de l'état civil qui dirige la procédure préparatoire du mariage de se préoccuper du statut des fiancés en matière de droit des étrangers. Est réservé le cas des mariages manifestement contractés non pas pour fonder une communauté conjugale mais pour éluder les

⁴ RS 291 ; RO 1998 1776

⁵ RS 211.231 ; RO 2005 5685

règles sur l'admission et le séjour des étrangers⁶. L'illégalité du séjour peut en effet constituer un indice d'abus qui avec d'autres éléments (contreprestation financière versée en vue du mariage, remise de stupéfiants, etc.) est susceptible d'amener l'officier de l'état civil à refuser la célébration.

Dans le cadre de la préparation du mariage, l'officier de l'état civil a pour mission de vérifier l'identité et la capacité matrimoniale des fiancés (art. 94, 98 s. CC) et l'absence d'empêchements au mariage (art. 95 s. CC). Le fonctionnaire doit également s'assurer qu'il est compétent pour mener la procédure. Sur le plan international, les autorités d'état civil suisses sont compétentes pour célébrer le mariage si l'un des fiancés est domicilié en Suisse ou a la nationalité suisse (art. 43, al. 1 LDIP). Sur le plan interne, cette compétence est donnée à l'office de l'état civil du lieu de domicile de l'un des fiancés (cf. art. 98, al. 1 CC). A noter que notre ordre juridique, contrairement à d'autres systèmes qui réservent le mariage à leurs nationaux et résidents, permet en outre à des fiancés étrangers domiciliés à l'étranger de contracter mariage en Suisse. La conclusion de tels mariages dits touristiques ne constitue toutefois pas un droit absolu et nécessite d'être préalablement autorisée par l'autorité cantonale de surveillance de l'état civil. A noter enfin que la conclusion de « partenariats touristiques » en Suisse, soit ceux qui seraient contractés entre deux partenaires étrangers, dont aucun n'est domicilié en Suisse, est par contre exclue (cf. art. 43, al. 2 et 65a LDIP, 73 de l'ordonnance sur l'état civil ; OEC⁷).

Comme les conditions du mariage, le domicile doit être attesté par un document (cf. art. 98 CC et 64 OEC). Le type de documents à fournir par les fiancés dans le cas concret est laissé à l'appréciation de l'officier de l'état civil. S'agissant de fiancés étrangers, il est usuel d'exiger la présentation d'un livret d'étranger valable qui constitue une pièce reconnue, permettant à la fois de vérifier l'identité et le domicile des personnes concernées. Alors que certains offices de l'état civil se contentent de la preuve du domicile suisse d'un seul fiancé, d'autres services exigent que les deux fiancés produisent un certificat relatif à leur domicile actuel, ce qui conduit à refuser de célébrer le mariage de fiancés étrangers qui ne sont pas au bénéfice d'une autorisation de séjour valable en Suisse. La pratique peut ainsi varier d'un canton à l'autre⁸.

1.5 Résultats de la procédure de consultation

(...)

2 Grandes lignes du projet

2.1 Preuve du séjour légal durant la procédure préparatoire

Si l'officier de l'état civil ne contrôle pas le statut des fiancés en matière du droit des étrangers, les personnes en séjour illégal régularisent de facto leur situation de

⁶ Cet abus lié à la législation sur les étrangers est visé par l'article 97a CC, dans sa teneur adoptée le 16 décembre 2005 (FF 2005 6885) avec la nouvelle loi sur les étrangers.

⁷ RS 211.112.2 ; RO 2004 2915

⁸ Voir l'interpellation Menétrey-Savary Anne-Catherine 06.3341 « Les mariages binationaux à l'ère du soupçon » et la réponse du Conseil fédéral.

manière indirecte en déposant leur demande de mariage, du moins pour la durée de la procédure de mariage. Le présent projet de loi entend mettre un terme à cet automatisme et clarifier la situation en matière de statut des étrangers.

Le CC doit déterminer si et à quelles conditions les ressortissants étrangers peuvent solliciter le concours de l'autorité pour contracter mariage en Suisse. La CIP propose donc d'introduire dans le CC (art. 98, al. 4) le principe selon lequel les fiancés étrangers doivent prouver qu'ils séjournent légalement en Suisse.

Les mêmes règles doivent être transposées dans la LPart (art. 5, al. 4). Cela se justifie du fait que cette nouvelle institution constitue le pendant du mariage pour les couples du même sexe et qu'elle entraîne pour l'essentiel des effets similaires à ceux du mariage.

Avec l'obligation pour les officiers de l'état civil de vérifier le statut des fiancés, les décisions des autorités d'état civil et des autorités compétentes en matière d'étrangers seront désormais harmonisées.

2.2 Obligation de communiquer pour les offices de l'état civil

Une deuxième disposition (nouvel art. 99, al. 4 CC) impose aux offices de l'état civil de communiquer sans délai aux autorités compétentes l'illégalité du séjour de l'un ou des deux fiancés si elle est constatée. Cette disposition vise avant tout à renforcer la collaboration entre les autorités d'état civil et les autorités compétentes en matières d'étrangers. Elle devra également être introduite dans la LPart (art. 6, al. 2) pour les raisons évoquées plus haut.

3 Commentaire par article

3.1 Code civil suisse du 10 décembre 1907

Art. 98, al. 4 (nouveau)

Le titre marginal tout comme les alinéas 1 à 3 sont inchangés. Comme jusqu'ici, l'article 98 définit la règle de compétence interne s'agissant de la procédure préparatoire du mariage, confiée à l'office de l'état civil du lieu de domicile de l'un des fiancés (al. 1), consacre par ailleurs le principe de la comparution personnelle des fiancés à l'office de l'état civil, eu égard à l'importance du mariage (al. 2), et leur impose d'établir leur identité en même temps qu'elle les oblige à déclarer qu'ils remplissent les conditions du mariage (al. 3).

Le nouvel article 98, alinéa 4, impose aux fiancés étrangers d'établir la légalité de leur séjour en Suisse. Cette preuve doit être apportée au cours de la procédure préparatoire. A noter que la légalité du séjour doit également être donnée au moment prévisible de la célébration. Les documents à présenter seront définis plus précisément dans l'ordonnance sur l'état civil qui devra être complétée à cet égard (cf. art. 64 OEC). En fonction des besoins et d'entente avec l'Office fédéral des migrations, l'Office fédéral de l'état civil pourra édicter des directives d'application à l'intention des praticiens (cf. art. 84, al. 3, let. a OEC).

Le séjour est légal lorsque le droit en matière d'étrangers et d'asile sont respectées. Le séjour est partant conforme à la loi :

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

Les personnes de nationalité étrangère qui résident à l'étranger et qui souhaitent se marier en Suisse ont la faculté de déposer une demande de visa pour ce faire (pour autant qu'elles soient assujetties à l'obligation de détenir un visa). Un visa est délivré pour la durée de la procédure préparatoire du mariage. Si celle-ci n'est pas achevée au bout de trois mois, une autorisation de séjour de courte durée est accordée après l'entrée en Suisse. Il n'y a pas de droit à l'obtention d'un visa ou d'une autorisation de séjour de courte durée. Toutefois, en rendant leur décision, les autorités doivent tenir compte du droit constitutionnel au mariage (art. 14 de la constitution fédérale ; Cst. ⁹) et du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ; CEDH¹⁰).

Les ressortissants des Etats de l'UE et de l'AELE, à qui l'Accord sur la libre circulation des personnes est applicable, peuvent également s'en prévaloir au cours de la procédure préparatoire du mariage lorsqu'ils exercent une activité lucrative en Suisse ou disposent de moyens financiers suffisants pour leur permettre un séjour sans activité lucrative.

Les personnes qui séjournent en Suisse de manière illégale et qui souhaitent se marier doivent préalablement demander à régulariser leur séjour. Ces personnes doivent en principe séjourner à l'étranger durant le traitement de leur requête. Des exceptions sont toutefois possibles si les conditions d'admission après le mariage sont manifestement remplies et qu'il n'y a aucun indice que l'étranger entend invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial (cf. art. 17 LETr, par analogie). Afin de respecter le principe de la proportionnalité et d'éviter tout formalisme excessif, les autorités pourront fixer un délai de départ à l'étranger, délai dans lequel le mariage devra cas échéant être célébré et le séjour en Suisse réglé. Ici aussi, les autorités doivent prendre en compte le droit constitutionnel au mariage (art. 14 Cst.) et le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH).

⁹ RS 101 ; RO 1999 2556

¹⁰ RS 0.101 ; RO 1974 2151

Conformément aux principes généraux (cf. art. 1 s. Tit. fin. CC), la nouvelle réglementation sera immédiatement applicable aux procédures de préparation de mariage pendantes. Il suit de ce qui précède que les fiancés devront établir la légalité de leur séjour et l'officier de l'état civil communiquer à l'autorité compétente l'identité des fiancés qui n'auront pas établi la légalité de leur séjour, pour toutes les procédures qui n'auront pas encore été formellement closes au sens de l'article 99, alinéa 2 CC.

Art. 99, al. 4 (nouveau)

Le titre marginal ainsi que les alinéas 1 à 3 sont ici aussi inchangés. L'article 99 définit donc les vérifications auxquelles doit procéder l'office de l'état civil (al. 1). Celui-ci communique ensuite aux fiancés la clôture de la procédure préparatoire et les délais légaux pour la célébration du mariage (al. 2) et fixe d'entente avec eux le moment de la célébration ou leur délivre une autorisation de célébrer le mariage dans un autre arrondissement de l'état civil (al. 3).

Un nouvel *alinéa 4* doit dorénavant imposer à l'office de l'état civil de communiquer à l'autorité compétente l'identité des fiancés qui n'ont pas établi la légalité de leur séjour en Suisse. Cette norme renforcera le devoir de collaborer entre autorités de compétences en matière d'étrangers et d'état civil, ces dernières étant déjà tenues de communiquer la célébration des mariages et leur refus, conformément à l'article 97, alinéa 3, lettre c LEtr et les dispositions d'exécutions prévues. La nouvelle prescription a pour effet que le simple dépôt d'une demande en vue de mariage par un fiancé en situation irrégulière doit être communiqué aux autorités en matière d'étrangers. La cohérence de l'activité étatique s'en trouve accentuée.

En ce qui concerne l'application de la disposition pour les procédures de préparation de mariage pendantes, l'on renvoie aux considérations ci-dessus relatives à l'article 98, alinéa 4 CC.

3.2 Modification du droit en vigueur

Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (LPart)¹¹

Art. 5, al. 4

Le titre marginal et les alinéas 1 à 3 sont inchangés. L'article 5 LPart, qui est le pendant de l'article 98 CC, doit également être complété par un nouvel *alinéa 4*, prévoyant désormais que les partenaires étrangers sont tenus d'établir la légalité de leur séjour en Suisse au cours de la procédure préliminaire. Ici aussi, les documents exigés seront précisés dans les dispositions d'exécution, soit dans l'ordonnance sur l'état civil ou, le cas échéant, les directives de l'Office fédéral de l'état civil (cf. supra ch. 3.1).

¹¹ RS 211.231 ; RO 2005 5685

Le titre marginal est inchangé. La disposition comporte désormais deux alinéas : l'alinéa 1 correspond à la disposition actuelle, tandis que l'alinéa 2 reprend *mutatis mutandis* le contenu de l'alinéa 4 de l'article 99 CC (cf. supra ch. 3.1).

4 Conséquences financières et effets sur l'état du personnel

La révision ne devrait guère entraîner de conséquences financières ou sur l'état du personnel. Elle nécessitera quelques modifications ponctuelles de l'ordonnance sur l'état civil ainsi que, le cas échéant, l'adoption de directives d'application (cf. supra ch. 3.1) ; ces travaux pourront toutefois être absorbés par les effectifs du Département fédéral de justice et police.

5 Relation avec le droit européen

Sur le plan européen, quatre Etats ont adopté des dispositions analogues à celles envisagées. Il s'agit du Danemark, de la Norvège, des Pays-Bas et du Royaume-Uni.

Danemark : Conformément à l'article 11a de la loi danoise sur le mariage du 15 janvier 2007, le mariage ne peut être célébré au Danemark que si les fiancés sont citoyens danois ou au bénéfice d'un titre de séjour valable, tel que mentionné dans les dispositions topiques de la loi danoise sur les étrangers. S'il existe des doutes sur la conformité du séjour d'un fiancé, des informations peuvent être demandées au Service de l'immigration.

Norvège : En vertu des articles 5a et 7 de la loi norvégienne sur le mariage, dans sa teneur du 24 juin 1994, les ressortissants étrangers doivent avoir un séjour légal en Norvège pour pouvoir s'y marier ; la régularité du séjour doit être établie par pièces par les fiancés à l'instar des autres conditions du mariage.

Pays-Bas : L'article 44 du Livre premier du Code civil néerlandais prévoit, en cas de mariage ou d'enregistrement d'un partenariat avec un étranger, l'obligation de présenter à l'officier de l'état civil une déclaration du chef de l'autorité compétente en matière d'étrangers sur la régularité du séjour du futur époux ou partenaire. Cette déclaration n'est pas requise lorsque les futurs époux ou partenaires auront leur résidence à l'étranger après la célébration du mariage ou l'enregistrement du partenariat. Elle n'est pas non plus requise pour les futurs époux ou partenaires qui proviennent d'un pays membre de l'UE ou de l'AELE.

La régularité du séjour est vérifiée par l'autorité compétente en matière d'étrangers. Les autres documents présentés pour la conclusion d'un mariage ou pour l'enregistrement d'un partenariat aux Pays-Bas sont vérifiés par l'officier de l'état civil.

Royaume-Uni : Aux termes de l'article 19 de la loi britannique de 2004 sur l'asile et l'immigration (Asylum and Immigration Act 2004), un ressortissant issu d'un pays situé en dehors de l'Espace Economique Européen doit être titulaire d'un « visa pour mariage » ou d'un « visa de fiancé(e) » ou bien encore être détenteur d'une autorisation de mariage appelée « certificate of approval » délivrée par le Home Office avant

de pouvoir effectuer une déclaration de mariage au Royaume-Uni. En outre, la déclaration doit être faite auprès d'un bureau de l'état civil désigné à cette fin.

En Angleterre et dans le Pays de Galles, ces dispositions ne sont pas applicables aux mariages qui sont célébrés selon les rites de l'Église d'Angleterre ou de l'Église du Pays de Galles et qui sont précédés de la publication des bans.

6 Constitutionnalité et légalité

Le présent projet s'appuie sur l'article 122, alinéa 1 Cst. L'obligation pour les offices de l'état civil de communiquer à l'autorité compétente l'identité des fiancés qui séjournent illégalement en Suisse se fonde également sur l'article 121, alinéa 1 Cst.

En tant qu'elle instaure une formalité supplémentaire, la mesure proposée constitue une restriction au droit au mariage garanti par l'article 14 Cst. Sa constitutionnalité est donc subordonnée au respect des exigences de l'article 36 Cst. Le texte de la disposition proposée est conforme à la Constitution. Toutefois, pour respecter les exigences qui découlent, en particulier, du principe de la proportionnalité, il s'agira de veiller aussi à ce que cette disposition soit mise en œuvre de manière conforme à la garantie constitutionnelle du droit au mariage.