

Prise de position des professeurs de droit civil au sujet des Rapport et Avant-projet de mesures pour combattre le mariage forcé (Motion Heberlein).

Les professeurs consultés étaient ceux concernés par le droit de la famille et le droit pénal. Ils ne se sont pas tous prononcés sur tous les points abordés ci-dessous. Les avis n'étaient pas forcément unanimes ce qui est exprimé par les nuances dans la formulation.

- La distinction entre mariages forcés et **mariages arrangés** et l'exclusion de ces derniers du projet de loi paraissent justifiées. Un mariage arrangé peut être librement consenti et ne devrait donc pas faire l'objet de sanctions. Un mariage arrangé et célébré de force, en revanche, est de toute manière un mariage forcé, sanctionnable à ce titre.
- **Art. 99 al. 1 ch. 1 AP CC:** Cette nouvelle disposition ne fera qu'exprimer ce qui est déjà le cas : l'officier de l'état civil ne doit pas célébrer un mariage lorsque le consentement de l'un des époux ou des deux n'est manifestement pas l'expression de sa libre volonté. Cet article exprimera donc plutôt une volonté politique qu'une nécessité juridique; il soulignera, ce qui est à saluer, la position suisse en matière de mariages forcés. Cette volonté politique pourrait, toutefois, aussi s'exprimer au niveau des textes légaux inférieurs (ordonnance, directive) ou de l'application. L'introduction de normes spéciales à côté de normes générales qui pourraient également s'appliquer à la situation ou au fait visés pose inévitablement des problèmes de délimitation et d'interprétation de la loi, et engendre une certaine insécurité juridique. Les mêmes réflexions s'imposeraient si une norme pénale spéciale devait être introduite (cf. solution subsidiaire prévue dans le Rapport). En l'état, le droit pénal général nous paraît suffire pour appréhender le phénomène des mariages forcés.
- Du point de vue technique, l'on peut se demander si la **libre volonté** de contracter le mariage ne fait pas partie des *conditions du mariage* de l'art. 94 CC, au même titre que la capacité de discernement des fiancés, et ne devrait donc pas plutôt être explicitée dans cette disposition ou encore dans l'art. 99 al. 1 ch. 3 CC.
- La possibilité, pour l'officier de l'état civil, d'**entendre les fiancés individuellement**, qui sera évoqué spécifiquement au niveau de l'OEC et des directives internes, est certes à saluer. Une partie des personnes consultées soulignent que l'art. 99 al. 1 ch. 1 AP CC, s'il était adopté, ne devra cependant pas mener à une restriction du droit de se marier de ressortissants de certains pays sur la base d'une suspicion générale de mariages forcés. Il y a également lieu de tenir compte du fait que l'officier de l'état civil ne peut en aucun cas disposer de

pouvoirs d'examen aussi étendus que le juge (et les autorités migratoires concernant l'immigration abusive).

- **Art. 105 ch. 5 AP CC** : Cette nouvelle disposition nous paraît poser plusieurs problèmes :

- Il s'agirait d'une nouvelle cause absolue d'annulation du mariage : l'intervention de l'autorité se ferait d'office sans égard à la volonté des époux et à l'éventuelle réussite – nonobstant son caractère forcé – du mariage. La gravité de l'éventuelle ingérence dans la vie privée des époux appelle les remarques suivantes.
- La formulation proposée et le rapport ne concordent pas sur ce que pourra et devra faire le juge saisi (voire même l'autorité). Selon le texte légal, qui est sans équivoque comme pour les autres causes absolues, le juge *devra* dissoudre le mariage dès l'instant où le caractère forcé de l'union sera établi. Le Rapport, en revanche, préconise une certaine marge d'appréciation du juge (pt. 2.1, p. 25 Rapport). Si tel est la volonté du législateur, il convient de l'indiquer clairement dans la formulation du texte légal, p.ex. par “.. le juge *pourra* .. “. Sans cela, le doute s'installera non seulement par rapport à l'interprétation de cette disposition, mais aussi de celle des autres causes absolues d'annulation du mariage (art. 105 ch. 1-4 CC, 105 ch. 6 AP CC).

Un pouvoir discrétionnaire du juge se justifie dans l'intérêt des victimes des mariages forcés. Pour ces raisons, nous préconisons

- la création d'une nouvelle cause d'annulation mixte, qui permettrait à l'autorité et au juge, d'office ou sur demande de l'un ou des deux époux, d'intervenir et d'annuler un tel mariage. L'annulation ne devrait cependant être prononcée que si la protection des époux l'exige et qu'il s'impose de les libérer. Il serait d'ailleurs concevable de regrouper le ch. 4 de l'art. 107 CC avec le ch. 5 de l'art. 105 AP CC, car les buts de protection des deux disposition paraissent être les mêmes.
- Il paraît aussi recommandable d'utiliser, dans une telle norme, des termes proches de ceux utilisés au ch. 4 de l'art. 107 CC (“menace”) à la place de “libre volonté”. Ceci pour éviter la confusion dans l'interprétation de cette dernière expression qui, utilisée ailleurs en droit civil, inclut l'erreur, ce qui n'est pas le cas s'agissant des mariages forcés.

- **Art. 105 ch. 6 AP CC, art. 4 al. 2 et 45a LDIP, art. 44 al. 1 et 45a AP LDIP** :

- Application interne : L'AP érige l'âge de moins de 18 ans en condition suffisante pour une annulation du mariage sur initiative de l'autorité. L'utilité d'une norme aussi stricte ne paraît pas évidente. Il semble quasi exclu qu'un mariage de ressortissants suisses de moins de 18 ans soit célébré par un officier de l'état civil en Suisse. L'on peut imaginer la possibilité d'erreurs concernant des étrangers qui se marient en Suisse, en raison de documents nationaux moins clairs ou moins fiables. Dans ces cas, s'il s'agissait d'un mariage forcé ou d'un mariage conclu sans la capacité de discernement nécessaire, les

dispositions topiques s'appliquent de toute manière et permettraient l'annulation du mariage à ces titres. Dans les cas du seul défaut de l'âge minimum requis, l'avancement de l'âge des époux devrait guérir le défaut initial. De l'avis d'une partie des professeurs consultés, intervenir alors d'office dans un tel mariage peut violer le droit au mariage des personnes concernées.

- DIP : Ne pas *reconnaître* des mariages de personnes de moins de 18 ans, conclus à l'étranger, en invoquant l'ordre public, peut paraître aller dans le sens de la lutte contre les mariages forcés. Mais l'on peut se demander si la reconnaissance formelle de mariages d'époux entre 16 et 18 ans ne servirait pas mieux la cause des victimes, qui, une fois en Suisse, pourraient invoquer en sécurité le mariage forcé pour le faire annuler (art. 107 ch. 4 CC). Par ailleurs, bien que la conclusion de mariages forcés ne soit évidemment pas protégée par l'art. 12 CEDH, l'on peut se poser la question de savoir si le respect de tels mariages ne doit pas s'imposer dans les cas où le couple considère le mariage comme réussi, en dépit de son défaut initial grave, ce qui impliquerait la protection de tels mariages par les art. 12 et 8 CEDH (cf. pt. 4.2, p. 29 Rapport). Les opinions à ce sujet ne sont pas unanimes. Pour une partie des professeurs consultés, *l'annulation* de mariages entre époux de moins de 18 ans au moment de la conclusion du mariage (art. 105 ch. 6 AP CC) ne peut pas nécessairement se justifier par l'ordre public. Pour des époux mariés entre 16 et 18 ans, une telle mesure peut s'avérer disproportionnée si les époux ont la capacité de discernement et la volonté d'être mariés au moment où la question de l'annulation se pose.
- **Information, législation sur les étrangers** : Les parties du Rapport traitant ces questions ont été commentées par une partie des professeurs consultés dans le sens suivant. La lutte contre les mariages forcés doit avoir comme premier but la prévention de telles pratiques. L'information aux ressortissants étrangers en Suisse, par autant de canaux possibles, est d'importance cardinale pour atteindre ce but. Le Rapport le souligne (p. 13 sv.) et l'on ne peut qu'être d'accord. En revanche, une fois le mariage forcé conclu, la protection de la victime paraît primordiale. Le proportionnalité des mesures prises, tenant compte d'un large éventail de facteurs, revêt de la plus grande importance à cet égard. Certaines préoccupations ont été exprimées devant les normes et mesures proposées (Rapport, p. 14 ss), tout particulièrement au niveau de la législation sur les étrangers qui, à la place de protéger les victimes de telles pratiques, peuvent pénaliser celles-ci notamment par la non-admission en Suisse ou le renvoi de ces personnes dans leur pays où elles pourraient être confrontées à des représailles ou à une situation précaire. Allant dans le même sens, les nouvelles normes de DIP peuvent aussi soulever des réserves quant à la protection des victimes de mariages forcés dont l'annulation devrait devenir plus facile en Suisse, même si le lien avec la Suisse n'est que tenu.

Pour le département de droit civil

Prof. M. Baddeley

14.1.2009