

**Répression des mariages forcés et des mariages arrangés ;  
Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 05.3477 du  
9.9.2005 de la Commission des institutions politiques du Conseil  
national**

## **Aperçu**

*Pour protéger les personnes contre les mariages forcés, les dispositions du droit pénal, du droit civil et du droit des étrangers doivent être appliquées et exécutées de manière conséquente. Une modification législative n'est nécessaire qu'en droit civil. Comme autres mesures peuvent entrer en considération des campagnes d'information ciblées, ainsi que des offres de consultation et d'assistance pour les personnes concernées.*

*Déjà d'après le droit actuel, l'officier de l'état civil doit refuser son concours au mariage lorsqu'il apparaît manifestement que le mariage n'est pas librement contracté. Pour donner un signal, une disposition expresse pourrait être introduite dans le code civil, d'après laquelle l'officier de l'état civil doit s'assurer que les fiancés consentent librement au mariage. En outre, il faudrait, afin d'améliorer la protection de la victime, prévoir qu'un mariage contracté sans libre volonté soit un nouveau motif d'annulation absolu. Une restriction de la reconnaissance des mariages par procuration est à examiner sérieusement.*

*Le code pénal suisse ne contient aucune disposition qui réprime expressément les mariages forcés ou arrangés. Les mariages forcés sont toutefois déjà couverts, dans le droit en vigueur, par la disposition pénale relative à la contrainte, ils sont poursuivis d'office et punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. La mention explicite du mariage forcé comme cas de contrainte aggravé ou l'introduction d'une nouvelle infraction « mariages forcés » pourrait certes contribuer à éveiller les consciences à ce problème. Il est cependant douteux que ce signal atteigne les auteurs et les victimes. En outre, les problèmes liés à l'élucidation des faits n'en seraient pas pour autant résolus.*

*La nouvelle loi sur les étrangers prévoit des mesures renforcées pour lutter contre les abus, en particulier dans le domaine du regroupement familial. Les dispositions légales nécessaires pour refuser une autorisation de séjour à des étrangers en cas de mariage forcé existent ; cependant, il restera difficile pour la police des étrangers de prouver la contrainte en l'absence de déclaration des personnes concernées.*

Aperçu .....	2
1. Introduction .....	6
2. Postulat .....	7
2.1 Motif.....	7
2.1.1 Question Banga (04.1181).....	7
2.1.2 Motion Wehrli (06.3657) .....	8
2.1.3 Délibérations parlementaires sur la loi sur les étrangers.....	8
2.1.4 Motion Heberlein (06.3658).....	9
2.1.5 Motion du Groupe radical-libéral (06.3650) .....	9
3. Droit en vigueur .....	9
3.1 Mariage forcé et mariage arrangé: distinctions et définitions .....	9
3.2 Droit international .....	10
3.2.1 Dispositifs de protection.....	10
3.2.2 Convention européenne des droits de l'homme .....	10
3.2.2.1 Droit de se marier .....	10
3.2.2.2 Droit au respect de la vie privée et familiale.....	11
3.2.3 Autres instruments de la protection internationale des droits de l'homme ....	12
3.2.3.1 Déclaration universelle des droits de l'homme .....	12
3.2.3.2 Pacte international relatif aux droits civils et politiques .....	12
3.2.3.3 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.....	13
3.2.3.4 Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.....	13
3.2.3.5 Autres instruments de l'ONU.....	13
3.2.3.6 Résolution 1468 (2005) et Recommandation 1723 (2005) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe .....	15
3.3 Droit constitutionnel.....	16
3.3.1 Sphère protégée et restrictions possibles.....	16
3.3.2 Mariages forcés .....	17
3.3.3 Mariages arrangés .....	17
3.4 Droit pénal.....	18
3.4.1 Remarque préalable.....	18
3.4.2 Mariage forcé comme contrainte au sens de l'article 181 CP.....	18
3.4.2.1 Élément objectif de l'infraction.....	18
3.4.2.2 Élément subjectif de l'infraction .....	19
3.4.2.3 Caractère illicite .....	19
3.4.2.4 Culpabilité .....	19
3.4.2.5 Qualité d'auteur et participation.....	20
3.4.2.6 Acte préparatoire et tentative .....	20
3.4.2.7 Punissabilité de l'omission ?.....	20
3.4.3 Infraction commise à l'étranger .....	21
3.4.4 Suspension de la procédure .....	21
3.4.5 Autres normes pénales .....	22
3.4.6 Le mariage forcé comme forme de traite d'êtres humains?.....	22
3.5 Droit privé .....	23
3.5.1 Volonté libre et non viciée des fiancés.....	23
3.5.2 Annulation des mariages viciés.....	23
3.5.3 Âge minimum requis .....	25
3.6 Droit international privé .....	25
3.6.1 Mariages forcés .....	25
3.6.2 Mariages par procuration .....	27

3.7	Aide aux victimes .....	29
3.8	Droit des étrangers .....	30
3.8.1	Réglementation relative au séjour des conjoints étrangers .....	30
3.8.1.1	Dispositions du droit des étrangers relatives au regroupement familial .....	30
3.8.1.2	Mariages contractés en Suisse .....	30
3.8.1.3	Mariages contractés à l'étranger .....	31
3.8.2	Incidences d'un mariage forcé sur le droit de séjour .....	31
3.8.2.1	Preuve du mariage forcé.....	31
3.8.2.2	Situation de la victime en terme de droit des étrangers.....	32
3.8.2.3	Incidences sur le droit de séjour de l'auteur de l'acte .....	32
3.8.3	Promotion de l'intégration et de l'apprentissage de la langue pour éviter les mariages forcés .....	33
3.9	Droit d'asile.....	33
3.10	Droit de cité.....	34
3.10.1	Refus de la naturalisation .....	34
3.10.2	Annulation de la naturalisation .....	35
4.	Législations étrangères.....	35
4.1	Distinctions et définitions.....	35
4.2	Union Européenne.....	35
4.2.1	Règlement n° 2201/2003 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.....	36
4.2.2	Directive relative au droit au regroupement familial (2003/86/CE) .....	36
4.3	Droits constitutionnels et droit international.....	38
4.4	Ordres juridiques internes .....	38
4.4.1	France et Italie .....	38
4.4.2	Belgique, Allemagne, Autriche, Suède, Norvège et Danemark.....	39
4.4.2.1	Allemagne .....	39
4.4.2.2	Autriche .....	41
4.4.3	Grande-Bretagne .....	43
5.	Règlementations envisageables.....	43
5.1	Droit constitutionnel.....	43
5.1.1	Mariages forcés .....	43
5.1.2	Mariages arrangés .....	43
5.2	Droit pénal.....	44
5.2.1	Maintien du statu quo.....	44
5.2.2	Mention explicite du mariage forcé à l'article 181 CP, avec ou sans sanction plus sévère.....	44
5.2.3	Nouvelle norme pénale relative au mariage forcé / Extension du champ d'application du CP .....	45
5.2.4	Coordination entre la contrainte en droit pénal et l'annulation du mariage en droit civil.....	46
5.3	Droit privé .....	47
5.3.1	Mesures préventives.....	47
5.3.1.1	Information du public et des fiancés .....	47
5.3.1.2	Modification du droit relatif à la conclusion du mariage .....	48
5.3.2	Sanctions .....	48
5.3.2.1	Extension des causes d'annulation relatives .....	48
5.3.2.2	Extension des causes d'annulation absolues .....	49
5.3.3	Collaboration et échange d'informations entre autorités .....	50
5.3.3.1	Collaboration avec les autorités de poursuites pénales .....	50

5.3.3.2	Collaboration avec les autorités de police des étrangers.....	50
5.3.3.3	Devoir d'informer d'autres autorités ? .....	51
5.3.4	Partenariat enregistré.....	51
5.4	Droit international privé .....	51
5.4.1	Mariages forcés .....	51
5.4.2	Mariages par procuration .....	52
5.5	Aide aux victimes.....	53
5.6	Droit des étrangers .....	53
5.6.1	Introduction d'un âge minimal pour les conjoints bénéficiant du regroupement familial .....	53
5.6.2	Connaissance d'une langue nationale avant l'entrée dans le pays .....	56
5.6.3	Admissibilité en droit international public de restrictions du regroupement familial pour éviter des mariages forcés .....	56
5.6.4	Suite de la procédure .....	58
5.7	Droit d'asile.....	58
5.8	Droit de cité.....	59
6.	Résumé.....	59
6.1	Introduction .....	59
6.2	Droit en vigueur .....	59
6.2.1	Droit international .....	59
6.2.2	Droit constitutionnel.....	60
6.2.3	Droit pénal.....	60
6.2.4	Droit privé .....	60
6.2.5	Droit international privé .....	61
6.2.6	Aide aux victimes.....	61
6.2.7	Droit des étrangers .....	61
6.2.8	Droit d'asile.....	62
6.2.9	Droit de cité.....	63
6.3	Réglementations envisageables.....	63
6.3.1	Droit constitutionnel.....	63
6.3.2	Droit pénal.....	63
6.3.3	Droit privé .....	64
6.3.4	Droit international privé .....	65
6.3.5	Aide aux victimes.....	66
6.3.6	Droit des étrangers .....	66
6.3.7	Droit d'asile.....	67
6.3.8	Droit de cité.....	67
6.4	Autres mesures .....	67

## 1. Introduction

Les mariages forcés ou arrangés sont un phénomène dont le grand public a pris, en Suisse aussi, plus largement conscience ces dernières années, à la faveur d'une série de cas qui ont défrayé la chronique. On se souvient en particulier du cas de Zahide D, jeune Turque élevée en Allemagne et venue chercher refuge en Suisse avec son ami pour échapper à un mariage forcé. Le jeune couple a été tué le 18 mai 2001 dans son appartement à Nierderscherli près de Berne, sur ordre du conseil de famille. Plus récemment, en mai 2006, la Suisse a expulsé deux ressortissants turcs pour avoir menacé de mort par crime d'honneur leur fille, respectivement épouse, jeune Turque de 21 ans qui a grandi dans notre pays et qui s'est révoltée contre l'exécution du mariage prétendument contracté sous contrainte<sup>1</sup>. Le 29 novembre 2006, Ajmal A., ressortissant pakistanais de 26 ans, était condamné à Bellinzone à 18 ans de réclusion pour le meurtre de son épouse, laquelle avait demandé le divorce au bout de quatre mois d'une union forcée<sup>2</sup>.

C'est un fait établi que le mariage forcé touche des millions d'êtres humains dans le monde. Il n'existe aucune statistique précise en la matière, puisque dans bien des pays ces unions ont un caractère clandestin et sont donc célébrées pour la plupart à l'intérieur de groupements et de communautés fermés<sup>3</sup>. Une étude réalisée par le Fonds des Nations Unies pour l'enfance UNICEF indique que chaque année, des millions de filles sont mariées peu avant ou peu après leur puberté<sup>4</sup>. Au regard de leur jeune âge, il ne peut être présumé qu'elles y ont librement consenti, si bien que ces mariages d'enfants sont assimilées à des mariages forcés<sup>5</sup>.

Des données statistiques fiables sur les mariages forcés et arrangés font aussi défaut en Suisse. L'unique étude menée à ce jour estime à 17'000 environ le nombre de mariages forcés dans notre pays<sup>6</sup>, dont un tiers concernerait des mineurs (entre 13 et 18 ans)<sup>7</sup>.

Dans sa réponse du 20 septembre 2006 à la motion de la conseillère municipale Rania Bahnan Buechi „Weniger Zwangsehen in der Stadt Bern“ (*moins de mariages forcés dans la ville de Berne*) le Conseil municipal de la ville de Berne a signalé que la police des étrangers de la capitale fédérale s'est saisie en 2005 de plus de 80 affaires de mariage forcé relevant de la législation sur les étrangers. Ce même conseil a estimé le nombre réel de cas à 450 environ pour les cinq dernières années, avec une tendance à la hausse<sup>8</sup>.

Il y a lieu d'admettre qu'en Suisse, les mariages forcés et les mariages arrangés concernent principalement des communautés d'immigrés, sans être le fait de groupes culturels déterminés ou d'une religion en particulier. Ils se rencontrent surtout dans des communautés à structure éminemment patriarcale et traditionaliste, de croyances diverses, parmi lesquelles des Tamouls hindous, des Assyriens et Araméens chrétiens-orthodoxes, des Kosovars musulmans et catholiques, des Juifs orthodoxes, des Turcs sunnites et des Kurdes alévistes<sup>9</sup>. Biens

<sup>1</sup> Par décision du 29 août 2007, le Tribunal administratif du canton de St. Gall a confirmé la légitimité de l'expulsion du père.

<sup>2</sup> Les témoignages des victimes ont aussi grandement contribué à sensibiliser l'opinion: cf. aussi SERAP CILELI « Wir sind eure Töchter, nicht eure Ehre » Munich 2002; FATMA BLÄSER « Hennamond: mein Leben zwischen zwei Welten », Berlin, 2005; NECLA KELEK « Die fremde Braut », Cologne, 2005.

<sup>3</sup> Cf. le « Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits fondamentaux des victimes de la traite des êtres humains, en particulier les femmes et les enfants » du 24 janvier 2007, A/HRC/4/23, § 30.

<sup>4</sup> « Early marriage – a harmful traditional practice », UNICEF, 2005.

<sup>5</sup> L'étude relève que les mariages d'enfants peuvent impliquer des enfants de sexe masculin, mais que le phénomène touche un bien plus grand nombre de filles, et ce de manière plus systématique (cf. p. 1).

<sup>6</sup> Cf. « La prévalence du mariage forcé en Suisse: Rapport de l'enquête exploratoire » Fondation Surgir, Lausanne 2006, p. 11.

<sup>7</sup> Cf. rapport de la Fondation Surgir, *op. cit.*

<sup>8</sup> Cf. procès-verbal de la séance du Conseil municipal du 2 novembre 2006. Cf. aussi la position du Conseil fédéral à propos de la motion WEHRLI (06.3657) du 21 février 2007.

<sup>9</sup> Cf. [www.zwangsheirat.ch](http://www.zwangsheirat.ch).

souvent, la religion sert dans ces communautés à légitimer les traditions de mariages forcés ou arrangés.

Les mariages forcés et arrangés ne sont pas, à strictement parler, un phénomène spécifiquement féminin, puisqu'ils impliquent aussi des jeunes garçons et des hommes<sup>10</sup>.

## **2. Postulat**

Le présent rapport a été élaboré en exécution du postulat de la Commission des institutions politiques du Conseil national (05.3477) intitulé « Répression des mariages forcés et des mariages arrangés ». Le postulat invitait le Conseil fédéral à « examiner les possibilités de sanction pénale et civile qui existent pour les mariages forcés et les mariages arrangés de personnes domiciliées en Suisse. Il est tenu d'en faire rapport à l'Assemblée fédérale ». Le postulat prévoyait la possibilité de mener une étude approfondie et à large échelle. Le 23 septembre 2005, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à l'accepter. Le Conseil national a transmis le postulat le 28 septembre 2005. Dans le rapport « Motions et postulats des Conseils législatifs », le Conseil fédéral propose de classer le postulat (05.3477) « Répression des mariages forcés et des mariages arrangés » de la Commission des institutions politiques du Conseil national.

### **2.1 Motif**

#### **2.1.1 Question Banga (04.1181)**

Dans la réponse qu'il a donnée le 16 février 2005 à la question BANGA (04.1181) « Lutter contre les mariages forcés et mieux protéger les victimes », le Conseil fédéral se prononce pour la première fois sur la nécessité d'agir au niveau des lois et parvient à la conclusion qu'il n'y a pas de lacunes législatives à combler en la matière. Notamment parce que le droit suisse exclut d'ores et déjà le mariage de personnes mineures (art. 94, al. 1 du Code civil suisse; CC; RS 210) mais aussi, parce qu'en vertu de ce même code, un époux peut demander l'annulation du mariage lorsqu'il a contracté l'union 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 (art. 107, ch. 4, CC).

Pour ce qui est du droit pénal, le Conseil fédéral relève que les mariages forcés peuvent être déjà couverts par la norme pénale de la contrainte (art. 181 du Code pénal suisse ; CP ; RS 311.0) et qu'ils sont ainsi poursuivis d'office et punis de l'emprisonnement pour trois ans au plus ou de l'amende (depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007 l'infraction est frappée d'une peine privative de liberté jusqu'à trois ans ou d'une peine pécuniaire). Lorsqu'une contrainte au sens de l'article 181 CP en vue d'un mariage est à l'origine de troubles psychiques ou physiques, la personne concernée peut solliciter le soutien d'un centre de consultation d'aide aux victimes. Selon les situations, ce soutien peut aussi consister à lui trouver un hébergement d'urgence et à lui assurer un accompagnement tout au long de la procédure pénale. Si malgré tout, les cas de mariages forcés n'aboutissent pas devant les tribunaux pénaux, c'est sans doute, dit le Conseil fédéral, que les victimes n'osent pas attirer l'attention sur leur problème et s'en libérer. Le fait qu'il peut être difficile, voire impossible de prouver les faits allégués, a fortiori après une longue période, ajoute encore à la difficulté. Le Conseil fédéral reconnaît qu'il est

---

<sup>10</sup> Cf. le rapport de la Fondation Surgir, p. 3 et 40, ainsi que la publication « Dealing with Cases of Forced Marriage : Guidance for Education Professionals » de la Forced Marriage Unit du Ministère britannique des Affaires extérieures de l'année 2005, p. 3, laquelle arrive à la conclusion que 15 % des victimes de mariages forcés sont de sexe masculin.

possible, sous l'angle de la technique législative, de créer une nouvelle norme pénale « mariage forcé » au sens d'une contrainte qualifiée – tout en faisant remarquer que les problèmes pratiques évoqués ne seraient pas résolus pour autant. L'utilité d'une telle norme pénale se limiterait probablement à sa contribution, fort souhaitable en soi, à l'éveil des consciences à ce problème. Cet aspect ne suffirait toutefois pas à justifier une révision du Code pénal, d'autant que des données fiables sur l'ampleur du phénomène en Suisse font encore défaut. Pour terminer, le Conseil fédéral signale qu'un bon moyen de lutter contre les mariages forcés consisterait certainement à sensibiliser de manière ciblée les victimes potentielles et de les informer de leurs droits avant et après le mariage<sup>11</sup>.

### 2.1.2 Motion Wehrli (06.3657)

Dans sa réponse du 21 février 2007 à la motion WEHRLI (06.3657) « Mariages forcés », le Conseil fédéral invoque que l'officier d'état civil suisse doit, aujourd'hui déjà, refuser la célébration, conformément au principe de la liberté de mariage, lorsqu'il est manifeste que les consentements ne sont pas échangés librement. Le Conseil fédéral rappelle aussi qu'une bonne partie des mariages considérés comme forcés dans notre système de valeurs sont contractés à l'étranger, autrement dit qu'ils échappent d'emblée aux moyens d'agir des officiers d'état civil suisses. En revanche, conformément à la loi sur le droit international privé (LDIP; RS 291), les autorités appelées à reconnaître ces unions (en particulier les autorités cantonales de surveillance de l'état civil si le mariage doit être transcrit dans les registres suisses et les autorités de police des étrangers, qui statuent dans le cadre d'une demande de regroupement familial) peuvent d'ores et déjà refuser la reconnaissance, car de tels mariages sont manifestement contraires à l'ordre public suisse (art. 27 et 45, al. 2, LDIP).

### 2.1.3 Délibérations parlementaires sur la loi sur les étrangers

Au cours de la session de printemps 2005, le Conseil des Etats a approuvé, dans le cadre des délibérations parlementaires sur la loi sur les étrangers, la proposition de la conseillère aux Etats FORSTER-VANNINI, qui demandait d'ériger les mariages forcés en forme qualifiée de la contrainte et de les punir d'une peine privative de liberté de six mois à cinq ans.

*Art. 120, ch. 3, P-LEtr: mariage forcé (ou art. 181<sup>bis</sup> P-CP)*

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 contracter mariage, sera puni de l'emprisonnement de six mois à cinq ans.

Réunie en séance le 24 juin 2005, la Commission des institutions politiques du Conseil national a buté sur diverses difficultés que pose la création d'une norme pénale de contrainte qualifiée. Parmi elles, la question du cadre pénal et du champ d'application personnel et territorial d'une telle norme, leur extension aux partenariats enregistrés, la possibilité de suspendre la procédure selon l'art. 66<sup>ter</sup> aCP (depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007: art. 55a CP) ainsi que les suites civiles d'une éventuelle décision pénale. En conséquence, la Commission a décidé d'abandonner l'étude d'une nouvelle norme et a demandé en lieu et place au Conseil fédéral

---

<sup>11</sup> Cf. aussi à ce propos la prise de position du Conseil fédéral du 16 mai 2007 sur la motion HALLER (07.3116) « Pour que les droits et obligations attachés au mariage soient connus de tous », et dans laquelle le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à remettre aux intéressés des documents qu'ils comprennent et qui leur seront fournis dans le cadre d'une procédure de mariage, de l'octroi d'un visa ou d'un regroupement familial, afin de leur donner la possibilité de s'informer sur des aspects centraux de la vie sociale dans notre pays.

« d'examiner les possibilités de sanction pénale et civile qui existent pour les mariages forcés et les mariages arrangés de personnes domiciliées en Suisse et de rendre compte de ces conclusions ».

### **2.1.4 Motion Heberlein (06.3658)**

Lors de la session de printemps 2007 des Chambres fédérales, le Conseil des Etats a accepté la motion HEBERLEIN (06.3658) « Mesures contre les mariages forcés ou arrangés » qui charge le Conseil fédéral « de prendre, immédiatement, toutes les mesures nécessaires prévues par la loi (droit pénal, droit civil, législation sur les étrangers, etc.) et d'élaborer un concept détaillé qui empêche les mariages forcés ou arrangés, qui soutienne véritablement les victimes (en les aidant à s'en sortir, en leur offrant une nouvelle identité, etc.) et qui protège leurs droits fondamentaux ». Le Conseil fédéral a proposé le rejet de la motion.

### **2.1.5 Motion du Groupe radical-libéral (06.3650)**

Une motion déposée par le Groupe radical-libéral (06.3650), mot pour mot identique à la motion HEBERLEIN, est actuellement pendante devant le Conseil national. Dans sa prise de position du 14 février 2007, le Conseil fédéral en a proposé le rejet.

## **3. Droit en vigueur**

### **3.1 Mariage forcé et mariage arrangé: distinctions et définitions**

Dans le débat public comme dans les milieux spécialisés, on assimile volontiers les mariages arrangés et forcés, au motif que toute influence extérieure exercée sur les futurs époux porterait atteinte à leur droit à l'autodétermination ou encore, que le critère déterminant se résumerait, en définitive, au ressenti subjectif de la personne concernée face à la pression qu'elle subit de la part de son environnement social<sup>12</sup>. L'argumentation ne résiste pas à l'examen juridique, car à la différence du mariage arrangé où les conjoints restent libres de contracter mariage, le mariage forcé porte gravement atteinte au droit à l'autodétermination de la personne concernée et constitue une violation des droits de l'homme<sup>13</sup>.

Il n'existe dans le droit suisse aucune définition du mariage forcé ou arrangé. D'après la doctrine dominante, il y a *mariage forcé* lorsque le mariage est contracté sans la libre volonté d'un des deux conjoints au moins. Les pressions exercées sur la personne forcée à se marier peuvent se manifester de manières multiples, notamment sous forme de menaces, de chantage affectif et d'autres actes humiliants ou à caractère inhibant. Dans les cas plus extrêmes, les mariages forcés peuvent s'accompagner de violence physique, sexuelle ou psychologique,

<sup>12</sup> Cf. notamment le « Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits fondamentaux des victimes de la traite des êtres humains, en particulier les femmes et les enfants », *op. cit.*, § 26 : « La Rapporteuse spéciale s'inquiète de voir que dans certains cas la marge est très étroite entre un mariage arrangé et un mariage forcé. (...) Un mariage imposé à une femme, non pas expressément par la force mais au moyen de pressions et/ou d'une manipulation constantes, qui consistent souvent à lui répéter que son refus d'un promis ternira l'image de sa famille dans la communauté peut aussi être considéré comme un mariage forcé ».

<sup>13</sup> Cf. HEINER BIELEFELDT « Menschenrechte in der Einwanderungsgesellschaft. Plädoyer für einen aufgeklärten Multikulturalismus », Bielefeld, 2007, p. 173.

d'enlèvements, de privation de liberté, voire de meurtre<sup>14</sup>. Nous sommes en revanche en présence d'un *mariage arrangé* lorsque l'union est certes initiée par des tiers, mais conclue avec la libre volonté des deux conjoints.

## 3.2 Droit international

### 3.2.1 Dispositifs de protection

La Suisse est partie à diverses conventions contraignantes relatives aux droits de l'homme qui garantissent le droit de contracter mariage et de fonder une famille. Ce droit s'assortit, tantôt implicitement, tantôt explicitement, du principe selon lequel le mariage requiert le libre et plein consentement des intéressés. Au-delà de la protection de l'intéressé, il y a lieu de veiller aussi, dans l'élaboration de mesures de lutte contre les mariages forcés, à ce que ces dernières n'empiètent pas démesurément sur les droits des couples qui ne se sont pas dans une situation de contrainte.

### 3.2.2 Convention européenne des droits de l'homme

#### 3.2.2.1 Droit de se marier

Aux termes de l'article 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101), l'homme et la femme ont le droit, à partir de l'âge nubile, de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. Ce droit comprend aussi le droit négatif de ne pas se marier<sup>15</sup>. Le droit national auquel il est ici fait référence peut définir des conditions au mariage et en déterminer les effets. Les conditions peuvent relever du droit de procédure (publicité p.ex.) ou être d'ordre matériel (capacité de contracter mariage, consentement ou empêchement)<sup>16</sup>. L'âge de nubilité fixé par la loi peut varier d'un Etat à l'autre<sup>17</sup>. Au nombre des empêchements reconnus figurent le lien de parenté, l'absence de capacité civile, l'absence de libre consentement et la polygamie<sup>18</sup>. Le droit national ne peut restreindre la garantie au point d'en modifier la substance<sup>19</sup>.

Il peut y avoir ingérence dans l'exercice du droit de contracter mariage en vertu des mêmes principes qui s'appliquent au droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH). Selon ces principes, l'ingérence doit être prévue par la loi, autrement dit avoir une base légale suffisamment déterminée qui assure une protection contre les ingérences arbitraires de l'Etat<sup>20</sup>. Si les autorités peuvent intervenir à leur libre discrétion, la loi doit définir avec une précision suffisante la portée et les modalités de l'exercice de ce droit, afin d'assurer aux

<sup>14</sup> Une étude de l'ONU datant de l'année 2006 définit le mariage forcé comme étant un mariage conclu sans le libre et plein consentement de l'un des conjoints au moins. Cf. à ce propos l'« Étude approfondie de toutes les formes de la violence à l'égard des femmes » du 6 juillet 2006, A/61/122/add., § 122 : « Un mariage forcé se contracte sans le consentement libre et non vicié d'une au moins des parties. Dans sa forme la plus extrême, le mariage forcé peut s'accompagner de menaces, de rapt, d'emprisonnements, de violences physiques, de viols et, dans certains cas, de meurtres ».

<sup>15</sup> CHRISTOPH GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2<sup>ème</sup> éd., Munich Vienne, 2005, no 59.

<sup>16</sup> Arrêt *F. contre Suisse* du 22 avril 1987, série A, vol. 128, § 32.

<sup>17</sup> JENS MEYER-LADEWIG, *Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 2<sup>ème</sup> éd., Baden-Baden 2006, no 5 ad art. 12; CHRISTOPH GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 208.

<sup>18</sup> GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 210, avec renvois.

<sup>19</sup> Arrêt *Rees contre Royaume-Uni* du 17 octobre 1986, série A, vol. 128, § 50.

<sup>20</sup> Arrêt *Tourancheau et July contre France* du 24 novembre 2005, no 53886/00, § 54.

citoyens la protection minimale qu'ils sont fondés à obtenir dans un régime d'Etat de droit<sup>21</sup>. Par ailleurs, l'ingérence doit obéir au principe de la proportionnalité. La Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) examine si les services de l'Etat ont procédé à une pesée des intérêts et trouvé un juste équilibre entre l'intérêt public général et les intérêts des individus au regard des droits que leur confère la convention. Une mise en balance d'intérêts particuliers peut aussi s'imposer<sup>22</sup>.

Quand bien même la Cour EDH ne s'est pas prononcée à ce jour, dans sa jurisprudence, sur la question des mariages forcés, on peut admettre que l'article 12 CEDH donne lieu à une obligation positive d'empêcher la conclusion de mariages forcés et de reconnaître aux intéressés des moyens efficaces pour en contester la validité. Les mesures censées empêcher la célébration même des unions forcées, créent une situation particulière, au sens où il s'agit de procéder à une pesée des intérêts entre deux composantes du droit au mariage. Ainsi, les moyens mis en oeuvre pour prévenir les mariages conclus contre le gré des intéressés ne doivent pas avoir pour effet de restreindre outre mesure les droits des couples désireux de fonder une communauté conjugale. Les Etats disposent d'une grande latitude dans la concrétisation de la garantie en question<sup>23</sup>.

### 3.2.2.2 Droit au respect de la vie privée et familiale

L'article 8 CEDH garantit à toute personne le droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance (al. 1). Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit qu'à condition que cette ingérence soit prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui (al. 2).

Au nombre des droits rattachés à la vie privée figurent le droit de disposer de son corps, la protection de la sphère privée et le droit de conduire sa vie selon son gré<sup>24</sup>. Ce dernier comprend, entre autres, le droit de nouer des relations avec d'autres êtres humains, ou de les refuser, ce droit étant reconnu comme facteur essentiel de l'épanouissement de l'individu<sup>25</sup>. La famille se comprend comme un couple marié, avec ou sans enfants<sup>26</sup>. Le respect de la vie familiale implique notamment que la famille peut faire vie commune<sup>27</sup>.

Outre la protection contre l'ingérence des autorités, l'article 8 CEDH donne lieu à des obligations positives à charge de l'Etat. Ce dernier a en particulier le devoir d'introduire dans la loi des dispositions permettant à l'intéressé de se défendre, dans une procédure équitable, contre les atteintes à ses droits<sup>28</sup>. Il est par ailleurs tenu d'adopter des dispositions pénales propres à empêcher des infractions graves, c'est-à-dire prévoir des sanctions efficaces, en particulier lorsque sont en jeu des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée. L'Etat doit aussi assurer des enquêtes et une procédure pénale pour garantir l'application des dispositions pénales en cas d'infraction<sup>29</sup>. Ainsi, il découle de l'article 8 CEDH une obligation de respect de la vie privée dans les rapports entre particuliers. Si les

<sup>21</sup> Arrêt *Domenichini contre Italie* du 15 novembre 1996, CourDEH 1996-V, § 33.

<sup>22</sup> MEYER-LADEWIG, *op. cit.*, no 45 ad art. 8.

<sup>23</sup> PETITI/DECAUX/IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 2<sup>ème</sup> éd., p. 445.

<sup>24</sup> GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 179 ss.

<sup>25</sup> GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 182.

<sup>26</sup> Arrêt *Keegan contre Irlande* du 26 mai 1994, série A, vol. 290, § 44.

<sup>27</sup> GRABENWARTER, *op. cit.*, p. 185.

<sup>28</sup> Arrêt *X et Y contre Pays-Bas* du 26 mars 1985, série A, vol. 91, § 27.

<sup>29</sup> Arrêt *M.C. contre Bulgarie* du 4 décembre 2003, CourDEH 2003-XII.

autorités tolèrent des atteintes à ces droits commises par des particuliers, cela peut engager une responsabilité de l'Etat au regard de la CEDH<sup>30</sup>.

Dans le domaine du droit des étrangers, il peut résulter de l'article 8 CEDH une obligation pour les autorités, de garantir un droit d'entrée et de séjour aux membres de la famille, cela toujours compte tenu des circonstances particulières au cas d'espèce. La Cour examine en l'occurrence dans quelle mesure le regroupement familial est l'unique moyen de garantir la vie familiale. Un critère important est de savoir si un séjour commun dans le pays d'origine est possible et si l'intéressé a décidé de son plein gré de vivre dans un autre pays séparé de sa famille. L'article 8 CEDH n'implique pas le droit de choisir le lieu le plus approprié à la vie commune de la famille<sup>31</sup>.

La Cour n'ayant pas eu à se prononcer encore sur la question des mariages forcés, on ne sait pas si pour prévenir de telles unions, elle déclarerait applicable l'article 8 CEDH en plus de l'article 12. Les atteintes aux deux garanties prévues obéissent sur le fond aux mêmes principes, si bien que l'application accessoire de l'article 8 CEDH ne devrait pas avoir de grande portée pratique.

Suivant la règle qui veut que la convention doit s'interpréter comme un tout, un mariage conclu contre le gré d'un ou des deux conjoints ne tombe pas sous la protection de l'article 8 CEDH et, par conséquent, ne fonde pas de droit au regroupement familial.

Si des mesures devaient être adoptées en matière de droit des étrangers, on veillera à ce que le droit au regroupement familial reste acquis aux couples mariés hors de toute contrainte.

### 3.2.3 Autres instruments de la protection internationale des droits de l'homme

#### 3.2.3.1 Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>32</sup>

La Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies du 10 décembre 1948 prévoit à son article 16 qu'à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution (al. 1). Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux (al. 2).

#### 3.2.3.2 Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Aux termes de l'article 23, alinéa 3, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966<sup>33</sup> (Pacte ONU II, RS 0.103.2) nul mariage ne peut être conclu sans le libre et plein consentement des futurs époux. Cette disposition s'applique aussi bien à l'Etat qu'aux particuliers<sup>34</sup>. Elle interdit non seulement toute forme de mariage forcé célébré sur ordre des autorités ou de proches, mais prohibe aussi la polygamie sous toutes ses formes<sup>35</sup>. Les Etats sont tenus de s'assurer à l'occasion de la célébration du mariage de l'existence d'un

<sup>30</sup> Arrêt *Chypre contre Turquie* du 10 mai 2001, CourDEH 2001-IV, § 81.

<sup>31</sup> Arrêts *Gül contre Suisse* du 19 février 1996, no 23218/94, § 38 ss et *Ahmut contre Pays-Bas* du 28 novembre 1996, no 21702/93, § 70 et s.

<sup>32</sup> La déclaration adoptée se présente comme un « idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations » et n'a pas de valeur juridique contraignante, cf. WALTER KÄLIN / JÖRG KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, Bâle, 2005, p. 16.

<sup>33</sup> Ratifié par la Suisse le 18 juin 1992, le Pacte ONU II est entré en vigueur pour elle le 18 septembre 1992.

<sup>34</sup> MANFRED NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights, CCPR Commentary*, 2<sup>ème</sup> éd., Kehl Strasbourg Arlington, 2005, no 42 ad art. 23.

<sup>35</sup> General Comment no 28: Equality of rights between men and women [art. 3], ch. 24.

consentement<sup>36</sup>. Les traditions sociales et culturelles peuvent être prises en compte dans la mise en œuvre de la garantie<sup>37</sup>. Les Etats doivent notamment fixer l'âge nubile de sorte à rendre possible un libre et plein consentement<sup>38</sup>. L'âge minimum doit être le même pour les femmes et les hommes<sup>39</sup>. Les Etats doivent aussi veiller à ce que les victimes de viols ne soient pas marginalisées et qu'un mariage ultérieur ne diminue pas la responsabilité pénale de l'auteur d'un viol<sup>40</sup>.

L'article 17 du Pacte ONU II précise que nul ne peut être l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation (al. 1). Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes (al. 2). L'article 23, alinéa 1, reconnaît la famille comme étant l'élément naturel et fondamental de la société, qui a droit à la protection de la société et de l'Etat. S'agissant du droit des étrangers, ces dispositions n'offrent pas une protection plus étendue que l'article 8 CEDH<sup>41</sup>.

### **3.2.3.3 Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels**

En vertu de l'article 10, chiffre 1, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966<sup>42</sup> (Pacte ONU I, RS 0.103.1), les Etats parties reconnaissent qu'une protection et une assistance aussi larges que possibles doivent être accordées à la famille, considérée comme étant l'élément naturel et fondamental de la société. Le mariage doit être librement consenti par les futurs époux.

### **3.2.3.4 Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes**

La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979<sup>43</sup> (RS 0.108) stipule à son article 16, que les Etats membres prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurent, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme, le même droit de contracter mariage et le même droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement.

### **3.2.3.5 Autres instruments de l'ONU**

Dans ce contexte, il y a également lieu de rappeler qu'antérieurement aux deux Pactes, l'Assemblée générale de l'ONU avait adopté d'autres instruments internationaux qui statuaient expressément l'interdiction des mariages forcés.

<sup>36</sup> KÄLIN / KÜNZLI, *op.cit.*, p. 393.

<sup>37</sup> NOWAK, *op.cit.*, no 2 ad art. 23.

<sup>38</sup> General Comment no 19: Protection of the family, the right to marriage and equality of the spouses [art. 23], ch. 4.

<sup>39</sup> General Comment no 28, ch. 23.

<sup>40</sup> General Comment no 28, ch. 24.

<sup>41</sup> KÄLIN / KÜNZLI, *op.cit.*, p. 385.

<sup>42</sup> Ratifié par la Suisse le 18 juin 1992, le Pacte ONU I est entré en vigueur pour elle le 18 septembre 1992.

<sup>43</sup> Ratifiée par la Suisse le 27 mars 1997, la Convention est entrée en vigueur pour elle le 26 avril 1997.

Ainsi, en 1956, elle a adopté la *Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage*, texte qui était censé compléter la Convention relative à l'esclavage signée à Genève en 1956. Cet instrument additionnel imposait expressément aux Etats parties l'obligation de prendre toutes les mesures, législatives et autres, qui sont réalisables et nécessaires pour obtenir « progressivement et aussitôt que possible » l'abolition complète ou l'abandon des institutions et pratiques de mariage forcé des femmes, considéré comme une forme d'esclavage. A l'art. 1, let. c et d, le texte précisait, en outre, les formes que pouvaient prendre de telles institutions ou pratiques : notamment, le fait qu'une femme est, sans qu'elle ait le droit de refuser, promise ou donnée en mariage moyennant une contrepartie en espèces ou en nature versée à ses parents, à son tuteur, à sa famille ou à toute autre personne ou tout autre groupe de personnes; le fait que le mari d'une femme, la famille ou le clan de celui-ci ont le droit de la céder à un tiers à titre onéreux ou autrement ; le fait que la femme peut, à la mort de son mari, être transmise par succession à une autre personne.

Suivit, en 1957, la *Convention sur la nationalité des femmes mariées* qui, en cas de mariage entre ressortissants d'Etats différents, confère aux femmes les mêmes droits qu'aux hommes s'agissant de la nationalité et de la transmission de celle-ci aux enfants.

En 1962, l'Assemblée générale de l'ONU a adopté la *Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages*. Elle revêt une grande portée à maints égards. En effet, à l'instar de la Convention supplémentaire, elle précise certains articles de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui, à cette époque, n'avaient pas encore été érigés en normes impératives, et ce de manière plus spécifique que ne le feront ultérieurement les deux Pactes. Par ailleurs, son préambule fait expressément référence à la *Résolution 843 (IX)* - entièrement consacrée au statut de la femme - adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 17 décembre 1954, qui - s'agissant des traditions culturelles - déclare que « certaines coutumes, anciennes lois et pratiques intéressant le mariage et la famille sont incompatibles avec la dignité de la femme et, partant, avec les principes énoncés dans la Charte des Nations Unies et la Déclaration universelle des droits de l'homme. La résolution 843 (IX) déclare expressis verbis qu'il est notamment de la responsabilité des Etats d'assurer une entière liberté dans le choix du conjoint, de supprimer la pratique du prix de la mariée, d'assurer à la veuve le droit à la garde de ses enfants et la liberté de se remarier, d'abolir totalement le mariage des enfants et la pratique des fiançailles des jeunes filles avant l'âge nubile et d'instituer les sanctions voulues, de créer un service qui enregistre tous les mariages et divorces. Suite à cette résolution mentionnée dans le préambule de la Convention, tous les Etats sont appelés derechef « à prendre toutes les mesures utiles en vue d'abolir ces coutumes, anciennes lois et pratiques, en assurant notamment une entière liberté dans le choix du conjoint, en abolissant totalement le mariage des enfants et la pratique des fiançailles des jeunes filles avant l'âge nubile, en instituant, le cas échéant, les sanctions voulues et en créant un service de l'état civil ou un autre service qui enregistre tous les mariages ». La Convention ne fixe pas d'âge minimum pour le mariage. Cependant, la recommandation qui porte le même titre et qui a été adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU en 1965 mais qui n'a pas de portée contraignante, préconise que cet âge ne soit en aucun cas inférieur à quinze ans (Principe II).

Aux termes de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt, en vertu de la législation qui lui est applicable. Dans la Recommandation générale n° 21, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes fait référence à cet instrument ainsi qu'à la Déclaration et au programme d'action de Vienne de 1993 (A/CONF.157/23[1993]) et émet l'avis que l'âge minimum auquel l'homme et la femme ont le droit de se marier ne devrait pas être inférieur à 18 ans. En outre, l'art. 16 de la dite recommandation garantit à

l'homme et à la femme les mêmes droits dans l'union conjugale et en cas de dissolution de celle-ci. Ainsi donc, le Comité pour la discrimination à l'égard des femmes interdit les mariages forcés. Dans la Recommandation générale n° 21, il souligne expressément « qu'il est capital pour la vie d'une femme et pour sa dignité d'être humain à l'égal des autres que cette femme puisse choisir son époux et se marier de sa propre volonté ». Enfin, à l'instar des autres comités, il dénie que les normes instaurant l'égalité femme-homme puissent être abolies par un système juridique, une religion, des coutumes ou des traditions.

### **3.2.3.6 Résolution 1468 (2005)<sup>44</sup> et Recommandation 1723 (2005)<sup>45</sup> de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe**

La Résolution 1468 (2005) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe définit le mariage forcé comme étant l'union de deux personnes dont l'une au moins n'a pas donné son libre et plein consentement au mariage (chiffre 4) et le mariage d'enfants comme étant l'union de deux personnes dont l'une au moins n'a pas 18 ans (chiffre 7). L'Assemblée parlementaire souligne la nécessité de fixer à 18 ans l'âge légal minimum pour le mariage (chiffre 12). Elle recommande donc aux Etats membres de ratifier notamment la Convention des Nations Unies du 7 novembre 1962 sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages (chiffre 13.1) et de se mettre en conformité avec la Recommandation Rec (2002) 5 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la protection des femmes contre la violence<sup>46</sup> (ch. 13.2). Elle demande donc instamment aux Etats membres d'adapter leur législation interne de façon :

- à fixer ou à relever l'âge minimal légal du mariage à 18 ans (chiffre 14.2.1),
- à rendre obligatoire la déclaration de tout mariage et son inscription par l'autorité compétente sur un registre officiel (chiffre. 14.2.2),
- à instaurer un entretien préalable à la célébration du mariage entre l'officier d'état civil et les futurs époux, et à permettre à l'officier qui a des doutes sur le libre et plein consentement d'un ou des futurs époux de convoquer à nouveau individuellement l'un et/ou l'autre (chiffre 14.2.3),
- 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 (chiffre 14.2.4),
- à faciliter l'annulation des mariages forcés, voire à annuler automatiquement ceux-ci (chiffre 14.2.5),
- à fixer un délai maximum d'un an, dans la mesure du possible, pour l'instruction et le jugement d'une demande d'annulation de mariage forcé ou de mariage d'enfants (chiffre 14.2.6) et
- de considérer comme viols les relations sexuelles contraintes subies par les victimes de mariages forcés et de mariages d'enfants (chiffre 14.3).

Les Etats sont en outre invités à réfléchir à la possibilité de pénaliser les faits de mariage forcé en tant qu'infraction autonome, y compris la complicité dans l'organisation d'un tel mariage (chiffre 14.4).

<sup>44</sup> <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta05/FRES1468.htm>.

<sup>45</sup> <http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta05/FREC1723.htm>.

<sup>46</sup> [http://www.coe.int/T/E/Human\\_Rights/Equality/PDF\\_Rec\(2002\)5\\_F.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Equality/PDF_Rec(2002)5_F.pdf).

La Recommandation 1723 (2005) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe invite le Comité des Ministres à charger le comité intergouvernemental compétent de procéder à une analyse approfondie du problème et de développer une stratégie encourageant notamment les Etats membres:

- à mettre en place des campagnes de prévention,
- à informer les personnes menacées par un mariage forcé des mesures pratiques à prendre pour prévenir le mariage, telles que mettre son passeport dans un endroit sûr, déposer plainte pour vol de papiers en cas de confiscation, donner l'adresse du lieu de vacances envisagé,
- à mettre en place des structures d'accueil d'urgence permettant d'écouter, prendre en charge et héberger des personnes menacées,
- à soutenir financièrement les associations qui aident et soutiennent les victimes potentielles ou avérées de mariages forcés,
- à aider les victimes à se rétablir physiquement et psychologiquement,
- à punir les personnes qui ont pris une part volontaire à un mariage forcé et de sanctionner aussi le viol,
- à punir les personnes qui ont été complices de l'organisation du mariage forcé ou du mariage d'enfants, en assimilant à des circonstances aggravantes le fait que la victime ait dépendu d'elles,
- à contrôler la validité du mariage célébré à l'étranger, en subordonnant la transcription du mariage à la présence des deux époux et en permettant aux agents diplomatiques de procéder à l'audition préalable de l'un des deux époux,
- à sensibiliser les personnels de l'administration à la problématique des mariages forcés et
- à mettre fin à la coutume de mariage et de fiançailles d'enfants.

### **3.3 Droit constitutionnel**

#### **3.3.1 Sphère protégée et restrictions possibles**

Le droit au mariage, consacré à l'article 14 de la Constitution (Cst.; RS 101), protège la liberté des individus en âge nubile de se marier. Dans sa composante négative, il protège également le droit de ne pas se marier. Autrement dit, le droit au mariage inclut le droit, pour toute personne, de décider elle-même si elle souhaite se marier et, si tel est le cas, avec qui elle souhaite se marier<sup>47</sup>.

De même que les autres libertés fondamentales, le droit au mariage n'est pas absolu. Il peut être restreint aux conditions fixées par l'article 36 Cst. Des atteintes au droit au mariage sont ainsi possibles, pour autant qu'elles reposent sur une base légale suffisante, soient justifiées par un intérêt public prépondérant, soient proportionnées et ne portent pas atteinte à l'essence du droit.

---

<sup>47</sup> JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte in der Schweiz*, 1999, Berne, p. 102. Egalement PASCAL MAHON, Art. 14, in : *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse* du 18 avril 1999, 2003, no 4.

### 3.3.2 Mariages forcés

Comme la plupart des droits fondamentaux, l'article 14 Cst. revêt avant tout une fonction défensive, dirigée contre l'Etat. Il oblige ainsi l'Etat à s'abstenir de porter atteinte à la liberté de se marier, ainsi qu'à la liberté de ne pas se marier.

Autre est la question de savoir s'il découle de l'article 14 Cst. une obligation positive pour l'Etat d'empêcher des atteintes de la part de particuliers (*Schutzpflicht*). La jurisprudence et la doctrine récentes admettent qu'il découle généralement des droits fondamentaux une obligation de protection, à charge de l'Etat, à l'encontre d'atteintes aux droits fondamentaux causées par des tiers<sup>48</sup>. Ce mandat s'adresse, en premier lieu, au législateur, notamment civil ou pénal, auquel il incombe alors d'introduire dans les lois certaines dispositions propres à protéger les droits fondamentaux<sup>49</sup>. Cette fonction positive des droits fondamentaux est consacrée, en particulier, à l'article 35, alinéa 3 Cst.

Cependant, tous les droits fondamentaux ne donnent pas lieu à des obligations positives à charge des autorités, ainsi que le reconnaît le texte de l'article 35, alinéa 3 Cst.<sup>50</sup>. De telles obligations de protection ont ainsi été reconnues comme découlant du droit à la vie et à l'intégrité corporelle, ainsi que du droit au respect de la vie privée et familiale<sup>51</sup>. En revanche, la jurisprudence n'a, pour le moment, pas reconnu l'existence d'une obligation positive découlant du droit au mariage. De plus, même si l'existence d'une telle obligation de protection devait être admise, celle-ci ne saurait garantir une protection absolue contre toutes les atteintes possibles<sup>52</sup>. Par ailleurs, le législateur conserve en tous les cas une large marge d'appréciation dans le choix des mesures à prendre, cette question étant étroitement liée au pouvoir d'appréciation des autorités politiques<sup>53</sup>.

En l'occurrence, on ne peut donc tirer de l'article 14 Cst. une obligation pour le législateur d'adopter une réglementation destinée à lutter contre les mariages forcés allant au-delà de ce qui est prévu, en droit actuel, à l'article 107, chiffre 4 du Code civil suisse (possibilité de demander l'annulation d'un mariage contracté 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) et à l'article 181 CP (contrainte).

### 3.3.3 Mariages arrangés

D'un point de vue constitutionnel, la question de savoir qui a mis en relation les fiancés est indifférente, de même que l'est le but dans lequel le mariage est conclu. La protection constitutionnelle accordée au mariage, pour autant que les époux y aient librement consenti, n'est pas subordonnée à des conditions relatives aux intentions ou aux sentiments des époux. Ainsi, des mariages conclus à des fins patrimoniales ou successorales ne bénéficient pas moins de la protection de la Constitution que des mariages fondés uniquement sur des sentiments<sup>54</sup>. Dès lors, les mariages arrangés bénéficient de la protection de l'article 14 Cst. Si des dispositions destinées à lutter contre les mariages arrangés étaient introduites dans le droit civil ou le droit pénal, celles-ci devraient respecter les exigences statuées à l'article 36

<sup>48</sup> ATF 126 II 300, cons. 5. Cf. également JÖRG PAUL MÜLLER, in : THÜRER / AUBERT/ MÜLLER, 2001, no 37 ; PASCAL MAHON, Art. 35, *op. cit.*, no 13.

<sup>49</sup> PASCAL MAHON, Art. 35, *op. cit.*, no 13.

<sup>50</sup> JÖRG PAUL MÜLLER, in : THÜRER / AUBERT/ MÜLLER, 2001, no 38.

<sup>51</sup> ATF 126 II 300, cons. 5a, et les références citées à la jurisprudence de la Cour EDH.

<sup>52</sup> ATF 126 II 300, cons. 5b.

<sup>53</sup> Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 195.

<sup>54</sup> Dans ce sens, voir SUZETTE SANDOZ in : Revue de l'état-civil 68 (2000), no 11, p. 414 ss.

Cst., si et dans la mesure où elles portent atteinte au droit au mariage garanti par la Constitution<sup>55</sup>.

### 3.4 Droit pénal

#### 3.4.1 Remarque préalable

Comme nous l'avons déjà indiqué, les mariages forcés représentent, à la différence des mariages arrangés, une violation des droits de l'homme, parce qu'ils enfreignent gravement le droit de la personne concernée à l'autodétermination<sup>56</sup>. D'où la nécessité de distinguer entre les mariages forcés et les mariages arrangés pour intervenir de façon adéquate au niveau pénal<sup>57</sup>. Il serait extrêmement discutable, au regard du droit pénal, de se fonder uniquement sur la pression ressentie subjectivement par la personne concernée. Au contraire, la question de savoir si la pression exercée sur la personne concernée est pertinente du point de vue du droit pénal doit être tranchée sur la base de l'ensemble des circonstances du cas concret.

#### 3.4.2 Mariage forcé comme contrainte au sens de l'article 181 CP

Le code pénal suisse ne contient aucune disposition qui réprime expressément les mariages forcés ou arrangés. Les mariages forcés sont toutefois couverts, dans le droit en vigueur, par la disposition pénale relative à la contrainte:

*Art. 181 CP Contrainte*

«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.»

##### 3.4.2.1 Élément objectif de l'infraction

La contrainte est l'élément central des infractions contre la liberté. Au niveau des faits objectifs, elle suppose que l'auteur entrave sa victime dans sa liberté d'action, en recourant à des moyens de contrainte 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 son comportement ou celui d'un tiers. Par conséquent, la notion de «mariage forcé» du point de vue droit pénal désigne non pas l'existence ou le maintien d'un lien matrimonial obtenu par la contrainte, mais seulement le fait d'avoir été obligé à contracter un mariage (infraction instantanée, et non infraction continue). La contrainte est réalisée si la victime se comporte selon la volonté de l'auteur et donc conclut un mariage en raison de son comportement contraignant.

---

<sup>55</sup> Nous rappelons que dès l'entrée en vigueur de la loi sur les étrangers, l'officier de l'état civil pourra refuser son concours lorsque l'un des fiancés ne veut manifestement pas fonder une communauté conjugale mais éluder les règles sur l'admission et le séjour des étrangers (art. 97a CC). Ces mariages seront annulés d'office (art. 105 ch. 4 CC).

<sup>56</sup> Cf. ch. 3.1.

<sup>57</sup> Cf. HEINER BIELEFELDT, *op. cit.*, p. 175.

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 la victime. Les menaces de dommages sont sérieuses si elles sont de nature à rendre docile toute personne sensée qui en ferait l'objet. 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<sup>58</sup>, 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, l'anesthésie, l'enivrement profond, l'hypnose ainsi que la provocation de la panique<sup>59</sup>.

### 3.4.2.2 Élément subjectif de l'infraction

Sur le plan subjectif, l'intention est nécessaire. 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.

### 3.4.2.3 Caractère illicite

A la différence de la plupart des autres normes pénales, le caractère illicite de la contrainte n'est pas déjà indiqué par les éléments constitutifs de l'infraction et doit être objectivement établi<sup>60</sup>. Une contrainte est illicite dès lors que le moyen utilisé ou le but visé ne sont pas autorisés, ou si le lien entre les moyens et le but visé est *disproportionné, abusif* ou *immoral*. Etant donné la formulation ouverte de l'infraction de contrainte, 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 pourrait être le cas s'il y a par exemple menace de tuer l'autre en cas de refus de mariage, mais non en cas de menace de le quitter s'il ne consent pas au mariage.

### 3.4.2.4 Culpabilité

Une contrainte n'est punissable, dès lors qu'elle réunit les éléments constitutifs d'une infraction et qu'elle est illicite, que si l'auteur a agi de manière coupable. 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 sait ni ne peut savoir au moment d'agir que son comportement est illicite». Seule la connaissance des circonstances concrètes permet de dire si l'auteur de l'infraction avait des raisons suffisantes de penser qu'il ne faisait rien d'illicite, et donc de l'acquitter. Les facteurs suivants sont particulièrement utiles ici: répression des mariages forcés dans le pays d'origine, niveau d'instruction, provenance d'une région rurale et arriérée ou d'un milieu urbain et instruit, durée du séjour en Suisse, degré d'intégration et connaissance du fait que les mariages forcés ne sont pas usuels en Suisse<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> Cf. ATF 107 IV 116; 129 IV 8, 264.

<sup>59</sup> La concrétisation des derniers exemples cités paraît peu réaliste.

<sup>60</sup> Cf. ATF 129 IV 15 s.

<sup>61</sup> 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.

### 3.4.2.5 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»<sup>62</sup>. 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 à l'acte 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, à défaut de l'y accompagner. L'intérêt qu'ils portent 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 agissent 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 responsabilité de coauteur, il suffit d'une quelconque contribution subordonnée au soutien du mariage forcé pour qu'il y ait complicité.

### 3.4.2.6 Acte préparatoire 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».<sup>63</sup> En cas de mariage forcé à l'étranger, la question est de savoir si les préparatifs de voyage effectués en Suisse constituent déjà une telle 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<sup>64</sup>, rien ne permet d'exclure d'emblée la présence d'une tentative punissable sur sol suisse.

Il convient de signaler enfin que les actes préparatoires d'un acte de contrainte ne sont pas punissables. En revanche, ils le sont s'il y a lésions corporelles graves, séquestration ou enlèvement (art. 260<sup>bis</sup> CP).

### 3.4.2.7 Punissabilité de l'omission ?

Selon la doctrine allemande, l'omission peut faire partie des violences exercées contre les victimes de contrainte<sup>65</sup>. Des situations d'emploi de la force par omission sont par conséquent possibles, pour autant que l'auteur soit le garant censé prévenir un état de contrainte. Cela vaut notamment pour les parents, qui ont envers leur enfant mineur les obligations légales

<sup>62</sup> ATF 108 IV 92, 125 IV 136.

<sup>63</sup> ATF 104 IV 175 ss.

<sup>64</sup> Cf. notamment ATF 104 IV 175 ss et 114 IV 112 ss., 114 s.

<sup>65</sup> Cf. ALBIN ESER in SCHÖNKE/SCHRÖDER «Strafgesetzbuch, Kommentar», Munich Francfort Berlin, 2006, avant §§ 234 ss. no 20.

énumérées aux articles 301 s CC. Mais pour que l'acte soit punissable en ce cas, il faudra prévoir des exigences très strictes quant à son illicéité.

### 3.4.3 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 typiquement 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 commises ici. Un mariage forcé survenu en Suisse peut y être poursuivi, même si la victime ou l'auteur sont de nationalité étrangère (art. 3, al. 1, CP, principe de territorialité). Par contre, 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 rejetée 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). Les sanctions prononcées en vertu du droit suisse ne doivent pas être globalement plus sévères qu'elles ne l'auraient été en vertu du droit applicable au lieu de commission de l'acte (art. 7, al. 3, CP).

Si suite à un mariage forcé survenu à l'étranger, d'autres contraintes ou infractions se produisent en Suisse, la norme pénale sur la contrainte, soit l'art. 181 CP, voire d'autres dispositions pénales (p. ex. menaces, lésions corporelles, contraintes sexuelles, viol) sont applicables.

### 3.4.4 Suspension de la procédure

En cas de contrainte (art. 181 CP), de lésions corporelles simples (art. 123, ch. 2, al. 3 à 5, CP), de voies de fait répétées (art. 126, al. 2, let. b, b<sup>bis</sup> et c, CP) et de menace (art. 180, al. 2, CP), l'autorité compétente peut suspendre provisoirement la procédure si la victime est le conjoint de l'auteur et que l'atteinte a été commise durant le mariage ou dans l'année qui a suivi le divorce, et si la victime le requiert ou donne son accord à une proposition dans ce sens de l'autorité compétente. L'intérêt déclaré de la victime à une suspension de la procédure est certes une condition indispensable, mais elle n'est pas, à elle seule, déterminante pour la décision de l'autorité (formulation potestative). Car pour chaque cas, cette dernière doit mettre en balance notamment l'intérêt de la poursuite pénale et l'intérêt de la victime. Ce faisant, elle doit être convaincue que la victime a pris sa décision en toute autonomie, en d'autres termes qu'elle n'a pas été influencée par la violence, par la tromperie ou par la menace, et qu'elle a été dûment informée des possibilités d'aide qu'elle pouvait solliciter et des autres options s'offrant à elle<sup>66</sup>. La procédure sera reprise si la victime révoque son accord dans les six mois qui suivent la suspension provisoire (voir art. 55a CP, jusqu'à la fin 2006 art. 66<sup>ter</sup> aCP; en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> avril 2004).

---

<sup>66</sup> Cf. l'avis du Conseil fédéral sur le rapport du 28 octobre 2002 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national concernant l'initiative parlementaire «Classification parmi les infractions poursuivies d'office des actes de violence à caractère sexuel commis sur un conjoint. Modification des art. 189 et 190 CP», FF 2003, 1783.

L'art. 55a CP ne s'applique toutefois pas aux mariages forcés, puisque l'acte de contrainte survient non pas durant le mariage mais lors de sa célébration.

### 3.4.5 Autres normes pénales

Dans le contexte d'un mariage forcé, on peut penser qu'au-delà de la contrainte, les éléments constitutifs de diverses infractions sont peut-être intervenus: lésions corporelles graves (art. 122 CP), lésions corporelles simples (art. 123 CP), voies de fait (art. 126 CP), menaces (art. 180 CP), séquestration et enlèvement (art. 183 CP), actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP), contrainte sexuelle (art. 189 CP), viol (art. 190 CP), violation du devoir d'assistance ou d'éducation (art. 219 CP), enlèvement de mineur (art. 220 CP). A l'exception des lésions corporelles simples<sup>67</sup>, des voies de fait, des menaces et de l'enlèvement de mineur, il s'agit à chaque fois d'infractions poursuivies d'office par le ministère public.

Les normes pénales susmentionnées ne constituent dans les cas d'espèce – aussi graves leurs conséquences puissent-elles être pour la victime – que des «manifestations secondaires» d'un mariage forcé. Et comme le droit en vigueur les règle déjà de manière exhaustive, il n'y a pas lieu d'y revenir ici<sup>68</sup>.

### 3.4.6 Le mariage forcé comme forme de traite d'êtres humains?

De l'avis de certaines instances des Nations Unies<sup>69</sup>, les mariages forcés représentent une forme de traite d'êtres humains, infraction décrite à l'article 3, lettre a, du *Protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants* (RS 0.311.542).

#### *Article 3 Terminologie*

Aux fins du présent Protocole:

a) l'expression «traite des personnes» désigne le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation. L'exploitation comprend, au minimum, l'exploitation de la prostitution d'autrui ou d'autres formes d'exploitation sexuelle, le travail ou les services forcés, l'esclavage ou les pratiques analogues à l'esclavage, la servitude ou le prélèvement d'organes.

La nouvelle définition de l'infraction de traite d'êtres humains (art. 182 CP) entrée en vigueur en Suisse le 1<sup>er</sup> décembre 2006 précise, à la différence de l'ancien article 196 CP, que la traite

<sup>67</sup> Certaines infractions qualifiées de lésions corporelles simples (art. 123, al. 2, CP) sont également poursuivies d'office.

<sup>68</sup> La contrainte en tant qu'élément central des infractions contre la liberté est reléguée au second plan en cas d'infraction spécifique, notamment la contrainte sexuelle et le viol. Si donc une contrainte sexuelle ou un viol sont commis durant ou après un mariage forcé, les sanctions pénales sévères prévues à l'article 189 (peine privative de liberté de dix ans au plus ou peine pécuniaire) et à l'article 190 CP (peine privative de liberté de un à dix ans) s'appliquent. Par ailleurs, depuis le 1<sup>er</sup> avril 2004, ces infractions ne sont plus poursuivies sur plainte mais d'office même lorsque la victime est le conjoint. La possibilité de suspension de la procédure est décrite plus haut, au chiffre 3.4.4.

<sup>69</sup> Cf. le « Rapport de la Rapporteuse spéciale sur les droits fondamentaux des victimes de la traite des êtres humains, en particulier les femmes et les enfants » l'*op. cit.* avec les renvois.

d'un être humain doit avoir lieu à des fins d'exploitation sexuelle, d'exploitation de son travail ou en vue du prélèvement d'un organe. Même si les mariages forcés peuvent générer de la violence, les rapports d'exploitation mentionnés à l'article 182 CP n'y jouent pas un rôle prépondérant. Il s'ensuit que les mariages forcés ne tombent normalement pas sous le coup de l'article 182 CP. En revanche, s'ils servent à maintenir une situation d'exploitation, par exemple en créant de nouveaux rapports de dépendance ou en légalisant le séjour en Suisse dans l'optique de la poursuite de la prostitution forcée, de tels mariages peuvent être jugés dans le cadre d'un procès pour trafic d'êtres humains. Autrement dit, le droit pénal suisse n'accorde normalement pas un rôle prépondérant à la traite d'êtres humains dans les mariages forcés, raison pour laquelle cette infraction n'est pas davantage traitée ici<sup>70</sup>.

## 3.5 Droit privé

### 3.5.1 Volonté libre et non viciée des fiancés

Le mariage se forme par l'échange des consentements devant l'officier de l'état civil (art. 102, al. 2, CC, art. 71, al. 2 et 3, de l'Ordonnance sur l'état civil [OEC ; RS 211.112.2]). Cet échange des consentements a un effet constitutif ; la déclaration officielle de l'officier de l'état civil (art. 102, al. 3, CC) qui entérine le mariage tout comme la signature de la pièce justificative par les époux, les témoins et l'officier de l'état civil (art. 71, al. 3 et 4, OEC) n'ont qu'une valeur déclarative<sup>71</sup>. 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 –<sup>72</sup> 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 célébré, il pourra être annulé aux conditions mentionnées aux articles 107 s CC<sup>73</sup>. Le refus de célébrer découle directement de la liberté fondamentale du mariage, protégée constitutionnellement<sup>74</sup>, que toute autorité doit respecter et mettre en œuvre (cf. art. 35, al. 2, Cst.).

### 3.5.2 Annulation des mariages viciés

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 exclue<sup>75</sup>. Compte tenu des rapports créés par le mariage, profonds et durables, l'annulation du mariage entaché

<sup>70</sup> Cf. le message du 11 mars 2005 portant approbation du Protocole facultatif du 25 mai 2000 se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants et sur la modification correspondante de la norme pénale relative à la traite d'êtres humains, FF 2005 2666.

<sup>71</sup> Message concernant la révision du code civil (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtagé matrimonial), du 15 novembre 1995 (FF 1996 1 ss ; ci-après Message mariage/ divorce), no 223.323.

<sup>72</sup> Des doutes fondés sont nécessaires. La bonne foi des fiancés est présumée (cf. art. 3 CC). Ainsi, comme en matière de mariage de complaisance, l'on ne saurait exiger de l'officier de l'état civil qu'il recherche systématiquement l'existence éventuelle d'un mariage forcé.

<sup>73</sup> FRANZ WERRO, Concubinage, mariage et démariage, 2000, no 302.

<sup>74</sup> Cf. ch. 3.3.1.

<sup>75</sup> Message mariage/divorce, n. 224.1. A noter que la situation se présente différemment s'agissant de l'annulation d'un partenariat enregistré, compte tenu du renvoi à la notion de vices du consentement du Code des obligations (voir art. 10 al. 1 de la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre les personnes du même sexe, LPart, RS 211.231).

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) produit ses effets *ex nunc*, et non pas *ex tunc* (il s'agirait alors d'une véritable nullité).

Finalement, l'on considère le mariage comme inexistant (« Nichtehe » « matrimonium inexistentis ») lorsque la relation est entachée d'un vice fondamental, du fait par exemple que les deux « époux » sont du même sexe ou que le « mariage » n'a pas été 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 peut toutefois être constatée en justice à la demande de toute personne intéressée<sup>76</sup>.

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 dans sa teneur adoptée avec la loi fédérale sur les étrangers, le mariage contracté dans le but de contourner les règles sur l'admission et l'entrée des étrangers<sup>77</sup>. 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.

Les causes relatives d'annulation sont prévues à l'article 107 CC, à savoir l'incapacité passagère de discernement, l'erreur de déclaration, le dol et la menace, sont établies principalement dans l'intérêt des époux et 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)<sup>78</sup>.

Ainsi, en l'état actuel du droit, en présence d'un mariage forcé, celui-ci ne pourra être annulé qu'à la requête de l'époux qui en est victime, durant un laps de temps limité. Le temps a donc un effet réparateur, et il est présumé de manière irréfragable que l'époux victime aura ainsi « pardonné » à l'autre<sup>79</sup>. 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 l'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 ». Ainsi, le danger doit être dirigé contre une personne et la menace de déshériter quelqu'un ou de le ruiner financièrement s'il n'épouse pas une personne déterminée n'est pas susceptible de conduire à l'annulation du mariage<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Message mariage/divorce, no 224.1. THOMAS GEISER/ADOLF LÜCHINGER, in : Basler Kommentar, 3<sup>ème</sup> éd., Bâle Genève Munich, 2006, ad art. 104 CC, no 3 ss ; FRANZ WERRO, *op. cit.* no 302 mentionne également les hypothèses suivantes: “mariage” sans échange des consentements, représentation de l'un des « époux », « mariage » contracté par plaisanterie, « époux » prédécédé.

<sup>77</sup> FF 2005 6885

<sup>78</sup> FRANZ WERRO, *op. cit.*, no 387 s.

<sup>79</sup> FRANZ WERRO, *op. cit.*, no 402. Selon cet auteur, le « mariage » célébré sans échange des consentements est inexistant. Il faut partir de l'idée que l'inexistence suppose l'absence des déclarations prévues aux art. 102 al. 2 CC ; 71 OEC, soit de l'échange formel des consentements devant l'officier de l'état civil. Dans le cas des mariages forcés, cet échange intervient normalement d'un point de vue formel, mais il n'est pas l'expression du libre et plein consentement de l'un ou des deux fiancés.

<sup>80</sup> FRANZ WERRO, *op. cit.*, no 312. La situation se présente différemment s'agissant du partenariat enregistré qui renvoie aux vices du consentement du Code des obligations. MICHEL MONTINI, Partenariat enregistré –

Mariage librement consenti 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 la voie d'une action en annulation. Ils peuvent naturellement être dissous par la voie du divorce. En droit actuel, de tels mariages sont parfaitement valables pour autant qu'ils soient véritablement consentis par les fiancés<sup>81</sup>.

### 3.5.3 Âge minimum requis

A cet égard, l'on renvoie aux considérations figurant aux chiffres 3.8.1.2 et 3.8.1.3 ci-dessous.

## 3.6 Droit international privé

### 3.6.1 Mariages forcés

La situation actuelle en droit international privé est la suivante. 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'éluider les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse (art. 45, al. 2, LDIP). Le législateur entend ici les causes absolues d'annulation du mariage au sens de l'article 105 CC, et non les causes relatives visées à l'article 107 CC<sup>82</sup>. 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)<sup>83</sup>.

En droit civil suisse, les mariages forcés sont valables à moins de tomber sous le coup de l'article 107, chiffre 4, CC. Cette restriction vaut en principe aussi pour les mariages forcés conclus à l'étranger, puisque la validité des mariages forcés ne doit pas être soumise, en matière d'ordre public, à des conditions excédant celles applicables à notre droit interne. En d'autres termes, la reconnaissance d'un mariage forcé ne peut être incompatible avec l'ordre public que si l'un des conjoints 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». Si cette condition est remplie, on peut partir de l'idée que la reconnaissance d'un tel mariage enfreint notre ordre public<sup>84</sup>.

Cela ne signifie toutefois pas que les autorités suisses peuvent refuser la reconnaissance *ad hoc* de tout mariage forcé contracté à l'étranger. L'ordre public suisse est déjà assuré si un mariage forcé contracté à l'étranger peut être annulé comme un mariage suisse. Il n'y a pas lieu d'aller au-delà pour la raison suivante. Etant donné que l'article 107 CC assimile le

---

conclusion, dissolution et effets généraux, in : Droits des gays et lesbiennes en Suisse, Berne, 2007, p. 162, no 134.

<sup>81</sup> A noter que le courtage matrimonial fait l'objet d'une réglementation particulière, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> 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 dite 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).

<sup>82</sup> Cf. COURVOISIER/BOPP, Basler Kommentar, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle, 2007, N 34 ss ad art. 45 LDIP.

<sup>83</sup> Cf. COURVOISIER/BOPP, *op.cit.*, N 40 ad art. 45 LDIP, avec références.

<sup>84</sup> Cf. ANDREAS BUCHER, Le couple en droit international privé, Bâle, 2004, no 143.

mariage forcé à un vice du consentement et que seule la victime peut faire valoir ce vice du consentement – une contestation d’office par une autorité n’étant pas prévue comme à l’article 105 CC –, le mariage ne pourrait logiquement être considéré comme nul dans la procédure de reconnaissance que si la victime d’un mariage forcé en exprimait la demande. Cette dernière pourrait ensuite décider d’une procédure de reconnaissance à l’autre si le mariage doit être considéré comme valable, scénario qu’il y a lieu d’éviter. Comme pour tout acte affecté d’un vice de consentement, il incombe à la partie concernée de décider clairement une fois pour toutes, dans un délai raisonnable, si elle souhaite s’en tenir à cet acte juridique entaché d’un défaut. Il est judicieux qu’elle le fasse lors d’une procédure à part entière, dont le verdict sera inscrit au registre de l’état civil<sup>85</sup>. Même dans l’hypothèse où une contestation préalable serait superflue, les explications qui précèdent font que la reconnaissance d’un mariage forcé intervenu à l’étranger ne saurait être refusée, si la victime n’y tient pas. Un refus de reconnaissance n’est pas davantage possible si les délais prévus à l’article 108 CC ont expiré et que le vice de consentement est ainsi levé en droit suisse<sup>86</sup>.

De même, il ressort de l’article 32 LDIP qu’un mariage forcé conclu à l’étranger (et valable par ailleurs) 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 ait expiré sans avoir été utilisé. Si le juge annule le mariage, cette mesure sera inscrite au registre de l’état civil.

Les mariages forcés avec des mineurs méritent une attention spéciale. En cas de mariage à l’étranger, la majorité nubile est déterminée par le droit local. La règle ne vaut toutefois que si la limite d’âge prévue par le droit concerné est encore conciliable avec notre ordre public. Dans des avis de droit antérieurs émis dans des cas d’espèce, l’Office fédéral de la justice a fixé une limite conditionnelle (c.-à-d. sous réserve de circonstances particulières) à seize ans et une limite absolue à quinze ans<sup>87</sup>. En même temps, il s’en est tenu à la règle de ne pas reconnaître les mariages avec des personnes n’ayant pas atteint cette limite d’âge<sup>88</sup>. Le principe vaut a fortiori pour les mariages forcés.

Il en va différemment si entre-temps les conjoints ont tous deux atteint l’âge minimum exigé par l’ordre public. La pratique y voit une réparation du défaut dont le mariage était entaché jusque-là<sup>89</sup>, ce qui fait qu’à partir de ce moment il est soumis aux mêmes règles que les mariages forcés entre personnes majeures et que l’annulabilité est possible «seulement» sur la base de l’article 107, chiffre 4, CC.

La possibilité de contestation figurant à l’article 107, chiffre 4, CC peut être considérée comme également applicable aux mariages forcés conclus à l’étranger. Le droit applicable aux actions en annulation du mariage sera déterminé par analogie 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

<sup>85</sup> Cf. sur cette problématique l’arrêt du Tribunal fédéral 5C.223/2002 du 25 novembre 2002, à propos d’une personne ayant signé à son insu un acte de mariage à l’étranger.

<sup>86</sup> Il y a lieu de partir de l’idée que l’expiration du délai de prescription absolu de cinq ans, qui court indépendamment de la contrainte subie par l’époux concerné, a pour effet de lever le vice de consentement.

<sup>87</sup> Cf. SIMON OTHENIN-GIRARD, *La réserve de l’ordre public en droit international privé suisse*, Neuchâtel, 1999, no 582.

<sup>88</sup> On pourrait certes objecter que le CC ne fait plus aujourd’hui de la minorité nubile une cause de nullité du mariage. Or, cela ne signifie par que le législateur voulait maintenir les mariages conclus avec des mineurs. L’explication tient plutôt à ce qu’il ne s’attendait pas à ce que de telles unions se produisent encore en Suisse, vu que selon l’art. 94, al. 1, CC (dans sa version du 26 juin 1998, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000) pour pouvoir contracter mariage, l’homme et la femme doivent être âgés de 18 ans révolus et capables de discernement.

<sup>89</sup> Cf. SIMON OTHENIN-GIRARD, *op. cit.*, no 582.

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 un tel lien est superflu 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 mariage<sup>90</sup>.

En vertu de l'article 59 LDIP, les tribunaux suisses sont compétents si l'un des époux réside en Suisse. Pour qu'une action puisse être intentée au domicile de la partie demanderesse, il faut de surcroît qu'elle réside depuis un an en Suisse ou soit de nationalité suisse<sup>91</sup>. Si une partie est de nationalité suisse, l'action pourra en outre être intentée à son domicile si elle ne peut l'être au domicile de l'un des époux 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, pour autant que la cause présente un lien avec la Suisse (art. 3 LDIP)<sup>92</sup>. Il suffit ici d'un lien ténu avec la Suisse, faute de quoi on risque de refuser à la partie demanderesse un droit protégé par l'ordre public<sup>93</sup>.

Notre droit civil ne prévoit pas de règles spéciales pour les *mariages arrangés*. Il en va de même pour la LDIP. Par ailleurs, la LDIP prévoit les mêmes règles pour le *partenariat enregistré* que pour le mariage, à quelques exceptions près. La nouveauté est ici la présence, sur le lieu d'enregistrement, d'un for subsidiaire en cas de dissolution du partenariat (art. 65b LDIP). En outre, le droit suisse est applicable lorsque le droit national étranger commun au sens de l'article 61, alinéa 3, LDIP, ne connaît pas de dispositions applicables au partenariat enregistré (art. 65c LDIP).

### 3.6.2 Mariages par procuration

Dans ce contexte, il convient d'examiner la question de la reconnaissance des mariages par procuration. Elle peut s'avérer problématique dans l'optique de la lutte contre les mariages forcés, en compliquant sensiblement dans certains cas les contrôles visant à déterminer si un mariage correspond réellement à la volonté des futurs époux. 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 connaissent l'institution du mariage par procuration. D'où la question de savoir si de tels mariages doivent être reconnus en Suisse.

Comme nous l'avons indiqué au chapitre précédent, la reconnaissance d'un mariage conclu à l'étranger peut être refusée si la fiancée ou le fiancé sont suisses ou si tous deux ont leur domicile en Suisse, et si le mariage a été 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), ou si la reconnaissance du mariage est manifestement incompatible avec l'ordre public

<sup>90</sup> Cf. les explications de SIMON OTHENIN-GIRARD, *op. cit.*, 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.

<sup>91</sup> ANDREAS BUCHER, *op. cit.* no 165, demande à juste titre si cette réserve doit s'appliquer en cas d'action en annulation du mariage.

<sup>92</sup> Cf. PAUL VOLKEN, *Zürcher Kommentar*, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich, 2004, no 19 et 29 s ad art. 3 LDIP.

<sup>93</sup> Cf. PAUL VOLKEN, *op. cit.*, no 36 ad art. 3 LDIP. ANDREAS BUCHER, *op. cit.*, no 165, aboutit aux mêmes conclusions.

suisse (art. 27, al. 1, LDIP). Selon la doctrine et la jurisprudence, il s'agit là d'une notion atténuée de l'ordre public, dans le sens où la réserve de l'ordre public doit être appliquée plus restrictivement lorsqu'il s'agit, comme dans le cas visé à l'article 27 LDIP, de reconnaître une décision étrangère, que lorsqu'il s'agit d'appliquer le droit étranger conformément à l'article 17 LDIP : « Selon la lettre de la loi, l'application de la réserve de l'ordre public est plus restrictive lorsqu'il s'agit de reconnaître une décision étrangère que lorsqu'on applique des dispositions du droit étranger en vertu de l'art. 17 LDIP »<sup>94</sup>. Ainsi, les autorités suisses ne peuvent refuser la reconnaissance d'une décision étrangère que dans les cas de contradiction manifeste avec l'ordre public suisse. Il y a atteinte à l'ordre public au sens de l'article 27, alinéa 1 LDIP, « lorsque la reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère heurtent de manière intolérable les conceptions suisses de la justice »<sup>95</sup>. La reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger ne pourra donc être refusée que si elle contrevient de façon claire à la conception de la justice connue en Suisse, par exemple en cas de polygamie<sup>96</sup>.

S'agissant d'un mariage conclu par procuration, la contrariété avec l'ordre public suisse n'a pas encore été tranchée par la jurisprudence. Dans un arrêt de 1996<sup>97</sup>, le Tribunal fédéral a laissé ouverte 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, dans le cas d'espèce, 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 conclu 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 implique<sup>98</sup>. Ainsi, si la question de la reconnaissance d'un mariage conclu par procuration se pose à l'occasion d'une demande de regroupement familial, l'autorité devra s'assurer que l'époux domicilié à l'étranger se considère bien comme marié et a conscience que le mariage devra être vécu à l'étranger. Pour ce faire, l'autorité chargée de se prononcer sur la reconnaissance du mariage peut avoir recours aux mesures d'enquête qu'elle jugera nécessaires. S'agissant de la validité de la procuration, la CRA a appliqué, par analogie, les exigences ressortant d'un arrêt rendu par le Tribunal fédéral en matière de divorce par procuration<sup>99</sup>. Selon cet arrêt, un divorce consensuel prononcé à l'étranger en l'absence de l'un des époux peut être reconnu en Suisse, à condition que la volonté de divorcer ressorte clairement de la procuration signée par l'époux absent. Il faut, en particulier, que l'accord de l'époux représenté ressorte clairement du dossier, et que le juge du divorce à l'étranger ait pu, sur la base de la procuration, se convaincre pleinement de la volonté de divorcer. En revanche, un divorce résultant d'un accord conclu entre les familles des époux, sans que les époux soient présents en personne ou qu'ils aient au moins communiqué leur accord, ne peut pas être reconnu en Suisse<sup>100</sup>. En appliquant cette jurisprudence *mutatis mutandis* au mariage par procuration, la CRA en a déduit qu'il faut que la volonté de se marier ressorte clairement du dossier, et que la personne chargée de célébrer le mariage ait pu

<sup>94</sup> ATF 131 III 182, cons. 4.1. Cf. également PAUL VOLKEN, *op. cit.*, ad art. 27, no 38 et BUCHER/BONOMI, *op. cit.*, no 271.

<sup>95</sup> ATF 126 III 327, cons. 2b). En allemand : « wenn das einheimische Rechtsgefühl durch die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Entscheids in unerträglicher Weise verletzt würde, weil dadurch grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet werden » (ATF 131 III 182, cons. 4.1).

<sup>96</sup> BERNARD DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 1997, ad art. 45 LDIP, no 5.

<sup>97</sup> Pra 1997 n° 11, p. 48 ss.

<sup>98</sup> JICRA 2006 7/63, cons. 4.7.

<sup>99</sup> ATF 131 III 182, cons. 4.

<sup>100</sup> ATF 122 III 344.

se convaincre de l'existence de cette volonté. Il faut donc au moins que l'identité de la personne que l'auteur de la procuration souhaite épouser en ressorte clairement ; les procurations en blanc ne sont pas admissibles<sup>101</sup>.

Toujours d'après l'arrêt de la CRA, le fait que le mariage par procuration puisse donner lieu à des abus, dans le sens où le mariage serait contracté pour éluder les dispositions sur l'entrée et le séjour en Suisse, ne justifie pas que cette forme de célébration soit considérée comme contraire à l'ordre public suisse. En effet, selon la commission, un refus global, fondé sur l'ordre public, de reconnaître les mariages par procuration n'est pas la solution adéquate pour remédier à d'éventuels abus ; il faut au contraire agir au niveau du cas particulier, si un abus est constaté. Dans ce cas, l'ordre juridique suisse met à disposition différents moyens d'action, plus appropriés que la réserve d'ordre public<sup>102</sup>.

Par une décision rendue en 1998, le département soleurois des travaux publics a en revanche refusé de reconnaître un mariage par procuration entre une ressortissante suisse et un ressortissant libanais, célébré au Liban en l'absence des deux fiancés, lesquels étaient représentés par une avocate<sup>103</sup>. Le département a conclu qu'un mariage contracté par procuration était contraire à l'ordre public suisse (art. 27 LDIP), du moins dans le cas d'espèce, dans la mesure où les liens avec la Suisse devaient être considérés comme forts (les fiancés étaient tous les deux domiciliés en Suisse, la fiancée était de nationalité suisse et le mariage était destiné à déployer ses effets en Suisse).

La doctrine considère, comme la CRA, que le fait qu'un mariage conclu à l'étranger ait été célébré par procuration ne constitue pas une raison suffisante pour refuser de le reconnaître<sup>104</sup>. Pour BUCHER, la décision des autorités soleuroises exposée plus haut ne signifie pas que le mariage par procuration en général est contraire à l'ordre public, mais qu'il peut le devenir dans le cas d'époux vivant en Suisse qui auraient facilement pu célébrer leur mariage en Suisse selon les formes connues dans ce pays<sup>105</sup>. SIEHR défend quant à lui une conception très restrictive de l'ordre public suisse dans le contexte de la reconnaissance de mariages conclus à l'étranger<sup>106</sup>. A ses yeux, la seule forme de mariage à laquelle l'ordre public fait obstacle est le mariage bigamique. On peut en déduire, *a contrario*, que cet auteur admet la reconnaissance des mariages par procuration.

D'où l'impossibilité de refuser la reconnaissance d'un mariage conclu à l'étranger pour la seule raison qu'il s'agit d'un mariage par procuration.

### 3.7 Aide aux victimes

Selon le droit en vigueur, un mariage forcé peut donner droit à l'aide aux victimes s'il est lié à une infraction – comme la contrainte au sens de l'article 181 CP ou une lésion corporelle au sens de l'article 123 CP – ayant causé une atteinte directe à l'intégrité corporelle, sexuelle ou psychique de la victime<sup>107</sup>. Il n'est pas nécessaire de surcroît que tous les éléments constitutifs

<sup>101</sup> JICRA 2006 7/63, cons. 4.7.

<sup>102</sup> JICRA 2006 7/63, cons. 4.5.

<sup>103</sup> Arrêt publié dans la Revue de l'état civil 1998, p. 188 ss.

<sup>104</sup> Cf. PAUL VOLKEN, *op. cit.*, ad art. 27, no 47; MAURICE COURVOISIER, Basler Kommentar, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle, 2007, no 22 ad art. 45 LDIP; ANDREAS BUCHER, Le couple en droit international privé, 2004, no 134, avec renvois.

<sup>105</sup> *Idem*.

<sup>106</sup> KURT SIEHR, Art. 45 LDIP in : HONSELL et al., Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, 1996, no 12.

<sup>107</sup> Cf. l'article 2 de la loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes (LAVI, RS 312.5). La révision totale de la loi datant du 23 mars 2007 (FF 2007, 2163), dont l'entrée en vigueur est prévue pour l'automne 2008, reprend cette disposition à son article 1 avec de légères modifications rédactionnelles mais un contenu inchangé.

de l'infraction soient réunis. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les exigences relatives à la preuve de l'infraction diffèrent sensiblement en fonction du type d'aide sollicitée. S'agissant de l'aide immédiate et de la protection des droits de la victime dans la procédure pénale, il suffit qu'entre en considération une infraction pouvant donner lieu à une aide. En revanche, pour l'octroi de prestations financières définitives, la preuve des éléments constitutifs d'un acte pénal délictueux est nécessaire<sup>108</sup>.

La victime peut s'adresser au centre de consultation de son choix et reçoit une aide médicale, psychologique, sociale, matérielle et juridique<sup>109</sup>. En outre, elle peut demander à certaines conditions une indemnisation ou une réparation morale dans le canton dans lequel l'infraction a été commise<sup>110</sup>. Lors du procès pénal, la victime a des droits particuliers à la protection de sa personnalité et peut faire valoir des prétentions civiles contre l'auteur de l'infraction<sup>111</sup>.

## **3.8 Droit des étrangers**

### **3.8.1 Réglementation relative au séjour des conjoints étrangers**

#### **3.8.1.1 Dispositions du droit des étrangers relatives au regroupement familial**

Les dispositions du droit des étrangers traitant de la possibilité de se faire rejoindre par son conjoint visent à permettre l'union conjugale en Suisse à des époux tous deux consentants (art. 42 ss, art. 85, al. 7, de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr), art. 51 de la loi sur l'asile (LAsi), RS 142.31 ; accord sur la libre circulation UE/AELE ; art. 8 CEDH).

Si une personne invoque abusivement son droit de se faire rejoindre par un conjoint étranger, notamment pour éluder la loi sur les étrangers et ses dispositions d'exécution relatives à l'admission et au séjour, cette prétention s'éteint. C'est le cas par exemple des mariages de complaisance, où il n'existe pas d'union conjugale (art. 51 LEtr). Il y a également abus de droit si un ressortissant étranger formule une requête de regroupement familial en excipant d'un mariage qui est en réalité forcé, car il manque la volonté partagée des époux de former une union conjugale en Suisse. Dans un tel cas, la demande est refusée par la police cantonale des étrangers ; une autorisation de séjour déjà attribuée peut être révoquée ou ne plus être prolongée. Ces mesures arrêtées en vertu du droit sur les étrangers peuvent être prises même si le mariage subsiste au regard de la loi.

#### **3.8.1.2 Mariages contractés en Suisse**

Les mariages conclus en Suisse sont d'une manière générale soumis aux dispositions du CC (art. 94–96). La limite d'âge est ainsi fixée à 18 ans (art. 94, al. 1, CC). Une dérogation à ces

<sup>108</sup> Cf. le message concernant la révision totale de la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions, FF 2005 6722.

<sup>109</sup> Cf. l'art. 3 LAVI et l'art. 9 ss. de la loi révisée (nLAVI), qui règle les modalités un peu différemment.

<sup>110</sup> Cf. les art. 11 ss. LAVI et les art. 19 ss. nLAVI. Selon le nouveau droit, il n'est plus accordé d'indemnité si l'infraction a été commise à l'étranger (voir art. 3 nLAVI) et le montant de la réparation morale est plafonné (voir art. 23 nLAVI).

<sup>111</sup> Cf. les art. 5 ss. LAVI et les art. 34 ss. nLAVI. Le droit révisé a la même teneur que le droit actuel, la seule nouveauté étant le droit d'exiger qu'une éventuelle traduction de l'interrogatoire soit faite par une personne du même sexe (voir art. 35, let. c, nLAVI). – Les art. 34 ss. nLAVI seront abrogés à l'entrée en vigueur du projet de Code de procédure pénale suisse (vers 2010). Le CPP reprendra dans une large mesure les règles actuelles relatives à la position de la victime dans la procédure pénale.

principes est possible si les deux époux sont de nationalité étrangère ; l'autorité cantonale de surveillance en matière d'état civil peut alors autoriser la conclusion du mariage si les conditions prévues par le droit national de l'un des deux fiancés sont remplies (art. 44, al. 2, LDIP ; art. 74 OEC) et que ce mariage est compatible avec l'ordre public suisse. En d'autres termes, il est possible de déroger à la limite d'âge arrêtée en Suisse ; cependant, les fiancés doivent en règle générale avoir au moins 16 ans (cf. art. 187 CP)<sup>112</sup>.

### **3.8.1.3 Mariages contractés à l'étranger**

Si l'un des époux est suisse et que le mariage a été célébré à l'étranger, l'autorité de surveillance en matière d'état civil dans le canton d'origine décide de la reconnaissance du mariage et de son inscription dans le registre d'état civil suisse. Un tel mariage n'est pas reconnu s'il a été célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluider les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse (art. 45, al. 2, LDIP). Ainsi que nous l'avons déjà mentionné, il est possible dans la pratique de déroger à l'âge légal minimal<sup>113</sup>. Il convient de souligner que le conjoint étranger d'un ressortissant suisse ne peut prétendre à l'octroi d'une autorisation de séjour que si le mariage a été reconnu en Suisse.

Si les deux époux sont de nationalité étrangère et que le mariage a été célébré à l'étranger, la reconnaissance du mariage par les autorités d'état civil n'est généralement pas possible ni requise, vu qu'il n'existe aucun rapport avec le registre d'état civil suisse. La police des étrangers dans le futur canton de domicile décide alors seule si le mariage contracté à l'étranger peut être pris en compte en relation avec les dispositions sur le regroupement familial. Le mariage sera reconnu s'il a été conclu conformément aux conditions du droit du pays de provenance des époux et est compatible avec l'ordre public suisse. Là aussi, il est possible dans la pratique de déroger au principe de l'âge minimal de 18 ans fixé pour les deux fiancés.

## **3.8.2 Incidences d'un mariage forcé sur le droit de séjour**

### **3.8.2.1 Preuve du mariage forcé**

S'il existe des soupçons fondés indiquant qu'il s'agit d'un mariage forcé, la police des étrangers peut refuser la demande de regroupement familial en faveur du conjoint étranger<sup>114</sup>. Prouver le caractère involontaire d'un mariage se révèle cependant difficile pour la police des étrangers. En effet, en faire le constat de l'extérieur, sans témoignages des personnes directement concernées, n'est généralement pas possible. A cet égard, il arrive parfois que les personnes forcées à se marier retirent leur témoignage par peur des membres de la famille.

---

<sup>112</sup> La limite d'âge ne saurait être inférieure à 15 ans (cf. art. 5 de la « Recommandation relative au droit du mariage » adoptée par l'Assemblée Générale de la Commission Internationale de l'Etat Civil le 8 septembre 1976 (<http://www.ciecl.org/Recomm/Recom02.pdf>). L'art. 5 de la Recommandation énonce: « Ne doivent être admises à contracter mariage que les personnes dont l'âge fait présumer qu'elles ont atteint un stade suffisant de maturité physique et intellectuelle; cet âge ne peut être inférieur à 15 ans »). Voir aussi les commentaires figurant au chiffre 5.4.1, concernant un éventuel changement de pratique en Suisse, à savoir que même si les fiancés sont des ressortissants étrangers, on ne saurait plus accepter une limite d'âge inférieure à 18 ans.

<sup>113</sup> Cf. ch. 3.8.1.2.

<sup>114</sup> Cf. ch. 3.8.1.1.

### 3.8.2.2 Situation de la victime en terme de droit des étrangers

La nouvelle loi sur les étrangers, qui entrera vraisemblablement en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, prévoit les réglementations ci-dessous concernant les mariages forcés, en distinguant entre différents 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 prononcée dans le cadre d'un regroupement familial. Elle ne doit donc escompter aucune répercussion relevant du droit des étrangers en cas de dissolution du mariage.
- La victime a bénéficié d'un regroupement familial pour rejoindre son conjoint de nationalité suisse ou de nationalité étrangère titulaire d'une autorisation d'établissement. La loi sur les étrangers prévoit que le conjoint d'un ressortissant suisse a 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 lui (art. 42 et art. 43, al. 1, LEtr). Après un séjour légal ininterrompu de cinq ans, le conjoint a droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement (art. 42, al. 3, et art. 43, al. 2, LEtr). Après dissolution du mariage ou de la famille, le conjoint 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). On se trouve notamment en présence de telles raisons lorsque 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). Ces conditions peuvent également être remplies dans le cas d'une personne victime d'un mariage forcé<sup>115</sup>.
- 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. Le projet d'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative prévoit cependant que l'autorité cantonale compétente peut également décider de prolonger l'autorisation de séjour après la dissolution du mariage si les conditions énoncées à l'article 50 LEtr sont remplies (cf. ci-dessus).

### 3.8.2.3 Incidences sur le droit de séjour de l'auteur de l'acte

En cas de mariage forcé, la contrainte peut non seulement être exercée par l'autre conjoint, mais aussi par des membres de la famille ou de personnes tierces. Si les auteurs de l'acte sont des ressortissants étrangers, il est possible de prendre des mesures à leur encontre en vertu du droit sur les étrangers (art. 51, 62 - 63 LEtr).

Si l'auteur de l'acte a déposé une demande de regroupement familial, il devra répondre non seulement d'une atteinte à la sécurité et à l'ordre publics, mais encore de la dissimulation de faits essentiels durant la procédure d'autorisation (art. 62, let. a, et art. 63, al. 1, let. a, LEtr).

L'appréciation de l'opportunité d'annuler ou de ne pas prolonger l'autorisation se fait à la lumière d'une pesée des intérêts. Il est tenu 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 refoulement de l'auteur de l'acte l'emporte.

<sup>115</sup> Cf. à ce sujet le guide « Häusliche Gewalt im Rahmen der Migrationsproblematik » publié par le canton de St-Gall, où il est dit que les victimes de violences domestiques et de mariages forcés, dont l'autorisation de séjour en Suisse prendrait normalement fin avec la dissolution du mariage, conservent leur droit de résidence. La prolongation de l'autorisation de séjour annuelle peut être soumise à certaines conditions, par exemple la participation à un cours de langue ou la recherche active d'un emploi.

### 3.8.3 Promotion de l'intégration et de l'apprentissage de la langue pour éviter les mariages forcés

L'un des objectifs primordiaux de l'intégration des étrangers consiste à favoriser la coexistence des populations suisse et étrangère sur la base des valeurs constitutionnelles ainsi que le respect et la tolérance mutuels (art. 4, al. 1, LEtr). Au nombre des valeurs fondamentales de notre société, il y a le droit du libre choix du conjoint ainsi que l'égalité entre femmes et hommes. Ces valeurs peuvent être communiquées dans le cadre de cours ou de conventions d'intégration (art. 54, al. 1, et art. 56 LEtr). Il convient en outre d'encourager l'esprit d'initiative des organisations de migrants, qui peuvent contribuer grandement à empêcher les mariages forcés et à aider les éventuelles victimes.

L'acquisition de connaissances linguistiques revêt une importance primordiale pour l'intégration (art. 4, al. 4, LEtr). Les victimes de mariages forcés devraient être mieux à même de défendre leurs droits si elles maîtrisent une langue nationale.

## 3.9 Droit d'asile

En matière d'asile, la problématique liée au mariage forcé est susceptible de survenir à deux stades distincts, soit en tant que motif d'asile en vue de la reconnaissance de la qualité de réfugié (art. 3 LAsi) soit dans le cadre d'une demande de regroupement familial (art. 51 LAsi). En tant que motif d'asile, on mentionnera que la LAsi ne contient aucune mention spécifique concernant le mariage forcé mais l'article 3, alinéa 2, LAsi spécifie qu'il convient de tenir compte des motifs de fuite spécifiques aux femmes. Ainsi et selon la pratique développée par l'Office fédéral des migrations (ODM) depuis la fin des années nonante dans le domaine des persécutions liées au sexe, le motif lié à une crainte d'être victime d'un mariage forcé est rattaché à la notion d'« appartenance à un groupe social déterminé » et peut conduire à l'octroi de la qualité de réfugié lorsque l'ensemble des conditions requises sont remplies (vraisemblance, crainte fondée, intensité, absence d'alternative de fuite interne et de protection). A ce jour, quelques rares cas ont conduit à l'octroi de la qualité de réfugié pour ce motif.

Suite au passage à la théorie de protection, la CRA a rendu une décision de principe consacrée à la question du mariage forcé et à l'interprétation de l'alinéa 2 de l'article 3 LAsi. Ainsi, il a été admis qu'un certain comportement et l'appartenance au sexe féminin peuvent être de nature à aggraver des discriminations préexistantes dans un pays donné pour les faire dériver vers une persécution déterminante en matière d'asile. Dans cette affaire<sup>116</sup>, la CRA a considéré que dans des régions reculées de certains pays une protection étatique face à un mariage forcé était inexistante et que l'alternative d'une fuite interne devait être appréciée de cas en cas. Par ce jugement, le motif d'asile découlant d'un mariage forcé a, pour la première fois, été reconnu par l'autorité de recours. Ni la pratique développée par l'ODM ni la décision de la CRA n'ont, à ce jour, conduit à une augmentation sensible du nombre des demandes d'asile.

S'agissant de la problématique de l'existence d'un éventuel mariage forcé dans le cadre d'une demande de regroupement familial, il convient, d'une part, de mentionner que seules sont autorisées à entrer en Suisse, par ce biais, les personnes qui ont auparavant vécu en ménage commun (condition de la séparation par la fuite) avec la personne résidant en Suisse (art. 51, al. 4, LAsi ; art. 14c, al. 3bis, LSEE). L'examen tendant à la délivrance d'une autorisation

<sup>116</sup> Jugement du 9 octobre 2006, JICRA 2006, no 32.

d'entrée en vue du regroupement familial sous l'angle de l'asile se limite donc à vérifier l'identité de la personne concernée, l'existence d'un mariage conclu avant la fuite du réfugié reconnu en Suisse ou d'une communauté de vie analogue au mariage, l'existence d'une vie commune et la volonté de reconstituer la communauté en Suisse. Après l'arrivée en Suisse suite à la délivrance d'une telle autorisation, la personne concernée est entendue par les services compétents et à cette occasion, peut faire valoir ses propres motifs pour l'octroi de l'asile (art. 17, al. 2 LAsi et art. 5 ordonnance sur l'asile 1 [OA1]), donc aussi l'existence d'un éventuel mariage forcé. Ce motif sera alors apprécié sous l'angle de l'article 3 LAsi ainsi que sous celui d'éventuels obstacles au renvoi (art. 3 CEDH et art. 14a, al. 4, LSEE). Cependant, on notera qu'une telle allégation est très rare à ce stade de la procédure et que ce n'est fréquemment qu'après une dissolution postérieure du mariage en Suisse que les femmes ayant rejoint leur époux bénéficiant du statut de réfugié en Suisse font état d'une telle situation. En outre et s'il existe une forte suspicion de mariage forcé, la demande de regroupement familial (extension de l'asile et du statut de réfugié) pourrait être rejetée sur la base de l'article 51, alinéa 1, LAsi en estimant que des circonstances particulières s'opposent à l'extension de l'asile et du statut de réfugié au conjoint. Dans de tels cas, il conviendrait toutefois de porter une attention particulière au sort de l'épouse en faveur de laquelle la demande de regroupement familial a été déposée puis rejetée, en particulier en ce qui concerne son éventuel renvoi (art. 3 CEDH et 14a, al. 4, LSEE).

Dans un jugement de principe de 2006<sup>117</sup>, la CRA s'est prononcée sur les mariages conclus après la reconnaissance de la qualité de réfugié en Suisse et célébrés à l'étranger par procuration. Selon les considérants de ce jugement, un mariage conclu par procuration n'est, en soi, pas contraire à l'ordre public pour autant que la procuration soit valable et que les époux se considèrent comme mariés. Lorsque ces conditions sont remplies, un tel mariage doit être reconnu. Conformément à la pratique de l'ODM, de tels mariages n'entrent cependant pas dans le champ d'application de l'article 51 LAsi et ne conduisent pas à l'octroi d'une autorisation d'entrée. Par ailleurs, la reconnaissance de tels mariages est problématique dans le cadre de la lutte contre les mariages forcés dans la mesure où l'examen portant sur l'existence de la volonté réelle du conjoint de se marier est difficile<sup>118</sup>.

Quoiqu'il en soit et s'agissant en général des demandes de regroupement familial déposées en faveur d'un conjoint se trouvant à l'étranger et qui a été séparé par la fuite du réfugié reconnu, il est difficilement possible de déterminer s'il s'agit de mariage forcé ou non. En cas de doutes, l'ODM peut cependant demander à la représentation suisse à l'étranger d'auditionner la personne concernée.

### 3.10 Droit de cité

#### 3.10.1 Refus de la naturalisation

Une naturalisation suppose notamment que le requérant soit intégré dans la communauté suisse et se conforme à l'ordre juridique de notre pays (art. 14 et 26 de loi sur la nationalité ; LN ; RS 141.0). Autrement dit, qui souhaite obtenir la nationalité suisse doit respecter les valeurs fondamentales définies par la constitution, la législation suisse ainsi que les traditions du pays.

En terme de droit pénal, un mariage forcé est une infraction qui réunit les éléments constitutifs de la contrainte et éventuellement d'autres infractions telles que la menace, les voies de fait ou les lésions corporelles. S'il est révélé dans le cadre d'une procédure de

---

<sup>117</sup> JICRA 2006, no. 7.

<sup>118</sup> Cf. ch. 3.6.2.

naturalisation que le requérant a forcé ses enfants à conclure des mariages, il ne satisfait pas aux conditions énoncées pour obtenir la nationalité suisse. Dans un tel cas, la demande est refusée, vu que le requérant n'a pas respecté l'ordre juridique et qu'il ne remplit pas les conditions requises en matière d'intégration.

### **3.10.2 Annulation de la naturalisation**

En vertu du droit en vigueur, une naturalisation ne peut être annulée que si elle a été obtenue par des déclarations mensongères ou par la dissimulation de faits essentiels (art. 41 LN). La nationalité suisse peut être retirée en invoquant le non-respect de l'ordre juridique uniquement si la conduite porte gravement atteinte aux intérêts et au renom de la Suisse (art. 48 LN). Cette disposition s'applique à tous les citoyens suisses, peu importe le motif de l'obtention de la nationalité. Il convient en outre de préciser que le retrait prévu à l'art. 48 LN n'est possible qu'à l'encontre de doubles nationaux, car il ne saurait aboutir à l'apatridie de la personne concernée.

## **4. Législations étrangères**

### **4.1 Distinctions et définitions**

Dans son avis de droit du 31 mai 2007, l'Institut suisse de droit comparé a examiné la situation juridique actuelle concernant les mariages forcés et arrangés dans l'UE et dans les pays limitrophes (Allemagne, France, Italie, Autriche), ainsi qu'au Danemark, en Suède, en Norvège, en Belgique et en Grande-Bretagne.

Pour ce qui est de la distinction entre mariages forcés et mariages arrangés, l'expertise constate en substance ce qui suit: Le mariage arrangé, dans lequel la famille ou les parents des époux (ou de l'un d'eux) interviennent pour trouver pour leur fils ou leur fille un futur conjoint, ne saurait être considéré dans les ordres juridiques examinés (sauf en Norvège) comme contraire au droit civil, pénal ou public (à condition toutefois que chacun des époux ait donné son consentement et que celui-ci ne soit pas vicié). En revanche, le mariage forcé, dans lequel un des époux est contraint, en raison d'une menace morale ou physique, de contracter le mariage, est civilement et pénalement répréhensible dans un nombre significatif des pays examinés. La distinction entre le mariage forcé, considéré généralement comme illégitime, et le mariage arrangé, considéré en principe comme légitime, n'est pas toujours aisée à faire. Les circonstances propres à chaque cas particulier seront déterminantes.

### **4.2 Union Européenne**

En ce qui concerne les mariages forcés, le droit communautaire est relativement peu développé. En effet, les Etats membres de l'Union européenne ne sont pas encore très avancés dans leur collaboration dans les domaines du droit civil, du droit pénal ou du droit public (comme p. ex. le droit d'asile ou le droit des étrangers).

#### **4.2.1 Règlement n° 2201/2003 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale**

En ce qui nous intéresse, seule une réglementation de droit international privé existe au niveau communautaire, le règlement appelé «Bruxelles II bis», dont l'un des objectifs est notamment de faciliter, au sein de l'Union européenne, la reconnaissance des décisions relatives à l'annulation et à la dissolution des mariages<sup>119</sup>.

#### **4.2.2 Directive relative au droit au regroupement familial (2003/86/CE)**

La Directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial prévoit d'autres mesures visant à prévenir les mariages forcés. L'article 4, alinéa 5 de la directive prévoit, afin d'assurer une meilleure intégration et de prévenir des mariages forcés, que les Etats membres peuvent demander que le regroupant et son conjoint aient atteint un âge minimal, qui ne peut être supérieur à 21 ans, avant que le conjoint ne puisse rejoindre le regroupant. Aux termes de l'article 7, alinéa 2, paragraphe 1, les Etats membres peuvent exiger des ressortissants de pays tiers qu'ils se conforment aux mesures d'intégration, dans le respect du droit national. Les deux dispositions ne s'appliquent pas au regroupement familial de réfugiés (art. 10 al. 2 et art. 12 al. 2). La directive et la jurisprudence afférente n'ont pas de caractère contraignant pour la Suisse. Nonobstant cette situation, il reste à savoir si ces dispositions du droit communautaire européen permettent de conclure que les mesures évoquées sont compatibles avec les garanties des droits de l'homme et, en particulier, avec la CEDH.

Le chiffre 2 du préambule précise que la directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes qui sont reconnus notamment par l'article 8 CEDH et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'article 17 de la directive introduit les critères que la Cour EDH a développés en rapport avec les regroupements familiaux. Selon ceux-ci, si les conditions générales au regroupement familial ne sont pas réunies, les Etats membres doivent dûment prendre en considération la nature et la solidité des liens familiaux de la personne et sa durée de résidence dans l'Etat membre, ainsi que l'existence d'attaches familiales, culturelles ou sociales avec son pays d'origine.

Les dispositions concernant l'âge des personnes rejoignant le regroupant (art. 4, al. 5) et les mesures d'intégration (art. 7, al. 2, par.1) n'entraient pas dans la proposition de la Commission du 1<sup>er</sup> décembre 1999. Dans sa proposition amendée du 10 octobre 2000, la Commission européenne a proposé que les Etats membres fixent un âge minimal pour le conjoint du regroupant, qui ne peut être supérieur à la majorité légale. L'âge maximal de 21 ans a été retenu à la fin des travaux, afin de prendre en compte la législation ou les projets législatifs en cours en Belgique et aux Pays-Bas.

Le libellé de l'article 4, alinéa 5, est clair. Moins évidente est la signification de l'article 7, alinéa 2, qui autorise les Etats membres à exiger, selon le droit national des ressortissants de pays tiers, que ceux-ci respectent les mesures d'intégration. Lors de l'élaboration de la

---

<sup>119</sup> En droit international privé communautaire, le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (le règlement de Bruxelles II bis) peut s'appliquer pour des questions relatives à la dissolution d'un mariage forcé. Ce règlement concerne les procédures civiles (la compétence judiciaire et la reconnaissance en particulier) relatives au divorce, à la séparation de corps ou à l'annulation d'un mariage ainsi que toutes les questions relatives à la responsabilité parentale. Ainsi, une décision, par exemple une décision d'annulation d'un mariage forcé, d'un Etat membre doit être reconnue dans un autre Etat membre. Le refus de reconnaissance des décisions de divorce, de séparation de corps ou d'annulation du mariage est possible mais doit se fonder sur un des critères de la liste exhaustive de l'article 22. Parmi ceux-ci, le fait que la reconnaissance serait manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat membre concerné.

directive, les Etats membres étaient partagés quant aux dispositions relatives à l'intégration, si bien qu'un terrain d'entente a été trouvé avec l'introduction d'une distinction entre mesures d'intégration (*integration measures*) et critères d'intégration (*integration conditions*). Ces derniers autorisent des restrictions plus poussées, y compris des tests. Du côté des mesures d'intégration en revanche, les Etats ne peuvent faire plus que d'exiger certains efforts de la personne, lui imposer par exemple un cours de langue ou un cours d'intégration<sup>120</sup>. La systématique de la directive vient confirmer cette interprétation. La notion de critère d'intégration figure à l'article 4, alinéa 1, dernier paragraphe, en vertu duquel l'Etat membre peut, pour les enfants de plus de 12 ans arrivant indépendamment du reste de leur famille, examiner s'ils satisfont à un critère d'intégration prévu par sa législation existante à la date de mise en œuvre de la directive, avant d'autoriser son entrée et son séjour. Sous l'angle de la systématique, cette disposition fait partie d'un chapitre différent que celui où figure l'article 7, alinéa 2. En effet, l'article 4 définit les membres de la famille à qui la directive reconnaît un droit d'entrée et de séjour, alors que l'article 7 fait partie du chapitre IV, qui détermine les conditions requises pour l'exercice du droit au regroupement familial. Il ressort ainsi du lien établi avec le second paragraphe de l'article, d'après lequel les mesures ne s'appliquent aux réfugiés qu'une fois que les personnes concernées ont bénéficié du regroupement familial, que, dans les autres cas, les mesures interviennent avant le regroupement<sup>121</sup>. Il ressort donc de l'interprétation de l'article 7, alinéa 2, paragraphe 1, que les Etats membres peuvent exiger du conjoint du regroupant qu'il suive des cours de langues, mais non pas qu'il apporte la preuve de ses connaissances linguistiques<sup>122</sup>.

Le Parlement européen a introduit le 22 décembre 2003 un recours en annulation contre la Directive, que la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a rejeté par son arrêt C-540/03 du 27 juin 2006<sup>123</sup>. Si l'article 4, alinéa 5, ainsi que l'article 7, alinéa 2, de la directive n'étaient pas contestés, l'arrêt rendu livre néanmoins quelques indications pour l'interprétation de ces dispositions. La contestation portait, entre autres, sur l'article 8, qui veut que les Etats membres peuvent exiger que le regroupant ait séjourné légalement sur leur territoire pendant une période qui ne peut pas dépasser deux ans avant de se faire rejoindre par les membres de sa famille ou encore, introduire une période d'attente de trois ans au maximum entre le dépôt de la demande et la délivrance d'un titre de séjour. La CJCE a estimé ici que la faculté de différer le regroupement familial de deux ou de trois ans aux fins d'assurer un certain niveau d'intégration ne va pas à l'encontre du droit au respect de la vie familiale, exprimé en particulier à l'article 8 CEDH tel qu'interprété par la Cour EDH. Elle relève par ailleurs que la durée de résidence dans l'Etat membre, telle que prévue à l'article 17, n'est que l'un des éléments qui doivent être pris en compte par ce dernier lors de l'examen d'une demande et qu'un délai d'attente ne peut être imposé sans prendre en compte, dans des cas spécifiques, l'ensemble des facteurs pertinents (ch. 98 s de l'arrêt). Dans son recours, le Parlement européen a contesté aussi l'article 4, alinéa 1, paragraphe 1 (faculté des Etats membres d'exiger, pour les enfants de plus de 12 ans arrivant indépendamment du reste de leur famille, de satisfaire à un critère d'intégration, voir supra). Il arguait ici du fait qu'aucune restriction fondée sur un critère d'intégration n'était prévue pour le conjoint rejoignant le regroupant (ch. 43 de l'arrêt). La CJCE a renvoyé à la jurisprudence de la Cour EDH en

<sup>120</sup> KLEES GROENENDIJK, Family Reunification as a Right under Community Law, in: European Journal of Migration and Law 2006, p. 215 ss et 224, avec renvois.

<sup>121</sup> KLEES GROENENDIJK, *op. cit.*, p. 224.

<sup>122</sup> Cf. KLEES GROENENDIJK, *l'op. cit.*; prise de position de l'Union allemande des juristes du 18 mai 2007, sur le projet d'une loi d'application des directives en matière de droit de séjour et de droit d'asile de l'Union européenne, p.3; autre avis: KAY HAILBRONNER, Section spécialisée en droit international et européen en matière de droit d'asile et de droit de séjour, prise de position sur l'audition de la Commission de l'intérieur du Bundestag allemand du 21 mai 2007 à propos du projet d'une loi d'application des directives en matière de droit de séjour et de droits d'asile de l'Union européenne, p. 6. L'auteur laisse la question ouverte.

<sup>123</sup> CJCE RS C-540/03, Sig. 2006, I-5769.

ajoutant que cette disposition accorde aux Etats membres une marge d'appréciation qui ne diffère pas de celle qui leur est reconnue par la Cour EDH dans sa jurisprudence relative à l'article 8 CEDH pour, dans chaque circonstance de fait, mettre en balance les intérêts en présence. Et de renvoyer aussi à l'article 17, dont les conditions doivent être prises en compte lorsque la personne ne satisfait pas au critère d'intégration (ch. 52 s, en particulier 62 et 64).

### 4.3 Droits constitutionnels et droit international

Les ordres juridiques nationaux reconnaissent presque unanimement aux futurs époux un droit positif au mariage, sans pour autant traiter *expressis verbis* le cas du mariage forcé. La Constitution belge par exemple, dans son article 22, se borne à garantir le droit au mariage. Il en est de même dans le droit constitutionnel français, italien et autrichien. En Allemagne, bien que le texte de la Constitution ne traite pas l'hypothèse des mariages forcés, il est tout de même admis en droit constitutionnel, par une jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle (Bundesverfassungsgericht), que la conclusion d'un mariage forcé irait à l'encontre de la liberté de mariage. Outre ces garanties constitutionnelles, une série d'instruments internationaux interdisent également les mariages forcés<sup>124</sup>.

### 4.4 Ordres juridiques internes

Si on examine de plus près les différentes normes nationales dans les domaines juridiques précités, on constate que ces normes présentent certaines différences importantes s'agissant des mariages forcés. On pourrait répartir les différents ordres juridiques examinés en trois catégories. Cette répartition est motivée par la présence, dans l'ordre juridique concerné, d'une réglementation qui vise expressément le cas des mariages forcés. Ainsi, tandis que dans la première catégorie (France et Italie) une telle réglementation fait défaut, dans un deuxième sous-groupe de pays (Belgique, Allemagne, Autriche, Suède, Norvège et Danemark) plusieurs normes législatives nationales traitent précisément des mariages forcés. Le troisième sous-groupe (Grande-Bretagne), quant à lui, occupe une position intermédiaire, en prévoyant une protection ciblée des victimes de mariages forcés, sans pour autant introduire des modifications spécifiques dans les domaines du droit pénal ou civil.

#### 4.4.1 France et Italie

Les pays appartenant au premier groupe, à savoir la France et l'Italie, ne traitent en règle générale le cas du mariage forcé qu'à travers les règles de droit pénal, de droit civil et de droit public dites ordinaires. En effet, les mariages forcés sont sanctionnés en droit français et italien par l'intermédiaire d'autres normes prohibant les comportements répréhensibles pouvant se rapprocher de cette pratique. De même, le cas des mariages forcés n'est pas prévu dans les règles de droit civil français et italien. Les Codes civils français et italien, se bornent à imposer le consentement effectif et réel des époux comme une condition constitutive pour la formation du mariage. En conséquence, la violence physique ou morale de l'un des époux entraîne la nullité du mariage à condition toutefois qu'elle ait été d'une importance déterminante. La nullité pour vice de consentement est relative en droit italien : elle ne peut donc être invoquée que par l'un des époux seulement. En France, par contre, la nullité peut également être demandée par une autorité publique. Et tandis qu'en droit italien la nullité est

---

<sup>124</sup> Cf. ch. 3.2.

susceptible d'être couverte (p. ex. en cas de cohabitation continue pendant une année en Italie, ou encore, depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté), le droit français a récemment supprimé cette cause de disparition du vice du consentement. Une série de lois récentes ont, en outre, conduit en droit français à un renforcement de l'effectivité de la procédure d'audition préalable des époux, de façon à garantir l'existence du consentement au mariage. La loi du 14 novembre 2006, par exemple, a créé une procédure d'opposition par le ministère public spécifique aux mariages célébrés à l'étranger par une autorité étrangère. La portée limitée des normes visant le cas des mariages forcés se retrouve d'ailleurs dans le droit international privé, le droit d'asile, le droit des étrangers, le droit des victimes, ainsi d'ailleurs que dans le droit de la nationalité français. Seules les règles ordinaires régissent donc les mariages forcés. Notons toutefois que le droit de la nationalité française prévoit que le mariage peut permettre l'accès à la nationalité française dans certaines hypothèses.

#### **4.4.2 Belgique, Allemagne, Autriche, Suède, Norvège et Danemark**

Les solutions retenues dans la deuxième catégorie de pays divergent de celles des droits français et italien. Cette catégorie regroupe principalement les pays scandinaves, mais également l'Allemagne et l'Autriche. La Norvège prend clairement la « pole-position » dans ce deuxième sous-groupe : le droit norvégien sanctionne le mariage forcé directement, et ceci dans plusieurs domaines du droit. La notion de « mariage forcé » se retrouve en effet expressément citée dans plusieurs domaines du droit. Il en est ainsi en droit pénal, où l'article 222 du Code pénal norvégien punit d'emprisonnement la personne qui force une autre personne à contracter le mariage. De même, en droit civil norvégien, une modification législative récente, qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2007, vise directement le mariage forcé en autorisant l'époux dont le consentement n'était pas libre à demander l'annulation du mariage. Suivant les normes du droit des étrangers norvégien, un mariage déclaré nul entraîne également le retrait du titre de séjour. Le Danemark et la Suède, culturellement et juridiquement proches de la Norvège, s'orientent également dans cette direction. Ainsi, en droit danois, le Code pénal incrimine les mariages forcés tandis qu'en droit pénal suédois, plusieurs dispositions sont applicables au cas du mariage forcé. Il en est d'ailleurs de même en droit autrichien et allemand. Des propositions visant à pénaliser les mariages forcés au travers d'une réglementation particulière similaire à celle retenue en Norvège sont débattues en Suède. En attendant une pénalisation des mariages forcés, la Suède s'est dotée d'une réglementation spécifique de la question en droit civil. En effet, dans l'hypothèse où une personne a été obligée de se marier, elle peut obtenir une annulation de son mariage sans pour autant devoir passer par une période préalable de réflexion. L'annulation est par ailleurs instantanée. Sans exclure une application des règles ordinaires, le cas des mariages forcés n'est tout de même pas envisagé de manière expresse dans le droit international privé allemand, autrichien et des pays scandinaves, à l'exception notable de la Suède. Il en va de même pour les droit d'asile, des étrangers, de la nationalité et des victimes, sous réserve cependant de dispositions spécifiques au mariage forcé en droit norvégien et danois des étrangers.

##### **4.4.2.1 Allemagne**

En Allemagne, la modification du droit pénal, du droit civil et du droit de séjour constitue un thème qui occupe l'actualité parlementaire. Plusieurs partis et institutions ont déposé des initiatives législatives proposant diverses réformes. En mai 2007 encore, la Commission de l'intérieur du Bundestag allemand a été entendue à propos de la loi d'application des directives UE, laquelle traite des dispositions relatives au mariage forcé *de lege ferenda*. Tout

porte à croire que des éléments essentiels du droit allemand en rapport avec le mariage forcé feront, dans un proche avenir, l'objet de modifications. Celles-ci concernent en premier lieu la protection du droit de séjour pour les victimes de mariage forcé, leur droit de retour sur territoire allemand lorsqu'elles ont été entraînées de force à l'étranger après un séjour légal ou empêchées de rentrer en Allemagne, mais aussi la non extinction de leur titre de séjour en cas de départ du pays pour cause de mariage forcé ou de dépassement du délai légal de retour. Des améliorations sont envisagées aussi en droit pénal, de même qu'il est prévu de compléter le droit civil, plus spécialement au chapitre du droit matrimonial et successoral.

La 37<sup>ème</sup> loi de modification du droit pénal a érigé, avec effet au 19 février 2005, le mariage forcé en cas particulièrement grave de contrainte, ainsi qu'en témoigne la disposition ci-dessous :

*§ 240 du code pénal (contrainte)*

- (1) Celui qui, de façon illicite, par la violence ou par la menace d'un préjudice important contraint une personne 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.
- (2) L'acte est illicite lorsque l'usage de la violence ou la menace d'un préjudice aux fins recherchées présente un caractère répréhensible.
- (3) La tentative est punissable.
- (4) Dans les cas particulièrement graves, la peine sera une peine privative de liberté de six mois à cinq ans au plus. La contrainte exercée est particulièrement grave lorsque l'auteur :
  1. force une personne à avoir des relations sexuelles ou à contracter mariage ;
  2. oblige une femme enceinte à interrompre sa grossesse ou
  3. abuse de ses prérogatives ou de sa position d'agent public.

L'infraction selon le § 240, alinéa 4, no 1 in fine, du code pénal allemand constitue donc un cas de contrainte aggravée, passible d'une peine privative de liberté de six mois à cinq ans. Le projet de loi sur lequel débat actuellement le Bundesrat est favorable à l'introduction d'une norme pénale spécifique pour réprimer le mariage forcé. Le projet prévoit un nouveau § 234 b du code pénal (mariage forcé) de la teneur suivante :

- (1) Celui qui, en usant de violence envers une personne ou en la menaçant d'un préjudice important, l'aura obligée à contracter mariage, sera puni d'une peine privative de liberté de six mois à cinq ans au plus.
- (2) Sera puni de la même peine celui qui, en usant d'une position de force envers une personne, ou en profitant de sa détresse née du séjour dans un pays étranger, l'aura obligée à contracter mariage.
- (3) Sera puni de la même peine, celui qui, en usant de ruse ou de violence envers une personne, ou en la menaçant d'un préjudice important, l'aura emmenée de force ou incitée à se rendre dans une région hors du champ d'application de la présente loi, ou l'aura empêchée d'en revenir, aux fins de conclure un mariage contre son gré.
- (4) La tentative est punissable.

Le droit civil en vigueur couvre en principe les cas de mariage forcé. Le droit matrimonial intégré au code civil allemand prévoit l'annulation des mariages forcés.

*§ 1314 du code civil*

- (1) Le mariage peut être annulé lorsqu'il a été contracté contrairement aux dispositions des § 1303, 1304, 1306, 1307, 1311.
- (2) Un mariage peut en outre être annulé, lorsque
  - (...)
  4. un époux a été contraint de contracter mariage sous la menace.
  - (...)

Le chiffre 4 englobe aussi les cas où une personne annonce qu'elle va maintenir un préjudice existant, alors qu'elle est à la fois tenue de l'éliminer et en mesure de le faire. Le tribunal annule le mariage à la demande du conjoint qui a été forcé à contracter l'union. Le délai pour intenter une action est actuellement d'un an à compter du moment où la situation de contrainte a pris fin.

Selon le § 1310, alinéa 1, phrase 2, l'officier d'état civil doit refuser de célébrer le mariage lorsqu'il apparaît manifestement que celui-ci est annulable parce que l'un des deux conjoints y a été contraint par la menace. La manière dont l'officier d'état civil peut vérifier ses soupçons est réglée au § 5, alinéa 4 de la loi sur l'état civil. En présence d'indices concrets permettant de conclure que le mariage est annulable en vertu du § 1314, alinéa 2, du code civil, l'officier d'état civil est habilité à interroger les futurs époux, ensemble ou séparément, et à leur demander de produire des preuves convenables; au besoin il peut aussi exiger qu'ils garantissent sur l'honneur certains faits pertinents permettant de juger de l'existence ou de l'absence de motifs d'annulation.

Dans la discussion actuelle sur les réformes, le § 1318, alinéa 5, du code civil devrait compléter la disposition régissant les cas de mariages conclus sous une contrainte illicite, afin qu'au décès du conjoint forcé au mariage, le conjoint survivant soit privé de ses droits de succession, même lorsqu'aucune demande en annulation n'a encore été introduite. Enfin, le projet de loi entend compléter le § 2339 du code civil pour déclarer indignes de succéder les personnes qui avaient contraint leur conjoint décédé à contracter le mariage.

#### **4.4.2.2 Autriche**

Le droit constitutionnel, de même que le droit civil et surtout le droit pénal qui vient d'être modifié, renferment des dispositions applicables au mariage forcé et adoptées, entre autres, dans un souci de lutte contre ce phénomène.

L'opinion prévaut en Autriche que les dispositions actuelles ne suffisent pas à combattre le mariage forcé. Un débat politique s'est donc engagé sur cette question, donnant lieu à une multitude de propositions qui portent notamment sur l'extension de la protection institutionnelle des victimes, mais aussi sur des éléments relevant du droit des étrangers.

La norme pénale de la contrainte aggravée, dans sa version révisée du 1<sup>er</sup> juillet 2006, a réglé explicitement le mariage forcé.

Ainsi, le nouveau § 106, alinéa 1, no 3, du code pénal autrichien (contrainte de caractère grave) dispose ce qui suit :

(1) Quiconque exerce une contrainte :

(...)

3. en amenant la personne objet de la contrainte à contracter mariage, à se livrer à la prostitution ou à participer à une représentation pornographique (§ 215a al. 3) ou qui l'incite à faire, à ne pas faire ou à laisser faire un acte de sorte que les intérêts de cette personne ou d'un tiers sont lésés de façon particulièrement grave, sera puni d'une peine privative de liberté de six mois à cinq ans.

Dans le même élan de réforme, le législateur a revu le § 193 du code pénal autrichien. Il concerne le régime pénal d'exception pour les actes contraires au mariage et à la famille et limite la peine privative de liberté à un an. Si le mariage est célébré sous la contrainte au sens du §106, alinéa 1, no 3, du code pénal, le régime d'exception ne s'applique pas au sens du § 193 du code pénal.

Le § 193 du code pénal (mariage obtenu par tromperie), en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2006 se présente comme suit :

- (1) Quiconque dissimule à l'autre partie, au moment de la conclusion d'un mariage, un fait qui rend le mariage nul, sera puni d'une peine privative de liberté d'un an au plus.
- (2) Sera puni de la même peine quiconque amène une autre personne à conclure mariage avec lui par tromperie portant sur des faits pour lesquels la dissolution du mariage peut être demandée.
- (3) L'auteur n'est punissable que si le mariage a été déclaré nul en raison du fait dissimulé, ou s'il a été dissout pour tromperie, violence ou menace. Il ne peut également être poursuivi qu'à la demande de la personne lésée.

Avant juillet 2006, le recours à la contrainte pour inciter une femme à contracter un mariage n'était pas régi de manière uniforme. Ainsi, si la contrainte était exercée par le partenaire de la femme, seule celle-ci pouvait, selon le § 193 du code pénal, engager des poursuites pénales en se constituant partie civile, et ce, uniquement après qu'un tribunal civil eut annulé le mariage contracté sous la menace ou l'usage de la force.

La menace ayant été sortie du champ d'application du § 193 du code pénal, le mariage forcé constitue dorénavant un délit poursuivi d'office, indépendamment de la procédure civile. Aussi, sous l'effet de la modification de la loi entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2006, l'annulation du mariage n'est plus une condition préalable à l'engagement d'une action pénale contre l'auteur. Des tiers peuvent désormais saisir la justice pour dénoncer un délit de contrainte aggravée, dont le mariage forcé.

Aux termes du § 17, alinéa 1, de la loi matrimoniale autrichienne, le mariage est conclu :

[...] du fait de la comparution personnelle et simultanée, devant l'officier d'état civil, des fiancés qui déclarent vouloir contracter ce mariage.

Lorsqu'au moment de célébrer l'union, les officiers d'état civil autrichiens suspectent qu'un conjoint a été contraint au mariage, ils ne disposent d'aucun moyen d'intervention direct. Dans le système juridique existant, un élément suspect est jugé sans importance. Ainsi, en cas de doute sur le caractère volontaire du mariage, les officiers d'état civil n'ont d'autre possibilité que de remettre aux personnes concernées, entre quatre yeux, des documents leur indiquant à quels services s'adresser. L'annulation du mariage dans des conditions précises est réglée en Autriche par les § 33 et suivants de la loi matrimoniale:

*§ 39 Loi matrimoniale (menaces):*

- (1) Un conjoint peut demander l'annulation du mariage s'il a été illicitement poussé à le conclure par des menaces.
- (2) L'annulation est exclue si le conjoint a donné à entendre qu'il voulait continuer la vie conjugale quand la contrainte causée par les menaces a pris fin.

L'annulation est activée par la demande en nullité et est régie par les § 22 et suivants et 33 et suivants de la loi matrimoniale. Le délai pour intenter une action est d'un an à compter du moment où la contrainte a pris fin.

Le droit d'établissement des membres de la famille découle, pour les cinq premières années de leur séjour, des regroupants. Une séparation des conjoints a les effets suivants : lorsque les personnes qui ont rejoint le groupe familial réunissent par elles-mêmes les conditions matérielles requises, la prolongation de leur permis de séjour reste possible malgré la séparation. Il en va de même dans certaines situations particulières, notamment en cas de divorce prononcé au tort du regroupant ou de décès de celui-ci, ou encore pour des motifs

dignes d'être pris en considération, tel que l'usage de la violence. Dans le débat actuel, il est réclamé un permis de séjour et une autorisation de travail indépendants pour les migrants, afin de leur donner de meilleures chances de se libérer, au besoin, d'une relation fondée sur la violence.

### **4.4.3 Grande-Bretagne**

Le Royaume-Uni occupe quant à lui une position intermédiaire. Bien qu'appartenant pour le moment plutôt à la première catégorie des pays qui ne font pas mention exprès du mariage forcé dans leurs ordres juridiques internes, le Royaume-Uni prépare pour fin 2007 une législation qui devrait accorder une protection accrue aux victimes de mariages forcés<sup>125</sup>. Cette législation part de l'idée que les mécanismes prévus par le droit civil sont normalement hors de portée pratique des personnes qui ont été forcées de se marier et que ces personnes sont très réticentes à invoquer des sanctions pénales ou administratives, par exemple dans le domaine de l'immigration, contre des membres de leurs familles ou entourage. Il est donc prévu de permettre à un juge, sur plainte d'une victime actuelle ou potentielle ou de quiconque pouvant démontrer un intérêt réel pour le bien être de la victime, de rendre des décisions qui empêcheront les personnes désignées par la mesure d'exercer des pressions sur la victime. Les mesures pourront viser tant des actes réalisés à l'étranger que sur le territoire britannique. Les mesures judiciaires pourront contraindre toute personne de la famille ou de la communauté de la victime participant à la contrainte visant à obliger la victime à se marier. Ces « décisions » du juge n'auront de conséquences pénales ou administratives qu'en cas de non-respect.

## **5. Règlements envisageables**

### **5.1 Droit constitutionnel**

#### **5.1.1 Mariages forcés**

Etant donné que, de l'avis unanime de la doctrine, le droit au mariage garanti à l'article 14 Cst. inclut déjà le droit de ne pas se marier contre sa volonté, une inscription explicite, dans la Constitution, de l'interdiction des mariages forcés, ou d'un mandat à l'adresse du législateur de lutter contre de tels mariages, n'est pas nécessaire. Le législateur a, déjà aujourd'hui, la possibilité de prendre des mesures pour lutter contre ces mariages.

#### **5.1.2 Mariages arrangés**

Quant à prévoir, dans la Constitution, une interdiction des mariages arrangés, une telle mesure serait juridiquement admissible, puisqu'elle serait de même rang que la garantie du droit au mariage et qu'elle ne contreviendrait, à première vue, à aucune disposition du droit international impératif. Toutefois, du point de vue de l'opportunité, une telle mesure ne pourrait que difficilement se justifier.

---

<sup>125</sup> Cf. « Forced Marriage (Civil Protection) Bill » du 10 mai 2007.

## 5.2 Droit pénal

Comme nous l'avons indiqué plus haut, il n'y a pas lieu de sanctionner les mariages arrangés<sup>126</sup>. Les développements qui suivent ne portent donc que sur les mariages forcés. Selon l'expertise de l'Institut suisse de droit comparé datée du 31 mai 2007, l'Allemagne<sup>127</sup>, l'Autriche<sup>128</sup>, la Norvège<sup>129</sup> et la Belgique<sup>130</sup> ont expressément inscrit le mariage forcé dans leur législation pénale. En Suisse, trois options sont envisageables *de lege ferenda*.

### 5.2.1 Maintien du statu quo

Le Conseil fédéral a déjà expliqué de façon détaillée que d'un point de vue législatif, rien ne justifie de créer une nouvelle norme pénale, dans sa réponse du 16 février 2005 à la question BANGA (04.1181) «Lutter contre les mariages forcés et mieux protéger les victimes»<sup>131</sup>. Même si l'on ne crée pas de nouvelle disposition pénale, il n'en reste pas moins que les mariages forcés peuvent être couverts par la norme pénale relative à la contrainte (art. 181 CP), qu'ils sont poursuivis d'office et passibles de d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire<sup>132</sup>. Quant aux faits accompagnant typiquement un mariage forcé, comme les menaces, l'enlèvement, la séquestration ou le recours à la violence physique, sexuelle ou psychique, tous ces comportements sont couverts par les définitions des infractions existantes<sup>133</sup>.

### 5.2.2 Mention explicite du mariage forcé à l'article 181 CP, avec ou sans sanction plus sévère

Comme nous l'avons signalé plus haut, la contrainte fait l'objet d'une formulation ouverte à l'article 181 CP, du point de vue tant des moyens utilisés que du résultat obtenu<sup>134</sup>. La mention explicite, dans cet article, du mariage forcé comme situation de contrainte grave avec éventuellement un durcissement des peines, comme beaucoup le préconisent, ne ferait que souligner que les mariages forcés réunissent les conditions de la contrainte et contribuerait au mieux à l'éveil des consciences à ce problème (effet de signal). Toutefois rien ne permet d'affirmer que la mention explicite des mariages forcés à l'article 181 CP serait remarquée

<sup>126</sup> Cf. ch. 3.4.1.

<sup>127</sup> Cf. ch. 4.4.2.1.

<sup>128</sup> Cf. ch. 4.4.2.2.

<sup>129</sup> Le mariage forcé est interdit par le Code pénal norvégien. Le fait de contraindre quelqu'un à se marier est puni par l'emprisonnement. Selon l'article 222 du Code pénal le *mariage forcé* est criminalisé: quiconque force quelqu'un à conclure un mariage, en ayant recours à la violence, à la privation de liberté, à des pressions indues ou en ayant un autre comportement illicite ou en menaçant d'avoir un tel comportement est condamné. La sanction pour un mariage forcé va jusqu'à six ans d'emprisonnement. En vertu de l'article 222 du Code pénal, il est également interdit d'inciter à un mariage à l'étranger ou de convenir d'un mariage pour le compte d'un mineur (mariage arrangé et mariage d'enfant). Le complice encourt la même peine (article 222, alinéa 2 du Code pénal). Est notamment considéré comme complice quiconque donne sciemment de fausses informations à la victime, à la police ou à d'autres autorités, lorsqu'elles ont pour but de faire conclure un mariage forcé.

<sup>130</sup> En avril 2007, la Belgique a édicté l'article 391<sup>sexies</sup> du code pénal, énonçant que « toute personne qui, par des violences ou des menaces, aura contraint quelqu'un à contracter un mariage sera punie d'un emprisonnement d'un mois à deux ans ou d'une amende de cent à cinq cent euros. La tentative est punie d'un emprisonnement de quinze jours à un an ou d'une amende de cinquante à deux cent cinquante euros ».

<sup>131</sup> Cf. ch. 2.1.1. Des experts sont du même avis: voir l'article « Zwangsheiraten sind mit Gesetzen nicht zu verhindern », NZZ am Sonntag du 25 septembre 2005.

<sup>132</sup> Pour plus de détails, voir les explications données plus haut, aux ch. 3.4.2 à 3.4.6.

<sup>133</sup> Cf. ch. 3.4.5.

<sup>134</sup> Cf. ch. 3.4.2.

par les intéressés<sup>135</sup>. Elle ne résoudrait guère non plus les problèmes liés à l'élucidation des faits – comme la réticence des victimes à s'exprimer et la difficulté d'obtenir les preuves requises. En outre, il est problématique sur le plan légistique de n'indiquer qu'un exemple concret de l'infraction de contrainte, et il serait difficile de l'intégrer dans la disposition actuelle.

Enfin, l'absence de données fiables sur l'importance du phénomène des mariages forcés en Suisse amène à s'interroger sur l'opportunité d'une révision du droit pénal.

### 5.2.3 Nouvelle norme pénale relative au mariage forcé / Extension du champ d'application du CP

Comme nous l'avons déjà indiqué, le Conseil des Etats a proposé en 2005, dans le cadre des délibérations relatives à la loi sur les étrangers, l'introduction d'une nouvelle disposition pénale énonçant que 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 se marier sera puni d'une peine privative de liberté entre six mois et cinq ans<sup>136</sup>. Selon le droit en vigueur, une telle disposition pourrait avoir la teneur suivante:

#### *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'aura obligée à se marier sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire de 180 jours-amende au moins.

L'introduction de cette norme ferait du mariage forcé une infraction qualifiée de contrainte. 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 en se fondant sur ces divers cas. L'introduction d'une peine minimale est toutefois à éviter, car elle restreindrait inutilement la liberté d'appréciation des tribunaux. En outre, la contrainte fait l'objet d'une formulation ouverte, qui rend 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 des poursuites 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 CP serait toutefois nécessaire.

Ce qui a été dit de la variante «Mention explicite du mariage forcé à l'article 181 CP»<sup>137</sup> s'applique également ici. La disposition pénale supplémentaire donnerait sans doute un signal au public, sans pour autant résoudre les problèmes actuels liés à l'élucidation des faits. Il n'est pas sûr non plus que la nouvelle disposition pénale parvienne à la connaissance des intéressés,

<sup>135</sup> Même les milieux spécialisés sont sceptiques et signalent que les mesures préventives, comme les campagnes d'information et de sensibilisation, seraient préférables pour les intéressés, à l'instar de mesures de protection qui soient faciles d'accès (offres de conseil, prise en charge). Voir [www.zwangsheirat.ch/zwangsheirat/10\\_faq.htm](http://www.zwangsheirat.ch/zwangsheirat/10_faq.htm). Selon les auteurs de ce site, les lois ont beau renforcer le sens de l'injustice et dissuader quelques personnes de passer à l'acte, une intervention exclusivement juridique ne préviendrait vraisemblablement que quelques cas de mariage forcé. Car les lois n'ont un impact maximum qu'à condition d'atteindre tous les groupes sociaux. De plus, il n'est pas certain que les intéressés soient prêts à dénoncer leurs parents, des proches ou des connaissances.

<sup>136</sup> Cf. ch. 2.1.3.

<sup>137</sup> Cf. ch. 5.2.2.

ni qu'une révision du code pénal soit opportune, en l'absence de données fiables sur l'importance du phénomène des mariages forcés en Suisse.

Comme on l'a vu au chiffre 3.4.3., l'article 7, alinéa 2, CP règle de manière très restrictive la poursuite des infractions commises à l'étranger uniquement. Le fait qu'il suffise aux étrangers vivant en Suisse de déplacer le mariage forcé à l'étranger pour se soustraire aux poursuites pénales est particulièrement choquant. Il y aurait lieu d'examiner si les mariages forcés ayant lieu à l'étranger et n'impliquant que des étrangers ne devraient pas relever de la juridiction pénale suisse, auquel cas ils devraient être réglés par analogie aux actes d'ordre sexuel commis à l'étranger sur un enfant de moins de 14 ans (art. 5 al. 1 let. b CP).

#### **5.2.4 Coordination entre la contrainte en droit pénal et l'annulation du mariage en droit civil**

Tant la contrainte au sens de l'actuel article 181 CP que la nouvelle norme pénale envisagée sur le mariage forcé ne recouvrent qu'en partie le motif d'annulation du mariage que constitue la menace visée à l'article 107, chiffre 4, CC. Afin de mieux coordonner le droit pénal et le droit civil (uniformité de l'ordre juridique), on pourrait donc définir au passage le mariage forcé au sens du droit pénal comme un motif à part entière d'annulation du mariage, (nouveau chiffre 5 de l'art. 107 CC).

*Art. 107, ch. 5, CC (nouveau)*

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.

Cette nouvelle disposition comprend deux groupes de cas:

- les cas de double illicéité, cumulant le motif d'annulation du mariage en droit civil qu'est la menace au sens de l'article 107, chiffre 4, CC et la nouvelle infraction pénale du mariage forcé. Selon le projet de chiffre 5, le juge civil n'aurait plus besoin de contrôler lui-même la présence du motif d'annulation du mariage et pourrait directement s'appuyer sur le jugement pénal rendu;
- les cas où un jugement pénal pour mariage forcé a été rendu, en l'absence du motif d'annulation du mariage qu'est la menace. En droit pénal, une menace contre n'importe quel bien juridique (p. ex. patrimoine, liberté, vie privée) peut entrer en ligne de compte. En droit civil par contre, la menace au sens de l'actuel article 107, chiffre 4, CC (menace comme motif d'annulation du mariage) doit être dirigée contre la vie, la santé ou l'honneur.

Il importe de noter que les différences risquent de s'accroître entre droit civil et droit pénal après la révision du code pénal. Dans l'hypothèse où la peine privative de liberté en cas de mariage forcé passerait à cinq ans (contre trois aujourd'hui), la poursuite pénale de cette infraction se prescrirait par quinze ans, au lieu de sept aujourd'hui (art. 97, al. 1, let. b et c, CP); le délai absolu pour intenter une action en annulation du mariage est par contre de cinq ans à compter de la célébration du mariage (art. 108, al. 1, CC).

### 5.3 Droit privé

Différentes mesures peuvent être envisagées en droit privé pour mieux lutter contre les mariages forcés, étant précisé qu'il n'est pas opportun de combattre les mariages arrangés, pour autant que ces derniers soient conclus dans le respect de la volonté des fiancés. Si cette condition n'est pas remplie, il s'agit d'une union qui tombe dans la catégorie des mariages forcés et qui sera donc sanctionnée en tant que telle.

Sur le plan du droit privé, les mariages forcés peuvent être combattus, de manière préventive, soit avant leur célébration<sup>138</sup> ou *a posteriori* si de telles unions ont déjà été contractées<sup>139</sup>. Il y a lieu en outre d'examiner dans quelle mesure l'activité des différents services impliqués doit être coordonnée avec celle des autorités d'état civil et les tribunaux<sup>140</sup>.

#### 5.3.1 Mesures préventives

##### 5.3.1.1 Information du public et des fiancés

La lutte contre les mariages forcés passe en premier lieu par une sensibilisation de la population en général et des fiancés en particulier. L'information du public doit le cas échéant se faire par le biais des programmes d'enseignement des écoles, des organismes d'accueil des migrants, des différentes communautés d'étrangers, de campagnes ciblées dans les journaux et les autres médias, etc. Ces actions ne constituent pas à proprement parler des mesures préventives de droit civil et elles n'ont pas leur place dans le Code civil ou la législation accessoire. Elles sont toutefois mentionnées ici aux fins d'exhaustivité, et parce que leur portée est loin d'être négligeable.

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<sup>141</sup>. Afin de soutenir cette tâche d'information du public, il est possible d'établir et diffuser des brochures au sein des offices de l'état civil en étoffant et complétant l'offre existante<sup>142</sup>. Ces brochures doivent renvoyer aux organismes de conseils existants (centres de consultation LAVI) ou à créer. Pour assurer une diffusion aussi large que possible, les informations doivent être aisément accessibles (dans les offices de l'état civil, les représentations suisses à l'étranger, les services de police des étrangers, d'autres administrations publiques, sur Internet, etc.) et compréhensibles également par la population étrangère<sup>143</sup>. Par ailleurs, à l'avenir, les formules de préparation du mariage, singulièrement la formule « Déclaration relative aux conditions du mariage » qui comporte déjà les références aux infractions de pluralité de mariages ou de partenariats enregistrés (art. 215 CP) et d'obtention frauduleuse d'une constatation fautive (art. 253 CP), pourront être complétées avec la mention des dispositions réprimant les mariages forcés.

<sup>138</sup> Cf. ch. 5.3.1.

<sup>139</sup> Cf. ch. 5.3.2.

<sup>140</sup> Cf. ch. 5.3.3.

<sup>141</sup> Message mariage/divorce, no 212.11.

<sup>142</sup> Le DFJP publie une brochure intitulée « Droit matrimonial et droit successoral. Un guide à l'intention des fiancés et des époux », disponible à l'adresse internet suivante : [www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch), rubrique « thèmes, état civil, mariage ».

<sup>143</sup> Cf. la motion HALLER (07.3116) qui demande que les informations destinées aux fiancés soient traduites en plusieurs langues.

### 5.3.1.2 Modification du droit relatif à la conclusion du mariage

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<sup>144</sup>, ce principe qui découle directement de la garantie constitutionnelle du mariage pourrait être précisé dans le Code civil.

Proposition :

*Art. 99 Exécution et clôture de la procédure préparatoire*

<sup>1</sup> L'office de l'état civil examine si:

1. la demande a été déposée régulièrement et s'il n'existe aucune circonstance laissant à penser qu'elle ne correspond manifestement pas à la libre volonté des fiancés;
2. l'identité des fiancés est établie;
3. les conditions du mariage sont remplies.

<sup>2</sup> Lorsque ces exigences sont remplies, il communique aux fiancés la clôture de la procédure préparatoire ainsi que les délais légaux pour la célébration du mariage.

<sup>3</sup> Dans le cadre du droit cantonal et d'entente avec les fiancés, il fixe le moment de la célébration du mariage ou, s'il en est requis, il délivre une autorisation de célébrer le mariage dans un autre arrondissement de l'état civil.

Par ces dispositions, le rôle de l'officier de l'état civil dans la lutte contre les mariages forcés serait plus clair et l'importance de la libre volonté des fiancés serait soulignée.

Dans l'immédiat, il faudrait étudier la possibilité de compléter l'article 65 Ordonnance sur l'état civil, comme suit:

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

Cette disposition implique simplement que l'officier de l'état civil, dans le cadre de son devoir d'information générale, rende les fiancés attentifs à l'importance fondamentale de leur libre volonté pour le mariage. D'autres démarches de l'officier de l'état civil, singulièrement un entretien séparé avec l'un ou l'autre des fiancés, sur requête, sont réservées.

## 5.3.2 Sanctions

### 5.3.2.1 Extension des causes d'annulation relatives

Comme on l'a vu dans l'exposé du droit en vigueur, le droit d'action est actuellement doublement limité<sup>145</sup>. En premier lieu, les motifs d'annulation, exhaustivement énumérés à l'article 107 chiffre 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 est concevable d'élargir le champ d'application de la norme en reformulant l'article 107 chiffre 4 CC, par exemple comme suit :

<sup>144</sup> Cf. aussi la motion WEHRLI (06.3657).

<sup>145</sup> Cf. ch. 3.5.2.

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

En même temps il faudrait prolonger le délai de péremption de l'action, voire permettre l'introduction de l'action en annulation en tout temps, comme c'est le cas des causes d'annulation absolue.

Une telle solution n'est pas recommandée, notamment pour deux raisons : en premier lieu, la protection offerte resterait réduite, 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. De plus, de manière paradoxale, l'auteur pourrait être poursuivi d'office et condamné pour contrainte au sens de l'article 181 CP, sans que cela soit nécessairement suivi de sanctions civiles quant à l'existence du mariage. En outre, l'on s'approche d'une cause d'annulation absolue lorsque l'on modifie le délai de péremption, et *a fortiori* si on le supprime. D'un point de vue systématique, il serait ainsi préférable d'introduire une nouvelle cause d'annulation à l'article 105 CC.

### 5.3.2.2 Extension des causes d'annulation absolues

L'aménagement d'une nouvelle cause d'annulation absolue à l'article 105 CC expose clairement que le consentement libre au mariage revêt un caractère d'ordre public. Elle offre aussi une meilleure protection de la victime, qui peut mais ne doit pas prendre elle-même l'initiative du procès. D'après l'article 106, alinéa 3, CC l'action peut être intentée en tout temps. Elle peut donc être introduite après un jugement de condamnation pénale (p. ex. pour contrainte au sens de l'art. 181 CP), qui peut, compte tenu des délais de prescriptions de l'action pénale, même intervenir de nombreuses années après la commission de l'infraction.

Trois solutions sont offertes. Le libellé de l'article 107, chiffre 4, CC peut être repris mot pour mot et transposé à l'article 105 CC. Comme déjà mentionné, la disposition actuelle du Code civil n'englobe pas tous les cas des mariages forcés et va en particulier moins loin que la notion de contrainte au sens de l'article 181 CP, ce qui est problématique, compte tenu de la fonction traditionnellement subsidiaire du droit pénal. Si une norme pénale spécifique devait être créée pour sanctionner les auteurs d'un mariage forcé, il serait également envisageable de maintenir l'article 107 CC dans sa teneur actuelle et d'ajouter un nouveau chiffre à l'article 105 CC prévoyant que, dans les cas où il y aurait une condamnation pénale pour mariage forcé, une telle union serait annulée d'office sur le plan civil<sup>146</sup>. Il est finalement concevable, indépendamment de toute condamnation pénale, de prévoir une cause d'annulation absolue pour les mariages forcés.

Enfin, il y a lieu d'envisager les cas où la victime pourrait avoir « pardonné » à l'auteur, situation que l'ordre juridique doit prendre en compte afin de ne pas annuler un mariage qui, entre-temps, pourrait être voulu et donc à nouveau célébré par les intéressés après la dissolution. Une telle situation devrait 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. D'un point de vue politico-juridique il faudrait veiller à ce que la mention de ces cas n'aboutissent pas à l'annulation des effets positifs attendus par la nouvelle réglementation. Dès lors il faudrait se demander s'il ne serait pas suffisant de se limiter à mentionner une telle précision dans les commentaires relatifs à une modification de l'article 105 CC<sup>147</sup>.

Proposition :

<sup>146</sup> Cf. ch. 5.2.4.

<sup>147</sup> Dans ce contexte, il faudrait envisager l'application par analogie de l'article 55a CP, pour empêcher qu'une procédure pénale n'ait lieu contre un mariage forcé dont la victime souhaite le maintien.

*Art. 105 Causes absolues*

Le mariage doit être annulé:

1. lorsqu'un des époux était déjà marié au moment de la célébration et que le précédent mariage n'a pas été dissous par le divorce ou par le décès de son conjoint;
2. lorsqu'un des époux était incapable de discernement au moment de la célébration et qu'il n'a pas recouvré la capacité de discernement depuis lors;
3. lorsque le mariage était prohibé en raison de la nature d'un lien de parenté ;
4. lorsque l'un des époux ne veut pas fonder une communauté conjugale mais éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers<sup>148</sup> ;
5. lorsque le mariage n'a pas été contracté avec la libre volonté des époux (variante : lorsque le mariage a été contracté sous la contrainte).

### **5.3.3 Collaboration et échange d'informations entre autorités**

L'une des grandes difficultés du phénomène des mariages forcés est le caractère caché de la contrainte et bien souvent la loi du silence qui empêche en particulier les victimes de dénoncer aux autorités ce qui leur arrive. Dans ces conditions, il peut être opportun, pour augmenter la protection étatique, de mettre sur pied un système efficace d'informations entre autorités concernées. L'on songe en premier lieu aux autorités de poursuites pénales ainsi qu'aux autorités de police des étrangers. Celles-ci doivent pouvoir communiquer les cas de mariages forcés portés à leur connaissance, aux autorités d'état civil (si le mariage n'a pas encore été célébré) ou aux autorités cantonales compétentes pour l'action en annulation si l'union a déjà été contractée. D'un autre côté, pour que les mariages forcés ne restent impunis sur le plan du droit pénal et du droit des étrangers, il y a lieu de prévoir que les autorités d'état civil et les autorités cantonales compétentes pour agir en annulation avisent à leur tour les autorités de poursuites pénales et les autorités migratoires de tels cas.

#### **5.3.3.1 Collaboration avec les autorités de poursuites pénales**

Une telle collaboration ne doit pas seulement permettre d'assurer que les mariages forcés soient dûment sanctionnés pénalement et civilement. Elle peut aussi permettre aux victimes de trouver la protection et l'aide nécessaires (mesures de protections policières, soutien psychologique, juridique et financier selon la LAVI, etc.). L'échange d'information doit également permettre de disposer des faits déjà constatés par les autres autorités. Ainsi, il pourrait être envisagé que les autorités d'état civil et les autorités cantonales compétentes signalent les cas aux autorités de poursuites pénales et inversement. Compte tenu du secret de fonction à charge desdites autorités, de telles normes devront être inscrites dans une loi au sens formel (code de procédure pénale, code de procédure civile). En ce qui concerne les autorités de l'état civil, une disposition pourrait être intégrée dans l'ordonnance sur l'état civil (cf. art. 44 ss).

#### **5.3.3.2 Collaboration avec les autorités de police des étrangers**

Ici aussi, l'échange d'informations permettrait de coordonner l'activité des différentes autorités et d'assurer la cohérence de l'activité étatique. La loi fédérale sur les étrangers et la législation accessoire devront éventuellement être complétées s'agissant de l'échange d'informations avec les autorités migratoires (cf. art. 97 LEtr).

---

<sup>148</sup> Ce chiffre est prévu en annexe de la nouvelle loi fédérale sur les étrangers.

### 5.3.3.3 Devoir d'informer d'autres autorités ?

La collaboration avec d'autres services administratifs est de nature à renforcer la protection des victimes. En effet, les autorités de police des étrangers et de poursuites pénales, tout comme les services de l'état civil et les autorités cantonales compétentes pour agir en annulation des mariages, ne sont bien souvent que le « dernier maillon » de la chaîne. Ainsi, il pourrait s'avérer utile d'inscrire dans la loi un devoir ou à tout le moins une faculté d'information, par exemple à charge des établissements scolaires, des services qui s'occupent de violence conjugale, des autorités de tutelle et d'autres autorités. A cet égard, l'on pourrait s'inspirer aux articles 363 et 364 CP.

### 5.3.4 Partenariat enregistré

Il va de soi que d'éventuelles modifications du droit matrimonial doivent être transposées également dans la Loi sur le partenariat *mutatis mutandis*.

## 5.4 Droit international privé

### 5.4.1 Mariages forcés

Même si le mariage forcé devenait une cause absolue d'annulation au sens de l'article 105 CC<sup>149</sup>, une action en justice serait d'abord nécessaire pour que sa reconnaissance soit refusée. Car le raisonnement sous-jacent au droit en vigueur resterait valable. L'autorité de reconnaissance pourrait certes prendre d'office en compte le vice du consentement, sans que la partie concernée lui en fasse la demande. Mais il lui faudrait vérifier dans tous les cas si la non-reconnaissance du mariage correspond à la volonté présumée ou aux intérêts de la partie forcée au mariage<sup>150</sup>. Et si la situation de contrainte n'existe plus, l'autorité ne pourrait plus ignorer le mariage qu'à la demande expresse de la partie concernée. Là encore, il s'ensuit que la possibilité de reconnaissance du mariage et donc la question de l'état civil se prêteraient de cas en cas à un jugement différent. Le motif de nullité prévu par le projet de nouvel article 105, chiffre 5, 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 priment pour le législateur sur la volonté des parties.

Dans le cadre de l'article 32 LDIP, il faudrait également commencer par inscrire le mariage forcé au registre de l'état civil. Il incomberait toutefois à l'autorité cantonale de surveillance d'informer l'autorité compétente pour intenter une action selon l'article 106 CC<sup>151</sup> et de faire bloquer la divulgation des données, comme prévu à l'article 46 OEC, jusqu'à ce qu'un jugement ait été rendu. Même dans le cas où le mariage aurait déjà été contesté, l'autorité cantonale de surveillance devrait ordonner son inscription et une opposition à sa divulgation.

Il resterait possible de refuser d'emblée la reconnaissance des mariages forcés avec des personnes n'ayant pas atteint une limite d'âge donnée. Si la Suisse, suite à l'éventuelle mise en œuvre de la résolution 1468 (2005) du Conseil de l'Europe<sup>152</sup>, changeait d'attitude sur la majorité matrimoniale et cessait d'accepter, y compris dans les cas internationaux, des limites d'âge inférieures à 18 ans, cela nécessiterait l'adoption de mesures légales. En effet la LDIP

<sup>149</sup> Cf. ch. 5.3.2.2.

<sup>150</sup> La résolution 1468 (2005) du Conseil de l'Europe contient une exigence analogue, cf. ch. 3.2.3.6.

<sup>151</sup> Cf. ch. 5.3.3.

<sup>152</sup> Cf. ch. 3.2.3.6.

ne précise pas dans quelle mesure la Suisse respecte les limites d'âge inférieures prévues dans le droit matrimonial des autres pays et se limite à prévoir une réserve de l'ordre public suisse. En principe il suffirait donc d'interpréter cette réserve de l'ordre public à la lumière des nouvelles conditions<sup>153</sup>. Il faudrait cependant adapter l'article 45a LDIP, car il prévoit les mariages avec des «mineurs» comme possibles ou susceptibles d'être reconnus en Suisse<sup>154</sup>.

En outre il conviendrait d'examiner une restriction de l'article 44, alinéa 2, LDIP, lequel soumet la célébration du mariage entre étrangers en Suisse aux conditions du droit national d'un des fiancés lorsque les conditions du droit suisse ne sont pas remplies.

Il demeure possible en droit suisse de demander l'annulation d'un mariage forcé célébré à l'étranger. Les autorités peuvent intenter 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, RS 272), 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, 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 aussi être intentée par l'autorité compétente du lieu d'origine suisse de l'un des conjoints, du moins pour autant qu'une action ne puisse être intentée par les autorités du domicile de l'un des époux<sup>155</sup>. Les commentaires des dispositions actuelles s'appliquent également par analogie au for en cas d'action intentée par la victime du mariage forcé et à la question du droit applicable<sup>156</sup>.

Si les mariages forcés sont réglés à l'article 105 CC, il s'agit de savoir si l'article 45, alinéa 2, LDIP mentionné au début est applicable. Le cas échéant, il faudrait refuser la reconnaissance des mariages concernés indépendamment de toute contestation préalable, si la fiancée ou le fiancé est suisse ou si tous deux ont leur domicile en Suisse, et s'il peut être prouvé qu'ils l'ont célébré à l'étranger dans l'intention d'éluder l'article 105 CC. En l'occurrence, ce serait l'intention d'éluder la loi qui conduirait à ne pas reconnaître le mariage, et non la protection due à la volonté des parties. On peut toutefois se demander si une telle intention de la part d'un seul conjoint peut suffire. En toute logique, on ne saurait reprocher au conjoint forcé à se marier d'avoir eu l'intention de contourner la loi.

## 5.4.2 Mariages par procuration

Si l'on se range à l'opinion de la CRA et de la doctrine<sup>157</sup>, les mariages par procuration ne sont de lege lata pas contraires à l'ordre public suisse. Comme la reconnaissance actuelle des mariages par procuration est susceptible d'entraver la lutte contre les mariages forcés, la question à examiner ici est le refus par le législateur de la reconnaissance de tels mariages. Il serait possible de modifier l'article 45 LDIP de la manière suivante :

<sup>153</sup> Dans le cas des personnes de plus de quinze ans, on peut se demander si l'on ne devrait pas privilégier une solution d'annulation du mariage comme à l'article 105 CC, et faire dépendre autant que possible l'annulation du mariage des intérêts de la personne dans le cas d'espèce. Le point 14.2.4 de la résolution 1468 (2005) susmentionnée invite: «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». Selon le principe *a maiore minus*, une telle approche pourrait également se fonder sur le critère de l'ordre public au sens de l'article 27, alinéa 1, LDIP.

<sup>154</sup> 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 ».

<sup>155</sup> Cf. art. 60 LDIP, art. 3 LDIP ainsi que ANDREAS BUCHER, op. cit., no 165 s, pour qui les motifs d'annulation du mariage relevant de l'ordre public sont en principe applicables en Suisse.

<sup>156</sup> Cf. toutefois les réserves exprimées au ch. 3.6.1 à propos du contenu de l'ordre public.

<sup>157</sup> Cf. ch. 3.6.2.

- adjonction d'un alinéa prévoyant spécifiquement que les mariages par procuration ne peuvent pas être reconnus :

*Art. 45, al. 1bis (nouveau)*

<sup>1bis</sup> *Un mariage contracté par procuration n'est pas reconnu, même s'il a été valablement célébré à l'étranger.*

Autres formulation possible :

*Art. 45, al. 1bis (nouveau)*

<sup>1bis</sup> *La représentation de l'un des fiancés lors de la célébration du mariage entraîne sa non reconnaissance en Suisse.*

Les deux variantes proposées sont conformes à la Constitution. Le droit international privé est basé sur le principe de la relativité du droit interne<sup>158</sup>, selon lequel le droit national ne peut prétendre à une supériorité de principe sur les autres ordres juridiques. C'est ainsi que des institutions créées valablement sous l'empire du droit étranger doivent en principe être reconnues en Suisse, même si elles sont inconnues en droit interne. Dans cet esprit, l'article 45 LDIP a été conçu comme une disposition favorable à la reconnaissance des mariages (principe du *favor matrimonii*), afin d'éviter les situations boiteuses (mariage existant à l'étranger mais non reconnu en Suisse)<sup>159</sup>. De même, la réserve d'ordre public devrait, dans l'esprit du législateur, être appliquée avec retenue en matière de reconnaissance des décisions (art. 27 LDIP ; ordre public atténué). Une restriction de la reconnaissance des mariages par procuration est malgré tout à examiner sérieusement.

## 5.5 Aide aux victimes

L'aide aux victimes au sens de l'article 124 Cst. a pour but la réinsertion des victimes et ne comprend aucune mesure à l'égard des auteurs d'infractions. En effet, l'aspiration à compléter l'aide aux victimes par un volet de prévention n'a pas été retenue lors de la révision totale de la Constitution<sup>160</sup>. D'où l'impossibilité de prévoir dans la LAVI des mesures préventives ou répressives destinées à empêcher les mariages forcés ou arrangés.

## 5.6 Droit des étrangers

### 5.6.1 Introduction d'un âge minimal pour les conjoints bénéficiant du regroupement familial

Ainsi que nous l'avons déjà relevé, la CE a édicté une directive traitant du regroupement familial en faveur de ressortissants de pays tiers, laquelle n'est pas contraignante pour la Suisse. Elle y habilite les Etats membres à fixer un âge minimal, qui ne peut être supérieur à 21 ans, pour le regroupant et son conjoint afin d'assurer une meilleure intégration et de

<sup>158</sup> JICRA, cons. 4.5, et les références citées.

<sup>159</sup> Voir notamment PAUL VOLKEN, *op. cit.*, no 1ss et ANDREAS BUCHER, *op. cit.*, no 75.

<sup>160</sup> Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle constitution fédérale, FF 1997 I 1., p. 347; voir déjà le message du 6 juillet 1983 concernant l'initiative populaire «sur l'indemnisation des victimes d'actes de violence criminels», FF 1983 III, 901, p. 922, ch. 72.

prévenir des mariages forcés<sup>161</sup>. Aux Pays-Bas, le regroupement familial n'est possible que si les deux conjoints ont au moins 21 ans. Cette réglementation a entraîné une diminution des regroupements familiaux de près d'un tiers durant la première année après son introduction<sup>162</sup>. Le Danemark a fixé à 24 ans l'âge minimal<sup>163</sup>. L'Allemagne, elle, a redéfini à 18 ans l'âge pour bénéficier d'un regroupement au titre du mariage. D'autres Etats membres de l'UE n'ont pas encore fait usage de cette possibilité d'introduire un âge minimum.

Si le mariage est célébré en Suisse, les deux époux doivent en règle générale avoir au moins 18 ans<sup>164</sup>. Dans le cas d'une reconnaissance d'un mariage contracté à l'étranger, des dérogations à cet âge minimum sont autorisées, à condition qu'elles soient compatibles avec l'ordre public en Suisse. Diverses études<sup>165</sup> révèlent que les mariages forcés affectent principalement des personnes jeunes originaires de pays déterminés. En 2006, la Suisse a octroyé 37 601 autorisations dans le cadre du regroupement familial, dont 24 576 à des conjoints étrangers. Parmi ces derniers, 2690 (= **10,9 pour cent**) avaient entre 16 et 21 ans au moment du regroupement.

Regroupement familial en 2006		Sexe		Âge		
		Hommes	Femmes	16 - 17	18 - 21	> 21
<i>Total regroupement familial par des Suisses et des étrangers</i>	37601					
<i>Total regroupement familial par des Suisses</i>	10499					
<b>Conjoints de ressortissants suisses</b>	<b>9632</b>	<b>3706</b>	<b>5926</b>	<b>76</b>	<b>879</b>	<b>8657</b>
Total regroupement familial par des étrangers	27102					
<b>Conjoints de ressortissants étrangers</b>	<b>14944</b>	<b>3283</b>	<b>11661</b>	<b>130</b>	<b>1605</b>	<b>13034</b>

Une analyse des pays d'origine fait ressortir des écarts parfois considérables par rapport à l'âge moyen des conjoints étrangers au moment du regroupement familial.

Regroupement familial en faveur de ressortissants turcs en 2006		Sexe		Âge		
		Hommes	Femmes	16 - 17	18 - 21	> 21
<i>Total regroupement familial</i>	1251					
<i>Regroupement familial par des Suisses</i>	490					
<b>Dont conjoints de ressortissants suisses</b>	<b>459</b>	<b>293</b>	<b>166</b>	<b>11</b>	<b>100</b>	<b>348</b>
Regroupement familial par des étrangers	761					

<sup>161</sup> Cf. ch. 4.2.2.

<sup>162</sup> Cf. « Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik » (ZAR), N° 7/2006, p. 235 s. (publication allemande)

<sup>163</sup> Cf. ch. 5.6.3.

<sup>164</sup> Cf. les explications relatives aux ch. 3.8.1.2 et 3.8.1.3.

<sup>165</sup> Exemple: « Les mariages forcés dans les États membres du Conseil de l'Europe », Strasbourg 2005, p. 7 ss (résumé).

<b>Dont conjoints de ressortissants étrangers</b>	<b>605</b>	<b>247</b>	<b>358</b>	<b>15</b>	<b>118</b>	<b>467</b>
---	------------	------------	------------	-----------	------------	------------

En 2006, 1064 ressortissants turcs ont obtenu une autorisation de séjour au titre du regroupement familial ; 244 d'entre eux avaient entre 16 et 21 ans (= **22,9 pour cent**).

<i>Regroupement familial en faveur de ressortissants serbes en 2006</i>	Sexe		Âge			
		Hommes	Femmes	16 - 17	18 - 21	> 21
<b>Total regroupement familial</b>	3408					
<b>Regroupement familial par des Suisses</b>	883					
<b>Dont conjoints de ressortissants suisses</b>	<b>813</b>	<b>477</b>	<b>336</b>	<b>11</b>	<b>189</b>	<b>606</b>
Regroupement familial par des étrangers	2525					
<b>Dont conjoints de ressortissants étrangers</b>	<b>2021</b>	<b>900</b>	<b>1121</b>	<b>47</b>	<b>630</b>	<b>1329</b>

En 2006, 2834 ressortissants serbes ont obtenu une autorisation de séjour au titre du regroupement familial ; 877 d'entre eux avaient entre 16 et 21 ans (= **30,9 pour cent**).

<i>Regroupement familial en faveur de ressortissants macédoniens en 2006</i>	Sexe		Âge			
		Hommes	Femmes	16 - 17	18 - 21	> 21
<b>Total regroupement familial</b>	1095					
<b>Regroupement familial par des Suisses</b>	207					
<b>Dont conjoints de ressortissants suisses</b>	<b>195</b>	<b>111</b>	<b>84</b>	<b>7</b>	<b>59</b>	<b>129</b>
Regroupement familial par des étrangers	888					
<b>Dont conjoints de ressortissants étrangers</b>	<b>704</b>	<b>303</b>	<b>401</b>	<b>25</b>	<b>268</b>	<b>410</b>

En 2006, 899 ressortissants macédoniens ont obtenu une autorisation de séjour au titre du regroupement familial ; 359 d'entre eux avaient entre 16 et 21 ans (= **39,9 pour cent**).

Les statistiques ci-dessus montrent qu'en Suisse également l'âge des conjoints étrangers originaires de certains pays est nettement inférieur à la moyenne au moment du regroupement familial. En 2006, un total de 2690 personnes (pour tous les pays) entre 16 et 21 ans ont pu rejoindre un conjoint en Suisse ; 1480 d'entre elles (55 pour cent) venaient de trois pays uniquement : la Turquie, la Serbie et la Macédoine. Dans ce contexte, il convient encore de noter que dans de nombreux pays les déclarations à l'état civil n'obéissent pas aux mêmes normes qu'en Suisse : actes de naissance ou de mariage ne sont parfois établis qu'au moment où les intéressés en ont besoin, c'est-à-dire souvent en rapport avec un départ à l'étranger, en l'occurrence l'émigration en Suisse. Il n'est pas impossible alors qu'un enfant mineur soit déclaré majeur.

### 5.6.2 Connaissance d'une langue nationale avant l'entrée dans le pays

La directive susmentionnée de la CE stipule que les Etats membres peuvent exiger des ressortissants de pays tiers qu'ils se conforment aux mesures d'intégration<sup>166</sup>. Certains Etats membres en déduisent que la connaissance de la langue nationale est exigible avant même l'entrée dans le pays dans le cadre d'un regroupement familial (par ex. débat actuel en Allemagne et en France)<sup>167</sup>. Cette condition doit en particulier éviter l'isolement social des victimes de mariages forcés dans le pays d'accueil.

La nouvelle loi sur les étrangers souligne que des connaissances linguistiques suffisantes constituent l'une des conditions pour une intégration réussie<sup>168</sup>. L'octroi d'une autorisation de séjour ou d'une autorisation de courte durée peut être lié à la participation à un cours de langue ou à un cours d'intégration (art. 54, al. 1, LEtr).

### 5.6.3 Admissibilité en droit international public de restrictions du regroupement familial pour éviter des mariages forcés

Le droit au regroupement familial est protégé au titre d'élément du droit au respect de la vie privée et familiale arrêté à l'article 8 CEDH et aux articles 17 et 23 du Pacte II de l'ONU<sup>169</sup>.

Dans sa jurisprudence relative à l'article 8 CEDH, la Cour EDH a statué que cette disposition ne donnait pas le droit de choisir l'endroit le mieux approprié pour construire sa vie de famille et qu'elle ne saurait s'interpréter comme comportant, pour un État contractant, l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans le pays<sup>170</sup>. La Cour EDH s'appuie sur les points de repère suivants en rapport avec le regroupement familial : mesure dans laquelle la vie de famille est effectivement vécue, liens avec l'Etat contractant, éventuels obstacles insurmontables pour mener une vie familiale dans l'Etat d'origine, éventuels obstacles liés au contrôle de l'immigration (p. ex. infractions antérieures contre le droit d'entrée dans le pays), éventuels motifs ressortant de l'ordre public et s'opposant à une immigration, ainsi que conscience des personnes concernées au moment où elles ont entamé leur vie de famille que celle-ci était incertaine dans le pays hôte. Dans ce dernier cas, un refoulement ne constitue une violation de l'article 8 CEDH que dans des circonstances exceptionnelles<sup>171</sup>.

Les réglementations qui viennent d'être citées soulèvent également des questions en rapport avec l'interdiction de discrimination (art. 14 CEDH). Si cette dernière n'est valable qu'en relation avec une autre garantie de la convention (en l'occurrence l'art. 8 CEDH), il ne doit pas forcément y avoir violation de cette garantie, il suffit qu'elle soit applicable. En d'autres termes, l'article 14 CEDH peut parfaitement avoir été violé même si l'on n'a pas voulu admettre qu'il y ait eu violation de l'article 8 CEDH<sup>172</sup>. L'argument déterminant en l'occurrence est l'existence ou non de raisons objectives justifiant la différence de traitement. L'inégalité de traitement doit poursuivre un but légitime et les moyens appliqués doivent être

<sup>166</sup> Cf. ch. 4.2.2.

<sup>167</sup> Il est légitime de se demander si l'exigence de la connaissance d'une langue nationale avant l'entrée dans le pays constitue une mesure adéquate pour lutter contre les mariages forcés. Il est probable que cette condition affecte nettement plus de personnes qui se sont mariées sans y être forcées. Suivre des cours de langue peut être impossible ou très difficile selon le pays d'origine ; le regroupement familial serait donc pratiquement exclu pour les personnes se trouvant dans ce type de situation, sans lien vraiment évident entre cette exigence et la problématique des mariages forcés.

<sup>168</sup> Cf. aussi le rapport de l'Office fédéral des migrations, Problèmes d'intégration des ressortissants étrangers en Suisse, Berne 2006.

<sup>169</sup> Cf. ch. 3.2.

<sup>170</sup> Arrêt du 28 mai 1985 *Affaire Abdulaziz c. Royaume-Uni*, série A, vol. 94, § 68.

<sup>171</sup> Arrêt du 31 janvier 2006 *Affaire Rodrigues da Silva c. Pays-Bas*, N° 50435/99, § 39.

<sup>172</sup> Arrêt *Abdulaziz*, op. cit., § 71.

proportionnés à cet objectif<sup>173</sup>. S'agissant de l'âge fixé pour le regroupement familial se pose par conséquent la question de savoir s'il est possible de motiver objectivement que les requêtes déposées par une personne âgée de 20 ans et une autre âgée de 22 ans soient traitées différemment.

Tant qu'il n'y a pas eu de précédents univoques, certaines incertitudes subsistent souvent lorsqu'il s'agit de savoir si une mesure donnée est conforme aux dispositions du droit international. Ces précédents sont des décisions de tribunaux dans des cas analogues ou des conclusions de comités internationaux des droits de l'homme. En rapport avec les mesures qui nous intéressent, il convient de relever que le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a retenu lors de son examen des 4<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> rapports du Danemark relatifs à la mise en œuvre de la « Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes »<sup>174</sup> que l'augmentation à 24 ans de l'âge minimal pour le regroupement familial, mesure introduite pour empêcher les mariages forcés, constituait une discrimination à l'encontre des immigrés. Aussi, le comité ne voit-il pas le lien entre prévention des mariages forcés et recul de l'âge du regroupement familial. Dans ses observations finales, il déplore l'adoption de cette réglementation et prie instamment le Danemark d'abroger cette loi et d'explorer d'autres moyens de combattre le mariage forcé<sup>175</sup>. A la différence des comités des droits de l'homme, qui examinent les rapports soumis par les Etats, les tribunaux ne se penchent pas sur des réglementations légales abstraites, mais sur des cas concrets d'application de ces dispositions. Ainsi, la Cour EDH ne s'interrogerait pas si la limite d'âge inférieure ou l'exigence de connaissances linguistiques sont d'une manière générale compatibles avec l'article 8 ou l'article 14 CEDH, mais étudierait la question sur la base de toutes les circonstances particulières afférentes au cas d'espèce. L'incertitude est d'autant plus grande que la décision dépend de facteurs tels que la proportionnalité, l'intérêt public et la latitude d'appréciation des Etats membres. Il n'est par conséquent pas possible de dire que les réglementations proposées sont en soi et dans chaque cas contraires à la convention, tout comme il est impossible d'affirmer qu'il n'existe pas de cas de figure où il y aurait violation de la CEDH.

Lors du traitement de tels cas particuliers par les tribunaux, trois éléments jouent un rôle essentiel. Premièrement, le degré de présomption ; deuxièmement, le soin apporté à l'examen des circonstances particulières ; troisièmement, les moyens de droit procédural mis à la disposition des personnes concernées pour lever ces soupçons. Exemple 1 : refus du regroupement familial pour une femme de 17 ans originaire d'un pays où les mariages forcés sont monnaie courante et suspicion de contrainte dans le cas concret ; lors de l'audition orale, la femme n'a pas réussi à lever ces soupçons ; le grief de la non-conformité de l'âge limite de 17 ans avec les articles 8 ou 14 CEDH a peu de chance d'aboutir. Exemple 2 : refus du regroupement familial à une femme de 20 ans, sur la base d'une indication qu'il s'agirait d'un mariage forcé, information émanant d'une source anonyme qui n'a pas été vérifiée de plus près ; le motif du refus est que l'intéressée n'a pas de connaissances linguistiques suffisantes ; uniquement possibilité de prendre position par écrit : violation de l'article 8 et/ou 14 CEDH probable.

Il a été démontré que les limites précises de ce qui est admissible en vertu du droit international ne peuvent être fixées avec certitude. Néanmoins, les instruments à disposition fournissent diverses indications sur la manière d'aménager une éventuelle réglementation :

*L'introduction d'un âge minimal de 21 ans* pour le regroupement des conjoints devrait être admissible, à condition de ne pas exclure une vérification dans le cas particulier selon les critères de la Cour EDH. On pourrait donc concevoir une réglementation de principe, à laquelle il serait possible/obligatoire de déroger si la preuve est apportée que certaines

<sup>173</sup> Arrêt du 29 avril 2002 *Affaire Pretty c. Royaume-Uni*, Cour EDH 2001-V, § 87.

<sup>174</sup> [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/108f13ff640854c5c12572a1003ae1af/\\$FILE/N0242303.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/108f13ff640854c5c12572a1003ae1af/$FILE/N0242303.pdf)

<sup>175</sup> <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/cd3f75778aa0b345c12572ba00417f69?OpenDocument>, ch. 345 s.

conditions sont réunies. Pour permettre la prise en compte de circonstances particulières, il faudrait renoncer à énumérer les conditions de façon exhaustive. On pourrait reprendre par exemple les critères énoncés à l'article 17 de la Directive de la CE, en ajoutant éventuellement les obstacles insurmontables s'opposant à une vie de famille dans le pays d'origine. L'exigence de *justifier de connaissances dans une langue nationale avant le regroupement familial* ne peut pas non plus être considérée d'emblée comme non conforme aux garanties formulées par la CEDH. Mais là aussi, la réglementation doit être formulée de manière qu'il soit possible d'y déroger dans des cas de rigueur. Outre les critères retenus par la CEDH, il faut veiller notamment à ne refuser le regroupement des conjoints en raison d'une absence de connaissances linguistiques que si l'apprentissage d'une langue nationale avait été possible et raisonnable dans le cas concret.

Ces réglementations ne devraient pas s'appliquer aux réfugiés – ainsi que le prévoit d'ailleurs la Directive susmentionnée de la CE –, étant donné qu'une vie de famille dans le pays d'origine est exclue par définition.

#### **5.6.4 Suite de la procédure**

La nouvelle loi sur les étrangers entrera vraisemblablement en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008. Elle prévoit un renforcement des mesures de lutte contre les abus, en particulier en rapport avec le regroupement familial. Les dispositions légales nécessaires existent déjà pour refuser des autorisations de séjour à des étrangers en cas de mariage forcé ; cependant, en l'absence de déclarations des personnes concernées, il restera difficile pour la police des étrangers de prouver qu'il y a eu mariage forcé. L'acquisition de connaissances linguistiques doit être davantage encouragée, notamment par une amélioration de la collaboration (normes communes), une élimination des insuffisances affectant les programmes d'encouragement, ainsi que par la conclusion de conventions d'intégration.

- A titre de mesure immédiate, il ne faudrait plus reconnaître à l'avenir de mariages entre des personnes âgées de moins de 18 ans.

Si l'on devait constater par la suite que ces mesures de lutte contre les mariages forcés en Suisse sont insuffisantes, il faudrait envisager l'introduction des dispositions suivantes :

- Fixation d'un âge minimal de 21 ans pour le regroupement familial de conjoints étrangers ; cette innovation requerrait une révision partielle de la loi sur les étrangers. Il faudrait prévoir des exceptions à cette règle pour les cas de rigueur.
- Obligation de justifier de connaissances linguistiques suffisantes comme condition pour l'entrée en Suisse d'un conjoint étranger bénéficiant d'un regroupement familial, si l'apprentissage d'une langue nationale avait été possible et raisonnable dans le cas concret.

### **5.7 Droit d'asile**

Sous l'angle de l'octroi de la qualité de réfugié et de l'asile, la question n'engendre aucun besoin d'adaptation particulier. Cependant, des adaptations pourraient être envisagées sous l'angle du regroupement familial pour les réfugiés, les personnes admises provisoirement et celles nécessitant une protection provisoire dans l'hypothèse où un âge minimum devait être introduit pour les étrangers dans le cadre du regroupement familial. Encore faudrait-il

examiner si de telles restrictions sont conformes au système de protection découlant de la Convention sur les réfugiés et apprécier les raisons ayant poussé les autorités européennes à exclure cette catégorie d'étrangers de l'application des articles 10, alinéa 2, et 12, alinéa 2, de la Directive de la CE relative au regroupement familial<sup>176</sup>.

La future jurisprudence du Tribunal administratif fédéral dans les affaires de regroupement familial du domaine de l'asile sera suivie avec une grande attention.

## 5.8 Droit de cité

Il n'est pas nécessaire pour l'heure de légiférer dans ce domaine : jusqu'ici, il n'y a guère eu de cas de mariages forcés ou arrangés en rapport avec des procédures de naturalisation. Dans le cadre de la mise en œuvre du rapport d'intégration, la Confédération va toutefois formuler, en collaboration avec les autorités cantonales compétentes, des propositions d'amélioration pour l'examen des conditions de naturalisation par les cantons et les communes. En outre, il s'agit de garantir que les autorités de naturalisation disposent de toutes les données pertinentes pour l'octroi de la nationalité.

## 6. Résumé

### 6.1 Introduction

On peut partir de l'idée que les mariages forcés et les mariages arrangés concernent en Suisse principalement des communautés d'immigrés, sans pouvoir être attribués à un milieu culturel précis, ni à une religion en particulier.

La Suisse ne connaît pas de définition juridique du mariage forcé ou arrangé. On admet communément qu'il y a *mariage forcé* lorsque l'union est contractée sans la libre volonté d'au moins un des deux conjoints. Il y a *mariage arrangé* en revanche, lorsque le mariage est organisé à l'initiative de tiers, mais conclu avec l'accord des deux époux. A la différence du mariage arrangé, où les époux restent libres de contracter mariage, le mariage forcé est une atteinte grave au droit de la personne concernée à l'autodétermination et constitue une violation des droits de l'homme.

### 6.2 Droit en vigueur

#### 6.2.1 Droit international

Les mariages forcés ne sont pas couverts par l'article 12 CEDH. Par conséquent, rien ne s'oppose à ce que les Etats contractants instaurent des mesures aux fins de prévenir ou de combattre de tels mariages. De surcroît, ces Etats ont une obligation positive de permettre aux personnes concernées de contester, avec toute l'efficacité voulue, de telles pratiques. Les mesures destinées à empêcher les mariages conclus contre la volonté des intéressés ne doivent pas avoir pour effet de limiter outre mesure les droits des couples désireux de se marier.

Une union célébrée contre le gré de l'un ou l'autre des époux ne tombe pas sous la protection de l'article 8 CEDH et ne peut, par conséquent, fonder un droit au regroupement familial.

---

<sup>176</sup> Cf. ch. 4.2.2.

Toute mesure engagée en matière de droit des étrangers devra préserver le droit au regroupement familial des couples mariés sans contrainte.

### 6.2.2 Droit constitutionnel

Le droit au mariage, consacré à l'article 14 Cst., protège la liberté des individus en âge nubile de se marier. Dans sa composante négative, il protège également le droit de ne pas se marier. En l'occurrence, on ne peut tirer de l'article 14 Cst. une obligation pour le législateur d'adopter une réglementation destinée à lutter contre les mariages forcés allant au-delà de ce qui est déjà prévu en droit actuel (art. 107 ch. 4 CC et art. 181 CP).

D'un point de vue constitutionnel, la question de savoir qui a mis en relation les fiancés est indifférente, de même que l'est le but dans lequel le mariage est conclu. Dès lors, les mariages arrangés bénéficient de la protection de l'article 14 Cst. Si des dispositions destinées à lutter contre les mariages arrangés étaient introduites dans le droit civil ou le droit pénal, celles-ci devraient respecter les exigences statuées à l'article 36 Cst., si et dans la mesure où elles portent atteinte au droit au mariage garanti par la Constitution.

### 6.2.3 Droit pénal

Le code pénal suisse ne contient aucune disposition qui réprime expressément les mariages forcés ou arrangés. Les mariages forcés sont toutefois déjà couverts, dans le droit en vigueur, par la disposition pénale relative à la contrainte, ils sont poursuivis d'office et punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Il n'y a pas lieu en revanche de punir les mariages arrangés.

Dans le contexte d'un mariage forcé, on peut penser qu'au-delà de la contrainte, les éléments constitutifs de diverses infractions sont peut-être intervenus: lésions corporelles graves (art. 122 CP), lésions corporelles simples (art. 123 CP), voies de fait (art. 126 CP), menaces (art. 180 CP), séquestration et enlèvement (art. 182 CP), actes d'ordre sexuel avec des enfants (art. 187 CP), contrainte sexuelle (art. 189 CP), viol (art. 190 CP), violation du devoir d'assistance ou d'éducation (art. 219 CP), enlèvement de mineur (art. 220 CP). A l'exception des lésions corporelles simples<sup>177</sup>, des voies de fait, des menaces et de l'enlèvement de mineur, il s'agit à chaque fois d'infractions poursuivies d'office par le ministère public.

### 6.2.4 Droit privé

Le mariage se forme par l'échange des consentements devant l'officier de l'état civil. Cet échange des consentements a un effet constitutif. 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 célébré, il pourra être annulé aux conditions décrites aux articles 107 s CC.

Les causes relatives d'annulation sont prévues à l'article 107 CC, à savoir l'incapacité passagère de discernement, l'erreur de déclaration, le dol et la menace, sont établies

---

<sup>177</sup> Certaines infractions qualifiées de lésions corporelles simples (art. 123, al. 2, CP) sont également poursuivies d'office.

principalement dans l'intérêt des époux. Cette réglementation se distingue des causes absolues d'annulation par les éléments 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 6 mois et délai absolu de 5 ans dès la célébration du mariage).

Ainsi, en l'état actuel du droit, en présence d'un mariage forcé, celui-ci ne pourra être annulé qu'à la requête de l'époux qui en est victime, durant un laps de temps limité. Le temps a donc un effet réparateur, et il est présumé de manière irréfutable que l'époux victime aura ainsi « pardonné » à l'autre.

### **6.2.5 Droit international privé**

Même les mariages forcés conclus à l'étranger peuvent être annulés conformément à l'article 107, chiffre 4, CC. En règle générale, la victime peut s'appuyer directement sur cette disposition. Le droit étranger sera pris en compte seulement s'il n'est pas plus restrictif que le droit suisse au sujet de l'annulation. Même en l'absence de for ordinaire en Suisse, une action en annulation peut généralement y être intentée, si elle ne peut être intentée à l'étranger ou si l'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle le soit. La reconnaissance d'un mariage (forcé) est exclue tant que la victime n'a pas atteint un certain âge minimum.

Les mariages conclus par procuration donnent certes parfois lieu à des abus, sous forme de mariages forcés. Cela ne justifie toutefois pas un refus de reconnaissance du mariage par procuration en soi. Si, dans un cas d'espèce, il y a mariage forcé, les règles exposées à l'alinéa précédent s'appliquent.

### **6.2.6 Aide aux victimes**

Selon le droit en vigueur, un mariage forcé peut donner droit à l'aide aux victimes s'il est lié à une infraction – comme la contrainte au sens de l'article 181 CP ou une lésion corporelle au sens de l'article 123 CP – ayant causé une atteinte directe à l'intégrité corporelle, sexuelle ou psychique de la victime. La victime peut s'adresser au centre de consultation de son choix et reçoit une aide médicale, psychologique, sociale, matérielle et juridique. En outre, elle peut demander à certaines conditions une indemnisation ou une réparation morale dans le canton compétent. Lors de la procédure pénale, la victime a des droits particuliers à la protection de sa personnalité et peut faire valoir des prétentions civiles contre l'auteur de l'infraction.

### **6.2.7 Droit des étrangers**

Les dispositions du droit des étrangers traitant du regroupement familial en faveur d'un conjoint étranger visent à permettre l'union conjugale en Suisse à des époux tous deux consentants.

Le droit de se faire rejoindre par un conjoint étranger s'éteint s'il est invoqué abusivement. Or, il y a abus si un ressortissant étranger formule une requête de regroupement familial en excipant d'un mariage qui est en réalité forcé, car il manque la volonté partagée des époux de former une union conjugale en Suisse. Dans ce cas, la demande est rejetée par la police cantonale des étrangers ; une autorisation de séjour déjà attribuée peut être révoquée ou ne plus être prolongée.

La nouvelle loi sur les étrangers, qui entrera vraisemblablement en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008, prévoit les réglementations ci-dessous concernant les mariages forcés, en distinguant entre diverses situations de départ :

- La victime avait déjà un droit de séjour en Suisse avant la célébration du mariage et aucune autorisation n'a par conséquent été prononcée dans le cadre d'un regroupement familial. Elle ne doit donc escompter aucune répercussion relevant du droit des étrangers en cas de dissolution du mariage.
- La victime a bénéficié d'un regroupement familial pour rejoindre son conjoint de nationalité suisse ou de nationalité étrangère titulaire d'une autorisation d'établissement. La LEtr prévoit que le conjoint étranger d'un ressortissant suisse a droit à l'octroi d'une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité à condition de faire vie commune avec lui (art. 42 et art. 43, al. 1, LEtr). Après un séjour légal ininterrompu de cinq ans, le conjoint a droit à l'octroi d'une autorisation d'établissement (art. 42, al. 3, et art. 43, al. 2, LEtr). Après dissolution du mariage ou de la famille, le conjoint 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). On peut notamment considérer que de telles raisons existent lorsque 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). De telles raisons peuvent également se présenter dans le cas d'un mariage forcé.
- 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. Le projet d'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative prévoit cependant que l'autorité cantonale compétente peut également décider de prolonger l'autorisation de séjour après la dissolution du mariage si les conditions énoncées à l'art. 50 LEtr sont remplies (cf. supra).

En cas de mariage forcé, la contrainte peut avoir émané de l'autre conjoint, mais aussi de membres de la famille ou de personnes tierces. Si les auteurs de l'acte sont des ressortissants étrangers, il est possible de prendre des mesures à leur encontre en vertu du droit sur les étrangers (art. 51, 62 - 63 LEtr). Si l'auteur de l'acte a déposé une demande de regroupement familial, il devra répondre non seulement d'une atteinte à la sécurité et à l'ordre publics, mais encore de la dissimulation de faits essentiels durant la procédure d'autorisation (art. 62, let. a, et art. 63, al. 2, let. a, LEtr). L'appréciation de l'opportunité d'annuler ou de ne pas prolonger l'autorisation se fait sur la base d'une pesée des intérêts. Il est tenu 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 refoulement de l'auteur de l'acte l'emporte.

### **6.2.8 Droit d'asile**

La problématique liée au mariage forcé est susceptible de survenir à deux stades distincts, soit en tant que motif d'asile en vue de la reconnaissance de la qualité de réfugié (art. 3 LAsi) soit dans le cadre d'une demande de regroupement familial (art. 51 LAsi). En tant que motif d'asile et selon la pratique développée par l'ODM, le motif lié à une crainte d'être victime d'un mariage forcé est rattaché à la notion d' « appartenance à un groupe social déterminé » et peut

conduire à l'octroi de la qualité de réfugié lorsque l'ensemble des conditions requises sont remplies (vraisemblance, crainte fondée, intensité, absence d'alternative de fuite interne et de protection). A ce jour, quelques rares cas ont conduit à l'octroi de la qualité de réfugié pour ce motif. Sous l'angle du regroupement familial, un éventuel mariage forcé peut apparaître dans le cadre des demandes de regroupement familial déposées en faveur d'un conjoint se trouvant à l'étranger et qui a été séparé par la fuite du réfugié reconnu. Cependant, il est difficilement possible de déterminer s'il s'agit de mariage forcé ou non. En cas de doutes, l'ODM peut cependant demander à la représentation suisse à l'étranger d'auditionner la personne concernée. Pour les personnes se trouvant déjà en Suisse et s'il existe une forte suspicion de mariage forcé, la demande de regroupement familial (extension de l'asile et du statut de réfugié) pourrait être rejetée sur la base de l'article 51, alinéa 1, LAsi en estimant que des circonstances particulières s'opposent à l'extension de l'asile et du statut de réfugié au conjoint.

### **6.2.9 Droit de cité**

S'il est révélé dans le cadre d'une procédure de naturalisation que le requérant a forcé ses enfants à conclure des mariages, il ne satisfait pas aux conditions énoncées pour obtenir la nationalité suisse et sa demande est rejetée.

En vertu du droit en vigueur, une naturalisation ne peut être annulée que si elle a été obtenue par des déclarations mensongères ou par la dissimulation de faits essentiels (art. 41 LN). La nationalité suisse peut être retirée en invoquant le non-respect de l'ordre juridique uniquement si la conduite porte gravement atteinte aux intérêts et au renom de la Suisse (art. 48 LN). Cette disposition s'applique à tous les citoyens suisses, peu importe le motif de l'obtention de la nationalité. Il convient en outre de préciser que le retrait prévu à l'article 48 LN n'est possible qu'à l'encontre de doubles nationaux, car il ne saurait aboutir à l'apatridie de la personne concernée.

## **6.3 Réglementations envisageables**

### **6.3.1 Droit constitutionnel**

Etant donné que, de l'avis unanime de la doctrine, le droit au mariage garanti à l'article 14 Cst. inclut déjà le droit de ne pas se marier contre sa volonté, une inscription explicite, dans la Constitution, de l'interdiction des mariages forcés, ou d'un mandat à l'adresse du législateur de lutter contre de tels mariages, n'est pas nécessaire. Le législateur a, déjà aujourd'hui, la possibilité de prendre des mesures pour lutter contre ces mariages.

Quant à prévoir, dans la Constitution, une interdiction des mariages arrangés, une telle mesure serait juridiquement admissible, puisqu'elle serait de même rang que la garantie du droit au mariage et qu'elle ne contreviendrait, à première vue, à aucune disposition du droit international impératif. Toutefois, du point de vue de l'opportunité, une telle mesure ne pourrait que difficilement se justifier.

### **6.3.2 Droit pénal**

Trois options seraient envisageables pour réprimer pénalement les mariages forcés:

- maintien du statu quo;

- mention explicite du mariage forcé à l'article 181 CP (avec ou sans sanction plus sévère);
- création d'une nouvelle norme pénale sur le «mariage forcé».

Même en cas de statu quo, il n'en reste pas moins que les mariages forcés peuvent être 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. Quant aux actes accompagnant typiquement un mariage forcé, comme les menaces, l'enlèvement, la séquestration ou le recours à la violence physique, sexuelle ou psychique, tous ces comportements sont couverts par les normes pénales existantes.

La mention explicite, préconisée par beaucoup, du mariage forcé comme contrainte grave à l'article 181 CP, avec éventuellement un durcissement des peines, ne ferait que souligner que les mariages forcés réunissent les conditions de la contrainte et contribuerait au mieux à l'éveil des consciences à ce problème. Toutefois rien ne permet d'affirmer que la mention des mariages forcés à l'article 181 CP serait remarquée par les intéressés. Elle ne résoudrait guère non plus les problèmes liés à l'élucidation des faits – comme la réticence des victimes à s'exprimer et la difficulté d'obtenir les preuves requises. Enfin, l'absence de données fiables sur l'importance du phénomène des mariages forcés en Suisse amène à s'interroger sur l'opportunité d'une révision du droit pénal.

L'introduction d'une nouvelle norme ferait du mariage forcé une infraction qualifiée de contrainte. Des sanctions plus sévères sont déjà prévues en droit suisse pour d'autres cas de contrainte qualifiée, 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 des peines plus sévères pour les mariages forcés, à l'exemple de ces dispositions. Mais ici aussi, la disposition pénale supplémentaire aurait beau donner un signal au public, elle ne résoudrait pas pour autant les problèmes actuels liés à l'élucidation des faits. Il n'est pas sûr non plus que la nouvelle disposition pénale parvienne à la connaissance des intéressés, ni qu'une révision du code pénal soit opportune, en l'absence de données fiables sur l'importance du phénomène des mariages forcés en Suisse.

L'article 7, alinéa 2, CP règle de manière très restrictive la poursuite des infractions commises à l'étranger. Le fait qu'il suffise aux étrangers vivant en Suisse de déplacer le mariage forcé à l'étranger pour se soustraire aux poursuites pénales est particulièrement choquant. Il y aurait lieu d'examiner si les mariages forcés ayant lieu à l'étranger et n'impliquant que des étrangers ne devraient pas relever de la juridiction pénale suisse, auquel cas ils devraient être réglés par analogie aux actes d'ordre sexuel commis à l'étranger sur un enfant de moins de 14 ans (art. 5 al. 1 let. b CP).

### 6.3.3 Droit privé

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.

Pour des raisons de sécurité juridique et aux fins de donner un effet de signal, ce principe qui découle directement de la garantie constitutionnelle du mariage pourrait être précisé dans le Code civil.

Proposition :

*Art. 99 Exécution et clôture de la procédure préparatoire*

<sup>1</sup> L'office de l'état civil examine si:

1. la demande a été déposée régulièrement et s'il n'existe aucune circonstance laissant à penser qu'elle ne correspond manifestement pas à la libre volonté des fiancés;

2. l'identité des fiancés est établie;
3. les conditions du mariage sont remplies.

<sup>2</sup> Lorsque ces exigences sont remplies, il communique aux fiancés la clôture de la procédure préparatoire ainsi que les délais légaux pour la célébration du mariage.

<sup>3</sup> Dans le cadre du droit cantonal et d'entente avec les fiancés, il fixe le moment de la célébration du mariage ou, s'il en est requis, il délivre une autorisation de célébrer le mariage dans un autre arrondissement de l'état civil.

L'introduction dans l'article 105 CC d'une nouvelle cause d'annulation absolue renforcerait le caractère d'ordre public du consentement libre au mariage. Elle offrirait aussi une meilleure protection à la victime, puisque cette dernière pourrait, sans en avoir l'obligation, initier elle-même la procédure d'annulation :

Proposition :

*Art. 105 Causes absolues*

Le mariage doit être annulé:

1. lorsqu'un des époux était déjà marié au moment de la célébration et que le précédent mariage n'a pas été dissous par le divorce ou par le décès de son conjoint;
2. lorsqu'un des époux était incapable de discernement au moment de la célébration et qu'il n'a pas recouvré la capacité de discernement depuis lors;
3. lorsque le mariage était prohibé en raison de la nature d'un lien de parenté ;
4. lorsque l'un des époux ne veut pas fonder une communauté conjugale mais éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers<sup>178</sup> ;
5. lorsque le mariage n'a pas été contracté avec la libre volonté des époux (variante : lorsque le mariage a été contracté sous la contrainte).

Dans l'immédiat, il faudrait étudier la possibilité de compléter l'article 65 Ordonnance sur l'état civil, comme suit:

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

### 6.3.4 Droit international privé

S'il advenait qu'au titre d'une éventuelle mise en œuvre de la résolution 1468 (2005) du Conseil de l'Europe<sup>179</sup> la Suisse modifie son attitude en matière d'inaptitude à se marier pour cause d'âge et n'acceptait plus, dans les rapports internationaux, des limites d'âge inférieures à 18 ans, ce changement d'attitude exigerait des mesures législatives sur le plan interne. Quant à savoir dans quelle mesure la Suisse respecte des limites d'âge inférieures prévues par les droits matrimoniaux étrangers, la réponse à cette question ne ressort pas expressément de la LDIP, mais découle de la réserve de l'ordre public consacrée par cette loi. Il suffirait donc que la Suisse donne de cette réserve de l'ordre public une interprétation tenant compte des modifications intervenues<sup>180</sup>. Toutefois, selon l'attitude de la Suisse quant à la limite d'âge

<sup>178</sup> Ce chiffre est prévu en annexe de la nouvelle loi fédérale sur les étrangers.

<sup>179</sup> Cf. ch. 3.2.3.6.

<sup>180</sup> S'agissant des personnes de plus de 15 ans, il faudrait se demander s'il n'y aurait pas lieu de donner la préférence à l'une des causes d'annulation au sens de l'art. 105 CC puisque en l'occurrence l'annulation du mariage devrait éventuellement dépendre dans le cas d'espèce des intérêts de la personne concernée. Au chiffre 14.2.4 de la résolution 1468 (2005), on peut lire : « L'Assemblée demande instamment aux parlements nationaux des Etats membres du Conseil de l'Europe 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 ». Conformément au principe *a maiore*

admissible pour les mariages conclus selon une législation étrangère, il faudra adapter l'article 45a LDIP, voire l'abroger. Il n'y a pas lieu sinon de légiférer dans le domaine du droit international privé. La possibilité d'action en annulation des mariages forcés prévue dans le CC vaut aussi dans les cas internationaux. Une éventuelle nouvelle formulation des articles 105, chiffre 5,<sup>181</sup> et 107, chiffre 4, CC<sup>182</sup> ne change rien à cela. De même, les dispositions en vigueur sont compatibles avec la résolution 1468 (2005) du Conseil de l'Europe<sup>183</sup>. Les bases légales actuelles sont suffisantes, même si l'on est de l'avis qu'un mariage forcé conclus à l'étranger ne devrait pas être reconnu dès le début, conformément à article 27, alinéa 1, LDIP.

Il serait envisageable de restreindre la reconnaissance des mariages par procuration, par le biais d'une révision de l'article 45 LDIP.

*Art. 45, al. 1bis (nouveau)*

*<sup>1bis</sup> Un mariage contracté par procuration n'est pas reconnu, même s'il a été valablement célébré à l'étranger.*

Autre formulation possible :

*Art. 45, al. 1bis (nouveau)*

*<sup>1bis</sup> La représentation de l'un des fiancés lors de la célébration du mariage entraîne sa non reconnaissance en Suisse.*

Les deux variantes proposées sont conformes à la Constitution. Une restriction de la reconnaissance des mariages par procuration est ainsi à examiner sérieusement.

### 6.3.5 Aide aux victimes

L'aide aux victimes au sens de l'article 124 Cst. a pour but la réinsertion des victimes; elle ne comprend aucune mesure à l'égard des auteurs d'infractions. D'où l'impossibilité de prévoir dans la LAVI des mesures préventives ou répressives destinées à empêcher les mariages forcés ou arrangés.

### 6.3.6 Droit des étrangers

La nouvelle loi sur les étrangers entrera vraisemblablement en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2008. Elle prévoit un renforcement des mesures de lutte contre les abus, en particulier en rapport avec le regroupement familial. Les dispositions légales nécessaires existent déjà pour refuser des autorisations de séjour à des étrangers en cas de mariage forcé ; cependant, il restera difficile pour la police des étrangers de prouver la contrainte en l'absence de déclarations des personnes concernées. L'acquisition de connaissances linguistiques doit être davantage encouragée, notamment par une amélioration de la collaboration (normes communes), une élimination des insuffisances affectant les programmes d'encouragement, ainsi que par la

---

*minus* une telle procédure pourrait éventuellement se fonder sur la réserve de l'ordre public statuée à l'art. 27, al. 1, LDIP.

<sup>181</sup> Cf. ch. 5.3.2.2.

<sup>182</sup> Cf. ch. 5.3.2.1.

<sup>183</sup> Cf. ch. 3.2.3.6.

conclusion de conventions d'intégration. Pour lutter contre le mariage forcé, les mesures suivantes sont en outre indiquées :

- A titre de mesure immédiate, il ne faudrait plus reconnaître à l'avenir de mariages entre des personnes âgées de moins de 18 ans.

Si l'on devait constater par la suite que ces mesures sont insuffisantes, il faudrait envisager l'introduction des dispositions suivantes :

- Fixation d'un âge minimal de 21 ans pour le regroupement familial de conjoints étrangers ; cette innovation requerrait une révision partielle de la loi sur les étrangers. Il faudrait prévoir des exceptions à cette règle pour les cas de rigueur.
- Obligation de justifier de connaissances linguistiques suffisantes comme condition pour l'entrée en Suisse d'un conjoint étranger bénéficiant d'un regroupement familial, si l'apprentissage d'une langue nationale avait été possible et raisonnable dans le cas concret.

### **6.3.7 Droit d'asile**

Si un âge minimum était fixé pour les conjoints étrangers bénéficiant d'un regroupement familial, il conviendrait d'étudier l'opportunité d'adapter les dispositions sur le regroupement familial pour les réfugiés, les personnes admises provisoirement et celles qui nécessitent une protection. Encore faudrait-il examiner si de telles restrictions sont conformes au système de protection découlant de la Convention sur les réfugiés et les raisons ayant poussé les autorités européennes à exclure cette catégorie d'étrangers de l'application des articles 10, alinéa 2, et 12, alinéa 2, de la Directive de la CE relative au regroupement familial.

Les modifications ou adjonction proposées à la LDIP permettraient, sous l'angle du regroupement en matière d'asile, d'écarter toute requête se fondant sur des mariages conclus par procuration après l'octroi de la qualité de réfugié et de l'asile en Suisse.

### **6.3.8 Droit de cité**

Il n'est pas nécessaire pour l'heure de légiférer dans ce domaine : jusqu'ici, il n'y a guère eu de cas de mariages forcés ou arrangés en rapport avec des procédures de naturalisation.

En outre, les dispositions en vigueur sur la naturalisation qui concernent le respect de l'ordre juridique et l'intégration permettent de refuser une demande de naturalisation en présence d'un mariage forcé.

## **6.4 Autres mesures**

L'Etat a l'obligation de protéger les personnes affectées ou menacées par un mariage forcé. Pour ce faire, il doit, d'une part, prendre des mesures préventives et répressives contre ces mariages et, d'autre part, proposer des solutions pour en sortir. L'analyse de la situation juridique actuelle, qui fait l'objet du présent rapport, a révélé qu'il était nécessaire de légiférer dans le domaine du droit privé au niveau fédéral.

Il conviendrait en outre d'envisager les mesures supplémentaires suivantes, qui ressortissent à la compétence de la Confédération et/ou des cantons :

### *Prévention*

- Campagnes d’information destinées aux communautés de migrants.
- Campagnes de sensibilisation auprès des personnes qui pourraient être confrontées à des mariages forcés, que ce soit à l’école, dans le travail avec la jeunesse, le travail social, les services de tutelle, de santé, des étrangers ou d’état civil, ou encore dans la police<sup>184</sup>.
- Activités d’information dans les écoles et dans les centres de jeunes.
- Information ciblée des fiancés par les offices d’état civil pendant la procédure de préparation au mariage<sup>185</sup>.
- Information ciblée des ressortissants étrangers, avant leur entrée en Suisse ou immédiatement après<sup>186</sup>.
- Soutien des initiatives émanant des organisations de migrants.
- Promotion des études et des collectes de données sur le mariage forcé en Suisse.
- Coopération des autorités entre elles (droit et obligation de communiquer des informations)<sup>187</sup> et avec d’autres réseaux de la société civile.

### *Protection*

- Au besoin, conclusion de conventions d’intégration qui prévoient que les conjoints bénéficiant du regroupement familial doivent acquérir la connaissance d’une langue nationale.
- Offres de consultation et d’assistance spécifiques, permanences téléphoniques, conseils en ligne et autres propositions d’aide confidentielle et d’accès facile pour les personnes affectées ou menacées par un mariage forcé.

### *Réaction et répression*

- Les dispositions du droit pénal, du droit civil et du droit des étrangers doivent être appliquées et exécutées de manière conséquente.

---

<sup>184</sup> Cf. ch. 5.3.1.1. De telles mesures sont actuellement à l’étude au titre de la mise en œuvre de loi fédérale sur les étrangers.

<sup>185</sup> Cf. ch. 5.3.1.1.

<sup>186</sup> De telles mesures sont actuellement à l’étude au titre de la mise en œuvre de loi fédérale sur les étrangers.

<sup>187</sup> Cf. ch. 5.3.3. De telles mesures sont actuellement à l’étude au titre de la mise en œuvre de loi fédérale sur les étrangers.