

Université de Lausanne  
Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique  
Mémoire en droit des étrangers  
Tuteur universitaire : Professeur Minh Son Nguyen

# **Le mariage fictif dans le droit des étrangers**

Lara von Arx  
Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique  
Master en droit

## Table de matières

<b>Table des abréviations .....</b>	<b>III</b>
<b>Sources légales .....</b>	<b>IV</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>VI</b>
<b>Introduction.....</b>	<b>1</b>
<b>1. Le droit au mariage comme droit fondamental en Suisse.....</b>	<b>2</b>
1.1 L'accès au mariage pour les étrangers .....	2
1.1.1 Garantie et étendue dans la Constitution suisse .....	2
1.1.2 L'importance des art. 8 et 12 CEDH.....	2
1.1.3 Les dispositions du code civil suisse.....	3
1.2 Les effets du mariage entre personnes suisses et étrangères .....	5
1.2.1 Bases légales, jurisprudence et opinion de la doctrine.....	5
1.2.2 L'accès au marché du travail suisse .....	7
1.2.3 La naturalisation facilitée.....	7
<b>2. Le mariage fictif .....</b>	<b>8</b>
2.1 La notion du mariage fictif .....	8
2.2 Différence entre la conclusion unilatérale ou bilatérale d'un mariage fictif.....	9
2.3 L'exigence de la preuve certaine.....	9
2.4 Indices servant à la constatation d'un mariage blanc .....	11
2.4.1 Une importante différence d'âge.....	11
2.4.2 Circonstances de la première rencontre du couple.....	11
2.4.3 Absence d'une langue commune .....	12
2.4.4 Appartenance du ressortissant suisse à un groupe social marginalisé .....	12
2.4.5 Risque de renvoi et histoire personnelle de la personne étrangère .....	13
2.4.6 Manque de connaissances réciproques et déclarations contradictoires .....	14
2.4.7 Autres indices de mariage fictif .....	15
2.4.8 Enjeu des différents indices de mariage blanc et preuve du contraire .....	16
2.5 Traitement du partenariat enregistré fictif.....	17

<b>3. L'abus de droit .....</b>	<b>17</b>
3.1 L'interdiction d'abus de droit dans le code civil suisse .....	17
3.2 L'abus de droit dans le droit des étrangers .....	18
3.2.1 Fausses déclarations ou dissimulation des faits importants .....	18
3.2.2 Comportement frauduleux à l'égard des autorités .....	21
3.2.3 Mariages fictifs conclus à l'étranger : limites dans la LDIP .....	22
<b>4. Conséquences d'un mariage fictif conclu.....</b>	<b>23</b>
4.1 Les conséquences selon le droit civil .....	23
4.1.1 La validité du mariage fictif selon les dispositions du code civil .....	23
4.1.2 La résolution du mariage par la déclaration d'invalidité ou par le divorce .....	24
4.2 Les conséquences administratives .....	25
4.2.1 La révocation d'un droit de séjour .....	25
4.2.2 La perte de la nationalité .....	26
4.3 La conséquence pénale : L'art. 118 de la loi sur les étrangers .....	27
<b>5. Mesures préventives.....</b>	<b>27</b>
5.1 Interrogation en cas de soupçon de mariage fictif.....	27
5.2 Refus d'un officier de l'État civil de conclure le mariage .....	28
<b>6. La procédure dans le Canton Vaud.....</b>	<b>30</b>
<b>Conclusion.....</b>	<b>34</b>

## Table des abréviations

al.	Alinéa
AN I ALCP	Annexe I ALCP
art.	Article (s)
ch.	Chiffre (s)
consid.	Considérant
CDAP	Cour de droit administratif et public
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
éd.	Édition
e. l . a	En lien avec
et al.	Et autres
let.	Lettre (s)
p. / pp.	Page (s)
par.	Paragraphe
s. / ss.	Suivante (s)
SEM	Secrétariat d'État aux migrations
SPOP	Service de la population
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
UDC	Union démocratique du centre

## Sources légales

ALCP	Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (avec annexes, protocoles et acte final) (RS 0.142.112.681)
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
CEDH	Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101)
CO Cst.	Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse RS 101 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 220)
LAsi	Loi du 26 juin 1998 sur l'asile (RS 142.31)
LCH	LOI sur le contrôle des habitants (142.01)
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (RS 291)
LEtr	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (RS 142.20)
LN	Loi fédérale du 29 septembre 1952 sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse (RS 141.0)
LOGA	Loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010)
nLN	Loi sur la nationalité suisse (LN) du 20 juin 2014
LPA – VD	Loi 28.10.2008 sur la procédure administrative (RSV 173.36)
LTAF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (RS 173.32)
LTF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
LVLEtr	Loi d'application dans le Canton Vaud de la législation fédérale sur les étrangers du 18.12. 2007 (RSV 142.11)
OASA	Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (RS 142.201)

OEC

Ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil (RS 211.112.2)

PA

Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)

## **Bibliographie**

**ANCEL PASCAL ET AL.**, *L'abus de droit*, Genève, 1998.

**CARBONNIER JEAN**, *Droit civil*, Paris, 2002.

**CHARRIER JEAN-LOUP**, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 2005.

**CARONI MARTINA ET AL.**, *Migrationsrecht*, 3.éd., Berne, 2014.

**COUSSA JEAN-PIERRE**, *Problématique des mariages de complaisance et collaboration entre les services de l'état civil et les services de police des étrangers, à la lumière de la nouvelle législation d'application de la loi fédérale sur les étrangers*, in : *Revue de l'état civil 2008-2010*, pp. 56-62.

**DESCHENAUX HENRI ET AL.**, *Les effets du mariage*, Berne, 2009.

**DÖNNI RUTH ET AL.**, *Ausländerrecht*, Zürich, 2005.

**EGGER AUGUST**, *Über Scheinehen*, in: Festgabe FRITZ FLEINER zum siebzigsten Geburtstag am 24. Januar 1937, Zurich, 1937.

**EUGESTER ROBERT**, *Le mariage pour obtenir un droit de séjour en Suisse : un avis des autorités compétentes en matière de droit des étrangers*, in : *Revue de l'état civil* du 27. 06. 2002, pp. 196-203.

**GAAZ BERTHOLD**, *Mariages fictifs en Allemagne*, in : *Revue de l'état civil* du 25. 11. 2003, pp. 399-410.

**GEISER THOMAS**, *Scheinehe, Zwangsehe und Zwangsscheidung aus zivilrechtlicher Sicht*, in: ZBJV 2008, pp. 817-845.

**GEISER THOMAS / BUSSLINGER MARC**, *Ausländische Personen als Ehepartner und registrierte Partnerinnen*, in: UEBERSAX PETER ET AL. (éd.), *Ausländerrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle, 2009, pp. 657-722.

**HAUSHEER HEINZ ET AL.**, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Berne, 2014.

**HEIM JEAN-PHILIPPE**, *Les conséquences pénales du mariage contracté en vue d'éluder les dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers*, in : JDT 1999 II, pp. 55-64.

**HUGI YAR THOMAS**, *Von Trennungen, Härtefällen und Delikten – Ausländerrechtliches rund um die Ehe- und Familiengemeinschaft*, in: ACHERMANN ALBERTO ET AL. (éd.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2012 / 2013*, Berne, 2013, pp. 31-139.

**JAHIJA JULIETTE**, *Die rechtsmissbräuchliche Ehe im Migrationsrecht*, Bâle, 2009.

**KARTZKE ULRICH**, *Scheinehen zur Erlangung aufenthaltsrechtlicher Vorteile*, Munich, 1990.

**KELLER JEANNE**, *Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten des Familienrechts: Ausländerrechtsehen, Ehen zur Erleichterung des Grundstückserwerbs durch Personen im Ausland, Steuerehen, Steuerscheidungen, Rentenkubinate und ähnliche Erscheinungen*, Zurich, 1986.

**KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA**, *Grundriss des schweizerischen Internationales Privatrechts*, Berne, 2012.

**LAMBERT HÉLÈNE**, *Family unity in migration law : The evolution of a more unified approach in Europe*, in: *Research Handbook on International Law and Migration*, Cheltenham, 2014.

**MEURY SIBYLLE**, *Les mariages blancs en Suisse*, Bâle, 2004.

**MONTINI MICHEL**, *Bekämpfung der Scheinehen: zivilrechtliche Aspekte*, in : *Revue de l'état civil* du 04. 09. 2002, pp. 217-221.

**NIEDERÖST PETER**, *Sans-Papiers in der Schweiz*, in: **UEBERSAX PETER ET AL.**, *Ausländerrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle, 2009.

**NGUYEN MINH SON**, *Aspects de droit des étrangers*, in: **GUILLOD OLIVIER / LEUBA AUDREY**, *Le droit de la famille dans tous les états*, Genève, 2013. [Cité: **NGUYEN**, (2013)]

**NGUYEN MINH SON**, *Droit public des étrangers*, Berne, 2003. [Cité: **NGUYEN**, (2003)]

**NGUYEN MINH SON**, *La procédure d'approbation dans tous des états*, in: *Actualité du droit des étrangers 2015*, vol. II, pp. 43-72. [Cité: **NGUYEN**, (2015)]

**NYFFENEGGER MARTIN**, *Le mariage pour obtenir un droit de séjour en Suisse : un avis des autorités compétentes en matière de droit des étrangers*, in : *Revue de l'état civil* du 26. 09. 2002, pp. 271-274.

**OTHENIN-GIRARD SIMON**, *Annexe I Droit international privé*, in: **BOHNET / GUILLOD (éd.)**, *Droit matrimonial*, Bâle, 2016, pp. 1785-2002.

**PERRET MICHEL**, *Mariages de complaisances – Situation dans quelques pays européens et, principalement, en France*, in : *Revue de l'état civil 2008-2010*, pp. 62-65.

**REUSSER RUTH**, *ART. 14*, in : *Die schweizerische Bundesverfassung*, *St. Galler Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich, 2014.

**SANDOZ SUZETTE**, *Mariages fictifs : à la frontière du droit et de l'éthique*, in : *Revue de l'état civil 2000*, pp. 413-419.

**SCHWEGLER DANIELA**, *Ehen mit Ausländern unter Generalverdacht*, in: *Plädoyer 3 / 05*, pp. 14-15.

**SIEGENTHALER TONI**, *Vérification de documents d'état civil étrangers en relation avec le mariage, rôle des représentations suisses*, in : *Revue de l'état civil* du 08. 09. 2000, pp. 214-217.

**SUTER KASEL-SEIBERT CORINNE**, *Le mariage fictif*, Zurich, 1990.

**SPESCHA MARC**, *Handbuch zum Ausländerrecht*, Berne, 1999. [Cité: **SPESCHA**, (1999)]

**SPESCHA MARC ET AL.**, *Handbuch zum Migrationsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich, 2015. [Cité: **SPESCHA**, (2015)]

**STURM FRITZ**, *Scheinehen, ein Mittel zur Gesetzesumgehung*, in: **HELDRICH ANDREAS / SONNENBERGER HANS JÜRGEN** (éd.), *Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988*, Francfort-sur-le-Main, 1988.

**FÉLIX SYLVAIN**, *Présomptions et relations familiales en droit des étrangers*, in : *Actualité du droit des étrangers* 2014, vol. II, pp. 1-23.

**UEBERSAX PETER**, *Der Rechtsmissbrauch im Ausländerrecht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts*, in: **ACHERMANN ET AL.** (éd.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2005 / 2006*, Berne, 2006, pp. 3-29.

**ZÜND ANDREAS**, *Familiennachzug*, in: **EHRENZELLER BERNHARD** (éd.), *Das schweizerische Ausländerrecht*, Saint-Gall, 2003, pp. 109-134.

**ZÜND ANDREAS / ARQUINT HILL LADINA**, *Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung*, in: **UEBERSAX PETER ET AL.** (éd.), *Ausländerrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle, 2009, pp. 311-372.

## **Introduction**

Le droit au mariage et la protection de la vie familiale sont fortement ancrés dans notre société et dans les mentalités des gens comme des valeurs fondamentales qu'il faut protéger. On part de l'idée que chacun a le droit, en principe, de se marier avec le partenaire de son choix, peu importe le pays d'origine, l'âge ou la langue parlée par cette personne. Néanmoins, le mariage avec une personne étrangère déclenche toute une série de procédures, d'effets juridiques. De plus, ils restent des conditions supplémentaires à remplir si le mariage est conclu avec une personne qui n'est ni suisse ni titulaire d'un permis B ou C. Pour régler cette situation plus compliquée, il existe un nombre de droits se trouvant dans plusieurs textes légaux. Au début de ce travail, nous examinerons les différentes bases légales du droit au mariage. Il convient de préciser que les questions liées aux enfants ne seront pas traitées dans le cadre de ce travail, même s'ils sont certes liés à cette problématique ayant une haute importance dans la pratique.

Ensuite, nous allons nous concentrer sur les effets découlant de la conclusion d'un mariage entre un/-e ressortissant/-e suisse et une personne étrangère. Les bonnes conditions de vie, l'accès au marché du travail suisse ainsi que divers autres avantages suivent l'octroi d'un permis de séjour obtenu par le conjoint étranger vers le biais du regroupement familial. Considérant que le mariage est le point de départ de tous ces bénéfices, il faut également être conscient du risque que certaines personnes peuvent essayer d'acquérir ces avantages en contournant les dispositions légales. Une forme particulière d'un tel abus de droit est la conclusion d'un mariage uniquement afin d'obtenir une autorisation de séjour en Suisse, qui autrement n'aurait pas été obtenue. Dans ces situations, on parle d'un mariage blanc, d'un mariage fictif ou d'un mariage de complaisance. Aucune de ces notions ne se trouve explicitement dans les textes légaux suisses, il faut donc préalablement définir ces termes et voir ensuite quels sont les différents indices laissant penser qu'on est en présence d'un mariage fictif plutôt que réel. Ces éléments seront analysés en démontrant le problème lié à la preuve certaine, présentant un obstacle central quant à la déclaration qu'un mariage est fictif.

Enfin il faudra déterminer plus précisément en quoi consiste le comportement reprochable aux personnes concluant un mariage fictif, c'est-à-dire de savoir pourquoi il n'est pas autorisé. Nous précisons en quoi consiste l'abus de droit et donc quelles dispositions légales sont violées par le mariage fictif. Suivant la règle générale qu'une violation de la loi entraîne certaines conséquences, nous expliquerons quelles sanctions sont prévues à la conclusion d'un mariage blanc. Il convient de mentionner qu'il faudra distinguer d'un côté les sanctions civiles et d'un autre côté les conséquences pénales, notamment en se demandant quelles sont les conséquences sur le statut de la personne étrangère en Suisse.

Ensuite, nous verrons qu'il existe aujourd'hui des moyens permettant d'empêcher un mariage fictif dès son début, donc de manière préventive, pour éviter tous les problèmes qui en découleront sinon plus tard. Nous terminons l'analyse de ce sujet en indiquant brièvement la voie procédurale et les instances de recours, en prenant l'exemple du canton Vaud.

## **1. Le droit au mariage comme droit fondamental en Suisse**

### **1.1 L'accès au mariage pour les étrangers**

#### **1.1.1 Garantie et étendue dans la Constitution suisse**

Le pilier du droit au mariage en Suisse est l'art. 14 Cst. Puisque le mariage présente une institution juridique, il incombe au législateur suisse l'obligation de préciser son contenu dans le droit matrimonial sans vider cette garantie constitutionnelle fondamentale de sa substance<sup>1</sup>. En général, il est incontestable que chaque personne physique a, sous réserve de quelques restrictions imposées par le CC, le droit de se marier avec un partenaire de son choix, quelle que soit son origine<sup>2</sup>. Ce droit n'est donc pas lié à la citoyenneté suisse d'une personne, mais il doit plutôt être qualifié comme un droit de l'homme<sup>3</sup> pouvant être invoqué par tout un chacun, sans possibilité d'y renoncer à l'avance. Il y a lieu de préciser, que seulement deux personnes de sexes différents peuvent valablement faire appel à cette garantie constitutionnelle.

#### **1.1.2 L'importance des art. 8 et 12 CEDH**

L'art. 8 al. 1 CEDH garantit que toute personne physique a un droit au respect de sa vie privée et familiale<sup>4</sup>, impliquant donc le droit d'avoir une vie familiale<sup>5</sup>. La famille ainsi que ses membres est une notion centrale du mariage, cependant, aucune définition de cet aspect ne se trouve dans le CEDH, mais est présent dans le droit ordinaire des Etats membres. Néanmoins, la CourEDH accorde une valeur fondamentale à la famille en la considérant comme la base de la société occidentale<sup>6</sup>. Non seulement la famille déjà existante, mais également une famille future est incluse dans la sphère de protection de la CEDH. Cette précision découle explicitement de l'art. 8 CEDH accordant le droit de fonder une famille à toute personne ainsi que le droit de se marier<sup>7</sup>. Ce dernier droit est de plus garanti dans l'art. 12 CEDH<sup>8</sup>.

Il convient de souligner que le principe de la protection de la vie familiale n'est pas absolu, mais qu'il peut être limité sous certaines conditions strictes. Le par. 2 de l'art. 8 CEDH prévoit qu'une ingérence à cette garantie doit avoir une base légale et qu'elle doit constituer une mesure nécessaire dans une société démocratique. La sécurité nationale, la protection de la santé ou de la morale, le bien-être économique du pays, ou la protection des droits et libertés d'autrui peuvent justifier une telle restriction au respect de la vie familiale<sup>9</sup>. Il résulte de ces considérations que la protection de l'art. 8 CEDH s'étend également aux étrangers notamment à ceux venus d'un État tiers qui ont ensuite épousés un/-e ressortissant/-e suisse. La protection de la vie familiale est en effet souvent invoquée dans le droit des étrangers pour s'opposer à une éventuelle décision de renvoi du partenaire étranger. Il faut préciser à cet égard que l'art. 8 CEDH ne confère aucun droit de réaliser la vie commune dans l'État membre de son choix<sup>10</sup> ni à l'octroi d'un titre de séjour en Suisse<sup>11</sup>. De plus, cette disposition

---

<sup>1</sup> REUSSER RUTH, *ART. 14*, in : *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich, 2014, ch. 24.

<sup>2</sup> REUSSER, ch. 11.

<sup>3</sup> ATF 137 I 351, consid. 3.5.

<sup>4</sup> Art. 8 § 1 CEDH.

<sup>5</sup> CHARRIER JEAN-LOUP, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 2005, p. 143.

<sup>6</sup> CHARRIER, p. 163.

<sup>7</sup> LAMBERT HÉLÈNE, *Family unity in migration law : The evolution of a more unified approach in Europe*, Cheltenham, 2014, p. 196.

<sup>8</sup> Art. 12 CEDH.

<sup>9</sup> Art. 8 al. 2 CEDH.

<sup>10</sup> Arrêt de la CourEDH, *Ahmut c. Pays-Bas*, n° C-21702/93 du 28 novembre 1996, Rec. 1996, point 52.

<sup>11</sup> NGUYEN MINH SON, *Aspects de droit des étrangers*, Genève, 2013, p. 37.

ne protège pas un mariage de pure convenance, mais uniquement des unions conjugales effectivement vécues<sup>12</sup>.

### 1.1.3 Les dispositions du code civil suisse

Le code civil suisse, ne définit pas expressément le terme de la famille. Il faut plutôt analyser les circonstances particulières pour déterminer quelles personnes sont concernées par ces dispositions. Par contre, les deux parents mariés ainsi que leurs enfants constituent la famille nucléaire et bénéficient donc toujours d'une protection familiale<sup>13</sup>.

Le mariage en droit suisse est défini comme un accord de volonté entre homme et femme ayant pour but la constitution d'une communauté de vie durable et reconnue par le tout le monde. Il s'agit donc d'un lien légal, ayant un caractère exclusif, entre deux personnes<sup>14</sup>. Cette volonté se caractérise depuis longtemps par le fait d'être libre, sincère, inconditionnel, absolu et libre d'erreurs ou de contraintes<sup>15</sup>. Par contre, la loi ne prévoit pas de motifs prédéterminés à la conclusion du mariage. C'est uniquement la volonté réelle à la constitution d'une union conjugale qui mène à sa validité<sup>16</sup>. Le TF a confirmé cette compréhension en reconnaissant la validité d'un mariage « *dans la mesure où il y a volonté de fonder une communauté conjugale* »<sup>17</sup>.

Pour que deux personnes puissent conclure un mariage en Suisse, un nombre de conditions légales doivent toutefois être remplies. L'art. 94 CC prévoit qu'une personne est capable de conclure un mariage si elle est majeure au sens de l'art. 14 CC, signifiant qu'elle a au moins 18 ans et qu'elle dispose de sa capacité de discernement et n'est donc pas privée de la possibilité d'agir raisonnablement<sup>18</sup>. De plus, le mariage est exclu entre parents en ligne directe<sup>19</sup>. L'établissement de l'annulation du précédent mariage exigée dans l'art. 96 CC découle de l'interdiction de la bigamie, respectivement de la polygamie, car c'est contraire aux valeurs de l'ordre public suisse<sup>20</sup>. Le code prévoit en outre que seules deux personnes de sexe différent peuvent se marier en Suisse. Il en découle qu'un mariage légalement conclu à l'étranger entre deux partenaires homosexuels ne sera pas reconnu ici<sup>21</sup>. Finalement, il faut mentionner que la conclusion du mariage doit se fonder sur une volonté saine et libre, ainsi que sur le consentement des futurs époux et qu'il ne faut pas tomber sous le champ d'application de l'abus du droit<sup>22</sup>.

La constitution de l'union conjugale se fait par la célébration du mariage<sup>23</sup>. Les époux sont à la suite obligés d'assurer la prospérité de leur union conjugale ainsi qu'à pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants<sup>24</sup>. Certains auteurs<sup>25</sup> voient dans cet article même l'esprit de l'idée du mariage en Suisse. Le but commun principal est donc l'entretien et le bien-être de la communauté conjugale.

---

<sup>12</sup> SANDOZ SUZETTE, *Mariages fictifs : à la frontière du droit et de l'éthique*, Berne, 2000, p. 418.

<sup>13</sup> HAUSHEER HEINZ ET AL., *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Berne, 2014, p. 2.

<sup>14</sup> HAUSHEER, p. 19.

<sup>15</sup> EGGER AUGUST, *Über Scheinehen*, Zurich, 1937, p. 93.

<sup>16</sup> GEISER THOMAS / BUSSLINGER MARC, *Ausländische Personen als Ehepartner und registrierte Partnerinnen*, Bâle, 2009, p. 674 s.

<sup>17</sup> ATF 121 II 97, consid. 3b.

<sup>18</sup> Art. 94 al. 1 CC ; Art. 14 CC, Art. 16 CC.

<sup>19</sup> Art. 95 al. 1 CC.

<sup>20</sup> HAUSHEER, p. 56 ; Art. 96 CC.

<sup>21</sup> ATF 129 II 264, consid. 4b.

<sup>22</sup> CARBONNIER JEAN, *Droit civil*, Paris, 2002, p. 414.

<sup>23</sup> Art. 159 al. 1 CC.

<sup>24</sup> Art. 159 al. 2 CC.

<sup>25</sup> DESCHENAUX HENRI ET AL., *Les effets du mariage*, Berne, 2009, p. 71.

L'importance particulière de l'art. 159 CC découle du caractère général de la disposition, servant comme point de départ à toute interprétation des droits et obligations mutuels découlant du mariage, qui ne sont pas explicitement réglés dans la loi<sup>26</sup>. Même si toute une série de droits et d'obligations découle de la conclusion d'un mariage en Suisse, on ne peut pas les déduire directement de cet article fonctionnant plutôt comme une norme de programme<sup>27</sup>.

Dans le contexte des mariages entre personnes suisses et étrangères, l'art. 97a CC prévoit que le mariage ne pourra pas être conclu si un des fiancés ne veut manifestement pas fonder une communauté conjugale, mais plutôt éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers<sup>28</sup>. Cette disposition vise évidemment les cas des mariages fictifs. Nous reviendrons plus tard dans le cadre de ce travail sur la question de savoir s'il s'agit d'un mariage servant uniquement à contourner la loi sur les étrangers.

Il y a lieu de rappeler que les dispositions du code civil suisse ne font aucune référence à la nationalité des époux, ce qui démontre que les personnes étrangères peuvent en principe conclure un mariage en Suisse, sous la condition, qu'ils établissent la légalité de leur séjour en Suisse pendant la procédure préparatoire<sup>29</sup>. Cette exigence pose régulièrement problème pour les mariages entre ressortissants suisses et personnes sans papiers, qui ne disposent donc pas d'un droit de séjour légal. Normalement, l'octroi d'une telle autorisation s'exclut par l'art. 14 al. 1 LAsi prévoyant l'exclusivité d'une procédure d'asile, ce qui empêche l'ouverture d'une procédure concernant l'octroi d'une autorisation de séjour au même temps. Il se pose donc la question de savoir si on fait face à un empêchement absolu de ces mariages. Pour obtenir une autorisation, une personne sans papiers doit bénéficier d'une exception au principe d'exclusivité. Le TF a tranché cette question, il y a quelques années, et a confirmé qu'une telle exception est justifiée lorsqu'elle est nécessaire pour protéger la vie privée et familiale, notamment les relations entre époux<sup>30</sup>. Néanmoins, il précise qu'il est indispensable que la personne regroupante, donc la personne permettant à la personne étrangère de profiter du regroupement familial, soit en possession d'un droit de présence assuré en Suisse<sup>31</sup>.

Pour savoir si l'art. 8 al. 1 CEDH peut également être invoqué pour l'octroi d'une admission provisoire en vue de la conclusion d'un mariage en Suisse, le TF a confirmé la doctrine<sup>32</sup> disant que cette disposition permet certes d'obtenir l'autorisation nécessaire. Les conditions à remplir sont que le mariage se fasse avec une personne disposant d'un droit de présence assuré et qu'il soit sérieusement souhaité. De plus, la personne étrangère doit manifestement remplir toutes les conditions pour être admis en Suisse après le mariage. Sur ce point, le tribunal souligne l'opinion doctrinale considérant qu'un refus automatique des demandes de mariage avec des personnes sans papiers constituerait une violation d'une garantie fondamentale, fortement ancrée dans la Constitution suisse<sup>33</sup>. Il suit en effet la jurisprudence de la Cour qui a rendu un arrêt dans lequel il considérait comme violation du droit au mariage de la CEDH l'adoption d'une législation d'un État membre empêchant le droit au mariage *de facto*<sup>34</sup>. Il y a aussi lieu d'éviter tout formalisme excessif qui pourrait être un obstacle au mariage pendant un délai raisonnable en respectant le principe de la

---

<sup>26</sup> HAUSHEER, p. 66.

<sup>27</sup> DESCHENAUX, p. 71.

<sup>28</sup> Art. 97a al. 1 CC.

<sup>29</sup> Art. 98 al. 4 CC.

<sup>30</sup> Arrêt du TF 2C\_551/2008 du 17 novembre 2008, consid. 4.

<sup>31</sup> Arrêt du TF 2C\_349/2011 du 23 novembre 2011, consid. 3.1.

<sup>32</sup> Arrêt du TF 2C\_97/2010 du 4 novembre 2010, consid. 3.1 ; 2C\_25/2010 du 2 novembre 2010, consid. 6.1.

<sup>33</sup> Arrêt du TF 2C\_349/2011 du 23 novembre 2011, consid. 3.5.

<sup>34</sup> Arrêt de la CourEDH, *O'Donoghue et al. c. Royaume-Uni*, n° 34848 / 07 du 14 décembre 2010, § 83 s. et § 91.

proportionnalité<sup>35</sup>. Par conséquent, une autorisation de séjour en vue de permettre la conclusion d'un mariage doit être délivrée à défaut des indices d'un abus de droit et à condition que la personne concernée remplisse les conditions pour être admise en Suisse après la conclusion du mariage<sup>36</sup>. Cela veut dire *a contrario* que les autorités cantonales de migrations ne sont pas obligées d'accorder un titre de séjour provisoire s'il est évident, selon les circonstances, que les conditions nécessaires pour être admis en Suisse ne seront pas non plus remplies après le mariage<sup>37</sup>. N'étant pas contraire à l'art. 190 Cst., cette interprétation de l'art. 14 al. 1 LAsi est admissible<sup>38</sup> et ne contourne pas la volonté du législateur adoptant la Lex Brunner. Considérant l'importance du mariage d'un point de vue personnel, donc son effet sur la vie privée des personnes concernées, ainsi que l'importance de cette institution non seulement dans notre ordre juridique, mais également dans le droit international supérieur, la décision du TF doit fortement être approuvée.

Finalement, il faut encore préciser que les ressortissants suisses gardent, dans tout cas, leur nationalité après la conclusion du mariage<sup>39</sup>.

## **1.2 Les effets du mariage entre personnes suisses et étrangères**

### **1.2.1 Bases légales, jurisprudence et opinion de la doctrine**

Suite à leur mariage, les époux demandent souvent le regroupement familial afin de réaliser leur vie commune en Suisse. Le régime du regroupement familial est un domaine hautement complexe du droit des étrangers. Les différentes normes de référence se trouvent d'un côté dans le droit national et d'un autre dans les traités internationaux, notamment dans les normes de la CEDH. Le but du présent travail est d'indiquer les différentes normes pertinentes et de donner une brève vue générale des différentes conditions à remplir pour que le regroupement familial soit accordé.

Les conjoints venant d'États tiers, donc venant de pays autres que les pays membres de l'Union européenne ou de l'Association européenne de libre-échange, sont soumis aux conditions de la LEtr concernant l'octroi d'un permis de séjour fondé sur le regroupement familial<sup>40</sup>. Les art. 42 ss. de la LEtr font des distinctions importantes à ce sujet. D'un côté, il y a un droit au regroupement familial pour les conjoints des personnes ayant la nationalité suisse<sup>41</sup> ou étant titulaire d'une autorisation d'établissement<sup>42</sup>. Cependant, ce droit, accordé par une loi fédérale, n'est pas illimité. Il s'éteint lorsqu'il est invoqué abusivement, notamment afin d'éluder les dispositions de la LEtr<sup>43</sup>. De l'autre côté il existe seulement une possibilité que cette autorisation soit accordée aux conjoints des personnes titulaires d'une autorisation de séjour<sup>44</sup> ou d'une autorisation de courte durée<sup>45</sup>. Ce droit, accordé par une norme potestative, peut mener à des situations précaires. Les délais imposés par l'art. 47 LEtr doivent, en principe, être respectés pour la réalisation du regroupement familial. En cas de refus d'une demande, fondée sur une norme potestative, la protection juridique d'un étranger est

---

<sup>35</sup> NGUYEN, (2013), p. 48.

<sup>36</sup> Art. 17 al. 2 LEtr ; Arrêt du TF 2C\_349/2011 du 23 novembre 2011, consid. 3.7.

<sup>37</sup> Directives SEM, consid. 6.14.2.2, p. 255.

<sup>38</sup> Art. 17 al. 2 LEtr ; arrêt du TF 2C\_349/2011 du 23 novembre 2011, consid. 3.8.

<sup>39</sup> HAUSHEER, p. 85.

<sup>40</sup> Art. 2 al. 2 et al. 3 LEtr *a contrario*.

<sup>41</sup> Art. 42 al. 1 LEtr.

<sup>42</sup> Art. 43 al. 1 LEtr.

<sup>43</sup> Arrêt du TF 2C\_1013/2013 du 17 avril 2014, consid. 2.1.

<sup>44</sup> Art. 44 al. 1 LEtr.

<sup>45</sup> Art. 45 al. 1 LEtr.

limitée<sup>46</sup>. Il ne peut notamment pas recourir au TF contre cette décision<sup>47</sup>. Il existe alors le risque qu'une personne étrangère ne demande pas le regroupement familial, parce qu'elle craint de ne pas pouvoir fournir une nouvelle demande à un moment plus tard. Pour éviter cela, le TF a décidé, que les étrangers ne disposant pas du droit au regroupement familial et qui ont échoué d'obtenir une autorisation de séjour en faveur d'un membre de leur famille, peuvent, suite à un changement de leur situation ouvrant un véritable droit au regroupement familial, former une nouvelle demande. Ils peuvent ainsi de nouveau demander le regroupement familial, même après l'échéance du délai légal<sup>48</sup>. Pour les personnes possédant un droit de séjour assuré, la condition principale pour permettre à leur conjoint étranger d'obtenir un permis de séjour en Suisse est qu'ils vivent en ménage commun avec lui. Cette exigence résulte du fait que la vie commune est essentielle au développement des relations personnelles entre les époux ainsi que pour l'entretien de la famille comme l'exige l'art. 159 al. 2 CC. On peut ainsi conclure que le ménage commun fait partie de la volonté réelle du couple de fonder une communauté conjugale. Par contre, la personne regroupante titulaire d'une autorisation de séjour doit de plus disposer d'un logement approprié et elle ne doit pas dépendre de l'aide sociale. En outre, il faut respecter le délai de cinq ans imposé par la loi, pour pouvoir demander le regroupement familial<sup>49</sup>. Toutefois, il a lieu de souligner que toutes ces dispositions font l'objet d'exceptions, d'une marge d'appréciation des autorités compétentes et de la situation personnelle des intéressées<sup>50</sup>. Une analyse approfondie de chacune de ces conditions dépasserait le cadre de ce travail.

Comme indiqué auparavant, l'ALCP est applicable aux ressortissants des États membres de la communauté européenne. Concernant le regroupement familial, l'ALCP accorde également un droit au conjoint étranger de s'installer en Suisse avec son époux<sup>51</sup>. Le conjoint étranger dispose donc d'un droit dérivé à une autorisation de séjour pendant toute la durée formelle de son mariage<sup>52</sup>. Néanmoins, il est exigé de posséder un logement normal<sup>53</sup>, donc approprié, pour développer la vie familiale. Contrairement à la LEtr, la loi ne mentionne ici pas explicitement l'obligation de vivre en ménage commun. Comme on verra plus tard, si ce n'est pas le cas, le couple peut à défaut, encourir le risque d'être soupçonné d'avoir conclu un mariage fictif, ce qui mène *de facto* à une situation identique à celle dans la LEtr, où le ménage commun est exigé sauf raisons majeures<sup>54</sup>.

Le problème principal dans le domaine de l'asile, concernant la conclusion d'un mariage entre personnes suisses et sans papiers, a été examiné auparavant dans ce travail. Il convient également de rappeler l'application des dispositions de la LEtr et du CC. En plus, le droit de présence assuré de la personne regroupant revête une importance particulière pour que le futur conjoint puisse lui-même bénéficier de l'octroi d'une autorisation de séjour afin de conclure le mariage en Suisse<sup>55</sup>. Si une de ces conditions n'est pas remplie et aucune autorisation de séjour n'est accordé à la personne étrangère, elle peut demander l'asile en Suisse. Si cette demande échoue également, donc si l'autorité

---

<sup>46</sup> ATF 137 II 393, consid. 3.3.

<sup>47</sup> Art. 83 let. c ch. 2 LTF.

<sup>48</sup> ATF 137 II 393, consid. 3.3.

<sup>49</sup> Art. 47 LEtr e. l. a Art. 73 al. 1 OASA.

<sup>50</sup> Art. 49 s. LEtr ; Art. 75 ss. OASA.

<sup>51</sup> Art. 7 ALCP e. l. a Art. 3 al. 1 et al. 2 let. a AN I ALCP

<sup>52</sup> Arrêt du TF 2C\_547/2010 du 10 décembre 2010, consid. 2.1.

<sup>53</sup> Art. 7 ALCP e. l. a Art. 3 al. 1 et al. 2 let. a AN I ALCP.

<sup>54</sup> Art. 49 LEtr.

<sup>55</sup> Arrêt du TF 2C\_349 / 2011 du 23 novembre 2011, consid. 3.1.

compétente refuse d'accorder l'asile, la personne étrangère peut toujours bénéficier d'une admission provisoire, si son renvoi n'est pas possible, pas licite ou pas raisonnablement exigible<sup>56</sup>.

### **1.2.2 L'accès au marché du travail suisse**

Selon le régime ordinaire, le conjoint étranger d'une personne disposant d'un droit de séjour assuré en Suisse peut exercer une activité lucrative salariée ou indépendante partout dans le pays<sup>57</sup>. À la suite de la conclusion d'un mariage, un étranger profite ainsi d'un accès illimité au marché du travail suisse, peu importe son pays d'origine, sa qualification ou sa profession. Il bénéficie par conséquent également des conditions de travail, de salaire et d'une assurance obligatoire par le simple fait d'être marié à une personne suisse ou une personne titulaire d'un permis B ou C. Les membres de la famille des ressortissants des États membres de l'ALCP, y compris les conjoints, bénéficient également d'un droit de s'installer avec la personne au bénéfice d'une autorisation de séjour ou d'établissement. Ils ont ainsi droit à un permis de séjour<sup>58</sup>.

Dans le droit d'asile, les requérants d'asile n'ont pas automatiquement droit à l'exercice d'une activité lucrative ou à l'accès au marché du travail suisse. Leur statut de requérant d'asile ne les permet pas de travailler pendant les trois premiers mois suivant le dépôt de la demande d'asile. Si une décision négative est rendue ensuite, l'autorité cantonale compétente peut refuser l'exercice d'une activité lucrative plus longtemps. En outre, la personne requérante d'asile est soumise aux conditions de l'admission de la LEtr concernant l'exercice d'un emploi en Suisse<sup>59</sup>.

Par contre, l'art. 51 al. 1 LAsi accorde au conjoint d'une personne reconnue comme réfugiée, ayant donc obtenue l'asile, le même statut qu'au réfugié lui-même. Ce statut permet ensuite aux deux personnes d'exercer une activité lucrative en Suisse<sup>60</sup>. Le fait que l'exercice d'une activité lucrative présuppose d'être reconnu comme réfugié ou d'être au bénéfice d'une admission provisoire montre, que cette procédure est plus compliquée. On peut partir de l'idée qu'il y a donc un risque considérable d'un abus de droit sous forme d'une conclusion d'un mariage avec une personne suisse ou avec une personne titulaire d'un permis B ou C. Ce biais permet d'obtenir un permis B directement sans dépendre de la décision de l'autorité sur l'octroi de l'asile. Considérant le fait que les réfugiés souhaitent, en premier lieu le séjour et la protection dans un autre pays, on peut s'imaginer que ce risque est réel et non pas à sous-estimer.

### **1.2.3 La naturalisation facilitée**

Le conjoint d'un ressortissant suisse peut suite à son mariage profiter d'une naturalisation facilitée s'il a vécu en Suisse pendant cinq ans au total, y compris l'année précédant le dépôt de la demande et à condition qu'il vive au moins depuis trois ans en communauté conjugale avec son époux<sup>61</sup>. Il résulte ainsi qu'après un délai minimal de cinq ans, la nationalité suisse, y compris tous les droits cantonaux et communaux, et notamment le droit de vote, peut être obtenue<sup>62</sup>. Il s'agit ici d'une différence importante comparée à celle de la naturalisation ordinaire qui n'est possible qu'après douze

---

<sup>56</sup> Art. 83 al. 2 – 4 LEtr.

<sup>57</sup> Art. 46 LEtr.

<sup>58</sup> Art. 3 ch. 1 AN I ALCP.

<sup>59</sup> Art. 43 al. 1 et al. 1<sup>bis</sup> LAsi.

<sup>60</sup> Art. 61 LEtr.

<sup>61</sup> Art. 27 al. 1 let. a - c LN.

<sup>62</sup> Art. 27 al. 2 LN.

années de résidence en Suisse<sup>63</sup>, donc après avoir passé plus de deux fois le temps demandé pour une naturalisation facilitée en Suisse. Cette différence sera réduite avec l'entrée en vigueur de la nouvelle loi sur la naturalisation, qui raccourcit le délai pour la naturalisation ordinaire à dix ans de séjour en Suisse. Néanmoins, la nouvelle loi exige également d'être titulaire d'un permis C pour pouvoir profiter de ce délai plus court<sup>64</sup>. Enfin, il a lieu de mentionner que ces règles s'appliquent par analogie aux partenaires enregistrés<sup>65</sup>.

## 2. Le mariage fictif

### 2.1 La notion du mariage fictif

Le terme de mariage fictif ne se trouve nulle part dans la législation suisse. Les dispositions consacrées au mariage blanc parlent plutôt d'un abus lié à la législation sur les étrangers<sup>66</sup>, et d'une action visant principalement à éluder les dispositions de la loi, notamment celles concernant l'autorisation de séjour en Suisse<sup>67</sup>. La doctrine recourt également à l'utilisation des termes mariage de complaisance ou mariage dit blanc pour décrire le même phénomène. Parfois, une différence est faite, considérant que « le mariage blanc » est conclu uniquement dans le but de recevoir une somme d'argent, mais pas pour fonder une communauté conjugale. Les « mariages de complaisance », par contre, sont compris d'une manière plus large<sup>68</sup>. Considérant que cette distinction n'est pas faite partout dans la doctrine, ces trois expressions seront utilisées comme synonymes dans ce travail.

D'un point de vue juridique, le terme « mariage fictif » n'est, en effet, pas approprié, vu qu'il suppose une simulation ayant pour conséquence la nullité absolue de l'action en question, ce qui n'est pas prévu pour le mariage fictif. Avec celui-ci, les époux envisagent précisément la conclusion du mariage afin de profiter des bénéfices qui y sont liés, accordés par la LEtr. Il en suit que le mariage fictif n'est pas une forme spéciale de la simulation<sup>69</sup>.

Contrairement au mariage traditionnel, consistant en un accord de volonté entre homme et femme afin de constituer une communauté de vie durable, le mariage « fictif » ne poursuit pas cet objectif, mais d'autres motifs. Dans ce travail, on examinera uniquement le mariage fictif dans le droit des étrangers, mais il convient d'indiquer que de nombreux motifs peuvent mener à la conclusion d'un mariage fictif ne provenant pas nécessairement de ce domaine de droit. Le reproche fait aux mariages fictifs, depuis l'apparition du problème, est qu'il menace les intérêts publics en raison d'une contravention aux dispositions légales, à notre compréhension du mariage et à la sécurité de l'ordre juridique<sup>70</sup>. On se trouve en présence d'un tel cas lorsqu'il y a défaut de volonté réelle de fonder une communauté conjugale à caractère exclusif, compris comme union durable avec des aspects mentaux, physiques et économiques<sup>71</sup>. Selon le TF, le mariage concerne une union de lit, de table et de toit<sup>72</sup>. Par conséquent, il y a un mariage fictif, lorsque celui-ci est contracté dans le seul but d'éluder les

---

<sup>63</sup> Art. 15 al. 1 LN.

<sup>64</sup> Art. 9 al. 1 nLN.

<sup>65</sup> Art. 15 al. 5 et al. 6 LN.

<sup>66</sup> Art. 97a CC.

<sup>67</sup> DÖNNI RUTH ET AL., *Ausländerrecht*, Zürich, 2005, p. 136.

<sup>68</sup> COUSSA JEAN-PIERRE, *Problématique des mariages de complaisance et collaboration entre les services de l'état civil et les services de police des étrangers, à la lumière de la nouvelle législation d'application de la loi fédérale sur les étrangers*, Bâle, 2008, p. 57.

<sup>69</sup> SANDOZ, p. 149.

<sup>70</sup> EGGER, p. 114.

<sup>71</sup> Arrêt du TF 5A\_201 2011 du 26 juillet 2011, consid. 3.1.

<sup>72</sup> Arrêt du TF 5C.44/2001 du 22 février 2001, consid. 3b.

dispositions de la loi, en ce sens que les époux ou au moins un d'entre eux n'ont jamais eu la volonté de former une véritable communauté conjugale<sup>73</sup>. Ne prévoyant pas certains motifs déterminés, notamment pas l'amour<sup>74</sup>, la loi ne prévoit pas automatiquement un abus de droit comme conséquence lorsque le mariage a été conclu pour des raisons de profiter des bénéfices accordés par la loi sur les étrangers. Si ce motif est uniquement un parmi d'autres, et lorsqu'une communauté conjugale est effectivement vécue et portée par la volonté du couple<sup>75</sup>, la conclusion d'un mariage afin d'obtenir une autorisation de séjour ne sera pas reprochée au couple. En effet, on peut partir de l'idée que la plupart des mariages binationaux se font principalement pour des raisons liées à l'octroi d'une autorisation de séjour, voire pour le regroupement familial pour ensuite pouvoir effectuer leur vie commune en Suisse, ce qui n'était autrement pas possible. Il est souvent difficile de déterminer clairement en quoi consiste l'amour et en quoi consiste l'intérêt pour l'octroi d'un permis<sup>76</sup>. Comme pour le droit allemand, le problème se pose en Suisse que le législateur n'a pas clairement défini ce qu'est une communauté de vie dans la loi, signifiant que l'organisation et la conception de cette communauté incombent aux conjoints, ce qui rend la décision de savoir s'il s'agit d'un mariage fictif ou non d'autant plus difficile<sup>77</sup>.

## 2.2 Différence entre la conclusion unilatérale ou bilatérale d'un mariage fictif

On peut distinguer un mariage fictif unilatéral d'un mariage fictif bilatéral, en déterminant si au moins une personne du couple a la volonté réelle de conclure une communauté conjugale. Si c'est le cas, on parle d'un mariage fictif unilatéral. Dans le cas contraire, si les deux personnes n'ont pas l'intention de fonder une communauté de vie, on parle d'un mariage fictif bilatéral. Selon l'opinion de certains auteurs, seuls les mariages fictifs bilatéraux devraient être sanctionnés, non les cas où une des deux personnes concernée tente de fonder une union conjugale effectivement vécue<sup>78</sup>. Ce raisonnement ne peut être retenu selon mon avis, car notre compréhension du mariage se base explicitement sur le fait que les deux personnes disposent d'une volonté concordante quant à la constitution de leur communauté de vie. De plus, des risques liés au mariage fictif dans le droit des étrangers existent surtout si le partenaire étranger a un intérêt fort de profiter des bénéfices de la loi sur les étrangers par le biais d'un mariage avec une personne suisse ou avec une personne titulaire d'un permis B ou C. Par conséquent, on peut partir de l'idée que c'est un cas typique du mariage fictif, si sa conclusion se fait par une personne étrangère ayant uniquement pour l'intention d'obtenir ou de garder son autorisation de séjour. Cette position a en outre été confirmée dans la jurisprudence, partant de l'idée d'un mariage fictif même si un seul des époux a contracté le mariage en vue d'éviter les dispositions de la loi, tandis que l'autre désirait sincèrement fonder une communauté de vie avec son conjoint<sup>79</sup>.

## 2.3 L'exigence de la preuve certaine

Le mariage conclu en respectant les dispositions du CC est présumé comme étant conforme à la loi, une présomption qui peut néanmoins être renversée en apportant la preuve du contraire<sup>80</sup>. Ainsi, ce

<sup>73</sup> Arrêt du TF 2C\_177/2013 du 06 juin 2013, consid. 3.2.

<sup>74</sup> GEISER / BUSSLINGER, p. 674.

<sup>75</sup> HUGI YAR THOMAS, *Von Trennungen, Härtefällen und Delikten – Ausländerrechtliches rund um die Ehe- und Familiengemeinschaft*, Berne, 2013, p. 33.

<sup>76</sup> MEURY SIBYLLE, *Les mariages blancs en Suisse*, Bâle, 2004, p. 14.

<sup>77</sup> KARTZKE ULRICH, *Scheinehen zur Erlangung aufenthaltsrechtlicher Vorteile*, Munich, 1990, p. 6.

<sup>78</sup> COUSSA, p. 57 ; GEISER, p. 829.

<sup>79</sup> Arrêt du TF 2C\_177 / 2013 du 06 juin 2013, consid. 3.4.

<sup>80</sup> SPESCHA MARC ET AL., *Handbuch zum Migrationsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich, 2015, p. 242.

sont les autorités compétentes qui sont chargées de la preuve. En absence de celle-ci, le tribunal décide en faveur des mariés qui ont une obligation de coopérer à l'établissement des faits<sup>81</sup>. Puisqu'un mariage fictif se fonde tout d'abord sur de fausses intentions subjectives, les autorités compétentes font souvent face à des problèmes de preuve importants, parfois insurmontables<sup>82</sup>. Le tribunal recourt ici à la notion d'une « présomption-preuve » en déterminant la volonté des parties par des faits qui sont plus faciles à démontrer. Il y a ainsi un déplacement de l'objet de la preuve<sup>83</sup>. Des déclarations et d'autres éléments non équivoques qui existent pendant la situation initiale servent à la preuve, manifestant que les conjoints n'ont apparemment pas la volonté de contracter un mariage traditionnel<sup>84</sup>. Lors de la vérification, les indices que la vie conjugale n'est évidemment pas envisagée doivent être évidents voire être d'une très grande vraisemblance<sup>85</sup>. Le TF parle ainsi d'indices « *clairs et concrets en ce sens* », mentionnant que les parties bénéficient autrement du principe *in dubio pro reo*<sup>86</sup>. Cette preuve est encore plus difficile à démontrer si le couple simule l'existence d'une vie conjugale<sup>87</sup>. En tenant compte de cette problématique, la jurisprudence ne demande pas de preuve directe, mais uniquement un nombre suffisant d'indices permettant la conclusion que les conditions d'un mariage ne sont pas remplies<sup>88</sup>. Le TF impose des exigences particulièrement hautes quant au niveau de la preuve d'un mariage blanc en imposant une certaine retenue aux autorités<sup>89</sup>. Il leur est interdit de soupçonner systématiquement tous les mariages conclus entre ressortissants suisses et étrangers et l'officier de l'État civil, en particulier, est appelé à rencontrer chaque couple avec une attitude neutre, une obligation imposée de plus par l'art. 3 al. 1 CC partant de l'idée de la bonne foi de chaque personne<sup>90</sup>. Pour avoir connaissances des indices à un mariage blanc, des investigations sont nécessaires. Cependant, cette manière d'obtenir la preuve est accompagnée de fortes incidences dans la vie privée des personnes concernées. De plus, les autorités jouissent d'une grande marge d'appréciation quant à l'interprétation des indices, un point qui semble très délicat par rapport aux lourdes conséquences de leurs conclusions<sup>91</sup>. En général, la fourniture de la preuve est une procédure constructive prenant du temps, car les autorités cantonales de police des étrangers compétentes recueillent les informations nécessaires les unes après les autres, jusqu'à ce que leurs nombres leur permettent d'avoir une vision claire de la situation<sup>92</sup>. Même en présence de quelques signes indiquant clairement un mariage de complaisance, les tentatives de preuve échouent souvent en pratique<sup>93</sup>. Dans le cadre d'un examen fait par un tribunal administratif indépendant, la plausibilité d'existence d'un mariage de complaisance, fondée sur les indices présentés, est ensuite confirmée<sup>94</sup>. Lorsqu'un mariage est déclaré fictif, les personnes concernées se trouvent dans une situation assez difficile,

---

<sup>81</sup> Arrêt du TF 2C\_400 / 2011 du 02 décembre 2011, consid. 3.1.

<sup>82</sup> DÖNNI, p. 136.

<sup>83</sup> FÉLIX SYLVAIN, *Présomptions et relations familiales en droit des étrangers*, in : Actualité du droit des étrangers, vol. II, 2014, Neuchâtel, 2014, p. 8.

<sup>84</sup> NYFFENEGGER, p. 172.

<sup>85</sup> GAAZ BERTHOLD, *Mariages fictifs en Allemagne*, in : Revue de l'état civil du 25. 11. 2003, p. 399.

<sup>86</sup> ATF 128 II 145, consid. 2.2 ; 127 II 49, consid. 5a.

<sup>87</sup> MEURY, p. 9.

<sup>88</sup> ZÜND ANDREAS / ARQUINT HILL LADINA, *Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung*, 2<sup>e</sup> éd. Bâle, 2009, p. 343.

<sup>89</sup> SPESCHA, (2015), p. 238.

<sup>90</sup> MONTINI MICHEL, *Bekämpfung der Scheinehen: zivilrechtliche Aspekte*, Bâle, 2002, p. 217.

<sup>91</sup> DÖNNI, p. 136.

<sup>92</sup> EUGESTER ROBERT, *Le mariage pour obtenir un droit de séjour en Suisse : un avis des autorités compétentes en matière de droit des étrangers*, Bâle, 2002, p. 197.

<sup>93</sup> EUGESTER, p. 201.

<sup>94</sup> EUGESTER, p. 197.

puisque'il y a maintenant un inversement du fardeau de la preuve, signifiant qu'il appartient maintenant aux parties de démontrer l'existence d'une relation conjugale réellement vécue et voulue et ainsi valable dans un sens juridique<sup>95</sup>. En effet, cette preuve est encore plus difficile à présenter que celle devant être fournie par les autorités. Il est donc recommandé que les intéressés recourent un aide professionnelle au plus tard à ce moment-là<sup>96</sup>.

Conscient de ce problème, le TF arrive souvent à la conclusion qu'il existe, certes, un nombre d'indices laissant penser qu'il s'agit d'un mariage de complaisance, mais qu'il ne peut néanmoins pas être exclu de manière absolue que le couple en question n'a pas l'intention de vivre dans une communauté conjugale effective. Il faudra ainsi avoir des indices plus concrets pour déduire l'existence d'un mariage fictif<sup>97</sup>.

## **2.4 Indices servant à la constatation d'un mariage blanc**

### **2.4.1 Une importante différence d'âge**

En raison du manque de critères claires dans la loi, la constatation d'un mariage blanc se fonde surtout sur un nombre d'indices ayant été défini par la jurisprudence du TF dans de nombreux arrêts. Parmi eux, le plus évident est une différence d'âge marquée entre les époux, notamment si la femme est nettement plus âgée que l'homme<sup>98</sup>. Il y a des cas dans lesquels la différence est considérable, par exemple lorsque la femme est âgée de 44 ans de plus que son fiancé<sup>99</sup>. Par contre, une différence d'âge de cinq ans a été considérée par le tribunal cantonal de Thurgovie comme ne pesant pas particulièrement lourd dans la décision de savoir s'il s'agissait d'un mariage blanc ou non<sup>100</sup>. Dans le canton de Zurich, par contre, le tribunal de première instance a décidé qu'une différence d'âge de neuf ans pouvait indiquer l'existence d'un mariage fictif<sup>101</sup>. La limite entre une différence d'âge peu importante et une différence éveillant des soupçons ne peut pas être définie exactement, mais elle est soumise à une certaine marge d'appréciation des autorités compétentes. Néanmoins, il est important de souligner que l'âge des fiancés est la première chose examinée par l'autorité compétente et est essentielle à la continuation de toute la procédure. Si une grande différence d'âge déclenche normalement plus d'investigation, les fiancés, ayant plus ou moins le même âge, ont déjà franchi un seuil important et font uniquement l'objet d'enquêtes supplémentaires si des circonstances particulières imposent manifestement ces actions.

### **2.4.2 Circonstances de la première rencontre du couple**

Un comportement suspect impliquant des investigations complémentaires peut également venir du fait que le couple ne se connaissait que depuis peu de temps avant le mariage ou dans des situations inhabituelles, que depuis le jour même, dans le cas où le mariage a lieu lors de la première rencontre du couple. Un exemple pour cette situation est la conclusion d'un mariage deux jours après la première rencontre du couple, le cas échéant, dans un restaurant au Bangladesh<sup>102</sup>. En présence d'une relation longue distance, les autorités peuvent également demander une preuve suffisamment

---

<sup>95</sup> Arrêt du TF 2C\_222 / 2008 du 31 octobre 2008, consid. 3.2.

<sup>96</sup> DÖNNI, p. 136.

<sup>97</sup> Arrêt du TF 2C\_750 / 2007 du 08 avril 2008, consid. 2.3 ; 2C\_473 / 2008 du 17 novembre 2008, consid. 2.1.

<sup>98</sup> NYFFENEGGER MARTIN, *Le mariage pour obtenir un droit de séjour en Suisse : un avis des autorités compétentes en matière de droit des étrangers*, Bâle, 2002, p. 271.

<sup>99</sup> ATF 129 II 401, consid. 3.1.

<sup>100</sup> Arrêt du TF 2C\_222/2008 du 31 octobre 2008, consid. 4.2.

<sup>101</sup> Arrêt du TF 2C\_310 / 2014 du 25 novembre 2014, consid. 2.3.

<sup>102</sup> ATF 128 II 151, consid. 3.1.

convaincante pour prouver l'existence réelle d'une relation, en particulier si les intéressés, envisageant la conclusion du mariage, ne se connaissent pas depuis longtemps et si ce type de relation est le seul qu'ils n'aient jamais entretenu<sup>103</sup>. Vu qu'il existe aujourd'hui toute une série de moyens modernes de communication, permettant l'entretien d'une relation à distance, ainsi qu'un réseau de transport international développé, la preuve nécessaire peut beaucoup plus facilement être fournie par le couple sous la forme d'extraits de conversations électroniques ou par des documents prouvant des visites réciproques. Néanmoins, les autorités continuent à rester suspicieuses pour ces cas spéciaux. Par exemple, le mariage d'un couple a été considéré par l'autorité cantonale du canton de Lucerne comme fictif. En effet, il a attiré l'attention en raison d'une différence d'âge importante et du fait qu'ils ne se connaissaient qu'uniquement par le biais d'internet jusqu'au jour du mariage. Ils ne se sont ensuite plus vus pendant une année avant que le conjoint étranger ne vienne vivre en Suisse. Au lieu de commencer effectivement à vivre ensemble en Suisse, l'épouse a ensuite acheté un nouvel appartement exclusivement destiné à l'usage d'une seule personne. Finalement, l'épouse a déclaré lors d'un entretien avoir voulu offrir à son époux la possibilité de venir en Suisse. Tous ces indices ont mené à la confirmation de la décision cantonale par le TF<sup>104</sup>, ce qui semble sans doute justifiable.

### 2.4.3 Absence d'une langue commune

Le soupçon d'un mariage blanc peut encore plus se renforcer par le défaut d'une langue commune, qui est considérée par le TF comme un élément clé à l'interaction nécessaire entre les époux pour vivre dans une union conjugale stable<sup>105</sup>. Néanmoins, il convient de souligner qu'il ne s'agit pas nécessairement d'un mariage fictif s'il y a absence d'une langue commune, mais il faut plutôt observer l'ensemble de la compréhension du couple, y compris l'échange des regards ou des gestes afin de pouvoir évaluer leur sincérité<sup>106</sup>. Cette crédibilité est également douteuse si les réponses des mariés lors d'une interrogation ne sont pas concordantes<sup>107</sup>, un fait encore plus évident s'il se révèle que les époux n'ont pas parlé des questions essentielles concernant leur vie commune future notamment sur leurs attentes concernant l'emploi du conjoint étranger en Suisse ou sur l'éducation des enfants issus d'un autre lit. En outre, il faut également prendre en compte la coopération des intéressés au procès, notamment s'ils apparaissent tous les deux devant le tribunal. Si tel n'est pas le cas, on pourrait au moins attendre d'eux de connaître le lieu de résidence de l'époux absent, ce qui n'était pas le cas dans un mariage déclaré fictif par le tribunal<sup>108</sup>.

### 2.4.4 Appartenance du ressortissant suisse à un groupe social marginalisé

Selon le TF, le mariage entre un ressortissant d'un État islamique et une ressortissante suisse travaillant dans le domaine de la prostitution semble également délicat. Cette considération du tribunal s'explique par la mentalité et l'importance de l'honneur dans le pays concerné<sup>109</sup>. D'autres indices susceptibles d'indiquer un mariage fictif peuvent être relevés, notamment, l'appartenance du ressortissant suisse à un autre groupe marginal, comme par exemple l'alcoolémie, la toxicomanie<sup>110</sup>,

<sup>103</sup> Arrêt du TF 2C\_125 / 2011 du 31 août 2011, consid. 4.1 s.

<sup>104</sup> Arrêt du TF 2C\_328 / 2013 du 14 octobre 2013, consid. 2.2.

<sup>105</sup> Arrêt du TF 2A.88/2004 du 11 juin 2004, consid. 2.2.

<sup>106</sup> GAAZ, p. 405.

<sup>107</sup> ATF 128 II 151, consid. 3.1.

<sup>108</sup> SUTER KASEL-SEIBERT CORINNE, *Le mariage fictif*, Zurich, 1990, p. 136.

<sup>109</sup> Arrêt du TF 2A.88/2004 du 11 juin 2004, consid. 2.2.

<sup>110</sup> EUGESTER, p. 197.

être sans-abris<sup>111</sup> ou avoir des difficultés financières importantes<sup>112</sup>. Il sera aussi tenu compte de l'existence de problèmes dans le pays d'origine de la personne étrangère, notamment de la misère, du chômage, de la guerre ou des conditions de vie difficiles<sup>113</sup>. Quant aux caractéristiques du conjoint suisse, on peut constater que les autorités deviennent particulièrement attentives au fait que la personne suisse ou la personne titulaire d'un permis B ou C puisse être faible d'esprit ou dans une position de faiblesse<sup>114</sup>. Comme exemple, nous pouvons citer un cas dans lequel la demande d'asile d'un ressortissant turc a été rejetée. Une année plus tard, il s'est marié avec une suisse paralyisée suite à une attaque d'apoplexie et qui était mise sous tutelle pendant un certain temps<sup>115</sup>. Ce mariage a été déclaré fictif, fondé sur le fait que les intéressés ont toujours dormi dans des chambres séparées et qu'ils ont ouvert des comptes bancaires séparés. De plus, ils ne passaient ni des vacances ni des activités de loisirs ensemble et de plus, ils ne prenaient jamais de repas en commun, un élément qui s'expliquait par le fait que le mari dormait, plusieurs jours par semaine, à son lieu de travail. Les intéressés répondaient difficilement aux questions concernant le passé ou le parcours académique du conjoint et donnaient des réponses contradictoires<sup>116</sup>.

#### **2.4.5 Risque de renvoi et histoire personnelle de la personne étrangère**

Un autre indice plutôt lourd concernant l'existence d'un mariage fictif est l'existence d'un risque pour la personne étrangère de ne pas recevoir une autorisation de séjour, que celle-ci ne soit plus prolongée dans le futur<sup>117</sup> et qu'elle fasse ainsi l'objet de mesures d'éloignement. Si présentée comme particulièrement urgente, une demande de mariage peut avoir l'air suspecte. Par contre, l'argument évoqué par l'autorité de migration que la présentation complète de tous les documents lors du premier rendez-vous avec l'officier d'État civil peut indiquer que le couple a déjà eu un rejet du traitement de leur demande ailleurs en Suisse<sup>118</sup> ne me semble pas convaincant. Il est, en tout cas, à apprécier que les futurs époux soient bien informés sur leur démarche, par exemple par le biais d'internet, ainsi que sur les conséquences importantes en découlant. De plus, l'absence d'efforts pour s'informer sur la procédure liée au mariage ainsi que des doutes émis par la personne intéressée quant au bien-fondé de ce mariage, présentent eux-mêmes des indices sur un mariage de complaisance<sup>119</sup>. Reprocher un comportement raisonnable, donc le fait de fournir tous les documents et de s'assurer de leur exhaustivité, est inapproprié et ne devra certainement pas être un indice alimentant la méfiance quant à la bonne foi des personnes concernées. L'exhaustivité des documents est hautement souhaitable, puisque cela facilite l'examen des faits ainsi que de l'histoire personnelle des fiancés. Si l'examen du passé de la personne étrangère révèle qu'elle se trouve illégalement en Suisse ou s'il y a des indices de précédents séjours irréguliers en Suisse ou même sur des mariages de complaisances antérieurement conclus, la personne doit accepter de faire l'objet d'investigations plus approfondies<sup>120</sup>. Le point de départ essentiel dans ces cas est la suite des événements subséquents le rejet de la demande.

---

<sup>111</sup> GAAZ, p. 405.

<sup>112</sup> MEURY, p. 9.

<sup>113</sup> COUSSA, p. 56.

<sup>114</sup> KARTZKE, p. 159.

<sup>115</sup> Arrêt du TF 2C\_12/2013 du 01 février 2013, consid. 1.

<sup>116</sup> Arrêt du TF 2C\_12/2013 du 01 février 2013, consid. 2.3.

<sup>117</sup> Arrêt du TF 2A 161\_2004 du 19 juillet 2004, consid. 2.2.

<sup>118</sup> GAAZ p. 405.

<sup>119</sup> Arrêt du TAF C-7294/2013 du 12 mars 2015, consid. 7.1.1.

<sup>120</sup> PERRET MICHEL, *Mariages de complaisances – Situation dans quelques pays européens et, principalement, en France*, Bâle, 2008, p. 63.

Il résulte de ces explications qu'il est déconseillé d'essayer de cacher des éléments de son passé devant les autorités poursuivant des investigations, parce qu'elles considèrent un tel comportement comme un indice supplémentaire à un mariage blanc. Cette situation s'est produite pour un ressortissant du Kosovo qui n'a pas indiqué être coutumièrement marié et avoir deux enfants dans son pays d'origine. Au contraire, il a marié la sœur de sa femme, titulaire d'une autorisation d'établissement en Suisse, pour demander une autorisation de séjour pour lui-même et pour ses deux enfants et leur mère, restés au Kosovo, au moment où ce mariage a pris fin. Le tribunal a suivi l'argumentation convaincante de l'autorité compétente soulignant que l'intéressé n'aurait jamais obtenu un titre de séjour à l'origine s'il n'avait pas caché avoir déjà fondé une famille ailleurs<sup>121</sup>.

#### **2.4.6 Manque de connaissances réciproques et déclarations contradictoires**

Un autre exemple à la constatation d'un mariage blanc peut être tiré du domaine de l'asile. Il s'agit d'un cas, dans lequel l'asile avait été refusé à un couple. Les époux ont demandé le divorce pour ensuite se remarier chacun avec un ressortissant suisse pendant une période de temps très courte. L'épouse suisse du requérant d'asile a révélé, subséquemment lors de l'entretien suivant les investigations, sa crainte de son mari, ainsi le fait de ne pas avoir eu connaissance ni de son divorce, ni de ses enfants nés du mariage précédent, ni de son statut de requérant d'asile<sup>122</sup>. S'il se révèle lors d'une interrogation qu'une personne ne sait pas du tout répondre aux questions concernant les connaissances de base sur son partenaire, les autorités en déduisent souvent, à juste titre, la présence d'un mariage blanc. Une explication à l'absence des connaissances réciproques des conjoints peut être le manque de points ou d'intérêts communs. C'est donc un autre indice d'un mariage fictif, démontré par l'inexistence d'activités faites ensemble<sup>123</sup>. Une absence de connaissances approfondies sur les amis, la famille, la situation financière ainsi que sur les activités de loisirs, pèse encore plus lourd si le mariage dure déjà depuis plusieurs années, voire sept ans dans un cas ayant eu lieu. Après une longue période de temps, il n'existe plus d'explications raisonnables rendant ce manque de participation à la vie sociale du conjoint compréhensible<sup>124</sup>. Dans un arrêt similaire, le tribunal considérait comme indice, et cela même si les intéressés n'étaient pas encore mariés depuis longtemps, le fait qu'ils ne connaissaient aucun membre de la famille de l'autre personne et que la femme n'avait encore jamais visité le pays d'origine de son conjoint. En outre, le conjoint n'était pas conscient de l'attaque cérébrale subi par sa femme qui a passé ensuite quatre mois à l'étranger dans le cadre d'un rétablissement complet<sup>125</sup>, un fait d'une haute importance dont l'inconnaissance est très difficile à expliquer. Dans le premier arrêt indiqué, il a également déjà été reproché au couple en question de ne pas pouvoir répondre spontanément aux questions liées au mariage notamment sur la demande ou sur la date<sup>126</sup>.

Les déclarations contradictoires sont particulièrement fatales si elles sont accompagnées d'un paiement d'une somme d'argent<sup>127</sup> ou d'une remise de drogues comme contre-prestation<sup>128</sup>. De plus, l'ouverture d'une action en divorce peu après le mariage est généralement un indice indiquant un

---

<sup>121</sup> Arrêt du TF 2C\_16/2013 du 12 février 2013, consid. 1.

<sup>122</sup> Arrêt du TF 2A.223/2005 du 16 août 25, consid. 3.3.2.

<sup>123</sup> Arrêt du TF 2C\_310/2014 du 25 novembre 2014, consid. 2.3.

<sup>124</sup> Arrêt du TF 2C\_911/2011 du 03 mai 2012, consid. 3.2.

<sup>125</sup> Arrêt du TF 2C\_963/2013 du 24 février 2014, consid. 2.4.

<sup>126</sup> Arrêt du TF 2C\_310/2014 du 25 novembre 2014, consid. 2.3.

<sup>127</sup> SPESCHA Marc, *Handbuch zum Ausländerrecht*, Berne, 1999, p. 156

<sup>128</sup> EUGESTER, p. 197.

mariage de complaisance, même si la suite des événements est moins évidente<sup>129</sup>, par exemple si un des intéressés a déjà été marié plusieurs fois pour des périodes de temps remarquablement courtes<sup>130</sup>. Nous pouvons mentionner l'exemple d'un cas particulièrement étrange, dans lequel un ressortissant yougoslave a marié la mère de sa première épouse quelques jours après la prononciation du divorce pour ensuite vouloir se remarier avec elle quand le mariage avec son ancienne belle-mère a également échoué. Le deuxième mariage avec sa première femme ne lui a pas été permis, fondé sur une série d'indices permettant la preuve d'un mariage fictif<sup>131</sup>.

#### 2.4.7 Autres indices de mariage fictif

Un autre élément figurant parmi les indices à un mariage blanc est la reprise ou le début d'une relation extraconjugale peu de temps après la conclusion du mariage<sup>132</sup>. La relation avec une tierce personne doit néanmoins être d'une certaine stabilité et donc durer un certain temps pour présenter effectivement un indice à un mariage blanc. Un faux-pas unique ne suffit pas pour remplir les exigences quant à la preuve du mariage fictif<sup>133</sup>, mais l'invocation de cet argument par l'autorité compétente n'est pas complètement absurde. Le TAF a ainsi souligné que la déclaration de vivre dans une communauté stable tout en cachant une relation avec une autre femme avec laquelle le mariage est envisagé dans le futur constituait un indice très lourd à un mariage fictif qui a été confirmé par la suite<sup>134</sup>.

De façon plus large, nous pouvons interpréter l'absence de contributions appropriées aux responsabilités découlant du mariage comme un indice de mariage fictif. Cela peut être le défaut, par exemple, de soutien financier du conjoint, d'éventuels enfants communs ou issus d'un autre lit ou encore de soutien physique en cas de maladie<sup>135</sup>. Cette déclaration doit être précisée, selon mon opinion, puisqu'il n'y a pas nécessairement un indice au mariage fictif dans tous les cas où on constate l'absence de soutien d'un conjoint. Pour être pertinent à la constatation d'un mariage blanc, il faudrait plutôt demander qu'on soit en présence d'une absence totale ou assez importante pendant une période du temps suffisamment longue. L'assistance exigée devrait en outre être raisonnablement exigible de l'autre conjoint, en particulier si son conjoint est touché par une maladie grave ou si sa propre capacité de travail est diminuée. Il a été mentionné que l'art. 159 CC contenant l'obligation mutuelle d'assurer la prospérité de la communauté conjugale, revêt un caractère général qui ne permet pas d'en déduire des obligations concrètes. On peut ainsi dire qu'il ne faudrait pas *a contrario* facilement admettre le refus de certains droits fondés sur cette disposition.

Critiquable apparaît le critère de l'absence du lien avec la Suisse, figurant parmi les critères dans la liste du SEM sur les indices à un mariage blanc<sup>136</sup>. Il y a des situations dans lesquelles le partenaire ou le conjoint étranger d'une personne résidant en Suisse n'a guère la possibilité de venir en Suisse ou d'y rester longtemps pour des raisons professionnelles, personnelles ou pour des problèmes liés au visa nécessaire. Par conséquent, ses connaissances sur ce pays sont nécessairement limitées et il ne semble pas juste de lui reprocher ce fait et de le considérer comme un indice de mariage blanc. Au

---

<sup>129</sup> NYFFENEGGER, p. 172.

<sup>130</sup> GAAZ, p. 405.

<sup>131</sup> Arrêt du TF 2A.308/2003 du 02 juillet 2003, consid. 2.3.

<sup>132</sup> SPESCHA, (1999), p. 154.

<sup>133</sup> CARONI MARTINA ET AL., *Migrationsrecht*, Berne, 2014, p. 141.

<sup>134</sup> Arrêt du TAF C-6477/2009 du 03 juillet 2014, consid. 7.10 s.

<sup>135</sup> PERRET, p. 63.

<sup>136</sup> Directives SEM, ch. 6.14.2.1, p. 254.

contraire, on peut partir de l'idée qu'un étranger envisageant la conclusion d'un mariage fictif uniquement pour obtenir un titre de séjour en Suisse dispose déjà de connaissances larges sur ce pays, étant la base pour son désir de vouloir y rester. De plus, nous pouvons éventuellement même dire qu'une personne, qui est prête à venir dans un pays sans en avoir de connaissances approfondies afin de passer sa vie à côté de son conjoint suisse, indique son souhait pour l'existence d'un mariage stable dans un sens traditionnel. Néanmoins, cet argument doit être considéré avec prudence si la personne étrangère vient d'un pays considéré comme instable, car il existe le risque qu'elle essaye de quitter son pays par tous les moyens possibles.

Parmi les faits susceptibles d'indiquer un mariage blanc, nous pouvons citer l'absence de relations intimes ainsi que de gestes de tendresse. Invoquant cet argument, il faut aussi penser au risque que ces gestes peuvent être simulés<sup>137</sup>. En outre, les conjoints décident librement de quelle manière ils veulent vivre leur relation et ce critère est donc à apprécier avec prudence. Il en suit ainsi que le fait d'avoir vécu ensemble pendant un temps court ainsi que l'entretien de relations de n'importe quelle nature n'exclut pas automatiquement un mariage fictif<sup>138</sup>.

Enfin, l'absence d'un ménage commun peut attirer l'attention de l'autorité. Néanmoins, il existe des motifs liés à la profession d'une personne ou aux relations familiales présentant des raisons plausibles expliquant la situation<sup>139</sup>. Par contre, le fait que le conjoint ne dispose pas d'une clé du logement, indiqué comme logement familial, et l'absence des intéressés pendant la majorité des contrôles de police compromet fortement la crédibilité des déclarations<sup>140</sup>. Il s'ensuit que c'est l'ensemble des circonstances dans une situation concrète qui est déterminant.

#### **2.4.8 Enjeu des différents indices de mariage blanc et preuve du contraire**

Il faut toutefois souligner, que seule la combinaison d'éléments nommés est déterminante, c'est donc un ensemble d'indices qui permet d'arriver à la conclusion que le mariage sert premièrement au but de contourner le droit des étrangers. Même si une grande différence d'âge entre les époux rend l'autorité compétente attentive à l'examen de la présence d'un mariage fictif, on est néanmoins loin de la constatation de celui-ci, car chaque personne a le droit de se marier avec la personne de son choix, indépendamment de son âge, de sa langue ou de son pays d'origine. En outre, les indices démontrés dans ce travail ne sont pas exhaustifs et leur importance ainsi que leur interprétation peuvent évoluer au fil du temps<sup>141</sup>. Un examen nuancé des éléments de preuve est ainsi indispensable. Uniquement dans une situation où nous ne pouvons plus raisonnablement partir de l'idée que les personnes concernées veulent fonder une union conjugale, nous faisons face à un mariage blanc. Le tribunal doit examiner chaque situation particulière indépendamment, sans être lié par les critères fixés par la jurisprudence qui ne sont pas des règles juridiques. Il lui incombe donc une autonomie importante quant à l'interprétation d'une situation présumée comme étant un mariage fictif<sup>142</sup>.

Considérant que l'ensemble des faits est sujet à un examen minutieux, le couple peut néanmoins essayer de fournir des preuves convaincantes contraires aux soupçons de l'autorité, notamment qu'ils se connaissent depuis longtemps, qu'ils ont vécu ensemble ainsi que le fait que l'un des époux

---

<sup>137</sup> EUGESTER, p. 197.

<sup>138</sup> UEBERSAX, *Der Rechtsmissbrauch im Ausländerrecht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts*, Berne, 2006, p. 10.

<sup>139</sup> NYFFENEGGER, p. 172

<sup>140</sup> Arrêt du TF 2C\_250/2014 du 03 Avril 2014, consid. 4.1.

<sup>141</sup> FÉLIX, p. 22.

<sup>142</sup> FÉLIX, p. 13 et p. 22 s.

supporte financièrement son conjoint ou ses enfants<sup>143</sup>. On procède donc à une comparaison des arguments présentés pour rendre une décision pertinente dans la matière. Selon la doctrine, la grossesse ou la naissance imminente d'un enfant commun constitue un indice fort qui peut faire cesser des investigations concernant un mariage fictif<sup>144</sup>. Il a même été décidé dans un ancien arrêt du tribunal cantonal d'Argovie que l'existence d'un enfant commun exclut complètement la présomption d'un mariage blanc<sup>145</sup>. D'autres opinions, par contre, disent que la reconnaissance de la paternité du mari en faveur des enfants de son épouse ne suffit pas toujours à exclure la possibilité d'un mariage blanc, si elle n'est pas accompagnée d'un lien affectif ou éducatif par rapport à l'enfant<sup>146</sup>. Cette approche est plus convaincante, vu que la loi envisage tout d'abord la protection des relations familiales réelles et effectivement vécues. Afin d'obtenir plus de sécurité juridique, il serait souhaitable que cette question ait une réponse claire, de manière uniforme. Nous pouvons nous demander si l'autorité aurait droit, le cas échéant, de demander l'établissement de la paternité du partenaire étranger. Considérant l'incidence, dans la sphère intime, de la personne intéressée ainsi que la charge psychique qui pourrait être déclenchée face à cette présomption, une telle démarche par l'autorité ne devrait pas être admissible. L'officier de l'État civil doit plutôt s'imposer une certaine limite quant aux investigations tout en respectant le droit de la personnalité des personnes assujetties à l'examen<sup>147</sup>. En effet, des questions suggestives ou concernant des détails sur la mode de vie des intéressés heurtent leur personnalité et contreviennent ainsi au CC<sup>148</sup>.

## 2.5 Traitement du partenariat enregistré fictif

Le partenaire enregistré d'un/ -e ressortissant/ -e suisse du même sexe est soumis aux mêmes dispositions de la LEtr que le conjoint d'une personne ressortissant de la Suisse<sup>149</sup>. La problématique d'un partenariat enregistré fictif est ainsi traitée de la même manière et les observations concernant le mariage fictif peuvent être considérées par analogie.

## 3. L'abus de droit

### 3.1 L'interdiction d'abus de droit dans le code civil suisse

« Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi. L'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi »<sup>150</sup>. Ce principe du CC est un pilier fondamental dans notre ordre juridique. Fonctionnant comme double norme, ce principe du droit privé est également applicable partout dans le droit public<sup>151</sup>. Selon le TF, on est en présence d'un abus de droit lorsqu'une institution juridique est utilisée dans un sens contraire au but recherché, aux fins de la réalisation d'intérêts qu'elle n'est pas prête à défendre<sup>152</sup>. L'abus de l'institution du mariage se manifeste dans des actions privant le mariage de son sens, en le vidant donc de sa substance<sup>153</sup>. Les tribunaux recourent à l'abus de droit pour pouvoir annuler une conséquence qui découle de la loi,

---

<sup>143</sup> ATF 127 II 49, consid. 4b.

<sup>144</sup> GAAZ, p. 405.

<sup>145</sup> TD Baden, réf. 801.306.2235 du 26 novembre 1981.

<sup>146</sup> SUTER KASEL-SEIBERT, p. 134.

<sup>147</sup> GAAZ, p. 406.

<sup>148</sup> SPESCHA, (1999), p. 157 e. l. a. Art. 27 al. 1 CC.

<sup>149</sup> Art. 52 LEtr.

<sup>150</sup> Art. 2 al. 1 et 2 CC.

<sup>151</sup> Arrêt du TF 2C\_18/2015 du 23 juillet 2015, consid. 3.1.

<sup>152</sup> ATF 127, II 49, consid. 5a ; 121 I 367, consid. 3b ; 121 II 97 consid. 4 ; 110 Ib 332 consid. 3a.

<sup>153</sup> EGGER, p. 112.

mais qui n'est pas digne de la protection juridique. Les comportements remplissant ces conditions sont donc contraires au but envisagé par la loi<sup>154</sup>. Il devient ainsi évident que l'abus de droit concerne des situations extraordinaires, à caractère exceptionnel, et ne saurait être appliqué de manière systématique<sup>155</sup>. Ce point présente, de plus en plus, un problème dans la pratique où les autorités ainsi que les tribunaux vérifient régulièrement les conditions d'un abus de droit. La critique, dans la doctrine liée à ce problème, exigeant qu'ils s'imposent plus de retenue quant à l'invocation et la constatation d'un comportement abusif<sup>156</sup>, mérite d'être soutenu. L'art. 2 CC répète, en principe, le contenu de l'art. 5 al. 3 Cst., concernant le comportement des particuliers en leur imposant l'obligation d'agir de bonne foi. Des comportements étant conformes à une disposition légale, mais mettant le principe de la bonne foi en question, tombent donc sous le champ d'application<sup>157</sup>.

Les deux formes principales d'un tel abus sont soit l'exercice d'un droit d'une manière contraire à sa finalité, soit l'exercice d'un droit lorsque le titulaire n'y a pas ou guère d'intérêt<sup>158</sup>. Il est important de souligner que seul l'abus de droit évident, voire un comportement compromettant fortement notre compréhension d'une attitude conforme à la bonne foi, permet l'application de l'art. 2 CC. Il est essentiel à la constatation d'un abus de droit de connaître le but envisagé par la disposition, dont la violation est mise en question, déterminé en utilisant l'instrument de l'interprétation téléologique<sup>159</sup>. La sanction suivant l'abus de droit est en principe l'inexistence du droit tiré de celui-ci<sup>160</sup>.

## **3.2 L'abus de droit dans le droit des étrangers**

### **3.2.1 Fausses déclarations ou dissimulation des faits importants**

Concernant le mariage fictif, on est en présence d'un cas particulier d'un abus de droit, puisque le mariage n'est conclu que pour obtenir un résultat qui n'aurait pas pu être atteint directement sans l'utilisation de cette voie. Il n'était alors jamais question de fonder une communauté de vie. L'abus de droit est un phénomène bien présent dans le domaine du droit des étrangers. En effet, le mariage est souvent le seul moyen pour une personne étrangère, notamment une personne provenant d'un État tiers, de venir en Suisse<sup>161</sup>, puisque la LEtr pose autrement des exigences souvent trop élevées, pour pouvoir les remplir dans le cadre de l'exercice d'une activité lucrative<sup>162</sup>. Cependant, il faut être conscient que l'abus de droit sous la forme d'un mariage fictif présente également une situation plutôt rare en pratique<sup>163</sup>. La présomption doit donc se faire de manière restrictive. Par conséquent, la séparation des époux, l'introduction de mesures protectrices ou la demande de divorce ne sont pas, en tant que telles, abusives. Nous sommes uniquement en présence d'un abus de droit en forme de fausses déclarations ou de dissimulation des faits importants si le couple prétend la continuation de la vie conjugale réelle, effective<sup>164</sup> et stable, si ce n'est plus le cas.

À l'art. 62 let. a LEtr, il est prévu que l'autorité compétente puisse révoquer un titre de séjour, à l'exception d'une autorisation d'établissement, lorsqu'un étranger, notamment un conjoint étranger a

---

<sup>154</sup> ANCEL PASCAL ET AL., *L'abus de droit*, Genève, 1998, p. 19.

<sup>155</sup> UEBERSAX, p. 4 ss.

<sup>156</sup> UEBERSAX, p. 27.

<sup>157</sup> UEBERSAX, p. 4 ss.

<sup>158</sup> ANCEL, p. 25.

<sup>159</sup> UEBERSAX, p. 6.

<sup>160</sup> ANCEL, p. 27.

<sup>161</sup> MEURY, p. 8.

<sup>162</sup> Art. 21 ss. LEtr.

<sup>163</sup> EUGESTER, p. 196.

<sup>164</sup> EUGESTER, p. 202.

fait de fausses déclarations ou a dissimulé des faits essentiels durant la procédure<sup>165</sup>. Sont essentiels, non seulement les faits demandés spontanément par l'autorité, mais également tous les faits dont l'étranger doit savoir qu'ils jouent un rôle important lors de l'examen de sa demande<sup>166</sup>. La jurisprudence ainsi développée exige en outre que cette dissimulation ait été faite dans le but de tromper les autorités afin de maintenir un titre de séjour<sup>167</sup>. Le droit au regroupement familial s'éteint, par conséquent, également<sup>168</sup>. La LEtr contient ainsi des dispositions spécifiques concernant l'abus de droit et se présente donc comme une *lex specialis* envers les normes du CC. Ces dernières servent cependant à l'interprétation des articles dans la LEtr<sup>169</sup>. La révocation d'une autorisation est soumise au respect du principe de la proportionnalité, signifiant que seules de fausses déclarations ou la dissimulation des faits liés à l'octroi de l'autorisation seront suffisantes pour entraîner la révocation. En outre, on prend en compte la durée qui s'est écoulée depuis les déclarations en question ainsi que de l'intégration de l'étranger en Suisse<sup>170</sup>. Peuvent être pertinentes en la matière des déclarations faites, soit avant le mariage pour éviter son refus, soit pendant le mariage pour continuer de profiter des avantages d'être le conjoint d'une personne suisse ou d'une personne titulaire d'un permis B ou C.

Une autre forme d'abus de droit peut avoir lieu après la conclusion du mariage et consiste dans le maintien abusif d'un mariage n'existant que formellement, notamment dans le but de contourner les dispositions sur le permis de séjour. Le TF a estimé que le mariage n'existe alors que formellement puisque l'union conjugale est définitivement rompue, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a plus d'espoir de réconciliation ; les causes et les motifs de la rupture ne jouent aucun rôle<sup>171</sup>. Il y a ici une différence importante comparée à l'octroi de la nationalité qui exige la vie en communauté conjugale depuis au moins trois ans<sup>172</sup> qui demande donc de vivre dans une union conjugale stable et réelle comme condition à la naturalisation facilitée. À contrario, si cette communauté n'est plus stable, le conjoint étranger ne sera pas naturalisé. Le refus d'accorder ou de prolonger une autorisation de séjour en raison d'un mariage fictif, par contre, est uniquement valable si l'union conjugale a rompu sans aucune chance de réconciliation<sup>173</sup>. Il se pose ainsi la question de savoir s'il existe des justes motifs pour expliquer ce traitement différencié. Selon mon avis, on trouve une première justification dans l'octroi des droits élargis, notamment de nature politique, lié à l'acquisition de la nationalité suisse ayant ainsi des conséquences beaucoup plus importantes que celles découlant d'une autorisation de séjour ou d'établissement. De plus, il faut souligner que la naturalisation facilitée permet d'acquérir la nationalité suisse, au plus tôt après cinq ans de présence en Suisse si on est marié à une personne suisse pendant trois ans, ce qui présente une diminution importante comparée à la durée de résidence exigée pour la demande d'une naturalisation ordinaire. On peut également s'imaginer qu'une des réflexions derrière cette réglementation était celle qui suppose une intégration plus rapide de par le fait d'être marié à un ressortissant suisse et de partager sa vie quotidienne. De par ces raisons, on arrive à la conclusion qu'il existe des justes motifs pour demander, d'un côté une communauté conjugale stable pour l'octroi du passeport suisse, et d'autre côté d'avoir des exigences un peu moins rigides

---

<sup>165</sup> Art. 62 let. a LEtr.

<sup>166</sup> ATF 135 II 1, consid. 4.1.

<sup>167</sup> Arrêt du TF 2C\_211/2012 du 03 août 2012, consid. 3.1.

<sup>168</sup> Art. 51 al. 2 let. b LEtr.

<sup>169</sup> UEBERSAX, p. 24.

<sup>170</sup> SPESCHA, (2015), p. 244.

<sup>171</sup> ATF 130 II 113, consid. 4.2 ; 127 II 49, consid. 4.d.

<sup>172</sup> Art. 27 al. 1 let. c LN.

<sup>173</sup> JAHJJA JULIETTE, *Die rechtsmissbräuchliche Ehe im Migrationsrecht*, Bâle, 2009, p. 57.

concernant l'octroi ou la prolongation d'une autorisation de séjour, qui seront refusé uniquement en cas de rupture définitive du mariage.

Cette rupture ne se présume pas par le seul fait que les époux ne font plus ménage commun. Une exigence qui, si elle servait comme indice à un mariage fictif, mettrait le conjoint étranger dans une position de dépendance du ressortissant suisse<sup>174</sup>. En effet, le fait d'avoir deux adresses différentes en Suisse, n'est pas nécessairement abusif, mais peut être accordé pour des motifs liés à la profession d'un des intéressés ou en raison d'une séparation temporaire<sup>175</sup>. Le TF, par contre, a confirmé l'abus de droit dans un cas où les époux vivaient de manière séparée, en précisant que l'époux vivait avec une nouvelle femme avec laquelle il a eu un enfant et qu'il ne s'acquittait d'aucune obligation financière envers son épouse légale. La demande d'une autorisation de séjour en se fondant sur ce mariage a été ensuite considérée comme un abus de droit selon les circonstances<sup>176</sup>. Dans ce genre de situation, les époux tardent ainsi consciemment à demander le divorce pour garantir la préservation d'un titre de séjour bien qu'il manque à leur mariage, même si à l'origine il n'était pas fictif, une perspective à long terme<sup>177</sup>.

Dans la jurisprudence, un changement important concernant cette problématique a été fait. Précédemment, c'était l'attitude de la personne étrangère qui était déterminante. Cela signifie que ce n'était que si le mariage avait échoué en raison du comportement du conjoint étranger, notamment s'il ne faisait aucun effort pour reprendre la vie commune, que le recours à l'abus de droit était admis. Aujourd'hui, par contre, des indices sont considérés comme suffisant pour permettre d'arriver objectivement à la conclusion que la reprise d'un mariage réel peut être exclue. Le TF a donc élargi le champ d'application d'un abus de droit dans le domaine du droit des étrangers d'une manière non négligeable. Selon mon avis, ce changement est justifié vu qu'il est autrement quasiment impossible de prouver cette forme particulière d'abus de droit qui peut revêtir plusieurs formes. Le recours aux indices objectifs, dont on devrait certainement exiger d'en avoir un certain nombre, et d'une grande crédibilité, est beaucoup plus adéquat pour démontrer l'existence d'un abus de l'institution de mariage. Autrement le seul moyen de fournir la preuve d'une intention subjective était une déclaration faite par la personne intéressée ou par son conjoint admettant la conclusion d'un mariage blanc. Même dans les scénarios où une telle déclaration avait eu lieu, il fallait cependant prendre en compte la possibilité que cette confession puisse viser le seul but de causer des dommages à l'autre personne ou que ça soit un acte de vengeance<sup>178</sup>.

Il convient de souligner que l'abus de droit ne peut pas être automatiquement exclu dans l'hypothèse qu'une action de divorce a été rejetée par le juge<sup>179</sup>. En pratique, l'attention des autorités compétentes à cette forme d'abus de droit est régulièrement réveillée par cette situation<sup>180</sup>. Un exemple à un tel abus est la découverte d'une prétention de faire ménage commun, condition pour l'autorisation de séjour selon l'art. 50 al. 1 let. a LEtr., contraire à la réalité<sup>181</sup>. Il a été indiqué que l'entretien parallèle d'une relation avec une autre personne résultant de la naissance d'un enfant, tombe également dans le champ d'application de l'art. 62 let. a LEtr, ainsi que la demande d'un titre de séjour sachant que

---

<sup>174</sup> NGUYEN, *Droit public des étrangers*, Berne 2003, p. 271.

<sup>175</sup> ATF 126 II 265, consid. 2c.

<sup>176</sup> ATF 121 II 97, consid. 4b.

<sup>177</sup> DÖNNI, p. 137.

<sup>178</sup> UEBERSAX, p. 13 s.

<sup>179</sup> NGUYEN, (2003), p. 270.

<sup>180</sup> UEBERSAX, p. 13 s.

<sup>181</sup> SPESCHA, (2015), p. 244.

l'époux suisse ne vit plus dans ce pays. Enfin, le couple peut aussi retarder la prononciation du divorce en le demandant, mais en mettant ensuite tous les moyens en œuvre pour reporter le divorce sans justification plausible<sup>182</sup>.

À la suite d'une constatation d'un abus de droit, le partenaire étranger perd son autorisation de séjour. Cependant, il est important de noter que seul l'abus de droit évident, remplissant les exigences élevées de la preuve, peut être sanctionné. Tel est le cas si les époux maintiennent leur vie commune uniquement ou premièrement dans l'intention de pouvoir tirer des bénéfices du droit des étrangers<sup>183</sup>. La présence d'un conjoint à l'étranger pendant une longue durée tout en gardant l'autorisation de séjour en Suisse peut être un indice d'un comportement abusif, qui se confirme encore plus si la reprise de la vie conjugale semble peu probable en raison de la rupture de tout contact entre les époux signifiant que le mariage n'est plus réel, c'est-à-dire effectivement vécu, mais qu'il existe que dans un sens formel<sup>184</sup>. Le TAF a déclaré dans ce cas que les époux vivent ainsi en ménage commun seulement pour l'apparence et commettent un abus manifeste de droit en se prévalant d'un mariage vidé de toute substance<sup>185</sup>. Il y a aussi un abus de droit si, à l'inverse, la personne ressortissante suisse demande un titre de séjour pour son conjoint alors qu'elle ne réside elle-même pas en Suisse, mais durablement à l'étranger<sup>186</sup>. Le TF a ainsi rendu la décision que l'examen de l'abus de droit se fait selon des critères purement objectifs. S'il y a les indices nécessaires, un mariage sera considéré comme étant fictif sans considération des constatations subjectives exprimées par les personnes concernées. Critiquée par la doctrine comme étant trop sévère, cette jurisprudence a été confirmée par le TF, tout en demandant des exigences élevées quant à la présence d'un abus dans le droit des étrangers<sup>187</sup>. Considérant que la vaste majorité des personnes soupçonnées n'avoueront pas avoir conclu un mariage fictif, il est justifié de ne pas faire dépendre la mise en œuvre des conséquences liées à un mariage fictif des leurs déclarations. Cette approche n'est pas adaptée à la législation en vigueur aujourd'hui, prévoyant clairement des sanctions juridiques à la conclusion d'un mariage blanc. En effet les exigences élevées quant à la preuve ont clairement été imposées par le TF. Sa jurisprudence disant qu'uniquement des critères objectifs peuvent être pertinents à la constatation d'un abus de droit n'est ainsi pas trop sévère.

### 3.2.2 Comportement frauduleux à l'égard des autorités

Le mariage fictif tombe sous le champ des délits de tromperie, sanctionnés dans l'art. 118 LEtr rendant punissable chaque personne induisant en erreur les autorités en leur donnant de fausses indications ou en dissimulant des faits essentiels pour obtenir un permis de séjour de cette manière. Ce comportement est puni d'une peine privative de liberté allant jusqu'à trois ans ou d'une peine pécuniaire<sup>188</sup>. Un nombre non négligeable de délits peut en effet être sanctionné selon cette disposition, ce qui donne une importance particulière à l'exigence de la preuve concernant la causalité<sup>189</sup>. L'al. 2 rend la conclusion d'un mariage fictif concrètement punissable en disant que celui contractant un mariage fictif avec un étranger est soumis à une peine privative de liberté de maximum

---

<sup>182</sup> EUGESTER, p. 202.

<sup>183</sup> DÖNNI, p. 137.

<sup>184</sup> ATF 121, II 104, consid. 4b ; 127 II 49, consid. 4b.

<sup>185</sup> Arrêt du TAF C-3592/2013 du 04 septembre 2014, consid. 6.4.1.

<sup>186</sup> ZÜND ANDREAS, *Familiennachzug*, Saint-Gall, 2003, p. 117.

<sup>187</sup> ZÜND / ARQUINT, p. 343.

<sup>188</sup> Art. 118 al. 1 LEtr.

<sup>189</sup> SPESCHA, (2015), p. 347.

trois ans. Fait objet de la même peine, chaque personne facilitant ou rendant la conclusion du mariage blanc possible<sup>190</sup>. Contraire à l'al. 1 de cet article, l'al. 2 vise uniquement des personnes disposant d'un droit de présence assuré en Suisse.

### 3.2.3 Mariages fictifs conclus à l'étranger : limites dans la LDIP

Dans le cadre de ce travail, il a lieu de consacrer quelques réflexions à la LDIP tout en soulignant qu'un approfondissement de cette thématique ne sera pas fait afin d'éviter que le sujet soit trop étendu sur le terrain international. Cependant, la pensée au mariage fictif éveille l'idée que les fiancés peuvent essayer de cacher celui-ci en concluant le mariage à l'étranger pour ensuite demander sa reconnaissance en Suisse. La LDIP prévoit qu'un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse si la fiancée ou le fiancé est suisse, voire s'ils ont tous deux leur domicile en Suisse, à moins qu'ils l'aient célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluder les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse<sup>191</sup>.

Le contournement des dispositions dans la LEtr tombe aussi sous le champ d'application de l'art. 17 LDIP disant que l'application de dispositions d'un droit étranger est exclue si elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public suisse<sup>192</sup>, une réserve qui se trouve également dans l'art. 27 LDIP permettant le refus de la reconnaissance d'une décision étrangère manifestement incompatible avec l'ordre public suisse<sup>193</sup>.

Ces deux normes revêtent cependant une importance générale, contraire à l'art. 45 LDIP tranchant explicitement la conclusion d'un mariage blanc<sup>194</sup>. Par conséquent, il faut se demander si la conclusion d'un mariage fictif est contraire à l'ordre public suisse et si, le cas échéant, sa reconnaissance en Suisse peut être refusée. Un avis dans la doctrine suit l'opinion que tel n'est pas le cas et que l'on ne peut pas affirmer que le mariage fictif heurte l'ordre public suisse. Il est invoqué que la reconnaissance suivie par l'annulation d'un mariage fictif serait préférable<sup>195</sup>.

Selon mon opinion personnelle, il y a plusieurs arguments contraires démontrant que cette position n'est plus soutenable. Premièrement, l'argument selon lequel la non-reconnaissance a uniquement un effet interne en Suisse n'est pas à considérer, vu que la fonction de ce mécanisme est de garder les valeurs juridiques de la Suisse, en particulier dans les cas pour lesquels d'autres ordres juridiques décident autrement. Bien qu'on puisse argumenter qu'un mariage fictif ne présente ni pour la Suisse ni pour l'ordre public un danger sérieux, direct et imminent, qu'il ne menace pas non plus la liberté d'autrui<sup>196</sup> et qu'il n'est pas contraire aux mœurs<sup>197</sup>, il faut considérer que l'adoption de l'art. 105 ch. 4 CC résulte d'une initiative parlementaire. Une décision a donc été prise par les représentants du peuple, directement élus dans une démocratie directe. Par conséquent, le législateur a considéré qu'il fallait avoir une disposition dans la loi interdisant explicitement ce genre de comportement abusif. Finalement, on peut argumenter par analogie sur la base de l'art. 20 al. 1 CO prévoyant la nullité de chaque contrat illicite, voire contraire aux dispositions législatives suisses. La conclusion du mariage peut être comprise comme la conclusion d'un contrat particulier entre deux personnes déclenchant

---

<sup>190</sup> Art. 118 al. 2 LEtr.

<sup>191</sup> Art. 45 al. 1 et 2 LDIP.

<sup>192</sup> Art. 17 LDIP.

<sup>193</sup> Art. 27 al. 1 LDIP.

<sup>194</sup> **KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA**, *Grundriss des schweizerischen Internationales Privatrechts*, Berne, 2012, p. 273.

<sup>195</sup> **GEISER THOMAS**, *Scheinehe, Zwangsehe und Zwangsscheidung aus zivilrechtlicher Sicht*, Berne, 2008, p. 835.

<sup>196</sup> **SANDOZ**, p. 415.

<sup>197</sup> **HEIM JEAN-PHILIPPE**, *Les conséquences pénales du mariage contracté en vue d'éluder les dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers*, Lausanne, 1999, p. 58 s.

certaines conséquences juridiques. Le mariage fictif présente, en effet, un caractère illicite, considérant la violation de l'art. 105 ch. 4 qui en découle et peut ainsi être déclaré nul. Cette alternative était, certes, considérée lors de l'adoption du nouvel art. 105 CC, mais on s'est décidé contre la nullité totale du mariage blanc. La LDIP prévoit comme conséquence à un mariage invalide l'annulation par un tribunal suisse compétent<sup>198</sup>. La disposition pertinente vise principalement l'annulation d'un mariage forcé<sup>199</sup>, mais cette conséquence devrait également s'appliquer à un mariage fictif.

#### 4. Conséquences d'un mariage fictif conclu

##### 4.1 Les conséquences selon le droit civil

###### 4.1.1 La validité du mariage fictif selon les dispositions du code civil

Une fois conclu, le mariage reste valable en droit civil, avec tous ses effets, notamment avec tous les droits et obligations en découlant, même si on arrive plus tard à la conclusion qu'il s'agit d'un mariage fictif<sup>200</sup>. L'invocation d'une simulation afin de parvenir à l'annulation d'un mariage blanc ne saurait, par contre, pas être acceptée, en raison de l'énumération exhaustive des motifs de l'annulation d'un mariage dans la loi<sup>201</sup>. L'ancienne doctrine considérait les conséquences d'un mariage fictif comme absolues et inévitables dans le sens que même si les mariés, ayant conclu le mariage à l'origine pour de faux motifs, commençaient à réaliser une communauté conjugale effectivement vécue, le mariage restait fictif<sup>202</sup>. Qualifié comme fiction légale, le mariage blanc serait, en effet, un vice juridique ne pouvant pas être guéri<sup>203</sup>. Le TF, par contre, recourt dans ces situations à la notion de « *amor superveniens* », pouvant être invoquée dans le cadre d'une demande de réexamen. Les éléments de preuve, qui ne seraient pas facilement admis dans une procédure lorsqu'ils se fondent surtout sur des intentions d'une personne, font objet d'un examen très critique<sup>204</sup>. Le TF a ainsi précisé :

*« Il ne paraît en effet pas exclu qu'un couple ayant le projet de se marier dans le but d'éviter des dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers, [...], puisse tomber amoureux et décide de créer une véritable union conjugale. Cette circonstance ne doit cependant être admise que restrictivement, lorsqu'il y a des doutes sur le but initial poursuivi par le mariage, mais que les intéressés démontrent, de façon probante, qu'ils ont la volonté de fonder une communauté conjugale et non l'unique intention d'habiter ensemble. A cet égard, le seul fait de vivre à la même adresse ne saurait être considéré comme suffisant, sinon la porte serait ouverte à tous les abus »<sup>205</sup>.*

La preuve fournie, dans l'exemple d'un arrêt du TF, par des photos de vacances ainsi que d'autres documents constatant le voyage ne suffisent pas non plus vu que ces matériaux peuvent sembler arrangés et doivent donc être appréciés comme indice faible à l'*amor superveniens*. Faisant une balance des éléments pertinents, d'autres éléments, notamment le défaut du ménage commun à long

<sup>198</sup> Art. 45a al. 1 LDIP.

<sup>199</sup> OTHENIN-GIRARD SIMON, *Annexe I Droit international privé*, Bâle, 2016, p. 1843.

<sup>200</sup> DÖNNI, p. 137.

<sup>201</sup> EGGER, p. 102.

<sup>202</sup> DÖNNI, p. 137 ; HEIM, p. 60.

<sup>203</sup> NIEDERÖST, p. 137.

<sup>204</sup> Arrêt du TF 2C\_645/2013 du 07 avril 2014, consid. 2.2 ; 2C\_574/2012 du 19 février 2013, consid. 4.2.

<sup>205</sup> ATF 121 II 1, consid. 2d.

terme, prédominant sur l'avis d'un couple invoquant le changement essentiel de la situation<sup>206</sup>. Dans un autre arrêt, il a été mentionné que même l'existence d'un logement commun, prouvant que les intéressés font effectivement ménage ensemble, ne permet pas encore de faire cesser le doute d'un mariage blanc<sup>207</sup>. Il faut plutôt démontrer l'existence d'une relation réelle, comprise comme union durable, économique, corporelle et spirituelle présupposant des connaissances réciproques minimales sur le partenaire ainsi qu'un comportement solidaire au lieu d'une attitude indifférente<sup>208</sup>.

Cette nouvelle jurisprudence du TF permet ainsi d'arriver à la conclusion que la présomption d'un mariage fictif peut être renversée dans le cas où les époux font un mariage normal, voire remplissant les critères légaux. Considérant l'importance fondamentale du droit au mariage dans notre pays, cette jurisprudence est à approuver. Le comportement condamnable dans la conclusion d'un mariage fictif n'est pas le fait d'être marié à une personne qui n'avait autrement pas de droit de rester en Suisse ou d'y travailler. Ce qu'on reproche aux personnes est de rester mariés uniquement pour cette raison et d'ainsi tromper les autorités, en simulant une situation qui n'existerait sinon pas dans cette forme. Il faut, certes, avouer, que la conclusion d'un mariage fictif doit dans tous les cas être empêchée. Cependant, si un couple marié commence à réaliser effectivement une communauté de vie selon les exigences de la loi, on ne peut plus leur reprocher de contourner la loi pour obtenir des bénéfices qu'ils n'auraient pas autrement. En outre, quelle serait la forme des conséquences découlant de ce reproche ? Il ne serait certainement pas adéquat de retirer le permis à une personne vivant dans une union conjugale effectivement vécue. De plus, il serait, sans doute, absurde de demander l'annulation ou le divorce du couple et d'exiger ensuite, après un certain temps, la conclusion d'un nouveau mariage conforme à toutes les dispositions de la loi. L'introduction de l'*amor superveniens* dans la jurisprudence du TF est ainsi la solution la plus adaptée à un problème complexe et la décision est louable du point de du respect des droits de l'homme, évitant ainsi des cas de rigueur inutiles.

Finalement, il faut aussi mentionner, sans vouloir les approfondir, toutes les conséquences concernant les enfants. Il est important d'indiquer que la présomption de paternité du mari cesse à exister lorsque le mariage est annulé parce qu'il a été contracté pour éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers<sup>209</sup>.

#### **4.1.2 La résolution du mariage par la déclaration d'invalidité ou par le divorce**

Remplissant les conditions d'un abus de droit, plusieurs conséquences sont envisageables quant au mariage fictif, soit on décide de nier toute conséquence légale attachée au mariage, soit on n'accorde pas la conséquence principalement envisagée par la conclusion d'un mariage fictif<sup>210</sup>. La solution prévue dans le droit suisse est l'annulation légale obligatoire d'un mariage fictif conclu pour l'admission et le séjour des étrangers en vertu de l'art. 105 ch. 4 CC<sup>211</sup>.

Le fait que la relation réelle entre les époux cesse d'exister n'implique pas la dissolution du lien entre eux, mais nécessite une décision formelle pour être valide<sup>212</sup>. Les deux conditions menant à l'annulation d'un mariage sur la base de l'art. 105 ch. 4 CC sont, tout d'abord, que l'on soit en présence d'un mariage fictif conclu et, ensuite, que le but était uniquement d'éluder les dispositions

---

<sup>206</sup> Arrêt du TF 2C\_254/2012 du 20 mars 2012, consid. 4.3.

<sup>207</sup> Arrêt du TF 2C.384/2010 du 06 décembre 2010, consid. 3.3.

<sup>208</sup> Arrêt du TF 2C\_1033/2014 du 29 avril 2015, consid. 3.2.3.

<sup>209</sup> Art. 109 al. 3 CC.

<sup>210</sup> GEISER, p. 823.

<sup>211</sup> Art. 105 al. 4 CC.

<sup>212</sup> GEISER, p. 827.

sur l'admission et le séjour des étrangers<sup>213</sup>. L'action en annulation d'un mariage peut être invoquée par n'importe quelle personne intéressée ou d'office, jusqu'à ce que le mariage soit annulé. Cette obligation ne s'éteint pas parce que la personne étrangère a quitté la Suisse, parce qu'elle a changé son statut juridique ou parce qu'elle a été naturalisée<sup>214</sup>. Les effets de l'annulation entrent en vigueur dès le moment de la prononciation du jugement<sup>215</sup> et le mariage cesse donc d'exister de façon *ex nunc*<sup>216</sup>. Une alternative à l'annulation du mariage, pouvant être invoquée unilatéralement, est sa résolution par le divorce. Les deux procédures peuvent prendre du temps puisqu'en droit suisse, le divorce peut être refusé pendant deux ans si un des deux conjoints refuse de donner son accord. Pendant ce temps, toutes les obligations résultantes du mariage continuent à déployer ses effets<sup>217</sup>. Une exception à ce principe du délai légal de deux ans minimal pour la prononciation du divorce contraire à la volonté d'un des deux conjoints, pourrait être faite dans le cas d'un mariage fictif unilatéral, parce que la poursuite du mariage ne pourrait raisonnablement pas être imposée à cette personne dans ces circonstances<sup>218</sup>. Par contre, si le mariage fictif a été conclu consciemment par les deux personnes concernées, le TF a décidé, dans un arrêt daté de 2001, que le délai légal de résolution par le divorce peut valablement être invoqué<sup>219</sup> et la personne souhaitant le divorce reste mariée à son conjoint jusqu'à l'échéance du délai légal minimal.

## 4.2 Les conséquences administratives

### 4.2.1 La révocation d'un droit de séjour

Il existe aujourd'hui une disposition dans la LEtr permettant à l'autorité compétente la révocation<sup>220</sup> ou la non-prolongation<sup>221</sup> d'une autorisation de séjour à la suite de déclarations fautives ou après la constatation d'un mariage blanc. Par moyen d'un renvoi, une sanction pareille est prévue pour les titulaires d'une autorisation d'établissement<sup>222</sup>. Dans le domaine de l'asile, l'autorité compétente peut révoquer une autorisation de séjour si l'examen des conditions de la reconnaissance du statut des réfugiés révèle des indices à une cause absolue d'annulation au sens de l'art. 105, ch. 5 ou 6 CC<sup>223</sup>.

Il faut encore préciser que la révocation d'une autorisation ne peut se faire qu'en respectant le principe de la proportionnalité. Par conséquent, seules des déclarations fautives qualifiées, un fait qui est souvent rempli si un mariage fictif a été constaté, peuvent justifier la révocation d'un permis menant éventuellement à la séparation des mariés<sup>224</sup>. Un examen supplémentaire doit avoir lieu, en particulier, si, auparavant, il a été accordé, à la personne étrangère, la prolongation d'une autorisation de séjour, en dépit des soupçons d'un mariage blanc. Néanmoins, les intéressés ne peuvent pas invoquer une démarche contraire à la bonne foi effectuée par les autorités quand celles-ci ont accordé un titre de séjour, mais le retirent ensuite avant sa date d'échéance après être arrivées à la conclusion que les conditions ne sont plus remplies<sup>225</sup>. Suite à la révocation de l'autorisation, les autorités

---

<sup>213</sup> Art. 105 al. 4 CC.

<sup>214</sup> GEISER / BUSSLINGER, p. 676.

<sup>215</sup> Art. 109 al. 1 CC.

<sup>216</sup> GEISER / BUSSLINGER, p. 676.

<sup>217</sup> Art. 114 CC.

<sup>218</sup> DÖNNI, p. 137.

<sup>219</sup> EUGSTER, p. 200.

<sup>220</sup> Art. 62 let. a LEtr.

<sup>221</sup> Art. 33 al. 3 ; Art. 34 al. 3 LEtr e. l. a Art. 62 let. a LEtr ; Art. 14 al. 2 let. d LAsi ; Art. 78 al. 1 let. a LAsi.

<sup>222</sup> Art. 63 al. 1 let. a e. l. a. art. 62 let. a LEtr.

<sup>223</sup> Art. 51 al. 1<sup>bis</sup> LAsi.

<sup>224</sup> SPESCHA, (2015b), p. 238.

<sup>225</sup> Arrêt du TF 2C\_310/2014 du 25 novembre 2014, consid. 2.4.

peuvent, afin de prendre des mesures d'éloignement, rendre une décision de renvoi ordinaire à l'encontre de l'étranger qui ne dispose plus d'une autorisation alors qu'il est tenu d'en avoir une<sup>226</sup>. Une révocation peut ainsi mener à une situation dans laquelle le partenaire étranger perd son permis de séjour, impliquant qu'il doit retourner dans son pays d'origine, mais tout en restant marié légalement selon les dispositions du code civil<sup>227</sup>. Il ne semble, donc, pas faux de se demander si la législation actuelle prévoyant la validité du mariage est vraiment la solution la plus adéquate lors d'une constatation d'un mariage blanc ou s'il ne faudrait pas prévoir l'annulation automatique du mariage.

#### 4.2.2 La perte de la nationalité

Les problèmes liés à l'octroi de la nationalité suisse, fondé sur le mariage, apparaissaient déjà sous une autre forme avant l'entrée en vigueur de la nouvelle LN datée de 1992. À cette époque, l'acquisition automatique de la nationalité suite à un mariage entre une femme étrangère et un Suisse était déjà au centre des discussions. Aujourd'hui, ce problème de mariages de citoyenneté ne se pose plus puisque la disposition pertinente a été abrogée. Néanmoins, il est intéressant de souligner que des sanctions pénales aient déjà été prévues, même dans cette ancienne version de la loi sur la nationalité suisse, lors de conclusion d'un mariage servant uniquement à la réception du passeport rouge<sup>228</sup>. Il existait également une disposition dans l'ancien code civil précisant que l'officier de l'État civil avait la possibilité de refuser la conclusion de mariages fictifs<sup>229</sup>. On verra plus tard dans ce travail, qu'il existe aujourd'hui une même disposition visant l'interdiction de mariages fictifs dans le domaine du droit des étrangers. L'annulation d'un mariage fictif a pour conséquence la perte de la nationalité, si celle-ci a été octroyée suite à ce mariage. Il était également indiqué que le partenaire étranger qui vit dans une union conjugale a le droit de demander la nationalité après trois ans, à condition qu'il ait vécu pendant cinq ans en Suisse. Une condition à cette demande est que les époux déclarent vivre dans une union effective et stable et qu'ils n'envisagent pas de se séparer ou d'introduire une procédure de divorce dans un futur proche<sup>230</sup>. En outre, il est important que l'office de migration attire l'attention de l'intéressé sur le fait que la naturalisation facilitée ne peut être octroyée lorsque, avant ou pendant la procédure de naturalisation, l'un des conjoints demande le divorce ou la séparation ou que la communauté conjugale effective n'existe pas. Si cet état de fait est dissimulé, la naturalisation facilitée peut ultérieurement être annulée, conformément au droit en vigueur<sup>231</sup>. Les déclarations mensongères consistent, dans un tel cas, dans le fait que la communauté conjugale n'est pas ou plus réellement vécue par les époux. Si c'est le cas, le but visé par la disposition pertinente de la LN de faciliter la naturalisation du conjoint étranger, afin d'encourager l'avenir commun du couple, n'est plus rempli<sup>232</sup>. Un exemple est le cas d'un ressortissant turc qui a obtenu la nationalité suisse après avoir vécu pendant cinq ans dans une communauté de vie avec son épouse. Il y a lieu de préciser que ce mariage était le deuxième mariage conclu par l'intéressé. Peu de temps après la naturalisation, le divorce a été prononcé et l'intéressé a ensuite décidé de se remarier avec sa

---

<sup>226</sup> Art. 64 al. 1 let. a LEtr.

<sup>227</sup> DÖNNI, p. 137.

<sup>228</sup> MEURY, p. 7 s.

<sup>229</sup> KELLER JEANNE, *Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten des Familienrechts: Ausländerrechtsehen, Ehen zur Erleichterung des Grundstückerwerbs durch Personen im Ausland, Steuerehen, Steuerscheidungen, Rentenkubinate und ähnliche Erscheinungen*, Zurich, 1986, p. 34.

<sup>230</sup> ATF 128 II 97, consid. 3b.

<sup>231</sup> Arrêt du TAF C-130/2013 du 02 octobre 2014, consid. 3.

<sup>232</sup> ATF 128 II 97, consid. 3b.

première épouse qui résidait à l'étranger. Ensuite, il a décidé de demander également le regroupement familial pour elle et trois de ses huit enfants vivant en Turquie<sup>233</sup>.

La mise en œuvre de l'annulation de la naturalisation, pour déclarations mensongères ou pour dissimulation de faits essentiels, se fait par l'autorité du canton d'origine et doit avoir lieu dans un délai de deux ans à compter du jour où l'office a pris connaissance des faits déterminants, mais au plus tard huit ans après l'octroi de la nationalité suisse<sup>234</sup>. Les autorités ont le droit, suite à cette déclaration, de procéder à des enquêtes en cas de doute<sup>235</sup>. Concernant la libre appréciation de la preuve, il a été décidé que les personnes concernées ont elles-mêmes un intérêt évident à fournir la preuve démontrant le contraire, donc qu'il existait une relation stable quelques mois avant la naturalisation et le divorce. Chargé d'amener cette preuve, le TF avait ainsi décidé qu'il y a un renversement du fardeau de la preuve. C'est maintenant le couple qui doit présenter des explications raisonnables quant à la détérioration rapide du mariage, puisque la naturalisation a été accompagnée d'une déclaration constatant le contraire<sup>236</sup>. Il n'était notamment pas convaincant d'expliquer cette détérioration rapide par une grossesse résultant d'une relation extraconjugale, comme ça a été le cas dans cet exemple. Le tribunal admet, certes, que l'union conjugale puisse prendre fin suite à ce développement de la situation, mais l'existence d'une relation extraconjugale était elle-même suffisante à prouver que le mariage avait déjà échoué plus tôt<sup>237</sup>.

### **4.3 La conséquence pénale : L'art. 118 de la loi sur les étrangers**

Longtemps, les personnes étrangères et leurs conjoints suisses ne craignaient aucune sanction pénale suite à un mariage fictif. La punition consistait plutôt dans le simple fait qu'ils devaient vivre avec le fait d'être marié à quelqu'un et cela contrairement à leur volonté réelle<sup>238</sup>. Avec l'introduction de l'art. 118 LEtr, la situation a manifestement changé et nous voyons maintenant que les personnes concernées peuvent être assujetties à une peine privative de liberté de trois ans maximum ou au paiement d'une somme d'argent.

## **5. Mesures préventives**

### **5.1 Interrogation en cas de soupçon de mariage fictif**

Lorsqu'il existe des doutes quant à savoir si un mariage est conclu dans l'intention d'éluder les normes du droit des étrangers, les personnes concernées peuvent faire objet d'une interrogation approfondie dans laquelle l'officier de l'État civil entend les fiancés en principe séparément<sup>239</sup>. Il faut être en présence de plusieurs indices concrets pour que cet entretien aie lieu, par contre un seul n'est pas suffisant. Pendant cet entretien, dont l'intensité dépend du cas particulier<sup>240</sup>, la possibilité d'exécuter le droit d'être entendu revêt une importance particulière pour les intéressées<sup>241</sup>, sinon on court le risque que la décision fondée là-dessus soit annulée plus tard. Les parties ont, à cet égard, une obligation de collaborer avec les autorités<sup>242</sup>, afin de leur permettre d'avoir une idée claire de la

---

<sup>233</sup> Arrêt du TF 2A.69/2001 du 29 juin 2001, consid. 4aa.

<sup>234</sup> Art. 41 al. 1 et 2 LN.

<sup>235</sup> EUGSTER, p. 202.

<sup>236</sup> ATF 130 II 482, consid. 3.2.

<sup>237</sup> Arrêt du TAF 2C\_438/200 du 09 janvier 2008, consid. 3.3 ; 7C-5522/2015 du 10 mars 2016, consid. 7.7.

<sup>238</sup> MEURY, p. 10.

<sup>239</sup> Art. 97a al. 2 CC e. l. a Art. 74a OCE.

<sup>240</sup> COUSSA, p. 58.

<sup>241</sup> Art. 29 al. 2 Cst.

<sup>242</sup> Art. 90 let. a et let. b LEtr.

situation. Les autorités compétentes disposent d'un catalogue de questions qui seront posées à chaque époux pour ainsi pouvoir analyser et comparer les réponses données. Parmi ces questions figurent notamment celles concernant les sujets suivants<sup>243</sup> :

- Date, lieu et circonstances de la première rencontre du couple
- Langue dans laquelle les personnes intéressées communiquent
- Relations et situation familiale des intéressés, notamment connaissances sur la famille du conjoint
- Détails concernant le mariage prévu
- Preuve fournie par des photos
- Travail et entretien futur de la famille
- Perspective future des deux personnes

## 5.2 Refus d'un officier de l'État civil de conclure le mariage

En vertu de l'art. 97a CC l'officier de l'État civil doit refuser sa contribution à la conclusion du mariage lorsque l'un des fiancés ne veut manifestement pas fonder une communauté conjugale, mais éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers<sup>244</sup>. Cette disposition doit être comprise comme précision du principe général d'interdiction de l'abus de droit dans l'art. 2 al. 2 CC<sup>245</sup>. S'agissant d'un abus de droit manifeste, donc sautant aux yeux, on n'accordera pas la conclusion du mariage pour prévenir les difficultés en découlant, liées à la résolution d'un mariage blanc. Le refus est uniquement admis à défaut d'une volonté réelle de la personne étrangère de fonder une communauté de vie, voire si les deux intéressés n'envisagent aucune forme d'union conjugale ni affective ni économique<sup>246</sup>. Par contre, des simples doutes ne suffisent pas<sup>247</sup> non plus pour le refus d'un permis de séjour<sup>248</sup>, car il a été démontré que la personne étrangère a droit à un permis dans cette situation. Cela veut dire que s'il reste le moindre doute quant à l'existence de la vraie et réelle volonté de contracter un mariage conforme à la loi, la procédure sera poursuivie<sup>249</sup> en recourant au principe « *in dubio pro matrimonio* »<sup>250</sup>.

En général, il était constaté qu'un abus avant le mariage en vue de sa conclusion est plus difficile à prouver que la non-réalisation de la vie conjugale, considérant qu'il est lié à un comportement futur. Il peut, dès lors, être plus facile de prouver un comportement fautif après l'écoulement d'un certain laps de temps, permettant une observation approfondie de la situation<sup>251</sup>. Avant de rendre une décision formelle pouvant faire l'objet d'un recours<sup>252</sup>, l'officier de l'État civil entend les fiancés en requérant éventuellement à des renseignements supplémentaires auprès d'autres autorités ou de tiers<sup>253</sup>. Considérant la formulation large dans la loi, il a été fortement critiqué le fait que le législateur ait ainsi ouvert la porte à la surveillance téléphonique, électronique ou postale des particuliers. Il a été, par la suite, déclaré qu'une telle forme de surveillance peut uniquement avoir lieu en présence des

---

<sup>243</sup> SPESCHA, (2015), p. 243.

<sup>244</sup> Art. 97a al. 1 CC.

<sup>245</sup> Arrêt du TF 5A\_30/2013 du 15 avril 2014, consid. 3.2.

<sup>246</sup> GEISER, p. 829.

<sup>247</sup> SPESCHA, (2015), p. 238.

<sup>248</sup> NIEDERÖST, p. 390.

<sup>249</sup> STURM FRITZ, *Scheinehen, ein Mittel zur Gesetzesumgehung*, Francfort-sur-le-Main, 1988, p. 536.

<sup>250</sup> SCHWEGLER DANIELA, *Ehen mit Ausländern unter Generalverdacht*, Neuchâtel, 2005, p. 15.

<sup>251</sup> SIEGENTHALER TONI, *Vérification de documents d'état civil étrangers en relation avec le mariage, rôle des représentations suisses*, Bâle, 2000, p. 215.

<sup>252</sup> Art. 74a al. 6 ; Art. 75m al. 6 OEC.

<sup>253</sup> Art. 97a al. 2 CC.

trafiquants d'humains pour les empêcher<sup>254</sup>. En effet, une interprétation différente, rendant des personnes particulières sujettes à ces méthodes d'investigation, n'est nullement exclue par la loi et reste ainsi possible. Il est souhaitable que cette disposition du CC soit concrétisée dans le futur pour éviter une utilisation dépassant le but prévu. De plus, il semble très délicat que l'autorité compétente recourt à des contrôles inopinés au domicile des intéressés pour vérifier s'ils résident bien là et l'effectivité de leur vie commune<sup>255</sup>. Une réglementation extrêmement précise dans une loi formelle est hautement souhaitable pour déterminer, de manière claire, les limites ne devant pas être franchies lors de ces investigations.

Après la constatation des faits, une décision de refus ou d'acceptation de la conclusion du mariage sera communiquée spontanément à l'autorité cantonale compétente en matière d'étrangers y compris les faits indiquant l'existence d'un mariage de complaisance le cas échéant<sup>256</sup>. Contrairement au but envisagé, l'art. 97 a CC n'est guère utilisé en pratique<sup>257</sup>, ce qui est regrettable considérant tous les efforts, les frais et les complications liés à la résolution d'un mariage blanc. Nous pouvons citer l'exemple pratique suivant qui sert à démontrer les exigences quant à l'évidence de l'abus de droit permettant le refus de la poursuite d'une demande de mariage et rend ainsi claire qu'uniquement un certain nombre d'indices conséquents justifie le refus d'un mariage :

En avril 2014, le refus d'un officier de l'État civil de conclure un mariage avait été confirmé par le TF dans un cas où le divorce n'a été demandé que deux mois après l'octroi de l'autorisation d'établissement. À la suite d'un recours rejeté, contre la révocation du permis fondée sur l'argumentation qu'il s'agissait d'un mariage fictif, le couple a de nouveau fourni une demande de mariage un mois et demi après cette décision négative. Pendant les interrogatoires, l'épouse a avoué ne pas connaître le nombre d'enfants de son époux et ne pas avoir connaissance de leurs noms. De plus, elle ne connaissait pas non plus l'emploi de son époux et inversement, l'époux ne connaissait pas l'emploi de sa femme. Vu que les intéressés parlaient la même langue, le fait de ne pas connaître ces informations n'était pas raisonnablement explicable selon le TF. A noter que les futurs époux, ayant une différence d'âge importante, donc de 29 ans, faisaient déjà automatiquement l'objet de soupçons liés à un mariage blanc. Finalement, il y avait un autre obstacle qui est le fait que l'intéressé étranger refusait d'établir sa paternité d'un enfant né peu après la prononciation du divorce. Le tribunal a donc supposé qu'il ne s'agissait pas du père biologique de l'enfant. De plus, le fait que les intéressés vivaient à deux adresses différentes renforçait les doutes concernant la paternité de l'époux, mais aussi concernant la volonté de poursuivre une communauté de vie<sup>258</sup>. La vue générale de ces indices a donc permis d'arriver à la conclusion qu'un nouveau mariage servirait uniquement à abuser la législation du droit des étrangers<sup>259</sup> et le refus était donc, à mon avis, justifiable. Même si les intéressés insistent sur le fait de ne pas conclure un mariage fictif, la preuve objectivement établie doit être suffisante, autrement, il serait difficile de trouver un cas qui remplisse l'exigence de la preuve certaine. Pour garantir le respect du droit, voire de la sécurité juridique, il est indispensable de rendre la confirmation des soupçons possible et de découvrir des mariages de complaisance.

---

<sup>254</sup> SCHWEGLER, p. 15.

<sup>255</sup> CARONI ET AL., p. 427 s.

<sup>256</sup> Art. 97 al. 1 LEtr e. l. a. Art. 82 al. 2 et al. 3 OASA.

<sup>257</sup> SPESCHA, (2015), p. 238.

<sup>258</sup> Arrêt du TF 5A\_30/2013 du 15 avril 2014, consid. 3.4.5.

<sup>259</sup> Arrêt du TF 5A\_30/2013 du 15 avril 2014, consid. 3.1.

## 6. La procédure dans le Canton Vaud

Tout d'abord, suite à une demande envoyée par les fiancés afin de pouvoir commencer avec la procédure préparatoire du mariage auprès de l'office d'État civil du domicile de l'un d'entre eux<sup>260</sup>, les conditions matérielles et formelles des art. 94 ss. du CC doivent être vérifiées. Lorsque l'officier de l'État civil soupçonne un mariage fictif, il procédera à un entretien avec les fiancés<sup>261</sup>. La coopération de toutes les autorités impliquées quant à la constatation d'un mariage fictif est indispensable et l'échange d'informations entre eux représente l'élément clé pour obtenir une vision claire de la situation permettant la constatation d'un mariage blanc. Il va de soi que la protection des données doit être respectée en tout temps pendant cette procédure<sup>262</sup>. À la suite de l'examen, l'officier de l'État civil, agissant dans sa fonction de représentant de l'autorité public<sup>263</sup>, décide, soit que le mariage peut être célébré, soit de refuser d'octroyer cette autorisation par une décision formelle indiquant les voies de recours<sup>264</sup>.

Il faut préciser que la célébration du mariage ne dépend pas seulement de l'appréciation de l'officier de l'État civil responsable, en effet, l'octroi d'un permis du séjour nécessaire se fait ensuite par l'autorité cantonale de migration. Cette autorité ne rend pas une décision liée aux constatations de l'office de l'État civil, mais décide de manière indépendante sur l'existence d'un mariage fictif<sup>265</sup> avant ou après la conclusion du mariage.

Dans le canton Vaud, c'est le service de la population, appelé SPOP, qui est chargé des affaires de migration<sup>266</sup>. La révocation d'un titre de séjour par le SPOP est normalement accompagnée de la décision de renvoi pour défaut de possession d'une autorisation valable en Suisse sous forme de décision formelle<sup>267</sup>. Cette décision peut faire l'objet d'un recours devant un tribunal administratif indépendant<sup>268</sup>. Dans le canton Vaud, le tribunal compétent pour le recours est la cour cantonale de droit administratif et public<sup>269</sup>, qui peut être saisie dans un délai de 30 jours suivant la décision négative<sup>270</sup>. Une personne étrangère peut requérir contre la décision du SPOP si elle est directement concernée par la décision de cette autorité<sup>271</sup>. Elle peut invoquer soit la violation du droit, y compris l'abus du pouvoir d'appréciation, soit la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents<sup>272</sup>. Une fois le recours reçu, le tribunal revoit librement la décision en communiquant le recours au SPOP qui peut s'exprimer pendant un délai de sept jours<sup>273</sup>. En principe, la cour établit les faits d'office sans être obligé de prendre en compte les preuves formulées par les parties<sup>274</sup>. Néanmoins, on a vu que la preuve d'un mariage fictif est liée à de nombreux problèmes. On peut alors partir de l'idée que le tribunal recevra normalement toutes les preuves présentées par les intéressés ainsi que par l'autorité de migration, donc le SPOP, pour ensuite pouvoir procéder à une analyse minutieuse des éléments.

---

<sup>260</sup> Art. 98 al. 1 CC e. l. a. art. 62 al. 1 let. a OCE.

<sup>261</sup> Art. 97a al. 2 CC.

<sup>262</sup> Directives du SEM, consid. 6.14.2.1, p. 254.

<sup>263</sup> COUSSA, p. 60.

<sup>264</sup> Art. 67 al. 3 et al. 4 OEC.

<sup>265</sup> Directives SEM, consid. 6.14.2.2, p. 257.

<sup>266</sup> Art. 18 al. 5 LCH e. l. a Art. 3 LVLEtr ; CDAP Vaud 0226 / 2015 du 15. février 2016.

<sup>267</sup> Art. 64 al. 2 LEtr.

<sup>268</sup> EUGSTER, p. 197.

<sup>269</sup> Art. 5 e. l. a Art. 92 al. 1 LPA – VD ; CDAP Vaud 0226 / 2015 du 15. février 2016.

<sup>270</sup> Art. 77 LPA – VD.

<sup>271</sup> Art. 75 al. 1 let. a LPA – VD.

<sup>272</sup> Art. 76 al. 1 let. a et b LPA – VD.

<sup>273</sup> Art. 31 al. 1 et 3 LVLEtr.

<sup>274</sup> Art. 28 al. 1 et 2 LPA – VD.

La preuve peut notamment être fournie sous forme d'audition des parties, de documents et de rapports officiels, ou sous forme de témoignages ou de renseignements fournis par les parties, par d'autres autorités ou par des tiers<sup>275</sup>. Pendant la procédure, le recours peut avoir un effet suspensif, signifiant qu'une décision de renvoi ou de révocation d'une autorisation ne sera pas mise en vigueur tant que la décision du tribunal cantonal n'est pas rendue<sup>276</sup>. La décision du SPOP attaquée sera ensuite confirmée, annulée ou limitée<sup>277</sup>.

Il convient d'indiquer, ici, un changement important de la jurisprudence du TF. Jusqu'à récemment, la règle était, que le SEM pouvait toujours refuser l'approbation de l'octroi d'une autorisation de séjour ou d'établissement, notamment si l'autorité cantonale compétente envisageait de l'octroyer malgré un motif de révocation au titre de l'art. 62 LEtr<sup>278</sup>. Le TF décidait, concernant la répartition des compétences en matière de droit des étrangers entre la Confédération et les cantons, que ces derniers avaient la capacité de s'exprimer à titre préalable au sujet de la délivrance, du renouvellement ou de la prolongation d'autorisations de séjour sur la base de l'art. 30 al. 1 let. b LEtr. Néanmoins, la compétence décisionnelle en la matière appartenait à la Confédération, plus particulièrement au SEM<sup>279</sup>. La situation était telle, que dans les cas pour lesquels les autorisations de courte durée, de séjour ou d'établissement, étaient soumises à l'approbation du SEM<sup>280</sup>, celui-ci rendait ainsi une décision en première instance. Le SEM pouvait également refuser l'octroi d'une autorisation accordée par le SPOP ou limiter la portée de la décision cantonale. Il pouvait prononcer un refus même si cet octroi avait été confirmé par un tribunal cantonal, et cela en se basant sur la violation du droit fédéral en cas d'un mariage fictif<sup>281</sup>. Ensuite, une décision négative basée sur le droit public fédéral, pouvait faire objet d'un recours devant le TAF contre la décision au sens de l'art. 5 de la PA<sup>282</sup>. Ce recours auprès du TAF était valable, vu que la décision négative était une mesure, prise par l'autorité dans un cas d'espèce, fondée sur le droit public fédéral sous forme de la LEtr et ayant pour objet l'annulation des droits<sup>283</sup>. Il n'existait pas non plus d'exceptions en vertu de l'art. 33 LTAF<sup>284</sup>. Les conditions étaient ainsi remplies et le SEM pouvait donc valablement recourir devant le TAF. La décision rendue par le TAF pouvait ensuite de nouveau faire objet d'un recours, en matière de droit public, auprès du TF, en vertu de l'art. 82 let. a LTF<sup>285</sup>.

Cette situation a changé de manière importante après un arrêt récemment rendu par le TF. Le centre de l'arrêt en question est le pouvoir d'approbation du SEM par rapport à une décision cantonale. Le but initial de cette approbation par le SEM était d'assurer une certaine coordination des décisions cantonales, en accordant au SEM un droit de veto<sup>286</sup>. Cette compétence avait comme base l'art. 85 et l'art. 86 OASA. Dans l'arrêt en question, cette base légale avait, pour la première fois, été mise en question, en affirmant que les principes régissant une sous-délégation législative n'étaient pas

---

<sup>275</sup> Art. 29 al. 1 let. a, d, e, et f LPA – VD.

<sup>276</sup> Art. 31 al. 4 LVLEtr.

<sup>277</sup> Art. 90 LPA – VD ; Art. 40 al. 1 LEtr.

<sup>278</sup> Directives SEM, consid. 1.3.2, p. 41.

<sup>279</sup> Arrêt du TAF C-6255 du 13 mai 2015, consid. 3.

<sup>280</sup> Art. 99 LEtr.

<sup>281</sup> Directives SEM, consid. 6.14.2.2, p. 257.

<sup>282</sup> Art. 31 LTAF.

<sup>283</sup> Art. 5 al. 1 let. a PA.

<sup>284</sup> Art. 33 let. d LTAF.

<sup>285</sup> Art. 82 let. a LTF.

<sup>286</sup> NGUYEN MINH SON, *La procédure d'approbation dans tous des états*, in: Actualité du droit des étrangers 2015, vol. II, p. 43 ss.

remplis<sup>287</sup>. La prétendue sous-délégation au SEM violait notamment l'art. 48 LOGA qui constate qu'une délégation de certaines compétences n'est autorisée que si une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale le permet<sup>288</sup>. En effet, la délégation était illégale parce que l'OASA est une ordonnance et ne remplit ainsi pas les critères de l'art. 48 LOGA<sup>289</sup>. Le tribunal devait ensuite procéder à un changement de sa jurisprudence, en disant que la procédure d'approbation par le SEM n'est plus admissible après une décision rendue par un tribunal cantonal, s'il existe la possibilité pour le SEM de saisir le TF ou une instance de recours cantonale<sup>290</sup>. Enfin, il faut encore faire une distinction importante entre une personne ayant droit à une autorisation et une autre ne l'ayant pas. Si l'instance cantonale accorde l'octroi d'une autorisation de séjour parce qu'une personne a un droit de l'obtenir, le SEM ne peut plus rendre une décision contraire en invoquant son pouvoir d'approbation. Autrement, il court-circuitait la décision du tribunal cantonal<sup>291</sup>. La seule option qui reste au SEM, s'il veut attaquer la décision cantonale, c'est de recourir auprès du TF ou auprès de l'instance cantonale de recours<sup>292</sup>. Par contre, s'il n'existe pas un droit à une autorisation, mais si celle-ci est octroyée en vertu d'une norme potestative, le recours au TF n'est pas possible<sup>293</sup> et le SEM garde son pouvoir d'approbation<sup>294</sup>. Le risque d'une divergence entre la décision du SEM et celle d'un tribunal cantonal subsiste ainsi. En effet, il devient évident que même si le TF a confirmé plusieurs fois cette nouvelle jurisprudence à la suite de l'arrêt en question<sup>295</sup>, des insécurités juridiques liées à cette jurisprudence subsistent. Néanmoins, ils existent diverses solutions proposées par la doctrine pour combler ces lacunes<sup>296</sup>.

Il a été indiqué que le SEM peut recourir auprès du TF par le biais d'un recours en droit public. Par contre, le recours auprès du TF tombe sous le droit civil si un couple recourt contre la décision de la cour de droit administratif et public du tribunal cantonal du canton de Vaud qui confirme le refus de l'office de l'État civil de prêter son concours à la célébration du mariage, en application de l'art. 97a CC<sup>297</sup>. Il faut souligner que les deux types de recours peuvent se faire uniquement en invoquant un des motifs énumérés dans la loi permettant cette voie procédurale, notamment la violation du droit fédéral ou du droit international.<sup>298</sup> La plupart des recours ne se fonde ensuite pas sur la violation du droit, mais sur l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation, respectivement sur une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents<sup>299</sup>. Il y a lieu de préciser qu'on n'est alors pas en présence d'une exception de la recevabilité en vertu de l'art. 83 LTF. Le TAF, ainsi que les autorités cantonales de dernière instance, figurent parmi les autorités précédentes admissibles<sup>300</sup>, pour autant que le recours ne se fasse pas directement devant le TAF<sup>301</sup>. Cela veut dire que si on constate un mariage fictif, on peut saisir le TF. D'un côté, en s'adressant au tribunal cantonal compétent dans le canton de

---

<sup>287</sup> NGUYEN, (2015), p. 51.

<sup>288</sup> Art. 48 al. 2 LOGA.

<sup>289</sup> ATF 141 II 169, consid. 4.4.1.

<sup>290</sup> ATF 141 II 169, consid. 4.4.3 ; Art. 89 al. 2 LTF.

<sup>291</sup> NGUYEN, (2015), p. 54 s.

<sup>292</sup> Art. 111 al. 2 LTF.

<sup>293</sup> Art. 83 let. c ch. 2 LTF.

<sup>294</sup> NGUYEN, (2015), p. 59.

<sup>295</sup> Arrêt du TF 2C\_634/2014 du 24 avril 2015 ; 2C\_369/2015 du 22 novembre 2015 ; 2C\_557/2015 du 9 décembre 2015.

<sup>296</sup> NGUYEN. (2015), p. 67 ss.

<sup>297</sup> Arrêt du TF 5A\_901/2012 du 23 janvier 2013, consid. 1.1.

<sup>298</sup> Art. 95 al. 1 et 2 LTF.

<sup>299</sup> COUSSA, p. 61.

<sup>300</sup> Art. 81 al. 1 let. a LTF.

<sup>301</sup> Art. 81 al. 1 let. d LTF.

Vaud, avant de recourir directement auprès du TF contre une décision négative de la cour cantonale. D'autre côté on peut recourir auprès du TAF contre une décision négative rendue par le SEM dans une situation où il rend une décision en vertu de son pouvoir d'approbation. Ensuite, le TF peut être saisi pour contester la décision du TAF.

Lors de la procédure devant le TF, il est important de souligner qu'il statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente. Une rectification ou un complément de constatations de l'autorité précédente a lieu d'office si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte ou en violation du droit<sup>302</sup>. En outre, il existe la condition que la constatation est seulement permise si la correction du vice est susceptible d'influencer le sort de la cause<sup>303</sup>. Par conséquent, les résultats des investigations faites par l'autorité cantonale sont très importants et il est recommandé aux couples soupçonnés d'avoir conclu un mariage fictif de faire tous les efforts possibles pour convaincre cette autorité et ainsi d'éviter le recours au TF. Saisi d'un recours, le TF décide librement si les indices présentés justifient la conclusion d'être en présence d'un mariage fictif. La décision prise par le TF est définitive sur le niveau national. La seule possibilité de s'opposer présente le recours devant la CourEDH sur la base d'une violation de l'art. 8 CEDH. Dans le cadre de ce travail on se limite à indiquer qu'un tel recours est possible sans approfondir cette thématique pour ne pas dépasser notre analyse qui se concentre surtout sur le droit suisse<sup>304</sup>.

En général, cette procédure peut durer des années, ce qui a été démontré par un arrêt dans lequel un mariage fictif a été confirmé sept ans après la conclusion du mariage pour un manque de connaissances importantes qui n'était pas raisonnablement explicable considérant la durée du mariage<sup>305</sup>. Par conséquent, nous pouvons voire que les autorités compétentes ne peuvent pas toujours fournir la preuve d'un mariage fictif au moment de sa conclusion, ni peu de temps après. Parfois, la procédure nécessaire pour réunir les preuves d'un mariage fictif peut durer plusieurs années. Il convient de préciser que l'autorité compétente retire souvent l'autorisation de séjour déjà pendant la procédure<sup>306</sup>, une démarche qui, certes, peut se justifier si un mariage fictif est effectivement constaté, mais qui est autrement très délicat d'un point de vue juridique, considérant le principe *in dubio pro reo* et la bonne foi de chacun et chacune devant la loi.

---

<sup>302</sup> Art. 105 al. 1 et 2 LTF.

<sup>303</sup> Art. 97 al. 1 LTF.

<sup>304</sup> Arrêt du TF 2C\_911 / 2011 du 03 mai 2012, consid. 3.2.

<sup>305</sup> Arrêt du TF 2C\_911 / 2011 du 03 mai 2012, consid. 3.2.

<sup>306</sup> GEISER / BUSSLINGER, p. 678.

## Conclusion

Le mariage entre deux personnes d'origines suisse et étrangère déclenche toute une série d'effets juridiques. La personne étrangère bénéficie d'un certain nombre d'avantages, notamment l'octroi d'un titre de séjour et la possibilité d'être naturalisée de manière facilitée. Le risque que certaines personnes essaient de contourner la loi en concluant un mariage fictif existe depuis longtemps et ce phénomène subsiste encore aujourd'hui.

Nous avons vu que l'abus de droit est l'utilisation d'une institution juridique dans un but contraire à celui recherché, dans le but de la réalisation d'intérêts que cette institution n'est pas prête à défendre. Dans le cas d'un mariage fictif, l'institution du mariage est abusée dans le sens que sa conclusion vise principalement à éluder les dispositions légales, notamment celles concernant l'autorisation de séjour en Suisse, au lieu d'avoir pour le but la constitution d'une communauté de vie durable. Il est très important de souligner que nous ne sommes pas dans le cas d'un mariage fictif, lorsque le mariage a été conclu afin de profiter de bénéfices accordés par la loi, si ce motif n'est pas le seul menant à la conclusion du mariage. Les avantages, découlant du fait d'être le conjoint d'une personne suisse ou d'une personne titulaire d'un permis B ou C, ne doivent donc pas être la raison principale du mariage. Il existe également d'autres motifs pour la conclusion d'un mariage fictif, néanmoins, uniquement le mariage fictif dans le droit des étrangers est rendu punissable par les dispositions pertinentes du CC. Il faut alors se demander pourquoi le législateur n'a pas adopté une disposition visant le mariage blanc commis en raison de motifs purement fiscaux, par exemple. Selon mon avis, la raison principale pour les sanctions pénales prévues dans le domaine du droit des étrangers est, que le mariage fictif déclenche toute une série de conséquences juridiques s'il est conclu entre une personne étrangère et une personne suisse ou une personne titulaire d'un permis B ou C. Ce ne sont pas seulement des conséquences de nature fiscale, mais également de nature économique, sociale et même politique, après une naturalisation facilitée. De plus, nous pouvons argumenter, que le principe de la non-discrimination, un pilier fondamental de la Constitution suisse et de l'ALCP, est violé par ce comportement. En effet, les époux qui ont conclu un mariage fictif sont au bénéfice d'avantages qu'ils n'auraient autrement pas obtenus. Ils seraient dans la même situation que toutes les autres personnes étrangères qui font face aux exigences élevées de la LEtr concernant le séjour, l'établissement et l'exercice d'un travail en Suisse. Pour prévenir l'ensemble des conséquences d'un mariage conclu afin de vouloir contourner la LEtr, l'adoption d'une disposition spécifique visant la pénalisation de ce comportement paraît justifiée.

Par contre, une distinction entre un mariage fictif unilatéral et bilatéral ne se justifie pas, selon mon avis personnel, vu que la conclusion d'un mariage par une personne étrangère, dans l'intention d'obtenir ou de garder son autorisation de séjour en Suisse, constitue un cas typique de mariage fictif. La jurisprudence confirme cette position en ne tolérant pas un tel comportement qui est contraire à la législation suisse, à notre compréhension du mariage et à la sécurité de notre ordre juridique.

Il a été démontré que le principal problème lié au mariage fictif est de prouver que nous sommes bien en présence d'un abus de droit. Suivant le principe « *in dubio pro matrimonio* », seul l'abus de droit manifeste, donc qui saute aux yeux, suffit pour qu'un mariage blanc soit constaté. Par contre, de simples doutes, quant à l'existence de la vraie et réelle volonté de contracter un mariage conforme à la loi, ne suffisent pas pour la poursuite de la procédure visant l'annulation d'un mariage ou son empêchement. Les indices clairs et concrets, exigés par le TF, sont très difficiles à fournir parce qu'ils sont principalement de nature subjective. En tenant compte de cette difficulté, on n'exige alors pas la preuve directe, mais uniquement un nombre suffisant d'indices permettant la conclusion que les

conditions d'un mariage ne sont pas remplies. Des exigences particulièrement élevées, quant au niveau de la preuve d'un mariage blanc, ainsi qu'une certaine retenue, ont été imposés aux autorités par le TF. Les investigations nécessaires à l'obtention de ces éléments de preuve sont régulièrement accompagnées de fortes incidences dans la vie privée des personnes concernées. Conscient de ce problème, le TF arrive souvent à la conclusion, que même en présence de quelques signes indiquant clairement un mariage blanc, l'intention de constituer une communauté conjugale effective ne peut cependant pas être exclue de manière absolue. En effet, on peut partir de l'idée que les tentatives de prouver le mariage blanc échouent souvent en pratique.

Finalement, il faut aussi préciser que les autorités cantonales compétentes jouissent d'une grande marge d'appréciation quant à l'interprétation des indices, ce qui mène à des différences cantonales importantes. Il existe donc un risque que certains cantons aient la réputation d'être particulièrement stricts et que les couples, envisageant la conclusion d'un mariage blanc, évitent ainsi de s'y domicilier ou d'y demander l'autorisation de se marier. Cette problématique est difficile à résoudre, puisqu'elle concerne les différentes pratiques cantonales. Les directives du SEM ne sont pas non plus très claires et ne servent pas à la réalisation d'une harmonisation de la pratique cantonale. Ce point semble très délicat par rapport aux lourdes conséquences des conclusions tirées par les autorités. Le seul moyen d'atteindre une meilleure harmonisation est, à mon avis, l'analyse des jugements du TF et du TAF et de les comparer avec précision afin d'éviter des contradictions et d'ainsi uniformiser les jugements cantonaux.

Les indices servant à la constatation d'un mariage fictif ont été définis par la jurisprudence. Les indices les plus évidents sont une différence d'âge importante entre les époux, l'absence d'une langue commune, le risque pour la personne étrangère de ne plus recevoir une autorisation de séjour ou de faire l'objet de mesures d'éloignement ainsi que des déclarations contradictoires envers l'autorité compétente lors de l'entretien.

Si les soupçons persistent, l'autorité cantonale peut révoquer le titre de séjour, à l'exception de l'autorisation d'établissement, puisque le couple a fait de fausses déclarations ou a dissimulé des faits essentiels durant la procédure. D'autres éléments sont également considérés comme pertinents, tout d'abord, les déclarations faites avant le mariage afin d'éviter le refus de sa conclusion, et ensuite, les déclarations faites pendant le mariage pour continuer de profiter des bénéfices de la LEtr, en ne remplissant plus les conditions. Ces deux cas d'abus tombent dans le champ d'application de l'art. 118 LEtr, rendant punissable chaque personne qui induit en erreur les autorités en leur donnant de fausses indications ou en dissimulant des faits essentiels pour obtenir un permis de séjour. Ce comportement est puni d'une peine privative de liberté allant jusqu'à trois ans ou d'une peine pécuniaire. Chaque personne, facilitant ou rendant la conclusion du mariage blanc possible, fait l'objet de la même peine. De plus, l'annulation d'un mariage fictif a pour conséquence la perte de la nationalité suisse, si celle-ci a été octroyée en raison du mariage. Il convient de souligner que toutes ces mesures se font en respectant le principe de la proportionnalité.

Par contre, il est important de savoir que le mariage ne sera pas déclaré nul, mais qu'il reste valable en droit civil. Il faut alors procéder à une résolution d'office. La seule exception reconnue par la jurisprudence, empêchant cette conséquence, est le cas où l'*amor superveniens* est constaté. Le couple peut donc démontrer l'existence d'une relation réelle, afin de contester la présomption d'un mariage fictif. La reconnaissance de l'*amor superveniens* par le TF est une solution adaptée à un problème complexe et doit ainsi être approuvée.

Enfin, il reste à souligner, qu'il existe, aujourd'hui, un moyen d'empêcher un mariage fictif, dès son début, en interdisant sa conclusion. Lorsqu'il existe des doutes quant à un mariage, les futurs époux peuvent faire l'objet d'une interrogation approfondie. L'officier de l'État civil entend les fiancés séparément dans le cadre d'un entretien, dont l'intensité dépend du cas particulier. Le refus de la conclusion du mariage est uniquement permis en présence d'un abus de droit manifeste. La disposition pertinente dans le CC n'est jusqu'à maintenant guère utilisée en pratique. Néanmoins, l'introduction de cet article démontre que le législateur a conscience de l'existence des complications liées aux mariages fictifs et qu'il essaye de lutter activement contre ce phénomène, ce qui est très important. Dans le cadre de ce travail, il a été indiqué qu'il reste, cependant, un nombre de problèmes critiques, notamment les différences cantonales quant à la constatation d'un mariage blanc. Il y aura, probablement toujours des insécurités légales concernant le mariage fictif, puisque ce comportement est difficile à saisir et il manque encore des directives ou des dispositions suffisamment claires à ce sujet. Il reste à espérer que les diverses lacunes seront complétées un jour.