

Bekämpfung der Scheinehen: zivilrechtliche Aspekte¹

Von Michel Montini, Rechtsanwalt,
wissenschaftlicher Adjunkt im Eidg. Amt für das Zivilstandswesen in Bern²

1. Ausgangslage

Welche Zivilstandsbeamtin, welcher Zivilstandsbeamte hat noch nie den unangenehmen Eindruck gehabt, man verlange von ihm, für eine Gefälligkeitsehe die Trauung durchzuführen? Diese Zivilstandsbeamtin, dieser Zivilstandsbeamte hat vielleicht mit einer Kollegin oder einem Kollegen darüber gesprochen oder sich an seine Aufsichtsbehörde gewandt. Möglicherweise ist diese Zivilstandsbeamtin, dieser Zivilstandsbeamte zum Schluss gekommen, dass dies nicht Sache des Zivilstandsamtes sei, vielleicht aber jene der Fremdenpolizei. Oder aber ist seitens der Aufsichtsbehörde das Ersuchen gekommen, die Arbeit zu machen, das heisst festzustellen, ob die gesetzlichen Eheschliessungsvoraussetzungen erfüllt sind und die Trauung durchzuführen, wobei gegebenenfalls die vorgelegten Dokumente etwas genauer auf ihren Beweiswert zu untersuchen seien. Es ist aber auch möglich, dass die Zivilstandsbeamtin, der Zivilstandsbeamte ein reines Gewissen haben wollte und die Verlobten spontan über das Ehevorhaben befragt hat und damit das Risiko einer Beschwerde an die Aufsichtsbehörde eingegangen ist.

In der Tat ist heute die Zivilstandsbeamtin, der Zivilstandsbeamte nicht in einer komfortablen Lage, wenn Zweifel an der Aufrichtigkeit des Ehwillens der Verlobten bestehen.

Zur Erinnerung: Das Zivilgesetzbuch enthält seit der Änderung des Bürgerrechtsgesetzes auf den 1. Januar 1992 keine ausdrückliche Bestimmung über die missbräuchlichen Eheschliessungen mehr. Bis zu jenem Zeitpunkt wurde die Ausländerin durch die Heirat mit einem Eidgenossen automatisch Schweizerin. In jenem Zeitpunkt wurde die Bestimmung des Zivilgesetzbuches, die es erlaubte, sogenannte Bürgerrechtsehen nichtig zu erklären, nicht ersetzt durch einen neuen Nichtigkeitsgrund für Ehen, die einzig deshalb geschlossen werden, um in unserem Land eine Aufenthaltsbewilligung zu erhalten. Selbstverständlich war diese Missbrauchsmöglichkeit schon damals bekannt; aber man war der Auffassung, die Gesetzgebung über die Ausländerinnen und Ausländer, die im Falle der missbräuchlichen Ehe das Recht auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung aberkennt, sei für diese Missbrauchsart ausreichend.

In Tat und Wahrheit zeigt die Entwicklung jedoch, dass sich die Zahl der Gefälligkeitsehen nicht stabilisiert, sondern dass sie zugenommen hat. Die Gründe hierzu sind im Migrationsdruck in Richtung der industrialisierten Länder zu suchen und in der Tatsache, dass für eine grosse Zahl von Ausländerinnen und Ausländer es unmöglich ist, sich bei uns

¹ Vortrag gehalten am 31. Mai 2002 in Luzern anlässlich der Generalversammlung des Schweizerischen Verbandes für Zivilstandswesen.

² Der Autor vertritt seine persönliche Auffassung. Er bindet die Verwaltung nicht.

niederzulassen, ausser auf dem Wege des Familiennachzuges³. Angesichts der Interessen, die auf dem Spiele stehen, kann die Versuchung gross sein, das System auf den Kopf zu stellen und für solange Ehepaar zu spielen, als es für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Ausweis C) oder sogar den Erwerb des Schweizer Bürgerrechts erforderlich ist.

Seit einigen Jahren hat die Presse einen aufsehenerregenden Fall um den andern publiziert, wo es um missbräuchliche Eheschliessung zwecks Erlangung der Aufenthaltsbewilligung ging. Daran hat sich eine Bewusstseinsbildung angeschlossen und gewisse Parteien haben neue Massnahmen zur Eindämmung der Missbräuche verlangt. Angesichts des Ausmasses des Phänomens ist die missbräuchliche Eheschliessung, die oft als (häufig reichlich bezahlte!) Bagatelle abgetan oder sogar als Akt der Solidarität gegenüber ausländischen Personen, die andernfalls ausgeschlossen wären von den Freiheiten und dem Überfluss der westlichen Gesellschaft, angesehen wurde, auf dem Weg, ein Vergehen zu werden, das streng bestraft wird⁴.

2. Vorschläge des Bundesrates

Der Entwurf zu einem Gesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), den der Bundesrat dem Parlament am 8. März 2002⁵ unterbreitet hat, sieht vor, dass die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte auf ein Gesuch nicht eintritt, wenn die Braut oder der Bräutigam offensichtlich keine Lebensgemeinschaft begründen, sondern die Bestimmungen über Zulassung und Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern umgehen will (Art. 97a E ZGB). Sind solche Ehen einmal geschlossen, können sie überdies auf dieselbe Weise wie früher die Bürgerrechtsehen von Amtes wegen für ungültig erklärt werden (Anfügung eines neuen Eheungültigkeitsgrundes in Art. 105 ZGB). Schliesslich ist vorgesehen, dass die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes in Bezug auf allenfalls aus der missbräuchlichen Ehe hervorgegangene Kinder entfällt, wenn die Ehe für ungültig erklärt worden ist (Ausnahme vom Grundsatz der Nichtrückwirkung der Eheungültigerklärung durch Anfügung eines neuen Absatzes in Art. 109 ZGB).

Zur Erinnerung: Diese Neuerungen figurierten nicht im Vorentwurf des Gesetzes, der einfach auf die kürzlich in Deutschland eingeführten Änderungen verwies (Ungültigerklärung von Amtes wegen von Gefälligkeitsehen und Verweigerung der Trauung durch die

³ Siehe die Studie "La fraude en matière d'état civil dans les Etats membres de la CIEC", verfasst von Isabelle Guyon-Renard unter Mitwirkung des Generalsekretariates dieser Kommission, Strassburg Dezember 2000, S. 8, veröffentlicht auf der Internet-Seite der CIEC unter <http://perso.wanadoo.fr/ciec-sg/CadrEtudeFraude.htm>; siehe auch Michel Montini, Missbräuche im Umfeld des Zivilstandsdienstes, in ZZW 2001, S. 181 ff.

⁴ Gemäss dem Entwurf zu einem Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) wird die Eingehung einer missbräuchlichen Ehe oder die Förderung einer solchen Ehe mit Gefängnis oder Busse bis zu 20'000 Franken bestraft (siehe Art. 113 E AuG, Botschaft vom 8. März 2002, BBI 2002, S. 3709 ff.).

⁵ BBI 2002, S. 3709 ff.

Zivilstandsbeamtin oder den Zivilstandsbeamten bei offensichtlichem Missbrauch) und auf die praktischen Schwierigkeiten beim Nachweis des Missbrauchs aufmerksam machte. Alle Regierungsparteien mit Ausnahme der Sozialdemokratischen Partei waren jedoch der Auffassung, dass sich Änderungen im Zivilrecht aufdrängten. Der Schweizerische Verband für Zivilstandswesen hat ebenfalls in diesem Sinne Stellung genommen, hat aber unterstrichen, dass die Verweigerung der Trauung nicht von der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten, sondern von der Aufsichtsbehörde ausgesprochen werden sollte⁶.

Die vorgeschlagene Revision muss der Praxis die Instrumente in die Hand geben, um die Missbräuche, die tendenziell zunehmen, wirksamer zu bekämpfen und so zu vermeiden, dass einige ausserordentliche Fälle gegenüber der ausländischen Bevölkerung ablehnende Reaktionen hervorrufen. Der Entwurf trägt im Übrigen der Entwicklung der Praxis und der Gesetzgebung in den Mitgliedstaaten der Internationalen Kommission für das Zivilstandswesen und im Speziellen in Frankreich und in Deutschland Rechnung⁷.

Die Möglichkeit der Zivilstandsbeamtin oder des Zivilstandsbeamten, die Mitwirkung zu verweigern, ist die Konkretisierung auf dem Gebiet der Eheschliessung des allgemeinen Verbots des Rechtsmissbrauchs, das in Artikel 2 Absatz 2 des Zivilgesetzbuches⁸ vorgesehen ist. Wie das Recht auf Ehe⁹ ist dieser Grundsatz in der Verfassung verankert, die der Verwaltung und den Privaten auferlegt, nach Treu und Glauben zu handeln¹⁰. Der Entwurf gibt der Praktikerin oder dem Praktiker einen klaren rechtlichen Rahmen, wenn begründete Zweifel an der Aufrichtigkeit des Ehwillens auftauchen, und bietet gleichzeitig den Verlobten den erforderlichen Schutz, indem sie zwingend angehört werden müssen. Er führt schliesslich eine engere Zusammenarbeit ein zwischen den Zivilstands- und den Fremdenpolizeibehörden. Die Fremdenpolizei erteilt der Zivilstandsbeamtin oder dem Zivilstandsbeamten auf Verlangen Auskünfte (Art. 97a Abs. 2 E ZGB), während umgekehrt vorgesehen ist, dass die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte die Änderungen im Zusammenhang mit dem Zivilstand sowie die Verweigerungen der Eheschliessung meldet (Art. 92 E AuG).

Was die Einführung eines neuen Eheungültigkeitsgrundes betrifft, geht es darum, unsere Rechtsordnung kohärenter zu gestalten. Derzeit bleibt eine Ehe, deren Missbräuchlichkeit von der Fremdenpolizei festgestellt worden ist, auf der Ebene des Zivilrechts dennoch formell gültig. Dies hat paradoxerweise zur Konsequenz, dass der ausländische Ehegatte im Allgemeinen die Schweiz verlassen muss, während die Wirkungen der Ehe fortbestehen.

⁶ Siehe die Stellungnahme des Schweizerischen Verbandes für Zivilstandswesen, publiziert in ZZW 2001, S. 2 ff.

⁷ Siehe die Verweise in Fussnote 3 hiavor.

⁸ Auf Grund dieser Bestimmung wurde die Trauung schon in zwei relativ kürzlichen Fällen verweigert (siehe ZZW 1999, S. 107 ff. und 2000, S. 147 ff.).

⁹ Vgl. Art. 14 BV.

¹⁰ Vgl. Art. 5 Abs. 3 BV.

Betrachten wir nun den Fall¹¹, wo die ausländische Frau, die in ihr Heimatland zurückgekehrt ist, Kinder zur Welt bringt. Die Ehe hat sich als reine Gefälligkeitsehe erwiesen; aber die Ehegatten haben nicht die Scheidung beantragt. Der schweizerische Ehemann ist nicht in der Lage, die Vaterschaftsvermutung anzufechten, oder er macht sich nichts daraus, dass diese als die seinen gelten. Folgerichtig erwerben die Kinder die schweizerische Staatsangehörigkeit. Dieses Ergebnis ist nicht befriedigend, weil das Kindesverhältnis auf der Grundlage einer absolut unrealistischen Vaterschaftsvermutung begründet worden ist. Deshalb sieht der Entwurf vor, dass die Vaterschaftsvermutung des Ehemannes entfällt, wenn eine missbräuchliche Ehe für ungültig erklärt worden ist.

3. Welche Zivilstandsbeamtin oder welcher Zivilstandsbeamte für morgen? - weder Candide, noch Signor Sospettoso!

Bevor wir zum Kern der Sache kommen, drängt sich eine Erläuterung auf zur Wahl der Zivilstandsbeamtin oder des Zivilstandsbeamten für die Verweigerung der Eheschliessung. Wie oben erwähnt weicht hier der Bundesrat teilweise von der Auffassung des Schweizerischen Verbandes für Zivilstandswesen ab. Vollkommen damit einverstanden, dass es notwendig ist, die Missbräuche schon vor der Trauung zu bekämpfen, hat der Verband dagegen opponiert, dass die Zivilstandsbeamtinnen oder die Zivilstandsbeamten mit der Ausführung einer solchen Aufgabe betraut werden, die "polizeilicher" Natur und mit der zivilstandsamtlichen Funktion unvereinbar sei. Der Verband hat nichtsdestoweniger zum Ausdruck gebracht, dass die Zivilstandsbeamtinnen und die Zivilstandsbeamten dazu bereit seien, die erforderlichen Auskünfte ihrer Aufsichtsbehörde zu übermitteln, die dann den Entscheid zu fällen hätte.

Dieser Gesichtspunkt ist verständlich, denn es ist weder leicht noch angenehm, einen Entscheid betreffend die Verweigerung der Eheschliessung zu erlassen. Jedoch trägt er den folgenden Faktoren nicht Rechnung. Die vorgeschlagene Regelung bildet eine Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots. Bei der Vorbereitung der Eheschliessung und der Trauung ist die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte gegebenenfalls am direktesten mit einem missbräuchlichen Verfahren konfrontiert. Sie oder er kann am besten die Überzeugung gewinnen, ob ein Missbrauch vorliegt und folglich die Mitwirkung bei der vorgesehenen Handlung verweigern. Die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte muss komplexe oder delikate Aufgaben übernehmen können. Das ist eines der Ziele der Revision, die am 1. Januar 2000 in Kraft getreten ist und die Funktion der Zivilstandsbeamtin oder des Zivilstandsbeamten aufwertet¹². Jedoch haben die Kantone, um dem unterschiedlichen Grad der Professionalisierung Rechnung zu tragen, immer noch die Möglichkeit vorzusehen, dass die internationalen Ehedossiers der kantonalen

¹¹ Dieser Fall ist authentisch: siehe BGE 122 II 289 ff.

¹² Siehe Rolf Reinhard, Die am 1. Januar 2000 in Kraft tretende Revision vom 26. Juni 1998 des Zivilgesetzbuches: Übersicht über die Änderung im Bereich der Beurkundung des Personenstands sowie des Eheschliessungsverfahrens, veröffentlicht in ZZW 1999, S. 371 ff.

Aufsichtsbehörde unterbreitet werden (Art. 162 ZStV). Diese Prüfung schliesst die Frage der Gefälligkeitsehe mit ein.

Welches sind die Auswirkungen der vorgesehenen Revision auf die künftige Tätigkeit der Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten?

Erste wichtige Bemerkung: **Die Funktion der Zivilstandsbeamtin oder des Zivilstandsbeamten ändert sich nicht** und die Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten werden nicht umgewandelt in Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fremdenpolizei, auch wenn eine Verbesserung der Koordination zwischen den beiden Dienststellen vorgesehen ist. Die Aufgabe der Zivilstandsbeamtin oder des Zivilstandsbeamten bleibt dieselbe: Trauungen durchzuführen nach Beendigung des Vorbereitungsverfahrens, das zum Ziel hat festzustellen, ob die gesetzlichen Eheschliessungsvoraussetzungen, namentlich die Abwesenheit von Ehehindernissen, erfüllt sind, und nicht die Voraussetzungen des Aufenthalts der Verlobten zu regeln beziehungsweise zu überprüfen.

Zweite wesentliche Bemerkung: **Die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte soll ihre bzw. seine Arbeit in derselben Geisteshaltung weiter machen wie bisher.** Sie oder er begegnet also den Verlobten mit derselben Unvoreingenommenheit wie bisher. Ihr guter Glaube wird vermutet (Art. 3 ZGB). Diese Vermutung entspricht insofern der Wirklichkeit, als die sehr grosse Mehrheit der schweizerischen und ausländischen Verlobten aufrichtige eheliche Absichten hat. Die vorgesehene Regelung konkretisiert "einfach" den Grundsatz, wonach der **offenbare** Missbrauch eines Rechtes keinen Rechtsschutz findet. Das Adjektiv "offensichtlich" ist von entscheidender Tragweite. Die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte versagt seine Mitwirkung nur, wenn es sich um einen Missbrauch handelt, der keinen Zweifel offen lässt, einen Missbrauch, der in die Augen springt. Deshalb genügt ein blosser Eindruck oder eine Intuition nicht. Die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte hat nicht lange Überlegungen anzustellen: Der Missbrauch muss offensichtlich sein¹³. Wenn objektive und konkrete Indizien für einen Missbrauch vorliegen (grosser Altersunterschied zwischen den Verlobten, kurze Dauer der Bekanntschaft vor der Eheschliessung, Fehlen oder Zurückweisung von Zärtlichkeiten, Heirat gegen Bezahlung oder für Drogen, bevorstehende Wegweisung des ausländischen Teils, usw.)¹⁴, muss die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte dagegen die Brautleute anhören und gegebenenfalls bei anderen Behörden, namentlich bei der Fremdenpolizei, Auskünfte

¹³ Siehe Urteil des Bundesgerichts vom 9. Oktober 1987, veröffentlicht in der ZZW 1988, S. 44 ff.; Hegnauer / Breitschmid, Grundriss des Eherechts, Bern, 2000, 4. Aufl., S. 47 und zitierte Verweise; Honsell / Vogt / Geiser, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 359 ZGB, zu Art. 2 ZGB, Basel und Frankfurt am Main, 1996, N 36, S. 29 f. und Schnyder / Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich, 11. Aufl., 1995, S. 54.

¹⁴ Siehe Martin Nyffenegger, Rechtsmissbräuche im Zusammenhang mit der Eheschliessung, veröffentlicht in der ZZW 2001, S. 141 ff.

einholen. Wenn auch nur der geringste Zweifel am Willen der Verlobten bestehen bleibt, muss die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte das Eheschliessungsverfahren fortsetzen¹⁵. Wenn Zweifel bestehen, heisst das, dass der Missbrauch nicht offensichtlich ist. Wenn der Missbrauch erst nach der Trauung entdeckt oder bewiesen wird, kann die Ehe immer noch durch das Gericht für ungültig erklärt werden, das sich in einer komfortableren Lage befindet als die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte, weil es prüfen kann, ob die eheliche Gemeinschaft tatsächlich gelebt worden ist oder nicht. Die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte ist also weder *Candide*¹⁶ - er muss nicht sein Gesicht verhüllen und sich alles weismachen lassen - noch *Signor Sospettoso*¹⁷ - er muss auch nicht jedesmal, wenn es einem ausländischen Staatsangehörigen mit der Eheschliessung eilt, Verdacht schöpfen, es gehe um die Eingehung einer missbräuchlichen Verbindung.

(Übersetzung: lic. iur. Willi Heussler, Aarau)

¹⁵ Siehe Fritz Sturm, Scheinehen, ein Mittel zur Gesetzesumgehung?, veröffentlicht in der Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988, Frankfurt am Main, 1988, S. 519 ff., S. 536.

¹⁶ Äusserst seltener französischer Vorname. Während "candidus" im Lateinischen "von einer glänzenden Weisse", "strahlend", "aufrichtig" bedeutet, hat der Wortsinn im Französischen geändert, wo das Adjektiv eine Person von übermässiger Harmlosigkeit bezeichnet. Vgl. ebenfalls den Helden in *Candide ou L'Optimisme*, einem Märchen von Voltaire, der polemisch gegen Leibniz Beweis führt, dass *nicht alles zum Besten bestellt ist in der besten aller möglichen Welten*.

¹⁷ Sehr seltener italienischer Familienname, der wörtlich übersetzt "misstrauisch", "argwöhnisch" bedeutet.

Lutte contre les mariages fictifs, aspects de droit civil¹

par Michel Montini, avocat,
adjoint scientifique à l'Office fédéral de l'état civil à Berne²

1. Situation initiale

Quel officier de l'état civil n'a jamais été confronté à la désagréable impression qu'on lui demandait de célébrer un mariage de complaisance? Cet officier de l'état civil en a peut-être parlé avec un collègue ou s'est adressé à son autorité de surveillance. Il se peut qu'il ait considéré en définitive que ce n'était pas son affaire mais éventuellement celle de la police des étrangers. Ou alors, son autorité de surveillance l'a prié de faire son travail, c'est-à-dire vérifier les conditions légales du mariage et célébrer l'union en contrôlant le cas échéant d'un peu plus près la validité des documents déposés. Il est aussi possible que l'officier de l'état civil ait voulu en "avoir le cœur net" et ait spontanément interrogé les fiancés sur leur projet de mariage en risquant une plainte à l'autorité de surveillance.

En effet, l'officier de l'état civil est bien emprunté aujourd'hui dans une situation où la sincérité des intentions matrimoniales des fiancés est douteuse.

Pour rappel, le Code civil ne comporte plus de disposition expresse sur les mariages abusifs depuis la révision de la loi sur la nationalité entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1992. Jusqu'à cette époque, la femme étrangère devenait automatiquement suisse par le mariage avec un Confédéré. A l'époque, la disposition du Code civil qui permettait d'annuler les mariages dits de nationalité n'a pas été remplacée par un nouveau motif d'annulation des mariages contractés dans le but unique d'obtenir un titre de séjour dans notre pays. Cet abus potentiel était bien évidemment déjà connu mais on a alors considéré que la législation sur les étrangers qui dénie le droit à l'obtention d'un permis de séjour en cas de mariage abusif était suffisante pour contrer ce type de fraude.

En fait, l'évolution montre que le phénomène des mariages de complaisance, s'est non pas stabilisé mais amplifié. Les causes en sont la pression migratoire vers les pays industrialisés et l'impossibilité pour un grand nombre d'étrangers de s'y installer en dehors du canal du regroupement familial³. Vu les intérêts en jeu, la tentation peut

¹ Exposé donné le 31 mai 2002 à Lucerne à l'occasion de l'Assemblée générale de l'Association suisse des officiers de l'état civil.

² L'auteur s'exprime à titre personnel. Il n'engage pas l'administration.

³ Voir l'étude "La fraude en matière d'état civil dans les Etats membres de la CIEC", rédigée par Isabelle Guyon-Renard avec le concours du Secrétariat Général de ladite commission, Strasbourg décembre 2000, p. 8, diffusé sur le site Internet de la CIEC sous <http://perso.wanadoo.fr/ciec->

être grande de contourner le système et de jouer aux époux le temps nécessaire à l'obtention d'une autorisation de séjour indépendante (permis C), voire à l'acquisition de la citoyenneté suisse.

Depuis quelques années, la presse a relayé des cas retentissants d'abus du mariage aux fins de séjour. Une prise de conscience s'en est suivie et certains partis ont requis de nouvelles mesures afin d'endiguer les abus. Vu l'ampleur du phénomène, la conclusion d'un mariage abusif qui était souvent considéré comme une simple peccadille (souvent grassement monnayée!), voire comme un acte de solidarité à l'égard d'étrangers qui seraient sinon exclus de l'espace de libertés et d'opulence des sociétés occidentales, est en passe de devenir une infraction sévèrement punie⁴.

2. Propositions du Conseil fédéral

Le projet de loi sur les étrangers (LEtr) que le Conseil fédéral a transmis au Parlement le 8 mars 2002⁵ prévoit que l'officier de l'état civil refuse son concours lorsque l'un des fiancés ne veut manifestement pas fonder une communauté conjugale mais éluder les règles sur l'admission et le séjour des étrangers (art. 97a P CC). Une fois célébrés, pareils mariages pourront en outre être annulés d'office de la même manière que les anciens mariages de nationalité (nouvelle cause d'annulation du mariage ajoutée à l'art. 105 CC). Il est enfin prévu que l'annulation fait cesser la présomption de paternité sur les enfants éventuellement nés pendant le mariage abusif (exception au principe de la non-rétroactivité des effets de l'annulation par l'adjonction d'un nouvel alinéa à l'art. 109 CC).

Pour rappel, ces innovations ne figuraient pas dans l'avant-projet de loi qui faisait simplement référence aux modifications récemment introduites en Allemagne (annulation d'office des mariages de complaisance et refus de célébrer de l'officier de l'état civil en cas d'abus évident) et signalait les difficultés pratiques liées à la preuve de l'abus. Tous les partis gouvernementaux sauf le Parti socialiste ont cependant estimé que des modifications en droit civil s'imposaient. L'Association suisse des officiers de l'état civil a également pris position dans ce sens, tout en soulignant que

sg/CadrEtudeFraude.htm; voir aussi Michel Montini, La fraude en matière d'état civil, in REC 2001, p. 337 ss.

⁴ Selon le projet de loi sur les étrangers (LEtr), la conclusion d'un mariage abusif ou le fait de favoriser un tel mariage sont désormais passibles d'une peine d'emprisonnement ou d'une amende allant jusqu'à 20'000 francs (voir l'art. 113 P LEtr, Message du 8 mars 2002, FF 2002, p. 3469 ss.).

⁵ FF 2002, p. 3469 ss.

le refus de célébrer ne devrait pas relever de l'officier de l'état civil mais de son autorité de surveillance⁶.

La révision proposée doit donner à la pratique les instruments pour lutter plus efficacement contre les abus qui ont tendance à augmenter et éviter ainsi que quelques cas extraordinaires ne créent des réactions de rejet contre la population étrangère. Le projet tient par ailleurs compte de l'évolution de la pratique et de la législation intervenue dans les Etats membres de la Commission Internationale de l'Etat Civil et en particulier en France et en Allemagne⁷.

La possibilité pour l'officier de l'état civil de refuser son concours est la concrétisation dans le domaine du mariage de l'interdiction générale de l'abus de droit prévue à l'article 2 alinéa 2 du Code civil⁸. Comme le droit au mariage⁹, ce principe est ancré dans la Constitution qui impose à l'administration et aux particuliers d'agir conformément aux règles de la bonne foi¹⁰. Le projet donne un cadre juridique précis pour le praticien qui a des doutes fondés sur la sincérité des intentions matrimoniales en offrant les garanties nécessaires aux fiancés qui doivent impérativement être entendus. Il instaure enfin une collaboration plus étroite entre autorités de l'état civil et la police des étrangers. Celle-ci renseigne l'officier de l'état civil sur demande (art. 97a al. 2 P CC) tandis qu'il est prévu que celui-ci communique les changements d'état civil et les refus de célébrer (art. 92 P LEtr).

En ce qui concerne l'introduction d'une nouvelle cause d'annulation du mariage, il s'agit d'amener plus de cohérence dans notre ordre juridique. Actuellement, un mariage dont le caractère abusif a été constaté par la police des étrangers reste néanmoins formellement valable sur le plan du droit civil. Cela a pour conséquence paradoxale que le conjoint étranger doit généralement quitter la Suisse alors que le mariage continue à déployer ses effets. Envisageons maintenant le cas¹¹ où la femme étrangère qui est retournée dans son pays donne naissance à des enfants. Le mariage a été reconnu de pure convenance mais les époux n'ont pas demandé le divorce. Le mari suisse n'est pas en mesure de désavouer les enfants ou n'en a cure en sorte que ceux-ci sont réputés les siens. Par voie de conséquence, les enfants acquièrent la nationalité suisse. Ce résultat n'est pas satisfaisant puisque le lien de filiation est établi sur la base d'une présomption de paternité absolument non réaliste.

⁶ Voir la prise de position de l'Association suisse des officiers de l'état civil publiée in REC 2001, p. 17 ss.

⁷ Voir les références citées dans la note 2 ci-dessus.

⁸ C'est sur la base de cette disposition que la célébration a d'ores et déjà été refusée dans deux cas relativement récents (voir REC 1999, p. 107 ss. et 1999, p. 442 ss.).

⁹ Cf. art. 14 cst.

¹⁰ Cf. art. 5 al. 3 cst.

¹¹ Ce cas est authentique: voir l'ATF 122 II 289 ss.

C'est pourquoi, le projet prévoit de faire cesser la présomption de paternité du mari en cas d'annulation d'un mariage abusif.

3. Quel officier de l'état civil pour demain ? ni Candide, ni Signor Sospettoso!

Avant d'entrer dans le vif du sujet, une explication s'impose sur le choix de l'officier de l'état civil pour refuser la célébration du mariage. Comme dit ci-dessus, le Conseil fédéral s'est ici partiellement écarté de l'avis de l'Association suisse des officiers de l'état civil. Parfaitement d'accord sur la nécessité de combattre les abus avant la célébration du mariage, l'association s'est opposée à ce que les officiers de l'état civil assument l'exécution d'une telle tâche qualifiée de "policière" et jugée incompatible avec leur fonction. L'association a néanmoins précisé que les officiers de l'état civil étaient disposés à transmettre les informations nécessaires à leur autorité de surveillance qui devrait se charger de la décision.

Ce point de vue est compréhensible car il n'est ni aisé ni agréable de rendre une décision de refus. Toutefois, il ne tient pas compte des éléments suivants. La réglementation proposée constitue une concrétisation de l'interdiction de l'abus de droit. Dans l'hypothèse de la préparation et de la célébration d'un mariage, c'est l'officier de l'état civil qui est le cas échéant le plus directement confronté à un procédé abusif. C'est lui qui le mieux peut se convaincre de l'existence d'un abus et partant refuser son concours à l'opération envisagée. L'officier de l'état civil doit pouvoir se charger de tâches complexes ou délicates. C'est l'un des objectifs de la révision entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000 qui revalorise la fonction d'officier de l'état civil¹². Cependant, pour tenir compte des différents degrés de professionnalisation atteints, les cantons ont toujours la possibilité de prévoir que les dossiers internationaux de mariage soient soumis à l'autorité cantonale de surveillance (art. 162 OEC). Cet examen comprend la question des mariages de complaisance.

Quelles sont les conséquences de la révision prévue pour l'activité future des officiers de l'état civil?

Première remarque importante: **l'officier de l'état civil ne change pas de fonction** et ne va pas se transformer en collaborateur de la police des étrangers même si une meilleure coordination est prévue entre les deux services. La mission de l'officier de l'état civil reste la même: célébrer les mariages au terme de la procédure préparatoire qui a pour but de vérifier les conditions légales du mariage, en

¹² Voir Rolf Reinhard, Die am 1. Januar 2000 in Kraft tretende Revision vom 26. Juni 1998 des Zivilgesetzbuches: Übersicht über die Änderung im Bereich der Beurkundung des Personenstands sowie des Eheschliessungsverfahrens, publié in REC 1999, p. 372 ss.

particulier l'absence d'empêchements, et non pas de régler, respectivement de contrôler les conditions de séjour des fiancés.

Deuxième observation fondamentale: **l'officier de l'état civil doit continuer à travailler dans le même état d'esprit**. Il observe donc la même attitude non prévenue vis-à-vis des fiancés. Leur bonne foi est présumée (art. 3 CC). Cette présomption correspond à la réalité dans la mesure où la très grande majorité des fiancés suisses et étrangers ont des intentions matrimoniales sincères. La réglementation envisagée concrétise "simplement" le principe selon lequel l'abus **manifeste** d'un droit n'est pas protégé. L'adjectif "manifeste" a une portée déterminante. L'officier de l'état civil ne refuse son concours que s'il est confronté à un abus qui ne laisse pas de doute, un abus qui saute aux yeux. Par conséquent, une simple impression ou une intuition est insuffisante. L'officier de l'état civil n'a pas à faire de longues réflexions: l'abus doit être évident¹³. Lorsqu'il est en présence d'indices objectifs et concrets d'abus (grande différence d'âge entre les fiancés, brève période de fréquentation avant le mariage, absence ou rejet de gestes de tendresse, mariage contre rémunération ou remise de drogue, renvoi imminent de la partie étrangère, etc.)¹⁴, l'officier de l'état civil doit en revanche entendre les fiancés et le cas échéant requérir des renseignements auprès d'autres autorités, en particulier la police des étrangers. S'il subsiste le moindre doute sur la volonté des fiancés, l'officier de l'état civil devra poursuivre la procédure de mariage¹⁵. S'il y a doute, c'est en effet que l'abus n'est pas manifeste. Si l'abus est découvert ou établi après coup, le mariage pourra toujours être annulé par le juge qui se trouve dans une situation plus confortable que l'officier de l'état civil puisqu'il est en mesure d'examiner le caractère vécu ou non de la communauté conjugale. L'officier de l'état civil n'est donc ni Candide¹⁶ - il ne doit pas se voiler la face et se laisser tout conter - ni Signor Sospettoso¹⁷ - il ne doit non plus suspecter la conclusion d'une union abusive chaque fois qu'un ressortissant étranger est pressé de se marier -.

¹³ Voir l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 octobre 1987 paru dans la REC 1988, p. 44 ss.; Hegnauer / Breitschmid, Grundriss des Eherechts, Berne, 2000, 4^{ème} éd., p. 47 et références citées; Honsell / Vogt / Geiser, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 359 ZGB, ad art. 2 CC, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1996, n. 36, p. 29 s. et Schnyder / Schmid, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zurich, 11^{ème} éd., 1995, p. 54.

¹⁴ Voir Martin Nyffenegger, Abus de droit lié au mariage, publié in REC 2001, p. 163 s.

¹⁵ Voir Fritz Sturm, Scheinehen, ein Mittel zur Gesetzesumgehung?, publié in Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988, Francfort-sur-le-Main, 1988, p. 519 ss., p. 536.

¹⁶ Prénom français rarissime. Alors qu'en latin, "candidus" signifie "d'une blancheur éclatante", "radieux", "sincère", le sens a glissé en français où l'adjectif désigne la personne qui dénote une ingénuité excessive. Cf. également le héros de *Candide ou L'Optimisme*, conte de Voltaire qui fait une démonstration polémique contre Leibniz que *tout n'est pas pour le mieux dans le meilleur des mondes possibles*.

¹⁷ Nom de famille italien très rare signifiant littéralement "méfiant", "suspicieux".

