

**Tribunal fédéral – 2C\_349/2011**  
**destiné à la publication**  
**IIème Cour de droit civil**  
**Arrêt du 23 novembre 2011 (f)**

**Newsletter janvier 2012**

Autorisation de séjour  
en vue du mariage

**Résumé et analyse**

**Art. 98 al. 4 CC ; 14 LAsi ;  
12 CEDH**

**Proposition de citation :**

Fanny Matthey, Le droit au mariage en cas de séjour irrégulier ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_349/2011, Newsletter DroitMatrimonial.ch janvier 2012



FACULTÉ DE DROIT

## Le droit au mariage en cas de séjour irrégulier ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 2C\_349/2011

Fanny Matthey

### I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 2C\_349/2011 traite de la compatibilité de l'art. 98 al. 4 CC avec le droit au mariage consacré par l'art. 12 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Il aborde également la question du principe de l'exclusivité de la procédure d'asile.

### II. Résumé de l'arrêt

#### A. Les faits

Un ressortissant camerounais dépose une demande d'asile en Suisse en 2003. L'autorité rend une décision de non-entrée en matière et de renvoi la même année. L'intéressé reste toutefois en Suisse et, jusqu'en 2010, est condamné quatre fois pour des infractions à la législation fédérale sur les étrangers. Il est en outre détenu à ce titre de janvier à mai 2011.

En octobre 2010, il dépose une demande d'autorisation de séjour pour pouvoir se marier avec une compatriote titulaire d'un permis B. Celle-ci a cinq enfants, dont trois vivent avec elle en Suisse. Le premier est issu d'un premier lit et a la nationalité camerounaise, le deuxième est l'enfant de son ex-mari suisse et a donc la nationalité suisse (la mère a la garde et l'autorité parentale sur cet enfant), et le troisième est la fille du ressortissant camerounais qu'elle entend épouser.

L'officier d'état civil a fixé un délai aux fiancés pour qu'ils présentent un document attestant de la légalité du séjour du futur mari, au sens de l'art. 98 al. 4 CC. L'intéressé a donc demandé une autorisation de séjour au Service de la population du canton de Vaud (ci-après le SPOP). Celui-ci n'est pas entré en matière sur cette demande en raison du principe de l'exclusivité de la procédure d'asile (art. 14 al. 1 LAsi) qui empêche qu'un étranger ayant déposé une demande d'asile puisse ouvrir une procédure en droit des étrangers avant que la procédure d'asile ne soit terminée. Rejetant le recours des intéressés, le Tribunal cantonal a confirmé la décision du SPOP. Les fiancés ont déposé un recours devant le Tribunal fédéral.

Ils estiment que l'autorité, en leur refusant une autorisation de séjour même temporaire en vue du mariage, ne respecte pas le droit au mariage garanti par l'art. 12 CEDH. Le Tribunal fédéral admet leur recours.

## B. Le droit

Contrairement à ce qu'invoquent les recourants, l'**objet du recours** ne porte pas directement sur le refus de l'autorisation de séjour, mais sur la question de savoir *s'il existe un droit* à une telle autorisation en raison de l'exception prévue au principe de l'exclusivité de la procédure d'asile (au sens de l'art. 14 al. 1 LAsi *in initio*). Ce n'est que si la réponse à cette question se révèle positive qu'un recours au Tribunal fédéral sera ouvert (83 let. c, ch. 2 LTF). Les fiancés invoquent la stabilité de leur relation et leur intention sincère de former une communauté conjugale et estiment qu'en cas de refus d'une autorisation de séjour en vue du mariage, l'art. 12 CEDH ne serait pas respecté. Le Tribunal fédéral retient ces arguments, reconnaît qu'il existe un *droit potentiel* à une autorisation de séjour et déclare le recours recevable (consid. 1).

Sur le fond, le Tribunal fédéral aborde différentes questions que l'on peut résumer de la manière suivante : le principe de l'exclusivité de la procédure d'asile ; le droit au mariage de l'art. 12 CEDH ; la question de la conformité de l'art. 98 al. 4 CC avec cette prescription internationale et l'application au cas d'espèce.

Pour ce qui est du premier point, le Tribunal fédéral retient que pour qu'une exception au **principe de l'exclusivité de la procédure d'asile** puisse être admise, il faut que l'intéressé puisse se prévaloir d'un *droit manifeste* à une autorisation de séjour. C'est le cas, en principe, quand la personne entend épouser un/e ressortissant/e suisse ou une personne titulaire d'un permis C. Le droit à la vie privée et familiale de l'art. 8 CEDH ne peut être invoqué que dans des circonstances particulières, par exemple lorsque l'intéressé désire se marier avec une personne qui dispose d'un « simple » permis de séjour (B), mais qui sera, selon toute vraisemblance, durablement prolongé. C'est en l'occurrence le cas dans cette affaire, puisque la future épouse dispose d'un droit de séjour (B) « stabilisé » en raison du droit au regroupement familial (inversé) avec son fils suisse (consid. 3.1).

En ce qui concerne le **droit au mariage** de l'art. 12 CEDH, le Tribunal fédéral évoque la jurisprudence de la Cour rendue dans l'affaire O'Donoghue c. Royaume-Uni (consid. 3.4) et rappelle ainsi qu'une norme interdisant de manière automatique, systématique et générale l'accès au mariage est contraire à ce droit fondamental et que les mesures visant à lutter contre les mariages fictifs doivent être proportionnées et avoir pour but de déterminer si l'intention du mariage est sincère et réelle (consid. 3.5).

A première vue, l'**art. 98 al. 4 CC** (dont la teneur est la suivante : « Les fiancés qui ne sont pas citoyens suisses doivent établir la légalité de leur séjour en Suisse au cours de la procédure préparatoire ») peut donc paraître difficilement compatible avec les exigences relatives à l'art. 12 CEDH, lorsqu'un étranger, qui séjourne irrégulièrement en Suisse, entend réellement et sincèrement se marier. Le Tribunal fédéral entreprend donc de démontrer, en analysant les travaux préparatoires de la loi, que l'art. 98 al. 4 CC peut être interprété de manière à ce qu'il soit conforme aux prescriptions internationales. En effet, tant le Conseil fédéral que la Commission des institutions politiques du Conseil national avaient jugé que, pour être compatible avec les normes internationales, l'art. 98 al. 4 CC ne devait pas

« constituer de fait un obstacle prohibitif à la conclusion du mariage » et que des exceptions devaient être possibles « si les conditions d'admission après le mariage sont manifestement remplies et qu'il n'y a aucun indice que l'étranger entend invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial » (consid. 3.6).

A la teneur claire de l'art. 98 al. 4 CC, l'officier d'état civil n'a cependant pas de marge de manœuvre : il ne peut pas célébrer le mariage si un des fiancés est en situation irrégulière. Selon le Tribunal fédéral, il revient donc à la police des étrangers de déterminer si une autorisation de séjour en vue du mariage peut être octroyée et, pour ce faire, d'examiner s'il existe des indices de fraude à la législation sur les étrangers et si l'intéressé remplira les conditions d'admission en Suisse après le mariage, donc, en d'autres termes, s'il obtiendra un droit de présence assuré (consid. 3.7). Au vu du raisonnement du Tribunal fédéral, l'art. 98 al. 4 CC n'introduit pas d'automatisme entre la demande de mariage et l'obtention d'un titre de séjour en vue du mariage, mais il n'introduit pas non plus d'automatisme « inverse » qui prohiberait l'accès au mariage à toute personne en séjour irrégulier.

En l'espèce, le Tribunal fédéral a reconnu que le recourant remplissait toutes les conditions pour obtenir une autorisation de séjour en cas de mariage (consid. 3.9).

### III. Analyse

Cet arrêt comporte plusieurs éléments qui méritent d'être soulignés.

En premier lieu, il s'agit de noter que la publication d'un arrêt du Tribunal fédéral sur cette question est la bienvenue, puisque jusqu'à présent, seuls différents tribunaux cantonaux s'étaient prononcés sur cette question. Une interprétation « fédérale » vient donc clarifier certains points, même si, comme nous le verrons encore ci-dessous, cette jurisprudence apporte aussi, paradoxalement, de nouvelles questions et ne simplifie peut-être pas autant la situation qu'on aurait pu l'espérer. Cet arrêt est en tous les cas à saluer dans la mesure où il interprète l'art. 98 al. 4 de manière à le rendre conforme au droit au mariage garanti par l'art. 12 de la CEDH.

#### *Brève comparaison de la jurisprudence fédérale avec la jurisprudence du canton de Vaud*

Dans son arrêt du 30 septembre 2011, le Tribunal cantonal vaudois a estimé, de manière plus « radicale », que l'art. 98 al. 4 CC est simplement « inapplicable » parce qu'il ne permet aucune exception et n'est ainsi pas susceptible d'une interprétation conforme à l'art. 12 CEDH, avec lequel il entre ainsi en conflit.

Le Tribunal fédéral ne va pas si loin. Il estime au contraire, au regard des travaux parlementaires, que le législateur, en édictant cette norme, était parfaitement conscient des prescriptions internationales. En conséquence, selon les juges fédéraux, si le législateur avait bel et bien pour objectif de supprimer l'octroi automatique d'une autorisation de séjour en cas de demande de mariage, il n'aurait pas eu l'intention pour autant de supprimer automatiquement l'accès au mariage à tous les étrangers en situation irrégulière. Le Tribunal invite donc les « "autorités" [...] à faire preuve de discernement ». En parlant des « autorités », le TF se réfère aux autorités de police des étrangers ce qui, nous le verrons encore par la suite, n'est pas sans incidence pratique.

### *Question du principe de l'exclusivité de la procédure d'asile*

En rappelant dans cet arrêt le principe de l'exclusivité de la procédure d'asile de l'art. 14 al. 1 LAsi, le TF referme cependant partiellement la porte qu'il a tenté d'ouvrir en portant un regard historique (assez conciliant) sur l'art. 98 al. 4 CC.

L'art. 14 al. 1 LAsi empêche en effet qu'un étranger qui a déposé une demande d'asile ne puisse ouvrir une procédure en droit des étrangers avant que la procédure d'asile ne soit terminée. Ce principe connaît cependant une exception, lorsque la personne a un *droit manifeste* à une autorisation de séjour, c'est-à-dire lorsqu'elle se marie avec quelqu'un qui a un « droit de présence assuré » en Suisse (donc en principe avec une personne de nationalité suisse ou titulaire d'un permis C). Comme on l'a vu ci-dessus, il se peut toutefois que ce droit de présence assuré soit en fait un « simple » droit de séjour mais qui serait *de facto* durable en raison de certaines circonstances particulières comme c'est le cas dans cet arrêt (puisque la future épouse est uniquement titulaire d'un permis B, mais a la garde et l'autorité parentale de son enfant suisse).

Le Tribunal fédéral, en maintenant – dans le cadre de la procédure prévue par l'art. 98 al. 4 CC – l'interprétation donnée jusqu'à présent à l'art. 14 al. 1 LAsi ne permet pas aux personnes qui n'ont pas un *droit manifeste* de séjour de se marier. L'exemple le plus clair concerne certainement le cas d'un couple dont les deux personnes ont été déboutées de l'asile et qui séjournent en situation irrégulière en Suisse. Faute de droit manifeste de séjour, le couple se verra interdire l'accès, de manière générale, automatique et systématique, au mariage.

Dans de telles circonstances, le droit de ces personnes au mariage (qui, comme l'a à juste titre rappelé le TF, est un droit de l'homme et pas un droit du citoyen et appartient donc à toute personne physique majeure) n'est pas respecté. Ainsi, en donnant à l'art. 98 al. 4 CC une interprétation conforme au droit international, le Tribunal fédéral n'a fait que « repousser » le problème plus loin, pour certaines catégories de personnes du moins, et force est de constater que, dans cette hypothèse particulière, l'art. 14 al. 1 LAsi n'est pas compatible avec le droit supérieur.

### *Praticabilité du jugement du Tribunal fédéral*

Enfin, avec cet arrêt, le Tribunal fédéral donne aux autorités de police des étrangers une certaine compétence en matière d'évaluation du « but » du mariage (détermination d'une éventuelle fraude à la législation sur les étrangers) qui est pourtant attribuée à l'officier d'état civil par le législateur (art. 97a al. 1 CC).

Le Tribunal ajoute encore que les autorités de police devront prendre en compte, dans la décision d'octroi d'une autorisation de séjour, « les exigences liées au respect du droit au mariage et au principe de la proportionnalité » (consid. 3.7). Au vu de ces précisions, et en demandant aux autorités de police de « faire preuve de discernement », le Tribunal fédéral semble remettre entre les mains des autorités de police la faculté de juger du droit au mariage de certaines personnes.

Le Tribunal fédéral semble en revanche reprendre, pour le compte de la police des étrangers, les critères définis pour l'officier d'état civil – à savoir la possibilité de ne refuser le mariage qu'en cas « d'abus manifeste » –, puisque les autorités de police devront octroyer un titre de séjour s'il n'y a pas « d'indice » que l'intéressé ait l'intention d'utiliser abusivement les dispositions du regroupement familial.

En pratique, l'« intention » des fiancés sera, selon les dires du Tribunal fédéral, désormais examinée « en amont » par la police des étrangers et non plus par l'officier d'état civil. La question pourrait éventuellement se poser de savoir si l'officier d'état civil est lié par la décision « positive » de la police des étrangers ou s'il peut encore, comme l'art. 97a CC le lui permet, vérifier si ces mêmes conditions sont (toujours) remplies ? Cette hypothèse semble toutefois peu probable et pourrait être considérée comme démesurément procédurière.

Cet arrêt fait l'objet d'un commentaire plus bref dans le cadre de la Newsletter du Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) qui paraîtra le 1<sup>er</sup> février 2012.