

**Zeitschrift:** Domaine public  
**Herausgeber:** Domaine public  
**Band:** - (2012)  
**Heft:** 1941

**Artikel:** Mariage des sans-papiers : imbroglio juridico-institutionnel  
**Autor:** Mahaim, Raphaël  
**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-1024540>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

**Download PDF:** 30.01.2025

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

réalisées dans les divertissements: les ventes de CD baissent mais celles des places de concert augmentent. Pour l'industrie du divertissement, la situation n'est donc pas si noire qu'elle veut bien le faire croire, même si l'évolution technologique la contraint à s'adapter.

Les auteurs ne sont pas non plus forcément perdants. D'abord parce que leurs œuvres peuvent être diffusées à un public aussi large que possible sans qu'ils soient tributaires des détenteurs des moyens techniques, imprimeurs ou fabricants de supports discographiques. Or on peut penser qu'un chanteur souhaite d'abord avoir le plus possible d'auditeurs, un

réalisateur de film de spectateurs. Quant à leur rémunération, elle dépend largement de la rentabilité de l'industrie du divertissement qui, on l'a vu, n'a pas forcément diminué. Et l'écrivain à succès Paulho Coelho<sup>16</sup> raconte qu'il a lui-même piraté ses livres – pour en accroître les ventes!

Il convient donc de faire acte de prudence avant de sanctionner le téléchargement d'œuvres offertes illicitement sur internet. D'autant que la mise en œuvre d'une telle interdiction suppose d'importantes intrusions dans la vie privée de tous les délinquants potentiels que deviendraient les internautes. Le droit actuel permet déjà de

prendre des mesures civiles et pénales contre ceux qui mettent à disposition de tels contenus. D'autres solutions, comme la perception d'une licence globale, pourraient être plus adéquates et permettent de préserver l'un des objectifs de la législation en matière de droit d'auteur en rémunérant le travail de création.

Comme l'écrivait Montesquieu, qui n'a sans doute pas touché beaucoup de droits d'auteur, *«il est parfois nécessaire de changer certaines lois, mais le cas est rare, et lorsqu'il arrive, il ne faut y toucher que d'une main tremblante»*.

## Mariage des sans-papiers: imbroglio juridico-institutionnel

Raphaël Mahaim • 24 janvier 2012 • URL: <http://www.domainepublic.ch/articles/19563>

### Quand un arrêt du Tribunal fédéral ne clarifie pas forcément les choses

Dans un arrêt qui a fait grand bruit avant les fêtes de fin d'année, le Tribunal fédéral s'est penché sur le nouvel article 98, alinéa 4<sup>21</sup>, du Code civil. Cette «*lex Brunner*», du nom de son auteur le conseiller national et président de l'UDC Toni Brunner, vise à interdire l'accès au mariage aux personnes sans statut légal en Suisse.

Au-delà des questions de droit

migratoire complexes et très techniques que l'affaire soulève, on peut parier que cet arrêt n'est que le premier épisode d'un long feuilleton juridico-institutionnel.

A peine adoptée par le Parlement, cette nouvelle disposition s'était attirée les foudres de nombreux commentateurs de l'actualité juridique et politique suisse – tous bords confondus. Sous prétexte de lutter contre les mariages fictifs, elle entrait en collision frontale avec le droit fondamental au mariage garanti à la fois par la

Constitution (art. 14<sup>22</sup>) et par la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, art. 12<sup>23</sup>). Dès son entrée en vigueur au 1er janvier 2011, on pouvait d'ores et déjà prédire que son sort définitif serait scellé devant la justice.

En décembre 2010, la Cour européenne des droits de l'homme avait été confrontée à un cas analogue (arrêt O'Donoghue<sup>24</sup>); elle avait retenu en substance que des prescriptions de droit interne, susceptibles d'empêcher la célébration du mariage de personnes ne disposant pas de

statut légal dans le l'Etat en question, violent la CEDH. Dans la foulée, de nombreuses publications juridiques avaient fait le lien entre cette jurisprudence européenne et la *lex Brunner*, toutes plaidant pour une application de la ligne de Strasbourg en terre helvète.

Concrètement, c'est le Tribunal cantonal vaudois qui a ouvert les feux de la plus retentissante des manières en septembre de l'année passée: tout en affirmant sans détours qu'en cas de conflit entre une norme nationale et une norme internationale garantissant un droit fondamental, la seconde doit primer la première, il a purement et simplement refusé d'appliquer l'article 98, alinéa 4 du Code civil.

Saisi d'un recours dans une autre affaire, le Tribunal fédéral a adopté un ton sensiblement plus sibyllin. Contrairement aux juges vaudois, la Haute Cour estime qu'il est possible d'interpréter la nouvelle norme suisse de manière conforme au droit international. Certes, «*le système mis en place par le législateur fédéral peut s'avérer contraire à la CEDH lorsqu'un étranger, bien qu'en situation irrégulière en Suisse, désire néanmoins réellement et sincèrement se marier*». Mais ceci ne signifie pas pour autant qu'il faille déclarer inapplicable le nouvel article de loi.

Se référant aux travaux parlementaires, le Tribunal fédéral parvient à la conclusion que le législateur souhaitait uniquement s'en

prendre «*à l'automaticité qui a pu exister, dans le passé, entre l'introduction d'une demande de mariage et l'obtention d'une autorisation de séjour pour préparer et célébrer le mariage*». Une application à la fois conforme au droit international et fidèle au souhait du législateur devrait alors, toujours selon le Tribunal fédéral, se décliner de la manière suivante: l'officier d'état civil reste entièrement lié par l'interdiction consacrée par le Code civil; mais afin d'éviter toute violation de la CEDH, les autorités de police des étrangers sont tenues d'accorder une autorisation de séjour «*en vue du mariage*» lorsque la demande paraît sincère, ce qui autorise ensuite l'officier d'état civil à célébrer l'union, cas échéant.

Les juges de la Haute Cour ont été à la fois courageux et pusillanimes. Courageux, car ils ont su affirmer une nouvelle fois – dans un domaine très sensible – que les droits fondamentaux garantis par des conventions internationales l'emportent sur le droit interne, et ce malgré l'interdiction pour le Tribunal fédéral de revoir les lois fédérales sous l'angle de leur constitutionnalité (art. 190<sup>25</sup> Cst.).

Pusillanimes, car ils ont créé, de crainte de déclarer la norme litigieuse simplement inapplicable, passablement de confusion. La référence aux travaux parlementaires à l'appui d'une interprétation plus extensive de l'article litigieux s'apparente plus à une contorsion juridique qu'à

une analyse fidèle de la situation, dans la mesure où le texte de la disposition ne souffrait en réalité aucune marge de discussion.

En outre, et c'est sensiblement plus inquiétant pour l'avenir, les juges fédéraux refilent la «*patate chaude*» aux autorités administratives cantonales. En confiant aux autorités de police des étrangers la tâche d'investiguer pour évaluer le sérieux d'une demande en mariage, le Tribunal fédéral les place dans une situation très inconfortable. Le dialogue entre autorités de police des étrangers et officiers d'état civil sera rendu encore plus complexe qu'il ne l'est déjà aujourd'hui. La situation juridique n'ayant pas été fondamentalement éclaircie, une kyrielle de recours est à prévoir. On peut par ailleurs parier que les pratiques cantonales seront parfois diamétralement opposées.

Tout récemment, vendredi 20 janvier dernier, le Tribunal fédéral en a encore «*ajouté une couche*» en rendant publique sa décision dans la fameuse affaire vaudoise, suite à un recours déposé par l'Office fédéral de la justice à l'encontre du jugement du Tribunal cantonal. La Haute Cour a admis le recours et annulé le jugement cantonal. Même si les considérants de l'arrêt n'ont pas encore été publiés, on peut deviner qu'il a suivi la même ligne que dans son arrêt de principe de la fin de l'année 2011, rejetant la position plus catégorique des juges vaudois.



Trouver des règles de conflit entre droit international et droit national reste une chimère dans le contexte politique actuel. Divers textes législatifs ouvertement en porte-à-faux avec les droits fondamentaux – minarets, internement à vie des

délinquants, renvoi des criminels étrangers, pour ne citer que ceux qui ont été adoptés par voie d'initiative populaire – occuperont encore pour de nombreuses années avocats et tribunaux. Dans le dossier du mariage des «*sans papiers*», le Tribunal fédéral

estime avoir utilisé toute la marge de manoeuvre dont il disposait. Il n'en demeure pas moins que le problème institutionnel demeure (DP 1909 <sup>26</sup>) et que les difficultés de mise en oeuvre de la *lex Brunner* sont programmées.

## Santé: coûts et bénéfices du dépistage sous la loupe

Gérard Escher • 27 janvier 2012 • URL: <http://www.domainepublic.ch/articles/19594>

### Une illustration à partir du dépistage du cancer de la prostate

Exercice périlleux que celui qui consiste à évaluer scientifiquement le dépistage systématique de maladies graves, cancer du sein et de la prostate en tête. Car ces tests sont appréciés des patients et des médecins, dans l'esprit de «*faire tout ce qu'on peut*».

Toute recommandation de limiter le dépistage systématique est interprétée comme une «*mort par bureaucratie*» (le mot est de Newt Gingrich); et pourtant les bienfaits de ces tests devraient être démontrés avec d'autant plus de vigueur qu'ils s'adressent à tous, y compris aux bien portants, ces malades qui s'ignorent.

Avec le *Swiss Medical Board* (SMB <sup>5</sup>), la Suisse s'est dotée d'une instance technique qui évalue les traitements médicaux. Le SMB envoie des rapports à ses trois parrains, la Fédération des médecins suisses <sup>6</sup>, l'Académie suisse des sciences

médicales <sup>7</sup> et la Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé <sup>8</sup>. Ces trois organismes, le cas échéant, en adoptent les conclusions, généralement de simples recommandations.

Dans un rapport récent (en allemand <sup>9</sup>), le SMB évalue le dépistage du cancer de la prostate par le test PSA (antigène spécifique de la prostate). Un taux élevé de PSA peut signifier la présence d'un cancer, sans en être une preuve. Il est justifié de se soucier de la prostate, car ce cancer représente environ un tiers des maladies cancéreuses chez les hommes, et provoque 1'300 décès par an en Suisse. Pourtant le SMB conclut que la détermination du PSA chez les «*hommes asymptomatiques*», c'est-à-dire sans autres facteurs de risque (par ex. des antécédents familiaux), n'est pas justifiée. La Société suisse d'urologie <sup>10</sup> a immédiatement contesté cette conclusion.

Dans son rapport, le SMB a considéré 1933 publications scientifiques, en a lu 65, gardé

huit. De fait, seules deux études sont de qualité suffisante pour prendre des décisions: l'une européenne, *European Randomized Study of Screening for Prostate Cancer* (ERSPC), concerne 182'000 hommes dans 7 pays; l'autre américaine, *US Prostate Lung Colorectal and Ovarian* (PLCO) portant sur 76'693 hommes. Les deux études sont bien décrites dans cet article gratuit <sup>11</sup> (c'est exceptionnel); dans les deux études, la moitié des sujets, choisis au hasard, suivent un dépistage régulier.

Après 13 ans d'observations, l'étude américaine note 12% de plus de cancers détectés dans le groupe dépistage; par contre il n'y a pas de différence «*statistiquement significative*» entre les deux groupes au niveau de la mortalité totale ou de celle due spécifiquement au cancer de la prostate.

L'étude européenne, qui s'est déroulée sur 9 ans, révèle également une augmentation de la détection du cancer (de