

Questions actuelles sur le droit au mariage, la procédure préparatoire, la célébration et l'annulation du mariage

1. Droit au mariage; exercice du droit par des étrangers non résidents ("mariage touristique")

Le droit au mariage est inscrit à l'article 14 de la nouvelle Constitution fédérale, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2000. Malgré un énoncé plus court - le droit au mariage et à la famille est garanti -, le contenu de ce droit fondamental est resté le même. Il peut sans autre être invoqué par les fiancés dès lors que l'un d'eux est suisse ou domicilié en Suisse. Les étrangers non résidents doivent par contre solliciter une autorisation de l'autorité cantonale de surveillance (art. 43 al. 2 LDIP; 163 OEC). Celle-ci dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu mais pas illimité : sa décision doit se concilier avec les principes généraux de l'activité administrative, en particulier ceux de l'égalité et de la proportionnalité. L'autorité prendra notamment en compte les éléments suivants qui auront plus ou moins de poids selon les cas:

d'une part,

- le souhait légitime des fiancés de se marier au lieu de leur choix;
- l'essor du tourisme et
- l'image de marque de l'administration en tant que prestataire de services;

d'autre part,

- l'intérêt de l'administration à ne pas être surchargée de travail (cet intérêt entre surtout en considération si l'authenticité des documents est douteuse et nécessite d'importantes investigations; voir ch. 3.3.2 ci-dessous).

Les offices de l'état civil sont en premier lieu à la disposition des citoyens suisses et de la population résidente. En règle générale, le mariage d'étrangers non résidents devrait cependant pouvoir être célébré pour peu que les fiancés s'y prennent suffisamment tôt (et qu'ils remplissent bien sûr les conditions prévues par la loi).

2. Conditions du mariage: âge minimum requis

Les conditions de fond auxquelles est subordonnée la célébration du mariage en Suisse sont régies par le droit suisse. Si les conditions prévues par le droit suisse ne sont pas réunies, le mariage entre étrangers peut néanmoins être célébré pour autant qu'il satisfasse aux conditions prévues par le droit national de l'un des fiancés (art. 44 al. 1 et 2 LDIP). L'âge requis par le droit suisse est de 18 ans révolus (art. 94 al. 1 CC). Un âge inférieur peut être admis en application d'un droit étranger pour autant que le résultat auquel on aboutit ne soit pas incompatible avec l'ordre public suisse (art. 17 LDIP). Selon la pratique constante, l'on se réfère à cet égard à la majorité sexuelle du droit pénal, fixée à 16 ans (les "amours juvéniles" sont réservées; voir l'art. 187 du Code pénal suisse; RS 311). A noter que les apatrides et les personnes réfugiées ne sont pas soumis à leur loi nationale mais à celle de leur lieu de domicile (art. 44 al. 2 LDIP), ce qui conduit généralement à leur appliquer les conditions de fond du droit suisse.

3. Procédure préparatoire du mariage¹

L'introduction de la nouvelle procédure préparatoire du mariage au 1^{er} janvier 2000 s'est déroulée sans grand problème sous réserve peut-être des demandes en vue du mariage déposées auprès des représentations suisses à l'étranger et de la possibilité d'admettre l'exécution de la procédure préparatoire en la forme écrite (art. 98 al. 2 CC et 157 OEC). Ces deux questions sont d'ailleurs très souvent liées (voir les ch. 3.1. et 3.2. ci-dessous).

3.1. Dépôt de la demande en vue du mariage

La préparation du mariage relève de la compétence de l'office de l'état civil du lieu de domicile suisse de l'un des fiancés, et à défaut, du lieu prévu pour la célébration (art. 148 OEC). Les fiancés déposent leur demande à l'office ou la font à distance, en retournant par exemple le formulaire établi selon le modèle 34 s'il est en usage dans l'arrondissement en question. Les personnes résidant à l'étranger ont en outre la possibilité de passer par la représentation suisse compétente (art. 149 OEC). Cette faculté est toujours offerte : elle ne dépend pas de l'admission de la procédure en la forme écrite (voir ch. 3.2. ci-dessous). En d'autres termes, il suffit que l'intéressé ait sa résidence à l'étranger pour qu'il puisse transmettre sa demande par le biais de la représentation compétente.

3.2. Procédure exécutée en la forme écrite

Compte tenu des effets qui sont attachés au mariage, la comparution personnelle des fiancés à l'office est exigée non seulement au moment de la célébration mais également lors de la préparation du mariage. Cela vaut en particulier pour le dépôt des déclarations personnelles selon l'article 41 CC (formule 35). L'octroi d'une dispense de comparaître revient à exécuter la procédure en la forme écrite. Il appartient aux fiancés de démontrer que leur comparution personnelle ou celle de l'un d'eux ne peut manifestement pas être exigée. Compte tenu du caractère exceptionnel de la dispense, celle-ci n'entre en ligne de compte qu'en présence de motifs impérieux comme l'immobilisation d'un fiancé suite à une hospitalisation. La détention est également susceptible de justifier une telle dispense si un déplacement à l'office ne peut être organisé par l'administration pénitentiaire. D'autres circonstances, comme un séjour prolongé dans un lieu de cure (maison de santé, home pour personnes âgées, etc.) ou pour accomplir son service militaire peuvent justifier une mesure intermédiaire. Au lieu d'être enregistrées par l'officier de l'état civil normalement compétent, les déclarations sont alors reçues au lieu de séjour pour autant que l'officier de l'état civil "coopérant" ait donné son accord². Il n'y a en revanche pas lieu d'accorder de dispense pour de pures convenances personnelles. Pour les fiancés résidant à l'étranger, il faut partir de l'idée que l'éloignement géographique justifie une dispense de comparaître à l'office. Celle-ci est en quelque sorte présumée si bien que notre service a prévu que les représentations reçoivent

¹ Pour un exposé détaillé de la matière, lire: ROLF REINHARD "Entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000 de la révision du code civil du 26 juin 1998: aperçu des modifications dans le domaine de l'état civil et de la procédure préparatoire du mariage", publié in REC 1999, pp. 386 ss.; original allemand "Die am 1. Januar 2000 in Kraft tretende Revision vom 26. Juni 1998 des Zivilgesetzbuches: Übersicht über die Änderungen im Bereich der Beurkundungen des Personenstandes sowie des Eheschliessungsverfahrens", publié in REC 1999, pp. 371 ss. L'on renvoie également à la présentation synoptique de la révision de l'Ordonnance sur l'état civil du 18 août 1999, qui a été transmise par circulaire du même jour (99-08-01).

² Solution évoquée lors de l'Assemblée des délégués de l'Association suisse des officiers de l'état civil des 2 et 3 juin 2000 à Carouge.

les déclarations relatives aux conditions du mariage en même temps qu'elles enregistrent les demandes en vue du mariage. L'admission de la procédure en la forme écrite par l'office de l'état civil ou son autorité de surveillance intervient après coup, sans formalisme. Ainsi point n'est besoin de délivrer une autorisation expresse si l'on donne suite au dossier. Il suffit alors d'inviter les fiancés à contacter l'office en vue de fixer la date du mariage, respectivement de leur transmettre l'autorisation de célébrer le mariage ou le certificat de capacité matrimoniale commandés. Qu'en est-il lorsqu'on ne peut manifestement exiger des fiancés qu'ils se rendent à l'office ni même au consulat compétents du fait par exemple que l'un d'eux se trouve immobilisé ou qu'il leur faudrait parcourir de longues distances? La norme permettant aux fiancés de déposer leurs déclarations auprès de la représentation suisse compétente (art. 157 al. 3 OEC) est destinée à assurer la conformité des déclarations en recourant en premier lieu à des services suisses sur lesquels l'Office fédéral de l'état civil a un pouvoir d'instructions. Elle n'empêche nullement que l'on admette dans certains cas que les déclarations soient reçues auprès d'officiers publics ou de services administratifs étrangers présentant toutes les garanties requises. Il est néanmoins indiqué que les déclarations ainsi reçues transitent au moins par la représentation compétente qui les légalisera au besoin et pourra formuler d'éventuelles réserves quant à l'authenticité ou la conformité de l'acte. Il a ainsi été admis qu'au lieu de faire un trajet de plusieurs heures pour se rendre au consulat suisse à Bordeaux, des fiancés résidant en Bretagne aient la possibilité de faire leurs déclarations à la mairie française. Ces facilités ont aussi été reconnues aux habitants de l'île de Jersey qui dépendent de la section consulaire de l'Ambassade de Londres. Par principe, c'est l'officier de l'état civil ou son autorité de surveillance qui décide de l'admission d'une dérogation à la compétence légale ordinaire. Toutefois, pour des raisons d'égalité des administrés et d'efficacité administrative, l'Office fédéral de l'état civil s'est réservé la possibilité de formuler des recommandations générales pour certaines régions³.

3.3. Documents nécessaires

3.3.1. Principes

Les fiancés établissent leur identité au moyen de documents (art. 98 al. 3 CC) dont la liste figure à l'article 151 OEC. Il appartient normalement aux fiancés d'entreprendre les démarches requises en vue de se procurer les documents eux-mêmes ou par l'entremise de tiers, comme des proches parents. L'officier de l'état civil renseigne les fiancés à ce sujet et peut aussi se charger de commander certains documents contre frais (OEEC, annexe 1, ch. 21 ss.). Les représentations suisses à l'étranger ont le même devoir de renseigner et peuvent en principe aussi renvoyer les fiancés à se procurer les documents eux-mêmes ou à mandater des tiers en ce sens. Elles sont toutefois tenues d'offrir leur collaboration si celle-ci est sollicitée par l'officier de l'état civil ou son autorité de surveillance, en particulier lorsque l'obtention des documents depuis la Suisse s'avère difficile. Des émoluments supplémentaires sont perçus selon le temps consacré à l'affaire (OEEC, annexe 3, ch. 1.2).

³ Voir sur toute la question : "Nouvelles dispositions sur l'état civil et le mariage", "Catalogue des questions destiné aux représentations suisses", "Tableau récapitulatif des émoluments en matière d'état civil à l'intention des représentations suisses à l'étranger", publiés in REC 2000, p. 242 ss., version allemande : "Neue Bestimmungen über den Zivilstand und die Eheschliessung", "Fragenkatalog für die Schweizerischen Vertretungen", "Zusammenstellung der Gebühren im Zivilstandswesen für die schweizerischen Vertretungen", publiés in REC 2000, pp. 173 ss.

Il faut que les documents soient récents, c'est-à-dire qu'ils ne doivent en règle générale pas dater de plus de six mois⁴. Ce délai constitue une référence sur laquelle l'officier de l'état civil peut se baser au besoin. Il est toutefois indicatif et laisse la latitude requise pour tenir compte des circonstances d'espèce. Un dépassement de quelques jours, voire de quelques semaines, peut sans autre être accepté, surtout s'il n'est pas dû à la faute des fiancés. De toute façon, il est des cas où il faut se montrer flexible et admettre des documents même plus anciens dans la mesure où il est impossible de s'en procurer de nouveaux ou déraisonnable de l'exiger.

3.3.2. Documents dont l'authenticité est douteuse

Compte tenu de la force probante accrue des registres de l'état civil (art. 9 CC) et de l'obligation de vérifier l'identité et la capacité matrimoniale des fiancés (art. 98 CC; 153 al. 1 ch. 4 OEC), il y a lieu de faire examiner les documents dont l'authenticité est douteuse du fait par exemple qu'ils ont été établis dans une région où l'état civil est notoirement désorganisé ou que les circonstances particulières de l'affaire le justifient (ces doutes sont généralement communiqués par le consulat chargé de légaliser les documents). Ces investigations peuvent être confiées à la représentation suisse compétente.

3.3.3. Documents manquants

Que faire quand il n'est pas possible de présenter un document normalement exigé? L'autorité cantonale peut, dans la mesure où le fait à prouver n'est pas litigieux, autoriser la réception par l'officier de l'état civil d'une déclaration (art. 41 CC, 13a OEC). Si le fait est litigieux, les fiancés seront renvoyés à faire constater leur état civil devant le juge qui devra entendre l'autorité cantonale et lui notifier sa décision (art. 42 CC). De tels dossiers doivent donc être systématiquement soumis à l'autorité cantonale de surveillance qui tranchera en faveur d'une déclaration ou exigera un prononcé judiciaire. Indépendamment de la réception de la déclaration, l'officier de l'état civil a un rôle important à jouer. En effet, même si la demande d'autorisation de recevoir une déclaration émane formellement de l'intéressé, l'officier de l'état civil en charge de la procédure préparatoire du mariage est l'intermédiaire qualifié entre son autorité de surveillance et le particulier. L'office veillera à ce que le dossier constitué par les fiancés comporte tous les éléments nécessaires à la prise de décision par l'autorité de surveillance. Une check-list de ces points figure dans l'Instruction 5 de l'Exemple 81.0002 (voir Manuel de l'état civil, Exemples A). La personne concernée doit notamment démontrer qu'au terme de tous les efforts entrepris, l'obtention des documents pertinents s'avère impossible ou qu'elle ne peut manifestement être exigée (art. 13a al. 1 ch. 1 OEC). Cela ne signifie toutefois pas qu'il faille exiger une preuve directe (comme un témoin oculaire de la destruction d'un registre!) de l'impossibilité de présenter un document car cette preuve serait trop souvent impossible à apporter. Les allégations de l'intéressé pourront bien plus être étayées par des coupures de presse, des rapports d'organisations non gouvernementales sur la situation dans le pays de provenance, etc. L'autorité de surveillance vérifiera si les éléments fournis sont corroborés par les renseignements qu'elle détient [voir en particulier le papier thématique de l'Office fédéral des réfugiés (ODR) "Possibilité de se procurer des documents dans différents pays", régulièrement mis à jour] ou qu'elle a elle-même requis notamment auprès d'autres autorités, comme l'ODR.

⁴ Précision apportée à la demande de l'Association suisse des officiers de l'état civil.

Concrètement, l'impossibilité de se procurer des documents peut découler de toute circonstance propre à désorganiser l'état civil d'une région, comme un conflit armé, une guerre civile, des troubles politiques graves ou une catastrophe naturelle. S'agissant des réfugiés et des requérants d'asile, il faut en outre tenir compte du fait que l'on ne peut exiger de ces personnes qu'elles prennent contact avec les autorités de l'Etat persécuteur. Selon les circonstances, le document requis pourra néanmoins être obtenu par l'intermédiaire de tiers, comme les proches des fiancés (ATF 113 II 1).

Une fois autorisée, la déclaration sera reçue sur la nouvelle formule 81 par l'officier de l'état civil qui aura rendu le déclarant attentif aux sanctions pénales encourues.

4. Célébration du mariage

4.1. Compétence

L'officier de l'état civil suisse est seul habilité à célébrer les mariages dans notre pays. Le mariage religieux ne déploie aucun effet juridique; il ne peut précéder le mariage civil (art. 97 CC). Cela a dû être rappelé à quelques reprises à des représentations d'Etats étrangers et à certaines communautés religieuses. Avant de donner la bénédiction religieuse, un chef spirituel doit s'assurer que les intéressés sont bel et bien mariés civilement. Dans la mesure où un acte de mariage n'est plus remis automatiquement aux époux, les autorités religieuses peuvent désormais se fonder sur le livret de famille qui reste obligatoire (art. 147 al. 1 OEC).

4.2. Lieu

Le mariage est célébré dans la salle des mariages (art. 101 al. 1 CC, 158 al. 1 OEC). Il doit s'agir d'un "local convenable". La célébration ne peut ainsi avoir lieu en un lieu ouvert mais à l'intérieur d'un bâtiment, dans un espace qui soit compatible avec la dignité du mariage. L'autorité cantonale compétente définit pour chaque arrondissement une ou plusieurs salles des mariages (voir l'art. 4 OEC). Les fiancés ne peuvent exiger que le mariage soit célébré dans un autre immeuble: une décision préalable de l'autorité compétente "officialisant" ce lieu serait nécessaire. Est réservé le cas où le mariage doit être célébré en un autre endroit du fait que les fiancés ou l'un d'eux ne peuvent se déplacer à la salle des mariages. Il leur incombe de démontrer que leur déplacement ne peut manifestement être exigé (art. 101 al. 3 CC; 158 al. 3 OEC). Cette clause doit être appliquée avec retenue. Une dispense n'entre en ligne de compte que si l'un des fiancés est immobilisé pour des raisons médicales (voir l'art. 116 al. 2 CC dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 1999) ou autres. En définitive, la nouvelle réglementation sur la dispense ne fait que codifier la pratique développée sous l'ancien droit qui permettait déjà de célébrer des mariages en prison⁵ et ne se veut donc pas plus libérale.

⁵ Voir à ce sujet : "Le droit des détenus au mariage, Deux décisions de la Commission européenne des droits de l'homme", publié in REC 1984, pp. 231 ss.

4.3. Forme

Le mariage est célébré en présence de deux témoins (art. 102 CC). Il ne peut être dérogé à la règle⁶. Les témoins doivent être majeurs et capables de discernement (art. 106 CC). Dans la mesure où leur infirmité ne constitue pas une entrave rédhibitoire à l'exercice de la fonction, les personnes handicapées peuvent être admises comme témoin (tel est par exemple le cas des aveugles). Si l'un des comparants est empêché de signer, ce fait est simplement attesté dans le registre (art. 48 al. 2 OEC). A propos de la signature des époux, il semble qu'il y ait eu quelques hésitations après l'abrogation de la règle selon laquelle ceux-ci "signent du nom qu'ils portent ensuite du mariage" (art. 166 al. 2 OEC dans sa teneur jusqu'au 31 décembre 1999). L'abrogation de cette prescription rend aux fiancés la liberté qui existe généralement en matière de signature. Les époux doivent donc être invités à apposer sur le registre leur signature habituelle ou celle qu'ils ont décidé d'adopter dès la conclusion du mariage (par signature, l'on entend le signe écrit à la main par la personne qui s'oblige; voir l'art. 14 du Code des obligations; RS 220). L'identification des époux est de toute façon assurée par la légalisation de l'officier de l'état civil.

5. Annulation du mariage; mariage sous une fausse identité

Un mariage célébré par un officier de l'état civil ne peut être annulé que pour l'un des motifs prévus par la loi (art. 104 CC). Ceux-ci sont donc énumérés de manière exhaustive aux articles 105 et 107 CC. La bigamie, l'incapacité de discernement et un lien de parenté ou d'alliance prohibé constituent les seules causes absolues d'annulation, imposant à l'autorité compétente de saisir le juge d'une action. Qu'en est-il d'un mariage célébré sous une fausse identité? Ce fait ne constitue pas en soi une cause absolue d'annulation. Par conséquent, le mariage ne sera pas forcément annulé mais l'inscription au registre devra être rectifiée en vertu du principe de la véracité des registres (art. 9 CC). L'action ne sera intentée d'office que s'il apparaît que l'imposteur était déjà marié ou que les époux se trouvent dans un lien de parenté ou d'alliance prohibé. La rectification du registre et l'annulation du mariage nécessitent toutes deux un prononcé judiciaire; elles ne seront toutefois pas toujours liquidées par le même tribunal du fait par exemple que le mariage a été célébré - et partant enregistré - en un lieu (for impératif pour la rectification des registres; voir l'art. 14 de la Loi fédérale sur les fors, dont l'entrée en vigueur interviendra probablement le 1^{er} janvier 2001; FF 2000, p. 2083) différent du lieu de domicile actuel des époux (compétence territoriale pour l'action en annulation; voir l'art. 106 al. 1 CC).

(Avis rédigé par Me Michel Montini, avocat, adjoint scientifique, le 3.08.2000; REC 2000/8/256)

⁶ Il n'est en particulier pas permis d'accepter un nombre de témoins supérieur, conformément à un droit étranger. La forme de la célébration du mariage est en effet toujours régie par le droit suisse (art. 44 al. 3 LDIP). Les autres personnes invitées par les fiancés assistent à la célébration dans le public, en tant que spectateurs.