

Fanny Matthey, Mariage mixte conclu à l'étranger : conditions de la délivrance d'un certificat de capacité matrimoniale ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_107/2016, Newsletter DroitMatrimonial.ch octobre 2016

**Art. 97a, 105 ch. 4 CC ;
74a, 75 OEC ;
45 al. 2 LDIP**

Mariage mixte conclu à l'étranger : conditions de la délivrance d'un certificat de capacité matrimoniale ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_107/2016

Fanny Matthey

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt [5A_107/2016](#) du 9 août 2016, destiné à la publication au recueil officiel, traite de la délivrance du certificat de capacité matrimoniale dans le cadre d'un mariage mixte (en l'occurrence entre un ressortissant étranger et une ressortissante suisse) conclu à l'étranger. Il s'agit de savoir si l'art. 74a de l'ordonnance sur l'état civil (OEC) consacré aux abus liés à la législation sur les étrangers est applicable dans ces circonstances et s'il permet en conséquence à l'officier d'état civil de refuser de délivrer un tel certificat.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A., ressortissante suisse née en 1959 souhaite se marier en Tunisie avec B., citoyen tunisien né en 1986. L'ambassade suisse de Tunis demande au Service de l'état civil et des naturalisations du canton de Fribourg qu'il délivre un certificat de capacité matrimoniale pour A. Le Service refuse estimant que les fiancés ne souhaitent pas fonder une communauté conjugale mais ont l'intention d'éluder les dispositions de la législation sur les étrangers. Les fiancés font recours contre cette décision.

B. Le droit

Les fiancés invoquent notamment une violation de l'art. 97a CC. Ils estiment que cette disposition ne concerne que les mariages célébrés en Suisse et que, lorsque le mariage est célébré à l'étranger, l'office de l'état civil n'est pas compétent pour refuser de délivrer un certificat de capacité matrimoniale. En outre, ils sont d'avis que si le législateur avait voulu étendre la portée de l'art. 97a CC aux mariages conclus à l'étranger, il aurait dû le prévoir dans une loi formelle et pas dans une simple ordonnance.

L'instance précédente, en revanche, juge que le certificat de capacité matrimoniale ne sert pas seulement à attester la qualité de célibataire de la personne qui souhaite se marier, mais que, selon les art. 97a CC, 74a et 75 OEC, l'officier d'état civil doit refuser son concours s'il observe que le mariage tend à éluder le droit des étrangers.

Pour bien comprendre le raisonnement du Tribunal fédéral, il convient d'avoir sous les yeux le texte de l'art. 75 al. 2 *in inicio* OEC : « Les dispositions relatives à la procédure préparatoire des mariages célébrés en Suisse (art. 62 à 67, 69 et 74a) s'appliquent par analogie à la compétence et à la procédure ». Il faut ainsi comprendre par-là que les dispositions mentionnées – dont l'art. 74a OEC qui nous intéresse particulièrement ici, en ce qu'il est consacré aux abus liés à la législation sur les étrangers – s'appliquent par analogie à la compétence de délivrer un certificat de capacité matrimoniale et à une telle procédure de délivrance.

Il faut encore préciser à ce stade que, dans sa teneur antérieure au 1^{er} juillet 2013 (voir RO 2013 1045 pour la modification), l'art. 75 OEC ne comprenait pas de renvoi à l'art. 74a OEC. Ce renvoi a été introduit suite à un autre arrêt du Tribunal fédéral, l'arrêt [5A_201/2011](#), du 26 juillet 2011, dans lequel la Haute Cour avait estimé que « [l]es art. 97a al. 1 CC et 74a al. 1 OEC sont applicables par analogie » à l'art. 75 OEC (cf. consid. 3.1.1 de l'arrêt 5A_201/2011).

Dans l'arrêt qui nous occupe, le Tribunal fédéral est d'avis que les art. 97a CC et 74a OEC ont « prioritairement vocation » à s'appliquer lorsque le mariage est célébré en Suisse (consid. 3.3.3). Dans cette optique, le Tribunal fédéral rappelle que « la décision de l'officier de l'état civil de délivrer un certificat de capacité matrimoniale ne lie pas les autorités de police des étrangers » qui pourront rejeter une demande d'autorisation de séjour, ou sa prolongation, si elles découvrent que le mariage est fictif (consid. 3.3.3).

A l'inverse, si on applique l'art. 74a OEC dans le cadre d'un mariage à l'étranger, en quelque sorte « à titre *préventif* » pour le cas où les fiancés ont l'intention de s'établir en Suisse à l'issue de l'union, il s'agit alors, selon le Tribunal fédéral, d'un « rattachement anticipé au domicile imminent ». Mais, toujours selon le Tribunal, cette solution n'est acceptable que si l'intention de s'établir en Suisse après le mariage est « dûment avérée ». Il n'existe en effet aucun intérêt public à ne pas délivrer un certificat de capacité matrimoniale à un(e) fiancé(e) suisse qui souhaite rejoindre son ou sa conjoint(e) à l'étranger et s'y établir (consid. 3.3.3).

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral est d'avis que les faits ne sont pas suffisamment établis et actuels pour conclure que les fiancés ont l'intention de s'établir en Suisse après le mariage. Seule la perspective de l'existence d'un mariage fictif a été prise en compte dans l'analyse faite par les instances inférieures (consid. 3.3.4). Le Tribunal fédéral admet le recours et renvoie la cause à l'instance inférieure pour nouvelle décision.

III. Analyse

Dans le contexte juridique des mariages mixtes, il n'est peut-être pas inutile de rappeler quelle autorité (officier d'état civil ou police des étrangers) est compétente pour chaque étape de la procédure en vue du mariage.

Prenons d'abord le cas d'un mariage mixte, c'est-à-dire binational, célébré en Suisse. Les fiancés présentent la demande en exécution de la procédure préparatoire du mariage à

l'office de l'état civil du domicile de l'un d'eux. Dans ce cadre, les fiancés doivent notamment établir leur identité, ainsi que la légalité de leur séjour au sens de l'art. 98 CC. Afin que cette dernière exigence de la légalité du séjour n'empêche pas de manière absolue à tout étranger en situation irrégulière d'accéder au mariage, le Tribunal fédéral a, depuis quelques années, édicté des critères permettant dans certains cas de régulariser la personne concernée, de manière temporaire.

Lorsque l'officier d'état civil constate que l'un des fiancés ne séjourne pas légalement en Suisse, il devrait, à notre sens, traiter son cas en deux temps :

- d'abord, vérifier que les fiancés ont bien l'intention de fonder une communauté conjugale et ne veulent pas éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers (au sens de l'art. 97a CC). Pour ce faire, il entend notamment les fiancés séparément et peut requérir des informations auprès d'autres autorités et de tiers (cf. art. 97a al. 2 CC et 74a OEC) ;
- puis, si la volonté de fonder une communauté conjugale est manifeste, l'officier d'état civil doit fixer alors un délai suffisant (60 jours en principe selon la jurisprudence ; voir par exemple ATF 138 I 41, consid. 5) au fiancé en situation irrégulière pour obtenir une légalisation temporaire. (Dans le cas contraire, l'officier d'état civil doit informer la police des étrangers, cf. art. 74a al. 7 CC).

Le fiancé devra dès lors s'adresser à l'autorité cantonale compétente en matière d'étrangers de son lieu de séjour pour obtenir cette légalisation temporaire. Cette autorité va vérifier qu'à l'issue du mariage le fiancé en situation irrégulière obtiendra bien un droit de séjour durable (en d'autres termes, qu'il va se marier avec une personne qui lui permettra d'obtenir un droit de séjour après le mariage). Si c'est le cas, la police des étrangers régularisera le séjour du fiancé le temps de la procédure préparatoire au mariage.

Face à deux personnes désormais en situation régulière, l'officier d'état civil pourra reprendre sa procédure préparatoire au mariage et la clore, puis communiquer aux fiancés les délais légaux pour la célébration du mariage (au sens des art. 99 ss CC).

Le cas qui nous occupe dans l'arrêt 5A_107/2016 concerne également un mariage mixte, mais cette fois-ci célébré à l'étranger.

Lorsque le ou la fiancé(e) suisse doit être en possession d'un certificat de capacité matrimoniale pour se marier, il doit le requérir auprès de l'officier d'état civil de son lieu de domicile (voire de son lieu d'origine à défaut de domicile, cf. art. 75 al. 2 OEC).

Selon les art. 75 al. 2 et 74a OEC, le Tribunal fédéral admet que l'officier d'état civil puisse refuser de délivrer un tel certificat à deux conditions cumulatives :

- s'il estime que le mariage ne servira pas à fonder une communauté conjugale mais à éluder les dispositions sur le droit des étrangers ; on retrouve ici la compétence typiquement dévolue à cette autorité, et
- qu'à l'issue du mariage, les époux ont l'intention dûment avérée de venir s'installer en Suisse.

Si l'officier d'état civil n'est pas en mesure de faire ces deux constatations, il devra délivrer le certificat de capacité matrimoniale en vue du mariage à l'étranger.

Et le Tribunal fédéral de rappeler que cette pratique des autorités civiles n'empêchera pas la police des étrangers de refuser de délivrer un permis de séjour, ou de ne pas le prolonger, si les époux souhaitent s'installer en Suisse et qu'elle constate ultérieurement que le mariage est fictif.