

Tribunal cantonal

N° affaire: **GE.2011.0082**

Autorité:, Date décision: TA, 30.09.2011

Juge: FK

Greffier: LSR

Publication (revue juridique):

Ref. TF:

Nom des partiesX._____, Y._____
contenant: c/Office de l'état civil de
Lausanne, Direction de
l'état civil

DROIT AU MARIAGE
SÉJOUR ILLÉGAL
CEDH
PRIMAUTÉ DU DROIT INTERNATIONAL
CONTRÔLE CONCRET DES NORMES
PROCÉDURE PRÉPARATOIRE

CC-98-4
CEDH-12
Cst-190
Cst-5

Résumé contenant:

L'Office d'état civil a déclaré irrecevable la demande d'ouverture d'une procédure préparatoire de mariage entre une Suisse et un étranger (détenu en Suisse, mais qui n'a plus d'autorisation depuis 2007), au motif que le fiancé ne séjourne pas légalement en Suisse. Recours à la CDAP. En cas de conflit entre une norme de rang international qui garantit des droits de l'homme et une loi fédérale, la norme internationale l'emporte. Le texte clair de l'art. 98 al. 4 CC exclut du mariage, sans exception possible, toutes les personnes sans séjour légal en Suisse. Si le droit au mariage tel qu'il est garanti par la CEDH permet la lutte contre les mariages fictifs, il n'autorise pas une exclusion générale, systématique et automatique de ce genre. Il n'y a pas place pour une interprétation conforme au droit international de l'art. 98 al. 4 CC. Admission du recours et renvoi du dossier à l'autorité intimée afin qu'elle ouvre une procédure de mariage à l'égard des recourants et vérifie si les conditions du mariage sont réunies.

TRIBUNAL CANTONAL

COUR DE DROIT ADMINISTRATIF ET PUBLIC

Arrêt du 30 septembre 2011

Composition *M. François Kart, président; Mme Danièle Revey et M. Alain Zumsteg, juges; Mme Liliane Subilia, greffière.*

Recourants 1. **X.**_____, à 1*****,
2. **Y.**_____, à 1*****,
représentés par CSP - Centre Social Protestant, à Lausanne.

Autorité intimée **Office de l'état civil de Lausanne, Service de la population.**

Autorité concernée **Direction de l'état civil.**

Objet

Recours X._____ et consorts c/ décision de l'Office de l'état civil de Lausanne du 22 mars 2011 (procédure préparatoire de mariage)

Vu les faits suivants

A. X._____, né le *****, ressortissant péruvien est arrivé en Suisse en 1992, pour rejoindre sa mère, qui résidait illégalement en Suisse depuis plusieurs années, son séjour ayant plus tard été régularisé par mariage avec un ressortissant italien. Dans l'intervalle, X._____ avait été confié à ses grands-parents maternels. Il a séjourné en Suisse d'abord sans autorisation, puis au bénéfice d'un permis de séjour depuis le 6 août 1996.

B. Il est père d'une enfant Z._____, née le *****, qu'il a reconnue, issue d'une relation - apparemment entrecoupée d'autres relations - avec Y._____.

C. X._____ a à diverses reprises occupé la justice pénale et a notamment fait l'objet des condamnations suivantes:

- une peine de quatre mois de détention avec sursis durant deux ans, sous déduction de 23 jours de détention préventive, prononcée le 13 février 2002 par la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal pour homicide par négligence et lésions corporelles simples;

- une peine de six mois de prison, prononcée le 28 novembre 2005 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne pour complicité de brigandage, d'extorsion et de chantage, conduite en étant pris de

boisson, violation grave des règles de la circulation routière, peine partiellement complémentaire à celle prononcée le 13 février 2002 par la Cour de cassation pénale;

- une peine privative de liberté de deux ans, avec sursis à l'exécution de la peine d'un an, avec délai d'épreuve de cinq ans, prononcée le 28 septembre 2007 par la Cour de cassation pénale pour mise en danger de la vie d'autrui et contrainte, peine complémentaire à celle prononcée le 28 novembre 2005 par le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne.

Enfin, par jugement du 3 juin 2010, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement de Lausanne a, notamment, constaté que X._____ s'était rendu coupable de lésions corporelles simples, de dommages à la propriété, d'injure, de menaces, de contrainte sexuelle et de viol (I), l'a condamné à une peine privative de liberté d'ensemble de quatre ans et demi, comprenant sa réintégration pour un mois et 29 jours (II), a ordonné la révocation du sursis accordé le 29 septembre 2007 par la Cour de cassation pénale et ordonné l'exécution de la peine privative de liberté d'un an (III).

D. Le 26 juillet 2006, le Service de la population (SPOP) a informé X._____ que, dès lors qu'il avait plus de vingt et un ans, qu'il n'était plus à la charge de sa mère et ne vivait plus avec celle-ci, il ne pouvait plus se prévaloir d'un droit de séjour dérivé tiré de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681) au titre du regroupement familial avec sa mère. Le SPOP a donc révoqué l'autorisation de séjour CE/AELE de X._____, émis un préavis favorable à la poursuite de son séjour et à la délivrance d'une autorisation de séjour annuelle et refusé la transformation de son autorisation de séjour en autorisation d'établissement. Par décision du 4 mai 2007, l'Office fédéral des migrations (ODM) a refusé d'approuver l'octroi d'une autorisation de séjour à X._____ et lui a imparti un délai de départ. Le Tribunal administratif fédéral (TAF) a confirmé cette décision par arrêt du 5 juin 2009 (C-3907/2007), estimant que l'intérêt public à éloigner l'intéressé prédominait sur son intérêt à demeurer en Suisse. La nécessité de préserver la Suisse d'un délinquant récidiviste, incapable de s'adapter à l'ordre établi et représentant une menace grave pour la sécurité publique, l'emportait sur le déracinement et les difficultés d'adaptation auxquels l'intéressé serait exposé en cas de renvoi. Statuant en date du 4 mai 2010, l'ODM a refusé de reconsidérer sa décision du 4 mai 2007.

E. X._____ est incarcéré depuis le 22 septembre 2009.

F. Au cours du mois de janvier 2010, il a déposé une demande d'ouverture d'un dossier de mariage avec A._____. Le 15 juin 2010, il a demandé l'annulation de cette procédure.

G. Le 3 janvier 2011, l'Office de l'Etat civil de Lausanne a reçu une demande d'ouverture d'un dossier de mariage entre Y._____ et X._____. Par courrier du 12 janvier 2011, l'Office de l'Etat civil de Lausanne a imparti un délai de 60 jours à X._____ pour fournir la preuve de son séjour légal en Suisse.

H. Par décision du 22 mars 2011, l'Office d'état civil de Lausanne a déclaré irrecevable la demande d'ouverture d'une procédure préparatoire de mariage entre Y._____ et X._____, pour le motif que

l'intéressé ne séjournait pas légalement en Suisse.

I. Y. _____ et X. _____ (ci-après: les recourants) ont interjeté en date du 2 mai 2011 un recours contre cette décision devant la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal (CDAP), tendant à l'annulation de la décision attaquée et à l'autorisation de leur mariage. Le recourant estime être en séjour légal dès lors qu'il est en prison en Suisse. Les recourants considèrent également qu'il est contraire aux art. 8, 12 et 14 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH; RS 0.101) de leur interdire le mariage sur la base de l'art. 98 al. 4 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC; RS 210), dès lors que ce mariage est sincèrement voulu. Ils soulignent que le recourant s'investit dans la prise en charge de son enfant. En outre, être mariés faciliterait d'éventuelles démarches futures pour une installation à l'étranger qu'ils doivent légitimement envisager.

J. Le SPOP, Direction de l'état civil (ci-après aussi: l'autorité intimée), a répondu le 16 mai 2011 et a formulé les conclusions suivantes:

- « 1. Le recours déposé le 2 mai 2011 par les fiancés X. _____ et Y. _____ est rejeté et la décision du 22 mars 2011 de l'Office de l'état civil de Lausanne est confirmée.*
- 2. L'effet suspensif accordé aux recourants ne porte que sur l'exécution de la procédure préparatoire de mariage et le classement du dossier.*
- 3. Les frais et dépens sont mis à la charge des recourants ».*

Il relève que l'art. 98 al. 4 CC s'applique à toutes les procédures de mariage non clôturées au 31 décembre 2010. Quant à la conformité de cet article avec la CEDH, le SPOP estime qu'il n'a pas à se baser sur la jurisprudence de la CEDH concernant un autre Etat que la Suisse pour refuser d'appliquer une loi fédérale en vigueur. En outre, le fait que le recourant soit détenu en Suisse ne rend pas son séjour légal, dès lors qu'il n'a plus d'autorisation depuis le 2 octobre 2007 et qu'il avait l'obligation de quitter la Suisse.

K. Les recourants ont produit des observations complémentaires le 15 juin 2011. Le SPOP, Direction de l'état civil s'est déterminé le 4 juillet 2011.

L. La question de savoir si l'art. 98 al. 4 CC porte atteinte au droit au mariage protégé par l'art. 12 CEDH a fait l'objet d'une procédure de coordination au sens de l'art. 34 du règlement organique du Tribunal cantonal du 13 novembre 2007 (ROTC; RSV 173.31.1).

Considérant en droit

1. Selon l'art. 97 al. 1 CC, l'officier de l'état civil est compétent pour célébrer le mariage au terme de la procédure préparatoire. L'art. 45 CC prévoit que chaque canton institue une autorité de surveillance des offices de l'état civil. Dans le Canton de Vaud, il s'agit du Département des institutions et des relations extérieures (cf. art. 1 al. 2 et 7 al. 1 de la loi vaudoise du 25 novembre 1987 sur l'état civil [LEC; RSV 211.11]). L'art. 31 al. 1 LEC prévoit que les décisions de l'officier de l'état civil sont susceptibles de recours au département. Dans l'hypothèse où elle a donné son avis dans un cas concret, l'autorité de surveillance saisie d'un recours devra décliner sa compétence et transmettre le recours interjeté contre une décision de refus de mariage ou

d'enregistrement à l'instance supérieure (*Sprungrekurs*).

En l'espèce, la décision attaquée ayant été prise avec le concours de l'autorité cantonale de surveillance, c'est à juste titre que les recourants l'ont déférée à la cour de céans. Le recours est ainsi recevable à la forme.

2. a) Les recourants soutiennent que le nouvel art. 98 al. 4 CC porterait atteinte au droit au mariage protégé par l'art. 12 CEDH et se prévalent de l'arrêt rendu le 14 décembre 2010 par la Cour européenne des droits de l'homme dans la cause *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni* (req. n° 34848/07).

Tant l'art. 98 al. 4 CC que l'art. 12 CEDH font partie des textes de loi que le tribunal de céans doit appliquer. Pour résoudre le conflit allégué entre ces deux normes, il faut d'abord se demander si le tribunal est habilité à vérifier la conformité d'une loi fédérale au droit international, ce qui est le cas en l'espèce comme il sera exposé ci-dessous. Le tribunal devra ensuite examiner si l'art. 98 al. 4 CC viole effectivement l'art. 12 CEDH. Il est précisé que si l'art. 98 al. 4 CC s'avérait contraire à la CEDH, le tribunal ne saurait toutefois, formellement, annuler celui-ci, mais pourrait uniquement modifier la décision qui l'applique.

b) Selon l'art. 190 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101), le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international. Cet article se limite à immuniser tant les lois fédérales que le droit international contre un contrôle de leur constitutionnalité, et n'apporte pas de réponse au conflit entre une loi fédérale et le droit international (ATF 125 II 417 consid. 4c p. 424 [traduit et résumé in RDAF 2000 I, p. 589 ss], arrêt PKK; Maya Hertig Randall, L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives, Rapport pour le Congrès annuel de la Société suisse des juristes 2010, Revue de droit suisse [RDS] 2010 II, p. 221 ss, spéc. p. 249). Quant à l'art. 5 Cst. (nouvellement introduit dans la Constitution de 1999), intitulé « Principes de l'activité de l'Etat régi par le droit », il dispose à son alinéa 4 que la Confédération et les cantons respectent le droit international. Cette disposition très générale ne pose à dessein pas de règle de conflit précise (cf. ATF 133 V 367 consid. 11.1.2 p. 387 [traduit et résumé in RDAF 2008 I, p. 426]; cf. aussi notamment pour l'analyse des travaux préparatoires, Aubert/Mahon, Petit Commentaire de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999, Zurich Bâle Genève 2003, n° 20 *ad* art. 5, p. 48 et les références citées). C'est dès lors vers la jurisprudence du Tribunal fédéral qu'il faut se tourner pour résoudre ce conflit. Dans plusieurs arrêts, la Haute cour a consacré le principe de la primauté du droit international sur le droit interne et a affirmé que le juge ne peut pas appliquer une loi fédérale qui violerait un droit fondamental consacré par une convention internationale (ATF 131 V 66 consid. 3.3 p. 70; 125 II 417 consid. 4d p. 425 précité; 122 II 234 consid. 4e p. 239, 485 consid. 3a p. 487; 119 V 171 consid. 4a p. 177, et les arrêts cités; Aubert/Mahon, *op. cit.*, n° 9 *ad* art. 190, p. 1457 et les références citées; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I: l'Etat, 2^e éd., Berne 2006, p. 653 ss, spéc. n° 1882 p. 665, n° 1901 p. 673). Ce principe découle de la nature même de la règle internationale, hiérarchiquement supérieure à toute règle interne (ATF 122 II 485 consid. 3a p. 487). En pratique, le Tribunal fédéral nuance toutefois ce principe selon les critères suivants:

- Les normes du droit international qui garantissent des droits de l'homme priment les lois fédérales.

Ce sont essentiellement les droits de l'homme garantis par la CEDH et par le Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (cf. par exemple ATF 131 II 352 consid.1.3.1 p. 355 [traduit et résumé in RDAF 2006 I, p. 735 ss], 130 I 312 consid. 1.1 p. 317 ss, 125 II 417 consid. 4c et d p. 424 ss précité, dans lesquels le Tribunal fédéral a laissé inappliqués les art. 98, let. a et 100 de l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire en raison de la violation de l'art. 6 CEDH). Récemment, le Tribunal fédéral a eu à connaître d'un cas dans lequel la disposition légale concernée (art. 14 al. 1 let. b LACI) avait été adoptée postérieurement (contrairement aux cas cités ci-avant) à la convention internationale en question (ALCP) dans le but précis de limiter la portée de cet accord (ATF 133 V 367 consid.11 p. 386 ss précité). En se référant à l'ATF 125 II 417, le Tribunal fédéral a retenu que, puisqu'il s'agissait d'une disposition internationale (art. 9 al. 2 annexe I ALCP, qui interdit des discriminations en raison de la nationalité en matière de prestations sociales) assimilable à une norme de protection des droits de l'homme, celle-ci devait l'emporter sur le droit national contraire (cf. sur cette question, Anne Benoit, Vers une hiérarchie des normes internationales en droit interne suisse?, RDS 2009 I, p. 453 ss, p.465-466).

- Par contre, si le conflit de normes ne concerne pas un droit fondamental ou du moins pas un droit qui soit garanti par le droit international, la loi fédérale postérieure édictée en dérogation au droit international en pleine connaissance de cause prime aussi le droit international antérieur (ATF 99 Ib 39, arrêt Schubert, "unanimentement critiqué par la doctrine" cf. Auer/Malinverni/Hottelier, op. cit., n° 1304 p. 463). Dans un récent arrêt 136 III 168 consid. 3.3.4 p. 172, le Tribunal fédéral a soulevé sans la trancher la question de savoir si la jurisprudence Schubert était encore applicable au regard de l'éventuelle incompatibilité entre l'art. 160 CC (nom de famille – que le législateur suisse a en connaissance de cause refusé de modifier) et la CEDH, dès lors que sa nouvelle jurisprudence (ATF 125 II 417) disposait que la CEDH l'emportait sur des dispositions légales contraires. Cet *obiter dictum* ne paraît pas déterminant vu que le Tribunal fédéral a par le passé à plusieurs reprises confirmé que la jurisprudence Schubert ne s'appliquait pas en matière de droits fondamentaux garantis par la CEDH. Il a d'ailleurs été critiqué par la doctrine (cf. Vincent Martenet, La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse, RDS 2011 I, p. 243 ss, p. 254, note 64) et ne remet de toute manière par en cause le principe posé par l'ATF 125 II 417. Le tribunal de céans peut dès lors contrôler la conformité à la CEDH de l'art. 98 al. 4 CC, celui-ci touchant au droit fondamental au mariage.

3. a) Le droit au mariage est un droit fondamental garanti par les art. 12 CEDH et 14 Cst. D'après l'art. 12 CEDH, à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. Le renvoi aux lois nationales montre que ce droit fondamental n'est pas absolu. Même si, contrairement à l'art. 8 CEDH, l'art. 12 CEDH n'énonce pas les conditions qui justifieraient une limitation, suivant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la doctrine, une atteinte aux droits fondamentaux n'est cependant admissible que pour autant qu'elle ne touche pas à l'essence du droit (cf. ATF 128 III 113 consid. 3a p. 116, estimant que la prohibition du mariage avec l'enfant de son conjoint ne touche pas à l'essence du droit) et que la base légale se fonde sur des motifs d'intérêt public général. Les empêchements nationaux au mariage doivent dès lors être justifiés de manière rationnelle (ATF 128 III 113 consid. 3a p. 116 et la référence citée). Il découle en outre du principe de proportionnalité que l'intérêt public à l'empêchement ne doit pas être manifestement moindre que l'intérêt à la célébration du mariage (ATF 128 III 113

consid. 3a p. 116 et la référence citée). Il y a lieu de préciser que ce droit fondamental appartient tant aux ressortissants suisses qu'aux étrangers ou aux apatrides (Meier/Carando, "Pas de mariage en cas de séjour irrégulier en Suisse?", Jusletter 14 février 2011, p. 7, p. 4 et la référence citée; Aubert/Mahon, op. cit., n° 4 note 6 *ad art.* 14, p. 133).

b) Le nouvel art. 98 al. 4 CC, entré en vigueur au 1^{er} janvier 2011, prévoit dorénavant que « les fiancés qui ne sont pas citoyens suisses doivent établir la légalité de leur séjour en Suisse au cours de la procédure préparatoire ». Ils produisent une pièce établissant la légalité de leur séjour jusqu'au jour probable de la célébration (art. 64 al. 2*bis* de l'ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil [OEC; RS 211.112.2] dans sa teneur du 4 juin 2010, en vigueur dès le 1^{er} janvier 2011). Sont considérés comme probants à cet égard l'autorisation de séjour ou une attestation *ad hoc* délivrée par l'autorité compétente (dans le canton de Vaud, par le Service de la population), ou un passeport muni d'un visa valable (cf. directive de l'OFEC du 1^{er} janvier 2011 n° 10.11.01.02 "Mariages et partenariats de ressortissants étrangers: preuve de la légalité du séjour et annonce aux autorités migratoires", ch. 2.2, p. 4; ci-après: directive OFEC). Un délai raisonnable doit être imparti aux fiancés pour obtenir l'autorisation de séjour nécessaire. Ce délai ne sera pas inférieur à quinze jours et n'ira pas au-delà de soixante jours en tout (directive OFEC, ch. 2.2, p. 5). A défaut, l'officier de l'état civil refuse de célébrer le mariage (art. 67 al. 4 OEC).

Cette nouvelle réglementation est immédiatement applicable aux procédures de préparation de mariage pendantes au 31 décembre 2010 (directive OFEC, ch. 5.2, p. 8).

c) Dans un arrêt rendu le 14 décembre 2010 dans la cause O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni (req. n° 34848/07), la Cour européenne des droits de l'homme a retenu que violent l'art. 12 CEDH, garantissant le droit au mariage, les prescriptions du droit interne de nature à empêcher la célébration du mariage de personnes ne disposant pas d'une autorisation d'entrée sur le territoire de l'Etat en question. En l'espèce, le Royaume-Uni avait soumis le droit au mariage, devant un officier de l'état civil, d'un ressortissant d'un Etat situé en dehors de l'Espace économique européen à la délivrance d'une autorisation d'entrée ou d'un certificat d'admission délivré en vertu de la législation sur l'asile et l'immigration. Dans un premier temps, l'obtention d'un tel certificat d'admission était soumise à une autorisation d'entrée ou de séjour valable au Royaume-Uni d'une durée de six mois au minimum, avec une période résiduelle de trois mois au moins au moment du dépôt de la requête (première version de la réglementation, voir par. 6 s et 46 s de l'arrêt). Par la suite, il a été admis qu'un tel certificat puisse être délivré malgré l'absence de durée de validité suffisante de l'autorisation de séjour (deuxième version de la réglementation) (par. 47 s), puis malgré l'absence de droit d'entrée ou de séjour (troisième version de la réglementation), pour autant, s'agissant des deux dernières versions, que l'autorité puisse se convaincre, sur la base d'informations complémentaires requises des fiancés, que ceux-ci n'entendaient pas conclure un mariage fictif (par. 49). La Cour a considéré que les Etats pouvaient être autorisés à prévenir les mariages contractés dans le seul but d'éluder la législation sur le séjour des étrangers (par. 83 et 87), tout en précisant qu'une limitation générale, automatique et indifférenciée d'un droit d'une importance aussi grande que le droit au mariage garanti par la CEDH ne saurait être justifiée, quelle que soit l'étendue de la marge d'appréciation dont bénéficie l'Etat

partie (par. 87 à 100, spéc. par. 89, avec la référence citée), avant d'ajouter qu'une restriction telle que celle imposée par les deux premières versions du système britannique, sans aucune investigation sur le caractère réel ou non du mariage, portait atteinte à la substance même du droit de se marier, quand bien même le Secrétariat d'Etat pouvait exceptionnellement délivrer un certificat d'admission pour des raisons personnelles - et non liées au caractère effectif du mariage - (par. 89); partant, cette restriction violait l'art. 12 CEDH (par. 92).

d) Vu l'arrêt O'Donoghue précité, une application générale, systématique et automatique de l'art. 98 al. 4 CC ne paraît pas conforme art. 12 CEDH et 14 Cst. En effet, si, les étrangers en situation irrégulière en Suisse ont certes encore la possibilité de solliciter une autorisation de séjour en vue de mariage sur la base des art. 8 CEDH et 30 al. 1 let. b de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20) en relation avec l'art. 31 de l'ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative (OASA; RS 142.201), une telle autorisation n'est cependant délivrée que lorsque le mariage est « imminent » ou qu'il aura lieu dans un « délai raisonnable », ce qui dépend de l'état d'avancement de la procédure préparatoire de mariage (arrêt PE.2011.0238 du 25 juillet 2011 et les références citées); or, une telle procédure préparatoire n'est ouverte, en application de l'art. 98 al. 4 CC, que lorsque les fiancés font état d'un séjour légal en Suisse. A teneur de texte, force est de constater que les étrangers séjournant illégalement en Suisse ne pourront se voir délivrer une telle autorisation de séjour ni voir entamée une procédure préparatoire de mariage lors de leur séjour en Suisse et donc qu'ils ne pourront s'y marier sans devoir auparavant quitter la Suisse. De fait, la procédure instaurée par l'art. 98 al. 4 CC est propre à constituer un obstacle prohibitif à la conclusion d'un mariage. Selon certains auteurs, il ne fait pas de doute, au regard de l'arrêt O'Donoghue précité, que l'art. 98 al. 4 CC est incompatible avec l'art. 12 CEDH, portant atteinte à la substance même du droit au mariage (cf. Amarelle/Nguyen/Sow, Chronique de jurisprudence relative au droit des migrations [1^{er} juillet 2010 au 31 décembre 2010], Pratique juridique actuelle 2011 p. 686 s.; Meier/Carando, op. cit., p. 7). Avant de constater l'inapplicabilité de l'art. 98 al. 4 CC pour non-conformité avec le droit international, il convient encore de vérifier si cet article pourrait être appliqué d'une manière qui serait conforme avec la CEDH, à savoir d'une manière qui ne serait pas générale, systématique et automatique. Il n'y a toutefois pas place pour une interprétation conforme au droit international lorsque les règles reconnues de l'interprétation des lois portent à conclure nettement à un autre résultat. Restreindre de manière excessive la portée de l'art. 98 al. 4 CC reviendrait à interpréter la règle de manière erronée (cf. sur ces questions d'interprétation, Martenet, op. cit., p. 250).

aa) La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre. D'après la jurisprudence, il n'y a lieu de déroger au sens littéral d'un texte clair par voie d'interprétation que lorsque des raisons objectives permettent de penser que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la disposition en cause. De tels motifs peuvent découler des travaux préparatoires (interprétation historique), du but et du sens de la disposition (interprétation téléologique), ainsi que de la systématique de la loi (ATF 133 IV 228 consid. 2.2 p. 230 et les références citées).

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion dans un récent arrêt de se prononcer sur la portée des travaux préparatoires (ATF 136 I 297). Les travaux préparatoires peuvent constituer une aide précieuse à l'interprétation, lorsqu'une disposition est peu claire, à condition qu'ils soient eux-mêmes dénués d'ambiguïté; ils ne sont pas pour

autant décisifs. En particulier, les avis exprimés par des services ou des personnes ayant participé à l'élaboration de la loi ne sont pas déterminants, si on n'en trouve pas trace dans le texte légal. Il en va ainsi même si ces affirmations n'ont pas été contredites. Si la volonté du législateur ne se reflète pas dans le texte légal, elle n'est pas déterminante. Ne peut être contraignant pour le juge que le texte de loi lui-même tel qu'il a été édicté par le législateur (ATF 136 I 297 consid. 4.1 p. 300 s.). Les autorités d'application du droit doivent se garder de se muer en « co-législateur » sous couvert d'interprétation. Celle-ci ne permet pas de remédier à toutes les carences d'une loi (Martenet, op. cit., p. 249).

bb) Sur le plan historique, la modification de l'art. 98 al. 4 CC trouve son origine dans une initiative parlementaire « Empêcher les mariages fictifs » déposée par le conseiller national Toni Brunner le 16 décembre 2005, avec la motivation suivante: « La nouvelle réglementation prévue par la loi fédérale sur les étrangers ne permet pas d'empêcher à coup sûr les mariages fictifs, car elle laisse aux services de l'état civil une certaine marge d'appréciation sans leur offrir de base légale claire sur laquelle fonder un refus. En inscrivant dans le Code civil l'obligation de démontrer la légitimité du séjour en Suisse, cette lacune serait comblée de manière simple et efficace ».

Dans son rapport du 31 janvier 2008 sur l'initiative parlementaire (FF 2008 2247), la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP) a relevé que les personnes qui séjournent en Suisse de manière illégale et qui souhaitent se marier doivent préalablement demander à régulariser leur séjour. Ces personnes doivent en principe séjourner à l'étranger durant le traitement de leur requête. Des exceptions sont toutefois possibles si les conditions d'admission après le mariage sont manifestement remplies et s'il n'y a aucun indice que l'étranger entend invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial (cf. art. 17 LEtr, par analogie). La CIP précise que, afin de respecter le principe de la proportionnalité et d'éviter tout formalisme excessif, les autorités pourront fixer un délai de départ à l'étranger, délai dans lequel le mariage devra cas échéant être célébré et le séjour en Suisse réglé. Ici aussi, les autorités doivent prendre en compte le droit constitutionnel au mariage (art. 14 Cst.) et le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH) (FF 2008 2247, p. 2254).

Le Conseil fédéral a quant à lui considéré, dans son avis relatif au rapport précité (FF 2008 2261), que « l'accès aux institutions du mariage et du partenariat enregistré peut être réservé aux personnes qui séjournent légalement sur notre territoire. [...] Les dispositions projetées sont conformes aussi bien à la Constitution qu'à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH; RS 0.101). S'agissant de restrictions portées à des droits fondamentaux, il faut, comme le prévoit le rapport de la CIP et conformément aux principes généraux en la matière, veiller à ce que l'application des mesures envisagées ne conduise pas dans un cas concret à vider les garanties du mariage (art. 14 Cst.; 12 CEDH) et du respect de la vie privée et familiale (art. 13 Cst.; 8 CEDH) de leur substance ou à constituer de fait un obstacle prohibitif à la conclusion d'un mariage ou à l'enregistrement d'un partenariat » (FF 2008 2261, pp. 2262 s).

Dans le cadre des débats au Conseil national et au Conseil des Etats, divers intervenants ont souligné que l'art. 98 al. 4 CC serait appliqué en tenant compte du principe de proportionnalité et qu'il ne porterait ainsi pas atteinte au droit au mariage garanti par la CEDH (par exemple, Conseil national, 4 mars 2009, Widmer-Schlumpf,

BOCN 2009 p. 85; Conseil des Etats, 25 mai 2009, Inderkum, BOCE 2009 p. 302). D'autres intervenants ont mis en cause la constitutionnalité de la révision projetée, notamment au motif qu'elle excluait une catégorie de personnes du droit au mariage, indépendamment du fait que le mariage soit fictif ou non (par exemple, Conseil national, 4 mars 2009, Voruz, BOCN 2009 p. 82; Conseil des Etats, 25 mai 2009, Marty, BOCE 2009 p. 303). Durant ces débats, les partisans du projet ont en outre mis l'accent sur la nécessité de limiter la marge d'appréciation des officiers d'état civil et d'instaurer une pratique uniforme dans tous les cantons suisses (par exemple, Conseil national, 4 mars 2009, Hassler, BOCN 2009 p. 83; Conseil des Etats, 25 mai 2009, Jenny, BOCE 2009 p. 302).

La pertinence de ces divers éléments pour l'interprétation de l'art. 98 al. 4 CC sera examinée ci-dessous.

cc) Sur le plan littéral, le texte de l'art. 98 al. 4 CC est parfaitement clair et ne prévoit aucune exception permettant le mariage de personnes en séjour illégal en Suisse (cf. Meier/Carando, op. cit. p. 7, qui relèvent que si les autorités appliquaient cette disposition en mettant en oeuvre le principe de proportionnalité, il s'agirait d'une interprétation contraire au texte légal). L'art. 98 al. 4 CC dispose uniquement que « les fiancés qui ne sont pas citoyens suisses doivent établir la légalité de leur séjour en Suisse au cours de la procédure préparatoire ». Il empêche toute célébration de mariage en Suisse lorsqu'un des fiancés est en séjour illégal dans ce pays, indépendamment de tout autre critère, notamment sans que la volonté des époux de créer une véritable communauté conjugale n'entre aucunement en considération. En cela il atteint pleinement le but du conseiller national Toni Brunner qui était de limiter le pouvoir d'appréciation des officiers d'état civil et de créer une base légale claire à cet effet. La clarté du texte rend superflue une analyse des travaux préparatoires, qui sont au demeurant ambigus puisqu'il en ressort en même temps que la disposition doit être appliquée en tenant compte du principe de proportionnalité et que le pouvoir d'appréciation des autorités cantonales doit être limité.

Enfin, on relève que l'art. 17 LEtr auquel se réfère la CIP, et qu'il s'agirait d'appliquer en l'espèce par analogie pour tenir compte du principe de proportionnalité, précise expressément que l'étranger entré légalement en Suisse pour un séjour temporaire qui dépose ultérieurement une demande d'autorisation de séjour durable doit attendre la décision à l'étranger (al. 1) et que l'autorité cantonale compétente peut autoriser l'étranger à séjourner en Suisse durant la procédure si les conditions d'admission sont manifestement remplies (al. 2). Or l'art. 98 al. 4 CC ne prévoit aucune exception de ce type. Certes, il apparaît que, sur le plan vaudois du moins, les autorités administratives appliquent l'art. 98 al. 4 CC en tenant compte dans une certaine mesure du principe de proportionnalité (cf. document 10_INT_415, Réponse du Conseil d'Etat à l'interpellation Michaël Buffat: "Plus de mariage sans statut légal dès 2011", qui précise à cet égard que "Ces situations devront toutefois présenter un caractère manifestement exceptionnel pour être prises en considération et seront examinées de cas en cas. Il pourrait s'agir notamment de personnes vivant en couple et qui ont des enfants communs. Un groupe de travail comprenant des représentants de l'état civil et de la police des étrangers sera mis en place pour permettre cette évaluation au cas par cas"; voir aussi le document « Détermination de l'autorité migratoire » du 24 février 2011 figurant au dossier dont il ressort que le SPOP peut prendre en compte des cas exceptionnels).

A vu de ces considérations, il faut constater que le texte clair de l'art. 98 al. 4 CC exclut du mariage, sans exception possible aux termes de cet article, toutes les personnes sans séjour légal en Suisse. Or une exclusion générale, systématique et automatique de ce genre est contraire au droit au mariage tel qu'il est garanti par la CEDH (cf. arrêt O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni précité; Meier/Carando, op. cit. p. 8). En ce sens, il est manifeste qu'il n'y a pas place pour une interprétation conforme au droit international de l'art. 98 al. 4 CC. Le fait que, au plan vaudois, l'autorité administrative compétente semble admettre, dans des cas exceptionnels, une interprétation contraire au texte clair de la loi ne saurait remettre en cause ce constat.

Il n'est en outre pas déterminant que les fiancés disposent de la possibilité de se marier dans l'un ou l'autre de leurs pays d'origine et de faire reconnaître leur mariage en Suisse, ou, pour l'un des fiancés, de retourner dans son pays d'origine, de solliciter l'ouverture d'une procédure préparatoire de mariage auprès de la représentation suisse à l'étranger compétente, et de requérir la délivrance d'une autorisation de séjour en Suisse en vue de mariage lorsque le mariage sera imminent. En effet, la ratification par la Suisse de la CEDH lui impose de garantir sur son territoire la réalisation des droits conférés par la CEDH. On voit mal qu'elle puisse ne pas garantir le droit au mariage au motif que d'autres pays permettraient la mise en œuvre de ce droit.

4. En l'espèce, la décision attaquée se fonde uniquement sur l'art. 98 al. 4 CC. Dès lors que cet article est inapplicable, il convient d'admettre le recours, d'annuler la décision attaquée et de renvoyer le dossier à l'autorité intimée afin qu'elle ouvre une procédure de mariage à l'égard des recourants et vérifie si les conditions du mariage sont réunies, notamment sous l'angle de l'art. 97a CC.

On relèvera encore que la procédure de mariage est une procédure qui est totalement indépendante de la procédure fondée sur la LEtr, qui a abouti en l'occurrence au refus d'une autorisation de séjour au recourant. Les délits commis par le recourant ont été pris en compte dans le cadre de la procédure menée sur la base de la LEtr. Ils ne sont en revanche pas déterminants sous l'angle de la procédure de mariage, celui-ci n'étant pas réservé aux personnes ayant une conduite irréprochable sur le plan pénal (sur le droit des détenus à se marier, cf. ATF 117 la 465 consid. 2b p. 467).

5. Au vu de l'admission du recours, les frais de justice doivent être laissés à la charge de l'Etat. Des dépens seront alloués aux recourants qui ont procédé par l'intermédiaire d'un mandataire (art. 49 et 55 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative [LPA-VD; RSV 173.36]).

Par ces motifs
la Cour de droit administratif et public
du Tribunal cantonal
arrête:

- I. Le recours est admis.
- II. La décision de l'Office de l'état civil de Lausanne du 22 mars 2011 est annulée et le dossier

lui est retourné pour ouverture d'une procédure de mariage.

III. Les frais sont laissés à la charge de l'Etat.

IV. L'Office de l'état civil de Lausanne versera à X. _____ et Y. _____ un montant de 1'000 (mille) francs à titre de dépens

Lausanne, le 30 septembre 2011

Le président:

La greffière:

Le présent arrêt est communiqué aux destinataires de l'avis d'envoi ci-joint.

Il peut faire l'objet, dans les trente jours suivant sa notification, d'un recours au Tribunal fédéral. Le recours en matière de droit public s'exerce aux conditions des articles 82 ss de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF - RS 173.110), le recours constitutionnel subsidiaire à celles des articles 113 ss LTF. Le mémoire de recours doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. Les motifs doivent exposer succinctement en quoi l'acte attaqué viole le droit. Les pièces invoquées comme moyens de preuve doivent être jointes au mémoire, pour autant qu'elles soient en mains de la partie; il en va de même de la décision attaquée.