

NE_JURISPRUDENCE_ADM REC.2012.50 vom 27. November 2012

Ne Jurisprudence Adm, 2012-11-27, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_jurisprudence_adm_REC.2012.50

FR: NE_JURISPRUDENCE_ADM REC.2012.50 du 27 novembre 2012

IT: NE_JURISPRUDENCE_ADM REC.2012.50 del 27 novembre 2012

Regeste

Mariage célébré en 2011, à la suite duquel l'épouse revendique de conserver son nom, sans le faire suivre de celui du mari, solution que les articles 160 et 30, alinéa 2, CC alors en vigueur ne permettent pas, en contrariété aux obligations internationales découlant de la Convention de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Prise en compte d'une incertitude dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, entre la solution d'une primauté absolue du droit international, celle d'une primauté absolue de la CEDH ou celle de l'application prioritaire de lois fédérales dont la contrariété est connue et n'a pas été solutionnée. Question de l'application anticipée des dispositions de la loi fédérale révisée, conformes au droit international, dont l'entrée en vigueur est question de semaines. Rejet du recours, considérant d'une part que, dès lors qu'en la matière le Tribunal fédéral varie dans son affirmation de la primauté du droit international, il n'appartient pas à une autorité administrative d'écarter l'application d'une loi fédérale encore formellement en vigueur que le parlement avait eu largement l'occasion de rendre conforme, puis d'autre part que l'intéressée pourra obtenir satisfaction d'ici quelques semaines à peine et qu'elle n'aura de fait, au vu de la procédure de recours, pas souffert des inconvénients du changement de nom. Décision sans frais, l'inégalité que dénonçait la recourante étant avérée.

Volltext

A.

A.a.

Le 19 mai 2011, X. (ci-après : l'époux) a fait parvenir à l'office de l'état-civil de l'arrondissement de Neuchâtel (ci-après : l'office ou l'intimé) une demande d'exécution de la procédure en vue de son mariage avec Y. (ci-après : l'intéressée ou la recourante). Selon cette demande les deux conjoints conservaient après mariage leur nom de célibataire. Il en était de même des deux déclarations en vue de mariage, établies le 14 juin 2011 par l'intéressée et l'époux, qui indiquaient leurs noms de célibataire comme nom de famille, sans changement.

A.b.

Par courrier daté du 14 juin 2011 adressé à l'office, l'intéressée a fait valoir qu'elle entendait conserver son nom de célibataire après mariage, et cela sans le faire suivre du nom de l'époux. Sur le plan juridique, elle considérait en particulier que la législation suisse, en tant qu'elle ne permettait pas de donner suite à sa demande, était contraire au principe d'égalité et au droit au respect de la vie privée et familiale, inscrits dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950 (CEDH ; RS

0.101). Plus concrètement, elle soulignait son intérêt à conserver son nom comme part de son identité et, à défaut, faisait valoir la nécessité pratique de changer l'ensemble des papiers relatifs à cette identité, puis d'opérer ces modifications dans les documents professionnels résultant de sa pratique d'indépendante, ce changement étant en outre impossible à effectuer sur les diverses publications scientifiques dont elle s'était fait l'auteure jusque là et dont elle perdrait dans une certaine mesure le bénéfice professionnel. L'intéressée concluait son courrier en sollicitant une décision sujette à recours si le maintien de son nom de célibataire devait être refusé.

A.c.

Par courrier du 23 juin 2011, la surveillance de l'état civil a écrit à l'intéressée que s'agissant de sa demande d'une décision de refus sujette à recours qu'il semblait "inconcevable d'établir un tel document vous permettant de recourir contre un article sans équivoque du Code civil".

A.d.

Le mariage entre les époux a été célébré le 27 juin 2011.

A.e.

L'intéressée a recouru le 30 juin 2011 auprès du Tribunal cantonal contre la communication du 23 juin 2011, qu'elle a considéré comme une décision. Elle concluait, d'abord à titre provisionnel puis au fond, à son inscription à l'état civil sous son nom de célibataire. Elle argumentait d'une législation suisse contraire à la CEDH, consacrant une inégalité de traitement entre hommes et femmes, ainsi qu'une inégalité entre suisses et personnes de nationalité étrangère résidentes en Suisse, et ne respectant pas non plus le droit à la vie privée et familiale.

A.f.

Par arrêt du 4 octobre 2011 (CDP.2011.290), la Cour de droit public du Tribunal cantonal a considéré que la lettre du 23 juin 2011 du chef de la surveillance de l'état civil était bien une décision, mais rendue par une autorité qui n'était ni compétente, ni même existante. La Cour a renvoyé l'affaire à l'intimé, en tant qu'autorité de première instance, pour nouvelle décision.

B.

Par décision du 7 février 2012, l'intimé a considéré qu'à teneur de l'article 160 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC ; RS 210), le nom de famille des époux est celui du mari, mais que l'épouse peut conserver le nom porté jusqu'alors, suivi du nom de famille. Elle a rappelé aussi que le gouvernement cantonal pouvait autoriser les époux à adopter le nom de l'épouse comme nom de famille (art. 30, al. 2 CC), mais que la loi n'offrait pas la possibilité aux deux époux de conserver leur nom d'avant mariage sans autre adjonction. L'office relevait qu'une révision de l'article 8a du Titre final du Code civil avait été décidée qui permettrait la conservation par les deux époux de leur nom avant mariage, mais soulignait que cette modification législative n'était pas entrée en vigueur et ne pouvait être appliquée à la recourante, sans constituer une inégalité face aux autres couples qui devraient attendre l'entrée en vigueur de la révision pour exercer leur choix.

C.

C.a.

Par acte du 16 février 2012 au Département de la justice, de la sécurité et des finances, la recourante a conclu sous suite de frais et dépens à l'annulation de la décision du 7 février 2012 de l'office et à l'admission de sa requête, en sorte qu'elle soit autorisée à conserver son nom de jeune fille. Elle exposait à nouveau la contrariété du droit suisse, s'agissant du nom après mariage, aux principes d'égalité et de respect de la vie privée. Jurisprudence à l'appui, la recourante estimait que la primauté du droit international sur le droit interne était reconnue et que le juge ne pouvait appliquer une loi fédérale qui violerait un droit fondamental consacré par une convention internationale. Elle se plaignait encore, outre d'une inégalité de traitement entre suisses et citoyens étrangers se mariant en Suisse, d'une inégalité de traitement entre couples mariés et non-mariés. Enfin, la recourante rappelait l'entrée en vigueur prochaine de l'article 8a du Titre final du CC prémentionné, qui lui permettrait de reprendre son nom de célibataire et faisait paraître absurde la démarche qui voudrait lui imposer deux changements de nom successifs, avec les désagréments liés, notamment le paiement d'émoluments.

C.b.

Par courrier du 19 mars 2012, l'office a conclu au rejet du recours, sans se prononcer particulièrement sur les motifs du recours.

C.c.

Par courrier du 20 août 2012, la recourante a avisé le département que sa demande d'acte d'origine avait été mise en suspens jusqu'à décision sur recours.

D.

La recourante s'est acquittée dans les délais de l'avance de frais de CHF 550.- requise par courrier du 20 février 2012.

Considérant en droit :

1.

1.1.

Atteinte par la décision attaquée, la recourante a un intérêt à son annulation ou à sa modification et son acte de recours, déposé dans les délais et formes prévus par la loi, est recevable (art. 32ss loi sur la procédure et la juridiction administratives, du 27 juin 1979 [LPJA ; RSN 152.130]).

1.2.

Quant à la compétence de l'autorité de céans, dans son arrêt du 4 octobre 2011 (CDP.2011.290), le Tribunal cantonal avait constaté que l'article 21, alinéa 5, de la loi cantonale concernant l'introduction du code civil suisse, du 22 mars 1910 (LI-CC ; RSN 211.1) instituait le Département de la justice, de la sécurité et des finances en tant qu'autorité cantonale de surveillance de l'état civil. Cette désignation était reprise par l'article 5 du règlement sur l'état civil, du 5 juillet 2000 (REC ; RSN 212.120), règlement approuvé par la Confédération (art. 33 REC ; cf. art. 49 du Code civil suisse, du 10 décembre 1907 [CC ; RS 210]).

Dans cette mesure, en conformité à la solution esquissée par le Tribunal cantonal, il y a lieu d'admettre que la mention de "surveillance de l'état civil" contenue à l'article 7 alinéa 3 du règlement d'organisation du Département de la justice, de la sécurité et des finances, du 20 février 2006 (RSN 152.100.01) ne constitue pas une délégation de compétence, de sorte que les décisions formelles en matière de surveillance de l'état civil restent au département, compétent pour traiter de la présente affaire.

2.

2.1.

Comme la décision attaquée le rappelle, le droit fédéral en vigueur veut que l'épouse change de nom pour adopter celui du mari (art. 160, al. 1, CC) ou au minimum qu'elle adjoigne le nom du mari au (premier) nom qu'elle portait auparavant (art. 160, al. 2, CC). A titre exceptionnel et sous conditions de motifs légitimes, une autorisation de changement de nom est prévue pour permettre aux époux d'adopter en tant que nom de famille le nom de l'épouse (art. 30 al. 2, CC), l'article 12, alinéa 2, de l'ordonnance sur l'état civil, du 28 avril 2004 (OEC ; RS 211.112.2) permettant alors à l'époux d'adopter un double nom (selon le système prévu pour l'épouse à l'art. 160, al. 2, CC).

2.2.

Ainsi que le relève la recourante, sur base de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt Nr. 29865/96 Ünal Tekeli contre Turquie du 16 novembre 2004), le Tribunal fédéral n'a laissé aucun doute sur le fait que la réglementation résultant des articles 160 CC et 30 alinéa 2 CC était incompatible avec les principes inscrits dans la CEDH (ATF 136 III 168, consid. 3.3.1), dès lors que, pour peu que les époux ne conviennent pas d'adopter le nom de l'épouse, c'est elle qui se voit contrainte de renoncer à son nom d'avant mariage. Il n'est ainsi pas nécessaire de se pencher plus avant sur les divers droits fondamentaux ou aspects de ceux-ci dont la recourante se plaint qu'ils sont violés : il suffit de constater que, sur base de l'arrêt précité de la Cour européenne, le Tribunal fédéral a affirmé que les dispositions légales suisses actuelles étaient contraires à la CEDH, en particulier à l'égalité entre femmes et hommes.

2.3.

La question se pose toutefois de savoir quelles suites doivent être données à ce constat. A cet égard, il convient de rappeler tout d'abord que la CEDH ne contient pas de disposition explicite en matière de nom (No 41843/98, Szokoloczy-Syllaba Philippe, Palffy de Erdoed Szokoloczy-Syllaba Eugénia c. Suisse, du 29 juin 1999, consid. 2). Elle impose aux législations des Etats membres de se conformer à ses principes, mais ne leur prescrit pas la teneur de leur législation en matière d'état civil et de nom. De ce fait, la question se pose de savoir, passé le constat, si une autorité d'application peut écarter le droit national en vigueur et, si tel est le cas, quelle solution appliquer.

2.4.

Là aussi, comme le rappelle la recourante, la problématique de la conformité des lois fédérales aux principes constitutionnels et au droit international a fait l'objet de jurisprudence et de controverses régulières depuis bien des années. L'article 190 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101) prévoit que "le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international". Cette disposition signifie que le Tribunal fédéral et les autres autorités

n'ont pas le pouvoir de refuser l'application des lois fédérales ou du droit international, cela même s'ils les jugent contraires à la Constitution fédérale (Aubert/Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Bâle, 2003, ad art. 190, No 3). Ces deux catégories d'actes sont ainsi immunisées.

2.5.

Les conflits entre lois fédérales et traités internationaux devraient selon la doctrine être résolus en tenant compte de la primauté du droit international, primauté qui résulte implicitement de l'article 5, alinéa 4, Cst., où l'on lit que "la Confédération et les cantons respectent le droit international" (cf. Aubert/Mahon, op. cit., ad art. 190, No 9). Si cette formulation ne déclare pas clairement la primauté du droit international, c'est de manière voulue pour réserver la jurisprudence "Schubert" (ATF 99 Ib 39) par laquelle le Tribunal fédéral avait considéré qu'un traité international cédait le pas devant une loi fédérale postérieure que le législateur avait adoptée en sachant qu'elle pourrait être contraire au dit traité (Aubert/Mahon, op. cit., ad art. 5, No 20).

2.6.

Toujours comme le relève la recourante, le Tribunal fédéral a affirmé qu'en cas de conflit, le droit international prime par principe le droit national, en particulier quand la règle internationale tend à la protection des droits de l'homme. Dans ce dernier cas, soit la contrariété à une règle protégeant les droits de l'homme, il a semblé exclure l'examen d'autres solutions, en particulier celles ressortant de l'arrêt Schubert, la primauté du droit international étant alors affirmée sans exceptions (ATF 125 II 417, cons. 4d, p. 425).

2.7.

De manière plus récente, le Tribunal fédéral a maintenu ce principe de la primauté, mais sans désavouer entièrement l'arrêt Schubert, puisqu'il a précisé que pour admettre une exception à la primauté du droit international, il fallait que la question de cette contrariété ait été clairement posée lors de l'adoption de la loi (TF 2C_743/2011 du 19 septembre 2012, consid. 5.3.2).

2.8.

Dans le cas d'espèce, la doctrine a relevé que, s'agissant de la réglementation suisse du nom, il était patent depuis bien des années qu'elle n'était pas conforme au principe d'égalité. Pour cette raison, une initiative parlementaire avait déjà débouché en 2001 sur un projet de révision du Code civil que le parlement avait refusé. A cette époque déjà il était patent que l'article 160 CC ne réalisait pas l'égalité et la possibilité pour chacun des époux de conserver son nom de célibataire avait été proposée, à côté du choix d'un nom de famille commun qui serait celui de l'un ou l'autre des époux (cf. synthèse de l'objet 94.434, initiative parlementaire "nom de famille des époux"; cf. aussi Hubert Lauper pour la Commission in BO (CE) 2001 p. 271). L'initiative elle-même relevait que :

"() la solution à adopter n'est nullement unique contrairement à ce que ferait croire l'ordonnance du Conseil fédéral. La présente initiative a pour but de permettre au Parlement d'accomplir sa tâche constitutionnelle. L'adaptation du Code civil aux exigences de l'égalité entre hommes et femmes en matière de nom de famille peut être réalisée par différentes solutions : le libre choix du nom de famille, la suppression de tout changement de nom ensuite de mariage, etc.",

et que :

"()assurer l'égalité entre hommes et femmes en matière de nom de famille, afin de respecter les exigences des articles 8 et 14 CEDH, vu l'inapplicabilité de la réserve formulée par notre pays en faveur de la solution suisse de 1984, exige un choix politique de la part du Parlement et une solution juridique plus élaborée que celle adoptée hâtivement par le Conseil fédéral dans l'ordonnance sur l'état civil". Cette réforme a néanmoins échoué, en 2001, alors que le parlement avait toutes les raisons de changer la loi et connaissait l'incompatibilité de la loi actuelle vis-à-vis des obligations internationales de la Suisse".

2.9.

Deux ans après cet échec, une nouvelle initiative parlementaire (03.428, "Nom et droit de cité des époux. Egalité") a été déposée qui a abouti à une révision du 30 septembre 2011 dont l'entrée en vigueur a été fixée au 1er janvier 2013 (RO 2012 2569). A compter de cette date, les époux conserveront en principe leur nom de célibataire. En outre, selon l'article 8a du Titre final du CC, le conjoint qui a changé de nom sous l'ancien droit pourra en tout temps reprendre son nom de célibataire.

2.10.

C'est bien ce processus que constatait le Tribunal fédéral en estimant en définitive que la question se posait d'une application de la jurisprudence Schubert en la matière, nonobstant les arrêts plus récents proclamant la primauté de la convention européenne des droits de l'homme dans tous les cas (ATF 136 III 168, consid. 3.3.4).

2.11.

De ce qui précède, il résulte que le département se trouve devant l'alternative suivante :

- soit il reconnaît la prééminence du droit international et "corrige" la loi suisse, avec effet dès le 27 juin 2011. Sur le principe, cette correction paraît matériellement possible puisque quelques mois après le mariage, le Parlement s'est accordé sur la solution à adopter et que cette solution n'a ensuite pas été contestée par référendum, la recourante ne faisant en quelque sorte que demander l'application anticipée d'un nouveau droit conforme aux obligations internationales de la Suisse ;
- soit il applique le droit interne en vigueur, dont le Tribunal fédéral a admis qu'il n'est pas conforme à l'égalité, mais dont le Parlement ■ alors qu'il en avait l'occasion ■ n'a pas décidé qu'il serait changé avant le 1er janvier 2013.

2.12.

De ce point de vue, il faut rappeler que le département est une autorité administrative et non judiciaire. A ce titre, il peut prendre en compte que, dans sa jurisprudence citée par la recourante, la deuxième Cour civile du Tribunal fédéral s'est livrée à un exposé des relations entre droit interne et CEDH qui ne peut être interprété que comme un doute à l'application par les tribunaux de cette dernière aux dépens du droit interne, en matière de droit civil et de nom (cf. Felix Schöbi, "Vorrang des EMRK vor Bundesgesetzen? Bemerkungen zu BGE 136 III 168", in Recht 2010 131ss, p. 133). Ainsi que le relève avec justesse l'auteur précité, on peut attendre des tribunaux qu'ils résolvent des questions de droit, seul le législateur restant en charge des questions politiques (ibidem, p. 135).

2.13.

La légitimité de l'autorité de céans à intervenir dans ce cadre est bien moindre que celle d'une autorité judiciaire, sans parler du Tribunal fédéral. Dans cette mesure, il faut constater que si la plus haute autorité judiciaire de Suisse indique qu'elle hésite à s'écarter d'un droit interne dont elle a la certitude qu'il est contraire à la CEDH, le département, autorité administrative, n'entend pas franchir ce pas. Il n'est dès lors pas question pour lui de considérer la non-application d'un droit fédéral encore en vigueur.

2.14.

La question pourrait aussi se poser d'une application anticipée d'une loi dont on sait quand elle entrera en vigueur et quelle solution elle prévoit, et qui permettra à la recourante d'obtenir un traitement conforme à ses droits fondamentaux. L'application anticipée d'une loi a déjà été refusée au motif que la proportionnalité ne permettait pas d'obtenir l'application de nouvelles dispositions (TF 1B_381/2010 du 1er décembre 2010, consid. 2.3, en matière pénale pour une entrée en vigueur au 01.01.2011 : "Le principe de la proportionnalité invoqué à ce propos par le recourant, ne saurait lui permettre de bénéficier d'une application anticipée d'une disposition qui lui serait, par hypothèse, plus favorable"). Un effet positif de la nouvelle loi, avant son entrée en vigueur, a dans de rares cas été admis (ATF 119 Ia 254, consid. 4), mais il s'agissait là de difficultés pratiques sans comparaison avec l'affaire ici en cause. Le Tribunal fédéral a bien plutôt considéré que :

"Certes, l'exécutif ne peut pas retarder la mise en vigueur d'une nouvelle loi sans motif légitime, sans violer l'interdiction constitutionnelle de l'arbitraire (ATF 130 I 174). Mais il n'en découle pas la compétence des tribunaux de suppléer le cas échéant le Conseil fédéral et de décider qu'une nouvelle loi fédérale, adoptée mais formellement pas mise en vigueur, sera appliquée tandis que l'ancienne loi, formellement encore en vigueur, ne le sera plus" (TF 6P.136/2005 du 27 février 2006, consid. 12.1).

En l'espèce, cette application anticipée ne porterait d'ailleurs pas sur quelques semaines : elle devrait être ouverte dès le mariage près d'un an et demi avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, pour empêcher toute modification du nom de la recourante. Dans cette mesure, on doit renvoyer la recourante à la solution établie par le Parlement d'un droit d'option qui lui sera ouvert, comme à l'ensemble des personnes mariées "avant l'entrée en vigueur de la modification du 30 septembre 2011" et leur permettra de reprendre leur nom de célibataire (art. 8a, Titre final du CC dans sa teneur au 1er janvier 2013).

2.15.

Dans ces circonstances, on doit aussi considérer le fait que la recourante, par son recours, a largement obtenu des autorités administratives qu'elles attendent l'issue du présent litige pour lui délivrer des documents d'état civil ou d'identité modifiés. Dans cette mesure, on peut penser que, pour autant que la recourante admette d'en passer par les possibilités qui lui seront offertes par la loi révisée, elle pourra éviter l'essentiel des inconvénients pratiques auxquels elle s'estimait exposée. Les autorités administratives ne s'étant pas empressées d'exiger de la recourante l'accomplissement de démarches, alors même qu'aucune mesure provisoire n'avait été adoptée dans le cadre de la présente procédure, on peut penser qu'elles prendront en compte l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions pour ne pas exiger de la recourante plus de démarches - et de frais - qu'il est nécessaire.

2.16.

A mesure de ce qui précède, le recours doit être rejeté, le département devant constater que la loi fédérale en vigueur ne permet pas de donner suite à la demande de la recourante, que la contrariété de cette loi avec des droits fondamentaux résultant du droit international ne peut légitimer une autorité administrative à intervenir de manière positive pour écarter le droit en vigueur et adopter une autre solution, et qu'enfin une application anticipée du droit à venir n'entre pas en compte, sauf pour relever que la recourante ■ hors la question de principe ■ disposera d'ici à peine un mois du droit de reprendre son nom de célibataire, ce qui palliera la quasi totalité des inconvénients sur lesquels elle fonde son intérêt dans la présente procédure.

3.

S'agissant des frais et dépens, la recourante s'est élevée à juste titre contre une inégalité de la loi fédérale. Dans cette mesure, il serait inéquitable, malgré le rejet de son recours, de lui faire supporter les frais de la procédure qui seront remis, en application de l'article 47, alinéa 4 LPJA, l'avance de frais lui étant restituée. Le recours étant toutefois en définitive rejeté, il n'y a pas lieu d'octroyer d'indemnité de dépens.

Par ces motifs, le conseiller d'Etat, chef suppléant du Département de la justice, de la sécurité et des finances,

décide:

1. Le recours est rejeté.

2. Les frais de procédure sont remis et l'avance de frais par CHF 550.- faite par la recourante lui est restituée.

3. Il n'est pas alloué de dépens.

Neuchâtel, le 27 novembre 2012

Thierry Grosjean

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.