

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 71 (1952)

**Artikel:** Cent ans de mariage devant la Constitution fédérale

**Autor:** Knapp, Charles

**DOI:** <https://doi.org/10.5169/seals-895736>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. 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. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **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. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **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. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 21.01.2026

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

CHARLES KNAPP

CENT ANS DE MARIAGE  
DEVANT LA CONSTITUTION FÉDÉRALE

LA LÉGISLATION FÉDÉRALE  
SUR LES MARIAGES MIXTES

Quittant la confédération d'Etats, nous voici parvenus à l'Etat fédératif. La constitution fédérale du 12 septembre 1848 ne contient aucune disposition relative au mariage. Celui-ci reste entièrement régi par le droit cantonal. La Confédération a-t-elle, néanmoins, un pouvoir protecteur et lui permet-il de légiférer au moins lorsque les règles cantonales apparaissent contraires à la tolérance religieuse? Car cette tolérance est à l'ordre du jour. Nous sortons des difficultés politico-religieuses de l'alliance séparée, du «Sonderbund». Et la victoire des fédéraux doit signifier l'avènement du libéralisme dans le droit.

Saisi par différentes personnes du canton de Schwyz réclamant contre l'interdiction des mariages mixtes (prévue par les droits d'Appenzell Rhodes-Intérieures, des deux Unterwald, d'Uri, de Schwyz et du Valais), le Conseil fédéral répond par un arrêté du 4 mars 1850 qu'il ne se trouve pas «*dans la position constitutionnelle de prescrire au canton de Schwyz d'accorder les permissions de mariage en question*» (*Feuille fédérale*, 1850, I, p. 256 à 272). Dans la constitution, ni l'article 4 (égalité des citoyens devant la loi), ni l'article 48 (égalité des confédérés chrétiens avec les ressortissants du canton) ne permettent «*une garantie pour la liberté de contracter des mariages mixtes*». Bien plus, ajoute le Conseil fédéral, «*la question même des mariages mixtes ne peut pas être considérée comme une question ouverte, attendu que, lors de la discussion de la constitution, une proposition tendant à assurer la liberté de contracter des mariages mixtes fut rejetée*».

*Bibliographie:* W. BURCKHARDT: «Kommentar zur Schweiz. Bundesverfassung», 3e éd., 1931. A. FLEINER - Z. GIACOMETTI: «Schweiz. Bundesstaatsrecht», 1er vol., 2e éd., 1950. A. MARTIN: Commentaire de la loi fédérale concernant l'état civil et le mariage», 1897. F. PICOT: «La nature juridique du mariage en droit suisse», 1948. J. SCHOLLENBERGER: «Bundesstaatsrecht», 2e éd., 1905.

Quelle est donc cette proposition rejetée dans les débats de la diète constituante? Dans la séance du 24 mai 1848, la députation de Glaris a proposé d'ajouter à l'article devenu l'article 44 du texte définitif que «*la Confédération garantit le droit de contracter des mariages mixtes*». Et, dans la séance du 23 juin 1848, la députation de Berne, à son tour, a repris la proposition dans cette forme: «*Les mariages mixtes sont garantis*.» Alors que, la première fois, la garantie des mariages mixtes avait les suffrages de neuf cantons et demi, elle n'avait plus, la seconde fois, que les voix de huit cantons et demi.

Ainsi, la situation apparaît claire. La constitution n'a pas pris sous sa protection les mariages mixtes (BURCKHARDT, ad art. 50, p. 438). Un des plaignants du canton de Schwyz, un médecin de Siebnen, ne se tient cependant pas pour battu. Il adresse, rédigée par SNELL, une pétition au Conseil national. La commission chargée d'examiner cette pétition présente, le 11 juillet 1850, deux rapports, l'un, de majorité (*Feuille fédérale*, 1850, III, p. 1 à 23) et l'autre, de minorité (*Feuille fédérale*, 1850, III, p. 23 à 26). La minorité se tient à l'opinion du Conseil fédéral et fait notamment valoir que «*l'autorité délibérante de la constitution a rejeté le droit (aux mariages mixtes) sans indiquer le motif que ce droit est compris dans un autre article de la constitution et sans que celle-ci fasse la plus légère mention de dispositions relatives au mariage*». La majorité, elle, refuse de se ranger à l'argumentation du Conseil fédéral. Certes, constate-t-elle, «*des propositions tendantes à consacrer expressément cette garantie (des mariages mixtes) sont demeurées deux fois en minorité...; toutefois, nous ne pouvons absolument en inférer... que, par là, la Confédération soit devenue incompétente pour établir des dispositions tutélaires dans l'intérêt des mariages mixtes*». Et la conclusion acceptée par le Conseil national, est que «*le Conseil fédéral est invité à soumettre à l'Assemblée fédérale... un projet de loi qui assure dans toute la Confédération la liberté la plus complète pour la conclusion de mariages mixtes*». Le Conseil fédéral obtempère et, de bon cœur, se rallie à l'interprétation de la constitution, à lui faite par le Conseil national. Que lisons nous? D'emblée, l'exégète suppose une vraisem-

blance. Plusieurs des cantons et demi-cantons qui n'ont pas appuyé, à la diète, les propositions de Glaris et de Berne ont été dirigés par la très louable intention de ne pas affaiblir la prescription générale de l'article 44, 2<sup>e</sup> alinéa, de la constitution par l'adjonction d'une disposition spéciale en faveur des mariages mixtes. Car cette disposition découle nécessairement de la règle constitutionnelle, telle qu'elle est. *«Or, dès que la chose est vraisemblable, on ne peut nullement inférer l'incompétence fédérale en matière de mariages mixtes du fait que les propositions de Glaris et de Berne ont été rejetées. Cela est d'autant moins admissible que, lorsque le peuple suisse a donné sa voix à la constitution, il n'avait sous les yeux ni le protocole de la commission de revision du pacte, ni le recès avec les délibérations de la diète constituante... d'où il eût pu apprendre le rejet des propositions de Glaris et de Berne... et conclure à l'incompétence de la Confédération en matière de mariages mixtes... Dans son simple bon sens, le peuple, mis en présence d'une disposition constitutionnelle (article 44, 2<sup>e</sup> alinéa) permettant à la Confédération de «prendre les mesures propres au maintien de l'ordre public et de la paix entre les confessions», en a fait découler la compétence fédérale d'intervenir...»*

Quel parti prendre? La question est extrêmement délicate. Tout dépend, évidemment, de l'interprétation donnée au silence de la constitution sur le point précis des mariages mixtes. S'agit-il d'un silence qualifié dans la protection des mariages mixtes? Sans doute! Le silence des textes a été voulu par ceux qui ont rejeté les propositions de Glaris et de Berne. Cependant, ce silence volontaire avait-il pour tous la même signification? Ce n'est pas à présumer, mais qu'importe! Parmi les voix rejetantes, le compte n'a jamais été fait de celles qui refusaient vraiment la garantie fédérale des mariages mixtes et de celles qui incluaient déjà cette garantie dans la protection constitutionnelle de la paix confessionnelle. Certes, l'incertitude d'une disposition constitutionnelle permet d'affirmer, en général, la constitutionnalité contre l'inconstitutionnalité de la loi qui se fonde sur cette disposition. Quand, toutefois, le législateur sait ou peut savoir, ce qui est le cas de celui du 3 décembre 1850, que



son œuvre va se construire sur un texte obscur et équivoque pour la justification de cette œuvre, l'inconstitutionnalité se se présume. Elle ne fait plus aucun doute lorsque, plaçant le législateur en situation d'histoire, nous devons constater qu'il se trouve, socialement et moralement, dans la même époque que le constituant. Ce que nous voyons être ici. En 1850, l'«époque» est encore celle de 1848. De sorte que la loi bâtie sur l'équivoque dénoncée dans la constitution est bien inconstitutionnelle. Que nous chaut que, dans leur «simple bon sens», les citoyens faisant la double majorité du peuple et des cantons croient que l'article 44, 2e alinéa, de la constitution fédérale assure la protection des mariages mixtes! En acceptant une disposition constitutionnelle, les hommes de Suisse (sont-ils «le peuple» à eux seuls?) et les Etats suisses la prennent en bloc, avec ses vertus ouvertes et ses vices cachés, telle qu'elle a été délibérée par le corps constituant et, précisément, parce que la délibération est définitivement achevée lors de l'adoption par ce corps et avant la votation générale.

Donc, la loi du 3 décembre 1850 sur les mariages mixtes est inconstitutionnelle à nos yeux. Elle n'en marque pas moins un progrès considérable du droit suisse dans la voie du mariage libéral. Le droit se laïcise et s'éloigne des exigences des églises... (voir PICOT, sur cette loi et sa jurisprudence, p. 22 à 37). Pourtant, la protection fédérale laisse de côté les mariages entre personnes de la même confession et les mariages entre chrétiens et non-chrétiens. Cette situation persistera jusqu'à l'entrée en vigueur de la seconde constitution fédérale, celle du 29 mai 1874. La loi complémentaire, du 3 février 1862, sur les mariages mixtes n'y change rien puisqu'elle reste dans la ligne. (PICOT, p. 37 à 54.)

#### LE PROJET DE CONSTITUTION FÉDÉRALE DU 5 MARS 1872

Les esprits, dès avant l'avertissement qu'est la guerre franco-allemande de 1870-71 pour une Suisse encore mal unie, marchent vers une revision centralisatrice de la constitution fédérale.

Le 17 juin 1870, le Conseil fédéral saisit l'Assemblée fédérale d'un message et d'un projet (*Feuille fédérale*, 1870, II, p. 777 à

824). Le message est très dur pour les législations cantonales qui, souvent, subordonnent le mariage à l'assurance que les services de l'assistance publique n'en auront pas une surcharge. Nous y lisons en particulier: *«On peut critiquer cette maxime (tous les Suisses sont égaux devant la loi) du point de vue de la forme, mais, au fond, il n'en est pas moins vrai que les empêchements au mariage sont dirigés essentiellement contre les classes pauvres de la population. En effet, nous savons que jamais des conseils communaux ne se sont opposés au mariage de personnes riches, même dans le cas où ce mariage ne remplissait aucune des conditions imposées par la morale et où, sans posséder le don de prophétie, on pouvait prévoir aussi la ruine finale de la famille... On ne peut absolument pas admettre, dans un Etat libre et où la justice est en honneur, des lois ayant pour conséquence de priver le pauvre d'un droit qui n'est pas contesté au riche...»*

Les chambres fédérales adoptent finalement l'article 49, dont les trois premiers alinéas sont ainsi conçus: (1) *«Le droit au mariage est placé sous la protection de la Confédération.»* (2) *«Aucun empêchement au mariage ne peut être fondé sur des motifs confessionnels, sur l'indigence de l'un ou de l'autre des époux, sur leur conduite ou sur quelque autre motif de police que ce soit.»* (3) *«Sera reconnu comme valable dans toute l'étendue de la Confédération, le mariage contracté dans un canton ou à l'étranger conformément à la législation qui y est en vigueur aussi longtemps que la législation fédérale (art. 55) n'aura pas déterminé les conditions nécessaires pour la validité du mariage.»* Et l'article 55 qui sera fatal au projet prévoit que *«la législation sur le droit civil y compris la procédure est du ressort de la Confédération»*.

Le 12 mai 1872, le projet est rejeté en votation populaire.

#### LA CONSTITUTION FÉDÉRALE DU 29 MAI 1874

Après le rejet du texte du 5 mars 1872, le Conseil fédéral présente un nouveau projet accompagné d'un message daté du 4 juillet 1873 (*Feuille fédérale*, 1873, II, p. 909 à 943). Ce projet devient la constitution fédérale, actuellement en vigueur, du 29 mai 1874. L'unification de l'ensemble du droit civil étant abandonnée, la disposition constitutionnelle (article 54) sur le mariage

est dépouillée, en son troisième alinéa, de sa queue de condition résolutoire. Car les matières réservées à l'unification civile ne comprennent pas celle du mariage (article 64). Les procès-verbaux des délibérations parlementaires le constatent expressément (BURCKHARDT, ad art. 54, p. 498). Nous avons donc le texte d'aujourd'hui qui a la teneur suivante (article 54, 3<sup>e</sup> alinéa; les 1<sup>er</sup> et 2<sup>e</sup> alinéas restant les mêmes que dans le projet plus haut rapporté, du 12 mai 1872): «*Sera reconnu comme valable dans toute la Confédération le mariage conclu (sic!) dans un canton ou à l'étranger conformément à la législation qui y est en vigueur.*»

Qu'importe! Le 2 octobre 1874, le Conseil fédéral présente à l'Assemblée fédérale un message concernant un projet de loi sur l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage (*Feuille fédérale*, 1874, III, p. 1 à 33). Le mariage? Et l'article 54, 3<sup>e</sup> alinéa, de la toute fraîche constitution? Si le mariage «conclu» dans un canton conformément à la législation qui y est en vigueur doit être reconnu comme valable dans toute la Confédération, c'est bien que ladite Confédération n'entend pas faire la loi unique du mariage suisse. Et les précautions prises par les corps constituants et portées dans les procès-verbaux? Le Conseil fédéral passe outre. Les Chambres fédérales adoptent la loi, le 24 décembre 1874. Elle s'applique dès le 1<sup>er</sup> janvier 1876, après acceptation populaire.

Que se passe-t-il, cependant, dans la période s'étendant du 29 mai 1874 au 1<sup>er</sup> janvier 1876? Tant bien que mal, le Tribunal fédéral et le Conseil fédéral appliquent les règles constitutionnelles. Car, ainsi que le relève le Conseil fédéral dans sa circulaire, du 3 juillet 1874, sur la célébration et les effets du mariage (*Feuille fédérale*, 1874, III, p. 188): «*En vertu de l'article 2 des dispositions transitoires de la constitution, les textes des lois cantonales contraires à ladite constitution cessent d'être en vigueur par le fait de l'adoption de celle-ci... Dès le 29 mai 1874, les diverses dispositions de l'article 54 s'appliquent exclusivement et uniformément en Suisse... Le 2<sup>e</sup> alinéa renferme quelques directions qui... modifient les législations cantonales.*» Et le Conseil fédéral de fixer le sens général de ces directions. Puis il conclut en révélant l'embarras où le

met la coexistence des droits cantonaux avec les divers impératifs de l'article 54 de la constitution: les temps présents sont transitoires. Bientôt doit luire le jour d'une législation fédérale: *«Nous devons faire remarquer que les dispositions constitutionnelles sur le mariage ne pouvant être appliquées d'une manière uniforme qu'au moyen d'une loi spéciale, un projet de loi ne tardera pas à être présenté...»*

Et nous voici, de nouveau, au 2 octobre 1874, jour où le Conseil fédéral présente son message.

LA LOI FÉDÉRALE DU 24 DÉCEMBRE 1874

Le message du Conseil fédéral commence par constater que l'article 54 de la constitution n'annonce plus, comme l'article 49 du projet constitutionnel du 5 mars 1872, l'unification du droit du mariage. Néanmoins, ajoute-t-il, le commencement de cet article conserve toute sa force: *«Le droit au mariage est placé sous la protection de la Confédération.»* La portée de cette disposition n'est un secret pour personne... *«La Confédération doit sauvegarder le droit de contracter mariage en général et, par conséquent, veiller à ce que ce droit ne soit pas amoindri par les exigences cantonales en matière de mariage. La constitution ne dit pas en quelle forme la Confédération doit remplir cette dernière prescription. On peut ne pas trouver absolument nécessaire, mais on devra trouver admissible que la Confédération... désigne celles des exigences de fond en matière de mariage qui peuvent continuer à subsister sous la nouvelle constitution.»* Et le Conseil fédéral reprend plus loin la même argumentation en termes analogues ou parfois identiques. La répétition aussi est une figure de rhétorique et même la plus puissante!

Tout de même, notre étonnement ne se peut céler. Contrairement aux prévisions constitutionnelles du 5 mars 1872, l'unification du droit ne reste pas, même en plant, dans l'article 54 de la nouvelle constitution et la législation cantonale n'est plus menacée expressément d'une très prochaine disparition. De plus, le Conseil fédéral, dans le message du 4 juillet 1873, n'a pas repris la formule, envisagée lors des délibérations sur le projet constitutionnel du 5 mars 1872, *«le droit au mariage est placé dans la com-*

*pétence et sous la protection de la Confédération*». C'est dire qu'en tout cas le texte précis de l'actuel article 54 de la constitution fédérale n'autorise pas l'Assemblée fédérale à légiférer dans la matière du mariage, ni pour la forme, ni pour le fond. Nous n'avons plus un silence clair ou obscur, mais des mots, notamment ceux du 3<sup>e</sup> alinéa, qui consacrent la permanence du droit cantonal. Ce que ne manquent pas de relever les rapports minoritaires qui sont présentés dans les Chambres et, spécialement, au Conseil des Etats (*Feuille fédérale*, 1874, III, p. 733 à 737).

Faut-il admettre que d'autres dispositions constitutionnelles peuvent légitimer la loi du 24 décembre 1874? Sans doute l'article 53 permet-il les règles légales sur «*l'état civil et la tenue des registres qui s'y rapportent*», mais ces règles légales ne vont pas jusqu'à enserrer le mariage. Et l'article 49 qui proclame «*inviolable la liberté de conscience et de croyance*» et prévoit que «*nul ne peut être contraint d'accomplir un acte religieux*»? Le Conseil fédéral laisse bien entendre que cette disposition est la sainte ampoule d'où se tire l'huile de l'onction constitutionnelle donnée au mariage civil. Admettons que son opinion ne soit pas fausse. Elle est, néanmoins, impropre à justifier, derrière l'unification des règles de forme, l'unification des règles de fond. Pour nous, les articles 26 à 28 de la loi du 24 décembre 1874 sont inconstitutionnels (BURCKHARDT, ad art. 54, p. 499, MARTIN, p. 11 à 13, FLEINER-GIACOMETTI, t. I, p. 347, n. 6, SCHOLLENBERGER, p. 399). Ils ne cesseront de l'être qu'au 13 novembre 1898, jour où, par l'article 64 modifié, les citoyens et les cantons suisses auront donné à la Confédération le pouvoir de légiférer en toutes matières du droit civil. PICOT (p. 54 à 59) est latitudinaire.

La loi du 24 décembre 1874 est l'objet d'une demande *ad referendum populi*. La votation fédérale a lieu le 23 mai 1875. La loi est acceptée par une faible majorité de citoyens suisses, mais onze cantons et trois demi-cantons la rejettent, alors que huit cantons et trois demi-cantons l'acceptent (*Feuille fédérale*, 1875, III, p. 315). Ce qui est grave! Assurément et c'est clair, la loi, pour son acceptation, n'a pas juridiquement besoin d'une autre majorité que de celle des citoyens suisses. Elle a, cependant, des



textes inconstitutionnels. La majorité acquise ne peut, à elle seule, faire que le vice originaire et profond de ces textes soit politiquement guéri. A cet effet, manque l'acceptation de la majorité des Etats confédérés, nécessaire à toute revision constitutionnelle.

Contraire à la constitution, la loi ne marque pas moins un nouveau et grand progrès du droit suisse. Désormais, l'article 54 de ladite constitution est mis en œuvre sur le plan fédéral et par un ensemble de dispositions organiquement liées les unes aux autres. Pour le fond comme pour la forme, le mariage continue de se laïciser et échappe aux dominations étroites et jalouses de droits écrits ou coutumiers, fermés sur eux-mêmes et ne protégeant que les bourgeois aisés du canton et de ses communes.

La loi du 24 décembre 1874 absorbe-t-elle toute la matière du mariage? Le Tribunal fédéral l'a cru et l'a dit. Dans leur arrêt du 9 avril 1880, rendu dans la cause *Zumbrunn* et publié au *Rec. off.*, t. VI, p. 274, nous lisons que l'article 54 de la constitution «*a trouvé son accomplissement complet* (*«abschliessende Ausführung»*) par la loi du 24 décembre 1874 qui règle de manière exhaustive les empêchements à mariage...» Est-ce bien certain? Certes, les règles cantonales disparaissent désormais et, en ce qui concerne leur mention au 3<sup>e</sup> alinéa de l'article 54, elle est, désormais, sans objet. Oui; mais?... Le droit fédéral se trouve-t-il tout entier dans la loi du 24 décembre 1874? Relevons que l'article 54 n'a pas la même rédaction dans ses trois versions officielles. Le texte allemand dispose que le droit au mariage ne peut être «restreint» pour certains motifs. Le texte français indique les «empêchements» impropres à se fonder sur ces motifs. Le texte italien désigne les «obstacles» que ces motifs ne doivent pas être pour le mariage. Si, donc, les «empêchements» proprement dits s'épuisent dans la législation civile (parenté, alliance, mariage antérieur non dissous, délai de non-remariage et, même, les incapacités d'âge, de discernement ou de santé mentale), les autres «obstacles» restent encore. Le texte italien comme le texte allemand sont dans leur lettre plus vrais, plus justes, que le texte français. Les obstacles qui vont au delà des «empêchements»

relèvent du droit public ou du droit administratif, lesquels enserrant le droit privé du mariage. Ils n'entrent pas dans les prévisions de la loi du 24 décembre 1874, pas plus qu'ils n'entreront dans celles du code civil du 10 décembre 1907. Ils n'en existent pas moins et, pour les limiter, le texte de l'article 54 de la constitution leur est encore directement applicable. Plus loin, nous reviendrons à eux, souvent terribles.

Pour en rester ici au droit privé, la loi du 24 décembre 1874 va s'appliquer jusqu'à l'entrée en vigueur du code civil. Acquis le fait même de cette loi, le problème nouveau qui surgit est alors celui de la constitutionnalité ou de l'inconstitutionnalité de ses dispositions. Ce problème se vide vite: Les articles 26 à 28 de la loi sont conformes au gabarit constitutionnel. En sera-t-il de même de tous les textes adoptés ou proposés du code civil?

#### LE CODE CIVIL SUISSE

Le code civil, du 10 décembre 1907, entre en vigueur le 1er janvier 1912. L'ensemble de ses dispositions sur le mariage s'inscrit dans le cadre de la protection constitutionnelle. Trois dispositions donnent lieu à des discussions. Ce sont celle qui se rapporte au mariage de l'interdit, celle qui a trait à l'empêchement de mariage pour cause d'adultère, lequel n'est pas entré dans le code, et celle du délai de non-remariage imposé à l'époux coupable du divorce.

##### *Le mariage de l'interdit*

L'interdit est la personne majeure que les circonstances prévues aux articles 369 à 372 du code civil permettent de placer sous la protection d'une autre personne, le tuteur (sous réserve de l'article 273, 2e alinéa, dudit code auquel nous reviendrons plus loin). Mise sous tutelle, la personne cesse d'être majeure et prend le statut d'incapacité du mineur. Or le mineur ne peut se marier sans le consentement de ses protecteurs, père et mère ou tuteur. Dès lors, l'interdit lui aussi «*ne peut contracter mariage sans le consentement de son tuteur*» (art. 99, 1er al., du code civil).



Cette règle est-elle constitutionnelle? L'état normal de la personne qui a dépassé vingt ans ou qui, avant cet âge, a été émancipée ou s'est mariée est d'être majeure. Si elle est interdite à cause d'une maladie mentale ou de la faiblesse d'esprit, elle se trouve devant le mariage comme toute personne qui, bien qu'ayant une maladie mentale ou l'indiscernement, n'est pas interdite. En d'autres termes, l'interdiction ne joue ici aucun rôle. L'union est impossible aux termes de l'article 97 du code civil (cf. *Exposé des motifs*, p. 93). Si, au contraire, la personne majeure est interdite pour d'autres causes (prodigalité, ivrognerie, inconduite, mauvaise gestion, condamnation à une peine privative de liberté d'au moins un an, demande d'interdiction volontaire qui n'est valable que pour les motifs objectifs des autres interdictions), alors la situation devient plus délicate. Déjà la commission d'experts la discute. M. FEHR ne manque pas de relever ces deux points successifs: l'interdiction est due à la conduite antérieure du pupille, l'exigence du consentement au mariage «se fonde ainsi sur une cause qui ne justifie constitutionnellement aucune entrave audit mariage». Après une réponse brève de M. C.-CH. BURCKHARDT, M. le conseiller fédéral BRENNER expose qu'à ses yeux, l'article 54 de la constitution n'est pas violé puisque que «la cause de la diminution personnelle ne réside pas dans la conduite antérieure, mais dans la restriction apportée à la capacité civile». Dans la discussion qui suit, M. SCHMID appuie M. BRENNER, alors que MM. BROSI, SCHERRER et LANG partagent entièrement l'opinion de M. FEHR et affirment surtout que «par des voies détournées, le mariage est limité», que «des tutelles vont s'instituer à la seule fin de rendre le mariage impossible ou répondent encore à M. BRENNER que «c'est d'après ses motifs que la cause objective, donnée par l'interdiction, est un obstacle au mariage» et que «la disposition envisagée ne se concilie pas avec la constitution». Au vote, la proposition de M. FEHR de biffer le texte visant le consentement nécessaire au mariage de l'interdit est repoussée à une forte majorité (séance du 15 octobre 1901, *Procès-verbaux*, vol. I, p. 118, ad art. 118 de l'avant-projet = 99 du code définitif).

Au Conseil national (séance du 8 juin 1905, *Bulletin sténogra-*

phique, vol. XV, 1905, p. 497 s., M. HUBER, «le père du code civil», en personne rapporte de la manière suivante: «*Certes, on peut avoir quelque hésitation devant cette nouveauté et craindre qu'une personne ne soit mise sous tutelle à la fin unique de lui rendre le mariage impossible puisqu'alors l'union projetée se heurte au refus d'y consentir opposé par le tuteur. Par exemple, les enfants d'un père âgé provoquent son interdiction pour cause prétendue de maladie mentale, mais, à la vérité, simplement parce qu'ils craignent qu'il leur donne une «seconde mère» en pleine jeunesse. Ce danger n'est pas complètement imaginaire...*» Sur quoi le Conseil national, sans perdre une minute à cette question, adopte l'article du code portant consentement nécessaire du tuteur.

Au Conseil des Etats (séance du 26 septembre 1905, *Bulletin*, vol. XV, 1905, p. 955), M. HOFFMANN (il doit, plus tard, devenir conseiller fédéral) est rapporteur. Voici son exposé: «... *L'interdiction se justifie par la prodigalité ou l'inconduite et je dis alors que la personne interdite prouve par là qu'elle a besoin d'une protection contre elle-même. Il est illogique de prétendre que, pour toutes actions, l'interdit n'a pas la capacité civile, mais qu'il a cette capacité pour la plus importante action de la vie, le mariage. Assurément, le mariage est un droit personnalissime, mais il est également une institution sociale qui intéresse la collectivité. Il est, donc, important de ne pas résoudre trop doctrinairement les questions qu'il pose. Pour passer par dessus les difficultés qui peuvent se trouver dans l'article 54 de la constitution, nous avançons, toutefois, cet argument: le motif du refus du mariage gît non dans la «conduite antérieure» mais dans le fait que, généralement, la personne n'est plus civilement capable qu'en mesure restreinte.*» Et, pas plus au Conseil des Etats qu'au Conseil national, la disposition n'est discutée avant d'être acceptée.

Que devons-nous penser de ce nécessaire consentement du tuteur au mariage de l'interdit? D'abord, sa constitutionnalité ne dépend pas de la recevabilité d'un recours aux autorités de tutelle, puis au Tribunal fédéral. Cette recevabilité a simplement le mérite d'avoir fait adopter plus facilement le consentement nécessaire par les Chambres fédérales. En soi, l'article 99, 1er alinéa, du code civil n'est guère conforme à la constitution.

L'interdit est ce qu'il est en raison de sa conduite antérieure, que nous voulions ou que nous ne voulions pas cette relation de cause à effet. Dire que ce n'est pas la conduite comme telle, mais le défaut de capacité que révèle cette conduite — qui est la cause de l'interdiction et, par conséquent, de l'obstacle du tuteur mis au mariage (cf. *Exposé des motifs*, p. 92 et 93) — c'est évidemment jouer sur les mots.

Cependant! En effet, la jurisprudence a su ramener notre texte dans la perspective constitutionnelle. D'après le Tribunal fédéral, le refus de consentir au mariage, opposé par le tuteur (ou les autorités de tutelle) au pupille interdit, ne se justifie que si le motif dudit refus est compatible avec l'article 54, 2e alinéa, de la constitution fédérale. Ainsi, l'interdiction est due à la conduite, mais le tuteur (ou toute autorité de tutelle) ne peut pas, pour refuser le consentement au mariage, invoquer cette conduite qui a justifié l'interdiction. Alors, à quoi sert le consentement nécessaire du tuteur? Voyons les arrêts de nos hauts magistrats.

Dans le premier, du 30 mars 1916, rendu dans la cause *Hertner* et publié au *Rec. off.*, t. 42, II, p. 81 (JT, 1916, p. 539), nous lisons cette considération de principe: «... *L'intention du législateur du code civil n'a pas été de porter atteinte à la garantie accordée au mariage par l'article 54 de la constitution. En aucun cas, le tuteur ne peut refuser son consentement pour des motifs confessionnels, d'indigence, de conduite ou d'autre nature policière... Les motifs d'ordre économique doivent jouer un rôle quand il s'agit de sauvegarder les intérêts vitaux du pupille lui-même, en particulier lorsqu'à cause des caractères propres au conjoint, le mariage apportera, certainement ou très probablement, la ruine économique du pupille. Ni l'article 54 de la constitution fédérale, ni l'article 99 du code civil n'interdisent la considération de ces intérêts économiques-là. Ils ne condamnent que les empêchements au mariage dérivant des intérêts de tierces personnes, comme les intérêts du fisc ou ceux de l'assistance publique...*»

Le deuxième, du 22 septembre 1920, rendu dans la cause *Herzog* et publié au *Rec. off.*, t. 46, II, p. 203 (JT, 1920, p. 61), précise la position des juges fédéraux: «... *Le refus de consentir au mariage doit être considéré comme étant aussi un acte de prévoyance*

*pris dans l'intérêt bien compris du pupille... Dans le cadre de l'article 54 de la constitution, le refus est légitime quand l'interdit tiendrait raisonnablement compte des circonstances motivant le refus, s'il n'était pas atteint des défauts d'esprit qui l'ont fait interdire. La loi n'exige pas du pupille la preuve que le conjoint exercera sur lui une bonne influence, elle se contente de demander à ce conjoint de ne pas avoir des défauts le rendant impropre à la vie conjugale. Le penchant du pupille à la paresse est un des motifs auxquels l'article 54 de la constitution n'attribue pas la vertu de fonder un empêchement à mariage.»*

Et nous trouvons au cours du troisième, du 14 mai 1924, rendu dans la cause *Schrauer* et publié au *Rec. off.*, t. 50, II, p. 213 (JT, 1924, p. 545), un rappel de la compatibilité de l'article 99 du code civil avec l'article 54 de la constitution: «*Le refus du consentement ne peut se justifier que par le souci de l'intérêt bien compris du pupille lui-même... C'est pourquoi les intérêts économiques du pupille, mais non les intérêts économiques d'autrui, peuvent entrer en ligne de compte. Et, de même, doivent s'envisager les dangers physiques, intellectuels et moraux que le mariage projeté pourra faire courir au pupille.*»

Cette jurisprudence relative au refus de consentir du tuteur (auquel s'assimile le représentant provisoire de l'article 386 du code civil; cf. l'arrêt du 18 octobre 1916, cause *Birchler*, *Rec. off.*, t. 42, II, p. 422; JT, 1917, p. 301) est ingénieuse. Dans sa raison, l'article 54 de la constitution entendait prescrire à la législation cantonale, puis à la législation fédérale, de ne mettre aucun obstacle à la célébration du mariage fondé notamment sur la conduite de l'un ou de l'autre des époux. Le code civil dispose l'obstacle du consentement d'autrui, nécessité par la mise sous tutelle fondée sur cette conduite (antérieure, disent les versions allemande et italienne). Cependant, il organise cet obstacle de telle manière que le refus du tuteur n'est plus opérant que pour des causes allant au-delà des empêchements du code civil (art. 100 à 104) mais restant en deçà des obstacles de la constitution (art. 54, 2e al.). C'est dire que la règle constitutionnelle n'est plus — aujourd'hui où la loi civile règne dans le champ de cette règle, mais sans en atteindre les bornes — qu'une barrière

opposée au pouvoir discrétionnaire du tuteur. A quoi sert le consentement du tuteur? Au-delà de la protection générale du code civil, il assure une protection particulière à l'interdit jusqu'aux limites du veto constitutionnel. D'où il suit que l'article constitutionnel, s'il a rempli définitivement sa tâche protectrice dans l'élaboration du droit civil de fond, ne cesse de l'accomplir encore, jour après jour, dans l'appréciation de certaines mesures, comme le consentement du tuteur au mariage du pupille interdit. Ces mesures ont déjà un aspect administratif: celui de la protection des faibles par l'autorité, encore que déléguée. De sorte que, même si, dans l'article 54, le 1<sup>er</sup> alinéa avait jamais eu, dans ses débuts, une portée plus vaste que le 2<sup>e</sup> alinéa (cf. BURCKHARDT, ad art. 54, p. 499), la valeur protectrice du 1<sup>er</sup> alinéa apparaît s'épuiser présentement dans la suppression des obstacles énumérés dans le 2<sup>e</sup> alinéa et créés par l'administration. Nous y reviendrons plus bas en étudiant les exigences du droit public.

Quant à savoir si le mineur sous tutelle ne doit pas trouver dans la constitution les mêmes secours et appuis que l'interdit, la question ne nous retiendra pas longuement. La tutelle remplace la puissance parentale naturellement existante sur le mineur. Celui-ci, de même qu'il a besoin du consentement de ses père et mère pour se marier, de même il ne peut se passer du consentement de son tuteur qui tient lieu de père et mère. Pour le mineur sous puissance parentale, comme pour le mineur sous tutelle, le refus de consentement n'est pas contrôlable par les autorités de tutelle (et le Tribunal fédéral) parce que le mineur n'a pas un droit entier et indépendant au mariage (dans la forme, l'art. 96, 1<sup>er</sup> alinéa, du code civil est certainement mal rédigé, mais qu'importe!...).

Au problème du mineur sous tutelle s'ajoute celui de l'interdit sous puissance parentale (art. 273, 2<sup>e</sup> al., du code civil). Faut-il, du point de vue du droit au mariage, assimiler cet interdit au mineur sous puissance parentale, ce qui apparaît la solution de première vue? Faut-il le rapprocher de l'interdit sous tutelle, ce qui est, sans doute, la solution vraie, puisqu'ici c'est la puissance parentale qui remplace la tutelle toujours ordonnable par les



autorités? Selon l'une ou l'autre solution, le consentement des père et mère n'est pas ou, au contraire, est contrôlable par les autorités de tutelle (et le Tribunal fédéral).

*L'empêchement de l'adultère et le délai imposé de non-remariage*

L'empêchement au mariage dit de l'adultère soulève, lui aussi, le problème de sa constitutionnalité. Certaines associations religieuses en demandent l'introduction dans le code civil. C'est à la commission des experts qu'il fait l'objet d'une première discussion. M. WIRZ propose l'adultère comme empêchement dirimant quand il est la cause du divorce et que le nom du «complice» est indiqué dans le jugement. M. C.-CH. BURCKHARDT soutient la proposition de M. WIRZ qui, dit-il, est dans la tradition juridique des droits suisses, mais aucun innocent ne doit en souffrir et, partant, elle doit se limiter au cas où les deux parties sont coupables. M. ROSSEL faisant, alors, remarquer que la proposition se heurte à l'article 54 de la constitution, M. BURCKHARDT lui répond que le Tribunal fédéral a une opinion contraire. Mis aux voix, l'empêchement de l'adultère est rejeté par 16 contre 14 voix (séance du 15 octobre 1901, *Procès-verbaux*, vol. I, p. 121 et 122, ad art. 119 de l'avant-projet = 100 du code définitif).

Les juges fédéraux ont-ils vraiment tenu l'empêchement de l'adultère pour compatible avec la constitution? Dans un arrêt, du 20 février 1875, rendu dans la cause *Graf* et publié au *Rec. off.*, t. I, p. 98, nous lisons ces considérants topiques: «*Certes, l'empêchement est connu du droit canonique. Néanmoins, il n'est pas d'origine confessionnelle et, dans le cas présent, il apparaît non comme une prescription de l'église, mais comme une disposition de la législation laïque. La règle se trouve dans nombre de pays qui, depuis longtemps, ont remis à l'État le soin de fixer les éléments du mariage valable.*» Puis, ces lignes suivent, très importantes: «*Comme le texte de l'article 54 le révèle, la «conduite» est comprise comme un «motif de police». Doivent disparaître en Suisse les entraves du mariage destinées à protéger les collectivités publiques contre les conséquences de mariages légers et irréfléchis. Ces entraves sont générales et non spéciales, visant les*

*épousailles d'une personne avec une autre personne déterminée. L'empêchement fondé sur l'adultère n'est pas un « motif de police », il est un motif de protéger le mariage existant. L'empêchement tiré de l'adultère n'est donc pas contraire à la constitution, bien qu'implicitement il soit une punition infligée au coupable à cause de sa conduite antérieure.*

Remarquons, au surplus, que le projet de loi du 2 octobre 1874 imposait, en son article 26, chiffre 3, l'interdiction de mariage « *aux personnes qui ont commis adultère ensemble, si l'adultère a été constaté par sentence juridique* ». Cette prescription légale n'avait fait l'objet d'aucune ligne dans le message du Conseil fédéral du même jour. Elle a bien été acceptée par le Conseil des Etats, mais elle a été rejetée par le Conseil national. Elle n'était donc pas entrée dans la loi du 24 décembre 1874.

Cependant, revenons au code civil, présenté aux Chambres fédérales. Lors de la délibération du Conseil national, M. SCHMID fait la proposition de munir l'article 108 du projet (actuel art. 100) d'un chiffre 4 ajoutant aux empêchements prévus celui du mariage « *entre l'époux adultère et son complice, si, dans le jugement, le délit est indiqué comme motif du divorce et si le complice y est nommé* » (séance du 8 juin 1905, *Bulletin sténographique*, vol. XV, 1905, p. 498 à 528). D'emblée, M. HUBER, rapporteur de langue allemande, fait remarquer que l'empêchement inflige à l'époux coupable une peine très sensible et que l'article 54 de la constitution interdit tout empêchement fondé sur la conduite de l'un ou de l'autre des époux. Dès lors, ajoute le « père du code civil », la question de la compatibilité de l'empêchement avec la constitution peut se poser. Enchaînant à M. HUBER, M. GOBAT, rapporteur de langue française, se prononce résolument contre l'adjonction, en invoquant l'article 54 de la constitution « *qu'il faudrait commencer par reviser, si nous voulions admettre la proposition de M. Schmid* ». M. SCHMID répond avec une grande pertinence que : « *si, vraiment, cet empêchement à mariage heurte la constitution, l'interdiction temporaire du mariage après le divorce la heurte aussi* ». Et il ajoute, avec moins de bonheur, que « *le projet de la loi du 24 décembre 1874 contenait déjà l'empêchement de l'adultère et que le Conseil fédéral ne peut être accusé d'avoir élaboré, immédiatement*



*après l'entrée en vigueur de la constitution, une loi qui fût contraire à celle-ci». Après que M. le conseiller fédéral BRENNER a émis ses doutes sur la constitutionnalité de l'empêchement proposé, M. DÜRRENMATT s'écrie, pour appuyer M. SCHMID: «Pourquoi nous faire peur avec la constitution? Elle n'a pas changé depuis le projet de loi du 2 octobre 1874. Ce qui, dans les années septante, était permis au Conseil fédéral, après un examen sérieux de la constitution, n'est pas aujourd'hui contraire à cette constitution.»*

Passons sur ce double hommage au Conseil fédéral qui n'empêche pas la proposition de M. SCHMID d'être rejetée par 87 voix contre 30 voix (séance du 8 juin 1905, *Bulletin*, p. 520). Ce que nous retenons, c'est le juste rapprochement que M. SCHMID fait entre l'empêchement dirimant de l'adultère et la prohibition temporaire de mariage que le juge du divorce doit, le cas échéant, imposer aux conjoints divorcés. Comme cette prohibition, aussi bien que l'empêchement, se fonde évidemment sur la conduite de la personne frappée (ce qui est le cas dans l'adultère, mais l'est également dans d'autres cas), elle n'est guère en relation d'amitié avec la constitution. Chose curieuse, cependant: personne ne reprend l'argument de M. SCHMID, ni pour l'approuver, ni pour l'improver. Et lorsque les articles 112 et 157 (actuels art. 104 et art. 150), relatifs au délai de non-remariage, viennent en discussion, chacun admet, par son silence, qu'aucun problème ne se pose! Qu'en conclure? Non pas que les membres du Conseil national veulent escamoter ici une difficulté constitutionnelle! Non! Alors, qu'en conclure vraiment? Qu'en vérité, le Conseil national, pas plus qu'auparavant, la commission d'experts, n'éprouve, en sa majorité, le désir d'insérer l'empêchement de l'adultère dans le code civil. Comme les arguments de fond, très importants, peuvent, néanmoins, apparaître discutables, la constitution est prise comme une sûre ligne de retraite. Elle ne permet pas l'empêchement et, sur cette ligne, la bataille est gagnée. Ensuite, cette même constitution ne se présente même plus à l'esprit d'aucun conseiller quand tous les représentants de la nation tombent d'accord d'imposer à l'époux coupable le délai de non-remariage, l'actuel article 150 du code civil.

Au Conseil des Etats (séances des 27 et 29 septembre 1905, *Bulletin*, t. XV, 1905, p. 963 à 945 et 1011 à 1013) MM. WIRZ, HILDEBRAND et SCHUMACHER proposent, eux aussi, l'adjonction d'un chiffre 4 à l'article 108 du projet (art. 100 actuel). En examinant cette manifestation minoritaire, le rapporteur de la majorité de la commission, M. HOFFMANN concède immédiatement que l'adjonction n'est pas inconstitutionnelle, puisque le Tribunal fédéral a jadis rendu l'arrêt *Graf*, cité plus haut. La proposition de M. WIRZ n'en est pas moins rejetée par 17 voix contre 16, y compris la voix départageante du président. Et, dans la délibération relative au délai de non-mariage, aucun débat ne s'ouvre.

Alors? Qui saura jamais si le délai de non-remariage est ou n'est pas conforme à l'article 54 de la constitution? Pour nous, les articles 104 et 150 du code civil sont, sans doute, des dispositions qui frappent fort justement l'époux coupable de la dissolution du mariage; mais elles ne sont pas dans la ligne constitutionnelle. A moins que, par quelque interprétation ingénieuse, nous ne disions: Quand la «conduite» est celle qu'a eue l'un ou l'autre des époux dans un précédent mariage, elle est un obstacle au remariage constitutionnellement recevable parce que, précisément, celui-ci ne pourrait avoir lieu sans cette déplorable conduite qui a causé la ruine de l'union antérieure. De même, alors, que le mariage premier empêche naturellement le mariage second, de même, la conduite coupable qui a fait cesser ce premier mariage s'oppose à la célébration de ce second mariage.

#### LES EXIGENCES DU DROIT PUBLIC

Le droit civil, nous le savons, ne régit pas seul le domaine du mariage. Dans l'arrêt du 2 mars 1942, rendu dans la cause *Slubicki* et publié au *Rec. off.*, t. 68, I, p. 81 (JT, 1942, p. 428) nous relevons ceci: «*Le droit au mariage constitutionnellement garanti a été réglementé de plus près par la législation fédérale du code civil, de la loi sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour et de la convention internationale de La Haye sur le mariage. La réglementation pose les conditions de forme et de fond auxquelles est lié en Suisse l'exercice de ce droit... Pour savoir si un refus de mariage*

*est fondé, l'autorité judiciaire doit appliquer, hormis, le cas échéant, la convention internationale, non directement l'article 54 de la constitution, mais les prescriptions civiles, quoique à la lumière dudit article 54.»*

Nous avons une certaine peine à nous ranger à cet avis. Car, précisément en cet arrêt, les juges fédéraux vont, eux-mêmes, placer les règles civiles — celles de la convention le sont comme aussi celles du code ou de la loi sur les rapports de droit civil — dans un cadre public. Celui-ci entoure l'ensemble du droit privé de ses exigences et, en tout cas, les dispositions civiles qui sont intérieures à la Suisse. Quelles sont donc les relations des exigences du droit public avec la protection constitutionnelle du mariage?

### *Le mariage fictif*

Le mariage fictif a été étudié dans la perspective du code civil. A l'énumération des causes de nullité donnée par l'article 120 de ce code, les juges fédéraux peuvent-ils ou ne peuvent-ils pas en ajouter une, tirée de l'article 2, 2<sup>e</sup> alinéa, de ce même code? Allons plus loin. L'empêchement de la fiction est-il ou n'est-il pas constitutionnel?

D'après l'arrêt du 9 novembre 1939, rendu dans la cause de *dame Frick, divorcée Weber* et publié au *Rec. off.*, t. 65, II, p. 135 (JT, 1940, p. 98) la fiction de mariage existe quand les fiancés ont contracté l'union en vue d'en avoir les effets secondaires, sans en vouloir l'effet principal, la communauté de vie conjugale. Le mariage est vicié d'une nullité absolue. Bien plus, il peut être empêché par l'autorité, fondée à s'opposer judiciairement à la célébration du mariage (arrêt du 3 juillet 1941, rendu dans la cause *Sprenger c. Frei* et publié au *Rec. off.* 67, I, p. 273; non publié au JT — arrêt du 19 avril 1951, rendu en la cause *R. et W.* et publié au *Rec. off.*, t. 77, II, p. 1).

Même si nous admettons la lutte contre les mariages fictifs — et nous n'en sommes guère un partisan —, nous disons que la jurisprudence du Tribunal fédéral permet d'aller très loin, trop loin. Elle permet d'empêcher ou de mettre à néant non seulement le mariage que contracte l'étrangère avec un citoyen suisse en vue

d'acquérir la nationalité suisse (mariage dit de nationalité suisse), mais encore tout mariage qui tend à d'autres fins publiques et civiles. C'est dangereux. S'il entre en vigueur, l'article 54 du projet de loi, du 9 août 1951, sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse limitera — tel est son sens et sa portée — l'opposition publique au seul mariage dit de nationalité suisse. C'est un moindre mal.

Raisonnons, donc, sur ce fondement précis. Le mariage fictif se heurte-t-il à un motif de police? Nous ne le pensons pas. Si le mariage n'avait pour effet que de soustraire l'un ou l'autre des conjoints, généralement la femme, à l'empire de ces règles de police, l'union devrait être constitutionnellement protégée. Le mariage fictif va plus loin, puisque, par soi-même, il assure à la femme le droit de cité marital, en éliminant la longue procédure de naturalisation. Il n'est pas protégé, parce que, n'étant plus qu'une procédure frauduleuse d'acquisition de la nationalité suisse, il cesse d'être le mariage, ce mariage auquel a trait l'article 54 de la constitution fédérale. Il est hors la loi constitutionnelle de protection de l'article 54, 1er et 2e alinéas, parce qu'il n'est pas, en droit public, ce mariage-là que veut l'article 54, 4e alinéa, de la constitution!

Dans les débuts de notre constitution, le constituant ne s'est même pas représenté qu'un jour viendrait en Suisse où les fiancés pourraient être invités à justifier leur mariage même. Les gens se mariaient naturellement alors et sans donner à leur mariage une nature faisaillée par leur comportement corrupteur. Aussi l'article 54 de la constitution, sans rien disposer sur la «conduite postérieure», ne s'attache-t-il qu'à supprimer l'obstacle de la «conduite antérieure» à la célébration du mariage. Les temps changent, cependant. Et la constitution s'interprète en situation d'histoire. Au nom du salut public, le droit jurisprudentiel — et bientôt le droit écrit — de la Confédération crée deux catégories de mariages: ceux qui sont sains parce qu'ils sont «pleins» et ceux qui sont malsains, parce qu'ils sont «vides». Les premiers sont ceux qui entrent dans les prévisions de la constitution.

Assurément, l'interprétation faite en situation d'histoire se laisse, en soi, défendre... Ce n'est pas la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité de l'obstacle mis au mariage fictif qui nous émeut. C'est l'idée même que le droit suisse puisse distinguer entre les mariages. D'où notre critique de la jurisprudence («critique de nature théorique» a dit récemment le Tribunal fédéral!).

*Le mariage de la femme expulsée ou refoulée de Suisse*

Abordons un mariage plus délicat encore que l'union fictive, celui que la femme expulsée ou refoulée de Suisse entend contracter avec l'un de nos compatriotes. Ce mariage est voulu par les deux fiancés et il l'est dans son effet principal, celui de créer une communauté de vie, comme il l'est aussi dans ses effets secondaires. Le Tribunal fédéral s'est prononcé dans quatre arrêts, des 23 octobre 1947, 5 décembre 1946, 3 février 1949 et 18 novembre 1948. Ils ont été rendus dans les causes *Kælliker* et *Goerges*, *Noger* et *Dærner* (deux fois), *Heini* et *Baum* (*Rec. off.*, t. 73, I, p. 330; 72, I, p. 354; 75, II, p. 1; 74, I, p. 420; — JT, 1948, p. 173; 1947, p. 194; 1949, p. 418; 1949, p. 262).

Nos hauts magistrats ont admis que, si le mariage de la femme expulsée n'était célébrable ni en Suisse, ni à l'étranger, le mariage de la femme «refoulée» était célébrable à l'étranger, mais non pas en Suisse.

Cette différence s'explique fort bien. Pour la femme expulsée, elle est, en effet, sous le coup d'une mesure qui se fonde dans la constitution elle-même; la femme refoulée n'est frappée que par une mesure de police. Celle-ci ne peut être juridiquement un obstacle au mariage, mais elle peut l'être effectivement. C'est pourquoi, si les épousailles se laissent célébrer à l'étranger, elles ne sont pas célébrables en Suisse. Ce qui exige quelque explication, mais nous la ferons brève, en complétant simplement la note que nous avons publié dans l'*Annuaire suisse de droit international* (vol. VII, 1950, p. 230 à 235).

Quand la femme est expulsée, elle est l'objet d'une précaution étatique très sérieuse que seule justifie la sécurité nationale.



La mesure est directement constitutionnelle, puisque l'article 70 de la constitution la permet expressément. Qu'importe qu'elle soit prise par le Conseil fédéral lui-même ou par une autre autorité, pourvu que les conditions d'application de la disposition constitutionnelle soient données! Dans le heurt de deux textes constitutionnels (celui de l'article 70 et celui de l'art. 54, 1er et 2e alinéas), nos hauts magistrats n'hésitent pas à donner la préférence au premier sur le second. Car choisir le second devant le premier, c'est, à cause de l'effet de nationalité qui s'attache au mariage, permettre à l'étrangère devenue suisse de rendre caduque l'expulsion et à ceux qui coopèrent au mariage de violer une mesure de sécurité nationale.

La question est, cependant, de savoir s'il y a vraiment heurt entre les textes constitutionnels. L'expulsion frappe une étrangère, mais le mariage ne peut être empêché pour des motifs tirés de la conduite de l'un ou de l'autre des époux ou des nécessités policières. Et, pour être mise dans la constitution elle-même, l'expulsion n'en reste pas moins une mesure de police (cf. BURCKHARDT ad art. 70, p. 628). La constitution veut-elle, dès lors, que le mariage, expressément protégé par elle, ne puisse jamais se célébrer pour la raison, que, devenant suisse et cessant d'être étrangère à nos yeux, la femme ne restera plus sous le coup d'une expulsion ne frappant constitutionnellement que les allogènes? Aucun texte, ni dans la constitution, ni même dans la législation, ne contraint les autorités administratives ou judiciaires à empêcher le mariage en vue de maintenir une mesure de police quelle qu'elle soit. Pouvons-nous, alors, admettre que, sans texte (autre que celui de l'article 70 de la constitution), la jurisprudence prescrive l'empêchement, que la jurisprudence crée un droit dérogatoire à l'article 54, 2e alinéa, de la constitution? Pourquoi pas? Et, pourtant, quels doutes! S'abstenir d'empêcher, en Suisse ou à l'étranger, le mariage de l'expulsée avec un citoyen suisse, c'est, pour une autorité d'administration ou de justice, nécessairement enfreindre une mesure de sécurité nationale! Vraiment? N'est-ce pas tout aussi bien respecter le droit au mariage? Nous avons, d'erechef, une interprétation de

la constitution en situation d'histoire. Au 29 mai 1874, l'article 54 affirmait haut et clair, un droit personnel au mariage auquel ni les églises, ni même les collectivités publiques ne pouvaient faire obstacle, et, sans doute, même pas par l'invocation d'une expulsion justifiée. Au 3 février 1949, le Tribunal fédéral fait s'incliner cet article 54 devant la raison d'Etat et supprime le droit personnel au mariage quand il est contraire à la sécurité nationale. Oui ! Nous avons, plus haut, pris le parti de l'interprétation faite en situation d'histoire. Elle est double ici, puisqu'elle porte, à la fois, sur l'article 54 et sur l'article 70. Qu'elle soit opportune ou inopportune, elle est dans la ligne de l'époque et marque un nouveau tournant dans l'histoire de la protection centenaire du mariage. Alors, à l'étranger, le mariage se célèbre en dépit de l'expulsion ? Il n'est simplement pas reconnu en Suisse (art. 7 f de la loi fédérale des 25 juin 1891 et 10 décembre 1907). Ce point est bien clair.

Et si l'expulsion était une « situation publique » comme l'est la réclusion (à vie) ? Sur ce terrain – repris plus loin – nous pouvons rejoindre le Tribunal fédéral, approuver le refus absolu du mariage ou ne pas le reconnaître, s'il se célèbre à l'étranger. C'est plus clair et moins angoissant que le combat de deux textes constitutionnels ! L'expulsion est, toutefois, une « situation publique » d'un caractère particulier, puisque, cessant par le mariage, elle exige, et elle seule de toutes ces situations-là, que jamais ne soit reconnu le mariage fait contre elle.

Peut-être avons-nous ainsi la raison suffisante d'un rapprochement de ce mariage « plein » et « vrai » avec le mariage « vide » dit de nationalité. Le Tribunal fédéral lui-même (premier arrêt *Noger et Dærner*) n'a pas été sans subir, dans le maquis de l'article 2, 2<sup>e</sup> alinéa, du code civil, l'attrait d'un parallélisme entre le mariage « complet » fait pour la nationalité suisse, prise contre l'expulsion, et le mariage « incomplet » fait pour la nationalité suisse, prise contre un quelconque inconvénient de l'extranéité. Le premier, comme le second, n'est pas protégé, puisque, jurisprudentiellement, il n'est plus ce mariage, pur devant la constitution, par lequel le 4<sup>e</sup> alinéa de l'article 54



attribue à l'épouse allogène la nationalité suisse du mari. Si cette thèse est vraie, son adoption révèle que, même dans la constitution, la portée d'une règle de principe (art. 54, 1er al.) peut dépendre de l'interprétation donnée à une règle de corollaire (art. 54, 4e al.). L'effet, acquisition condamnée du droit de cité liée à l'hyménée, devient la cause, non-considération du mariage, fictif ou vrai, comme mariage protégé par la constitution. Et dire que l'article 54 du projet de loi, du 9 août 1951, sur la nationalité suisse a voulu limiter la part du feu à la seule fiction de mariage! Est-il déjà dépassé avant son adoption? Ne doit-il pas être complété?

De toute manière, les juges fédéraux, nous l'avons déjà dit, ne confèrent pas aux mesures de refoulement, exigées par la police des étrangers (refus d'accorder ou de prolonger une autorisation de séjour, défaut de papiers d'identité ou de moyens d'existence suffisants), le pouvoir d'empêcher le mariage. *«Au contraire, ces motifs perdent leur signification par le mariage que la femme refoulée contracte avec un citoyen suisse»*, disent nos hauts magistrats. Ces mesures ne sont pas commandées directement par la constitution et ne présentent, apparemment, pas une justification de défense nationale. Elles restent ces motifs de police auxquels l'opposition de l'article 54 est maintenant jurisprudentiellement réduite. Elles ne font pas, de manière qualifiée, une «situation publique», ainsi que nous le redirons plus bas.

Le mariage peut donc se célébrer, mais à l'étranger seulement. Et, en principe, *«les offices de l'état civil doivent prêter leur concours aux formalités préalables de cette union»*.

En revanche, les épousailles ne sont pas recevables devant un officier suisse de l'état civil. Car la célébration, si elle avait lieu chez nous, impliquerait la présence des deux fiancés sur notre territoire et, par conséquent, une rupture de ban commise par la femme. Et, de nouveau, aucune autorité ne se peut permettre de participer à une action qui n'est possible qu'au mépris d'une interdiction de police. *«L'ordre juridique serait en contrariété avec lui-même, s'il laissait une personne se trouvant en Suisse en dépit d'une interdiction de séjour demander le concours des autorités pour recevoir*

*un acte exigeant la présence de cette personne*». Pour que l'acte fût juridiquement recevable, la fiancée devrait être «*au bénéfice d'une suspension ou d'une révocation de la mesure de refoulement*».

Ces considérations se défendent-elles devant l'article 54 de la constitution? Nous n'en sommes pas absolument certain. Assurément, les motifs de police, condamnés par la disposition constitutionnelle, perdent leur signification par le mariage que la femme «refoulée» (ou, qui, sans être jamais venue en Suisse, s'en voit interdire l'entrée) contracte avec un Suisse. Alors, ce mariage doit pouvoir se faire en Suisse, même contrairement à la mesure de refoulement (ou l'interdiction d'entrée) qui ne se légitime plus devant lui. Comme les offices suisses de l'état civil prêteront leur concours aux formalités préalables, nous pensons que le strict devoir constitutionnel est, pour nos autorités, de procurer à la fiancée le sauf-conduit qui lui permettra d'entrer en Suisse (ou d'y rester valablement, si elle y est déjà) et d'y célébrer l'hyménée. Laisser les fiancés se débrouiller eux-mêmes, soit pour se marier à l'étranger, soit pour demander le sauf-conduit suspensif du refoulement et se voir éconduits par les services fédéraux et cantonaux de la police des étrangers, c'est mettre à la célébration du mariage un empêchement condamné par l'article 54 de la constitution. Car c'est bien au refus du laissez-passer qu'aboutiront les fiancés. Nous n'avons qu'à lire la jurisprudence. Elle prétend que «*toute personne étrangère, respectueuse de l'interdiction d'entrée qui lui est imposée, n'est pas en état de se marier en Suisse: l'article 54 de la constitution ne permet ni à elle-même, ni à son partenaire suisse de prétendre une suspension ou une révocation de la mesure de police afin de pouvoir venir célébrer le mariage en Suisse*». Et pourquoi donc? Pour une raison d'analogie que nous disons fausse, mais qui nous permettra d'examiner, après les fictions de mariage et les mariages d'étrangères expulsées ou refoulées, les mariages des personnes qui sont en certaine situation de droit public.

Donc, la femme refoulée de Suisse se voit opposer «*la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, d'après laquelle les autorités ne sont pas tenues de délier, temporairement ou définitivement, quelqu'un*

*de ses obligations publiques pour qu'il puisse se marier*». Et nos hauts magistrats d'ajouter: «*Accorder, à cet égard, un traitement meilleur aux personnes refoulées de Suisse qu'aux personnes y internées se justifie d'autant moins que les premiers ont, ce que n'ont point les secondes, la possibilité de s'unir peut-être à l'étranger même.*» Ce n'est pas convaincant. Si les personnes internées en Suisse ne peuvent se marier — et nous y reviendrons —, la raison en est que le mariage ne met par soi-même, en aucun cas, fin à l'internement. La situation de droit public qu'est cet internement continue après l'hyménée célébré. C'est même parce qu'elle continue malgré l'union conjugale que le mariage est incompatible avec elle; mais, une fois célébré, il a franchi l'obstacle de fait et pardure, quoique non pratiqué pendant l'internement. Tout autre est la situation, également de droit public, née du refoulement ou de l'interdiction d'entrée que subit l'étrangère. Du moment qu'elle cesse par l'hyménée célébré et qu'ainsi le mariage, protégé constitutionnellement, est une situation qui lui est supérieure, rien ne justifie l'entrave mise par la pratique administrative et la jurisprudence judiciaire au droit des fiancés de célébrer leurs épousailles en Suisse même. Il ne s'agit, dès lors, pas de délier temporairement ou définitivement une personne de ses obligations de nature publique. Tout au rebours, il s'agit d'assurer à cette personne l'exercice d'un droit constitutionnellement garanti contre des obligations publiques inopposables à ce droit. Sommes-nous trop libéral en ce siècle de fer, en disant que, si la collectivité publique n'a pas la puissance juridique de s'opposer au mariage, elle ne doit pas avoir le pouvoir de l'entraver en fait?

Assurément, la femme refoulée qui entre en Suisse par rupture de ban ne peut être, sans autres formalités préalables, protégée dans son droit au mariage célébrable en Suisse. Et, sur ce point, nous nous rallions à la manière de voir de nos hauts magistrats quand ils estiment que si «*le mariage est impossible aux femmes refoulées de Suisse qui respectent la mesure prise contre elles, il n'est pas non plus possible aux femmes qui violent cette mesure*». Cependant, le fiancé suisse, autant que la fiancée étrangère, a droit à un

mariage, en soi non discuté, et il est constitutionnellement fondé à pouvoir compter sur l'aide des autorités pour que les épousailles, qui ne se heurtent pas à un obstacle supérieur à ceux que condamne l'article 54 de la constitution, puissent se célébrer en Suisse.

*Le mariage de personnes se trouvant  
en certaine situation publique*

Quelle est la situation publique imposant à qui s'y trouve des obligations telles que le mariage même en est rendu impossible tant qu'elle dure? C'est celle qui crée une relation de dépendance entre la collectivité publique et la personne et qui, de par sa seule existence parfaitement constitutionnelle, soumet cette personne à des suppressions nécessaires de liberté, au nombre desquelles figure la liberté du mariage. La limitation publique des droits civils est tout aussi légitime dans le domaine du mariage, qu'elle l'est dans le domaine de la propriété. Ici comme là elle est moins, à proprement parler, une restriction qu'une partie immanente du statut même d'un domaine dit du droit privé. Elle l'entoure, donc elle l'enserme et le resserre plus qu'elle ne le restreint.

Il y a situation de dépendance publique dans l'expulsion, dans la détention, l'emprisonnement, l'internement civil ou militaire. A ce sujet, nous pouvons citer les arrêts des 2 mars 1942, 2 février 1905, 20 septembre 1884 et 19 février 1876, rendus dans les causes *Slubicki*, *Kellenberger*, *Lendi* et *Willi* et publiés au *Rec. off.*, t. 68, I, p. 81 (JT, 1942, p. 428); 31, I, p. 91; 10, p. 327; 2, p. 27. En tous ces arrêts, les magistrats fédéraux insistent sur le fait qu'en vertu de l'article 54 de la constitution, les autorités ne se sont pas tenues «*d'accorder des dispenses à l'obéissance due aux règles du droit public sur le service militaire ou la purge de peines ou de mesures disciplinaires*». Et plus généralement, «*l'élimination de l'obstacle de droit public ne pourrait se faire que si la situation publique n'avait été créée qu'en vue d'empêcher le mariage et si les motifs invoqués pour créer cette situation n'étaient qu'apparents*».

Le Tribunal fédéral est dans le vrai: Toutefois, nous sommes moins restrictifs que lui dans la portée de la protection constitutionnelle. Pour nous, le texte constitutionnel entend exclure non seulement «*les mesures de police prises à l'effet précis d'aggraver ou d'empêcher la célébration du mariage*», mais, plus généralement, les refus du mariage que ne justifie pas une situation publique incompatible avec le mariage. L'internement militaire de l'officier étranger est, certes, une situation publique qui ne tolère pas le mariage, la libération conditionnelle du prisonnier est, en revanche, une situation publique qui souffre fort bien le mariage. Le doute est, même dans le droit constitutionnel ou public de la Suisse, favorable à l'exercice des droits civils. Nous l'avons aussi vu pour le refoulement de l'étrangère. Générateur d'une situation publique, simple, non qualifiée en droit matrimonial, il tolère le mariage qui le fait prendre fin. *Reipublicae interest matrimonium esse tuendum!*

