

Interkantonale Zivilstandskreise

(deutsche Version übersetzt in ZZW 2003, S. 323-328)

1. Ausgangslage und Fragestellung

Am 1. Januar 2000 ist Artikel 3 Absatz 1^{bis} der Zivilstandsverordnung (ZStV, SR 211.112.1) in Kraft getreten. Diese Bestimmung verpflichtet die Kantone, die Zivilstandskreise so festzulegen, dass sich für die Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten ein Beschäftigungsgrad ergibt, der einen fachlich zuverlässigen Vollzug gewährleistet. Dieser Beschäftigungsgrad soll mindestens 40 Prozent betragen. Artikel 188/ ZStV setzt den Kantonen eine Frist bis zum 31. Dezember 2005, um ihre Zivilstandskreise auf diese Anforderungen hin zu überprüfen und allenfalls anzupassen.

Die Zivilstandsämter zahlreicher Kantone entsprechen nicht diesen Anforderungen, weshalb Umstrukturierungen an die Hand genommen werden. In zwei Kantonen wird die Möglichkeit von kantonsübergreifenden Zivilstandsämtern geprüft. Diese Kantone sind an das Bundesamt für Justiz gelangt mit der Frage, ob eine solche Lösung bundesrechtskonform sei.

Für die Festlegung von kantonsübergreifenden Zivilstandsämtern stehen verschiedene Varianten zur Diskussion:

Variante 1: Die Gemeinden des Kantons A und die Gemeinden des Kantons B bilden je einen eigenen Zivilstandskreis. Als Amtsort wird ein Ort einer Gemeinde des Kantons A festgelegt. Die Aufsicht wird vom Kanton A für ihre Gemeinden ausgeübt und für die Gemeinden des Kantons B vom Kanton B. Auch der Rechtsschutz richtet sich je nach den Regelungen des betreffenden Kantons.

Variante 2: Aus Gemeinden des Kantons A und des Kantons B wird ein einziger Zivilstandskreis gebildet. Als Amtsort wird der Ort einer Gemeinde des Kantons A festgelegt. Die Aufsicht wird vom Kanton A wahrgenommen. Der Rechtsschutz hingegen richtet sich nach dem Wohnort; d. h. eine Person aus einer Gemeinde des Kantons B erhebt allfällige Beschwerden im Kanton B.

Variante 3: Aus Gemeinden des Kantons A und des Kantons B wird ein einziger Zivilstandskreis gebildet. Als Amtsort wird der Ort einer Gemeinde des Kantons A festgelegt. Die Aufsicht wird vom Kanton A wahrgenommen und der Rechtsschutz richtet sich in jedem Fall nach dem Recht des Kantons A. Personen aus dem Kanton B müssen daher im Kanton A Beschwerde führen.

Keine Ausführungen werden im Folgenden zur Variante gemacht, nach welcher eine Zivilstandsbeamtin oder ein Zivilstandsbeamter für zwei Zivilstandskreise gleichzeitig tätig ist. Diese Möglichkeit ist in Artikel 10 Absatz 4 ZStV ausdrücklich vorgesehen. Es ist lediglich darauf hinzuweisen, dass die Kantone sich über die Regelung des Wahlverfahrens zu einigen haben, wenn dieser Zivilstandskreis Gemeinden zweier Kantone umfasst.

Es sind nun die folgenden Fragen zu prüfen:

1. Lässt sich dem spezifischen Bundesrecht über das Zivilstandswesen etwas über die Zulässigkeit einzelner oder aller Varianten entnehmen?
2. Verbieht sonstiges Bundesrecht die Festlegung eines ausserkantonalen Amtsortes für Zivilstandsangelegenheiten?
3. Dürfen die Kantone ihre Bürgerinnen und Bürger für den Rechtsschutz auf das Recht eines anderen Kantons verweisen?
4. Untersagt es das Bundesrecht den Kantonen, die Aufsicht über die Wahrnehmung einer Bundesaufgabe teilweise an einen anderen Kanton zu delegieren?
5. Können die Kantone solche Fragen auf dem Konkordatsweg regeln?
6. Was gilt es dabei zu beachten?

2. Bundesrechtliche Bestimmungen über das Zivilstandswesen

Die bundesrechtlichen Regelungen über das Zivilstandswesen haben ihre Grundlage im ZGB (Art. 39-49) und werden in der ZStV weiter ausgeführt.

Nach Artikel 49 Absatz 1 ZGB legen die Kantone die Zivilstandskreise fest und Artikel 45 Absatz 1 verpflichtet die Kantone, eine Aufsichtsbehörde zu bestellen. Diese Bestimmungen verpflichten zwar die Kantone Regelungen zu treffen, sie schliessen aber zumindest nicht ausdrücklich die Kooperation mit anderen Kantonen aus. Weder verlangt das ZGB ausdrücklich, dass die Zivilstandskreise innerhalb des Kantons festgelegt werden müssen noch bestimmt es explizit, dass die zu bestellende Aufsicht in jedem Fall und vollumfänglich durch eine Behörde des betreffenden Kantons wahrgenommen werden muss. Die Kantone haben aber in jedem Fall dafür zu sorgen, dass eine Aufsichtsbehörde besteht.

3. Autonomie der Kantone bei der Erfüllung von Vollzugsaufgaben

Artikel 46 Absatz 1 BV verpflichtet die Kantone, Bundesrecht nach Massgabe von Verfassung und Gesetz umzusetzen. Absatz 2 derselben Bestimmung verpflichtet den Bund, den Kantonen dabei möglichst grosse Gestaltungsfreiheit zu belassen und den kantonalen Besonderheiten Rechnung zu tragen. Artikel 47 BV verankert in allgemeiner und umfassender Weise die Autonomie der Kantone. Die Kantone geniessen daher eine verfassungsrechtlich garantierte Autonomie bei der Umsetzung von Bundesrecht. Diese Autonomie wird beschränkt durch spezifische Regelungen des Sachbereichs, im konkreten Fall also durch die bundesrechtlichen Regelungen im ZGB und in der ZStV über das Zivilstandswesen. Aber auch übriges Bundesrecht, namentlich Verfassungsrecht, kann der kantonalen Autonomie Schranken setzen. Im Folgenden ist auf solche Schranken des Bundesrechts einzugehen.

4. Bundesrechtliche Schranken bei der Festlegung des Amtsortes für Zivilstandsämter

Es stellt sich die Frage, ob die Festlegung eines Amtsortes ausserhalb des Kantons gegen das Bundesrecht verstösst. Wie wir in Ziffer 2 ausgeführt haben, schliessen das ZGB und die ZStV eine solche Lösung nicht aus. Es gilt aber abzuklären, ob eine solche Festlegung die Ehefreiheit verletzt.

Das Recht auf Ehe wird in Artikel 14 BV gewährleistet. Es gewährleistet den Bestand der Ehe als Institut (BBI 1997 I 154). Die Bestimmung garantiert das Recht auf Eheschliessung und verbietet es beispielsweise, eine Eheschliessung aus religiösen Gründen zu verweigern (vgl. dazu Andreas Auer/ Giorgio Malinverni/ Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Volume II, *Les droits fondamentaux*, Bern 2000, S. 193 f., Rz. 363). Man kann sich fragen, ob durch die Festlegung eines Amtsortes eines Zivilstandskreises ausserhalb des Kantons dieses Recht tangiert wird, indem damit ein unzulässiges Hindernis für die Eheschliessung aufgestellt wird.

Die künftigen Eheleute müssen persönlich beim Zivilstandsamt ihres Wohnortes erscheinen, um das Gesuch zur Durchführung des Vorbereitungsverfahrens zu stellen, die Trauung hingegen findet im Zivilstandskreis nach der Wahl des Paares statt (Art. 98 Abs. 1 und 97 Abs. 2 ZGB). Wäre der Amtsort des zuständigen Zivilstandskreises für das Gesuch um Durchführung des Vorbereitungsverfahrens sehr weit vom Wohnort der künftigen Eheleute entfernt oder sehr schwierig zu erreichen, so würde die Eheschliessung erschwert, nicht aber verhindert. Ob dieser Amtsort jedoch im gleichen Kanton liegt oder in einem benachbarten, spielt grundsätzlich keine Rolle, da der Grenzübergang von einem Kanton in den anderen keine Probleme stellt und in der Regel gar nicht wahrgenommen wird. Massgebend ist also vielmehr, dass der Amtsort mit einem vernünftigen zeitlichen Aufwand erreicht werden kann.

Durch die Festlegung von interkantonalen Zivilstandskreisen versucht man, genügend grosse, geografisch vernünftige zusammenhängende Gebiete zu erfassen. Es ist daher kaum anzunehmen, dass der Weg zum Amtsort durch eine solche Regelung unzumutbar lang oder umständlich würde. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die künftigen Eheleute das Gesuch um Durchführung des Vorbereitungsverfahrens wahlweise am Ort der Braut oder des Bräutigams stellen können.

Soweit daher nicht völlig unvernünftige Zivilstandskreise gebildet werden, ist durch die Festlegung eines ausserkantonalen Amtsortes eines Zivilstandskreises eine Verletzung der Ehefreiheit ausgeschlossen.

5. Bundesrechtliche Schranken für die Übertragung von Justizaufgaben im Bereich des Zivilstandswesens auf einen anderen Kanton

Es gibt zwar eine bundesrechtliche Garantie des Wohnsitzgerichtsstandes, sie hat allerdings nur eine beschränkte Tragweite. Nach Artikel 30 Absatz 2 BV hat jede Person, gegen die eine Zivilklage erhoben wird, Anspruch darauf, dass die Sache vom Gericht des Wohnsitzes beurteilt wird. Nach dem zweiten Satz dieser Bestimmung kann das Gesetz jedoch Ausnahmen davon vorsehen. Zudem wird der Begriff der Zivilklage eng verstanden. Personen-, familien-, erb- und sachenrechtliche Klagen fallen nicht unter diese Garantie (Blaise Knapp, Kommentar BV zu Art. 59,

Rz. 4). Aus Artikel 30 Absatz 2 BV kann daher kein Anspruch der Bürgerinnen und Bürger abgeleitet werden, Beschwerden im Bereich des Zivilstandswesens am Wohnsitzort einzureichen.

Die Ausübung der Justizhoheit ist eine der zentralen Aufgaben der Kantone. Unter Vorbehalt bundesrechtlicher Regelungen und bundesrechtlicher Gerichtsbarkeit ist die Ausübung der kantonalen Gerichtsbarkeit Ausdruck der Souveränität der Kantone (Blaise Knapp, a.a.O., Rz. 17). Diese Autonomie wird tangiert, wenn ein benachbarter Kanton über Beschwerden gegen die Behörden des andern Kantons urteilt. Solche Einmischungen müssen die Kantone nicht dulden, weil es ihre Souveränität verletzen würde (vgl. dazu BGE 105 Ia 392). Es stellt sich aber die Frage, ob die Kantone von sich aus auf die Justizhoheit verzichten können. In der Lehre wird die Haltung vertreten, dass die Kantone auf ihre Souveränität nicht verzichten können, da dies gegen die Bestandesgarantie des Bundes oder gegen die bundesrechtlich festgelegte Kompetenzordnung verstossen würde (Ursula Abderhalden, Möglichkeiten und Grenzen der interkantonalen Zusammenarbeit, Freiburg 1999, S. 70; Alexander Weber, Die interkantonale Vereinbarung, eine Alternative zur Bundesgesetzgebung?, Bern 1976, S. 78; Albert Dormann, Interkantonale Institutionen mit Hoheitsbefugnissen, Zürich 1970, S. 46; Ulrich Häfelin, Der kooperative Föderalismus in der Schweiz, ZSR 1969, II, S. 662; Walther Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, Bern 1931, S. 59; etwas weniger strikt Stephan Brunner, Möglichkeiten und Grenzen regionaler interkantonaler Zusammenarbeit, untersucht am Beispiel der Ostschweiz, Zürich 2000, S. 135 f.). Die Übertragung des gesamten Gerichtswesens auf einen anderen Kanton oder auf eine zwischengliedstaatliche Organisation wird als unzulässig erachtet, die Übertragung der gesamten Verwaltungsgerichtsbarkeit an der Grenze des Zulässigen (Weber, a.a.O. S. 78). Bei der Übertragung des Gerichtswesens im Zusammenhang mit der Bildung von interkantonalen Zivilstandskreisen wird jedoch das Gerichtswesen eines Kantons nur in einem beschränkten Umfang und für ein bestimmtes Gebiet des Kantons auf den benachbarten Kanton übertragen. Die Übertragung einzelner Hoheitsbefugnisse, namentlich um geeignete Regelungen für Grenzgebiete zu treffen, wird in der Lehre ausdrücklich anerkannt (Häfelin, a.a.O. S. 662, Weber, a.a.O., S. 78 f.).

In diesem Zusammenhang ist auch auf den beschlossenen, aber noch nicht in Kraft getretenen Artikel 191b BV zu verweisen. Nach Absatz 1 dieser Bestimmung bestellen die Kantone richterliche Behörden für die Beurteilung von zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten sowie von Straffällen. Damit werden die Kantone künftig verpflichtet, diese richterlichen Behörden vorzusehen (BBJ 1979 I 40 f.). Absatz 2 dieser Bestimmung ermächtigt die Kantone, gemeinsame richterliche Behörden einzusetzen. In den Beratungen der eidgenössischen Räte wurde zu dieser Bestimmung ausgeführt, dass es sich dabei nicht um eine Neuerung handle, sondern um eine bereits bestehende Kompetenz; die Kantone seien auch ohne diese Bestimmung befugt, gemeinsame richterliche Behörden einzusetzen (Votum SR Wicki, AmtlBull SR, 1998, S. 268; skeptisch zu dieser Bestimmung äussert sich Abderhalden, a.a.O., S. 162 f.). Bei den in Ziffer 1 dargestellten Varianten über die Festlegung interkantonaler Zivilstandskreise geht es zwar nicht darum, gemeinsame richterliche Behörden einzusetzen, sondern darum, für einen Teil des Kantons richterliche Behörden des benachbarten Kantons einzusetzen. Die Bestimmung

belegt aber immerhin, dass die Kantone nicht verpflichtet sind, das Gerichtswesen vollständig und vollumfänglich selber zu führen.

Ist im Bereich des Vollzugs des Bundesrechts auf kantonaler Ebene eine richterliche Behörde für die Beurteilung von Beschwerden einzusetzen (was heute der Regelfall ist), so ergeben sich aus der Bundesgesetzgebung und der bundesgerichtlichen Praxis verschiedene Anforderungen an dieses Verfahren (vgl. dazu Andreas Kley-Struller, Anforderungen des Bundesrechts an die Verwaltungsrechtspflege der Kantone bei der Anwendung von Bundesverwaltungsrechts, AJP 1995, S. 148 ff.; Vincent Martenet, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Basel, Genf, München 1999, S. 403 ff.). Das kantonale Verfahrensrecht darf namentlich nicht so ausgestaltet werden, dass dadurch die Verwirklichung des Bundesrechts vereitelt, verunmöglicht oder erheblich erschwert wird (Kley, a.a.O. S. 156; Martenet, a.a.O., S. 404). Durch die Tatsache, dass der Rechtsschutz in einem spezifischen Bereich für die Einwohnerinnen und Einwohner durch einen anderen Kanton wahrgenommen wird, wird die Verwirklichung des Bundeszivilrechts nicht vereitelt, sofern die Einrichtungen und das Verfahren im entsprechenden Nachbarkanton den bundesrechtlichen Anforderungen genügt. Sofern der Zivilstandskreis unterschiedliche Sprachgebiete umfasst, müssten die Anforderungen des Bundesrechts (vgl. dazu Art. 70 Abs. 2 BV) sowie kantonale Ansprüche beachtet werden.

Es ist unüblich, Justizaufgaben auf einen anderen Kanton zu übertragen. Entsprechende Beispiele sind uns nicht bekannt, ohne allerdings das schweizerische Recht systematisch danach durchsucht zu haben (vgl. dazu auch den Hinweis bei Stephan C. Brunner, a.a.O., S. 185).

Aufgrund der vorstehenden Abklärungen gelangen wir aber zum Ergebnis, dass die Übertragung von Justizaufgaben auf andere Kantone im Bereich des Zivilstandswesens bundesrechtlich grundsätzlich zulässig ist. Es gibt kein Bundesrecht, welches eine solche, einen beschränkten Bereich umfassende interkantonale Regelung prinzipiell ausschliessen würde. Die beschränkte Übertragung von Justizaufgaben auf einen anderen Kanton ist nicht als eine Aufgabe der Eigenständigkeit des Kantons einzustufen und die bundesrechtlich vorgesehene Kompetenzordnung wird dadurch nicht verletzt. Die Übertragung bewegt sich daher im Rahmen der kantonalen Autonomie. Zu beachten gilt es allerdings, dass die konkrete Regelung dieser Übertragung recht komplex ist (vgl. dazu Ziffer 7 unten).

6. Bundesrechtliche Schranken bei der Delegation der kantonalen Aufsicht an einen anderen Kanton

Unter Aufsicht im weiteren Sinn versteht man die nicht-gerichtliche Tätigkeit, mit welcher die Aufsichtsbehörde sicherstellt, dass die beaufsichtigte Stelle die auferlegten Aufgaben erfüllt. Im Bereich des Zivilstandswesens sind die Kantone verpflichtet, eine Aufsichtsbehörde über die Zivilstandskreise zu bestellen (Art. 45 Abs. 1 ZGB, siehe oben Ziffer 2). An verschiedenen Stellen weist die ZStV diesen Aufsichtsbehörden konkrete Aufgaben zu (vgl. beispielsweise Art. 13a Abs. 1, 18, 21 ZStV). Die ZStV weist den kantonalen Aufsichtsbehörden daneben auch richterliche Funktionen zu, indem sie diese als Beschwerdeinstanz gegen bestimmte Verfügungen vorsieht (20 ZStV). Die Tätigkeit der Zivilstandskreise sowie deren kantonale Aufsicht unterliegen sodann der Aufsicht des EJPD (Art. 17 Abs. 2 ZStV) und der Obergericht durch den Bundesrat (Art. 17 Abs. 3 ZStV).

Bei dieser Festlegung einer zweistufigen Aufsicht und einer Oberaufsicht handelt es sich um eine vergleichsweise eingehende und detaillierte bundesrechtliche Regelung. Das Bundesrecht verpflichtet die Kantone, zwischen der bundesrechtlichen Aufsicht durch das EJPD und den Zivilstandsämtern eine erste Aufsichtsstufe festzusetzen, damit eine möglichst nahe und auch enge Kontrolle gewährleistet ist. Das Bundesrecht enthält aber keine ausdrückliche Bestimmung, dass diese kantonale Aufsicht zwingend für alle Zivilstandskreise oder Teile davon durch den Kanton wahrgenommen werden muss, in welchem sich die betreffenden Gemeinden befinden, auch wenn bei Erlass dieser Regelungen wohl an diese Kantone gedacht wurde. Die vom Bundesrecht vorgesehenen Aufgaben der kantonalen Aufsicht (Zuständigkeit für bestimmte Entscheide, Kontrolle der Tätigkeit im Allgemeinen; zur Funktion der Aufsichtsbehörde als Beschwerdeinstanz vgl. die Ausführungen unter Ziffer 5) können grundsätzlich auch durch einen benachbarten Kanton wahrgenommen werden. Die Durchsetzung des Bundeszivilrechts wird dadurch nicht in Frage gestellt. Bedingung ist allerdings, dass die Modalitäten der Übertragung dieser Aufgabe an den benachbarten Kanton präzise geregelt werden (vgl. dazu Ziffer 8, unten).

Zur Frage, ob sich die Kantone durch die Übertragung der Aufsicht in einem bestimmten Bereich und für einzelne Gemeinden ihrer Eigenständigkeit entledigen würden, gelten die Ausführungen unter Ziffer 5 in analoger Weise. Da die Übertragung nur in einem eng begrenzten Ausmass stattfindet, ist sie weder als Aufgabe der kantonalen Souveränität noch als Verschiebung der bundesverfassungsrechtlich vorgegebenen Kompetenzordnung einzustufen.

Neben der Aufsicht innerhalb des Kantons gilt es in diesem Zusammenhang jedoch auch das Verhältnis Kanton – Bund zu beachten, also die zweite Stufe der Aufsicht und die Oberaufsicht. Gegenüber dem Bund sind letztlich die Kantone für das Zivilstandswesen des gesamten Kantons verantwortlich. Sie können sich dieser Verantwortung nicht durch Delegation an einen anderen Kanton entziehen. Müsste der Bund wegen gravierender Mängel in der Führung der Zivilstandsangelegenheiten intervenieren, so müsste der Kanton, der die Aufgabe für bestimmte Gemeinden an den benachbarten Kanton delegiert, die Möglichkeit haben zu reagieren oder dann letztendlich das Konkordat zu kündigen (vgl. dazu auch Dormann, a.a.O., S. 47 f., der eine Kündigungsklausel für solche Verträge als unumgänglich erachtet).

7. Modalitäten einer solchen Regelung

Die Verwirklichung aller drei in Ziffer 1 aufgeführten Varianten bedürfte eines Vertrages zwischen den beiden betreffenden Kantonen. Nach Artikel 48 Absatz 1 BV sind die Kantone befugt, solche Verträge miteinander zu schliessen. Die Verträge dürfen nach Artikel 48 Absatz 3 BV dem Recht und den Interessen des Bundes sowie den Rechten anderer Kantone nicht zuwiderlaufen. Sie sind zudem nach Artikel 48 Absatz 3, zweiter Satz BV dem Bund zur Kenntnis zu bringen. Erfüllt ein Vertrag die Voraussetzungen nicht, so kann der Bundesrat dagegen Einsprache erheben (Art. 186 Abs. 3 BV). In diesem Fall obliegt es der Bundesversammlung, den Entscheid über die Genehmigung zu fällen (Art. 172 Abs. 3 BV, Art. 61a Abs. 3 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 RVOG, SR 172.010).

Artikel 49 Absatz 3 ZGB sieht zudem vor, dass die kantonalen Vorschriften im Bereich des Zivilstandswesens mit Ausnahme derjenigen über die Besoldung der im Zivilstandswesen tätigen Personen zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung des Bundes bedürfen. Nach Artikel 61a Absatz 2 RVOG erteilen die Departemente die Genehmigung und in strittigen Fällen entscheidet der Bundesrat (Art. 61a Abs. 3 RVOG).

Es ergibt sich daher im konkreten Fall die aussergewöhnliche Situation, dass das übergeordnete interkantonale Recht zu seiner Gültigkeit zwar keiner Genehmigung des Bundes bedarf, in einem strittigen Fall allerdings die Bundesversammlung für den Entscheid zuständig ist. Übriges kantonales Recht, das auf den interkantonalen Vertrag Bezug nimmt oder dieses weiter ausführt, bedarf hingegen zu seiner Gültigkeit der Genehmigung des Bundes, in einem strittigen Fall ist jedoch der Bundesrat und nicht die Bundesversammlung für den Entscheid zuständig.

Im Falle der Variante 1 ist die Regelung relativ einfach, da lediglich der Amtsort festzulegen und das Wahlverfahren für die Zivilstandsbeamtin oder den Zivilstandsbeamten zu regeln ist.

Bei der Variante 2 ist die Regelung bereits komplexer. Zusätzlich zu den Regelungen für die Variante 1 muss die Aufsichtsbehörde festgelegt und Haftungsfragen geregelt werden. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die kantonale Aufsichtsbehörde auch Beschwerdeinstanz ist. Festzulegen ist daher auch das massgebliche Verfahrensrecht (vgl. dazu unten). Zu prüfen wäre vielleicht auch, ob nicht die Funktion als Beschwerdeinstanz der kantonalen Aufsichtsbehörde von der Übertragung auf den Kanton A ausgenommen werden könnte oder sollte. Im Weiteren muss man sich bei Wahl der Variante 2 überlegen, wie der Tatsache Rechnung getragen werden kann, dass der Kanton B gegenüber dem Bund letztlich für den korrekten Vollzug der Bestimmungen über das Zivilstandswesen im gesamten Gebiet des Kantons verantwortlich ist. Es müsste im Vertrag in jedem Fall eine Kündigungsklausel vorgesehen werden.

Die Variante 3 erfordert eine noch umfassendere Regelung in Form eines interkantonalen Vertrages. Neben den auch bei Variante 2 erforderlichen Regelungen muss der interkantonale Vertrag den Rechtsweg und die Verfahrensregelungen für Beschwerden der Einwohnerinnen und Einwohner der betreffenden Gemeinden im Zivilstandsbereich regeln. Bei dieser Regelung sind die Anforderungen des Legalitätsprinzips zu beachten. Die Festlegung des Rechtsweges und die Grundzüge des Verfahrensrechts sind Materien, welche der Gesetzgeber nicht vollständig delegieren kann, da sie die Rechtsstellung der Einzelnen in bedeutender Weise berühren (BGE 121 I 22, 27). Ein dynamischer Verweis auf das jeweils geltende Recht des Nachbarkantons würde den vom Bundesgericht entwickelten Grundsätzen des Legalitätsprinzips kaum genügen.

Avis de droit du 27 août 2002 de l'Office fédéral de la justice
Arrondissements intercantonaux de l'état civil

(Original)

1. Situation initiale et questions à examiner

L'article 3, alinéa 1^{bis}, de l'ordonnance sur l'état civil (OEC, RS 211.112.1) est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2000. Cette disposition oblige les cantons à définir les arrondissements de l'état civil de manière à ce qu'il en résulte pour les officiers de l'état civil un degré d'occupation qui assure une exacte exécution de leurs tâches. Ce degré d'occupation doit être de 40 % au moins. L'article 188/ OEC donne aux cantons jusqu'au 31 décembre 2005 pour vérifier que leurs arrondissements respectent ces exigences et, au besoin, pour les y adapter.

Dans nombre de cantons, les offices de l'état civil ne satisfont pas à ces exigences, de sorte qu'ils devront être restructurés. Deux cantons envisagent de créer des offices intercantonaux de l'état civil. Ces deux cantons se sont adressés à l'Office fédéral de la justice pour lui demander si une telle solution est conforme au droit fédéral.

Pour la création d'offices intercantonaux de l'état civil, plusieurs variantes entrent en ligne de compte :

Variante 1 : Les communes du canton A et les communes du canton B forment deux arrondissements distincts. Le siège de l'office de l'état civil se trouve lui dans une commune du canton A. La surveillance est exercée par le canton A en ce qui concerne les communes A et par le canton B pour ce qui est des communes B. De même, la protection juridique est régie par la législation du canton concerné.

Variante 2 : Des communes du canton A et du canton B constituent ensemble un seul arrondissement de l'état civil. Le siège de l'office de l'état civil se trouve lui dans une commune du canton A et la surveillance est exercée par le canton A. La protection juridique est toutefois régie par la législation du lieu de domicile ; c'est-à-dire qu'une personne domiciliée dans une commune du canton B déposera, le cas échéant, un recours dans le canton B.

Variante 3 : Des communes du canton A et du canton B constituent ensemble un seul arrondissement de l'état civil. Le siège de l'office de l'état civil se trouve lui dans une commune du canton A. La surveillance est assurée par le canton A et la protection juridique est régie dans tous les cas par la législation du canton A. Le cas échéant, une personne domiciliée dans le canton B devra donc déposer son recours dans le canton A.

Nous n'évoquons pas ici la variante dans laquelle une seule personne prend en charge l'état civil de deux arrondissements. Cette possibilité est expressément prévue à l'article 10, alinéa 4, OEC. Tout au plus relèverons-nous que les cantons concernés devront s'entendre sur la manière de régler la procédure de désignation de l'officier de l'état civil, lorsque lesdits arrondissements se composent de communes des deux cantons.

Voici les questions qu'il convient dès lors d'examiner :

1. Le droit fédéral en matière d'état civil contient-il des règles propres à déterminer le caractère légal de ces différentes variantes ?
2. Existe-t-il d'autres règles de droit fédéral qui interdisent aux cantons de fixer le siège de l'état civil dans un autre canton ?
3. Les cantons peuvent-ils, s'agissant d'aménager la protection juridique de leurs citoyens et de leurs citoyennes, procéder par un renvoi à la législation d'un autre canton ?
4. Le droit fédéral interdit-il à un canton de déléguer à un autre canton une partie de son devoir de surveillance sur l'exécution d'une tâche fédérale ?
5. Les cantons peuvent-ils régler ce genre de problème par voie de concordat ?
6. De quoi faut-il tenir compte dans ce domaine ?

2. Dispositions du droit fédéral sur l'état civil

Les dispositions du droit fédéral sur l'état civil se fondent sur le Code civil (art. 39 à 49 CC) et elles sont précisées dans l'ordonnance sur l'état civil.

L'article 49, alinéa 1, du Code civil, prévoit que les cantons définissent les arrondissements de l'état civil et l'article 45, alinéa 1, les charge d'instituer une autorité de surveillance. Si ces dispositions obligent les cantons à adopter des réglementations, elles n'excluent pas, du moins pas expressément, une coopération avec d'autres cantons. Le Code civil ne prévoit pas non plus expressément que les arrondissements doivent être définis à l'intérieur d'un même canton ni que la surveillance doit être exercée en totalité par l'autorité de ce canton. Dans tous les cas, les cantons doivent toutefois veiller à ce qu'une autorité de surveillance soit instituée.

3. Autonomie des cantons dans la réalisation des tâches d'exécution

L'article 46, alinéa 1, de la Constitution fédérale charge les cantons de mettre en œuvre le droit fédéral conformément à la Constitution et à la loi. L'alinéa 2 de la même disposition oblige la Confédération à laisser en cela aux cantons une marge de manœuvre aussi large que possible et à tenir compte de leurs particularités. L'article 47 de la Constitution fédérale garantit de manière générale et exhaustive l'autonomie des cantons. Dans la mise en œuvre du droit fédéral, les cantons disposent ainsi d'une autonomie garantie par la Constitution. Cette autonomie est toutefois restreinte par les dispositions particulières qui régissent les différents domaines matériels. Dans le cas qui nous intéresse, il s'agit des dispositions fédérales sur l'état civil qui figurent dans le Code civil et dans l'ordonnance sur l'état civil. Mais d'autres règles encore de droit fédéral, tout particulièrement celles de la Constitution fédérale, peuvent venir restreindre l'autonomie des cantons. Ce sont ces restrictions que nous allons examiner dans la suite de notre avis.

4. Restrictions imposées par le droit fédéral au choix du siège d'un office de l'état civil

Il importe ici de déterminer si le fait de fixer le siège d'un office de l'état civil hors du canton contrevient au droit fédéral. Comme nous l'avons expliqué au point 2, ni le Code civil ni l'ordonnance sur l'état civil n'excluent cette possibilité. Reste à savoir si elle viole la liberté du mariage.

Le droit au mariage est garanti par l'article 14 de la Constitution, qui protège le mariage en tant qu'institution (FF 1997 I 156). Cette disposition garantit le droit de se marier et interdit par exemple de refuser la conclusion d'un mariage pour des motifs religieux (cf. Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Volume II, Les droits fondamentaux, Berne, 2000, p. 193 s., n° 363). On peut dès lors se demander si le fait de fixer le siège d'un office de l'état civil hors du canton restreint ce droit en opposant un obstacle inadmissible à la conclusion du mariage.

Les futurs époux doivent certes se présenter personnellement à l'office de l'état civil de leur domicile pour présenter la demande en exécution de la procédure préparatoire, mais le mariage est célébré dans l'arrondissement de leur choix (art. 98, al. 1, et art. 97, al. 2, CC). Si le siège de l'office de l'état civil compétent pour recevoir la demande en exécution de la procédure préparatoire est très éloigné du domicile des futurs époux ou très difficile à atteindre, la conclusion du mariage est certes rendue plus difficile mais pas impossible. En principe, il importe peu que le siège de l'office de l'état civil se trouve dans le canton de domicile des futurs époux ou dans un canton voisin, puisque le passage d'une frontière cantonale ne pose aucune difficulté et que l'on en prend à peine conscience. L'essentiel est donc de pouvoir atteindre le siège de l'office de l'état civil compétent en un temps acceptable.

Or la définition d'arrondissements intercantonaux de l'état civil répond au souci de délimiter des régions qui sont suffisamment grandes et qui constituent des entités géographiques cohérentes. Il n'est donc guère vraisemblable qu'une telle réglementation ait pour effet d'allonger ou de compliquer de manière intolérable le chemin à parcourir pour atteindre le siège de l'office de l'état civil compétent. Relevons par ailleurs que les futurs époux ont le choix de présenter la demande en exécution de la procédure préparatoire à l'office de l'état civil du domicile soit de la fiancée soit du fiancé.

Pour autant dès lors que les arrondissements de l'état civil ne soient pas définis de manière totalement déraisonnable, le fait que le siège d'un arrondissement de l'état civil se situe dans un autre canton n'entrave donc nullement la liberté de mariage.

5. Restrictions imposées par le droit fédéral au transfert de tâches judiciaires en matière d'état civil à un autre canton

Le droit fédéral comprend certes une garantie du for du domicile, mais sa portée est limitée. Selon l'article 30, alinéa 2, de la Constitution, toute personne qui fait l'objet d'une action civile a droit à ce que sa cause soit portée devant le tribunal de son domicile. Toutefois, selon la deuxième phrase de cette même disposition, la loi peut prévoir des exceptions. De plus, la notion d'action civile est prise ici au sens étroit du terme. Cette garantie ne s'applique en effet pas aux actions relevant du droit des

personnes, de la famille ou des successions ni des droits réels (Blaise Knapp, Commentaire de la Constitution fédérale, Art. 59, n° 4). L'article 30, alinéa 2, de la Constitution ne garantit donc nullement aux citoyens et aux citoyennes le droit de pouvoir déposer un recours en matière d'état civil à leur domicile.

L'une des tâches centrales des cantons consiste à exercer la souveraineté judiciaire. Sous réserve de règles fédérales et de la juridiction fédérale, l'administration de la justice par les cantons est l'expression de leur autonomie (Blaise Knapp, op. cit., n° 17). Or cette autonomie subit une atteinte lorsqu'un canton voisin est appelé à connaître d'un recours déposé à l'encontre d'une décision prise par une autorité de l'autre canton. Les cantons ne sauraient tolérer de telles ingérences, car elles violent leur autonomie (cf. ATF 105 Ia 392). Reste à savoir si les cantons peuvent renoncer à leur souveraineté judiciaire de leur propre chef. Dans la doctrine, nombre d'auteurs estiment que les cantons ne peuvent pas renoncer à leur autonomie, car cette renonciation irait à l'encontre de la garantie fédérale de l'existence des cantons ou de la répartition des compétences fixée par le droit fédéral (Ursula Abderhalden, *Möglichkeiten und Grenzen der interkantonalen Zusammenarbeit*, Fribourg, 1999, p. 70 ; Alexander Weber, *Die interkantonale Vereinbarung, eine Alternative zur Bundesgesetzgebung ?*, Berne, 1976, p. 78 ; Albert Dormann, *Interkantonale Institutionen mit Hoheitsbefugnissen*, Zurich, 1970, p. 46 ; Ulrich Häfelin, *Der kooperative Föderalismus in der Schweiz*, RDS, 1969, II, p. 662 ; Walther Burckhardt, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, Berne, 1931, p. 59 ; moins affirmatif : Stephan Brunner, *Möglichkeiten und Grenzen regionaler interkantonaler Zusammenarbeit, untersucht am Beispiel der Ostschweiz*, Zurich, 2000, p. 135 s.). Le transfert compact de l'ensemble de la souveraineté judiciaire d'un canton à un autre canton ou à un organisme intercantonal est tenu pour illicite ; le transfert de l'ensemble de la juridiction administrative est jugé, lui, à la limite de l'admissible (Weber, op. cit., p. 78). Dans le cas d'un transfert de la souveraineté judiciaire consécutif à la création d'arrondissements intercantonaux de l'état civil, on observera que ce transfert ne s'opère que dans une mesure limitée et ne vise qu'une portion déterminée du territoire cantonal. Or la doctrine reconnaît expressément la licéité d'un transfert de pouvoirs de souveraineté isolés, notamment lorsqu'il s'agit d'élaborer des réglementations appropriées pour des territoires frontaliers (Häfelin, op. cit., p. 662 ; Weber, op. cit., p. 78 s.).

Mentionnons ici l'article 191b de la Constitution, déjà adopté mais non encore entré en vigueur : l'alinéa 1 de cet article oblige les cantons à instituer des autorités judiciaires pour connaître des contestations de droit civil et de droit public, ainsi que des affaires pénales (FF 1999 7831 ; 2000 2814). A l'avenir, les cantons devront donc prévoir ces autorités judiciaires (FF 1997 I 548 s.). L'alinéa 2 de l'article autorise les cantons à instituer des autorités judiciaires communes. Lors des délibérations parlementaires, un orateur a relevé que cette disposition ne constituait pas une nouveauté mais précisait une compétence que les cantons avaient déjà et qui leur permettait, même en l'absence d'une telle disposition, d'instituer des autorités judiciaires communes (intervention du CE Wicki, BO CE, 1998, p. 268 ; Abderhalden, op. cit., p. 162 s., se montre sceptique face à cette disposition). Certes, dans la variante 3 envisagée au point 1 pour définir des arrondissements de l'état civil, il ne s'agit pas d'instituer des autorités judiciaires communes, mais de soumettre une partie du canton aux autorités judiciaires du canton voisin. La disposition constitutionnelle confirme néanmoins que les cantons ne sont pas tenus

d'administrer eux-mêmes la justice dans tous les domaines du droit et sur la totalité de leur territoire.

Si le canton doit, dans le cadre de l'exécution du droit fédéral, instituer une autorité judiciaire appelée à connaître des recours (ce qui est aujourd'hui la norme), il doit le faire en respectant les différentes exigences qui découlent de la législation fédérale et de la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. Andreas Kley-Struller, Anforderungen des Bundesrechts an die Verwaltungsrechtspflege der Kantone bei der Anwendung von Bundesverwaltungsrechts, PJA 1995, p. 148 ss. ; Vincent Martenet, L'autonomie constitutionnelle des cantons, Bâle, Genève, Munich, 1999, p. 403 ss). Le droit de procédure cantonal ne doit notamment pas être conçu de manière à entraver ou à empêcher la réalisation concrète du droit fédéral (Kley, op. cit., p. 156 ; Martenet, op. cit., p. 404). Le fait que la protection juridique des citoyennes et des citoyens dans un domaine spécifique soit régie par un autre canton n'entrave en rien l'application du droit civil fédéral, pour autant que les institutions et la procédure du canton voisin compétent répondent aux exigences du droit fédéral. Si l'arrondissement de l'état civil s'étend sur différentes régions linguistiques, il importe en outre de veiller au respect des exigences fédérales (cf. art. 70, al. 2, Cst.) et cantonales en la matière.

Il n'est pas courant de voir un canton confier des tâches judiciaires à un autre canton. Nous n'avons pas connaissance de cas de ce genre, mais n'avons toutefois pas procédé à une recherche systématique dans le droit suisse (cf. aussi la remarque à ce sujet de Stephan C. Brunner, op. cit., p. 185).

Au vu des considérations qui précèdent, nous pouvons toutefois conclure que le transfert de tâches judiciaires en matière d'état civil à d'autres cantons est en principe admissible du point de vue du droit fédéral. En effet, aucune disposition de droit fédéral ne s'oppose, en principe, à ce genre de réglementation intercantonale, qui ne porte que sur un domaine restreint. Le transfert limité de certaines tâches judiciaires à un autre canton n'équivaut pas à un abandon de l'autonomie cantonale et ne viole aucunement la répartition des compétences prévue par le droit fédéral. Un tel transfert ressortit donc à l'autonomie cantonale. Relevons toutefois que, dans la pratique, la réglementation d'un tel transfert se révèle fort complexe (cf. point 7 ci-après).

6. Restrictions imposées par le droit fédéral à la délégation du devoir de surveillance à un autre canton

Par surveillance au sens large, on entend l'activité non judiciaire que déploie l'autorité de surveillance pour s'assurer que l'instance concernée exécute les tâches qui lui sont confiées. Pour ce qui est de l'état civil, les cantons sont tenus d'instituer une autorité qui exerce la surveillance sur les arrondissements (art. 45, al. 1, CC, cf. point 2 ci-dessus). Dans plusieurs de ses dispositions, l'ordonnance sur l'état civil attribue des tâches concrètes à ces autorités de surveillance (cf. p. ex. les art. 13a, al. 1, 18 et 21 OEC). L'ordonnance confère également certaines fonctions judiciaires à ces autorités dans la mesure où elle les institue autorités de recours pour certaines décisions (art. 20 OEC). Les activités des offices de l'état civil et des autorités cantonales de surveillance sont soumises à la surveillance du DFJP (art. 17, al. 2, OEC) et à la haute surveillance du Conseil fédéral (art. 17, al. 3, OEC).

Ce système comprenant deux niveaux de surveillance et une haute surveillance constitue une réglementation fédérale relativement précise et détaillée. Si le droit fédéral oblige les cantons à mettre en place un premier niveau de surveillance, préalable à la surveillance exercée par le DFJP, c'est pour assurer un contrôle aussi direct et aussi strict que possible. Le droit fédéral ne contient toutefois aucune disposition qui exige expressément que la surveillance sur les arrondissements ou les parties d'arrondissements soit exercée par le canton où les communes concernées sont situées, quand bien même c'est à ce canton qu'on a sans doute pensé lorsqu'on a fait cette réglementation. Les tâches que le droit fédéral attribue aux autorités cantonales de surveillance (compétence pour prendre certaines décisions, contrôle des activités en général, parfois fonction d'instance de recours, comme nous l'avons exposé au point 5) peuvent en principe aussi être assumées par un canton voisin. Une telle solution ne remet nullement en cause l'application du droit civil fédéral, à condition que les modalités de ce transfert de compétence à un autre canton soient clairement définies (cf. point 7 ci-dessous).

Pour ce qui est de savoir si les cantons renoncent à leur autonomie quand ils transfèrent à un autre canton leur devoir de surveillance pour certaines parties de leur territoire et pour certains domaines, nous renvoyons aux considérations exposées au point 5 ci-dessus, qui valent par analogie. Puisque le transfert n'est opéré que dans une mesure limitée, il ne saurait constituer ni un abandon de l'autonomie cantonale ni une modification de la répartition constitutionnelle des compétences.

Outre la surveillance exercée dans le canton lui-même, il importe toutefois de considérer aussi les rapports entre le canton et la Confédération, c'est-à-dire le deuxième niveau de surveillance et la haute surveillance. En effet pour son territoire, c'est le canton, et lui seul, qui répond, à l'égard de la Confédération, de la gestion de l'état civil. Il ne peut se décharger de cette responsabilité en la déléguant à un autre canton. Si la Confédération devait intervenir suite à de graves manquements dans l'exécution des tâches de l'état civil, le canton qui, pour certaines de ses communes, aurait délégué ces tâches à un canton voisin devrait pouvoir réagir et, en dernier ressort, dénoncer le concordat qui le lie au canton voisin (cf. à ce sujet aussi Dormann, op. cit, p. 47 s., qui estime que de telles conventions doivent absolument contenir une clause de dénonciation).

7. Modalités d'une réglementation sur les arrondissements intercantonaux de l'état civil

La réalisation de chacune des trois variantes présentées au point 1 implique la conclusion d'une convention entre les deux cantons concernés. Selon l'article 48, alinéa 1, de la Constitution, les cantons peuvent conclure de telles conventions. Aux termes de l'article 48, alinéa 3, les conventions intercantionales ne doivent être contraires ni au droit et aux intérêts de la Confédération, ni au droit des autres cantons. En outre, selon la deuxième phrase de ce même alinéa, elles doivent être portées à la connaissance de la Confédération. Lorsqu'une convention ne remplit pas ces conditions, le Conseil fédéral peut élever une réclamation contre elle (art. 186, al. 3, Cst.). Dans ce cas, il incombe à l'Assemblée fédérale de décider du sort de cette convention (art. 172, al. 3, Cst. ; art. 61a, al. 3, de la loi fédérale du

21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, LOGA, RS 172.010).

L'article 49, alinéa 3, du Code civil prévoit par ailleurs que les dispositions édictées par les cantons en matière d'état civil, à l'exception de celles qui concernent la rémunération des personnes qui travaillent dans ce domaine, sont soumises à l'approbation de la Confédération pour être valables. Selon l'article 61a, alinéa 2, de la loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, l'approbation est donnée par les départements et le Conseil fédéral tranche en cas de contestation.

Appliqué au cas qui nous occupe ici, ce système crée une situation peu ordinaire : le droit intercantonal supérieur, c'est-à-dire la convention intercantonale, n'a pas besoin d'être approuvé par la Confédération pour être valable, mais il appartient à l'Assemblée fédérale de décider de sa validité en cas de contestation. Quant aux dispositions du droit cantonal qui se fondent sur la convention intercantonale, elles doivent, en revanche, être approuvées par la Confédération pour être valables ; en cas de contestation, c'est toutefois le Conseil fédéral, et non l'Assemblée fédérale, qui décide.

Dans la variante 1, la réglementation est relativement simple, puisqu'elle ne devra régler que la question du siège de l'office de l'état civil et celle de la procédure de désignation de la personne en charge de cet office.

Dans la variante 2, les choses se compliquent un peu. Outre les éléments déjà mentionnés pour la variante 1, il convient de régler aussi l'institution de l'autorité de surveillance et les responsabilités. Dans ce cas, il faut garder à l'esprit que l'autorité cantonale de surveillance fait également office d'instance de recours et qu'il convient dès lors de déterminer le droit applicable en matière de procédure (cf. ci-après). Il serait sans doute utile d'examiner s'il est possible et judicieux d'exclure la fonction d'instance de recours, qui incombe normalement à l'autorité de surveillance, du transfert de compétences vers le canton A. Si la variante 2 est choisie, il importe en outre de se demander comment tenir compte de la question de la responsabilité du canton B, puisque c'est lui qui, à l'égard de la Confédération, répond en dernier ressort et pour l'ensemble de son territoire de l'exécution correcte des dispositions relatives à l'état civil. La convention intercantonale devrait donc dans tous les cas comprendre une clause de dénonciation.

La variante 3 exige la mise en place d'une réglementation plus complexe encore sous la forme d'une convention intercantonale. Outre les réglementations nécessaires dans la variante 2, cette convention doit régler les voies de droit et la procédure pour permettre, le cas échéant, aux citoyennes et aux citoyens des communes concernées de former un recours en matière d'état civil. Cette réglementation doit respecter les exigences du principe de la légalité. La fixation des voies de droit et la définition des grandes lignes du droit de procédure sont, en effet, des réglementations que le législateur ne peut pas déléguer entièrement, car elles touchent de près le statut juridique de l'individu (ATF 121 I 22, 27 ; 128 I 113 ss). Un renvoi dynamique au droit du canton voisin, c'est-à-dire au droit qui est en vigueur au moment où une affaire doit y être tranchée, ne respecterait guère les exigences du principe de la légalité définies par le Tribunal fédéral.