



L'accueil des mariages forcés

ANDREAS BUCHER

La loi tendant à lutter contre les mariages forcés est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013. La célébration de tels mariages ne devrait plus être possible en Suisse. Il faut ainsi s'attendre à une augmentation du nombre de mariages conclus sous la contrainte familiale à l'étranger. La nouvelle politique tend à la reconnaissance de telles unions en Suisse, où elles sont alors renvoyées vers une procédure d'annulation. L'objectif est cependant mal défini et l'aboutissement de l'action n'est pas certain. En cas de mariages d'enfants, l'épouse n'ayant pas atteint l'âge de 18 ans sera dorénavant considérée en Suisse comme mineure. Si le mariage est annulé d'office dans l'Etat étranger du domicile, la décision ne sera pas reconnue en Suisse, de sorte qu'en cas d'immigration ultérieure, il faudra entamer un nouveau procès. La nouvelle législation est loin d'atteindre la cible de la lutte contre les mariages forcés.

Das Gesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten ist am 1. Juli 2013 in Kraft getreten. Solche Eheschliessungen sollten in der Schweiz nicht mehr möglich sein. Es ist deshalb damit zu rechnen, dass es mehr Ehen geben wird, die unter dem Druck der Familie im Ausland geschlossen werden. Die neue Politik soll dahin gehen, dass solche Ehen in der Schweiz anzuerkennen und alsdann hier einem Verfahren zu deren Ungültigkeit unterworfen werden sollen. Dieses Ziel ist allerdings nur ungenau definiert und der Erfolg der Klage nicht sicher. Bei Kinderheiraten gilt die Ehefrau unter 18 Jahren in der Schweiz zukünftig als minderjährig. Wird die Ehe im ausländischen Wohnsitzstaat amtlich für ungültig erklärt, so wird das Urteil in der Schweiz nicht anerkannt, so dass hier bei einer späteren Einwanderung ein neues Verfahren angestrengt werden muss. Das neue Gesetz verfehlt das Ziel des Schutzes vor Zwangsheiraten weitgehend.

Plan

- I. La lutte contre les mariages forcés en Suisse
 1. La protection de la libre volonté par l'officier de l'état civil
 2. L'action pénale
 3. L'étude sur les mesures de protection à mettre en place
- II. Les mariages forcés étrangers : refus d'ordre public ou annulation ?
 1. Les confusions du législateur
 2. Les cas de refus de la reconnaissance
 3. La préférence donnée à l'accueil du mariage, suivi de son annulation
 4. L'action d'état
 5. Le regroupement familial
- III. Les époux du mariage forcé en attente de son annulation
 1. Le rôle du nouvel article 45a LDIP
 2. La disparition de l'ancien article 45a LDIP
 3. Le cas des épouses mineures
- IV. Le procès en annulation en Suisse
 1. La compétence des autorités suisses
 2. La qualité pour agir d'office
 3. Les mesures de protection
 4. L'action en constatation de l'inexistence du mariage
 5. Le droit applicable
 - a. Le mariage sans libre volonté
 - b. Le mariage de l'épouse mineure
 6. Les effets de l'annulation du mariage
- V. Le sort réservé aux annulations ordonnées à l'étranger
 1. La compétence indirecte reconnue
 2. Les refus pour cause d'incompétence de l'autorité étrangère

L'enthousiasme politique au soutien de la nouvelle législation sur la lutte contre les mariages forcés a impressionné. Le moment est venu d'observer de plus près la mise en place du nouveau régime, qui se veut de « lutte » contre de tels mariages. Il est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2013¹. L'examen qui importe le plus en fin de compte est celui de l'efficacité de la législation et de l'appui qu'elle offre réellement aux victimes, en majeure partie des femmes vulnérables, vivant dans un environnement culturel et social dans lequel les mariages conclus de force et engageant des enfants font partie du mode de vie familiale. Que fait la Suisse pour leur venir en aide ?

Il convient de distinguer entre les mariages forcés que l'on voudra arranger et conclure en Suisse et ceux – nettement plus nombreux – qui sont conclus à l'étranger, normalement dans le pays national de l'un ou des deux époux. En plus des amendements apportés au Code civil, la nouvelle loi introduit quelques modifications dans le chapitre 3 de la LDIP. Une nouvelle disposition sur l'action en annulation du mariage est introduite à l'art. 45a LDIP ; elle remplace la règle antérieure assurant l'accès à la majorité de toute personne domiciliée en Suisse et ayant célébré un mariage alors qu'elle était encore mineure. L'Ordonnance sur l'état civil a également subi des modifications, en date du 27 mars 2013². Pour comprendre la réforme,

¹ La loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés du 15 juin 2012 (RO 2013 1035).

² RO 2013 1045.

on consultera, comme d'habitude, le Message du Conseil fédéral³ et les débats aux Chambres fédérales⁴.

I. La lutte contre les mariages forcés en Suisse

1. La protection de la libre volonté par l'officier de l'état civil

Afin de répondre à l'exigence d'empêcher la célébration de mariages forcés en Suisse, l'officier de l'état civil doit observer deux règles : en premier lieu, il ne peut célébrer le mariage d'une personne n'ayant pas atteint l'âge de 18 ans (art. 94 al. 1 CC) ; afin d'y parvenir et d'éviter toute application d'une loi étrangère plus permissive, le droit suisse sera dorénavant seul applicable (ce qui confère à l'art. 94 al. 1 CC le caractère d'une règle d'ordre public). L'art. 44 al. 2 LDIP est ainsi biffé et les précédents alinéas 1 et 3 réunis dans une seule règle. En second lieu, l'officier de l'état civil doit vérifier « s'il n'existe aucun élément permettant de conclure que la demande n'est manifestement pas l'expression de la libre volonté des fiancés » (nouvel art. 99 al. 1 ch. 3 CC). Sur ces deux points, la Suisse reprend entièrement deux des recommandations de la Résolution 1468 (2005) du Conseil de l'Europe (n° 14.2.1, 14.2.3), instrument qui distingue judicieusement entre les mariages forcés et les mariages d'enfants (n° 1, 4 et 7).

Le barrage est ainsi devenu étanche en Suisse à l'égard des mariages avec un mineur, par le biais du contrôle des pièces d'état civil, sous réserve d'un cas de fraude. En revanche, la nouvelle instruction donnée à l'officier de l'état civil à l'art. 99 al. 1 ch. 3 CC (rappelée à l'art. 66 al. 2 lit. f OEC) aura de la peine à montrer des effets utiles. Elle manque de réalisme dans la mesure où elle prescrit la preuve négative de l'absence de tout élément indiquant la présence d'un facteur de pression sur la volonté. C'est une tâche impossible pour un officier de l'état civil, sauf à l'investir des pouvoirs d'inquisition nécessaires, ce que le législateur n'a pas songé à faire. Dans la pratique actuelle déjà (dans le canton de Genève), il ne manque pas d'officiers d'état civil à avoir peur des représailles qui les guettent au coin de la rue.

La nouvelle règle révèle des ambiguïtés qui risquent de limiter son efficacité. En effet, tout doute, même sé-

rieux, ne suffit pas. Il faut que l'entrave sur la libre volonté soit « manifeste » ; cela est difficile à faire ressortir lors des quelques entretiens avec l'officier de l'état civil⁵. Malgré le fait que la règle vise, curieusement, une entrave manifeste à la libre volonté « des fiancés », le sens évident est que la contrainte exercée sur l'un d'eux est suffisante. Or, la présence d'une telle règle expresse ne manquera pas de produire l'effet pervers d'avertir les fiancés et de les inciter à bien apprendre comment se comporter afin d'éviter tout soupçon d'émerger dans l'esprit de l'officier. A cela s'ajoute la peur de voir la famille dénoncée aux autorités pénales (art. 43a al. 3^{bis} CC, art. 67 al. 7 OEC). Les fiancés sauront anticiper les questions et y seront préparés. Cela suffira largement pour que la contrainte affectant la volonté de l'un d'eux ne soit pas « manifeste ».

Au demeurant, le terme « manifeste » traduit une certaine incohérence. En effet, pourquoi l'examen par l'officier de l'état civil doit-il détecter uniquement l'absence manifeste d'une libre volonté, alors que la volonté de se marier devrait être libre de toute contrainte, même « non manifeste », en toute hypothèse ? La condition restrictive liée au mot « manifeste » ne peut convaincre⁶. De plus, quel est le sens d'un mariage dont l'officier de l'état civil a des raisons de croire qu'il n'est pas fondé sur la libre volonté, sans cependant disposer d'une preuve qui rendrait ce fait manifeste, alors que ce même mariage sera, dès sa conclusion, sujet à l'annulation et doit être dénoncé à cette fin (art. 106 al. 1, 2^e phrase, CC, art. 16 al. 8 OEC) ? Et comment comprendre qu'une règle n'empêche le mariage que si l'absence de libre volonté est « manifeste », tandis qu'une autre permet à l'office de l'état civil de refuser de célébrer le mariage si « des doutes importants subsistent » (art. 67 al. 2 OEC) ? Les deux règles n'ont pas été coordonnées.

Quant à la disparition de la « règle de faveur » de l'alinéa 2 de l'art. 44 LDIP, on admettra, certes, que cette disposition a été de peu d'actualité dans la pratique. Cependant, sa suppression révèle un paradoxe, étant donné qu'elle pourrait encore être utile pour prévenir des mariages forcés. En effet, dans les quelques cas où le mariage d'une jeune personne de moins de 18 ans pouvait avoir lieu en Suisse, l'occasion était donnée à l'officier de l'état civil de vérifier la libre volonté à la base du consentement

³ FF 2011 2045–2093.

⁴ BO CN 2011 2169–2172, 2012 30–40, 1072, 1238 s., CE 2012 445–452, 639.

⁵ Comme l'admet également le Message, FF 2011 2063. Au Parlement, on a aussi remarqué que, dans la plupart des cas, le fait du mariage forcé est découvert quelque temps après la célébration (BO CN 2011 2171 [Kessler]). C'est dire qu'il ne faut pas se faire des illusions quant à la vigilance de l'officier de l'état civil.

⁶ YVONNE MEIER, *Zwangsheirat, Rechtslage in der Schweiz, Rechtsvergleich mit Deutschland und Österreich*, Berne 2010, 115.

des fiancés. Tout au moins pouvait-il entamer un dialogue avec la jeune personne dans le but de la faire réfléchir sur l'acte vers lequel elle était dirigée par son entourage. Cette occasion disparaîtra comme un effet parasite d'une lutte qui se proclame sans concession. Mais, a-t-on dit, « pareille suppression n'a rien à voir avec la lutte contre les mariages forcés »⁷.

En admettant néanmoins qu'aucun mariage hors volonté n'étant accessible en Suisse, l'on serait bien naïf de croire que les pressions émanant de la famille ou du milieu de vie ne cessent. Elles se dirigeront plus directement encore vers les pays étrangers, normalement de l'origine de la famille, où les mariages forcés et, surtout, les mariages de mineurs ne heurtent aucune politique répressive, bien au contraire⁸. Or, dans le contexte de migration de nos jours, une loi suisse aussi bien conçue soit-elle pour s'imposer sur le territoire national est de peu d'efficacité si elle ne connaît pas un volet empêchant des actes répréhensibles commis à l'étranger à prendre effet en Suisse. C'est alors les mesures prises pour refuser la reconnaissance ou pour aboutir à annuler des mariages forcés qui doivent passer leur examen d'efficacité, eu égard aux art. 45 et 45a LDIP.

2. L'action pénale

On dira, certes, que la menace pénale est suffisamment persuasive pour étouffer toute idée de faire pression, ce d'autant que l'infraction de « l'entrave à la liberté d'action » qui « oblige » une personne à conclure un mariage est également punissable si elle est commise à l'étranger, conformément au nouvel art. 181a CP. Les spécialistes de la criminologie vont dire ce qu'il en est, mais il ne serait pas étonnant que, dans de larges milieux agissant dans un contexte culturel de contrainte, cela ne suffira pas pour faire impression. On pourra d'ailleurs toujours escompter échapper à la prison « pour cinq ans au plus » et s'en sortir avec une peine pécuniaire.

Au demeurant, dans ces milieux, on ne va tout d'abord pas comprendre ce nouvel art. 181a CP, car on dira que ce que l'on suppose être la « victime » s'est résolue d'elle-même à se soumettre à un mariage à l'étranger auquel elle croyait ne pas pouvoir échapper sauf à abandonner complètement la famille et ses origines. Il se peut qu'il

n'y ait ni « violence envers une personne », ni « menace d'un dommage sérieux », comme l'énonce ledit article. Il faudra donc très souvent se rabattre sur le cas d'infraction de « l'entrave de quelque autre manière dans sa liberté d'action », pareille entrave devant être de nature à « obliger » la victime à conclure « un mariage ». Or, la barre est placée haut pour faire cette démonstration, ce qui réduit d'autant l'effet préventif de la règle. Elle sera également difficile à franchir du fait que le jeune couple va littéralement s'encaster dans le silence, de peur de voir leurs parents être condamnés⁹. Et lorsque l'on abordera la culpabilité, l'inconscience de l'illicéité du comportement se plaidera souvent facilement, par le renvoi aux origines familiales, ethniques et culturelles¹⁰.

L'infraction est au demeurant mal définie pour le cas des mariages d'enfants, qui peuvent avoir lieu sans violence ni menace et de telle manière que « l'entrave dans la liberté d'action » est difficile à cerner. Il en va de même dans l'hypothèse d'un mariage religieux avec l'Imam en Turquie, qui n'est pas valable mais constitue le prélude d'un mariage civil conclu ultérieurement¹¹.

Si l'on avait voulu être draconien, on aurait pu suivre le Conseil de l'Europe et définir dans la loi comme violés les relations sexuelles contraintes subies par les victimes de mariages forcés et de mariages d'enfants¹². Cette option n'ayant pas été choisie, on verra bien que le droit pénal ne jouera qu'un rôle symbolique¹³, comme le montre la situation en Allemagne¹⁴.

Il a été suggéré que la loi sur la protection extra procédurale des témoins du 23 décembre 2011¹⁵ pourrait jouer un rôle utile¹⁶. C'est fort peu probable. Au niveau des concepts, certains cas de contrainte excessive dans le contexte de mariages forcés pourraient entrer dans le champ d'application de cette législation. Cependant, celle-ci vise les domaines du crime organisé, de la lutte contre le terrorisme et de la traite des êtres humains¹⁷. On

⁷ BERNARD DUTOIT, Vents contraires sur le droit international privé de la famille, A propos de deux projets de loi récents, PJA/AJP 2012, 587–591 (588).

⁸ Comme le confirme l'expérience en Allemagne, où 28 % seulement des mariages forcés y ont été célébrés, cf. DAGMAR KAISER, Zwangsheirat, FamRZ 2013, 77–90 (80).

⁹ Cf. SARAH PROGIN-THEUERKAUF/SAMAH OUSMANE, Mariages forcés, Situation juridique et défis actuels, FamPra.ch 2013, p. 324–345 (338, 344), rappelant que l'expérience a démontré que les victimes consentent rarement à mettre en cause leurs proches.

¹⁰ Cf. FF 2011 2079 s.

¹¹ Cf. KAISER (n. 8), 82, 84, 86.

¹² Cf. la Résolution citée, n° 14.3.

¹³ Comme l'ont déjà relevé YVONNE RIAÑO/JANINE DAHINDEN, Zwangsheirat : Hintergründe, Massnahmen, lokale und transnationale Dynamiken, Zurich 2010, 49, 132–134.

¹⁴ Cf. KAISER (n. 8), 86, 89.

¹⁵ RS 312.2.

¹⁶ Cf. ANNA NEUBAUER/JANINE DAHINDEN, « Mariages forcés » en Suisse : causes, formes et ampleur, Berne 2012, 89.

¹⁷ Cf. le Message du Conseil fédéral, FF 2011 I ss, 45.

ne voit pas d'adéquation entre la mise en œuvre très complexe des programmes de protection des témoins, prévus par cette loi, et l'hypothèse d'un mariage forcé. De plus, une telle protection des victimes de mariages forcés n'a guère d'intérêt si elle ne s'étend pas aux procédures de droit civil. C'est donc une fausse piste. On le reconnaît d'ailleurs au fait que cette nouvelle législation n'est pas mentionnée dans le Message sur la lutte contre les mariages forcés.

3. L'étude sur les mesures de protection à mettre en place

On observera par ailleurs qu'aucune mesure de politique générale n'a été prise pour assister les victimes potentielles en Suisse, à titre préventif, leur permettant de mieux résister aux pressions tendant à leur faire accepter un mariage non librement consenti à l'étranger. L'introduction de dispositions pour promouvoir des conseils et la protection des victimes a été refusée¹⁸. La question a été dite « à l'étude », ce qui signifie que le législateur a anticipé la répression avant de bien mesurer, à la fois l'ampleur et la nature du phénomène et le besoin de protection des victimes exposées aux souffrances imposées par leur famille et entourage.

Après s'être fait transmettre par les Chambres fédérales la motion *Tschümperlin* du 11 décembre 2009¹⁹, à laquelle il était opposé, le Conseil fédéral a annoncé le lancement d'un programme de lutte dont la mise en œuvre débute en 2013. Ce programme s'appuie sur une première étude, élaborée par la Maison d'analyse des processus sociaux de l'Université de Neuchâtel (MAPS), cependant sans aborder les enjeux juridiques²⁰. C'est la présentation de ce programme qui constitue l'essentiel du rapport du Conseil fédéral du 14 septembre 2012 en réponse à ladite motion. On envisage la mise en place de « réseaux fonctionnels », servant la coopération et l'échange d'expériences, et ce dans un délai de cinq ans. On disposera ainsi d'un bon argument pour ne prendre aucune décision allant plus loin, au plan législatif notamment, jusqu'en 2018.

Aucun projet n'a été retenu afin de récolter les expériences acquises jusqu'en 2018 avec la nouvelle législation.

Il y aura aussi du temps pour procéder à l'examen d'une éventuelle « ordonnance de protection »²¹, dont on connaît déjà le résultat puisque le Conseil fédéral vient de déclarer « que l'on dispose actuellement en droit suisse de suffisamment de possibilités en droit pour agir contre la menace d'un mariage forcé »²²; on apprend donc à l'avance que rien ne sera fait. En attendant, une partie importante de la motion *Heberlein*²³, exigeant des mesures « pour assister efficacement les victimes (en les aidant à s'en sortir, en leur offrant une nouvelle identité, etc.) » s'est fait mettre en veilleuse, si ce n'est à l'abandon²⁴. Certes, on entend élaborer des dispositions spécifiques dans le domaine de l'intégration, mais leur enjeu par rapport au phénomène des mariages forcés reste à définir.

Faut-il vraiment un programme étalé sur cinq ans pour la seule Suisse, richement doté d'un crédit de deux millions²⁵? Et ce alors que des recherches pertinentes ont déjà été menées à l'étranger, notamment en Allemagne²⁶ et au Royaume-Uni²⁷, dont la Suisse pourrait sans doute

²¹ Postulat *Heim* du 16 mars 2012, n° 12.3304.

²² Cf. le rapport cité, ch. 5.4.

²³ N° 06.3658.

²⁴ Le sort de la motion *Heberlein* n'est en effet pas parfaitement clair. Pour le Conseil fédéral, la nouvelle législation signifie qu'il s'est acquitté de son mandat législatif (FF 2011 2052, 2083), tandis qu'au Conseil national, il a été dit que cela ne concernerait que la première partie de la motion (BO CN 2011 2169, 2012 33 [*Flury*]).

²⁵ A titre de comparaison, on relèvera que le réseau d'experts et d'institutions en matière d'enlèvement d'enfants a été devisé à 30'000 francs par an (Message, FF 2007 2433 ss, 2472). Prévu par l'art. 3 de la loi du 21 décembre 2007 sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes (LF-EEA), un tel réseau n'a cependant pas été créé, l'Office fédéral de la justice y étant opposé.

²⁶ Cf., en particulier, les études soutenues par le Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend : *Zwangsverheiratung in Deutschland, Baden-Baden 2007*; *Zwangsverheiratung : Risikofaktoren und Ansatzpunkte zur Intervention, Berlin 2007*; *KAISER* (n. 8), 77–90; *RALPH GÖBEL-ZIMMERMANN, Der Schutz vor Zwangsverheiratung unter Berücksichtigung der Neuregelung des Ehegattennachzugs durch das « Richtlinienumsetzungsgesetz » und das « Zwangsheiratsbekämpfungsgesetz », in Den Fremden akzeptieren, Festschrift für Gisbert Brinkmann, Baden-Baden 2012*, 115–130; *MEIER* (n. 6), 89–100, 158–173, 205–215, 242–253. Quant à l'Autriche, cf. et les travaux de *MATHIAS ROHE*, cité par : *FILIZ SÜTÇÜ, Zwangsheirat und Zwangsehe, Frankfurt a.M. 2009*, 249; *MEIER* (n. 6), 101–113, 174–181, 215–222, 254–263.

²⁷ *Foreign and Commonwealth Office (Forced Marriage Unit), The Right to Choose : Multi-agency Statutory guidance for dealing with forced marriage*, 2^e éd., Londres 2010; *CATHERINE DAUVERGNE/JENNI MILLBANK, Forced Marriage as a Harm in Domestic and International Law, Modern Law Review 2010*, 57–88, rapportant notamment sur la « Forced Marriage Unit », 65, 82–88.

¹⁸ BO CN 2012 31–33, CE 2012 446.

¹⁹ N° 09.4229.

²⁰ Cf. *NEUBAUER/DAHINDEN* (n. 16), et le Communiqué du Conseil fédéral du 14 septembre 2012. Selon ce qui a été dit au Parlement, cette étude aurait dû livrer des réponses relatives à la mise en œuvre de la nouvelle législation (BO CN 2011 2171 [*Sommaruga*]); cela n'a pas été le cas. Pour d'autres études, cf. *MEIER* (n. 6), p. 13; *ANDREA BÜCHLER, Zwangsehen in zivilrechtlicher und internationalprivatrechtlicher Sicht, FamPra.ch 2007*, 725–751 (730 s.); *RAÏNO/DAHINDEN* (n. 13), 49–55.

s'inspirer en grande partie, étant donné que les origines des familles exposées sont largement les mêmes ? Est-ce judicieux de placer cette recherche sous la direction de l'Office fédéral des migrations, qui ne peut fournir un pilotage scientifique répondant aux exigences ? Comment l'Administration fédérale va-t-elle détecter les lacunes du nouveau cadre législatif dont elle est l'auteur ?

Le programme d'étude est orienté vers l'intérieur : on se demande comment améliorer la prévention des mariages forcés et les conseils aux victimes en Suisse, en particulier en gérant mieux l'intégration des personnes et des familles exposées, de par leur origine culturelle, au risque de mariages forcés. Il ne comprend aucun volet tourné vers l'extérieur. Que la menace de mariage forcé pourrait constituer un élément à prendre en considération dans l'examen d'une demande d'asile – on n'en parle pas et si on le faisait, ce n'est pas dans une étude dirigée par l'Office des migrations que l'on trouvera une analyse équilibrée. La « lutte » contre les mariages forcés ne doit pas s'étendre aux victimes désireuses de se réfugier en Suisse²⁸. On annonce déjà qu'une « Forced Marriage Protection Order » du type anglais serait d'aucun poids sérieux à l'étranger²⁹. Dans ces conditions, inutile de se poser des questions, ce d'autant que les bénéficiaires potentiels vont se trouver à l'étranger. Or, l'échec d'une telle mesure est loin d'être aussi évident, et la démonstration du Conseil fédéral d'autant plus faible qu'elle n'évoque aucune tentative concrète. Certes, les perspectives de succès sont bien meilleures si la mise en application de telles ordonnances est confiée au personnel consulaire du Royaume-Uni, qui opère dans un contexte postcolonial³⁰. Cela ne veut pas dire, cependant, que la mesure soit complètement inefficace au seul motif qu'elle émane d'un petit pays comme la Suisse. Le personnel consulaire suisse enquête sur le terrain pour préparer le retour de requérants d'asile. Pourquoi ne serait-il pas apte à offrir son assistance dans le cas « standard » dans lequel un ressortissant suisse ayant pour projet de se lier par le mariage avec une ressortissante du Sri Lanka ou du Bangladesh appelle à l'aide parce que sa fiancée, à l'occasion d'une visite dans son milieu d'origine, se voit appréhendée de force par sa famille dans une célébration de mariage à laquelle elle risque de ne pas pouvoir résister ? Comment sait-on si une ordonnance suisse, rendue dans le pays du domicile, serait sans effet aucun, alors que l'on n'a jamais examiné sérieusement la question ?

On observera également qu'il n'existe pas de politique visant à convaincre les pays étrangers tolérant ou encourageant des mariages conclus sous la contrainte familiale ou religieuse qu'ils renoncent à de telles unions. Le programme d'étude ne s'y intéresse pas. Les accords de migration pourraient être le lieu de convenir de restrictions, le pays partenaire acceptant, notamment, de ne pas célébrer des mariages de mineurs si ceux-ci sont suisses ou domiciliés en Suisse. Avant d'avancer que c'est impossible (parce que l'on n'y a jamais pensé), il serait intéressant de faire un essai et de glisser ce point dans une négociation bilatérale³¹. Une telle position pourrait cependant être soutenue avec plus de sincérité si la Suisse avait ratifié la Convention de New York du 10 décembre 1962 sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages³², qui compte plus de 50 Etats participants. Hélas, le Conseil fédéral ne la connaît pas, puisque l'on cherche vainement à la voir mentionnée dans son Message.

II. Les mariages forcés étrangers : refus d'ordre public ou annulation ?

Les mariages forcés seront à l'avenir quasi exclusivement des mariages conclus à l'étranger. En lieu et place du contrôle opéré lors de la reconnaissance, le législateur a voulu mettre l'accent sur la procédure d'annulation de tels mariages. L'autorité de l'état civil devrait statuer sur la transcription du mariage, puis donner suite à la reconnaissance de celui-ci en informant l'autorité compétente pour qu'elle intente l'action en annulation. Si cela devait devenir la pratique à l'avenir, l'ordre public suisse ne servira plus de rempart contre les mariages forcés ou frauduleux, le remède étant déplacé devant les tribunaux compétents pour procéder à leur annulation³³.

1. Les confusions du législateur

En y regardant de plus près, la position du législateur n'apparaît pas aussi claire. La confusion règne – du jamais vu dans un Message du Conseil fédéral. L'analyse

²⁸ Le Message, FF 2011 2045 ss, n'en parle pas.

²⁹ Rapport cité du Conseil fédéral, 19.

³⁰ Cf. DAUVERGNE/MILBANK (n. 27), 83, 86–88.

³¹ Comme cela a été proposé au sujet de l'enlèvement d'enfant, cf. interpellation *Fehr* du 28 septembre 2012, n° 12.3918.

³² Revue critique de droit international privé 2011 159.

³³ Cf., en ce sens, le Message, FF 2011 2046, 2067, évoquant l'émergence d'une « nouvelle conception de l'ordre public », critiquée par DUTOIT (n. 7), 588. RIAÑO/DAHINDEN (n. 13), 44, se placent également en opposition au Conseil fédéral : « Die Zwangsehe verstösst unbestritten gegen den Ordre public. ».

des cas de mariages avec des mineurs est la plus éloquent. En effet, lorsqu'il évoque la disparition de l'actuel art. 45a (conférant la majorité à l'épouse en cas de mariage comme mineure), le Message explique que « notre pays ne tolérera plus en principe les mariages avec des mineurs qui auront été conclus à l'étranger »³⁴. De tels mariages « ne seront plus reconnus et ne seront maintenus qu'à titre exceptionnel »³⁵. Plus fermement encore, il est dit que « les mariages contractés avec des mineurs ne sont plus considérés comme admissibles sous l'angle de l'ordre public suisse »³⁶.

Cependant, à ces proclamations d'un degré de tolérance proche de zéro, le Message oppose la remarque plus nuancée que « la reconnaissance d'un mariage conclu à l'étranger avec une personne mineure ne sera refusée que si cela est compatible avec les intérêts de cette personne »³⁷, suivie de l'affirmation qu'il conviendra « de reconnaître dans un premier temps le mariage conclu à l'étranger, en vertu de l'art. 45, al. 1, LDIP » ; ensuite, « dans une seconde phase, il faudra informer de cette décision l'autorité compétente au sens de l'art. 106 CC », précisant encore que « la procédure décrite est également valable pour l'application de l'article 32 LDIP »³⁸. Une pesée d'intérêts étant exigée, il en résulte que « les mariages avec des mineurs doivent être reconnus jusqu'à ce que le tribunal compétent prononce leur éventuelle annulation »³⁹.

Cela nonobstant, inversant encore une fois le raisonnement, « l'on pourrait également commencer par refuser la reconnaissance des mariages avec des mineurs conclus entre étrangers »⁴⁰ ; cela pourrait se justifier dès lors que les causes d'annulation du mariage « relèvent de l'ordre public suisse »⁴¹. En effet, si les cas de l'art. 105 CC représentent l'ordre public, pourquoi ne pas s'en servir pour ne pas attendre l'annulation du mariage forcé, mais refuser de le reconnaître ou, le cas échéant, faire constater son inexistence ? Or, cela n'est pas l'option qui l'emporte. On tolérera bel et bien, dans un premier temps, de tels mariages, qui seront reconnus, puis traités à travers une action en annulation intentée d'office et dont l'aboutissement dépendra de l'analyse de l'« intérêt supérieur » de l'époux mineur (suivant l'art. 105 ch. 6 CC).

Le Conseil fédéral s'est ainsi placé en travers de la Résolution 1468 (2005) du Conseil de l'Europe⁴², qui recommande « à ne pas reconnaître les mariages forcés et les mariages d'enfants à l'étranger », avec une exception, lorsque la reconnaissance est dans l'intérêt supérieur de la victime compte tenu des effets du mariage (n° 14.2.4). On notera que cette exception vise le refus de la reconnaissance et non la définition des motifs d'annulation, contrairement à ce qui a été dit au Conseil national⁴³. L'exception vise la reconnaissance et le maintien du mariage, et ce « dans l'intérêt supérieur des victimes, en particulier pour obtenir des droits auxquels elles ne pourraient prétendre par ailleurs ». A part ce cas, la Résolution soutient le refus de principe de reconnaître des mariages forcés et d'enfants. Le Conseil fédéral s'y est opposé, malheureusement sans s'en expliquer. Cela ne dispense pas de la disponibilité de l'action en annulation qui, pour le Conseil de l'Europe, devrait être facilitée, voire se faire « automatiquement » (n° 14.2.5). Sur ce point également, la Suisse a choisi une autre voie.

Les débats aux Chambres fédérales n'ont pas permis de remédier à ces contradictions congénitales. Il en ressort néanmoins que le principe du renvoi vers le procès en annulation l'emporte. Cependant, il n'est pas absolu. Le refus de la reconnaissance de la part de l'autorité de surveillance en matière d'état civil reste possible dans des « cas manifestes »⁴⁴. Cette position, résultant pour le Conseil fédéral de sa « nouvelle conception de l'ordre public », révèle ceci de troublant qu'elle n'a été consacrée par aucune disposition légale. En effet, aucune des règles pertinentes à cet égard n'a été modifiée (art. 27, 32, 45 LDIP), ce qui semble confirmer l'autorité de surveillance de l'état civil dans son devoir d'appliquer ces règles comme cela a toujours été le cas⁴⁵. On remarquera cependant une nuance, qui est de taille : la volonté politique de procéder en deux étapes, acceptant la reconnaissance, celle-ci étant suivie du procès en annulation, affaiblit l'ordre public au premier de ces deux stades.

³⁴ Cf. FF 2011 2062 et 2067.

³⁵ FF 2011 2068.

³⁶ FF 2011 2077.

³⁷ FF 2011 2066.

³⁸ FF 2011 2066.

³⁹ FF 2011 2068.

⁴⁰ FF 2011 2068.

⁴¹ FF 2011 2067, 2077.

⁴² Citée, FF 2011 2067.

⁴³ BO CN 2012 36 (*Sommaruga*).

⁴⁴ BO CE 2012 446 : « in krassen Fällen » (*Sommaruga*) ; FF 2011 2068. L'affirmation selon laquelle « les mariages avec des mineurs à l'étranger ne seront plus autorisés » (BO CN 2011 2170 [*Hiltbold*]) est donc fausse.

⁴⁵ Cf. ANDREAS BUCHER, Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano, Commentaire romand, Bâle 2011, art. 32 n° 2 ; ATF 117 II 11 ss, 12 ; 119 II 264 ss, 266.

2. Les cas de refus de la reconnaissance

Le cas des enfants forcés dans le mariage montre qu'il faudra certes distinguer ces deux niveaux possibles de l'intervention des autorités, mais en laissant à chaque procédure son domaine naturel d'application et d'efficacité. Ainsi, il serait absurde de faire transiter par la reconnaissance et la transcription dans le registre de l'état civil des mariages de vrais enfants, n'ayant pas atteint l'âge de 16 ans⁴⁶. Il n'y a aucune raison de changer la pratique actuelle, sachant que la limite d'âge à fixer est approximative et dépend des circonstances du cas particulier⁴⁷. En revanche, il est tout aussi certain que le mariage conclu par une personne de moins de 18 ans et supérieure à 16 ans ne heurte pas, en soi, l'ordre public suisse et devra donc être reconnu. Car l'ordre public ne doit pas être plus exigeant que le droit matériel qui ne fait pas d'un tel cas une cause absolue d'annulation du mariage, étant donné que le mariage est maintenu s'il répond à l'« intérêt supérieur » de l'époux mineur (d'après l'art. 105 ch. 6 CC). L'argument gouvernemental, en soi juste, selon lequel l'ordre public ne saurait être plus strict que le droit interne, est sans pertinence ici, étant donné que le nouvel art. 105 ch. 6 CC s'appliquera uniquement dans les cas de mariages forcés conclus à l'étranger⁴⁸.

Il conviendra de procéder de manière similaire lorsque l'autorité de surveillance de l'état civil détecte des indices pour un mariage forcé pour une autre raison que celle du jeune âge d'un époux. Certes, l'ordre public suisse ne peut être plus strict que l'art. 105 ch. 5 CC, qui sanctionne un tel mariage par l'annulation si l'un des époux n'a pas procédé à sa célébration en fonction de sa libre volonté. Il pourrait cependant être moins rigoureux et n'intégrer cette sanction qu'à la condition (enlevée de l'art. 105 ch. 5 CC) que l'époux concerné ne souhaite pas la reconnaissance de son mariage en Suisse. En revanche, lorsque le refus du mariage est manifeste, l'ordre public suisse est violé et il doit entraîner la non-reconnaissance du mariage⁴⁹. La clause réservant un cas de fraude (art. 45 al. 2 LDIP) ne peut intervenir en pareille hypothèse⁵⁰.

3. La préférence donnée à l'accueil du mariage, suivi de son annulation

La marge laissée aux autorités de l'état civil deviendra étroite. Car le choix politique de favoriser autant que cela paraît tolérable les procédures d'annulation des mariages révélant des éléments de contrainte aura pour effet d'affaiblir la force de l'ordre public suisse. En principe, l'ordre public n'intervient plus en amont et de manière plus rigoureuse par le refus de reconnaître l'existence du mariage. Les règles de procédure applicables soutiennent cette approche. En effet, la procédure de transcription n'a pas été complétée par un instrument permettant de vérifier la volonté de chacun des époux lors du mariage au-delà de ce que permet l'art. 32 al. 3 LDIP. On n'a pas saisi l'occasion pour compléter cette disposition par une règle telle que le nouvel art. 99 al. 1 ch. 3 CC, ou par une règle permettant de suspendre la procédure de transcription jusqu'à la décision de l'autorité compétente selon l'art. 106 CC. L'autorité saisie de la question de la transcription se verra ainsi bien démunie pour approfondir l'examen de ce qui pourrait lui paraître suspect. Elle verra même un intérêt procédural à ne pas trop tenter d'en juger, étant donné que ce qu'elle constatera trop explicitement à l'appui de la reconnaissance risque de se retourner contre l'autorité agissant en annulation, à laquelle l'époux hostile à la mise en cause de son mariage sera tenté d'opposer l'avis de l'autorité de l'état civil et d'exiger à être placé à l'aune du principe de la bonne foi.

Le Conseil fédéral n'a pas voulu prohiber la reconnaissance de mariage conclu par procuration. Conscient du fait que cette position n'est pas sans poser des problèmes, il recommande aux autorités de l'état civil de bien vérifier, dans un tel cas, si le mariage constitue l'expression de la volonté des époux⁵¹ ; il admet ainsi que de tels mariages sont exposés au risque d'être forcés⁵². Or, cette recommandation tombe à vide dans la mesure où le fait de la procuration ne sort pas nécessairement des pièces à produire et devrait donc être dénoncé, ce qu'il n'est qu'au cas où l'un des époux entend révéler la contrainte exercée sur sa volonté de toute manière. Elle est par ailleurs incohérente par rapport à l'idée soutenue dans le Message de procéder à la reconnaissance du mariage et de ne sanctionner le vice dans la volonté qu'au stade ultérieur de l'annulation, qui relève des tribunaux et non des autorités de l'état civil.

⁴⁶ Cf., également, FF 2011 2056, notant judicieusement comme exception le cas des personnes ayant atteint dans l'intervalle l'âge minimum requis.

⁴⁷ CORINNE WIDMER LÜCHINGER, *Migration und Zwangsehe im internationalen Privatrecht*, FamPra.ch 2011, 787–806 (797) ; MEIER (n. 6), 87.

⁴⁸ Cf. WIDMER (n. 47), 804, observant que la disposition devrait figurer dès lors dans la LDIP.

⁴⁹ WIDMER (n. 47), 796, 801.

⁵⁰ En effet, lorsque le cas d'annulation est lié à la volonté ou à l'intérêt d'un époux (tels les nouveaux chiffres 5 et 6 de l'art. 105 CC), il

manque tout facteur extérieur à la personne qui pourrait être l'objet d'une fraude.

⁵¹ FF 2011 2070.

⁵² Comme le confirme SÜTÇÜ (n. 26), 160.

Lors du débat aux Chambres fédérales, des propositions visant à prohiber la reconnaissance des mariages conclus par procuration ont été repoussées⁵³, principalement au motif que l'on refuserait alors également de reconnaître des mariages célébrés de cette manière sans aucune contrainte, comme le permettent plusieurs pays voisins⁵⁴. Dans la logique de la loi, cependant, il aurait fallu prévoir tout au moins un moyen permettant de protéger les victimes dans ce genre de situation. Cela n'a pas été fait.

On ajoutera qu'il conviendrait de ne pas trop banaliser ce type de mariage et d'être attentif à la protection des jeunes personnes directement concernées. Il a été dit qu'un tel mariage n'aurait rien d'extraordinaire dans un pays islamique, tel le Soudan⁵⁵. Cela est exact, mais il n'y produit pas les mêmes effets que dans un pays de droit civil comme la Suisse, notamment au niveau de l'entretien et du régime matrimonial. Dans une période où des soucis sérieux se manifestent en Europe à l'égard du fléau de la fraude en matière d'état civil, il convient d'être prudent. La décision de se marier est un concept à multiples facettes et non dirigée uniquement vers la création du lien nuptial. Les praticiens savent que les volontés certes « libres » sont parfois orientées en fonction de bénéfices économiques davantage que pour créer une relation personnelle étroite. Or, la conclusion du mariage à distance, à travers un simple messenger, permet de faire ressortir le support réel de la volonté de chacun des fiancés bien moins que la forme plus solennelle devant l'officier de l'état civil. Malgré le fait que la Suisse ne l'ait pas ratifiée, la Convention de New York du 10 décembre 1962 sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages mériterait d'être prise en considération. Aux termes de son art. 1^{er} par. 2, « la présence de l'une des parties ne sera pas exigée si l'autorité compétente a la preuve que les circonstances sont exceptionnelles et que cette partie a exprimé son consentement, devant une autorité compétente et dans les formes que peut prescrire la loi, et ne l'a pas retiré ». Il conviendrait donc de disposer d'un levier de vérification de la volonté réelle, avant de transposer l'institution de droit islamique du mariage dans un contexte de droit civil.

Lorsqu'elle accepte la transcription du mariage, l'autorité de surveillance en matière d'état civil qui se rend compte que celui-ci est susceptible de tomber sous le coup d'un motif d'annulation de l'art. 105 CC en informera l'autorité compétente selon l'art. 106 al. 1 CC afin qu'elle examine la nécessité ou l'opportunité d'agir en annulation du mariage⁵⁶. L'art. 106 al. 1, 2^e phrase CC, commande d'agir de la sorte ; l'autorité saisie de la demande de reconnaissance en vertu de l'art. 32 LDIP devra s'y conformer⁵⁷ et, de surcroît, dénoncer une infraction pénale qu'elle serait en mesure de constater (art. 43a al. 3^{bis} CC). L'Ordonnance sur l'état civil reproduit ces injonctions (art. 16 al. 7 et 8, art. 23 al. 5).

Exposée à cette procédure en cascade et consciente de la volonté politique qui l'anime, l'autorité de l'état civil aura tendance à reconnaître le mariage forcé et à renvoyer la cause devant l'autorité chargée d'entamer la procédure d'annulation. C'est ainsi à une politique d'accueil des mariages forcés que l'on assistera, assortie de l'effet modérateur d'une possible annulation. Or, par rapport à celle-ci, il ne faut pas sous-estimer les difficultés de mise en œuvre si le contexte conjugal et familial est conflictuel et si l'époux victime hésite ou a peur d'affronter la famille par le désaveu du mariage. Le Conseil fédéral n'a-t-il pas observé qu'il « est en effet difficile d'identifier un mariage forcé et il est fréquent que les victimes gardent le silence. En outre, même lorsqu'il a été établi qu'un mariage a été conclu sous l'emprise d'une certaine pression, il est souvent problématique d'estimer si la forme et l'intensité de cette pression sont de nature à conférer un caractère forcé au mariage. »⁵⁸. Et pour faire pression, on va croire qu'il faille lancer une plainte pénale, avec pour effet que l'épouse victime va encore davantage se murer dans le silence par peur de faire du mal à la famille.

On ne semble pas avoir remarqué qu'entre la procédure de transcription et celle sur l'annulation, il y a une inversion des rôles qui se produit, impliquant un renversement du fardeau de la preuve. Devant l'autorité de l'état civil, c'est aux époux requérants de convaincre et d'établir les conditions de la reconnaissance, tandis que devant le juge de l'annulation, il appartient à l'autorité cantonale en tant que requérante d'office de faire la preuve des allégations de contrainte. Le nouveau régime, tel qu'imaginé par le législateur, voudrait donc laisser passer les époux plutôt aisément le filet de l'état civil pour trouver accueil

⁵³ BO CN 2012 37 s., CE 2012 450 s.

⁵⁴ FF 2011 2056 s.

⁵⁵ Cf. ANDREA BÜCHLER, Observations sous l'arrêt du Regionalgericht Bern-Mittelland, FamPra.ch 2011, n° 60 p. 944, exigeant que la volonté de se lier par un tel mariage doit être vérifiée, dans un cas où l'un des époux était réfugié et ne pouvait se rendre dans le pays de conclusion du mariage.

⁵⁶ FF 2011 2068.

⁵⁷ FF 2011 2066.

⁵⁸ Avis du 17 février 2010 au sujet de la motion *Tschümperlin* du 11 décembre 2009, n° 09.4229.

en Suisse, et il leur permet ensuite de mener la vie dure à l'autorité qui voudrait mettre à néant le mariage. La loi rend ainsi bien difficile la « lutte » contre le mariage forcé. Sans la coopération de la victime, la cause sera souvent perdue d'avance pour l'autorité. Or, la victime prendra l'initiative uniquement si elle peut agir dans un cadre de protection la libérant des contraintes familiales. Les moyens de répression qui sont au cœur de la nouvelle législation ne vont pas créer un tel environnement.

On n'échappera donc pas à ce qui paraît malgré tout quelque peu gênant – de voir finir la politique de « lutte » contre les mariages forcés par leur accueil, entouré de la protection que le droit suisse sait offrir à toute union conjugale, avec pour b-mol une possible procédure d'annulation dont l'issue n'est pas plus certaine que celle de beaucoup d'autres procès.

C'est pour contrer cette impression peu rassurante que l'administration fédérale a fait dire au Conseil fédéral qu'il conviendra d'assortir la transcription du mariage de son blocage dans le registre, empêchant toute divulgation des données relatives au mariage jusqu'à ce que la question de l'annulation du mariage soit tranchée⁵⁹. Qualifiée de « mesure superprovisionnelle » par l'art. 46 al. 1^{bis} OEC, cette mesure n'a aucun fondement dans la loi et ne répond à aucun intérêt, étant donné que toute personne a un droit fondamental d'accès à ses données d'état civil, comme le rappelle l'art. 81 OEC. L'effet suspensif accordé par la loi ou le juge saisi en cas de recours ne modifiera en rien le blocage du registre. Certes, l'autorité de surveillance peut accorder une dérogation⁶⁰, mais tant que la procédure d'annulation est en cours, elle ne peut lever le blocage⁶¹. Pire, alors qu'elle qualifie la mesure de « superprovisionnelle », l'Ordonnance ne prévoit aucune occasion pour les parties d'être entendues⁶². Au demeurant, cette mesure parfaitement fantaisiste risque d'entraver plus que de soutenir le procès d'annulation, que l'on voit mal se dérouler si les parties n'ont pas accès à leurs données d'état civil, sans parler du fait que l'autorité ayant pour devoir d'agir d'office devrait également trouver le moyen pour faire sauter ce blocage. Plus grave, cette mesure va évidemment rendre encore plus difficile l'accès de la victime du mariage forcé à un minimum d'autonomie, de fait et dans la vie juridique, ce qui constitue une percée bien curieuse de la « lutte » contre les mariages forcés.

On songera également aux répercussions de la stratégie qui risque d'émerger ainsi dans la pratique sur des questions présentant un enjeu comparable, ce d'autant que l'on a fait proclamer le Conseil fédéral qu'il s'agirait d'une « nouvelle conception de l'ordre public »⁶³. Faudra-t-il alors faire de même lorsqu'il s'agit d'un mariage bi- ou polygame, du mariage conclu par une personne durablement incapable de discernement, du mariage entre parents en ligne directe ? Tous les reconnaître, en accepter la validité et les protéger par le droit suisse, en attendant un procès en annulation dont il n'est pas certain, malgré ce qu'on en dit, qu'il soit effectivement entamé et mené avec succès ? Malgré les proclamations théoriques glissées dans le Message de façon bien maladroite, telle n'a pas été la volonté du législateur. Mais la phraséologie gouvernementale a déjà incité des auteurs à déclarer que telle devrait être la démarche à suivre à l'avenir, arguant de surcroît que le jugement d'annulation aura l'avantage d'être reconnu à l'étranger⁶⁴. Cela est affirmé sans aucun début de démonstration, alors que l'on peut s'imaginer facilement que les femmes dont le mariage sera ainsi annulé vont s'exposer à des pressions familiales, religieuses et sociales extrêmes dans leur pays d'origine, jusqu'au point de devenir, en fait, des personnes sans droit⁶⁵. On conclura donc que dans les cas où la réalisation d'un cas d'annulation au sens de l'art. 105 CC est nette, le refus de la reconnaissance s'impose au motif d'une violation manifeste de l'ordre public suisse.

Le législateur, mieux éclairé, aurait dû affirmer que tout mariage forcé est contraire à l'ordre public suisse et ne saurait dès lors être reconnu en Suisse ; les moyens de procédure permettant de détecter les cas de contrainte auraient dû être placés à ce stade déjà (art. 32 LDIP), plutôt qu'à l'étape subséquente du procès en annulation⁶⁶. Suivant le régime mis en place par le législateur, dans toutes les situations dans lesquelles l'autorité décidant de la transcription dans le registre n'a pas pu ou n'a pas voulu se rendre compte du cas de contrainte, ainsi que dans celles où elle n'a pas été saisie du fait que les personnes concernées, toutes étrangères, ne figurent pas au registre, il y aura lieu d'envisager l'introduction de l'action en annulation.

⁵⁹ FF 2011 2055, 2066.

⁶⁰ Prévue non dans l'OEC, mais au chiffre 6 de la Circulaire du 1^{er} octobre 2007 sur le blocage des données.

⁶¹ Cf. art. 46 al. 1^{bis} et 2 OEC.

⁶² Comme le fait, par exemple, l'art. 265 al. 2 CPC.

⁶³ FF 2011 p. 2062.

⁶⁴ Cf. THOMAS GEISER, Scheinehe, Zwangsehe und Zwangsscheidung aus zivilrechtlicher Sicht, ZBJV 2008, 817–849 (836 s., 844) ; THOMAS GEISER/MARC BUSSLINGER, Ausländische Personen als Ehepartner und registrierte Partner, in *Ausländerrecht*, 2^e éd., Bâle 2009, 657–722 (n° 14.31).

⁶⁵ Cf. KAISER (n. 8), 87.

⁶⁶ Cf. MEIER (n. 6), 116, 154 ; BÜCHLER/FINK (n. 20), 65.

4. L'action d'état

On réservera enfin l'action générale en constatation de l'état civil et celle – voisine – relative à l'inscription ou la rectification de l'état civil dans le registre⁶⁷. Leur intérêt peut se manifester lorsque la voie de l'annulation ne semble pas aboutir, mais elles présentent encore un autre intérêt, de droit matériel, du fait qu'elles tendent à la constatation de l'inexistence du mariage forcé en Suisse, alors que l'annulation de celui-ci ne le fait disparaître qu'avec effet « ex nunc ». Il serait en effet parfaitement possible, au lieu de viser un cas d'annulation, d'intenter action pour faire constater l'inexistence du mariage forcé, en invoquant sa contrariété à l'ordre public suisse. Le handicap est cependant le fait que cet ordre public vient d'être affaibli par des déclarations politiques malencontreuses affirmant qu'un tel mariage puisse être reconnu en Suisse (franchissant ainsi l'obstacle de l'ordre public), puis soumis à une procédure d'annulation. Néanmoins, l'action d'état est susceptible de perturber celle-ci, ainsi qu'on le verra.

5. Le regroupement familial

La situation est quelque peu différente et non moins confuse devant les autorités appelées à statuer sur le regroupement familial d'étrangers ou de réfugiés. Dans une telle hypothèse et si le dossier « révèle des indices » d'une cause d'annulation des art. 105 ch. 5 ou 6 CC, la procédure est suspendue et l'autorité visée à l'art. 106 CC informée afin qu'elle décide si elle veut intenter action⁶⁸. Ces règles de procédure étant impératives, de par leur nature, les autorités seront privées de la possibilité d'écarter la demande de regroupement d'emblée lorsque la violation de l'ordre public est certaine et de juger que le mariage invoqué est inexistant⁶⁹. Au lieu de cela, ce mariage sera provisoirement traité comme valide, tout en étant sujet à un procès en annulation qu'il conviendra d'entamer encore et mener à chef. L'ordre public suisse apparaît alors encore davantage affaibli qu'il ne l'est déjà, étant donné que les autorités de migration et d'asile sont privées de s'en servir. Et on voit l'avocat zélé venir plaider : comment l'autorité de surveillance de l'état civil pourrait-elle refuser la reconnaissance et la transcription d'un mariage manifestement forcé, au motif que cela choquerait l'ordre public suisse,

alors que les autorités de migration et d'asile ne peuvent pas le faire ? L'ordre public risque alors de s'effondrer complètement devant les mariages forcés.

III. Les époux du mariage forcé en attente de son annulation

1. Le rôle du nouvel article 45a LDIP

L'ancien art. 45a LDIP avait été inséré lors de l'abrogation de l'art. 14 al. 2 CC, justifiée par le relèvement sans exception de l'âge de la majorité à 18 ans par la réforme entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1996. Le nouvel art. 45a est consacré entièrement à l'annulation du mariage.

La nouvelle disposition devait régler les questions principales se posant en cas d'annulation de mariage dans un contexte international. Les positions doctrinales, pas toujours uniformes, ne pouvaient constituer un repère suffisant. Il fallait disposer d'une base législative afin de créer plus de sécurité juridique par rapport au sort des mariages forcés dont l'annulation en Suisse devait être assurée. L'art. 45a LDIP répond ainsi aux trois questions principales de droit international privé, à savoir la compétence (al. 1), le droit applicable (al. 2) et la reconnaissance de décisions étrangères (al. 4), le renvoi au droit du divorce étant par ailleurs prévu pour les mesures provisoires et les effets accessoires (al. 3). On notera que malgré le fait que cette nouvelle disposition trouve son origine dans l'intérêt porté au sort des actions en annulation de mariages forcés, elle s'applique tout autant aux cas d'annulation pour une cause dite relative, dont la force répressive est normalement plus faible, ce qui se traduit par l'absence d'un devoir de l'autorité étatique d'agir d'office.

2. La disparition de l'ancien article 45a LDIP

Il est vrai que cette disposition n'aurait eu plus qu'un très petit rôle à jouer dans le cas d'un mariage célébré à l'étranger par une personne mineure domiciliée en Suisse en vertu d'une législation autorisant le mariage de fiancés de moins de 18 ans. Malgré ce rôle bien restreint, on aurait pu penser que le mouvement en faveur de la protection des victimes mineures de mariages forcés mette en éveil l'utilité d'une telle disposition⁷⁰. Il n'en fut rien.

On a fait dire au Conseil fédéral que du moment que la Suisse ne tolérera plus les mariages avec des mineurs qui auraient été conclus à l'étranger, l'art. 45a « n'a plus

⁶⁷ Art. 42 CC ; cf. BUCHER (n. 45), art. 32 n° 4.

⁶⁸ Art. 45a de la loi sur les étrangers du 16 décembre 2005, RS 142.20 ; art. 51 al. 1^{bis} de la loi sur l'asile du 26 juin 1998, RS 142.31.

⁶⁹ FF 2011 2071.

⁷⁰ Cf. MEIER (n. 6), 158.

lieu d'être en l'état »⁷¹. Dès lors que de tels mariages « ne seront plus reconnus et ne seront maintenus qu'à titre exceptionnel », le maintien de l'art. 45a constitue une « incohérence »⁷². Cependant, dans le contexte des confusions entre le refus de reconnaissance et l'action en annulation, le Conseil fédéral a également affirmé que « l'annulation d'un mariage avec un mineur doit être le résultat d'une pesée d'intérêts »⁷³, ce qui suppose sa reconnaissance préalable. Un tel époux mineur verra donc bel et bien son mariage reconnu, dans un premier temps, puis traité à travers une action en annulation, normalement intentée d'office. Pendant ce temps, l'ancien art. 45a aurait incontestablement pu jouer son rôle.

3. Le cas des épouses mineures

Bien que les données statistiques soient lacunaires, faute d'une étude fiable, on doit partir de l'idée que les mariages forcés conclus à l'étranger sont le plus souvent des mariages avec des personnes mineures. Au Conseil national, il a été dit que 30% des mariages forcés concernent des filles mineures qui sont presque dans chaque cas victimes de violences⁷⁴, tandis que le Conseil fédéral notait que les mariages forcés concernent « fréquemment » et « pour une bonne part » des mineurs⁷⁵. Or, on dit vouloir insister sur le moyen répressif de l'action en annulation du mariage, mais, paradoxalement, on n'entend pas conférer à la victime la pleine capacité civile pour préserver son autonomie par rapport à son entourage familial. Restant mineure jusqu'à l'âge de 18 ans (tout au moins dans l'hypothèse d'un domicile suisse, art. 35 LDIP), la femme victime aura donc besoin d'un représentant légal pour procéder aux actes de la vie courante, ce qui comprend, le cas échéant, la conclusion d'un contrat de travail ou d'un bail, par exemple. Le Message n'y attache pas d'importance, observant uniquement que cette personne peut tenter l'action seule, s'agissant d'un droit strictement personnel⁷⁶, situation dont il n'est pas dit qu'elle ne comprend pas, en particulier, la conclusion d'un contrat bancaire pour ouvrir un compte servant entre autre au paiement d'un avocat. Aussi n'y trouve-t-on aucune observation sur le fait que l'épouse mineure ne pourra pas simplement se borner à tenter ou soutenir,

seule, l'action, mais qu'elle dépendra de son représentant légal dès qu'il s'agira de régler les effets patrimoniaux de l'annulation du mariage. L'Ordonnance sur l'état civil dirige l'autorité de surveillance à communiquer le fait du mariage contracté à l'étranger par un mineur à l'autorité de protection de l'enfant à son domicile (art. 50 al. 3 OEC) : on a donc bien vu que l'on ne peut laisser l'épouse mineure seule et sans protection, sans savoir, cependant, quelles mesures prendre.

Le Message ne s'intéresse point au rôle de représentant légal que le droit suisse⁷⁷ attribue aux parents de la victime qui sont normalement ceux qui ont soutenu l'acte de force subi par leur enfant. N'a-t-on pas pensé au choc que cela représentera pour l'épouse mineure qui voit ses parents comparaître dans le contexte de l'annulation d'un mariage qu'ils ont imposé à leur fille ? Et si l'on voulait les écarter, en démontrant l'existence d'un « conflit d'intérêt », encore faudra-t-il mener une procédure de nomination d'un tuteur, respectivement d'un curateur, au cours de laquelle tant le conjoint que les parents en tant que représentants légaux devront être entendus. On s'imagine également le désarroi lorsque les parents vivant à l'étranger se manifestent pour exercer leur responsabilité ou qu'il faut leur notifier des actes judiciaires.

En attendant, les filles victimes des violences subies et à venir à travers un mariage imposé contre leur volonté seront placées seules dans l'attente d'un procès en annulation. Aucune mesure de protection juridique n'est déclenchée d'office du seul fait de la présence sur sol suisse d'une femme mariée et mineure. Les réseaux et centres d'accueil que l'on entend étudier jusqu'en 2018 pourront sans doute servir à conseiller les victimes dans leur malheur, mais ils ne disposeront d'aucune arme juridique utile – comme tout le monde le sait bien. Dans l'attente d'être libérées de leur mariage, ces épouses, sans capacité civile, restent mariées, avec les droits et obligations que cela comporte, mais aussi avec les souffrances liées aux violences, morales et sexuelles, subies par des femmes au jeune âge et vivant dans la contrainte, comme on peut se l'imaginer. Et si cette vie devait devenir insupportable, on conseillera de requérir des « mesures de protection de l'union conjugale » (art. 172–179 CC) jusqu'à ce qu'enfin, un jour, la « lutte » contre le mariage forcé se fasse sentir. Mais comment cette démarche sera-t-elle compatible avec l'intervention de l'autorité de protection de

⁷¹ FF 2011 2062.

⁷² FF 2011 2068.

⁷³ FF 2011 2065, 2068.

⁷⁴ BO CN 2012 35 (*Geissbühler*).

⁷⁵ FF 2011 2056, 2067 ; cf., encore, MEIER (n. 6), 4 ; SÜTÇÜ (n. 26), 157 s. ; KAISER (n. 8), 77.

⁷⁶ FF 2011 2069.

⁷⁷ Le droit suisse étant applicable en vertu de l'art. 16 de la Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, du 19 octobre 1996 (RS 0.211.231.011).

l'enfant, alertée par l'autorité de surveillance en matière d'état civil (art. 50 al. 3 OEC)? Va-t-elle nommer un curateur? Si elle le voulait, elle aura de la peine à trouver une base légale, car la situation dont il s'agit ici n'entre dans aucune des hypothèses de l'art. 307 CC. On dira que personne ne pouvait le savoir, ce d'autant que des études sont en cours. En réalité, personne ne voulait le voir.

Pour compléter la vue sur la situation de l'épouse mineure, on rappellera qu'au cas où celle-ci devait accoucher d'un enfant, elle n'aura pas le droit de décider de son éducation ou de son lieu de vie, faute de pouvoir exercer l'autorité parentale (art. 296 al. 2 CC). Elle devra s'en remettre à l'autorité parentale exclusive du père.

On n'a pas songé non plus, semble-t-il, à la situation de l'épouse mineure qui voudra se rebiffer par l'engagement d'une procédure pénale pour cause de voies de fait réitérées, de menace ou de contrainte commises par le conjoint, infractions qui sont monnaie courante dans ce genre de mariages⁷⁸. En effet, cette épouse peut déposer plainte (art. 30 al. 3 CP), mais ce sont ses parents en tant que représentants légaux qui peuvent venir requérir la suspension de la poursuite en lieu et place de la victime, dépourvue de l'exercice des droits civils (art. 55a al. 1 lit. a ch. 1 et lit. b CP). Si le sursis est accordé, la procédure peut être reprise, certes, mais ce uniquement à la demande du même représentant légal et dans un délai de six mois (al. 2), ce qui signifie que, passé ce délai, la procédure sera classée (al. 3). La lacune de protection de l'épouse mineure est manifeste⁷⁹.

IV. Le procès en annulation en Suisse

1. La compétence des autorités suisses

Selon l'alinéa 1 de l'art. 45a LDIP, « les tribunaux suisses du domicile d'un époux ou, à défaut de domicile, ceux du lieu de conclusion du mariage ou du lieu d'origine d'un des époux sont compétents pour connaître d'une demande d'annulation ».

Dans cette pluralité de fors, celui du domicile occupe certainement une place prépondérante. Si les deux époux sont domiciliés en Suisse, le domicile de chacun est déterminant. Il conviendrait, par analogie avec la règle appli-

cable en matière de divorce, retenir le domicile au moment de l'introduction de l'action.

Etant donné qu'un mariage forcé sujet à annulation a dû passer à travers le filet des règles relatives au pouvoir d'examen de l'officier de l'état civil, il semble naturel de placer un for alternatif au lieu où le filtrage des mariages non volontaires n'a pas fonctionné. Le lieu de conclusion du mariage n'est cependant pas défini, pas plus qu'à l'art. 43 LDIP. Il conviendra de choisir entre le lieu où le mariage a été « célébré » effectivement (art. 97 al. 1 et 2 CC) et le lieu de l'office de l'état civil qui a dirigé la procédure préparatoire et qui a procédé à l'examen confirmant l'absence d'entrave à la libre volonté des fiancés (art. 98 al. 1 CC). Ces lieux ne doivent pas être les mêmes. D'un point de vue fonctionnel, ce dernier lieu sera le for naturel pour revenir sur la procédure suivie dont il est allégué implicitement qu'elle aurait dû révéler une anomalie. Cependant, ce n'est pas le lieu où le mariage a été « conclu », critère équivalent ou identique à la « célébration » dont le lieu peut être choisi par les fiancés n'importe où en Suisse.

Enfin, le for au lieu d'origine des citoyens suisses offre une sortie de secours pour le cas où les époux ont quitté la Suisse. Il n'est cependant pas défini pour une telle situation, mais en tant que for alternatif ordinaire, à la différence des règles généralement retenues, en particulier pour le cas du divorce (art. 60 LDIP). Des raisons pratiques manifestes militent pour cette solution, étant donné qu'il serait fastidieux et parfois aléatoire de vérifier si l'action peut être intentée dans le pays étranger du domicile des époux⁸⁰.

Ces fors alternatifs ne sont pas accessibles seulement aux époux, mais également, et surtout, aux autorités chargées d'intenter l'action d'office. Or, on s'aperçoit que, sur ces deux points, la compétence, d'une part, et la désignation des autorités prenant l'initiative de l'action, d'autre part, les solutions ne sont pas en harmonie.

2. La qualité pour agir d'office

En effet, en vertu de l'art. 106 al. 1 CC, l'autorité cantonale qui doit intenter l'action d'office est celle du « domicile des époux ». La solution n'est pas explicitée pour le cas où chaque époux dispose d'un domicile indépendant. Le domicile de chacun des époux devra être retenu⁸¹. D'après la loi, cette autorité, respectivement celle de

⁷⁸ Comme le Conseil fédéral l'a relevé, FF 2011 2057, notant qu'en cas de mariage forcé contracté à l'étranger, on appliquera les « dispositions pénales pertinentes », sans autre précision, p. 2058.

⁷⁹ Il ne suffit donc pas de constater simplement que l'art. 55a CP ne s'applique pas dans l'hypothèse où seule l'infraction du mariage forcé (art. 181a CP) est invoquée (cf. MEIER [n. 6], 204).

⁸⁰ Contra : WIDMER (n. 47), 801 s., 805.

⁸¹ Comme l'avait constaté déjà le Message relatif à la réforme du droit du divorce de 1998, FF 1996 I 81.

chaque domicile d'époux vivant en des lieux séparés, est la seule à être investie de la qualité d'agir en annulation de mariage. L'art. 45a al. 1 LDIP n'est applicable qu'à la seule question de la compétence, sans jouer de rôle pour définir la qualité d'agir, qui relève de la loi suisse, applicable au fond (art. 45a al. 2 LDIP). Cela montre le peu d'intérêt pratique des fors au lieu de conclusion du mariage et du lieu d'origine, vers lesquels l'autorité du domicile devrait se diriger, ce qu'elle ne fera pas du moment qu'elle peut agir devant son propre for.

L'éventualité de voir les époux vivre en des lieux de domicile séparés lorsque la question de l'annulation de leur mariage se pose ne va sans doute pas provoquer des conflits positifs entre autorités, celle de chaque domicile voulant intenter action. L'hypothèse opposée est plus réaliste, chaque autorité concernée se disant que l'autre va se charger de l'action et en supporter les frais. On connaît ce genre de situations dans le domaine de la tutelle. Ce n'est pas souhaitable, mais c'est possible. Ces autorités vont alors se renvoyer la balle et leur abstention va retarder, si ce n'est reporter à jamais, le procès d'annulation, étant donné l'absence de toute règle ou instance pour trancher ce conflit. Face à l'éventualité d'une telle paralysie de l'action, les époux avertis (et volontaires pour conserver leur lien) choisiront de séparer leur domicile et de le localiser chacun dans un canton où l'autorité ne va pas se précipiter pour être la première à obtenir l'annulation de leur mariage.

Une autre lacune se présente lorsqu'aucun des époux dispose d'un domicile en Suisse. Cette lacune n'est pas nouvelle et n'a pas pu être ignorée. Dès lors, devant la règle claire de l'art. 106 al. 1 CC, est-ce qu'il y a place pour un complément conférant la qualité d'agir d'office, à titre subsidiaire, à l'autorité du lieu de conclusion du mariage ou du lieu d'origine ? Il ne s'agit sans doute pas d'un silence qualifié, mais d'un silence « tout court ». La jurisprudence dira-t-elle qu'il faille compléter l'art. 106 al. 1 CC dans une telle hypothèse, faisant acte pour un législateur distrait ou négligeant ? Cela semble bien être l'issue à venir, car à défaut, l'accueil du mariage forcé serait trop parfait pour être vrai. Même si, selon la même disposition, toute autorité peut agir si elle peut faire valoir un « intérêt », cela ne suffit pas pour combler cette lacune, étant donné qu'un tel intérêt est difficile à détecter dans les cas de mariage forcé et qu'il faudra chercher loin pour trouver une autorité disposée à se porter volontaire pour intenter action.

La détermination du for et de l'autorité compétente pour agir d'office présente également de l'intérêt pour toutes les autorités, fédérales et cantonales, qui auront dorénavant l'obligation, « dans la mesure où cela est compa-

tible avec leurs attributions », d'en venir à « informer l'autorité compétente pour intenter action » lorsqu'elles ont des « raisons de croire qu'un mariage est entaché d'un vice entraînant la nullité » (art. 106 al. 1, 2^e phrase, CC). Cette injonction pourra atteindre son objectif si l'un des époux a son domicile en Suisse, tandis qu'à défaut, il s'agira d'attendre que la jurisprudence décide de remplir la lacune de la loi qui vient d'être évoquée. Il semble bien incertain de savoir quelles autorités doivent compter de telles dénonciations comme étant « compatibles » avec leurs attributions. Sans que cela soit dit expressément, tel est sans doute le cas des autorités de l'état civil, qui doivent dénoncer les cas d'infraction pénale (art. 43a al. 3^{bis} CC), mais également les mariages sujets à annulation.

On regrettera tout de même que ce nouveau texte utilise faussement le terme de « nullité », alors que le Code civil, depuis la réforme du droit du divorce de 1998, n'emploie plus que celui d'annulation⁸². Le texte allemand parle correctement de « Ungültigkeitsgrund ».

Cependant, on a beau dire que l'action sera intentée d'office. Sans l'accord ou le concours de la victime, elle sera très difficile à faire aboutir. Sachant cela, l'autorité ne l'intentera pas si elle n'est pas d'emblée assurée qu'elle agira de concert avec la victime. Cela suppose de la part de celle-ci qu'elle ait pu préalablement se libérer des pressions familiales, ce qui lui sera difficile en l'absence de toute mesure de protection intervenant d'office, tel un curateur « ad litem ». Or, si elle se sent isolée dans sa « lutte », l'autorité renoncera à agir d'office, ce d'autant plus qu'elle se dira que si la victime entend insister, elle n'a pas besoin de l'autorité et peut prendre elle-même l'initiative de l'action, conformément à l'art. 106 al. 1 CC.

Dans le contexte particulier du regroupement familial, la suspension de la procédure en cas de révélation d'indices d'un mariage forcé, suivie du procès en annulation, doit pouvoir s'effectuer normalement dans la mesure où l'un des époux dispose en Suisse d'un domicile. C'est alors à ce lieu que l'on trouvera à la fois le juge compétent et l'autorité apte à agir d'office. Cela étant, le procès risque de se prolonger s'il faut procéder à des notifications à l'étranger ou si des moyens de preuve doivent y être obtenus.

Dans l'hypothèse d'une admission provisoire ou de courte durée⁸³, cependant, il risque de n'exister ni domicile ni aucun autre point de rattachement nécessaire pour procéder d'office à l'annulation du mariage. Or, comment suspendre la procédure de regroupement, puis dénoncer le

⁸² Cf. FF 1996 I 14.

⁸³ Art. 71 al. 1^{bis} de la loi sur l'asile du 26 juin 1998, RS 142.31 ; art. 85 al. 8 de la loi sur les étrangers du 16 décembre 2005, RS 142.20.

mariage vicié, alors que par rapport à des époux étrangers sans domicile en Suisse, dont le mariage a été conclu à l'étranger, il n'existe aucun for en Suisse, ni aucune autorité désignée pour agir d'office ? On ne va pas laisser la suspension durer sans limite de temps. La condition posée ne pouvant être mise en application, il n'y aura tout simplement pas de suspension. La procédure suivra son cours sans toucher à l'existence du mariage forcé. La lutte contre un tel mariage ne sera même pas entamée. Elle le sera peut-être plus tard, lorsque l'un des époux aura créé un domicile en Suisse. Mais on voit mal une autorité suisse se poser comme guet pour ne pas manquer l'occasion de « partir en guerre » contre ce mariage et, le cas échéant, le regroupement lui-même, dès qu'elle s'aperçoit qu'un domicile est en train d'être constitué.

3. Les mesures de protection

La nouvelle loi ne préconise aucune mesure spécifique de protection pour les personnes victimes d'actes de contrainte en rapport avec leur mariage qualifié de « forcé ». Sont donc applicables les règles générales de protection des personnes vulnérables, en droit civil, social et pénal, notamment.

Dans le contexte d'une procédure en annulation du mariage, l'alinéa 3 du nouvel art. 45a LDIP renvoie à l'art. 62 LDIP ainsi qu'à l'art. 64 LDIP pour l'hypothèse rarissime d'une demande en complément ou en modification. On rappellera que l'art. 62 al. 3 LDIP réserve l'application des dispositions de la LDIP sur l'obligation alimentaire entre époux (art. 49 LDIP), les effets de la filiation (art. 82 et 83 LDIP) et la protection des mineurs (art. 85 LDIP). Sur ce dernier point, on remarquera que le renvoi à l'art. 85 ne concerne pas uniquement les enfants du couple, mais également l'épouse ayant contracté un mariage à l'étranger alors qu'elle était mineure et qui l'est encore durant le procès en annulation de son mariage en Suisse. Du fait de la disparition de l'ancien art. 45a, en effet, la personne mineure domiciliée en Suisse n'accède plus à la majorité du fait de la reconnaissance de son mariage en Suisse. Une telle personne, tout comme d'autres personnes dont le mariage ne les laisse pas accéder à la majorité dans leur pays de domicile (art. 35 LDIP), est privée de l'exercice des droits civils en Suisse. Le Conseil fédéral n'a pas vu un besoin particulier de protection, dès lors qu'à son avis, ces époux et enfants jouissent de leur pouvoir d'exercer seul leur droit d'agir en tant que droit strictement personnel⁸⁴. Ainsi qu'on l'a vu, cette vue est trop étroite.

4. L'action en constatation de l'inexistence du mariage

Le schéma procédural à la base de la nouvelle législation est fondé sur la paire : reconnaissance et annulation du mariage. Or, la réalité ne se présentera pas toujours selon ce modèle. On songera tout d'abord aux étrangers ayant conclu un mariage entaché de contrainte à l'étranger : faute d'une transcription dans le registre suisse de l'état civil, la question de l'annulation du mariage pourra se poser directement. On remarquera également que le fait d'accepter la transcription au registre de façon alléguée n'empêche point l'épouse ayant subi la contrainte de persister dans son opposition à la reconnaissance de son mariage en Suisse ; en effet, cette épouse insistera sur l'inexistence juridique du mariage, menant sa « lutte » contre la violence subie au-delà de ce que lui suggère le législateur. On rappellera que l'effet de la transcription ne va pas plus loin que de créer une présomption légale de la validité du rapport familial constaté dans le registre, dont l'inexistence peut être demandée au juge (art. 9 CC). L'enregistrement ne fait pas obstacle à l'action d'état⁸⁵.

Avant d'y venir, il convient de rappeler les enjeux, sans entrer dans le détail. Le mariage inexistant (« Nicht-ehe ») ne produit tout simplement aucun effet. Pour le mariage annulé, la situation, en droit suisse, est différente : l'annulation produit ses effets *ex nunc* ; elle peut entraîner des effets accessoires, qu'il conviendra de régler, et la présomption de paternité s'applique en principe. S'opposant à ce que de tels effets puissent se manifester et prolonger, même dans une proportion certes limitée, un mariage résultant d'actes de contrainte, l'épouse, mais parfois aussi le mari ou les deux, peuvent souhaiter que l'inexistence, plutôt que l'annulation de leur mariage soit judiciairement constatée.

Le juge saisi de l'action en annulation du mariage, en règle générale à l'initiative de l'autorité agissant d'office, risque alors d'être saisi également d'une action d'état en constatation de l'inexistence du mariage. En principe, cette action (ou objection) est à examiner à titre préjudiciel⁸⁶ : sans mariage, point d'annulation. Juger de l'existence d'un mariage forcé conclu à l'étranger revient à statuer sur sa reconnaissance en Suisse. Il conviendra donc de vérifier les conditions posées par les art. 25–27 et 45 LDIP, le point crucial étant l'obstacle de l'ordre public. Le juge civil ne pourra emprunter le rôle que le législateur entendait conférer à l'autorité de surveillance en matière d'état civil dont on voudra qu'elle ne serve de

⁸⁴ FF 2011 2069.

⁸⁵ Cf. BUCHER (n. 45), art. 32 n° 4 et les arrêts cités.

⁸⁶ Cf. ATF 114 II 1 ss, 4, et les références ; MEIER (n. 6), p. 65.

rempart aux mariages forcés étrangers que dans des « cas exceptionnels ». Pour ce juge, en effet, il ne s'agit pas de l'inscription au registre, mais de trancher le fond. Or, quel est, pour lui, l'ordre public suisse ?

Un premier élément de réponse réside dans le principe, non contesté, que l'ordre public ne saurait être plus strict que ne l'est le droit matériel du for. Il ne peut donc être plus rigoureux que les cas d'annulation de l'art. 105 CC.

Un deuxième facteur de réponse précise qu'il pourrait tolérer certains mariages sujets à annulation, mais pour des causes qui ne justifient pas la sanction, plus conséquente, du refus de la reconnaissance en Suisse. Tel est le cas du mariage d'enfants âgés entre 16 et 18 ans qui ne remplit pas, simultanément, les conditions d'une contrainte sur la libre volonté au sens de l'art. 105 ch. 5 CC.

Le troisième échelon est plus délicat. On admet certes que dans des cas d'atteinte grave, le refus du mariage doit être immédiat et catégorique, ne laissant aucune autre issue que la constatation de son inexistence. On songera au mariage d'enfants dans leur très jeune âge. Cependant, un tel angle d'observation n'est pas suffisant. Car l'ordre public est défini en fonction des résultats que l'acte étranger pourrait produire en Suisse⁸⁷. Sous cet angle-là, la reconnaissance du mariage peut, dans certains cas, paraître moins choquante dans la mesure où elle est suivie de l'annulation du mariage et des effets qui en résulteront. La nouvelle législation est fondée sur cette idée. Qu'on le veuille ou non, c'est une position à respecter en tant qu'expression démocratique relative à la manière de fixer le seuil du tolérable en termes d'ordre public.

La constatation de l'inexistence du mariage pour cause de violation de l'ordre public suisse n'est pas impossible pour autant. L'exemple des mariages avec une enfant de moins de 16 ans sert d'illustration. Un tel mariage est à ce point choquant qu'une « survie » quelconque, sous la réserve d'une annulation ultérieure qui n'ira pas plus loin que de mettre le mariage à néant pour l'avenir, *ex nunc*, est intolérable. Un regard similaire doit être porté sur les cas de contrainte ayant étouffé la libre volonté d'un époux. En soi, la célébration d'un tel mariage est choquante en toute hypothèse. Cependant, la reconnaissance du mariage suivie de son annulation ne l'est pas nécessairement. Une telle issue peut offrir une satisfaction suffisante à la victime, compte tenu des circonstances. Telle étant la position de principe du législateur, l'ordre public s'affaiblit en conséquence. En revanche, la force exercée sur la volonté de l'épouse peut avoir affecté celle-ci dans sa personnalité avec une telle intensité que la seule annulation du

mariage n'offre pas une contrepartie équitable. Les souffrances subies par la femme peuvent avoir été et, le cas échéant, continuer à être telles qu'il serait intolérable de ne pas juger ce mariage inexistant, avec effet *ex tunc*. Car un mariage annulé n'est pas un mariage effacé. La victime sera toujours confrontée à une situation juridique lui rappelant avoir été l'épouse dans une vie conjugale née et menée sous la contrainte. Cela peut être traumatisant pour le reste de sa vie de femme. L'ordre public doit alors réagir avec plus de force et refuser la reconnaissance d'un tel mariage.

Le constat de l'inexistence du mariage faute de reconnaissance rend l'action en annulation sans objet. Il faudra exiger toutefois que cette constatation soit assortie de l'autorité de la chose jugée ; à défaut, elle ne sert pas son but, car l'insécurité sur l'existence du mariage est encore moins tolérable que l'annulation de celui-ci. L'action en annulation ne devrait dès lors être écartée que si le juge est certain que l'inexistence du mariage est judiciairement constatée. Il exigera donc qu'il soit également saisi de l'action en constatation de droit, de telle sorte que celle-ci ne soit pas simplement tranchée à titre incident. Si cette action est déjà à l'examen à un autre for, il suspendra la procédure, en attendant le résultat de ce litige (art. 126 CPC).

5. Le droit applicable

L'exclusivité du droit suisse qui marque dorénavant la célébration de tout mariage en Suisse devait trouver son pendant au niveau d'une possible annulation, toujours régie par le droit suisse (art. 45a al. 2 LDIP). A supposer que la prévention des mariages forcés soit dorénavant efficace à travers le spectre des autorités de l'état civil, la réforme du droit suisse sur l'annulation des mariages devait nécessairement se tourner vers le sort à réserver aux mariages forcés célébrés à l'étranger. Deux nouvelles causes d'annulation de l'art. 105 CC font ainsi miroir aux exigences du droit applicable à la célébration du mariage en Suisse, dont l'une vise un mariage conclu « en violation de la libre volonté d'un des époux » (ch. 5), tandis que l'autre aboutit à rendre le mariage nul « lorsque l'un des époux est mineur, à moins que son intérêt supérieur ne commande de maintenir le mariage » (ch. 6). En revanche, on n'a pris aucune mesure pour parvenir avec une certaine célérité à l'annulation. La Résolution 1468 (2005) du Conseil de l'Europe recommande de faciliter l'annulation des mariages forcés, voire à annuler automatiquement ceux-ci (n° 14.2.5) et de fixer un délai maximum d'un an, dans la mesure du possible, pour aboutir au jugement (n° 14.2.6).

⁸⁷ Cf. BUCHER (n. 45), art. 17 n° 14, art. 27 n° 15.

L'alinéa 2 s'applique à toute annulation de mariage. Outre les causes absolues (art. 105 CC), cela comprend les causes relatives (art. 107 CC). Le droit suisse s'appliquera cependant également à l'annulation de mariages célébrés à l'étranger qui sont viciés en droit étranger pour une cause qui n'a aucun rapport avec un mariage forcé tel qu'il préoccupe le législateur ces temps. L'application de la loi suisse laisse alors quelque peu perplexe.

a. Le mariage sans libre volonté

Dans le premier des nouveaux cas d'annulation, le seul fait d'avoir été conclu en violation de la libre volonté suffit pour entraîner l'annulation du mariage. On distinguera soigneusement entre l'emprise de la force sur la volonté et les contraintes à la base des motifs du mariage⁸⁸. Alors que, pour le Conseil fédéral⁸⁹ et le Conseil national⁹⁰, l'annulation n'était pas admissible si l'époux privé de la libre volonté au moment du mariage « souhaite maintenir le mariage », le Conseil des Etats a pris l'initiative d'un durcissement, biffant l'exception de la volonté de conserver le mariage⁹¹. Ce que le Conseil fédéral avait jugé « absurde » est ainsi devenu loi.

Toutefois, la volonté de l'époux de maintenir le mariage malgré le fait d'y avoir été forcé n'a pas disparu pour autant de ce motif d'annulation. Cette volonté joue un rôle indirect dans un tel procès. Car l'allégation du vice et le principal témoignage du tort subi proviennent de la victime. Si celle-ci décide de conserver le mariage, elle ne soutiendra pas la démonstration des faits nécessaires pour faire aboutir l'action en annulation. Le silence de l'époux lésé ne sera pas toujours conclusif, mais il risque fort de sceller le sort de l'action. Car à la différence d'autres cas d'annulation, qui impliquent une fraude que l'on peut démontrer à travers des indices extérieurs, liés au comportement du couple, la perte de la libre volonté est très difficile à prouver si la personne concernée n'y contribue pas, voire se met en travers pour contrer l'accusation affirmant des actes de force sur sa volonté.

On dira cependant, non sans raison, que le fait de biffer l'objection fondée sur la volonté du maintien du mariage ne change rien à cette situation procédurale. Si la loi avait maintenu la mention de cette possible objection, l'époux lésé qui aurait voulu la soulever aurait pu tout autant paralyser la preuve du cas d'annulation survenu au moment du mariage. Cependant, si l'objection était suf-

fisante pour mettre fin à l'action, la victime n'aurait pas besoin d'aller aussi loin et de subir un procès qui lui fera revivre un passé lourd à porter. En revanche, dira-t-on, le fait d'avoir enlevé l'élément de volonté quant au maintien du mariage doit soulager l'époux, puisque la question n'aura plus lieu de lui être posée. Le choix du législateur apparaît néanmoins contradictoire : d'un côté, on entend lutter contre l'atteinte à la libre volonté lors du mariage, et de l'autre, on étouffe la libre volonté de la même personne lorsqu'elle s'oppose à ce que l'on mette à néant le mariage qu'elle a fini par accepter.

Le fait de biffer l'exception de la volonté de maintenir le mariage ne l'a pas pour autant fait disparaître, mais il conviendra de remonter au principe sur lequel elle était fondée. Dès lors que la libre volonté de s'engager dans le mariage ne doit pas subir d'entrave sans motif légitime, l'époux affirmant sa volonté de maintenir son mariage ne doit pas être traité moins favorablement. Le droit fondamental de la liberté de se marier se manifeste au moment de la célébration, mais il conserve son rôle pour s'opposer à la dissolution du mariage contre la volonté des époux ou pour un motif sans rapport avec la vie conjugale. La personne ayant subi la contrainte doit pouvoir invoquer sa liberté matrimoniale si elle entend maintenir l'union, et ce en particulier à l'encontre de tout intérêt public que l'autorité agissant d'office pour faire annuler le mariage pourrait vouloir invoquer⁹². Sous cet angle, l'objection à l'annulation, que le législateur a supprimée à l'art. 105 ch. 5 CC, subsiste à travers la protection de la liberté matrimoniale.

b. Le mariage de l'épouse mineure

Le second cas d'annulation est réalisé « lorsque l'un des époux est mineur », celui-ci étant, quasi exclusivement, la femme. L'exception qui y est associée se présente sous un angle objectif, assurant que le mariage d'un époux mineur est conservé si tel est son « intérêt supérieur » (art. 105 ch. 6 CC).

Ce motif d'annulation étant « absolu », il est placé dans la structure légale comme s'il pouvait être invoqué « en tout temps » (art. 106 al. 3 CC). L'existence d'une telle sanction intervenant sans limite de temps n'est cependant pas certaine par rapport à cette cause fondée sur la minorité, étant donné que le nouveau chiffre 6 vise un cas où « l'époux est mineur », utilisant le présent (alors que les motifs comparables des chiffres 1 à 3 sont rédigés au passé), et que l'examen de l'« intérêt supérieur » est

⁸⁸ Cf. ATF 113 II 5 ss, 9.

⁸⁹ FF 2011 2075.

⁹⁰ BO CN 2012 35–37.

⁹¹ BO CE 2012 448–450.

⁹² MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN, Le droit au mariage et à la famille, FamPra.ch 2011, 321–348, 589–632 (609).

manifestement inapproprié par rapport à une personne en âge adulte s'il devait aller au-delà du seul constat de la volonté de la personne concernée de maintenir, ou non, le mariage. Si l'intention était d'en faire un motif d'annulation suivant les époux tout au long de leur mariage, on aurait dû se poser de délicates questions de droit transitoire, évoquant une possible application par analogie de l'art. 7 du Titre final CC, ce qui n'a pas été le cas. Le Message explique que des dispositions transitoires n'étaient pas nécessaires⁹³ et il observe à juste titre que par rapport à l'époux ayant atteint l'âge de 18 ans, l'intérêt de protection à la base de l'art. 105 ch. 6 CC a disparu, d'autant plus que le mariage annulé pourrait à nouveau être célébré valablement selon le droit suisse⁹⁴. Il n'empêche qu'une précision dans la loi aurait été utile, car cet argument officiel ne répond pas au cas de l'épouse forcée à 17 ans qui voudrait mettre fin au mariage à 19 ans plutôt que de passer par un divorce. L'argument a été affaibli, de surcroît, par la décision des Chambres fédérales de ne pas retenir, à l'art. 105 ch. 5 CC, l'exception fondée sur l'acceptation du maintien du mariage par l'époux ayant subi la contrainte, malgré l'objection que l'annulation du mariage est dépourvue de sens si les époux peuvent s'en retourner et célébrer le mariage à nouveau. Si cette objection n'a pas impressionné le législateur dans ce cas-ci, l'on ne peut affirmer sans autre qu'elle soit décisive dans le cas du mariage d'un mineur. Un problème est posé et l'on ne peut l'évacuer facilement.

Pourtant, le texte ne manque pas de netteté : l'époux visé par le cas d'annulation « est mineur ». La loi n'ajoute pas qu'il était mineur lorsque le mariage a été conclu, n'utilisant donc pas la même précision temporelle que le chiffre 5 de l'art. 105 CC. La comparaison avec le cas de l'incapacité de discernement réglé au chiffre 2 est également convaincante⁹⁵ ; elle n'a pas été réfutée. Le critère de l'intérêt supérieur évoque, d'une manière ou d'une autre, une perspective d'avenir de l'union, en se plaçant du point de vue d'un époux mineur, dont le texte légal indique qu'il s'agit de « son » intérêt supérieur. Ces conditions ne sont pas compatibles avec la situation d'un époux ayant déjà atteint l'âge de la majorité, même depuis longtemps déjà, lorsque l'examen d'un éventuel « intérêt supérieur » ne pourrait plus présenter aucun rapport avec le fait de s'être marié en étant mineur.

On précisera que le moment déterminant pour connaître l'âge de la personne principalement impliquée

est le moment de l'introduction de l'action. Les difficultés causées pour examiner l'intérêt supérieur de l'époux/enfant ne doivent pas faire perdre à l'action son objet du fait des aléas du procès et de l'accès à la majorité de cette personne. On notera d'ailleurs qu'il est sous-entendu que la question de la minorité est appréciée selon le droit suisse⁹⁶.

Or, si le législateur a éliminé la volonté de l'époux ayant été sous contrainte en tant que facteur influant sur le sort de l'action en annulation, il ne l'a pas fait pour le cas d'annulation visant un époux mineur, étant donné que la volonté de celui-ci s'introduit sous couvert de l'examen de son « intérêt supérieur ». Cet époux ayant atteint un âge et une maturité qui ne permettent pas de passer outre sa volonté, l'affirmation de vouloir maintenir les liens du mariage doit être prise pour la manifestation de son intérêt supérieur. L'enfant visé par l'art. 105 ch. 6 CC est juge de son propre intérêt. Il l'est d'autant plus que son droit au mariage, respectivement son opposition à l'action en annulation, relève de ses droits strictement personnels qu'il exerce seul⁹⁷. On ne saurait donc lui imputer de l'extérieur un intérêt supérieur en brisant sa propre volonté. Toute autre approche porterait immanquablement atteinte au principe de la liberté matrimoniale. La question reste alors de savoir si dans un cas contraire, lorsque la poursuite du mariage est refusée ou si la volonté de l'époux concerné semble indifférente ou indéterminée, l'intérêt supérieur peut dégager des critères objectifs militant pour le maintien du mariage. Devant l'absence quasi complète de renseignements sur les intentions du législateur dans l'usage qu'il comptait faire de cette notion indéterminée, une réponse générale paraît bien aléatoire. Faudrait-il se montrer favorable à accepter un tel intérêt au maintien du mariage lorsqu'un enfant est déjà issu de l'union ou est sur la voie de l'être ? Rien ne permet de l'affirmer de manière générale, étant donné que l'enfant peut être ressenti encore comme le prolongement de l'acte de contrainte subi au mariage ou résulter d'actes de violence récents. Cependant, même dans un tel cas, la situation de la mère face aux autorités de la migration peut néanmoins militer pour le maintien du mariage afin d'assurer le séjour de la mère et de l'enfant en Suisse et le contact entre l'enfant et son père.

L'élément de proportionnalité contenu dans la notion entraîne une mise en balance de l'intérêt au maintien du mariage et de l'intérêt à le voir annulé. Contrairement à l'avis du Conseil fédéral⁹⁸, l'intérêt public n'a pas de place ici ; il n'est d'aucun poids si le remariage est pos-

⁹³ FF 2011 2065.

⁹⁴ FF 2011 2075 s., point qui semble avoir échappé à WIDMER (n. 47), 800.

⁹⁵ FF 2011 2075.

⁹⁶ WIDMER (n. 47), 804.

⁹⁷ Cf. FF 2011 2069.

sible à brève échéance. L'annulation pour un motif relevant du domaine public constituerait une pure sanction, non compatible avec le principe de la liberté matrimoniale et l'art. 12 CEDH⁹⁸.

En définitive, la volonté de l'épouse mineure de conserver ou non son mariage sera décisive dans la plupart des cas. Qu'on le veuille ou non, du moment que l'on n'entend pas placer la barre au niveau d'un refus net de la reconnaissance d'un mariage avec une personne mineure, on bascule dans un procès en annulation dont le thème n'est plus la « lutte » contre les mariages forcés, mais l'intérêt de l'épouse mineure, respectivement sa volonté. Si cette épouse accepte son statut, de son plein gré ou compte tenu des circonstances (comprenant les influences du cadre familial), l'accueil du mariage avec une mineure devient parfait. Si, en revanche, cette épouse refuse le mariage et qu'il existe des éléments montrant que la vie conjugale est atteinte du fait d'avoir été acceptée alors que l'un des partenaires était très jeune, le critère de l'intérêt supérieur milite dans le sens opposé.

Cependant, cette volonté n'est pas formée uniquement sur la base de la vie conjugale et sous l'influence de la situation familiale. Elle dépend également du statut social et de la protection accessible en Suisse aux femmes ayant subi un mariage forcé très jeune. Sur ce plan, la nouvelle loi révèle que son objectif tourné vers la répression l'emporte largement sur les mesures de protection que l'on pourrait souhaiter pour venir en aide aux femmes victimes de contrainte. Réprimer l'atteinte à la libre volonté est une chose, protéger la libre volonté pour continuer une vie d'adulte est une autre, tout aussi indispensable.

Enfin, à supposer que l'intérêt supérieur au maintien du mariage l'emporte, encore s'agirait-il de savoir si la cause d'annulation du chiffre 5 de l'art. 105 CC ne pourrait pas venir troubler cette perspective. L'argument serait bien faible de prétendre que le cas du chiffre 6 représente une « *lex specialis* » ; car cela reviendrait à réprimer le mariage d'enfants moins fermement que le mariage d'adulte s'il y a eu atteinte à la libre volonté. L'invocation du chiffre 5 de l'art. 105 CC est d'autant plus utile que le constat judiciaire d'un mariage conclu en violation de la libre volonté d'un des époux constitue un motif défini explicitement pour conserver le droit de séjour à titre de regroupement familial (art. 50 al. 2 de la loi sur les étrangers), ce qui n'est pas le cas du mariage d'enfant, pour lequel il faudra dans chaque situation apprécier s'il implique des « raisons personnelles majeures » (art. 50 al. 1

lit. b). Cette divergence de solutions est regrettable ; le Message ne l'explique pas¹⁰⁰.

6. Les effets de l'annulation du mariage

L'art. 64 étant déclaré applicable par analogie en vertu de l'art. 45a al. 2 LDIP, le droit suisse régit en principe les effets du jugement d'annulation (art. 63 al. 2, 1^{re} phrase LDIP). Selon l'art. 109 al. 1 CC, ces effets ne peuvent se produire qu'à partir du jour du jugement, *ex nunc*. L'état civil d'un époux dont le mariage a été annulé n'est pas le même que celui d'une personne célibataire. En effet, au niveau du registre de l'état civil, un tel ex-époux y figure comme « non marié » ce qui laisse reconnaître encore qu'il était marié. Cela est regrettable et ne semble pas conforme à l'art. 109 al. 1 CC, étant donné que l'existence du mariage antérieur est conservée comme un élément du statut personnel malgré le fait que le mariage a été annulé. Dans certaines cultures familiales, cela peut poser un obstacle insurmontable pour tout nouveau mariage (en Suisse ou à l'étranger), à condition toutefois que la pièce d'état civil suisse doive être produite.

En ce qui concerne un certain nombre d'effets spécifiques de l'annulation du mariage, le droit applicable est celui de leur statut propre, ainsi que cela est indiqué dans l'énumération donnée à l'art. 63 al. 2, 2^e phrase LDIP. Il conviendra ainsi d'appliquer une loi étrangère dans certains cas, principalement lorsque l'ex-épouse n'a pas pris domicile en Suisse.

Le règlement de la succession ne figure pas sur cette liste. L'effet rétroactif du jugement d'annulation qui consiste en la suppression des droits successoraux du conjoint survivant (art. 109 al. 1 CC) est régi exclusivement par le droit suisse.

Le droit applicable au nom de l'ex-époux dont le mariage a été annulé est déterminé par l'art. 37 LDIP qui désigne en principe le droit suisse du domicile ou le droit international privé du pays étranger du domicile. En revanche, un changement de nom est régi exclusivement par le droit suisse (art. 38 al. 3 LDIP). Or, le droit suisse ne connaît aucune facilité pour permettre à la victime d'un mariage forcé de changer de nom afin de se soustraire aux recherches venant du milieu familial dont les pressions sont à l'origine du mariage et, très souvent, des violences subies. La possibilité de pouvoir s'isoler, à la fois par rapport à l'ex-époux que par rapport aux familles à l'origine des contraintes, constitue un élément essentiel pour permettre aux femmes de se construire une nouvelle

⁹⁸ FF 2011 2076.

⁹⁹ Cf. ATF 128 III 113 ss, 116 s.

¹⁰⁰ Cf. FF 2011 2063, 2082.

vie. Autant dire qu'à défaut d'une telle protection, la victime hésitera encore davantage avant de dénoncer la situation aux autorités pour qu'elles agissent en annulation du mariage et au plan pénal. Or, c'est ce que la motion *Heberlein* avait demandé au Conseil fédéral, celui-ci étant requis de proposer des mesures « pour assister efficacement les victimes (en les aidant à s'en sortir, en leur offrant une nouvelle identité, etc.) »¹⁰¹. En Allemagne et en Autriche, on y a pensé¹⁰². Le Message ne fait aucune mention de cet aspect. Le Parlement ne s'y est pas intéressé. On peut espérer que la nouvelle version de l'art. 30 al. 1 CC, qui n'exigera plus que des « motifs légitimes » pour changer de nom, constituera un appui suffisant pour une pratique compréhensive à l'égard de la souffrance des victimes de mariages imposés sans leur volonté.

Lorsque le mariage a été annulé du fait qu'il a été contracté pour éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers (art. 105 ch. 4 CC), l'art. 109 al. 3 CC fait cesser la présomption de paternité du mari. Toutefois, cette règle se heurte au principe que l'observation de l'intérêt de l'enfant au respect de sa filiation est prioritaire par rapport à la sanction du comportement des parents¹⁰³. Dans la mesure où cette disposition est néanmoins appliquée, et ce malgré le fait qu'elle viole l'art. 14 Cst.féd. et l'art. 8 CEDH, son applicabilité résulte en Suisse de son caractère d'ordre public (art. 18 LDIP). Il convient de noter que ce cas de cessation de la présomption de paternité du mari en cas d'annulation du mariage est expressément limité au motif fondé sur l'art. 105 ch. 4 CC. Il ne peut donc se produire dans l'hypothèse de l'annulation d'un mariage forcé d'après l'un des motifs des chiffres 5 et 6 de l'art. 105 CC.

V. Le sort réservé aux annulations ordonnées à l'étranger

Conformément à l'alinéa 4 du nouvel art. 45a LDIP, une décision étrangère d'annulation d'un mariage (forcé ou non) sera reconnue si elle a été prise dans l'Etat où le mariage a été conclu, et ce dans tous les cas. De plus, lorsque l'annulation a été demandée par un époux, l'art. 65 LDIP s'applique par analogie.

1. La compétence indirecte reconnue

La disposition distingue entre les décisions obtenues sans égard à l'auteur de la demande et celles rendues à la de-

mande d'un époux. La compétence de l'Etat du lieu de célébration du mariage est ainsi reconnue « dans tous les cas », que l'action soit entamée d'office ou à la demande d'un époux, tandis que les cas de compétence consacrés à l'art. 65 LDIP ne sont pertinents, « de plus » et par analogie, que si la demande émane d'un époux.

L'Etat du lieu de conclusion du mariage est facile à identifier dans la mesure où, en règle générale, la décision d'annulation en fait mention. Ce fait étant constaté par le juge d'origine, cela ne pourra que très rarement donner lieu à des controverses. Faute d'une telle information, il convient de réclamer l'acte de mariage ou une autre pièce ou témoignage permettant de faire la preuve du lieu de conclusion du mariage.

Toutefois, si la reconnaissance de ce for semble aller de soi, elle est d'un intérêt dérisoire. Car l'Etat dont on voudra reconnaître les décisions d'annulation est précisément un Etat qui n'a pas empêché le mariage forcé de se conclure. Il ne va certainement pas, après coup, concéder son annulation alors qu'il avait légalement procédé à sa conclusion. Ainsi, si l'on prend le cas des mineurs, l'Etat dont la loi ou la coutume accepte leur mariage ne va certainement pas rendre un jugement d'annulation. Le geste de reconnaître en premier lieu les décisions d'annulation émanant de l'Etat de la célébration du mariage est dépourvu de tout sens des réalités.

Les fors de l'art. 65 LDIP sont ainsi les seuls à présenter un intérêt, toutefois limité aux hypothèses d'annulation requise par l'un des époux. Comme l'expérience le montre, ces cas sont rares. La générosité de l'art. 65 al. 1 LDIP dans l'accueil des décisions étrangères n'est du reste pas toujours justifiée, notamment lorsque l'action en annulation devait servir l'époux demandeur à priver son conjoint des effets qu'un divorce aurait pu lui procurer mais non un mariage putatif.

Alors que l'on a cru devoir insister pour faire une mention expresse des mesures provisoires et des effets accessoires par un renvoi aux art. 62–64 LDIP, l'alinéa 4 présente une lacune sur ces deux questions. Il y aurait eu des mérites à clarifier la compétence reconnue par rapport aux effets accessoires. Un premier élément de réponse peut être donné pour le cas de l'annulation du mariage suite à la demande d'un époux. Etant donné que l'annulation elle-même suit l'art. 65 LDIP, on est confronté à la même controverse qu'en matière de divorce sur l'extension du champ de cette disposition aux effets accessoires ; il conviendrait de répondre affirmativement à cette question¹⁰⁴. La lacune est complète, en revanche, s'agissant d'une action en annulation jugée dans l'Etat de la célébration du mariage. On pourrait oser donner une réponse positive, sachant que, de toute manière, non seulement une

¹⁰¹ FF 2011 2052.

¹⁰² Cf. MEIER (n. 6), 97, 109 s.

¹⁰³ Cf. ATF 137 I 247 ss, 253 s.

telle action sera rare, mais l'hypothèse qu'elle conduise à un prononcé sur des effets accessoires sera rarissime.

Curieusement, on n'a pas corrigé l'alinéa 2 de l'art. 58 LDIP qui soumet la reconnaissance d'une décision relative au régime matrimonial prise dans le cadre d'une déclaration de nullité du mariage aux dispositions relatives au divorce. Au regard du nouvel art. 45a LDIP, il aurait fallu enlever cette partie de l'art. 58 al. 2 LDIP. En l'état, elle confirme l'application de l'art. 65 LDIP à cet effet accessoire si l'annulation constitue la suite d'une demande d'un époux. Elle perturbe dans l'hypothèse d'une action intentée dans l'Etat de la célébration du mariage, puisqu'elle semble exclure cette compétence indirecte quant à la partie de la décision portant, le cas échéant, sur la liquidation du régime matrimonial.

2. Les refus pour cause d'incompétence de l'autorité étrangère

L'alinéa 4 du nouvel art. 45a LDIP ne fait aucun cas des actions intentées à l'étranger par des autorités hors de l'Etat du lieu de célébration. Le principe de l'effet de « miroir » généralement observé dans la LDIP¹⁰⁵ n'a pas été respecté. Le Message reconnaît qu'il s'agit d'une restriction, dont le but consiste à « respecter l'approche libérale de la LDIP en matière de reconnaissance des mariages étrangers »¹⁰⁶. La confusion règne, à nouveau. Car il s'agit ici encore de la « lutte » contre les mariages forcés ; il faudrait donc, bien au contraire, combattre ces mariages, et ce, dans le contexte de l'art. 45a al. 4 LDIP, par une reconnaissance large des jugements d'annulation.

La Suisse refusera ainsi de respecter l'annulation d'un mariage forcé que les autorités du pays du domicile ou de la nationalité ont obtenu devant leurs tribunaux, et ce exactement dans les mêmes circonstances dans lesquelles la Suisse entend voir intervenir ses propres tribunaux à l'encontre des mariages forcés célébrés à l'étranger¹⁰⁷. Bel esprit de solidarité entre pays européens ! On s'est inquiété de la libre circulation des personnes que l'on compte protéger en Suisse par l'annulation de leur mariage forcé¹⁰⁸. Mais on ne s'est pas posé la question de la libre circulation des victimes dont le mariage a déjà été annulé dans un Etat membre de l'Union européenne ; leur immigration n'aura en effet rien de libre si la Suisse les

replaces dans leur état civil antérieur, ignorant l'annulation de leur mariage forcé déjà intervenue à l'étranger.

La situation est surtout inconfortable pour l'épouse victime de l'acte de force. Normalement, elle ne pourra compter sur une mise à néant de son mariage dans le pays où il a été célébré selon des rites fondés sur une autre conception du rôle de la volonté nuptiale. Et si l'annulation est prononcée dans un autre pays étranger, grâce à l'initiative des autorités agissant d'office dans l'Etat de domicile ou de la nationalité, elle sera ignorée en Suisse, où il s'agira d'entamer encore une fois un nouveau procès, avec tout ce que cela implique en termes de preuve des forces exercées dans un passé qui peut être déjà éloigné. Ainsi, le mariage forcé célébré en Turquie par un couple turc vivant en Allemagne, puis annulé dans ce dernier pays suite à l'intervention des autorités, restera parfaitement valable du point de vue suisse ; une fois arrivée en Suisse, le cas échéant plusieurs années plus tard, la femme se verra exposée à l'obligation de devoir exposer son passé douloureux une nouvelle fois devant les tribunaux suisses pour être libérée de son mariage dans ce pays également. Si l'on admet que le mariage d'enfants ne peut plus être annulé lorsque l'épouse est devenue adulte, cette femme, dont le mariage a été mis à néant en Allemagne, dans cet exemple, avec, normalement, le même effet dans tous les autres Etats de l'Union européenne, restera mariée en Suisse, comme son époux, ce qui les empêche de surcroît de s'y remarier tant qu'ils n'auront pas pu se résigner à se soumettre encore à un procès en divorce. On conviendra que l'accueil du mariage forcé prendra alors des proportions démesurées.

¹⁰⁴ Cf. BUCHER (n. 45), art. 65 n° 33.

¹⁰⁵ Cf. BUCHER (n. 45), art. 26 n° 7-9.

¹⁰⁶ FF 2011 2078.

¹⁰⁷ Cf., également, la critique de WIDMER (n. 47), 803, 805.

¹⁰⁸ Cf. FF 2011 2085 s.