

Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 1 ^{re} éd. 2011	Mise à jour Andreas Bucher 3.5.2019
--	--

Chapitre 3 Mariage

Législation

Une procédure de consultation est en cours jusqu'au 21 juin 2019 relative au projet de modification du Code civil suisse en vue d'intégrer l'objectif du « Mariage pour tous » (FF 2019 p. 2463).

Pour la LDIP, une certaine place sera laissée à la compétence des autorités et au droit de l'Etat – suisse ou étranger – de la célébration du mariage (art. 50, 52, 60a, 64, 65). Les mariages étrangers d'époux de même sexe seront reconnus en tant que tels et non simplement comme partenariat enregistré (l'art. 45 al. 3 étant abrogé).

En ce qui concerne la réglementation du partenariat enregistré, on se contentera d'une clause d'analogie renvoyant aux dispositions du chapitre 3 sur le mariage (art. 65a), sous réserve d'une règle spéciale qui pourrait s'y trouver (art. 65c). Les règles sur la compétence directe (art. 65b) et indirecte (art. 65d) seront abrogées.

Art. 43-65

Bibliographie

LDIP :

FF 2011 p. 2045-2093, BO CN 2011 p. 2169-2173, 2012 p. 30-40, 1072, 1238 s., CE 2012 p. 445-452, 639 ; ANDREA BÜCHLER, Islamisches Eheschliessungs- und Scheidungsrecht im Kontext des Internationalen Privatrechts der Schweiz, *Annuaire du droit de la migration* 2012/13 p. 141-183 ; BERNARD DUTOIT, Vents contraires sur le droit international privé de la famille, A propos de deux projets de loi récents, *AJP* 21 (2012) p. 587-591 ; SIMON OTHENIN-GIRARD, Annexe I, *Droit international privé*, in François Bohnet/Olivier Guillard (éd.), *Droit matrimonial*, Bâle 2016, p. 1787-2002.

Droit international privé étranger et comparé :

GÜLAY CATALTEPE, Internationales Eherecht der Türkei, *ZfRV* 55 (2014) p. 224-237 ; SAMEH ISKANDER, Hinkende Ehen zwischen islamischem Recht und europäischem internationalem Privatrecht, dargestellt am Beispiel Deutschlands und Ägyptens, Hamburg 2009 ; REMBERT SÜSS/GERHARD RING (éd.), *Eherecht in Europa*, 2^e éd. Bonn 2012.

3

In fine, ajouter à la référence à l'arrêt Schalk et Kopf : ILM 2010 p. 1306. Puis continuer : Cependant, la marge d'appréciation est étroite si des différences sont motivées uniquement par des considérations tenant à l'orientation sexuelle (CEDH, 19.2.2013, X. c. Autriche, § 95, 99, 106 ; 7.11.2013, Vallianatos, § 75-92). Si le mariage ne leur est pas accessible, les couples de même sexe ont un intérêt légitime à pouvoir entrer dans une relation juridique appropriée leur permettant de stabiliser leur relation, telle une union civile ou un partenariat enregistré (CEDH, 21.7.2015, Oliari, § 163-187 ; 14.12.2017, Orlandi, § 193-196, 209-211). Le mariage conférant un « statut particulier », on ne peut trouver une discrimination dans le fait, par exemple, que l'accès à l'autorité parentale conjointe soit différent pour un couple homosexuel non marié (CEDH, Gas et Dubois, 15.3.2012, § 64-68). De façon également nuancée, la CJUE a affirmé l'obligation d'un Etat membre de reconnaître un mariage homosexuel conclu dans un autre Etat membre aux seules fins de l'octroi d'un droit de séjour dérivé au ressortissant d'un Etat tiers, sans que cela implique pour ledit Etat membre de prévoir, en son droit national, l'institution du mariage homosexuel et de reconnaître le mariage en l'espèce en tant que tel (CJUE 5.6.2018, C-673/16, Coman, n° 18-56).

Art. 43-45a

3

La loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés du 15.6.2012 introduit quelques modifications dans le chapitre 3 de la LDIP, qui sont entrées en vigueur le 1.7.2013 (RO 2013 p. 1035). Elles s'inscrivent dans un contexte de lutte contre les mariages forcés, soit ceux arrangés en Suisse, d'une part, et ceux conclus à l'étranger, d'autre part. Une nouvelle disposition sur l'action en annulation du mariage est introduite à l'art. 45a ; elle remplace la règle antérieure assurant l'accès à la majorité de toute personne domici-

liée en Suisse et ayant célébré un mariage alors qu'elle était encore mineure. L'Ordonnance sur l'état civil a également subi des modifications (RO 2013 p. 1045).

Bibliographie

LDIP :

LUKAS BOPP, IPR-Aspekte bei Zwangsheiraten, *in* Droit international privé de la famille, Journée Lausanne 2012, Genève 2013, p. 67-80 ; ANDREAS BUCHER, L'accueil des mariages forcés, *AJP* 22 (2013) p. 1153-1172 ; CHRISTIANA FOUNTOLAKIS/GERALD MÄSCH, Ausländische Kinderehen und Schweizer IPR, Ein besorgter Zwischenruf, *in* Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser, Zurich 2017, p. 241-256 ; THOMAS GEISER, Verbot von Zwangsheiraten : Schutz durch privatrechtliche Sonderregelungen ?, Vom Umgang mit Ehen aus anderen Kulturen, Zwischen Schutz und Selbstbestimmung, *in* Festschrift für Christoph Häfeli, Berne 2013, p. 249-274, et Geschlechtergleichstellung im Migrationskontext, Berne 2014, p. 81-114 ; HARRY LÜTOLF, Der neue Art. 98 Abs. 4 ZGB : alles nur Schall und Rauch ?, *FamPra.ch* 12 (2011) p. 890-898 ; YVONNE MEIER, Zwangsheirat, Rechtslage in der Schweiz, Rechtsvergleich mit Deutschland und Österreich, Berne 2010 ; PHILIPPE MEIER/LAURA CARANDO, Pas de mariage en cas de séjour irrégulier en Suisse ?, *Jusletter* 14.2.2011 ; ANNA NEUBAUER/JANINE DAHINDEN, „Mariages forcés“ en Suisse: causes, formes et ampleur, Berne 2012 ; TÂNIA NEVES, Pas de papiers, pas de mariage : l'art. 98 al. 4 CC un an après, *AJP* 21 (2012) p. 781-790 ; MARIE-LAURE PAPAUX VAN DELDEN, Le droit au mariage et à la famille, *FamPra.ch* 12 (2011) p. 321-348, 589-632 ; SARAH PROGIN-THEUERKAUF/SAMAH OUSMANE, Mariages forcés, Situation juridique et défis actuels, *FamPra.ch* 14 (2013) p. 324-345 ; YVONNE RIAÑO/JANINE DAHINDEN, Zwangsheirat : Hintergründe, Massnahmen, lokale und transnationale Dynamiken, Zurich 2010 ; MARC SPESCHA, Zwischen Hoffen und Bangen: Ehen und Familien in grenzüberschreitenden Spannungsverhältnissen, *in* Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Symposium zum Familienrecht Freiburg, Zurich 2013, p. 85-114 ; CORINNE WIDMER LÜCHINGER, Migration und Zwangsehe im internationalen Privatrecht, *FamPra.ch* 12 (2011) p. 787-806.

Droit international privé étranger et comparé :

MARÍA JESÚS ELVIRA BENAYAS, Matrimonios forzosos, *AEDIPr* 10 (2010) p. 707-715 ; DAGMAR COESTER-WALTJEN, Minderjährigen-ehen – wider den „gesetzgeberischen Furor“, *IPRax* 39 (2019) p. 127-132 ; ANATOL DUTTA, Eheschliessungen auf See, *StAZ* 67 (2014) p. 44-48 ; HÉLÈNE ENGLERT, L'absence d'acte d'état civil dans les situations familiales internationales, *in* Relations familiales internationales, Liège 2010, p. 231-258 ; HUGUES FULCHIRON, Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du « mariage pour tous », *Clunet* 140 (2013) p. 1057-1113 ; RUTH GAFFNEY-RHYS, The enforcement of forced marriage protection orders, *International Family Law* 2014 p. 25-29 ; IRIS HAENEN, Force & Marriage, The criminalisation of forced marriage in Dutch, English and international criminal law, Cambridge 2014 ; PETRA HAMMJE, « Mariage pour tous » et droit international privé, Dits et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes du même sexe, *Rev.crit.* 102 (2013) p. 773-806 ; DAGMAR KAISER, Zwangsheirat, *FamRZ* 60 (2013) p. 77-90 ; PETER MANKOWSKI, Das Gesetz über die „Ehe für alle“, seine Folgen und sein europäisches Umfeld im Internationalen Privat- und Prozessrecht, *IPRax* 37 (2017) p. 541-551 ; ANJA JULIANE MÜLLER, Die Heilung von formellen Eheschliessungsmängeln bei Ehen mit Auslandsberührung nach deutschem Recht, Berlin 2008 ; FRITZ STURM, Handschuhehe und Selbstbestimmung, *IPRax* 33 (2013) p. 412-418 ; FILIZ SÜTÇÜ, Zwangsheirat und Zwangsehe, Frankfurt a.M. 2009.

Art. 43

III. L'action en annulation du mariage

12-15

Cette partie est devenue obsolète du fait de la loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés du 15.6.2012, qui a introduit un nouvel art. 45a, dont l'alinéa 1 traite de la compétence des tribunaux pour connaître d'une telle action.

Art. 44

Texte nouveau :

II. Droit applicable

La célébration du mariage en Suisse est régie par le droit suisse.

II. Anwendbares Recht

Die Eheschliessung in der Schweiz untersteht schweizerischem Recht.

II. Diritto applicabile

La celebrazione del matrimonio in Svizzera è regolata dal diritto svizzero.

II. Applicable law

The marriage celebration in Switzerland is governed by Swiss law.

Compte tenu de cette nouvelle version, au lieu de “al. 1” ou “al. 3”, il faudrait lire partout “art. 44”.

En raison de l'entrée en vigueur de la loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés, le 1.7.2013, plusieurs modifications et compléments sont à considérer :

1

6^e ligne, après la mention de l'art. 43 al. 2 : biffer la suite jusqu'à la fin.

4/1

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 : il ne peut célébrer le mariage d'une personne n'ayant pas atteint l'âge des 18 ans (art. 94 al. 1 CCS), et selon le nouvel art. 99 al. 1 ch. 3 CCS, il 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 ». Afin de parvenir à prohiber la célébration de tout mariage d'une personne mineure en Suisse, le droit suisse sera dorénavant seul applicable (ce qui confère à l'art. 94 al. 1 CCS 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. 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).

4/2

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 CCS (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 repréailles 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 sérieux, ne suffit pas. Il faut que l'entrave sur la libre volonté soit « manifeste » (ce qui fait penser qu'indirectement, la loi entend favoriser les mariages forcés ; cf. Geiser, Festschrift Häfeli, p. 268) ; cela est difficile à faire ressortir lors des quelques entretiens avec l'officier de l'état civil (comme l'admet également le Message, FF 2011 p. 2063). 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. 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} CCS, 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 ».

4/3

Quant à la disparition de la « règle de faveur » de l'alinéa 2, 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 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 » (Dutoit, AJP 2012 p. 588).

4/4

En admettant néanmoins qu'aucun mariage hors volonté n'est 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 contraire (comme le confirme l'expérience en Allemagne, où 28% seulement des mariages forcés y ont été célébrés, cf. Kaiser, FamRZ 2013 p. 80). 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 de 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.

4/5

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 condamnés (cf. Progin/Ousmane, FamPra.ch 2013 p. 338, 344, rappelant que l'expérience a démontré que les victimes consentent rarement à mettre en cause leurs proches). Et lorsque l'on abordera la culpabilité, l'inconscience de l'illicéité du comportement sera souvent plaidée facilement, par le renvoi aux origines familiales, ethniques et culturelles (cf. FF 2011 p. 2079 s.). 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 ultérieurement (cf. Kaiser, FamRZ 2013 p. 82, 84, 86). 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'enfants (cf. la Résolution citée, n° 14.3). Cette option n'ayant pas été choisie, on verra bien que le droit pénal ne jouera qu'un rôle symbolique, comme le montre la situation en Allemagne (cf. Kaiser, FamRZ 2013 p. 86, 89).

4/6

On observera par ailleurs qu'aucune mesure de politique générale n'avait 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 refusée (BO CN 2012 p. 31-33, CE 2012 p. 446). 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 (cf. Bucher, AJP 2013 p. 1156 s.). Depuis lors, des démarches tendant à l'information et la sensibilisation de tous les acteurs concernés ont été entreprises.

Interrogé au Parlement (Rickli, n° 16.1060, 16.5461), le Conseil fédéral a confirmé que le nombre de mariages d'enfant (« précoces ») augmente depuis récemment. Il rejette cependant une motion visant à prononcer la nullité de tout mariage lorsque l'un des époux est mineur (n° 16.3916). La motionnaire aurait mieux fait de proposer un motif d'ordre public, empêchant la reconnaissance de tout mariage impliquant un mineur. Un postulat Rutz (n° 16.5462) voulait savoir combien de mariages précoces étaient admis en Suisse. Dans sa réponse, le Conseil fédéral renvoie à l'art. 105 ch. 5 CCS, expliquant que de tels mariages étaient sujets à l'annulation ; aucune statistique n'a été fournie. Une interpellation Buffat (n° 16.3655) voulait des renseignements statistiques. Il fut répondu à nouveau que les mariages forcés étaient en augmentation. Depuis 2013, il n'y aurait eu que deux procédures pénales menées à terme. Quant aux procédures civiles, la Confédération ne disposerait pas de statistique comparable ; cela est inexact : on dispose d'une statistique sur les annulations de mariage. Un postulat Arslan (n° 16.3897) demande une étude sur l'efficacité de la révision de 2013 ; il a été accepté par le Conseil fédéral. Une motion Rickli (16.3916) demande que l'on enlève à l'art. 105 ch. 6 CCS l'exception fondée sur l'intérêt des mariés. Le Conseil fédéral s'oppose à la motion, estimant qu'il fallait d'abord attendre les résultats de l'étude d'évaluation.

On notera qu'en droit allemand, une loi du 17.7.2017 portant lutte contre les mariages d'enfants a introduit la règle que tout mariage conclu avec une personne n'ayant pas atteint l'âge de 16 ans est inva-

lide (« unwirksam »), même conclu à l'étranger (§ 1303 BGB, art. 13 al. 3 EBGBG). Pour les mariages conclus avec un fiancé ayant atteint l'âge de 16 ans, mais non encore 18 ans, l'annulation doit être envisagée, cependant uniquement si le fiancé concerné, après être devenu majeur, ne désire pas conserver le mariage ou, s'il n'a pas encore atteint l'âge de 18 ans, si des raisons majeures (« schwere Härte ») ne s'y opposent pas (§ 1315 BGB). Dans le premier cas, la réglementation a été jugée trop rigide au regard du droit constitutionnel allemand et du principe de la libre circulation des personnes (cf. Coester, IPRax 2019 p. 127-132, et les arrêts cités ; Fountoulakis/Mäsch, Festschrift Geiser, p. 241 s., 251).

II. Le droit national étranger

5-16

Du fait de la suppression de l'alinéa 2 de l'art. 44, la partie consacrée à l'application de la loi nationale de l'un des fiancés étrangers, dans le sens de la "faveur" pour la célébration et la validité des mariages, est devenue obsolète.

19a

Une autre hypothèse est celle d'un mariage de complaisance conclu dans l'intention de permettre au couple (ou à l'un d'eux) de s'établir dans un Etat étranger en violation de ses dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers. On ne voit pas, en effet, quel serait l'intérêt de la Suisse à favoriser un tel détournement frauduleux de la législation étrangère et de délivrer, lorsque l'un des fiancés est suisse, un certificat de capacité matrimoniale. Le Tribunal fédéral n'est pas de cet avis (ATF 142 III 609 ss, 612), alors qu'il admet que l'abus de droit n'est de toute façon pas protégé (ATF 9.8.2016, 5A_107/2016, c. 3.1, non publié dans l'ATF cité).

21

Du fait de la disparition de l'art. 44 al. 2, cette question de qualification a perdu de sa pertinence.

28

3^e ligne : pour des cas d'application, cf. ATF 26.7.2011, 5A_201/2011, c. 3 ; ATF 23.1.2013, 5A_901/2012, c. 2-4 ; ATF 22.8.2013, 5A_347/2013, c. 3.2.2 et 4.1 ; ATF 15.4.2014, 5A_30/2014, c. 3.

In fine : cf. Papaux, FamPra.ch 2011 p. 597-602.

28a

Constatant qu'à ses yeux, l'art. 98 al. 4 CCS « n'offre aucune marge de manœuvre à l'officier d'état civil », le Tribunal fédéral corrige la possible atteinte aux droits de l'homme en exigeant des autorités de police des étrangers « de délivrer un titre de séjour en vue du mariage lorsqu'il n'y a pas d'indices que l'étranger entende, par cet acte, invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial, et qu'il apparaît clairement que l'intéressé remplira les conditions d'une admission en Suisse après son union » (ATF 137 I 351 ss, 359 s. ; 139 I 37 ss, 48 ; ATF 2.12.2011, 2C_400/2011, c. 3 ; ATF 9.7.2015, 2C_950/2014, c. 3-5). Est réservée encore la possibilité de l'octroi d'un visa de très courte durée aux seules fins de célébrer le mariage en Suisse, s'il n'existe pas d'indices d'un abus de droit et si les fiancés ne peuvent se rendre dans un pays étranger afin de s'y marier (même ATF, c. 6). Le cas échéant, l'officier de l'état civil doit fixer au fiancé étranger un délai suffisant pour saisir l'autorité compétente et produire l'attestation de la légalité de son séjour en Suisse (ATF 138 I 41 ss, 47 s. ; ATF 19.11.2012, 5A_612/2012, c. 6 ; ATF 27.11.2013, 5A_743/2013, c. 5.2), mais il ne doit pas tenir compte d'un recours dirigé contre une décision refusant le séjour (ATF 27.2.2012, 5A_16/2012). Il n'empêche qu'au cas où l'autorité de police devait faire obstruction et refuser de légaliser le séjour, par une décision qui ne lie pas l'officier de l'état civil, celui-ci doit statuer en conformité aux droits de l'homme même s'il doit s'écarter de la lettre de l'art. 98 al. 4 CCS pour ce faire (cf. Tribunal cantonal VD, 30.9.2011, FamPra.ch 2012 n° 2 p. 149 ; Neves, AJP 2012 p. 785-790), évitant du même coup une violation de la Constitution (cf. Geiser, Festschrift Häfeli, p. 258).

b) Mariage selon le droit national étranger

29 et 30

Du fait de la disparition de l'art. 44 al. 2, ces paragraphes ont perdu de leur pertinence.

33

1^{re} ligne, le délai de dix jours sera abrogé (FF 2018 p. 6039) ; il faudra alors lire : La célébration du mariage peut avoir lieu au plus tard dans trois mois ...

5^e ligne, ajouter : cf. ATF 13.2.2015, 2C_962/2013, c. 3.

35

Texte à remplacer par : L'officier de l'état civil qui reçoit la demande en exécution de la procédure préparatoire ou celui du lieu du mariage est compétent pour prendre acte de la déclaration des fiancés de vouloir porter

un nom de famille commun, choisi entre le nom de célibataire de l'un ou de l'autre (art. 160 al. 2 CCS, art. 12 al. 1 OEC). Cela suppose cependant que leurs noms soient régis par le droit suisse ou que, tout au moins, le nom de l'un d'eux le soit, tandis que son conjoint porte le nom choisi en vertu de la loi de son propre domicile à l'étranger (cf. art. 37 n° 20b).

36

In fine : L'art. 97a CCS s'applique également (ATF 142 III 609 ss ; ATF 26.7.2011, 5A_201/2011, c. 3).

38

In fine, ajouter au renvoi à l'art. 45 n° 34-37 : art. 59 n° 17 s.

V. Le droit applicable à l'annulation du mariage

39-41

Cette partie est devenue obsolète du fait de la loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés du 15.6.2012, qui a introduit un nouvel art. 45a, dont l'alinéa 2 traite de la loi applicable à l'action en annulation du mariage, tandis que l'alinéa 3 porte sur les mesures provisoires et les effets accessoires.

40

In fine, ajouter : tel l'art. 105 ch. 4 CCS (Tribunal cantonal VS, RVJ 2011 p. 302).

42

L'annulation du mariage étant traitée sous l'art. 45a, ce paragraphe y est transféré (cf. art. 45a n° 51).

Art. 45

6

4^e ligne, insérer : Cela fut confirmé lors des débats sur la loi concernant la lutte contre les mariages forcés (cf. FF 2011 p. 2056 s., BO CN 2012 p. 37 s., CE 2012 p. 450 s.).

In fine, ajouter : La volonté de se lier par un tel mariage doit ainsi être vérifiée (cf. Regionalgericht Bern-Mittelland, FamPra.ch 2011 n° 60 p. 944, dans un cas où l'un des époux était réfugié et ne pouvait se rendre dans le pays de conclusion du mariage ; Bucher, AJP 2013 p. 1160).

15 à 20

A placer sous : a) *En général*

16

19^e ligne, insérer : Un mariage de complaisance ou fondé sur une fraude n'est pas reconnu (ATF 13.7.2015, 5A_364/1015, c. 3).

b) *Les cas de mariages forcés*

20/1

La dissociation entre le contrôle opéré lors de la reconnaissance du mariage étranger et l'action intentée ultérieurement en annulation apparaît également lors de l'examen de la loi concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés qui, dans les faits, seront à l'avenir en majeure partie des mariages conclus à l'étranger. La loi met l'accent sur la procédure d'annulation, le Message ayant suggéré que l'autorité de l'état civil statuant sur la transcription du mariage étranger se borne à donner suite à la demande de reconnaissance et à informer l'autorité compétente pour qu'elle intente action (cf. art. 106 al. 1, 2^e phrase CCS). Or si telle devait devenir la pratique, l'ordre public suisse ne servira plus de rempart contre les mariages forcés ou frauduleux, le remède étant déplacé devant les tribunaux saisis de l'action en annulation (cf., en ce sens, le Message, FF 2011 p. 2046, 2067, évoquant l'émergence d'une « nouvelle conception de l'ordre public », critiquée par Dutoit, AJP 2012 p. 588).

20/2

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 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 » (cf. FF 2011 p. 2062 et 2067). De tels mariages « ne seront plus reconnus et ne seront maintenus qu'à titre exceptionnel » (FF 2011 p. 2068). 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 » (FF 2011 p. 2077). 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 » (FF 2011 p. 2066), 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 » (FF 2011 p. 2066). 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 » (FF 2011 p. 2068). 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 » (FF 2011 p. 2068) ; cela pourrait se justifier dès lors que les causes d'annulation du mariage « relèvent de l'ordre public suisse » (FF 2011 p. 2067, 2077). En effet, si les cas de l'art. 105 CCS 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 CCS). Le Conseil fédéral s'est ainsi placé en travers de la Résolution 1468 (2005) du Conseil de l'Europe (citée, FF 2011 p. 2067), 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).

20/3

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 » (BO CE 2012 p. 446 : « in krassen Fällen » ; FF 2011 p. 2068). 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), 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 cas (cf. art. 32 n° 2 ; ATF 117 II 11 ss, 12 ; 119 II 264 ss, 266). 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. Les *directives de l'Office fédéral de l'état civil* (du 1.7.2013, mis à jour le 1.2.2014) s'engagent dans la même confusion : l'autorité cantonale de surveillance de l'état civil refusera la reconnaissance et la transcription en Suisse en cas de « contrariété manifeste à l'ordre public » (ch. 4.3), tandis qu'elle tranche affirmativement dans les cas « non-manifestes » (ch. 4.4), qui peuvent comprendre des violations de l'ordre public qui paraissent « non-manifestes » malgré le fait que la clause d'ordre public comprend déjà l'exigence du « manifestement » (art. 27 al. 1).

20/4

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 ans (cf., également, FF 2011 p. 2056, notant judicieusement comme exception le cas des personnes ayant atteint dans l'intervalle l'âge minimum requis ; en ce sens également les directives citées de l'état civil, ch. 4.3). 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 particulier (Widmer, FamPra.ch 2011 p. 797 ; Meier, p. 87). Refuser la reconnaissance du mariage d'un enfant de 14 ans est conforme à l'art. 8 CEDH (CEDH, 8.12.2015, Z.H. et R.H., § 44). 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 CCS). 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 CCS s'appliquera uniquement dans les cas de mariages forcés conclus à l'étranger (cf. Widmer, FamPra.ch 2011 p. 804, observant que la disposition devrait figurer dès lors dans la LDIP), et qu'au plan interne, le barrage aux mariages d'enfants est étanche (cf. art. 44 n° 4/1-4/4).

Comme s'il s'agissait de rendre la situation encore plus compliquée qu'elle ne l'est déjà, les directives de l'Office fédéral de l'état civil, après avoir constaté correctement que la reconnaissance devra être refusée si l'enfant a moins de 16 ans au moment où l'autorité est appelée à transcrire le mariage, ajoute : « Le dossier devra néanmoins être transmis à l'autorité cantonale compétente pour engager l'action en annulation du mariage », dont l'examen portera sur la « contrariété à l'ordre public suisse, laquelle doit être examinée d'office comme une question préalable à une éventuelle annulation du mariage » (ch. 4.3). Que l'on se rappelle bien avant de saisir l'absurdité du raisonnement : il s'agit de l'hypothèse d'un refus de reconnaissance, c'est-à-dire d'un cas où il n'existe pas de mariage valide du point de vue suisse. Et l'autorité fédérale recommande donc de requérir l'annulation d'un mariage qui n'existe pas, et, en plus, de juger préalablement s'il heurte l'ordre public suisse, ce qui a déjà été constaté lors du refus de la transcription.

20/5

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 CCS, 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 CCS) 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 mariage (Widmer, FamPra.ch 2011 p. 796, 801). La réserve d'un cas de fraude (art. 45 al. 2) ne peut intervenir en pareille hypothèse, étant donné qu'aucun facteur extérieur à la personne n'est en jeu. Le Tribunal fédéral ne fait pas dans la nuance, constatant que le mariage forcé heurte l'ordre public (ATF 141 III 1 ss, 5).

20/6

La marge laissée aux autorités de l'état civil est devenue 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. On n'a pas saisi l'occasion pour compléter cette disposition par une règle telle que le nouvel art. 99 al. 1 ch. 3 CCS, ou par une règle permettant de suspendre la procédure de transcription jusqu'à la décision de l'autorité compétente selon l'art. 106 CCS, comme cela est prévu pour les autorités en matière de migration et d'asile (cf. n° 20/13). 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. Les directives citées de l'état civil réduisent en conséquence les cas de contrariété « manifeste » à l'ordre public à la seule hypothèse dans laquelle il ne fait pas de doute que le mariage est forcé et qu'au moins l'un des conjoints s'oppose clairement à la transcription (ch. 4.3) ; il faudrait donc reconnaître un mariage manifestement forcé si aucun des époux ne s'y oppose.

20/6a

L'Office fédéral de l'état civil a intégré dans ses directives encore une autre hypothèse : la reconnaissance sera également refusée lorsque le mariage a été célébré à l'étranger « au mépris d'une décision des autorités de l'état civil suisses, refusant le mariage » ainsi que dans des cas où il l'a été « contrairement à des mesures ou injonctions d'autres autorités suisses, notamment d'autorités de poursuites pénales ou de protection de l'adulte ou de l'enfant » (ch. 4.3). L'injonction ainsi faite aux autorités de surveillance en matière d'état civil est clairement illégale. Lorsque le mariage a été refusé par l'officier suisse de l'état civil, ce refus ne produit aucun effet de « res judicata » à l'avenir : les époux sont libres de se marier à l'étranger, comme ils sont libres de redemander à se marier en Suisse, manifestant cette fois une volonté non viciée. Quant aux mesures pénales ou de protection sans lien avec l'état civil, elles n'affectent en aucune manière la liberté de se marier ; l'Office fédéral ne se donne d'ailleurs aucune peine pour fournir une explication.

20/7

N'ayant pas voulu prohiber la reconnaissance de mariage conclu par procuration, le Conseil fédéral recommande aux autorités de l'état civil de bien vérifier, dans un tel cas, si le mariage constitue l'expression de la volonté des époux (FF 2011 p. 2070), admettant ainsi que de tels mariages sont exposés au risque d'être forcés (comme le confirme Sütçü, p. 160). 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.

20/8

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 CCS en informera l'autorité compétente selon l'art. 106 al. 1 CCS afin qu'elle examine la nécessité ou l'opportunité d'agir en annulation du mariage (FF 2011 p. 2068). L'art. 106 al. 1, 2^e phrase CCS, commande d'agir de la sorte ; l'autorité saisie de la demande de reconnaissance en vertu de l'art. 32 LDIP devra s'y conformer (FF 2011 p. 2066) et, de surcroît, dénoncer une infraction pénale qu'elle serait en mesure de constater (art. 43a al. 3^{bis} CCS). 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. » (avis du 17.2.2010 au sujet de la motion Tschümperlin du 11.12.2009, n° 09.4229). 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.

20/9

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 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 (cf., également, Bopp, Journée 2012, p. 76). 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.

20/10

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 tranchée (FF 2011 p. 2055, 2066). 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 dérogation (prévue non dans l'OEC, mais au ch. 6 de la Circulaire du 1.10.2007 sur le blocage des données), mais tant que la procédure d'annulation est en cours, elle ne peut lever le blocage (cf. art. 46 al. 1^{bis} et 2 OEC). Pire, alors qu'elle qualifie la mesure de « superprovisionnelle »,

l'Ordonnance ne prévoit aucune occasion pour les parties d'être entendues (comme le fait, par exemple, l'art. 265 al. 2 CPC). 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.

Quatre ans depuis l'entrée en vigueur de la loi concernant les mariages forcés, les premiers résultats de la politique fédérale apparaissent. Entre le début de 2015 et la fin août 2017, 905 cas ont été signalés, ce qui laisse deviner qu'un grand nombre de cas sont restés dans l'ombre. Un programme fédéral de lutte contre les mariages forcés 2013-2017, dont le Conseil fédéral a publié les résultats le 31.10.2017, fait état de progrès significatifs au niveau de l'échange d'information, de la coordination et de la sensibilisation des acteurs dans ce domaine. Un service de contact sera mis à disposition par la Confédération qui souhaite cependant voir les cantons et les communes s'engager davantage, ce d'autant que le budget fédéral sera réduit. Cela signifie que les bonnes intentions vont être renouvelées, en restant entretenues au petit feu.

Le Rapport ne fait aucun état des expériences d'ordre juridique ou de la pratique judiciaire. Les résultats recensés par les statistiques fédérales sont dévastateurs. Que l'on se souvienne que le Conseil fédéral voulait qu'il soit procédé d'office à l'annulation des mariages forcés autant que faire se peut. Voici le nombre d'annulations, toute cause confondue, entre 2010 et 2016 :

2010 :19, 2011 :16, 2012 :16, 2013 : 23, 2014 : 16, 2015 : 22, 2016 : 19.

Le constat est net : aucun effet significatif, voire aucun effet du tout, ne peut être constaté au regard des statistiques sur l'annulation des mariages en Suisse depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle législation, le 1.7.2013. (Cf. le site de l'Office fédéral de la statistique, Catalogue et banques de données, Divorces, séparations de corps et annulations de mariages, de 1970 à 2016, je-f-01.06.02.01.01).

Ces résultats doivent avoir un impact lorsque l'on évalue les deux options faces aux mariages d'enfants conclus à l'étranger. Si le choix porte sur l'annulation du mariage, mais en acceptant sa reconnaissance au stade préalable, on sait que cela ne sera d'aucune efficacité réelle : ces mariages seront reconnus sans aucune sanction, même dans l'intérêt de l'époux mineur. Si l'option est de faire barrage dès le premier contact avec la Suisse, à travers l'ordre public, on peut certes souhaiter un examen au cas par cas, mais cela sera, dans les faits, toujours une acceptation suivie d'un procès dont tant l'entame que son issue sont aléatoires. On doit sérieusement se demander si, par rapport à des mariages d'enfants de moins de 16 ans et qui n'ont pas encore dépassé ce seuil, une telle approche est souhaitable, étant donné que, dans les faits, cela se termine par un accueil pur et simple en Suisse (une telle approche est souhaitée par Fountoulakis/Mäsch, Festschrift Geiser, p. 251-256). Si telle devait être la pratique, on jetterait par déçu bord toute prévention à l'encontre de tels mariages conclus à l'étranger par des mineurs vivant en Suisse sous la pression familiale et dans des conditions n'ayant souvent rien en commun avec les scénarios d'amour dont on croit rêver. Car dans un très grand nombre de cas (sans nier des cas idylliques), ces enfants forcés au mariage viendront en Suisse vivre sous l'emprise familiale et sans aucune protection à travers un moyen les libérant de leur contrainte conjugale, compte tenu de l'absence quasi complète de toute démarche judiciaire engagée d'office, comme elle devrait l'être. Il existe sur ce point un devoir de l'Etat qui doit l'emporter, compte tenu des enjeux, sur des affinements, en soi judiciaires, mais sans être traduits dans le monde réel.

20/11

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 » (FF 2011 p. 2062). 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 (cf. n° 16), arguant de surcroît que le jugement d'annulation aura l'avantage d'être reconnu à l'étranger. 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 droit (cf. Kaiser, FamRZ 2013 p. 87). On conclura donc que dans les cas où la réalisation d'un cas d'annulation au sens de l'art. 105 CCS est nette, le refus de la reconnaissance s'impose au motif d'une violation manifeste de l'ordre public suisse.

20/12

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 registre (art. 42 CCS ; cf. art. 32 n° 4). 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 (cf., sur les relations avec l'action en annulation, art. 45a n° 21-28).

20/13

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 CCS, la procédure est suspendue et l'autorité visée à l'art. 106 CCS informée afin qu'elle décide si elle veut intenter action (art. 45a de la loi sur les étrangers du 16.12.2005, RS 142.20 ; art. 51 al. 1^{bis} de la loi sur l'asile du 26.6.1998, RS 142.31). 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 inexistant (FF 2011 p. 2071). 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.

20/14

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), plutôt qu'à l'étape subséquente du procès en annulation (cf. Meier, p. 116, 154 ; Büchler/Fink, FamPra.ch 2008 p. 65 ; Bopp, Journée 2012, p. 75 s.). 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. L'examen de celle-ci risque cependant d'être perturbé par l'action d'état, toujours possible, tendant à la constatation de l'inexistence du mariage (cf. art. 45a n° 21-28).

24

5^e ligne, ajouter : cf. art. 44 n° 18.

In fine, ajouter : On acceptera également l'adoption d'un enfant par des parents en situation de polygamie, en ce sens que l'adoption est reconnue en Suisse en tant qu'adoption par la mère seule, étant établi que celle-ci est apte à éduquer l'enfant et que l'intérêt de celui-ci n'est pas en cause (cf. Verwaltungsgericht BS, BJM 2017 p. 103 ; ATF 7.6.2016, 5A_155/2016).

25

In fine, ajouter à l'arrêt Baaziz du 6.7.1988 : de même, un arrêt du 1.12.2011, Rev.crit. 2012 p. 339. Dans un arrêt plus récent, la Cour de cassation semble vouloir subordonner la négation des effets de la bigamie à son annulation (5.11.2015, Clunet 2016 p. 554).

29

In fine, ajouter à la référence à l'art. 78 n° 8 celle à l'art. 65c n° 34.

33

La règle de l'art. 45 al. 3 est observée sous un autre angle, de droit interne, lorsqu'il s'agit d'identifier l'union liant deux époux mariés dont l'un vient de subir un changement de sexe. Cependant, le législateur n'a eu aucune intention d'imposer l'art. 45 al. 3 sous la forme d'un principe exigeant la transformation de toute union homosexuelle de fait en partenariat enregistré. Cette règle s'applique exclusivement à des mariages de personnes de même sexe valablement célébrés à l'étranger. Ni cette disposition, ni aucune autre règle du droit suisse n'impose la conversion en partenariat enregistré du mariage de personnes devenues du même sexe à la suite d'un changement de l'identité sexuelle de l'une d'elles (contrairement à la décision du Regionalgericht Bern-Mittelland, FamPra.ch 2013 n° 58 p. 833). Il est vrai, toutefois, que la reconnaissance de telles situations en droit suisse affaiblit le principe d'ordre public qui soutient l'art. 45 al. 3.

IV. Les décisions étrangères d'annulation du mariage

38

Cette partie est devenue obsolète du fait de la loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés du 15.6.2012, qui a introduit un nouvel art. 45a, dont l'alinéa 4 traite de la reconnaissance de décisions étrangères d'annulation d'un mariage (cf. art. 45a n° 52-61).

Art. 45a

1-3

Selon la loi sur la lutte contre les mariages forcés, l'ancien art. 45a a disparu et fut remplacé par une disposition sur l'action en annulation (cf. *infra*).

Art. 45a (nouveau)

Texte nouveau:

IV. Annulation du mariage

¹ 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 du mariage.

² L'action est régie par le droit suisse.

³ Les art. 62 à 64 s'appliquent par analogie aux mesures provisoires et aux effets accessoires

⁴ Les décisions étrangères d'annulation d'un mariage sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat où le mariage a été conclu. L'art. 65 s'applique par analogie si le demandeur est l'un des époux.

IV. Ungültigerklärung der Ehe

¹ Für Klagen auf Ungültigerklärung der Ehe sind die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz eines Ehegatten oder, wenn ein Wohnsitz in der Schweiz fehlt, am Eheschlussort oder am Heimatort eines Ehegatten zuständig.

² Die Klage untersteht schweizerischem Recht.

³ Für vorsorgliche Massnahmen und Nebenfolgen gelten die Artikel 62–64 sinngemäss.

⁴ Ausländische Entscheidungen, welche die Ungültigkeit einer Ehe feststellen, werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat ergangen sind, in dem die Ehe geschlossen wurde. Ist die Klage durch einen Ehegatten eingereicht worden, gilt Artikel 65 sinngemäss.

IV. Nullità del matrimonio

¹ Per le azioni di nullità del matrimonio sono competenti i tribunali svizzeri del domicilio di uno dei coniugi o, se non è dato un domicilio in Svizzera, quelli del luogo di celebrazione del matrimonio o del luogo d'origine di uno dei coniugi.

² L'azione è regolata dal diritto svizzero.

³ Gli articoli 62–64 si applicano per analogia ai provvedimenti cautelari e agli effetti accessori.

⁴ Le decisioni straniere che constatano la nullità di un matrimonio sono riconosciute in Svizzera se sono state pronunciate nello Stato in cui è stato celebrato il matrimonio. L'articolo 65 si applica per analogia se l'azione è stata promossa da uno dei coniugi.

IV. Annulment of marriage

¹ The Swiss courts of the domicile or, in the absence of a domicile, those of the place of conclusion of the marriage or the place of origin of either spouse have jurisdiction to entertain an action for annulment of marriage.

² The action is governed by Swiss law.

³ Articles 62 to 64 apply by analogy to provisional measures and to the secondary effects.

⁴ Foreign decisions on annulment of marriage shall be recognized in Switzerland if they have been rendered in the state where the marriage has been concluded. Article 65 is applicable by analogy if the claim has been brought by one of the spouses.

1

La loi concernant les mesures de luttres contre les mariages forcés du 15.6.2012 a remplacé la règle initiale insérée lors de l'abrogation de l'art. 14 al. 2 CCS du fait du relèvement sans exception de l'âge de la majorité à 18 ans par une réforme entrée en vigueur le 1.1.1996. Le nouvel art. 45a est consacré entièrement à l'annulation du mariage.

I. Observations générales

1. Le rôle de l'ancien article 45a

2

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 disposition (cf. Meier, p. 158). Il n'en fut rien.

3

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 lieu d'être en l'état » (FF 2011 p. 2062). 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 » (FF 2011 p. 2068). Cependant, dans le contexte des confusions entre le refus de reconnaissance et l'action en annulation (cf. art. 45 n° 20/2), le Conseil fédéral a également affirmé que « l'annulation d'un mariage avec un mineur doit être le résultat d'une pesée d'intérêts » (FF 2011 p. 2065, 2068), 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.

2. Le rôle du nouvel article 45a

4

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 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).

5

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. Elle porte également sur les décisions étrangères de nullité qui, en réalité, n'ont pas pour objet de sanctionner un vice affectant la célébration du mariage, mais une rupture du couple intervenue postérieurement au mariage et définie comme cas de nullité en raison de l'absence ou de la rigueur des causes de divorce admises par le droit de l'Etat d'origine de la décision. L'analogie avec le divorce est alors plus étroite qu'avec le sens véritable de l'action en annulation ; l'acceptation du for au lieu de conclusion du mariage paraît alors malencontreuse. On a pu noter que le Tribunal fédéral a encore du mal à saisir le rôle de l'art. 45a puisqu'il se réfère à une doctrine dépassée au lieu de chercher la loi applicable aux effets d'un jugement italien de nullité à travers l'interprétation de cette norme (cf. ATF 145 III 36 ss, 39).

3. Le cas des épouses mineures

6

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 violences (intervention A.M. Geissbühler, BO CN 2012 p. 35), tandis que le Conseil fédéral notait que les mariages forcés concernent « fréquemment » et « pour une bonne part » des mineurs (FF 2011 p. 2056, 2067 ; cf., encore, Meier, p. 4 ; Sütçü, p. 157 s. ; Kaiser, FamRZ 2013 p. 77). 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), 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 intenter l'action seule, s'agissant d'un droit strictement personnel (FF 2011 p. 2069), 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 (cf., également, Bopp, Journée 2012, p. 78). Aussi n'y trouve-t-on aucune observation sur le fait que l'épouse mineure ne pourra pas simplement se borner à intenter 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.

7

Le Message ne s'intéresse point au rôle de représentant légal que le droit suisse (applicable en vertu de l'art. 16 de la Convention de La Haye de 1996) 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.

8

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 créer 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 CCS) 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 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 CCS. On dira que personne ne pouvait le savoir, ce d'autant que des études sont en cours (cf. art. 44 n° 4/6). En réalité, personne ne voulait le voir.

II. La compétence des autorités suisses

1. Les fors

9

Selon l'alinéa 1 de l'art. 45a, « 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 ».

10

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

11

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 (cf. art. 43 n° 4/1-4/3), 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 (cf. art. 43 n° 2). Il conviendra de choisir entre le lieu où le mariage a été « célébré » effectivement (art. 97 al. 1 et 2 CCS) 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 CCS). 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.

12

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). 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 époux (contra : Widmer, FamPra.ch 2011 p. 801 s., 805).

13

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

14

En effet, en vertu de l'art. 106 al. 1 CCS, 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 retenu, comme l'avait constaté déjà le Message relatif à la réforme du droit du divorce de 1998 (FF 1996 I p. 81). D'après la loi, cette autorité, respectivement celle de 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 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). 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.

15

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 pas provoquer des conflits positifs entre autorités, celle de chaque domicile voulant intenter l'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.

16

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 CCS, 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 CCS 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 définitif. 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.

17

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 compatible 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, CCS). 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} CCS), mais également les mariages sujets à annulation.

18

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 CCS.

19

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 (cf. art. 45 n° 20/13), 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.

20

Dans l'hypothèse d'une admission provisoire ou de courte durée (art. 71 al. 1^{bis} de la loi sur l'asile du 26.6.1998, RS 142.31 ; art. 85 al. 8 de la loi sur les étrangers du 16.12.2005, RS 142.20), 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 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. L'action en constatation de l'inexistence du mariage

21

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 allégée 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 CCS). L'enregistrement ne fait pas obstacle à l'action d'état (cf. art. 32 n° 4 et les arrêts cités).

22

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 (cf. n° 47-51). 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.

23

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 préjudiciel (cf. ATF 114 II 1 ss, 4, et les références ; Meier, p. 65) : 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, 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 rempart aux mariages forcés étrangers que dans des « cas exceptionnels » (cf. art. 45 n° 20/1-20/10). 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 ?

24

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 CCS.

25

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 CCS.

26

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 Suisse (cf. art. 17 n° 14, art. 27 n° 15). 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.

27

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.

28

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 (cf. art. 33 n° 10), il suspendra la procédure, en attendant le résultat de ce litige (art. 126 CPC).

III. Le droit applicable

1. L'action en annulation

29

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 (al. 2). 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 CCS 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).

30

L'alinéa 2 s'applique à toute annulation de mariage. Outre les causes absolues (art. 105 CCS), cela comprend les causes relatives (art. 107 CCS). 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 complexe (cf., également, Bopp, Journée 2012, p. 77).

a) Le mariage sans libre volonté

31

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 mariage (cf. ATF 113 II 5 ss, 9). Alors que, pour le Conseil fédéral (FF 2011 p. 2075) et le Conseil national (BO CN 2012 p. 35-37), 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 mariage (BO CE 2012 p. 448-450). Ce que le Conseil fédéral avait jugé « absurde » est ainsi devenu loi.

32

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 exté-

rieurs, 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.

33

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 suffisante 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.

34

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 invoquer (cf. Papaux, FamPra.ch 2011 p. 609). Sous cet angle, l'objection à l'annulation, que le législateur a supprimée à l'art. 105 ch. 5 CCS, subsiste à travers la protection de la liberté matrimoniale.

b) Le mariage de l'épouse mineure

35

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 CCS).

36

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 CCS). 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 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 CCS, ce qui n'a pas été le cas. Le Message explique que des dispositions transitoires n'étaient pas nécessaires (FF 2011 p. 2065) 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 CCS a disparu, d'autant plus que le mariage annulé pourrait à nouveau être célébré valablement selon le droit suisse (FF 2011 p. 2075 s., point qui semble avoir échappé à Widmer, FamPra.ch 2011 p. 800). 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 CCS, 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.

37

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 CCS. La comparaison avec le cas de l'incapacité de discernement réglé au chiffre 2 est également convaincante (FF 2011 p. 2075) ; 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.

38

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 (cf. Tribunal cantonal VD, JdT 2017 III p. 15). On notera d'ailleurs qu'il est sous-entendu que la question de la minorité est appréciée selon le droit suisse (Widmer, FamPra.ch 2011 p. 804).

39

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 CCS 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 seul (cf. FF 2011 p. 2069). On ne saurait donc lui imputer de l'extérieur un intérêt supérieur en brisant sa propre volonté. Toute autre approche porterait inmanquablement 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.

40

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 fédéral (FF 2011 p. 2076), l'intérêt public n'a pas de place ici ; il n'est d'aucun poids si le remariage est possible 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 CEDH (cf. ATF 128 III 113 ss, 116 s.).

41

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.

42

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 fem-

mes 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.

43

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 CCS 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 CCS 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 pas (cf. FF 2011 p. 2063, 2082).

2. Les mesures de protection

44

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.

45

Dans le contexte d'une procédure en annulation du mariage, l'alinéa 3 du nouvel art. 45a renvoie à l'art. 62 ainsi qu'à l'art. 64 pour l'hypothèse rarissime d'une demande en complément ou en modification. On rappellera que l'art. 62 al. 3 réserve l'application des dispositions de la LDIP sur l'obligation alimentaire entre époux (art. 49), les effets de la filiation (art. 82 et 83) et la protection des mineurs (art. 85). 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.

46

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), 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 personnel (FF 2011 p. 2069). Cette vue est trop étroite (cf. n° 6-8).

3. Les effets de l'annulation du mariage

47

L'art. 64 étant déclaré applicable par analogie en vertu de l'art. 45a al. 2, le droit suisse régit en principe les effets du jugement d'annulation (art. 63 al. 2, 1^{re} phrase). Selon l'art. 109 al. 1 CCS, 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 CCS, 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), dans l'hypothèse tout au moins où la pièce d'état civil suisse doit être produite.

48

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. Il conviendra ainsi d'appliquer une loi étrangère dans certains cas, principalement lorsque l'ex-épouse n'a pas pris domicile en Suisse.

49

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 CCS) est régi exclusivement par le droit suisse.

50

Le droit applicable au nom de l'ex-époux dont le mariage a été annulé est déterminé par l'art. 37 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). 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 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.) » (FF 2011 p. 2052). En Allemagne et en Autriche, on y a pensé (cf. Meier, p. 97, 109 s.). 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 CCS, 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.

51

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 CCS), l'art. 109 al. 3 CCS 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 parents (cf. ATF 137 I 247 ss, 253 s.). 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). 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 CCS. 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 CCS.

IV. La reconnaissance des décisions étrangères

52

Conformément à l'alinéa 4 du nouvel art. 45a, 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 s'applique par analogie.

1. La compétence indirecte reconnue

53

La disposition distingue entre les décisions obtenues sans égard à l'auteur de la demande et celles rendues à la demande 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 ne sont pertinents, « de plus » et par analogie, que si la demande émane d'un époux.

54

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.

55

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.

56

Les fors de l'art. 65 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 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.

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

57

L'alinéa 4 du nouvel art. 45a 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 LDIP (cf. art. 26 n° 7-9) 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 » (FF 2011 p. 2078). 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, par une reconnaissance large des jugements d'annulation.

58

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'étranger (cf., également, les critiques de Widmer, FamPra.ch 2011 p. 803, 805, et de Bopp, Journée 2012, p. 79). 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 forcé (cf. FF 2011 p. 2085 s.). 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'UE ; leur immigration n'aura en effet rien de libre si la Suisse les replace dans leur état civil antérieur, ignorant l'annulation de leur mariage forcé déjà intervenue à l'étranger.

59

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 (cf. n° 36 s.), 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.

3. Les effets accessoires

60

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, 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, 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 question (cf. art. 65 n° 33). La lacune est complète, en revanche, s'agissant d'une action en annulation jugée dans l'Etat de la célébration du mariage. Cependant, l'analogie avec l'alinéa 3 de l'art. 45a est trop manifeste pour s'en écarter et ne pas suivre les art. 62 à 64 également, dans la mesure utile, lorsque l'annulation du mariage repose sur un arrêt étranger. Cela concerne surtout l'action en complément ou en modification d'une telle annulation ou déclaration de nullité (art. 64), ainsi que les mesures provisoires qui peuvent s'avérer nécessaires (art. 62), ce qui est plutôt rare. La solution est approuvée par le Tribunal fédéral, cependant en référence à une doctrine datant d'avant la LDIP, l'art. 45a al. 3 n'étant cité que « en outre » (ATF 145 III 36 ss, 39). Les obligations alimentaires qui pourraient être réclamées sont régies par la loi appliquée à la nullité du mariage par le tribunal étranger (art. 8 al. 2 de la Convention de La Haye de 1973) et non par la loi de la résidence habituelle du créancier d'après l'art. 4, comme le pense le Tribunal fédéral (cf. ATF 145 III 40).

61

Les effets attachés, le cas échéant, à l'annulation du mariage, sont en règle générale les effets du mariage qui se sont produits jusqu'au jour de l'entrée en force du jugement. Selon la loi qui leur est applicable, ces effets peuvent cesser de se produire qu'à partir de ce jour-là (« ex nunc »), tandis que le mariage lui-même devient inexistant avec effet rétroactif au jour de sa conclusion (« ex tunc »). Dès le moment de l'entrée en force du jugement de nullité et de sa reconnaissance en Suisse, ces effets cessent d'exister et non au jour où, plus tard, l'autorité suisse constate que les conditions de la reconnaissance en Suisse sont remplies. Lorsque, dans un cas de bigamie, un procès tendant au divorce du second mariage est en cours en Suisse, les effets encore rattachés à ce mariage non encore dissous cessent nécessairement dès que la nullité de ce lien prend effet, même en cours de procès. Cet effet de droit matériel est décisif et non la date à laquelle le juge saisi de l'action en divorce clos la procédure, contrairement à l'avis du Tribunal fédéral (dans l'ATF 145 III 40) qui s'en remet à l'art. 276 al. 3 CPC. Une telle analogie ne pourrait se justifier qu'au cas où des effets de l'annulation du mariage seraient encore litigieux. Or, dans l'affaire évoquée, de tels effets étaient inexistants d'après le droit italien ; le juge suisse n'a donc pas de titre pour prolonger la prétention à l'entretien au-delà de la date à laquelle le mariage a cessé d'exister.

62

Curieusement, on n'a pas corrigé l'alinéa 2 de l'art. 58 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, il aurait fallu enlever cette partie de l'art. 58 al. 2. En l'état, elle confirme l'application de l'art. 65 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.

Art. 46-50

Bibliographie

LDIP

Droit international privé étranger et comparé :

ELENA RODRÍGUEZ PINAEAU, *The Law Applicable to Intra-Family Torts*, JPIL 8 (2012) p. 113-134.

Art. 46

10

3^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 26.8.2016, 5A_214/2016, c. 5.1, Sem.jud. 2017 I p. 29.

Art. 48

1

In fine, ajouter : Les cas d'application de cette règle sont rares (cf. ATF 17.10.2012, 5A_513/2012, c. 4, Fam-Pra.ch 2013 n° 18 p. 236 : devoir de soutien réciproque entre époux vivant au Cambodge, dont le mari est sollicité pour fournir des aliments à ses enfants issus d'un mariage antérieur en Suisse).

Art. 49

9

12^e ligne, ajouter aux arrêts cités : AB-OW 2010/11 n^o 2 p. 54.

Art. 51-58

3

L'Union européenne a légiféré en la matière, adoptant le Règlement du 24.6.2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux (JOUE 2016 L 183, p. 1), complété par des formulaires (JOUE 2018 L 314, p. 14). Le Règlement est applicable aux Etats membres participant à cette coopération depuis le 29.1.2019 (art. 70).

Bibliographie

LDIP :

GABRIELLE BODENSCHATZ SCHMID, Güterrecht im internationalen Kontext - Scheidung in der Schweiz und Liegenschaften in Frankreich, *in* Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Symposium zum Familienrecht Freiburg, Zurich 2013, p. 167-183 ; PHILIP R. BORNHAUSER, Die Bindungswirkung von ehe- und erbrechtlichen Regelungen im internationalen Kontext, *Successio* 7 (2013) p. 149-160 ; REGULA DIEHL, Güterrecht im internationalen Kontext - Grundlagen, *in* Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Symposium zum Familienrecht Freiburg, Zurich 2013, p. 185-194 ; SARAH GUILLOD, Eheverträge in schweizerisch-deutschen Sachverhalten, Bâle 2016 ; JEAN-CHRISTOPHE A MARCA, Le trust dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial de la participation aux acquêts, *in* Entretien de l'enfant et prévoyance professionnelle, 9^e Symposium Fribourg 2017, Genève 2018, p. 159-176 ; CATHERINE WESTENBERG/GABRIELLE BODENSCHATZ, Internationale güterrechtliche Verhältnisse aus Schweizer Sicht, *FamPra.ch* 17 (2016) p. 123-147.

Union européenne :

MARIANNE ANDRAE, Der sachliche Anwendungsbereich der Europäischen Güterrechtsverordnung, *IPRax* 38 (2018) p. 221-230 ; ANDREA BONOMI, Le propositions de règlement de 2011 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés - Quelques remarques critiques, *in* Droit international privé de la famille, Journée Lausanne 2012, Genève 2013, p. 53-64 ; IDEM, The Proposal for a Regulation on Matrimonial Property, *in* Family Law and Culture in Europe, Cambridge 2014, p. 231-247 ; JULIA BURGHANUS, Die Vereinheitlichung des Internationalen Ehegüterrechts in Europa, Frankfurt a.M. 2010 ; MARKUS BUSCHBAUM/ULRICH SIMON, Les propositions de la Commission européenne relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés, *Rev.crit.* 100 (2011) p. 801-816 ; BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, The Coordination of the EU Regulations on Divorce and Legal Separation with the Proposal on Matrimonial Property Regimes, *YPIL* 13 (2011) p. 233-253 ; NINA DETHLOFF, Güterrecht in Europa - Perspektiven für eine Angleichung auf kollisions- und materiellrechtlicher Ebene, *in* Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, p. 73-88 ; IDEM, Der deutsch-französische Wahlgüterstand, Wegbereiter für eine Angleichung des Familienrechts ?, *RabelsZ* 76 (2012) p. 509-539 ; HEINRICH DÖRNER, Besser zu spät als nie - Zur güterrechtlichen Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB im deutschen und europäischen IPR, *IPRax* 37 (2017) p. 81-88 ; ANATOL DUTTA/FRANKE WEDEMANN, Die Europäisierung des internationalen Zuständigkeitsrecht in Gütersachen, *in* Recht ohne Grenzen, Festschrift für Athanassios Kaissis, Munich 2012, p. 133-151 ; ERIC FONGARO (éd.), *Droit patrimonial européen de la famille*, Paris 2013 ; CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, El acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial común, *AEDIPr* 10 (2010) p. 397-416 ; IDEM, The Franco-German Treaty Instituting a Common Matrimonial Regime of Participation in the Acquisitions : How Could Catalonia Opt In ?, *in* Confronting the Frontiers of Family and Succession Law, Liber Amicorum Walter Pintens, Cambridge 2012, p. 623-632 ; BETTINA HEIDERHOFF, Vorschläge zur Durchführung der EU-Güterrechtsverordnungen, *IPRax* 37 (2017) p. 231-238 ; IDEM, Die EU-Güterrechtsverordnungen, *IPRax* 38 (2018) p. 1-11 ; PAUL LAGARDE, Vers un règlement communautaire du droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions, *in* Pacis Artes, Obra homenaje Julio D. González Campos, t. II, Madrid 2005, p. 1687-1708 ; DIETER MARTINY, Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften, *IPRax* 31 (2011) p. 437-458 ; ILARIA VIARENGO, The EU Proposal on Matrimonial Property Regimes, *YPIL* 13 (2011) p. 199-215.

Droit international privé étranger et comparé :

DIETER MARTINY, Aspects de droit international privé du régime matrimonial optionnel franco-allemand, *Rev.crit.* 102 (2013) p. 843-859, version allemande *in* *ZEuP* 19 (2011) p. 577-600 ; DAVID SALTER *et al.*, *International Pre-Nuptial and Post-Nuptial Agreements*, Bristol 2011.

Art. 51

2

19^e ligne : L'ATF 11.6.2010, 5A_248/2010, c. 4.2, est publié *in* *RSPC* 2010 p. 354.

Art. 52

2

In fine, ajouter : Si les époux choisissent le droit français ou le droit allemand, il leur est également ouvert le choix du régime optionnel de la participation aux acquêts selon l'accord bilatéral conclu entre la France et l'Allemagne le 4.2.2010 et entré en vigueur le 1.5.2013.

4

L'acte qui atteste la célébration du mariage selon la loi locale ne comporte pas un choix du régime légal ordinaire de cette loi et ne constitue pas un contrat de mariage (ATF 29.2.2012, 2C_720/2011, c. 4).

1

In fine, ajouter : L'art. 56 exige un acte juridique bilatéral (ATF 29.2.2012, 2C_720/2011, c. 2.2).

3

In fine, ajouter : La notion de contrat de mariage doit être qualifiée plus largement qu'en droit suisse ; elle peut inclure la déclaration de volonté conjointe des époux, devant l'officier de l'état civil célébrant le mariage à l'étranger, de choisir la loi régissant leur régime matrimonial ou, le cas échéant, un régime particulier d'un ordre juridique déterminé (cf. BGH 13.7.2011, IPRax 2012 p. 356).

3

7^e ligne, biffer les mots « du même avis » et insérer : ATF 18.12.2014, 5A_240/2014, c. 2.4, non reproduit dans l'ATF 141 III 13 ss.

3

Des travaux législatifs ont abouti à la loi du 19.6.2015 modifiant le Code civil et portant sur le *partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce*, qui entre en vigueur le 1.1.2017 (RO 2016 p. 2313 ; cf. le Message, FF 2013 p. 4341-4424). La loi révisé le régime du Code civil et elle comprend des changements importants au niveau du droit international privé (cf. art. 61 n° 7a s. ; art. 63 n° 37/1-18). Les dispositions pertinentes sont les suivantes :

Loi fédérale sur le droit international privé

Art. 61 II. Droit applicable

Le divorce et la séparation de corps sont régis par le droit suisse.

Art. 63, al. 1^{bis} et 2, 1^{re} phrase

^{1bis} Pour connaître du partage de prétentions de prévoyance professionnelle envers une institution suisse de prévoyance professionnelle, la compétence des tribunaux suisses est exclusive.

² Le droit suisse régit les effets accessoires du divorce et de la séparation de corps. ...

Art. 64, al. 1^{bis} et 2, 1^{re} phrase

^{1bis} Pour connaître du partage de prétentions de prévoyance professionnelle envers une institution suisse de prévoyance professionnelle, la compétence des tribunaux suisses est exclusive. En l'absence de compétence au sens de l'al. 1, les tribunaux suisses du siège de l'institution de prévoyance sont compétents.

² Le droit suisse régit l'action en complément ou en modification du divorce ou de la séparation de corps. ...

Code de procédure civile

Art. 283 al. 3 (nouveau)

³ Le partage de prétentions de prévoyance professionnelle peut être renvoyé dans son ensemble à une procédure séparée si des prétentions de prévoyance à l'étranger sont concernées et qu'une décision relative au partage de celles-ci peut être obtenue dans l'Etat en question. Le tribunal peut suspendre la procédure séparée jusqu'à ce que la décision étrangère ait été rendue ; il peut déjà statuer sur le partage.

Code civil

Art. 124e (nouveau) VIII. Exécution impossible

¹ Si l'exécution du partage au moyen de la prévoyance professionnelle s'avère impossible, le conjoint débiteur est redevable au conjoint créancier d'une indemnité équitable sous la forme d'une prestation en capital ou d'une rente.

² A la demande du conjoint débiteur, un jugement suisse peut être adapté lorsque des prétentions de prévoyance existant à l'étranger ont été compensées par une indemnité équitable au sens de l'al. 1 et que ces prétentions de prévoyan-

ce ont par la suite été partagées en vertu d'une décision étrangère contraignante pour le débiteur étranger des prestations de prévoyance.

Loi sur le libre passage

Art. 25a, al. 1

¹ Si une décision concernant le partage de la prévoyance professionnelle en application de l'art. 280 ou 281 CPC s'avère impossible à prendre durant la procédure de divorce, le juge du lieu du divorce compétent au sens de l'art. 73, al. 1, LPP exécute d'office, après que l'affaire lui a été transmise (art. 281, al. 3, CPC), le partage sur la base de la clé de répartition déterminée par le juge du divorce. S'il s'agit d'une action en complément d'un jugement de divorce étranger, le lieu de l'action en complément est considéré comme lieu du divorce (art. 64 de la LF du 18 déc. 1987 sur le droit international privé).

Le texte entier de la Section 4 du Chapitre 3 de la LDIP devient ainsi en anglais:

Section 4: Divorce and legal separation

Article 59 I. Jurisdiction

1. Principle

The following courts have jurisdiction to entertain an action for divorce or legal separation:

- a. the Swiss courts at the domicile of the defendant spouse;
- b. the Swiss courts at the domicile of the plaintiff spouse, provided that the latter has been residing in Switzerland for a year or is a Swiss national.

Article 60 2. Jurisdiction at the place of origin

When the spouses are not domiciled in Switzerland and at least one of them is a Swiss national, the courts at the place of origin have jurisdiction to entertain an action for divorce or legal separation, provided the action cannot be brought at the domicile of either spouse or cannot reasonably be required to be brought there.

Article 61 II. Applicable law

Divorce and legal separation are governed by Swiss law.

Article 62 III. Provisional measures

¹ A Swiss court before which an action for divorce or legal separation is pending has jurisdiction to order provisional measures, except if such court clearly lacks jurisdiction to decide on the merits or if such lack of jurisdiction is established in a decision having *res judicata* effect.

² Provisional measures are governed by Swiss law.

³ The above does not affect the provisions of this Act regarding maintenance obligations between spouses (Art. 49), the effects of a parent-child relationship (Art. 82 and 83), and the protection of minors (Art. 85).

Article 63 IV. Subsequent effects

¹ Swiss courts having jurisdiction to entertain an action for divorce or legal separation also have jurisdiction to rule on the subsequent effects thereof. This provision does not affect the provisions of this Act relating to the protection of minors (Art. 85).

^{1bis} Swiss courts have exclusive jurisdiction to rule upon claims for the allocation of occupational pension against a Swiss pension fund.

² Swiss law governs the subsequent effects of the divorce or the legal separation. This provision does not affect the provisions of this Act relating to the name (Art. 37 to 40), to maintenance obligations between spouses (Art. 49), to marital property relations (Art. 52 to 57), to the effects of a parent-child relationship (Art. 82 and 83), and to the protection of minors (Art. 85).

Article 64 V. Supplementing or amending decisions

¹ Swiss courts have jurisdiction to entertain an action to supplement or amend a decree of divorce or legal separation if they have rendered such decree or if they have jurisdiction pursuant to Articles 59 or 60. This provision does not affect the rules of this Act regarding the protection of minors (Art. 85).

^{1bis} Swiss courts have exclusive jurisdiction to rule upon claims for the allocation of occupational pension against a Swiss pension fund. In the absence of a jurisdiction within the meaning of paragraph 1, Swiss courts of the seat of the pension fund have jurisdiction.

² Swiss law governs an action for supplementing or amending a divorce or a legal separation decree. This provision does not affect the rules of this Act relating to the name (Art. 37 to 40), to maintenance obligations between spouses (Art. 49), to marital property relations (Art. 52 to 57), to the effects of a parent-child relationship (Art. 82 and 83), and to the protection of minors (Art. 85).

Article 65 VI. Foreign decisions

¹ Foreign decrees of divorce or legal separation shall be recognized in Switzerland if they have been rendered in the

state of domicile or habitual residence, or in the national state, of either spouse, or if they are recognized in one of these states.

² However, a decree that was rendered in a state of which neither spouse or only the plaintiff spouse is a national shall be recognized in Switzerland only:

- a. if, at the time of filing the action, at least one of the spouses was domiciled or had his or her habitual residence in that state and the defendant spouse was not domiciled in Switzerland;
- b. if the defendant spouse submitted to the jurisdiction of the foreign court without reservation; or
- c. if the defendant spouse expressly consented to recognition of the decree in Switzerland.

5

In fine, ajouter : Une refonte de ce Règlement est en cours (cf. la proposition de la Commission du 30.6.2016, COM[2016]411).

6

In fine, ajouter : Le Règlement s'applique également à une action en annulation du mariage, même si elle est introduite par un tiers postérieurement au décès de l'un des époux (CJUE 13.10.2016, C-294/15, Mikolajczyk, n° 22-37).

8

In fine, ajouter : cf., pour un tel cas, CJUE 6.10.2015, C-489/14, n° 33-47. D'après le texte et la systématique générale du Règlement et d'autres instruments analogues, ce régime de litispendance est réservé aux relations entre les tribunaux d'Etats membres. On admet en général qu'il est exclusif, ne laissant pas de place à des règles nationales favorables au respect de la litispendance dans les rapports avec des Etats tiers ; on ne saurait donc se fonder sur la position opposée, sans penser que la question soit pour le moins controversée (point méconnu par Trachsel, FamPra.ch 2013 p. 558 s.).

11

In fine, ajouter : Rev.crit. 2011 p. 168, RDIPP 2011 p. 248. Ce Règlement n'inclut pas dans son champ d'application le divorce résultant d'une déclaration unilatérale d'un des époux devant un tribunal religieux (CJUE 20.12.2017, C-372/16, Sahyouni, n° 35-49). Il s'applique à l'annulation d'un mariage (CJUE 13.10.2016, C-294/15, Czarnecka, n° 22-53).

Bibliographie

LDIP :

FF 2013 p. 4341-4424 ; GABRIELLE BODENSCHATZ SCHMID, Der grenzüberschreitende Familienrechtsfall (Schweiz-Frankreich), FamPra.ch 14 (2013) p. 78-110 ; ANDREAS BUCHER, Divorce international et prévoyance professionnelle, in La famille dans les relations transfrontalières, Symposium en droit de la famille Fribourg, Genève 2013, p. 97-129 ; BASILE CARDINAUX, Le partage de prétentions de prévoyance en cas de « divorce international », in Patrimoine de la famille, Symposium en droit de la famille 2015, Genève 2016, p. 97-127 ; MARTIN FRANK, Schweizer Rentenanwartschaften und deutscher Versorgungsausgleich, AJP 25 (2016) p. 1141-1158 ; THOMAS GEISER, Vorsorgeausgleich von der Schweiz ins Ausland oder umgekehrt - wie, was, wann?, in Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Symposium zum Familienrecht Freiburg, Zurich 2013, p. 195-210 ; IDEM, Zur Neugestaltung des Vorsorgeausgleichs, AJP 23 (2014) p. 364-381 ; IDEM, Scheidung und das Recht der beruflichen Vorsorge, Was bringt das neue Recht?, AJP 24 (2015) p. 1371-1386 ; BARBARA HAIDMAYER, Parallel rechtshängige Scheidungsverfahren in Deutschland und der Schweiz, IPRax 38(2018) p. 35-41 ; AUDREY LEUBA, Le partage de la prévoyance professionnelle dans le cadre d'un divorce comportant des éléments d'extranéité, in Le droit civil dans le contexte international, Journée de droit civil 2011, p. 109-131, Jusletter 25.6.2012 ; AUDREY LEUBA/JULIE UDRY, Partage du 2^e pilier: premières expériences, in Entretien de l'enfant et prévoyance professionnelle, 9^e Symposium Fribourg 2017, Genève 2018, p. 1-31 ; PATRIZIA LEVANTE, Der materielle ordre public bei der Anerkennung von ausländischen Scheidungsurteilen in der Schweiz - Blick auf die Rechtsprechung, IPRax 33 (2013) p. 191-194 ; FRANCINE OBERSON/FABIEN WÄLTI, Nouvelles règles de partage de la prévoyance: les enjeux du point de vue judiciaire, FamPra.ch 18 (2017) p. 100-126 ; SIMON OTHENIN-GIRARD, Divorce international et autonomie de la volonté, in Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zurich 2011, p. 593-612 ; ANNE REISER *et al.*, Recognition and enforcement in Switzerland of English divorce judgments and maintenance orders, in La famille dans les relations transfrontalières, Symposium en droit de la famille Fribourg, Genève 2013, p. 89-95 ; GIAN PAOLO ROMANO, Méditations en marge de la réforme annoncée du droit international privé du divorce, in Droit international privé de la famille, Journée Lausanne 2012, Genève 2013, p. 11-28 ; IDEM, Le sort international des avoirs de prévoyance professionnelle à la suite de démariage: Réflexions à l'occasion d'une réforme, RSDIE 23 (2013) p. 351-401 ; IDEM, Aspects de droit international privé de la réforme de la prévoyance professionnelle, FamPra.ch 18 (2017) p. 57-78 ; BERNADETTE SCHINDLER VELASCO, Partage de la prévoyance professionnelle et protection compensatoire du droit français, Revue de l'avocat 17 (2014) p. 160-167 ; IVO SCHWANDER/TARKAN GÖKSU, Trennung und Scheidung mit Auslandsbezug, in Siebte Schweizer Familienrechts-Tage, Berne 2014, p. 209-221 ; JANINE SPRENGER, Ehegattenunterhalt und nahehehlicher Unterhalt im internationalen Kontext, AJP 26 (2017) p. 1062-1074 ; CORINNE WIDMER LÜCHINGER/PASCAL GROLIMUND, Scheidung im internationalen Verhältnissen, in Sechste Schweizer Familienrechtstage, Berne 2012, p. 201-233 ; DANIEL R. TRACHSEL, Scheidung im internationalen Kontext: Strategien und Planung, FamPra.ch 14 (2013) p. 549-574, et in Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Symposium zum Familienrecht Freiburg, Zurich 2013, p. 115-149 ; BURKHARD J. WOLF/IONE DA SILVEIRA PETERS, Die Bedeutung einer rechtskräftigen gerichtlichen Trennung in Brasilien (Separação Judicial) für eine spätere Scheidung oder Erbansprüche in der Schweiz, Mitteilungen der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung 30 (2012) n°

1 p. 27-46.

Union européenne :

Ouvrages généraux : RAINER HAUSMANN, Internationales und Europäisches Ehescheidungsrecht, mit Scheidungsfolgenrecht, Munich 2013.

Compétence et décisions en matière matrimoniale, Règlements Bruxelles II et II^{bis} : ULRICH MAGNUS/PETER MANKOWSKI (éd.), Brussels IIbis Regulation, Munich 2012.

Loi applicable au divorce, Règlement Rome III : ANA PALOMA ABARCA JUNCO, Algunos problemas en el ámbito de aplicación del reglamento Roma III, in Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid 2013, p. 45-57 ; N.A. BAARMSMA, The Europeanisation of International Family Law, La Haye 2011 ; JÜRGEN BASEDOW, European Divorce Law, Comments on the Rome III Regulation, in Confronting the Frontiers of Family and Succession Law, Liber Amicorum Walter Pintens, Cambridge 2012, p. 135-150 ; KATHARINA BOELE-WOELKI, For Better or for Worse : The Europeanization of International Divorce Law, YPIL 12 (2010) p. 1-26 ; SABINE CORNELOUP (éd.), Droit européen du divorce, European divorce law, Paris 2013 ; HARRY DUINTJER TEBBENS, Divorce - A Fundamental Right ?, in Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 123-133 ; MARC FALLON, Le nouveau droit du divorce international selon le Règlement Rome III : une évolution tranquille, Revue trimestrielle de droit familial 2012 p. 291-317 ; CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, The Rome III Regulation on the law applicable to divorce and legal separation : much ado about little, in Droit international privé de la famille, Journée Lausanne 2012, Genève 2013, p. 29-51 ; URS PETER GRUBER, Scheidung auf Europäisch - die Rom III-Verordnung, IPRax 32 (2012) p. 381-392 ; PETRA HAMMJE, Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, Rev.crit. 100 (2011) p. 291-338 ; WOLFGANG HAU, Zur Durchführung der Rom III-Verordnung in Deutschland, FamRZ 60 (2013) p. 249-255 ; IDEM, Zur Massgeblichkeit der lex fori in internationalen Ehesachen, in Festschrift für Rolf Stürner, t. 2, Tübingen 2013, p. 1237-1251 ; CHRISTIAN KOHLER, Le choix de la loi applicable au divorce, Interrogations sur le règlement « Rome III » de l'Union européenne, in Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, p. 208-217 ; SIMONE MARINAI, Matrimonial Matters and the Harmonization of Conflict of Laws : A Way to Reduce the Role of Public Policy as a Ground for Non-Recognition of Judgments, YPIL 13 (2011) p. 255-272 ; JULIANA MÖRSDORF-SCHULTE, Europäisches Internationales Scheidungsrecht (Rom III), RabelsZ 77 (2013) p. 786-827 ; MAXIMILIAN PIKA/MARC-PHILIPPE WELLER, Privatscheidungen zwischen Europäischem Kollisions- und Zivilprozessrecht, IPRax 37 (2017) p. 65-72 ; ILARIA QUEIROLO/LAURA CARPANETO, Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento « Roma III », RDIPP 48 (2012) p. 59-86 ; THOMAS RAUSCHER, Schutzzinstrumente bei vorsorgender Rechtswahl nach der Rom III-Verordnung, in Ars Aequi et Boni in Mundo, Festschrift für Rolf A. Schütze, Munich 2015, p. 463-475 ; HANNES RÖSLER, Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III-Verordnung, RabelsZ 78 (2014) p. 155-192 ; ANNE RÖTHEL, Il regolamento Roma III : spunti per una materializzazione dell'autonomia delle parti, RDIPP 49 (2013) p. 883-898 ; CARMEN RUIZ SUTIL, Le nouveau Règlement « Rome III » : la séparation de corps et le divorce de la population marocaine en Europe et en Espagne, RIDC 64 (2012) p. 525-548 ; CHRISTIAN SCHALL/JOHANNES WEBER, Die vorsorgende Wahl des Scheidungsstatuts nach der Rom III-VO, IPRax 34 (2014) p. 381-386 ; ISABELLA TOSCANO, Ehescheidungen mit grenzüberschreitendem Bezug, Von divergierenden nationalen Scheidungsvoraussetzungen zu einem einheitlichen europäischen Scheidungsrecht ?, Frankfurt a.M. 2011 ; ILARIA VIARENGO, Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti, RDIPP 47 (2011) p. 601-624 ; MARC-PHILIPPE WELLER *et al.*, Gleichstellung im Internationalen Scheidungsrecht – talaq und get im Licht des Art. 10 Rom III-VO, IPRax 36 (2016) p. 123-132 ; PETER WINKLER VON MOHRENFELS, Die Rom III-VO und die Parteiautonomie, in Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, p. 527-542 ; IDEM, Die Rom III-VO, ZEuP 21 (2013) p. 699-724.

Droit international privé étranger et comparé :

MERIEEM BEN LAMINE, La réception de la répudiation musulmane en DIP tunisien, Saarbrücken 2011 ; CARMEN JULIA CABELLO, El divorcio internacional: competencia judicial internacional directa, Lima 2010 ; URS PETER GRUBER, Die neue Anknüpfung des Versorgungsausgleichs: Eine Bestandesaufnahme, IPRax 36 (2016) p. 539-544 ; DIETER HENRICH, Internationales Scheidungsrecht, 3^e éd. Bielefeld 2012 ; REINHARD HUTER, Die kollisionsrechtliche Behandlung der einvernehmlichen Scheidung, ZfRV 55 (2014) p. 167-180 ; JULIA KOCH, Die Anwendung islamischen Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts im Internationalen Privatrecht der EU-Mitgliedstaaten, Frankfurt a.M. 2012 ; PAULINE KRÜNIGER, Islamic divorces in Europe, La Haye 2015 ; WILLIBALD POSCH, Die Anwendung islamischen Rechts in Österreich heute - und morgen?, ZfRV 53 (2012) p. 71-80 ; THOMAS RAUSCHER, Unbilligkeit bei Versorgungsausgleich mit Auslandsbezug, IPRax 35 (2015) p. 139-144.

Art. 59

4

7^e ligne, au sujet de l'art. 23 al. 1 : cf. ATF 5.4.2012, 5A_659/2011, c. 2.2.1, AJP 2012 p. 853.

9

3^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 5.4.2012, 5A_659/2011, c. 2.2.2, AJP 2012 p. 853, suivi des obs. de S. Othenin-Girard, qui signale des pratiques divergentes dans l'appréciation du domicile en cas de retour en Suisse, p. 858 s. ; ATF 31.8.2012, 5A_235/2012, c. 5.1.

10

In fine, ajouter : Si cette décision ne règle pas certains effets accessoires dont le juge suisse du divorce peut être saisi, l'instance reprend sur les points en suspens, telle la liquidation du régime matrimonial, dans la perspective d'un jugement complétant la décision étrangère de divorce (cf. ATF 15.3.2012, 5A_599/2011, c. 3.3, FamPra.ch 2012 n° 49 p. 726, obs. Bucher, RSDIE 2014 p. 521 s.).

10a

Suivant la jurisprudence relative à l'art. 9 (cf. art. 9 n° 10), l'identité d'objet n'est pas limitée à la nature formelle des deux demandes, l'accent étant mis sur la question juridique se trouvant au centre des deux procès (ATF 28.7.2016, 5A_223/2016, c. 5.1.1.2, qui ne mentionne pas, cependant, l'hypothèse d'une action en divorce en concours avec une demande en séparation de corps, qui peuvent être fondées sur les mêmes causes, sans avoir, de ce fait, le même objet, cf. n° 13).

13

12^e ligne, ajouter aux ATF cités : Cour de justice GE, RDIPP 2010 p. 208.

13a

Lorsque le tribunal étranger suspend la cause et renvoie les parties à faire trancher un effet particulier du divorce devant un tribunal suisse, celui-ci ne saurait admettre l'exception de litispendance, étant donné qu'il n'y a dans ce cas pas, sur ce point, d'objet commun entre les deux instances. Tel fut le cas dans l'hypothèse d'un tribunal suisse appelé à régler le sort de la prévoyance suisse, dont le tribunal allemand saisi du divorce comptait ensuite tenir compte dans le règlement définitif du bilan de prévoyance (cf. ATF 4.10.2016, 5A_88/2016, c. 5). Cette situation ne pourra plus se présenter en suivant le nouveau droit depuis le 1.1.2017, qui rend la compétence suisse exclusive, rendant ainsi la règle de litispendance sans effet.

14

En raison de l'abrogation de l'art. 136 CCS, il convient de lire, à partir de la seconde phrase : La requête commune en divorce devient pendante dès qu'elle est portée devant le juge suisse (art. 62 CPC). La demande unilatérale ouvre la procédure également par son dépôt (art 62 al. 1, 274 CPC). L'hypothèse d'une conciliation ne se présente pas puisqu'une telle procédure n'a pas lieu en cas de divorce (art. 198 lit. c CPC).

15

A la suite de l'abrogation de l'art. 136 CCS, supprimer le texte sauf la dernière phrase et remplacer cette partie par : S'agissant du moment de l'ouverture de l'action à l'étranger, il est déterminé par le droit étranger du juge saisi (cf. art. 9 n° 14 ; ATF cité du 28.7.2016, c. 5.1.1.3). Il convient d'identifier le dépôt de la requête initiale qui mène jusqu'au divorce, à condition que l'instance soit régulièrement poursuivie (cf., pour le droit français, l'ATF cité, c. 5.1.2.2, 5.2, 5.3).

In fine, ajouter à l'arrêt cité : ATF 137 III 421 ss, 424 ; ATF 139 III 482 ss, 485.

16

5^e ligne, ajouter : cf. ATF 15.11.2012, 5A_529/2012, c. 1.3, qui laisse la question indécise.

In fine, ajouter : Cour de justice GE, RDIPP 2010 p. 208.

18

8^e ligne, insérer : La reconnaissance dans l'Etat national n'y change rien (cf. ATF 29.5.2017, 5A_55/2017, c. 3.1.2.1).

In fine, ajouter : cf., par ailleurs, art. 44 n° 37 s., art. 45 n° 34-37

Art. 60

1

In fine, ajouter : Lorsque deux époux sont suisses tout en disposant de lieux d'origine différents, plusieurs fors sont disponibles.

4

In fine, ajouter : Tel qu'il a été voulu par le législateur, ce for présente un caractère subsidiaire, axé sur les besoins réels de protection, en toute hypothèse, donc également lorsque les époux visent à obtenir un divorce consensuel (cf. ATF 14.1.2015, 5A_706/2014, c. 3, Sem.jud. 2015 I p. 185).

6

In fine, ajouter : ou, inversement, lorsqu'un mariage célébré ou reconnu en Suisse n'est pas valide dans ce même pays étranger.

Art. 61

4. La révision de 2015

7a

La législation révisée adoptée le 19.6.2015 écarte dorénavant l'application de toute loi étrangère pour juger de l'action en divorce intentée en Suisse. A en croire le Message relatif à l'art. 61, il « ne semble plus justifié d'imposer aux tribunaux d'appliquer le droit national commun des époux au divorce proprement dit » (FF 2013

p. 4351, 4379), sans préciser que ce droit ne s'applique que si un seul des époux a son domicile en Suisse. *L'application exclusive du droit suisse* permettrait de tenir compte de l'étroite relation entre le droit du divorce et le droit de la procédure. Par ailleurs, si les époux divorcent sur requête commune, ils n'auraient nul intérêt à ce qu'un autre droit s'applique – qui dirait le contraire si c'est cela qu'ils veulent ? S'ils ne divorcent pas ainsi, un seul d'entre eux aurait un intérêt à ce que le droit national étranger commun s'applique, soit celui qui y trouve un droit plus libéral, soit son conjoint qui y trouve un droit plus restrictif ; l'application du droit suisse « ne présente donc aucun aspect défavorable aux intérêts des époux » – comme si un tel effet de droit matériel était à l'origine de l'art. 61 al. 2, fondé sur la recherche du « lien le plus étroit ».

7b

C'est un point technique qui est à l'origine d'une modification qui n'est, en réalité, sans lien aucun avec la désignation de la loi applicable au divorce (cf. les critiques de Dutoit, AJP 21 (2012) p. 589 s. ; Leuba, Journée de droit civil 2011, p. 127-129 ; plus favorable : Romano, Journée 2012, p. 20-27). En effet, si l'art. 61 est modifié, c'est « principalement pour que le droit suisse soit applicable au partage de la prévoyance professionnelle » (FF 2013 p. 4379). Il conviendra d'y revenir (cf. art. 63 n° 37/1-18). La nouvelle version de l'art. 61 s'applique depuis le 1.1.2017 même aux actions en divorce et en séparation de corps pendantes en première instance à cette date (art. 198).

Art. 62

2

4^e ligne, ajouter après l'ATF cité : ATF 14.6.2011, 5A_305/2011, c. 2 et 4 ; sur le moment déterminant : ATF 138 III 646 ss.

5

4^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 4.9.2012, 5A_762/2011, c. 5.3.5 ; cf., par ailleurs, art. 10 n° 13-21.

15^e ligne, insérer : L'intérêt à protéger doit être démontré (ATF 6.3.2013, 5A_2/2013, c. 3.3, FamPra.ch 2013 n° 48 p. 769 ; ATF 12.11.2014, 5A_588/2014, c. 4.5, FamPra.ch 2015 n° 9 p. 225 ; ATF 6.3.2018, 5A_910/2017, c. 4).

In fine, ajouter : La nouvelle version de l'art. 10 lit. b n'impose pas une pratique différente de celle développée par la jurisprudence (cf. ATF cités du 12.11.2014, c. 4.4, et du 6.3.2018, c. 4.2 ; contrairement aux craintes de Schwander/Göksu, p. 217).

7

4^e ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 27.8.2013, 5A_249/2013, c. 3.3 ; Obergericht TG, RB-TG 2010 n° 7 p. 76.

In fine, ajouter : Les mesures prises concernant l'enfant dans le contexte de la protection de l'union conjugale restent en vigueur si un tel jugement ne règle pas de tels effets accessoires, jusqu'à ce que les autorités suisses compétentes statuent à leur égard (cf. ATF 17.4.2014, 5A_40/2014, c. 4.2).

8

In fine, remplacer l'ATF cité par : cf. art. 64 n° 5.

10

In fine, ajouter : Lorsque les conditions de l'art. 10 lit. b ne sont pas satisfaites, celles de l'art. 31 CL ne le sont encore moins (ATF cité du 12.11.2014, c. 4.3).

17

3^e ligne, ajouter : ATF 26.4.2012, 5A_259/2010, c. 7.3.2.2, Rybolovlev, Sem.jud. 2012 I p. 453.

In fine, ajouter : saisi d'un recours à juger sous l'angle de l'arbitraire, le Tribunal fédéral a conclu que ce n'était pas insoutenable (même arrêt, c. 7.3 ; cf. art. 10 n° 22).

Art. 63

Législation

Lors de l'entrée en vigueur, le 1.7.2014, du nouveau droit sur l'autorité parentale (RO 2014 p. 357 ss, 366), le texte de l'alinéa 1 de l'art. 63 a subi une petite modification rédactionnelle (cf. n° 46) et est devenu ceci :

¹ Les tribunaux suisses compétents pour connaître d'une action en divorce ou en séparation de corps le sont également pour se prononcer sur les effets accessoires. Les dispositions de la présente loi sur la protection des mineurs (art. 85) sont réservées.

¹ Die für Klagen auf Scheidung oder Trennung zuständigen schweizerischen Gerichte sind auch für die Regelung der Nebenfolgen zuständig. Die Bestimmungen dieses Gesetzes über den Minderjährigenschutz (Art. 85) bleiben vorbehalten.

¹ I tribunali svizzeri competenti per le azioni di divorzio o separazione sono competenti anche a regolare gli effetti accessori. Sono fatte salve le disposizioni della presente legge concernenti la protezione dei minori (art. 85).

¹ Swiss courts having jurisdiction to entertain an action for divorce or separation also have jurisdiction to rule on the subsequent effects thereof. This provision does not affect the provisions of this Act relating to the protection of minors (Art. 85).

8

3^e ligne, ajouter : cf. ATF 144 III 368 ss, 373

In fine, ajouter à la dernière phrase : et non la règle générale de l'art. 4 (contrairement à l'ATF 145 III 36 ss, 40, qui méconnaît par ailleurs que la Convention s'applique *erga omnes*).

13

9^e ligne, après la mention de l'art. 49 n° 9, insérer un renvoi à l'art. 83 n° 18.

In fine, ajouter : Les besoins d'un ex-époux peuvent être proportionnellement plus élevés si le mariage impliquait un déplacement de l'intensité d'un déracinement culturel (ATF 23.4.2015, 5A_844/2014, c. 5, FamPra.ch 2015 n° 45 p. 723).

19

In fine, ajouter : L'ATF cité est l'ATF 137 V 181 ss, 183. La portée de cet Accord en matière de prévoyance du 2^e pilier demeure incertaine (cf. Cardinaux, Symposium 2015, p. 102, 117).

On se réjouira de voir la question soumise au tribunal arbitral instauré en vertu de l'Accord cadre dont la ratification est au centre du débat politique ces jours.

23

3^e ligne, ajouter aux deux ATF cités : ATF 9.10.2014, 5A_176/2014, c. 3.2.

24

15^e ligne, ajouter : Leuba, Journée de droit civil 2011, p. 115, 128.

25

4^e ligne : l'ATF 28.4.2008, 5A_83/2008, c. 3.3, est publié *in* FamPra.ch 2008 n° 89 p. 913.

5^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 21.1.2013, 5A_495/2012, c. 3.1 ; ATF 29.7.2014, 5A_892/2013, c. 6.1.

13^e ligne, ajouter : ATF cité du 21.1.2013, c. 3.1 ; Tribunale d'appello TI, 8.2.2010, RtiD 2011 II n° 9c p. 684.

28

6^e ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 19.3.2013, 5A_874/2012, c. 4, FamPra.ch 2013 n° 45 p. 752.

20^e ligne, insérer après EGBGB : dans sa version avant et après le 23.1.2013 ; puis ajouter à la fin : pour corriger les défauts du rattachement artificiel de la prévoyance à la loi régissant le divorce, cf. Gruber, IPRax 2016 p. 539-544.

30

In fine, ajouter : Ce rattachement doit viser « le pays dans le milieu socio-économique duquel s'inscrit l'activité génératrice des fonds de prévoyance » (Romano, RSDIE 2013 p. 378).

31

5^e ligne, ajouter l'ATF cité du 19.3.2013.

16^e ligne, ajouter : cf. Leuba, Journée de droit civil 2011, p. 116-118.

32

5^e ligne : l'ATF 28.4.2008, 5A_83/2008, c. 3.3, est publié *in* FamPra.ch 2008 n° 89 p. 913 ; puis ajouter aux ATF cités : ATF 21.1.2013, 5A_495/2012, c. 3.1.

In fine, ajouter après la mention des ATF de 2008 : suivis par le Tribunale d'appello TI, 8.2.2010, RtiD 2011 II n° 9c p. 684.

33

In fine, ajouter : Elle fut pourtant mentionnée dans un arrêt récent, alors qu'elle n'y a pas été appliquée, la loi portugaise du divorce ne permettant pas le partage des avoirs accumulés en Suisse (ATF cité du 19.3.2013, c. 4.1).

33a

La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion d'aborder la question du respect de l'ordre public étranger consacrant un système de prévoyance à caractère social. Le Tribunal fédéral a envisagé l'hypothèse d'une indemnité de départ des travailleurs qui poursuit un objectif social du fait qu'elle se substitue à une prestation de prévoyance et qu'elle pourrait à ce titre s'imposer en principe en tant que règle d'ordre public étranger en vertu de l'art. 19 (cf. ATF 136 III 392 ss, 399, concluant cependant qu'en l'espèce, l'indemnité de départ panaméenne se présente bien plutôt comme une récompense de caractère patrimonial). Ainsi, suivant ce raisonnement, il serait conforme à la conception suisse du droit que des prestations de prévoyance garanties par le système social dans un pays étranger soient impérativement respectées en Suisse.

35

8^e ligne, insérer après les ATF cités : ATF 21.1.2013, 5A_495/2012, c. 3.1 ; ATF 10.2.2016, 5A_422/2015, c. 6.2.2, FamPra.ch 2016 n° 20 p. 472.

22^e ligne, ajouter : Leuba, Journée de droit civil 2011, p. 120.

In fine, ajouter : C'est sur la base du montant du versement de départ auquel un époux peut prétendre à titre de liquidation de ses droits que doit être calculé l'avoir de prévoyance que l'on pourrait comparer au deuxième pilier des assurances sociales suisses, dont il faut déduire l'avoir correspondant au premier pilier, calculé sur la base du nombre d'années de cotisation ; l'indemnité d'après l'art. 124 CCS est déterminée à partir de l'option de base de l'art. 122 CCS, à savoir un partage par moitié, puis affinée en tenant compte notamment de la situation patrimoniale des parties après le divorce (cf. ATF 21.1.2013, 5A_495/2012, c. 3 ; ATF 29.7.2014, 5A_892/2013, c. 6).

36

17^e ligne, ajouter aux auteurs cités : Leuba, Journée de droit civil 2011, p. 119, 128.

26^e ligne, insérer : Le fait que l'Etat étranger revendique une compétence exclusive de ses autorités pour décider de la répartition des avoirs n'empêche pas les autorités suisses de tenir compte indirectement du résultat qu'il convient d'escompter (solution d'abord écartée par Romano, RSDIE 2013 p. 368, 390, puis admise comme étant compatible avec le respect de ladite compétence, p. 397).

3. La révision de 2015

37/1

La modification de l'art. 61 a pour but d'assurer que le droit suisse soit applicable au partage de la prévoyance professionnelle (cf. art. 59-65 n° 3, art. 61 n° 7a s. ; Bucher, Symposium Fribourg, p. 116-126). On entendait préserver ainsi la jurisprudence soumettant ce partage au même droit que le divorce lui-même (art. 63 al. 2, 1^{re} phrase). On aurait mieux fait de résoudre le problème tout simplement par une mention correspondante à l'art. 63 al. 2.

37/2

L'objectif visé consiste à réaliser le partage selon le *droit national auquel l'avoir de prévoyance lui-même est soumis*. C'est « la seule manière de garantir une interaction parfaite entre les règles de partage relevant du droit civil et les dispositions du droit des assurances sociales relatives aux avoirs de prévoyance » (FF 2013 p. 4351). Cependant, d'après le nouveau texte, la mise en œuvre de ce principe est faite de façon purement *unilatérale*, s'agissant des avoirs dans une institution suisse de prévoyance, tandis que, pour les avoirs à l'étranger, on appliquerait également le droit suisse et non le droit étranger de l'institution concernée (dichotomie critiquée par Romano, RSDIE 2013 p. 397-400 ; idem, FamPra.ch 2017 p. 71). Les règles de droit transitoire sont celles de la LDIP (art. 196-199) ainsi que l'art. 7e al. 2 TfCCS (cf. art. 196-199 n° 1-4). Pour le Tribunal fédéral, qui se réfère à l'art. 196 et interprète l'art. 199 purement « in favorem recognitionis », le jugement rendu à l'étranger avant l'entrée en vigueur du nouveau droit doit être reconnu encore sur la base des règles de l'ancien droit (cf. ATF 18.12.2018, 5A_841/2017, c. 4 et 5).

a) Avoirs de prévoyance en Suisse

37/3

La cohérence est parfaite par rapport aux attentes liées à une *institution suisse de prévoyance*. Dès lors que le divorce est nécessairement régi par le droit suisse, le partage de la prévoyance sera également fait selon ce droit. La compétence du juge suisse du divorce sera encore fondée sur l'art. 63 al. 1. Le fait qu'un nouvel alinéa 1^{bis} ajoute que cette compétence est exclusive ne vise en principe que le rejet de la compétence d'un tribunal étranger ; cela exclut cependant également la possibilité d'une prorogation de for (suisse ou étranger).

37/4

Toutefois, on regrettera le refus de reconnaître dorénavant des jugements étrangers statuant sur le partage des expectatives de prévoyance dans une caisse suisse. Après que les premiers jalons avaient été posés par le Tribunal fédéral (cf. art. 65 n° 37), cela n'a pas posé de problèmes insurmontables dans la pratique suisse, sauf sur le point de la réserve de l'ordre public. S'il apparaît qu'une solution choisie par le juge étranger n'est pas conforme aux dispositions suisses, qualifiées dorénavant d'impératives (FF 2013 p. 4380), l'action en modification aurait toujours été ouverte.

37/4a

Plutôt que de refuser tout jugement étranger affectant les prétentions envers une institution suisse de prévoyance, il aurait été préférable de n'adopter cette position que dans les cas de violation de l'ordre public suisse et d'ouvrir, pour les autres hypothèses, une possibilité d'obtenir un complément ou une modification, afin d'aboutir à une solution conforme au système suisse (cf. la proposition de Bucher, Symposium Fribourg, p. 119). Cela aurait permis de laisser la voie ouverte à la reconnaissance de jugements étrangers compatibles avec le régime suisse, en conservant sur ce point la jurisprudence (dont personne n'a montré qu'elle n'aurait pas donné satisfaction). Au Conseil des Etats, une proposition de renoncer à la compétence suisse exclusive et d'accepter (à l'art. 65) la reconnaissance de décisions étrangères compatibles avec le système suisse de prévoyance ainsi que la possibilité d'une action en modification a été écartée à une très courte majorité (22:21, BO CE 2014 p. 527-529) ; l'échec fut plus tranchant au Conseil national (BO CN 2015 p. 770 s.).

37/5

Cette position de refus risque de perturber le règlement équitable de l'ensemble des prétentions liées à la prévoyance (sans partager la critique excessive de Geiser, AJP 2014 p. 375-377). Car l'impossibilité d'obtenir l'exécution de son jugement en Suisse n'empêche pas le juge étranger de tenir compte des avoirs en Suisse dans le règlement qu'il retiendra sur le sort des avoirs dans l'ensemble (se trouvant dans son pays, en Suisse ou ailleurs encore), sous la forme d'une condamnation à payer un capital ou une rente qui n'a pas à être mise à exécution en Suisse. Pour aboutir à une solution évitant un déséquilibre au profit de l'un ou de l'autre époux, on pourrait, dans la mesure où cela est possible, imputer les montants correspondant dans le contexte du nouvel art. 124b (exceptions au partage par moitié) ou de l'art. 124e al. 1 (indemnité équitable). On suivra ainsi la voie ouverte, de toute façon, dans l'hypothèse où la compensation de prétentions de prévoyance a été intégrée dans le règlement de l'entretien du conjoint après le divorce (telle la prestation compensatoire du droit français) ou de la liquidation du régime matrimonial, résultant dans une décision qui doit être reconnue en Suisse (cf. FF 2013 p. 4383). Cela suppose, toutefois, que le juge suisse puisse suspendre la procédure en attendant le prononcé du juge étranger. Or, cela n'est pas prévu à l'art. 283 al. 3 CPC ; l'art. 9 LDIP ne le permettrait que si le juge étranger est saisi de l'action en divorce et l'a été en premier. Une fois que le juge suisse a statué sur le partage ou sur une éventuelle indemnité équitable, il n'y a plus de motif selon la loi pour procéder à une modification en arguant du sort réservé à la prévoyance devant le juge étranger (contrairement à ce que suggère le Message, FF 2013 p. 4383). On fera une exception, cependant, pour le cas où le juge suisse a inséré dans son dispositif une réserve pour le cas où un jugement étranger à venir affecte sensiblement la solution retenue en Suisse.

37/5a

Saisi de la question pour la première fois, le Tribunal fédéral n'a pas vu le problème sous cet angle, pourtant déjà expliqué dans le Message (FF 2013 p. 4383). En l'espèce, le litige portait sur la reconnaissance d'un jugement français statuant sur la prestation compensatoire, celle-ci étant déterminée compte tenu de tous les éléments du patrimoine respectif de chaque époux, y compris la prétention du mari par rapport à sa prévoyance professionnelle en Suisse. Pour le Tribunal fédéral, cette prise en compte de la prévoyance suisse de la part du juge français devait être reconnue en Suisse en vertu des règles applicables avant la réforme entrée en vigueur le 1.1.2017 (cf. n° 37/2 et l'ATF cité), tandis que par rapport à des jugements rendus après cette date, ceux-ci seraient toujours lacunaires compte tenu de la compétence exclusive des tribunaux suisses, de sorte qu'il faut introduire dans tous les cas une action en complètement devant le juge suisse, suivie du règlement sollicité auprès du tribunal des assurances sociales (ATF cité, c. 4.3, 4.5.2). Or, cela est valable par rapport à un jugement étranger statuant sur le partage de la prévoyance professionnelle suisse, mais cette position ne peut interférer avec l'obligation de reconnaître un jugement étranger ayant tenu compte de ce partage uniquement à titre incident, lorsque le prononcé porte soit sur l'obligation alimentaire (reconnu selon la Convention de Lugano, cf. art. 1 CL n° 9), soit sur le régime matrimonial (reconnu selon ses propres règles, notamment l'art. 58).

37/5b

Même si l'on devait estimer que la nécessité de devoir solliciter le partage dans une procédure séparée en Suis-

se n'ajoute guère plus qu'une lourdeur administrative, l'on ne doit pas sous-estimer un danger que le législateur n'a point pris en compte : Après avoir obtenu le divorce à l'étranger, l'époux créancier au partage est exposé au risque que son ex-conjoint dispose de son avoir en Suisse sans le consentement de son ex-époux. Celui-ci devrait donc sécuriser sa prétention au plus vite, à commencer par des mesures provisionnelles enjoignant à l'institution de prévoyance de suspendre tout versement anticipé (cf. Leuba/Udry, Symposium Fribourg, p. 21).

37/6

Le Message ne fait aucune mention du cas de prévoyance liée à une caisse gérée pour les employés d'une *Organisation internationale*. Ces institutions ne connaissent pas de partage à l'occasion d'un divorce. On décidera d'une indemnité en suivant la jurisprudence relative à l'art. 124, devenu le nouvel art. 124e al. 1.

b) Avoirs de prévoyance à l'étranger

37/7

Pour le règlement des avoirs situés dans des *institutions étrangères de prévoyance*, le nouveau régime n'est pas sans contraste. En vertu de l'art. 63 al. 2, 1^{re} phrase, qui reflète l'application exclusive du droit suisse à l'action en divorce (art. 61), le *droit suisse* sera également déterminant pour le partage de prétentions à l'égard d'une telle institution. Le principe de faire prévaloir la loi étrangère de l'institution est balayé, « de crainte que le conjoint de la personne qui détient les avoirs ne reparte trop souvent les mains vides » (FF 2013 p. 4380). L'argument contient un grain de vérité, sans être pertinent : statuer en Suisse sur un partage à effectuer à l'étranger peut être vain, en effet, faute de reconnaissance, mais procéder au partage en vertu du droit suisse rend cet objectif encore plus aléatoire.

37/8

Le règlement procédural d'un tel partage à effectuer par rapport à une caisse de prévoyance à l'étranger peut apporter des solutions. S'il est confronté à la question, le juge suisse, au lieu de statuer sur les prétentions à l'égard d'une telle caisse, peut renvoyer le règlement de la prévoyance professionnelle à une *procédure séparée* et, si une décision relative au partage de celles-ci peut être obtenue dans l'Etat en question, *suspendre* cette procédure jusqu'à ce que la décision étrangère ait été rendue (nouvel art. 283 al. 3 CPC). Le jugement étranger qui est escompté devra procéder au partage effectif de l'avoir de prévoyance étranger. On notera que la « procédure séparée » est celle devant le juge suisse, portant sur le partage « dans son ensemble », tandis que la décision escomptée de l'autorité étrangère porte uniquement sur des « prétentions de prévoyance à l'étranger » (cf. Oberson/Wälti, FamPra.ch 2017 p. 113-115 ; point d'incertitude pour Romano, FamPra.ch 2017 p. 68).

37/9

En soi, le juge suisse aura la faculté et non l'obligation de suspendre la procédure lorsqu'une prétention de droit étranger de prévoyance est invoquée. La compétence suisse étant affirmée de manière générale par rapport aux avoirs auprès d'institutions étrangères de prévoyance, le juge, s'il renonce à une telle suspension, *procède au partage des avoirs étrangers selon le droit suisse*. Cependant, l'affirmation du principe est vide de sens dans la mesure où les dispositions du droit civil suisse relatives à un tel partage sont « autolimitées » et n'entendent pas régir le sort des prétentions de prévoyance non rattachées à une institution suisse. La loi sur le libre passage (LFLP) n'a aucune vocation à s'appliquer aux institutions de prévoyance étrangères (cf. n° 25). Il en résulte qu'en raison du principe de l'application exclusive du droit suisse, le juge suisse ne peut procéder au partage affectant des avoirs à l'étranger. Tout au plus pourrait-il statuer sur la clé de répartition dans le partage (art. 283 al. 3, *in fine*, CPC) ; cependant, cela serait aléatoire et sans effet à l'étranger si l'institution étrangère procède différemment selon son propre droit. Le Message ajoute dès lors judicieusement une note de réalisme en constatant que « dans la plupart des cas », seul un partage *indirect* en vertu de l'art. 124e al. 1 CCS sera possible (FF 2013 p. 4381). Ce n'est cependant pas ce qu'il devra faire d'emblée. Car idéalement, il devrait laisser prévaloir, dans un premier temps, le règlement direct de la question devant les autorités étrangères compétentes (FF 2013 p. 4375). Si tel n'est pas l'option choisie, à la demande des parties, par exemple, le juge se tourne vers l'examen de la question de l'indemnité équitable, par rapport à laquelle le sort des avoirs à l'étranger se manifeste indirectement (cf. Cardinaux, Symposium 2015, p. 110).

37/10

Suivant la première option, les époux se verront renvoyés devant le tribunal étranger compétent dans le pays de l'institution concernée pour y obtenir un partage « direct ». Le Message leur indique que, pour ce faire, ils peuvent « transférer préalablement la compétence » au tribunal étranger à cet effet, en vertu de l'art. 5 LDIP (FF 2013 p. 4381). En fait, ce n'est pas d'un transfert de compétence dont il s'agit, mais de l'acceptation d'une

dérogation à la compétence suisse du juge du divorce pour statuer sur un partage d'avoirs étrangers (cf. Romano, FamPra.ch 2017 p. 67). Le tribunal étranger, quant à lui, constatera sa compétence selon ses propres règles et non par le biais d'une prorogation convenue en référence au droit suisse. Afin de procéder ainsi, il convient d'établir qu'une décision portant sur les avoirs à l'étranger peut y être obtenue.

37/11

Un tel jugement étranger ayant été « obtenu », le juge suisse reprendra alors la procédure et procédera au *partage dans son ensemble*, dont il faut rappeler qu'il restera soumis au droit suisse. Le résultat final devra donc correspondre aux principes du Code civil. Le cas échéant, la clé de répartition par moitié est adaptée en conséquence (nouvel art. 124b CCS, qui ne mentionne pas cette hypothèse-là). Certes, le juge peut statuer sur les proportions du partage déjà au moment où il suspend la procédure (art. 283 al. 3, 3^e phrase, CPC), mais cela ne semble pas devenir la règle tant qu'il ignore le résultat du partage s'opérant à l'étranger. A défaut d'être pris en compte dans un partage « suisse » des prestations de prévoyance, il est tenu compte du partage étranger dans le contexte de l'allocation d'une indemnité équitable (art. 124e al. 1 CCS). Aucun rapprochement n'est fait dans ce contexte avec la réflexion exprimée dans le cas du Panama (ATF 136 III 392 ss, 399), indiquant que des prestations de prévoyance garanties dans un pays étranger devraient être respectées impérativement en Suisse. On observera également que la méthode d'imputation suggérée n'est pas toujours facile à suivre, en particulier dans l'hypothèse d'un jugement étranger portant sur des avoirs étrangers proportionnellement bien plus importants que les avoirs en Suisse, dont la reconnaissance doit être acceptée sans qu'il soit procédé à une révision au fond (art. 27 al. 3 LDIP). Il faut compter également avec l'hypothèse d'une correction consécutive obtenue devant le juge étranger, estimant que l'indemnité équitable du droit suisse avantage par trop l'un des époux au regard de sa propre loi (cf. Romano, FamPra.ch 2017 p. 72-74, 76 s.).

37/12

En revanche, dans la mesure où une indemnité équitable a déjà été accordée en Suisse, sans attendre le partage effectif d'avoirs de prévoyance à l'étranger, la question de la prise en compte, a posteriori, du résultat de ce partage en Suisse se pose, afin d'éviter un déséquilibre au préjudice de l'un ou de l'autre ex-époux. Selon l'art. 1^{er} art. 124e al. 2 CCS, il peut alors être procédé à une *adaptation* du jugement suisse ayant accordé l'indemnité. On fera mieux, cependant, d'éviter une telle seconde procédure par la production, au premier stade déjà, de données comptables aussi précises que possibles sur le montant qui sera retenu par l'autorité étrangère compétente, afin que le juge suisse du divorce, statuant en vertu de l'art. 124e al. 1 CCS, puisse viser juste.

37/13

Cette hypothèse impliquant une *modification ou un complément du jugement suisse de divorce*, il conviendra de déterminer le for compétent. La règle de principe qui s'applique reste celle de l'art. 64 al. 1, 1^{re} phrase, désignant le for du juge du divorce et ceux des art. 59 et 60. Si aucun for suisse n'est ainsi désigné, le tribunal compétent est, d'après le nouvel alinéa 1^{bis}, celui du siège de l'institution de prévoyance visée ; s'il en existe plusieurs, l'art. 8a al. 2 est applicable. La même disposition rappelle l'art. 63 al. 1^{bis}, affirmant le caractère exclusif des fors suisses en la matière. L'art. 64 est également pertinent lorsqu'il y a lieu de déterminer uniquement la compétence du juge de prévoyance (nouvel art. 25a al. 1 LPP ; cf. Cardinaux, Symposium 2015, p. 108 s.). En guise d'alignement sur le nouvel art. 61, le droit suisse est seul applicable (art. 64 al. 2, 2^e phrase).

37/14

Dans la mesure où le droit suisse ouvre la voie à une adaptation d'un jugement suisse préalablement rendu (art. 64), ainsi que dans le cas où une procédure suspendue peut être reprise (art. 283 al. 3 CPC), il se pose la question de savoir si cela suppose la *reconnaissance de la décision étrangère* consacrant le partage des avoirs de prévoyance accumulés à l'étranger. Le Message semble partir de l'idée que tel est bel et bien le cas, mais il s'abstient de fournir un élément de réponse sur les conditions d'une telle reconnaissance, étant rappelé cependant que des décisions étrangères relatives à des avoirs suisses ne seront plus reconnues (FF 2013 p. 4382).

37/15

La loi étant muette sur cette question, il conviendra d'appliquer les conditions générales des art. 25 ss LDIP et, sur le point critique de la *compétence*, l'art. 26 et, le cas échéant, l'art. 65. D'après l'art. 26 lit. b, la compétence de l'autorité étrangère est reconnue si les parties s'y sont soumises par une « convention valable » selon l'art. 5. Cela correspond à l'hypothèse évoquée dans le Message. Mais dans la réalité, on voit mal les époux conclure par écrit un tel accord, ce d'autant que sa rédaction ne sera pas chose facile, étant donné que la dérogation au for suisse ne porte que sur le partage initial des avoirs à l'étranger, mais non sur la compétence du juge suisse pour procéder au « partage dans son ensemble ». La disposition de l'art. 26 lit. c sera souvent utile, acceptant la compétence étrangère si le défendeur a procédé au fond sans faire de réserve. On devrait cependant également pouvoir s'en remettre à l'art. 65, faute de mieux, tout en regrettant que la loi ne règle pas ce

point. Le fait que la compétence du juge étranger soit exclusive n'est pas décisif (contra : Romano, FamPra.ch 2017 p. 68).

37/16

La question pourrait cependant être abordée autrement dans un grand nombre de cas. On constate en effet que les nouvelles règles, lorsqu'elles se réfèrent au règlement d'un partage survenu à l'étranger, indiquent qu'une « décision » aurait été « obtenue » ou « rendue » (art. 283 al. 3 CPC), tandis que l'adaptation de l'indemnité équitable peut avoir pour cause le fait que des prétentions de prévoyance existant à l'étranger « ont été partagées en vertu d'une décision étrangère contraignante pour le débiteur étranger des prestations de prévoyance » (art. 124e al. 2 CC). Or, cette « contrainte » ayant eu lieu à l'étranger, s'agirait-il encore effectivement d'obtenir en Suisse une reconnaissance de la décision étrangère, ou ne suffirait-il pas de traiter celle-ci simplement par la *prise en compte* de son résultat dans le calcul du « partage dans son ensemble » auquel le juge suisse procédera selon le droit suisse ? Rien ne l'en empêche, dans la mesure en effet où le partage « suisse » est fondé sur une situation de fait composée de nombreuses éléments comptables dont l'effectivité peut être constatée sans que l'on procède à la reconnaissance d'un titre juridique. Le respect de la compétence exclusive revendiquée par l'Etat étranger concerné par rapport aux avoirs qui y sont détenus n'est pas incompatible avec la possibilité pour le juge suisse d'ajuster sa décision en fonction du sort réservé aux avoirs dans cet Etat (cf. Romano, RSDIE 2013 p. 397 ; idem, FamPra.ch 2017 p. 75). On observe également que la décision étrangère visée est celle qui contraint l'institution de prévoyance étrangère en tant que débiteur ; c'est son caractère de « fait accompli » dont il est tenu compte (FF 2013 p. 4375, 4382), sans impliquer un contrôle fondé sur la reconnaissance. Une approche comparable pourrait se révéler incontournable dans l'hypothèse où l'autorité étrangère a étendu son règlement de la répartition de la prévoyance aux avoirs en Suisse : cette décision ne peut être reconnue en Suisse sur ce dernier point, mais il faudrait néanmoins pouvoir tenir compte du résultat factuel de l'impact attribué au patrimoine de prévoyance en Suisse sur le règlement d'ensemble effectué par l'autorité étrangère (cf. n° 37/5).

37/17

La situation est différente, cependant, lorsque la décision étrangère fournit à l'un des époux une prétention, non encore mise à exécution. Dans une telle hypothèse, soit le juge en incorpore le montant dans sa détermination sur le partage de l'ensemble, soit il en tient simplement compte par un effet de soustraction : dans les deux cas, la décision étrangère doit jouir d'une validité juridique en Suisse, ce qui suppose qu'elle réponde aux conditions de reconnaissance de la LDIP (sous réserve de l'applicabilité d'un Traité bilatéral). Tel sera notamment le cas d'un jugement étranger procédant à un partage direct sous la forme d'une rente du type de l'art. 124e al. 1 CCS ; un tel jugement « est tout à fait bienvenu » (FF 2013 p. 4375) – il le serait mieux encore si l'on savait quelles conditions sont à respecter.

37/18

En conclusion, le système adopté par le législateur est fondé sur le *cloisonnement des ordres juridiques* : la prévoyance suisse est réglée exclusivement en Suisse et selon le droit suisse, tandis que les époux disposant d'avoirs à l'étranger sont renvoyés devant les tribunaux étrangers. Le principe est celui de la *scission* du statut de prévoyance, ce qui place la Suisse en retrait par rapport à l'objectif d'unité qu'il conviendrait d'atteindre. Une concession est faite en ce sens que le résultat obtenu à l'étranger peut être pris en compte en Suisse, mais il ne le sera qu'en vertu du droit suisse et, le plus souvent, à titre indirect lors de la fixation d'une indemnité. A l'interpellation du Conseiller national Pezzatti (n° 12.4092), qui voulait savoir si le Conseil fédéral était prêt à élaborer des solutions – dans les relations avec l'Allemagne – pour éviter aux couples qui veulent se séparer de devoir passer devant deux tribunaux, un tribunal allemand et un tribunal suisse, le Conseil fédéral a répondu qu'il profitera de son Message « pour proposer des clarifications et une simplification du partage de la prévoyance en matière internationale (for, droit applicable, reconnaissance et exécution des jugements étrangers) ». Or, s'agissant du problème visé dans l'interpellation, de la duplication des procédures, on est loin du compte. (Sur les modalités du transfert international de l'avoir de prévoyance, cf. Cardinaux, p. 116-123).

46

In fine, ajouter : et adoptée par l'Obergericht ZH (BIZR 2012 n° 17 p. 37) et le Tribunale d'appello TI (RtiD 2013 I n° 64c p. 854). Dans le contexte de la réforme du droit sur l'autorité parentale, ce point d'incertitude a été éliminé (FF 2013 p. 4237).

Art. 64

5

3^e ligne, ajouter : ATF 17.12.2015, 5A_475/2015, c. 1.4.

6

4^e ligne, ajouter : ATF 19.3.2013, 5A_874/2012, c. 3.1.

11

5^e ligne, ajouter à l'ATF 112 II 289 ss : ATF 26.3.2012, 5A_824/2011, c. 4.

In fine, ajouter : Il en va de même pour l'entretien sollicité pendant la durée d'une telle procédure (ATF 144 III 368 ss, 373 s.).

12

In fine ajouter : Il n'y a pas de place pour l'argument que le juge étranger du divorce aurait dû soumettre celui-ci à un autre droit (ATF 14.10.2015, 5A_163/2015, c. 2-4).

15

6^e ligne : L'art. 142 CCS a été remplacé par l'art. 281 CPC. Puis ajouter aux références : Leuba, Journée de droit civil 2011, p. 122 s.

16

2^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 6.5.2015, 5A_897/2014, c. 3.3.1.

3^e ligne, ajouter à l'art. 5 : ATF cité du 6.5.2015, c. 3.

In fine, remplacer la mention de l'ATF 135 V 425 ss par : cf. nouvel art. 25a al. 1 LPP ; Cardinaux, Symposium, p. 108 s.

17

9^e ligne, ajouter aux auteurs cités : Leuba, Journée de droit civil 2011, p. 112.

18

13^e ligne, insérer avant l'arrêt argovien : ATF 19.3.2013, 5A_874/2012, c. 4.1, FamPra.ch 2013 n° 45 p. 752.

19

In fine, ajouter : Dans un arrêt récent cependant, le Tribunal fédéral a choisi l'approche directe, estimant que le jugement français n'ayant pas tenu compte, dans le contexte de la prestation compensatoire, de tous les « éléments essentiels » du partage des avoirs de prévoyance accumulés en Suisse, devait être complété devant les tribunaux suisses, ce qui ne peut se faire correctement qu'en vertu de la loi suisse (ATF 1.6.2011, 5A_835/2010, c. 2, obs. Bucher, RSDIE 2012 p. 295 ; cf. Leuba, Journée de droit civil 2011, p. 124-126).

31

5^e ligne, ajouter à l'art. 85 al. 1 : qui constitue une lex specialis (ATF 142 III 56 ss, 60).

Art. 65

10

3^e ligne, ajouter : ATF 15.6.2016, 5A_54/2016, c. 3.3.

14

3^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 144 III 368 ss, 375.

15

4^e-7^e lignes : supprimer la phrase et noter simplement : cf. ATF 126 III 333 ; ATF cité du 15.6.2016, c. 3.4.

17

3^e ligne, ajouter : ATF 9.7.2018, 5A_924/2017, c. 3.2.2.

23a

L'autorisation d'un tribunal rabbinique de dissoudre le mariage, délivrée au mari sous la forme du « ghet », ne peut être reconnue en Suisse. Il ne s'agit en effet que d'un acte intermédiaire, car la dissolution du mariage reste « suspendue » à la seule volonté du mari de remettre ou non ce document à la femme. Faute de reconnaissance, il n'y a pas lieu de suspendre l'examen d'une demande en divorce intentée en Suisse, au motif d'une litispendance (art. 9). En effet, le tribunal suisse ne saurait se contenter d'une simple perspective de la remise du « ghet » par le mari, qui ne peut y être contraint. En outre, même s'il arrive que le tribunal rabbinique puisse condamner le mari à remettre le « ghet » à sa femme, il n'y a plus de procédure pendante devant ce tribunal après cette décision, la litispendance étant ainsi levée. La procédure suisse de divorce doit donc suivre son cours (cf., en ce sens, la décision de l'Obergericht ZH, rapportée par Widmer/Grolimund, p. 213-219).

27

8^e ligne, ajouter au ch. 3 : ATF 144 III 368 ss, 375

33

In fine, ajouter : Pour savoir si le jugement étranger de divorce a réglé ou non les effets accessoires, il y a lieu parfois de l'interpréter (ATF 12.7.2012, 5A_2012, c. 3 et 4 ; ATF 19.3.2013, 5A_874/2012, c. 2.2, FamPra.ch 2013 n° 45 p. 752 ; ATF 27.8.2013, 5A_249/2013, c. 3.5).

37

4^e ligne, ajouter à l'ATF 130 III 339 : ATF 30.1.2013, 9C_490/2012, c. 2.1, RtiD 2013 II n° 34 p. 171.

9^e ligne, insérer : Si la clef de partage est acceptable, on procède à une reconnaissance partielle, les modalités du transfert du patrimoine étant réglées par le tribunal cantonal des assurances (ATF cité du 30.1.2013, c. 2.5).

13^e ligne, ajouter à propos de l'ATF 134 III 661, 664-666 : Leuba Journée de droit civil 2011, p. 124-126.

In fine, ajouter à l'ATF cité : cf. obs. Bucher, RSDIE 2012 p. 295 – arrêt dont la portée a été précisée en ce sens qu'en l'espèce, la prestation compensatoire du droit français n'apparaît pas choquante dans son résultat dès lors qu'elle inclut l'expectative de prévoyance en Suisse et peut être comparée à une indemnité équitable au sens de l'art. 124 al. 1 CCS, notamment dans une hypothèse où les époux n'ont pas fait preuve d'une volonté de transparence devant le juge français (ATF 24.10.2013, 5A_419/2013, c. 3, FamPra.ch 2014 n° 5 p. 196).

En revanche, il n'y a aucune raison pour soutenir une position par principe favorable à la reconnaissance du jugement étranger sur le point de la prévoyance au motif que l'époux qui s'y opposerait en arguant du montant trop modeste retenu par le juge étranger pourrait alors revendiquer l'entier de sa part en Suisse ; car, en effet, celle-ci pourra être réduite en vertu de l'art. 123 al. 2 ou de l'art. 124 CCS (point important qui n'a pas été intégré dans l'analyse de Romano, RSDIE 2013 p. 391). La nouvelle législation du 19.6.2015 (cf. art. 59-65 n° 3) apporte sur ce point un changement radical de stratégie (cf. art. 63 n° 37/3-37/5a, 37/11-37/17 ; Romano, RSDIE 2013 p. 394-397), visant à remédier un système qui pouvait pénaliser lourdement le conjoint (normalement la femme) n'ayant pas cotisé à un fonds de pension pendant la vie commune (cf. Schindler, Revue de l'avocat 2014 p. 164-167).