

Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 1 ^{re} éd. 2011	Mise à jour Andreas Bucher 26.9.2021
--	---

Chapitre 3 Mariage

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 ; FF 2019 p. 8144-8149, 8163 ; 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 ; FLORENCE GUILLAUME, The Connecting Factor of the Place of Celebration of Marriage in Swiss Private International Law, *YPIL* 21 (2019-20) p. 399-423 ; SIMON OTHENIN-GIRARD, Annexe I, Droit international privé, in François Bohnet/Olivier Guillod (éd.), *Droit matrimonial*, Bâle 2016, p. 1787-2002 ; CLARA WACK, La réception du droit musulman dans l'ordre juridique suisse : la reconnaissance des mariages polygames et de la répudiation, *FamPra.ch* 20 (2019) p. 1148-1173.

Droit international privé étranger et comparé :

MARIANNE ANDRAE/R. ABBAS, Personenstandsrechtliche Behandlung einer gleichgeschlechtlichen Eheschliessung, *StAZ* 64 (2011) p. 97-106 ; GIACOMO BIAGIONI, Unioni same-sex e diritto internazionale privato: il nuovo quadro normativo dopo il d.lgs. n. 7/2017, *RDI* 199 (2017) p. 496-526 ; JUSTIN BORG-BARTHET, The Principles Imperative to Recognise Same-Sex Unions in the EU, *JPIL* 8 (2012) p. 359-388 ; DOMINIQUE BUREAU, Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité, in *Mélanges en l'honneur de Bernard Audit*, Paris 2014, p. 155-184 ; CHRISTINE BUTZIKIEWICZ, Internationales Familienrecht : Ein Blick auf die jüngsten Reformen im österreichischen IPR-Gesetz, *ZfRV* 61 (2020) p. 37-43 ; GÜLAY CATALTEPE, Internationales Eherecht der Türkei, *ZfRV* 55 (2014) p. 224-237 ; 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 ; MICHELE GRASSI, Sul riconoscimento dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso : il caso Coman, *RDIPP* 55 (2019) p. 739-776 ; LENA HILDEBRAND, Die Bekämpfung der Zwangsheirat in Deutschland, Baden-Baden 2015 ; SAMEH ISKANDER, Hinkende Ehen zwischen islamischem Recht und europäischem internationalem Privatrecht, dargestellt am Beispiel Deutschlands und Ägyptens, Hamburg 2009 ; DIRK LOOSCHELDERS, Gleichgeschlechtliche Ehen im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, in *Festschrift für Herbert Kronke*, Bielefeld 2020, p. 317-328 ; OLIVIA LOPES PEGNA, Effetti dei matrimoni same-sex contratti all'estero dopo il « riordino » delle norme italiane di diritto internazionale privato, *RDI* 100 (2017) p. 527-551 ; Peter MANKOWSKI/FRIEDERIKE HÖFFMANN, Scheidung ausländischer gleichgeschlechtlicher Ehen in Deutschland ?, *IPRAX* 31 (2011) p. 247-254 ; FRANCESCO PESCHE, La nozione di « matrimonio » : diritto internazionale privato e diritto materiale a confronto, *RDIPP* 55 (2019) p. 777-818 ; THOMAS SPERNAT, Die gleichgeschlechtliche Ehe im internationalen Privatrecht, Frankfurt a.M. 2011 ; SANDRO WIGGERICH, Bis dass der Tod sie scheidet? - Problem der Scheidung ausländischer gleichgeschlechtlicher Ehen am Beispiel Kanadas, *FamRZ* 59 (2012) p. 1116-1120.

2 n

La réforme sur le Mariage pour tous a sensiblement modifié la nature de l'institution et le règlement de la relation maritale dans le domaine interne et international. Le Parlement a été saisi d'un projet de loi « Mariage civil pour tous » préparé par la Commission des affaires juridiques du Conseil national et tendant à mettre en œuvre l'initiative parlementaire sur le même objet (cf. le Rapport, FF 2019 p. 8127-8168, suivi du texte du projet, p. 8169-8177, et de l'avis du Conseil fédéral, FF 2020 p. 1223-1226). Les travaux ont abouti à la loi du 18.12.2000 (FF 2020 p. 9607) qui a été approuvé lors de la votation populaire du 26.9.2021. L'entrée en vigueur peut être escomptée pour le 1.7.2022. Plusieurs dispositions de la LDIP ont été créées ou modifiées. Une certaine place est laissée à la compétence des autorités et au droit de l'Etat – suisse ou étranger – de la célébration du mariage (art. 50, 51, 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). Aux Chambres fédérales, ces dispositions n'ont pas donné lieu à un débat. En parallèle, le partenariat enregistré sera réduit à ceux qui ne souhaitent pas la conversion en mariage ainsi que pour les partenariats enregistrés à l'étranger. L'institution va donc perdre énormément de son intérêt.

2b n

La rédaction de ce Commentaire met l'accent sur la simplicité linguistique, l'expression « époux » étant à comprendre comme comprenant la variante féminine d'« épouse ». La nouvelle législation a d'ailleurs renoncé à rendre explicite la connotation féminine des membres d'un couple.

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).

5

2^e ligne : biffer Volken

Art. 43-45a

1

In fine, ajouter : la réforme sur le Mariage pour tous a apporté une transformation profonde à l'institution, comprenant les dispositions sur la célébration du mariage.

3 n

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 domiciliée en Suisse et ayant célébré un mariage alors qu'elle était encore mineure. L'Ordonnance sur l'état civil a également subi des modifications (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 Zwangsheiraten 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 ; MICHAEL BOGDAN, Some critical comments on the new Swedish rules on non-recognition of foreign child marriages, JPIL 15 (2019) p. 247-256 ; DAGMAR COESTER-WALTJEN, Kinderehen - Neue Sonderanknüpfungen im EGBGB, IPRax 37 (2017) p. 429-436 ; IDEM, Minderjährigenehen – wider den „gesetzgeberischen Furor“, IPRax 39 (2019) p. 127-132 ; IDEM, Überlegungen zur Reform des internationalen Privatrechts der Eheschliessung, IPRax 41 (2021) p. 29-39 ; KATHARINA DE LA DURANTAYE, Same same but different? Das IPR der Ehe für alle nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung des Eheöffnungsgesetzes, IPRax 39 (2019) p. 281-290 ; 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 ; ESTELLE FOHRER-DEDEURWAERDER, Les outils de droit international privé pour lutter contre les mariages forcés, *in* Les mariages forcés et le droit, Varenne 2018, p. 209-220 ; 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 ; MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG, Sweden : Non-recognition of child marriages concluded abroad, IPRax 40 (2020) p. 267-273 ; IDEM, Non-Recognition of Child Marriages : Sacrificing the Global for the Local in the Aftermath of the 2015 « Refugee Crisis », in International and National Perspectives on Child and Family Law, Essays in Honour of Nigel Lowe, Cambridge 2018, p. 267-281 ; DAGMAR KAISER, Zwangsheirat, FamRZ 60 (2013) p. 77-90 ; GUILLAUME KESSLER, La consécration par la CJUE du droit de séjour du conjoint du même sexe du citoyen européen, Clunet 146 (2019) p. 27-47 ; CHRISTIAN KOHLER, La nouvelle législation allemande sur le mariage et le droit international privé, Rev.crit. 2018 p. 51-58 ; MARK MAKOWSKY, Die « Minderjährigenehe » im deutschen IPR, RabelsZ 83 (2019) p. 577-611 ; PETER MANKOWSKI, In Deutschland (bisher) nicht anerkannte Scheidung aus einem Nichtmitgliedstaat der Brüssel IIA-VO und erfolgte Wiederverheiratung in einem dritten Staat, StAZ 69 (2016) p. 193-200 ; IDEM, Das Gesetz über die „Ehe für alle“, seine Folgen und sein europäisches Umfeld im Internationalen Privat- und Prozessrecht, IPRax 37 (2017) p. 541-551 ; MAX-PLANCK-INSTITUT HAMBURG, Die Frühehe im Rechtsvergleich: Praxis, Sachrecht, Kollisionsrecht, RabelsZ 84 (2020) p. 705-785 ; ANJA JULIANE MÜLLER, Die Heilung von formellen Eheschliessungsmängeln bei Ehen mit Auslandsberührung nach deutschem Recht, Berlin 2008 ; THOMAS RAUSCHER, Rechtskolonialismus oder Zweckverfehlung ?, Auswirkungen des Kinderehebekämpfungsgesetzes im IPR, in Zivilprozess und Vollstreckung, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Berne 2018, p. 245-268 ; PHILIPP M. REUSS, Das Verbot von « Kinderehen » - die deutsche Regelung aus rechtsvergleichender Sicht, FamRZ 66 (2019) p. 1-10 ; CAROLINE S. RUPP, Ansprüche bei der Auflösung von Verlobnissen aus grenzüberschreitender Perspektive, RabelsZ 83 (2019) p. 154-187 ; FRITZ STURM, Handschuhehe und Selbstbestimmung, IPRax 33 (2013) p. 412-418 ; FILIZ SÜTÇÜ, Zwangsheirat und Zwangsehe, Frankfurt a.M. 2009 ; FABIAN WALL, Das « Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen » auf dem Prüfstand des Freizügigkeitsrechts, StAZ 72 (2019) p. 331-338 ; MAR-PHILIPPE WELLER *et al.*, Das Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen – eine kritische Würdigung, FamRZ 65 (2018) p. 1289-1298.

Art. 43

3a n

La *conversion* d'un partenariat enregistré en mariage correspond à un mariage, tant en ce qui concerne ses effets que son mode de célébration (cf. art. 35 LPart). L'art. 43 y est donc applicable, cependant sans ses alinéas 2 et 3. En effet, une telle conversion n'est pas comparable avec l'hypothèse d'un remariage précédé d'un divorce (al. 3). Le contrôle exercé sous l'angle de la reconnaissance dans l'Etat du domicile ou de la nationalité de l'un des partenaires (al. 2) semble inapproprié s'agissant d'un partenariat enregistré ou reconnu en Suisse, dont le refus de la conversion en mariage serait incohérent et difficilement acceptable au regard de l'ordre public suisse.

9

5^e ligne : biffer Courvoisier

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.

4a n

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 a ainsi été 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).

4b n

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) a 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, il ne manque pas d'officiers d'état civil à avoir peur des représailles qui les guettent au coin de la rue. La nouvelle règle révèle des ambiguïtés qui risquent de limiter son efficacité. En effet, tout doute, même 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 peut 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 ».

4d n

En admettant néanmoins qu'aucun mariage hors volonté n'est accessible en Suisse, l'on ne saurait 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 rencontrent aucune politique répressive, bien au contraire. 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.

4e n

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. Dans de larges milieux agissant dans un contexte culturel de contrainte, cela ne suffira pas pour faire impression. 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. La statistique fédérale clôt le débat : entre 2013 et 2018, il y a eu 4 condamnations au total (zéro en 2017 et 2018).

4f n

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.

4g n

Des délibérations législatives, à commencer par le Message, il est ressorti l'option 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). Le Message a cependant également soutenu la solution opposée de refuser les mariages avec des mineurs conclus à l'étranger, étant donné que les causes d'annulation relèvent de l'ordre public (FF 2011 p. 2067, 2068, 2077). La confusion était le maître de l'analyse (cf. Bucher, AJP 2013 p. 1157 s.). Malgré le constat de l'échec de l'approche choisie, le Conseil fédéral n'a pas voulu revenir sur le *système de reconnaissance puis d'annulation*. Le résultat est ce que l'on constate aujourd'hui : les mariages de mineurs sont reconnus en Suisse et le nombre de leurs annulations se limite à guère plus de deux sur quatre ans. Sachant que l'on en recense au moins 50 par an, sans connaître ceux qui sont occultés, on est loin du compte. La Commission des affaires juridiques du Conseil national en a tiré la conclusion, à travers une Motion (n° 20.3011), qu'il faut corriger l'art. 105 ch. 6 CCS en ce sens que tout mariage doit être annulé « lorsque l'un des époux était mineur au moment de la célébration ». Cependant, ce faisant, on renonce à placer le remède au niveau de l'ordre public, sans inciter davantage les autorités à intenter l'action en annulation.

4h n

La situation est alarmante si l'on croit les conclusions du Conseil des droits de l'homme du 10.7.2019, considérant que les mariages d'enfants, les mariages précoces et les mariages forcés constituent une violation des droits de l'homme (A/HRC/41/L.8/Rev.1). Le Conseil exhorte les Etats à protéger les victimes de tels mariages et à réaliser leurs droits fondamentaux. Cela comprend la garantie de l'accès à la justice afin de faire respecter les lois visant à empêcher de tels mariages et à y mettre fin. 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 invalide (« 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, notamment 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 ; Rauscher, Festschrift Kren, p. 250 ; Fountoulakis/Mäsch, Festschrift Geiser, p. 241 s., 251 ; Reuss, FamRZ 2019 p. 5 s.). Le Bundesverfassungsgericht est saisi du cas d'un mariage conclu par un mineur alors qu'il avait moins de 16 ans (1 BvL 7/18).

4i n

Se servant de son Rapport d'évaluation du 29.1.2020 comme base de réflexion, le Conseil fédéral a préparé un *projet* de modification du Code civil qui fait l'objet d'une procédure de consultation (FF 2021 p. 1556). Ce projet conserve le cas d'annulation d'un mariage forcé (art. 105 ch. 5 CCS), mais il modifie le régime applicable aux mariages de mineurs (art. 105a CCS). Ces derniers sont en principe sujets à annulation si l'un des époux était mineur au moment de la célébration (al. 1), sauf si l'époux concerné a atteint l'âge de 25 ans (al. 3). Le juge a la latitude de refuser l'action en annulation dans deux situations (al. 2), à savoir lorsque l'époux concerné est encore mineur et que son intérêt supérieur commande de poursuivre le mariage (ch. 1) ou lorsque cet époux, devenu majeur, déclare de son plein gré vouloir poursuivre le mariage (ch. 2). Le point critique est la première règle qui subordonne l'annulation du mariage à l'examen par le juge de l'intérêt supérieur des époux, même par rapport à des époux qui n'avaient pas atteints l'âge de 16 ans au moment du mariage. On enlève ainsi toute pression visant à prévenir la conclusion de mariage d'enfants même très jeunes, étant conscient que l'examen ultérieur éventuel de l'intérêt des époux constitue un exercice lourd et aléatoire, donc peu propice à servir de sanction à des pressions familiales aboutissant à la célébration de mariages de personnes n'ayant pas atteintes la maturité pour ce

faire. La réforme proposée n'aménage pas la procédure d'annulation afin de la rendre plus efficace. Il est constaté qu'il n'y a eu que très peu d'annulation de mariage pour cause de minorité entre 2013 et 2017 – à peine une dizaine (p. 8, 21 s.), alors que l'on constatait environ 230 cas de soupçons de mariages avec un mineur pour la même période (p. 8). Au regard de ces chiffres, représentant 5% à peine, l'annonce du Conseil fédéral de voir le nombre d'annulation augmenter à l'avenir (p. 22) sonne creux, tant que l'on laisse au libre arbitre des autorités d'exercer leur responsabilité à s'engager sur la voie judiciaire (art. 106 CCS).

4j n

L'exposé du projet mis en consultation n'annonce aucune modification en droit international privé. Les conséquences du projet seront cependant significatives au niveau de *l'ordre public suisse*, sans que cela soit remarqué. Alors que le Message à la base de la réforme relevait encore que des mariages conclus avec des mineurs ne seront plus considérés comme admissibles sous l'angle de l'ordre public suisse (FF 2011 p. 2077 ; cf. art. 45 n° 22/2), le choix de diriger le traitement de tels mariages à travers leur annulation par le juge suisse implique nécessairement que ces mariages transiteront la procédure de leur reconnaissance sans heurter l'obstacle de l'ordre public, quitte à ce que l'autorité de l'état civil signale la situation à celle chargée de l'intentât d'une action en annulation. Pratiquement, cette éventualité ne fera pas impression. Les mariages d'enfants seront assurés de ne pas rencontrer même cet obstacle si aucun des époux n'est domicilié en Suisse ou est de nationalité suisse (art. 45a al. 1). Un point d'ouverture, le seul, est la proposition de revoir le délai dans lequel la cause de nullité doit être invoquée. Il paraît nécessaire de donner aux personnes concernées, devenues adultes, le temps de faire annuler le mariage célébré alors qu'elles étaient mineures. Le Conseil fédéral suggère de fixer la limite à 25 ans.

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 n

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 ; ATF 9.5.2019, 5A_1041/2018, c. 4.

7^e ligne, insérer : Un délai est fixé aux intéressés afin de leur permettre de régulariser leur séjour (ATF 25.2.2021, 5A_660/2020, c. 3.3).

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

28a n

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 ayant été abrogé (RO 2019 p. 3813), il faut lire : La célébration du mariage peut avoir lieu au plus tard dans les 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

Législation

Dès l'entrée en vigueur de la réforme sur le Mariage pour tous, l'alinéa 3 sera abrogé et l'alinéa 2 (en français et en allemand) aura la teneur suivante :

2 Si un des fiancés est suisse ou si tous deux ont leur domicile en Suisse, le mariage célébré à l'étranger est reconnu, à moins qu'ils ne l'aient célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'éviter les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse.

2 Ist einer der Verlobten Schweizer Bürger oder haben beide Wohnsitz in der Schweiz, so wird die im Ausland geschlossene Ehe anerkannt, wenn der Abschluss nicht in der offenbaren Absicht ins Ausland verlegt worden ist, die Vorschriften des schweizerischen Rechts über die Eheungültigkeit zu umgehen.

6

2^e ligne, lire Dutoit, art. 45 n° 3, 10

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). Le point essentiel est l'intégrité du consentement (cf. l'arrêt de la Cour de cassation française du 18.3.2020, Rev.crit. 2020 p. 821).

6a n

Le contrôle de validité suppose que les documents pertinents soient authentiques ou certifiés tels. Il arrive parfois que des fraudes sont détectées déjà par la représentation suisse lorsqu'elle est sollicitée pour légaliser des documents qui s'avèrent falsifiés, notamment au sujet de la date du mariage ou de l'âge des mariés (cf. ATF 29.4.2019, 5A_239/2019).

8

In fine, remplacer Volken par Widmer, ZK-IPRG, art. 45 n° 31

10

In fine, lire Dutoit, art. 44 n° 5 s.

12

8^e ligne, lire Dutoit, art. 45 n° 10 s.

13

3^e ligne, lire Dutoit, art. 45 n° 12

15 à 20

A placer sous : a) *En général*

15

9^e ligne et in fine : lire Dutoit, art. 45 n° 11

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*

20a n

Sans le dire clairement, la loi concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés met l'accent sur la procédure d'annulation ; le Message suggère 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, dans ces conditions, l'ordre public suisse ne sert 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). 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. Les *directives de l'Office fédéral de l'état civil* (du 1.7.2013, mis à jour le 1.2.2014) n'offrent pas de remède à la 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).

20b n

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 choquant 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).

20c n

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).

20d n

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° art. 45a de la loi sur les étrangers du 16.12.2005, RS 142.30 ; art. 51 al. 1^{bis} de la loi sur l'asile du 26.6.1998, RS 142.31). 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.

20e n

De plus est, 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.

20f n

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).

20g n

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 des arrêts plus récents, la Cour de cassation semble vouloir subordonner la négation des effets de la bigamie à son annulation (9.10.2014, 12.2.2015, Rev.crit. 2015 p. 621, 5.11.2015, Clunet 2016 p. 554).

27 n

Depuis l'abrogation de l'alinéa 3 de l'art. 45, il n'y a plus de règle imposant la conversion d'un mariage entre des personnes du même sexe en partenariat enregistré. Un tel mariage est reconnu comme tout mariage, sous-entendu entre personnes de sexe différent. La question est encore posée du sort d'un mariage conclu par une personne présentant l'un des différents variants sexuels la distinguant du schéma homme/femme. L'art. 45 ne mentionne pas que le mariage serait calqué sur ce principe de la binarité, ce d'autant que celui-ci, certes fondé sur l'usage et la tradition, n'est pas consacré par le droit civil suisse. L'ordre public suisse ne s'y oppose pas (cf. art. 40a n° 8s.).

28 n

La question pourrait être posée de savoir si l'alinéa 3 a encore sa raison d'être, depuis l'approbation définitive de la réforme, en tant qu'expression de l'ordre public suisse. Dès ce moment, en effet, même avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, le mariage célébré à l'étranger entre des personnes du même sexe n'a plus rien d'hostile sous l'angle de cette clause dite de sauvegarde. Il n'empêche que cette disposition doit être lue telle qu'elle a été adoptée par le législateur de l'époque, sachant que les auteurs de la réforme de 2021 ne l'ont pas modifié. Un tel mariage sera donc reconnu en tant que partenariat enregistré en attendant l'entrée en vigueur de la réforme. A ce moment, il conviendra de procéder par la conversion de ce partenariat en mariage. On pourrait songer à une démarche plus simple, consistant à reconnaître ce mariage directement. Cependant, ce mariage « décalé » suppose de toute manière la dissolution de tout partenariat antérieur. La conversion du partenariat en mariage est donc la voie à suivre. On évitera cependant ce contour dans les cas dans lesquels le mariage n'a pas été annoncé, évitant ainsi son enregistrement préalable comme partenariat.

29 n

Dans un premier temps, la pratique va faire apparaître des incertitudes. Car le Rapport du Parlement préconise la « mise à jour » de la transcription du partenariat, celui-ci devenant ainsi un mariage (FF 2019 p. 8147). Une telle transcription se ferait sans véritable dissolution du partenariat, mais simplement par sa transformation en mariage, sans que l'on sache pourquoi il ne serait pas indiqué de suivre les règles sur la conversion (cf. art. 35 et 35a LPart). Au demeurant, la procédure suggérée dans le Rapport contraste avec la réglementation de droit transitoire selon l'art. 9g Tf CCS qui part du principe qu'avant l'entrée en vigueur de la réforme, les époux de même sexe mariés à l'étranger sont des partenaires selon la loi suisse. Il n'est donc pas question que l'on puisse s'extraire de ce régime par une simple « mise à jour » de la transcription dans le registre de l'état civil.

30 n

S'agissant de la conversion du partenariat en mariage, le Rapport parlementaire entend également se passer d'un acte formel de dissolution du partenariat lorsque le couple s'était lié par un partenariat à l'étranger après l'entrée en vigueur de la réforme, qui a été reconnu en Suisse en tant que tel et que l'on souhaite faire transformer en

mariage. Au lieu de passer par la procédure de conversion (qui implique la disparition du partenariat), ce couple pourrait « toujours se marier en Suisse ». L'explication est trouvée à l'art. 96 CCS qui exige de toute personne concernée la dissolution de tout précédent mariage et de « son partenariat enregistré avec une tierce personne », mais non le partenariat antérieur liant cette personne avec son futur époux (cf. FF 2019 p. 8151). Ce régime est donc non seulement incompatible avec le procédé de la conversion, mais également étonnant dans la mesure où il suppose que les mariés resteront liés par leur partenariat antérieur.

31-33

biffer

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 Eheschliessungsort 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.

Tout est nouveau - n

1 n

La loi concernant les mesures de lutte 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 n

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 n

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 malencontreuse dans un tel cas. 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 peut trouver ne disposent 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. En réalité, personne 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 » par l'échange des consentements des époux, 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 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 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 alléguée n'empêche point l'épouse ayant subi la contrainte de persister dans son opposition à la reconnaissance de son mariage en Suisse ; en effet, cette épouse insistera sur l'inexistence juridique du mariage, menant sa « lutte » contre la violence subie au-delà de ce que lui suggère le législateur. On rappellera que l'effet de la transcription ne va pas plus loin que de créer une présomption légale de la validité du rapport familial constaté dans le registre, dont l'inexistence peut être demandée au juge (art. 9 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 (« Nichtehe ») 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 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 perplexe (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 extérieurs, liés au comportement du couple, la perte de la libre volonté est très difficile à prouver si la personne concernée n'y contribue pas, voire se met en travers pour contrer l'accusation affirmant des actes de force sur sa volonté.

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 immanquablement atteinte au principe de la liberté matrimoniale. La question reste alors de savoir si dans un cas contraire, lorsque la poursuite du mariage est refusée ou si la volonté de l'époux concerné semble indifférente ou indéterminée, l'intérêt supérieur peut dégager des critères objectifs militants 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 femmes victimes de contrainte. Réprimer l'atteinte à la libre volonté est une chose, protéger la libre volonté pour continuer une vie d'adulte est une autre, tout aussi indispensable.

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. On aurait pu penser que l'acceptation sans limite du for du pays de la célébration ne mérite pas d'être autant soutenu, compte tenu du caractère subsidiaire de ce même for en matière d'effets du mariage (art. 50 lit. b) et de divorce (art. 65 al. 1 lit. c) depuis l'adoption de la réforme sur le Mariage pour tous.

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 prend 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 :

HÉLÈNE PEROZ, Les lois applicables au régime primaire, *Clunet* 144 (2017) p. 813-829 ; ELENA RODRÍGUEZ PINAEU, 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.

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 : 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).

4

3/4^e lignes : déplacer Courvoisier au début de la parenthèse ; et lire Dutoit, art. 48 n° 4

5

In fine, au début de la parenthèse : cf. art. 49 n° 7

Art. 49

7

In fine, remplacer la dernière phrase par : L'avis aux débiteurs a été qualifié de mesure d'exécution particulière (ATF 130 III 489 ss, 494). Une nouvelle jurisprudence a renversé cette interprétation en droit interne (ATF 145 III 255 ss, 256-266). Une extension de ce revirement au contexte international n'est pas impossible, rapprochant l'avis aux débiteurs du droit des aliments.

9

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

Législation

Dès l'entrée en vigueur de la réforme sur le Mariage pour tous, l'art. 50 aura la teneur suivante :

III. Décisions ou mesures étrangères

Les décisions ou mesures étrangères relatives aux effets du mariage sont reconnues en Suisse lorsqu'elles:

- a. ont été rendues dans l'État du domicile ou de la résidence habituelle de l'un des époux;
- b. ont été rendues dans l'État de célébration du mariage et que l'action ne pouvait être intentée dans un des États désignés à la let. a ou qu'on ne pouvait raisonnablement exiger qu'elle le soit.

III. Ausländische Entscheidungen oder Massnahmen

Ausländische Entscheidungen oder Massnahmen über die ehelichen Rechte und Pflichten werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie:

- a. im Staat des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts eines der Ehegatten ergangen sind; oder
- b. im Staat der Eheschliessung ergangen sind und es unmöglich oder unzumutbar war, die Klage in einem der in Buchstabe a bezeichneten Staaten zu erheben.

III. Decisioni o provvedimenti stranieri

Le decisioni o i provvedimenti stranieri concernenti i diritti e i doveri coniugali sono riconosciuti in Svizzera se:

- a. sono stati pronunciati nello Stato di domicilio o di dimora abituale di uno dei coniugi; o
- b. sono stati pronunciati nello Stato di celebrazione del matrimonio e la proposizione dell'azione in uno degli Stati di cui alla lettera a non era possibile o ragionevolmente esigibile.

3° n

La réforme relative au Mariage pour tous ajoute au texte un nouveau chef de compétence indirecte, fondée sur le *pays du lieu de la célébration du mariage*. L'intérêt pratique de cette nouvelle règle est minime. On n'a donc guère intérêt à faire porter l'attention sur les incohérences de cette nouveauté. En premier lieu, ce for est reconnu par rapport à tout mariage, alors que son utilité consiste surtout à permettre la validation de mesures prises dans un Etat dans des situations dans lesquelles le mariage n'est pas reconnu dans l'un des Etats visés par l'alinéa 1 ; cela concerne uniquement les mariages de personnes du même sexe. En second lieu, la règle exige qu'il soit établi que les autorités dans les pays désignés par l'alinéa 1 ne pouvaient être saisies, pour un motif de droit ou de fait. Cette preuve est difficile à apporter au stade de la reconnaissance de la mesure, qui peut avoir lieu à titre simplement incident. Les mariés auront donc tout intérêt à saisir le for de leur domicile ou de leur résidence habituelle afin d'éviter cette complication.

Législation

Dans le contexte du projet de réforme du chapitre 6 sur les successions (n° 20.034, FF 2020 p. 3215-3262), deux précisions relatives à la compétence des autorités en matière de régimes matrimoniaux sont proposées, chacune écartant de cette matière l'hypothèse d'une élection de for faite unilatéralement par l'un des époux, ce qui est admissible en matière de disposition de dernière volonté, mais non lorsqu'il s'agit d'un règlement matrimonial, sauf si le conjoint a donné son accord (FF 2020 p. 3228, 3257). Les règles ainsi corrigées sont :

Art. 51, let. a

Sont compétentes pour connaître des actions ou ordonner les mesures relatives aux régimes matrimoniaux:

- a. lors de la dissolution du régime matrimonial consécutive au décès d'un des époux, les autorités judiciaires ou administratives suisses compétentes pour liquider la succession (art. 86 à 89), à l'exclusion de l'art. 88b;

Art. 58, al. 2

² La reconnaissance de décisions relatives au régime matrimonial prises dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale ou à la suite d'un décès, d'une déclaration de nullité du mariage, d'un divorce ou d'une séparation

de corps est régie par les dispositions de la présente loi relatives aux effets généraux du mariage, au divorce ou aux successions (art. 50, 65 et 96), à l'exception de l'art. 96, al. 1, let. c.

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). L'élément caractéristique qui frappe du point de vue suisse est le rattachement objectif à la loi de la première résidence habituelle commune des époux après la célébration de leur mariage (art. 26 al. 1 lit. a) ; il n'y a donc pas de changement de loi (ou de conflit mobile) dans l'hypothèse d'un déplacement de la résidence, ce qui créent des divergences sensibles dans la vie de couples venant en Suisse où on leur applique la loi suisse avec effet rétroactif (art. 55 LDIP). La possibilité d'un choix de la loi applicable, reconnue dans les deux systèmes (art. 22 du Règlement, art. 52 LDIP), est bienvenue afin d'éviter des distorsions dans les cas où ceux-ci devait s'appliquer successivement. Par ailleurs, le Règlement contient un grand nombre de dispositions très détaillées dont le contenu essentiel est comparable aux solutions retenues dans la LDIP.

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 ; ISABELLE BARRIÈRE-BROUSSE, Le patrimoine des couples internationaux dans l'espace judiciaire européen, *Clunet* 144 (2017) p. 485-514 ; ANDREA BONOMI, Les règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés: un premier regard depuis la Suisse, *in* Journée de droit successoral 2019, Berne 2019, p. 169-204 ; IDEM, Compétence accessoire versus proximité et prévisibilité du for: quelques réflexions sur ces objectifs antagonistes à l'aune des Règlements sur les régimes et les partenariats, *in* Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges Bertrand Ancel, Paris 2018, p. 227-241 ; ANDREA BONOMI/PATRICK WAUTELET, Le droit européen des relations patrimoniales de couple, Bruxelles 2021 ; HELMUT BORTH, Die Europäischen Güterrechtsverordnungen und der Versorgungsausgleich, *FamRZ* 66 (2019) p. 1573-1577 ; JULIA BURGHAN, Die Vereinheitlichung des Internationalen Ehegüterrechts in Europa, Frankfurt a.M. 2010 ; 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 ; NAIVI CHIKOC BARREDA, Entre la lex causae et les lois de police de la lex fori: quelle alternative pour la protection du logement familial dans le règlement «régimes matrimoniaux», *ERPL* 27 (2019) p. 583-615 ; SABINE CORNELOUP (éd.), Le droit européen des régimes patrimoniaux des couples, Paris 2018 ; DOMENICO DAMASCELLI, La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel diritto internazionale privato italiano ed europeo, *RDI* 100 (2017) p. 1103-1155 ; KATJA DENGEL, Die europäische Vereinheitlichung des internationalen Ehegüterrechts und des internationalen Güterrechts für eingetragene Partnerschaften, Tübingen 2014 ; 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 ; 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, Europäische Güterrechtsverordnungen und deutsche Durchführungsgesetzgebung, *FamRZ* 66 (2019) p. 1390-1400 ; ANATOL DUTTA/JOHANNES WEBER (éd.), Die Europäischen Güterrechtsverordnungen, Munich 2017 ; ANATOL DUTTA/FRANKE WEDEMANN, Die Europäisierung des internationalen Zuständigkeitsrecht in Gütersachen, *in* Recht ohne Grenzen, Festschrift für Athanassios Kaissis, Munich 2012, p. 133-151 ; MICHAELA EICHENBERGER, Die Europäische Ehegüterrechtsverordnung (EU-EheGüterVO) und die Schweiz, *in* Zivilprozess und Vollstreckung, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Berne 2018, p. 53-73 ; ERIC FONGARO (éd.), Droit patrimonial européen de la famille, Paris 2013 ; PIETRO FRANZINA, Jurisdiction in Matters Relating to Property Regimes under EU Private International Law, *YPIL* 19 (2017/18) p. 159-194 ; STEPHAN GRAF, Drittbeziehungen und Drittschutz in den Europäischen Güterrechtsverordnungen, Tübingen 2019 ; PASCAL GROLIMUND/EVA BACHOFNER, Von der (Un-)Wandelbarkeit des Güterrechtsstatuts, *in* Zivilprozess und Vollstreckung, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Berne 2018, p. 93-103 ; BETTINA HEIDERHOFF, Vorschläge zur Durchführung der EU-Güterrechtsverordnungen, *IPRax* 37 (2017) p. 231-238 ; IDEM, Die EU-Güterrechtsverordnungen, *IPRax* 38 (2018) p. 1-11 ; NATALIE JOUBERT, La dernière pierre (provisoire?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale, *Rev.crit.* 2017 p. 1-26 ; PAUL LAGARDE, Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés, *RDIPP* 52 (2016) p. 676-686 ; SIMON LAIMER, Die EU-Güterrechtsverordnungen und ihre praktische Relevanz für die Schweiz, *in* Aktuelles zur ehgüter- und erbrechtlichen Planung, insbesondere aus der Sicht des Notariats, Berne 2019, p. 73-117 ; SILVIA MARINO, I rapporti patrimoniali della famiglia nella cooperazione giudiziaria civile dell'Unione Europea, Milan 2019 ; MARIEL

REVILLARD, Les régimes patrimoniaux des couples en droit international privé, européen et comparé, Paris 2020 ; GIAN PAOLO ROMANO Quelques remarques sur le nouveau Règlement n° 1103 du 24 juin 2016 en matière de régimes matrimoniaux et son incidence dans les relations helvético-européennes, *FramPra.ch* 20 (2019) p. 36-83 ; CLAUDIA RUDOLF, Vereinheitlichtes Güterkollisionsrecht für Ehegatten und eingetragene Partner, *ZfRV* 58 (2017) p. 171-182 ; DAPHNE-ARIANE SIMOTTA, Die internationale Zuständigkeit nach den neuen Europäischen Güterrechtsverordnungen, *ZvglRW* 116 (2017) p. 44-92 ; MATTHIAS UITZ, Kontroversen im europäischen Güterkollisionsrecht, *ZfRV* 60 (2019) p. 213-229 ; FABRIZIO VISMARA, Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola di eccezione nel regolamento (UE) N. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi, *RDIPP* 53 (2017) p. 356-371 ; KINGA M. WEISS/URSINA GREMMINGER, Die EU-Güterrechtsverordnungen für Ehegatten und eingetragene Partner - Eine erste Analyse und Beleuchtung von Auswirkungen für die Beratung in der Schweiz, *Successio* 11 (2017) p. 312-335 ; MATTHIAS WENDLAND, Verfahrensrechtliche Probleme im System internationaler Entscheidungszuständigkeit der neuen Europäischen Güterrechtsverordnungen, *IPRax* 39 (2019) p. 1-8.

Droit international privé étranger et comparé :

MARIA GIOVANNA CUBEDDU WIEDEMANN, The Optional Matrimonial Property Regime, The Franco-German Community of Accrued Gains, Cambridge 2014 ; NINA DETHLOFF, Der deutsch-französische Wahlgüterstand, Wegbereiter für eine Angleichung des Familienrechts ?, *RabelsZ* 76 (2012) p. 509-539 ; ALINA FRANK, Ausgewählte Rechtsprobleme der deutsch-französischen Wahl-Zugewinnngemeinschaft, Baden-Baden 2016 ; KATHARINA FRANK, Eheverträge als effektives Gestaltungsinstrument, Frankfurt a.M. 2015 ; 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 ; 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 ; RHONA SCHUZ, Choice of law in relation to matrimonial property in the 21st century, *JPIL* 15 (2019) p. 1-49 ;

Art. 51

Législation

Dès l'entrée en vigueur de la réforme sur le Mariage pour tous, la lettre b de l'art. 51 aura la teneur suivante :

Sont compétentes pour connaître des actions ou ordonner les mesures relatives aux régimes matrimoniaux:

- b. lors de la dissolution du régime matrimonial consécutive à la dissolution judiciaire du lien conjugal ou à la séparation de corps, les autorités judiciaires suisses compétentes à cet effet (art. 59, 60, 60a, 63, 64);

Für Klagen oder Massnahmen betreffend die güterrechtlichen Verhältnisse sind zuständig:

- b. für die güterrechtliche Auseinandersetzung im Falle einer gerichtlichen Auflösung oder Trennung der Ehe die schweizerischen Gerichte, die hierfür zuständig sind (Art. 59, 60, 60a, 63, 64);

Per le azioni o i provvedimenti concernenti i rapporti patrimoniali tra i coniugi sono competenti:

- b. per la liquidazione del regime dei beni in caso di scioglimento giudiziale del matrimonio o di separazione, i tribunali svizzeri competenti in merito (art. 59, 60, 60a, 63, 64);

1

In fine, ajouter : On notera cependant que l'alignement sur les fors successoraux et matrimoniaux porte uniquement sur les actions judiciaires indépendantes. Cette extension est sans importance lorsque la liquidation du régime matrimonial a lieu à titre purement incident, avec l'effet de calculer soit le patrimoine de chacun des ex-époux, soit la masse successorale de l'un d'eux.

Art. 52

Législation

Dès l'entrée en vigueur de la réforme sur le Mariage pour tous, l'alinéa 2 sera modifié et l'alinéa 3 reprendra la dernière phrase de l'alinéa 2 initial :

² Les époux peuvent choisir:

- a. le droit de l'État dans lequel ils sont tous deux domiciliés ou seront domiciliés après la célébration du mariage;
- b. le droit de l'État dans lequel le mariage a été célébré, ou
- c. le droit d'un État dont l'un deux a la nationalité.

³ L'art. 23, al. 2, n'est pas applicable.

- ² Die Ehegatten können wählen zwischen:
- a. dem Recht des Staates, in dem beide ihren Wohnsitz haben oder nach der Eheschliessung haben werden;
 - b. dem Recht des Ortes der Eheschliessung; und
 - c. dem Recht eines ihrer Heimatstaaten.

³ Artikel 23 Absatz 2 ist nicht anwendbar.

² I coniugi possono scegliere fra:

- a. il diritto dello Stato in cui sono ambedue domiciliati o lo saranno dopo la celebrazione del matrimonio;
- b. il diritto del luogo di celebrazione del matrimonio; e
- c. il diritto di uno dei loro Stati di origine.

³ L'articolo 23 capoverso 2 non è applicabile.

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.

III^{bis} Le choix du droit du lieu de la célébration du mariage

5a n

S'intercalant entre le droit du domicile (lit. a) et le droit national (lit. c), la nouvelle lettre b élargit la palette de lois susceptibles d'être choisies au droit de l'Etat dans lequel le mariage a été célébré. L'objectif de cette disposition est de s'assurer de la validité du choix en Suisse dans l'hypothèse où le choix de la loi du domicile ou de la nationalité aboutit au résultat que le choix n'est pas reconnu, principalement en raison du refus de reconnaître un mariage de personnes du même sexe. De plus, les époux peuvent se sentir mieux à l'aise par un choix de la loi du pays qui régit également la conclusion de leur union, comme si c'était la « lex fori ».

5b n

Le lieu de célébration du mariage figure dans les actes. Une particularité se manifeste lorsque le mariage résulte de la conversion d'un partenariat enregistré. Dans ce cas, le lieu de célébration est celui de l'enregistrement du partenariat (cf. art. 35a LPart, par analogie). Une solution différente s'applique cependant lorsque ce partenariat est la conséquence de l'impossibilité d'obtenir directement en Suisse la reconnaissance d'un mariage de personnes du même sexe avant l'entrée en vigueur de la réforme (ancien art. 45al. 3 LDIP). Dans cette hypothèse, en effet, le moment déterminant n'est pas celui de l'enregistrement du partenariat ou de la conversion, mais la date de la conclusion du mariage à l'étranger. Sauf convention contraire, le régime de la participation aux acquêts rétroagit alors à cette date (art. 9g al. 1 TfCCS). Cela suppose toutefois que le droit suisse soit applicable.

11

In fine, lire Dutoit, art. 52 n° 6

Art. 53

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).

Art. 54

3a n

Dans l'hypothèse d'un mariage résultant de la conversion d'un partenariat enregistré, l'application du droit suisse entraîne comme régime ordinaire celui de la participation aux acquêts à partir du moment de la conversion, sauf convention contraire. Cependant, lorsque ce partenariat est la conséquence de l'impossibilité d'obtenir directement en Suisse la reconnaissance d'un mariage de personnes du même sexe avant l'entrée en vigueur de la réforme (ancien art. 45al. 3 LDIP), le moment déterminant n'est pas celui de la conversion, mais la date de la conclusion du mariage à l'étranger. Sauf convention contraire, le régime de la participation aux acquêts rétroagit alors à cette date (art. 9g al. 1 TfCCS).

8

7^e ligne, ajouter Widmer, ZK-IPRG, art. 55 n° 3010^e ligne, ajouter Widmer, ZK-IPRG, art. 55 n° 32-36

In fine, biffer Heini

9

In fine, biffer Heini

10

14^e ligne, ajouter : Widmer, ZK-IPRG, art. 55 n° 27

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).

2

12^e ligne, lire Dutoit, art. 57 n° 413^e ligne, lire Dutoit, art. 57 n° 3

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 ss16^e ligne, lire Dutoit, art. 57 n° 7

In fine, remplacer Heini par Widmer, ZK-IPRG, art. 57 n° 27

4

In fine, lire Dutoit, art. 57 n° 6

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 prévoyance 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).

Dès l'entrée en vigueur de la réforme sur le Mariage pour tous, un nouvel art. 60a sera inséré et les alinéas 1 de chacun des art. 64 et 65 auront une nouvelle teneur :

Art. 60a

3. For au lieu de célébration du mariage

Lorsque les époux ne sont pas domiciliés en Suisse et qu'aucun d'eux n'est suisse, les tribunaux suisses du lieu de célébration du mariage sont compétents pour connaître d'une action en divorce ou en séparation de corps, si l'action ne peut être intentée devant le tribunal du domicile de l'un des époux, ou si l'on ne peut raisonnablement exiger qu'elle le soit.

Art. 60a

3. Zuständigkeit am Eheschliessungsort

Haben die Ehegatten keinen Wohnsitz in der Schweiz und ist keiner von ihnen Schweizer Bürger, so sind die schweizerischen Gerichte am Ort der Eheschliessung für Klagen auf Scheidung oder Trennung zuständig, wenn es unmöglich oder unzumutbar ist, die Klage am Wohnsitz eines der Ehegatten zu erheben.

Art. 60a

3. Foro del luogo di celebrazione del matrimonio

Se i coniugi non sono domiciliati in Svizzera e nessuno di loro è cittadino svizzero, per le azioni di divorzio o separazione sono competenti i tribunali svizzeri del luogo di celebrazione del matrimonio, sempreché sia impossibile proporre l'azione nel domicilio di uno dei coniugi o non lo si possa ragionevolmente pretendere.

Art. 64, al. 1, 1^{re} phrase

¹ Les tribunaux suisses sont compétents pour connaître d'une action en complément ou en modification d'un jugement de divorce ou de séparation de corps s'ils ont prononcé ce jugement ou s'ils sont compétents en vertu des art. 59, 60 ou 60a. ...

Art. 64 Abs. 1 erster Satz

¹ Die schweizerischen Gerichte sind für Klagen auf Ergänzung oder Abänderung von Entscheidungen über die Scheidung oder die Trennung zuständig, wenn sie diese selbst ausgesprochen haben oder wenn sie nach Artikel 59, 60 oder 60a zuständig sind. ...

Art. 64 cpv. 1, primo periodo

¹ I tribunali svizzeri sono competenti per le azioni di completamento o modificazione di decisioni in materia di divorzio o separazione se hanno pronunciato essi stessi tali decisioni o se la loro competenza discende dagli articoli 59, 60 o 60a. ...

Art. 65, al. 1

¹ Les décisions étrangères de divorce ou de séparation de corps sont reconnues en Suisse lorsqu'elles:

- ont été rendues dans l'État du domicile ou de la résidence habituelle ou dans l'État national de l'un des époux;
- sont reconnues dans l'un des États visés à la let. a, ou
- ont été rendues dans l'État de célébration du mariage et que l'action ne pouvait être intentée dans un des États désignés à la let. a ou qu'on ne pouvait raisonnablement exiger qu'elle le soit.

Art. 65 Abs. 1

¹ Ausländische Entscheidungen über die Scheidung oder Trennung werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie:

- im Staat des Wohnsitzes, des gewöhnlichen Aufenthalts oder im Heimatstaat eines der Ehegatten ergangen sind;
- in einem der in Buchstabe a bezeichneten Staaten anerkannt werden; oder
- im Staat der Eheschliessung ergangen sind und es unmöglich oder unzumutbar war, die Klage in einem der in Buchstabe a bezeichneten Staaten zu erheben.

Art. 65 cpv. 1

¹ Le decisioni straniere in materia di divorzio o separazione sono riconosciute in Svizzera se:

- sono state pronunciate nello Stato di domicilio, di dimora abituale o di origine di uno dei coniugi;
- sono riconosciute in uno degli Stati di cui alla lettera a; o
- sono state pronunciate nello Stato di celebrazione del matrimonio e la proposizione dell'azione in uno degli Stati di cui alla lettera a non era possibile o ragionevolmente esigibile.

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, Mikołajczyk, n° 22-37).

7

5^e ligne, lire Dutoit, art. 59 n° 11

8

6^e ligne, lire Dutoit, art. 59 n° 11

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). Lorsqu'un tribunal est saisi d'une procédure de séparation de corps et un autre d'une action en divorce, il existe une situation de litispendance (CJUE 16.1.2019, C-386/17, Liberato, n° 33-38).

III. Le Règlement Bruxelles II^{ter}

12 n

La refonte du Règlement Bruxelles II^{bis} dans le nouveau Règlement II^{ter} n'a pas modifié, en principe, les règles sur la compétence (art. 3-6) et la reconnaissance des divorces dans les Etats membres (art. 30-38), en y ajoutant cependant la particularité que toutes les décisions sont accompagnées d'un certificat si telle est la demande d'une

partie (art. 36). L'une des plus grandes nouveautés consiste en l'introduction d'un régime de reconnaissance des *divorces non juridictionnels*. Le nouveau Règlement, dont l'application intervient dès le 1.8.2022, connaît une section « Actes authentiques et accords » (art. 64-68). Ces accords sont conclus par les parties dans les matières relevant du champ d'application du Règlement (comprenant donc le divorce) et ils ont été enregistrés par une autorité publique (désignée à cet effet et notifiée à la Commission de l'UE) dans un Etat membre (art. 2 par. 2 ch. 3, 64, 103 par. 1 lit. a). Ainsi, un accord relatif au divorce qui a un effet contraignant dans un Etat membre est assimilé à une décision et soumis, à ce titre, aux mêmes règles de juridiction que les divorces juridictionnels. Afin d'être reconnu dans un autre Etat membre, cet accord doit être accompagné d'un certificat délivré par l'autorité l'ayant enregistré (art. 66). Aucune procédure n'est par ailleurs requise (art. 65). La refonte ne consacre les divorces non juridictionnels qu'à condition d'être consensuel ; les divorces de même nature obtenus dans un Etat tiers ne sont pas visés. Par ailleurs, la question de savoir si le Règlement couvre également la dissolution d'un mariage entre personnes de même sexe ne trouve pas de réponse expresse dans le texte.

Bibliographie

LDIP :

FF 2013 p. 4341-4424 ; CHRISTINE ARNDT/GIAN BRÄNDLI, Arbeitskreis 5: Trennung und Scheidung im internationalen Verhältnis - Planung und strittige Auseinandersetzung, in Neunte Schweizer Familienrechts-Tage, Berne 2018, p. 139-159 ; 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 rechtsabhängige Scheidungsverfahren in Deutschland und der Schweiz, IPRax 38(2018) p. 35-41 ; MONIQUE JAMETTI/PHILIPPE WEBER, Scheidung (FamKomm), 3^e éd. Berne 2017, t. II, Anhang Internationales Privatrecht, p. 674-770 ; ELODIE KLEIDER, Travailler en Suisse et divorcer en France : le partage du deuxième pilier, compétence exclusive des juridictions suisses, Clunet 147 (2020) p. 923-936 ; 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 ; AUDREY LEUBA *et al.*, Droit du divorce, Berne 2021 ; 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 nachehelicher Unterhalt im internationalen Kontext, AJP 26 (2017) p. 1062-1074 ; CYRILL SÜESS/ROLF KUHN, Der scheidungsrechtliche Ausgleich der beruflichen Vorsorge im internationalen Verhältnis, Jusletter 4.5.2015 ; CORINNE WIDMER LÜCHINGER/PASCAL GROLIMUND, Scheidung in 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, Munich 2013 ; CORINNE WIDMER LÜCHINGER, EU-Verordnungen und die Schweiz, Fallstricke und Gestaltungsmöglichkeiten im Scheidungsrecht, FamPra.ch 20 (2019) p. 711-749.

Compétence et décisions en matière matrimoniale, Règlements Bruxelles II et II^{bis} : ANDREA BONOMI, La compétence internationale en matière de divorce, Rev.crit. 2017 p. 511-534 ; ULRICH MAGNUS/PETER MANKOWSKI (éd.), Brussels II^{bis} Regulation, Munich 2012.

Compétence et décisions en matière matrimoniale, Règlement Bruxelles II^{ter} : MALTE KRAMME, Private Divorce in Light of the Recast of the Brussels IIbis Regulation, GPR 18 (2021) p. 101-106.

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 ; IDEM, The Rome III Regulation, A Commentary on the Law

Applicable to Divorce and Legal Separation, EdgarOnline 2020 ; 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 Stürmer, 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 MARINAL, 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 ; LENA-MARIA MÖLLER, No Fear of Talaq : A Reconsideration of Muslim Divorce Laws in Light of the Rome III Regulation, *JPIL* 10 (2014) p. 461-487 ; 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 ; CLAUDIA RAUPACH, Ehescheidung mit Auslandsbezug in der Europäischen Union, Tübingen 2014 ; THOMAS RAUSCHER, Schutzinstrumente 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 Pateiautonomie, *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 :

BETRIZ AÑOVEROS TERRADAS, Jurisdiction Clauses in International Premarital Agreements : A Comparison Between the US and the European System, *ERPL* 26 (2018) p. 537-577 ; MERIEM 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 ; CHRISTELLE CHALAS, Contrats de mariage et nuptial agreements: vers une acculturation réciproque?, *Clunet* 143 (2016) p. 781-826 ; IDEM, Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des contrats nuptiaux internationaux, *in* Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges Bertrand Ancel, Paris 2018, p. 385-411 ; HÉLÈNE GAUDEMET-TALLON, La loi française sur le divorce sans juge confrontée au droit européen et international, *in* Europa als Rechts- und Lebensraum, Liber amicorum für Christian Kohler, Bielefeld 2018, p. 91-102 ; URS PETER GRUBER, Die neue Anknüpfung des Versorgungsausgleichs: Eine Bestandesaufnahme, *IPRax* 36 (2016) p. 539-544 ; PETRA HAMMJE, Le divorce par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé, *Rev.crit.* 2017 p. 143-158 ; TOBIAS HELMS, Neubewertung von Privatscheidungen nach ausländischem Recht vor dem Hintergrund der Entwicklungen im deutschen Sach-, Kollisions- und Verfahrensrecht, *in* Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, Bielefeld 2015, p. 431-442 ; REINHARD HUTER, Die kollisionsrechtliche Behandlung der einvernehmlichen Scheidung, *ZfRV* 55 (2014) p. 167-180 ; GEORGES KHAIRALLAH, Aspects européens et internationaux du nouveau divorce par consentement, *in* Le droit à l'épreuve des siècles et des frontières, Mélanges Bertrand Ancel, Paris 2018, p. 965-978 ; JULIA KOCH, Die Anwendung islamischen Scheidungs- und Scheidungsfolgenrechts im Internationalen Privatrecht der EU-Mitgliedstaaten, Frankfurt a.M. 2012 ; PAULINE KRUIGNER, Islamic divorces in Europe, La Haye 2015 ; CLAUDIA MAYER, Scheidung ohne Gericht – Europäische Entwicklungen, *StAZ* 71 (2018) p. 106-116 ; LAURENCE NICOLAS-VULLIERME/BETTINA HEIDERHOFF, Die neue Privatscheidung in Frankreich und ihre Wirkung in Deutschland: Vorbild oder Ärgernis?, *StAZ* 71 (2018) p. 361-367 ; 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

3

In fine, ajouter : Lorsqu'il est démontré que le domicile se trouve à l'étranger, la question subsidiaire sur la résidence habituelle ne se pose pas (cf. ATF 20.6.2019, 5A_917/2018, c. 4).

4

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

9

3^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 5.4.2012, 5A_659/2011, c. 2.2.2, suivi des obs. de S. Othenin-Girard, qui signale des pratiques divergentes dans l'appréciation du domicile en cas de retour en Suisse, *AJP* 2012 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. ; Tribunal cantonal VS, RVJ 2019 p. 146).

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).

6

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

Art. 60a

1 n

En parallèle et en ordre de subsidiarité par rapport à l'art. 60, le nouvel art. 60a réserve aux époux étrangers domiciliés à l'étranger un for au lieu de la célébration de leur mariage en Suisse. La condition essentielle est l'impossibilité d'agir dans l'Etat étranger de leur domicile, respectivement une situation dans laquelle on ne peut l'exiger d'eux. Ces conditions sont en principe les mêmes que celles de l'art. 60. La différence importante en pratique sera que l'utilité pour les époux de disposer d'un for en Suisse se manifeste lorsque leur union fondée sur le même sexe n'est pas reconnu dans le pays étranger de leur domicile. Cependant, cette hypothèse sera rarissime. Ici et ailleurs, le législateur a simplement transposé dans le chapitre sur le mariage les dispositions retenues sur les mêmes questions dans la partie sur le partenariat enregistré (cf. FF 2019 p. 8164). On regrettera que le législateur ait choisi le terme de « célébration » du mariage dans la réforme relative au Mariage pour tous, tandis qu'en matière d'annulation du mariage, on emploie le mot « conclusion » (cf. art. 45a n° 11).

2 n

Le lieu de célébration du mariage figure dans les actes. Une particularité se manifeste lorsque le mariage résulte de la conversion d'un partenariat enregistré. Dans ce cas, le lieu de célébration est celui de l'enregistrement du partenariat. La solution différente applicable au sujet du régime matrimonial (cf. art. 52 n° 5b) ne s'applique pas à la question de for.

Art. 61

4. La révision de 2015

7a n

La législation révisée adoptée le 19.6.2015 écarte 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 n

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 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.

4

In fine, ajouter : Notant que la question est controversée, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'est pas arbitraire, ni d'admettre une telle compétence (ATF 29.10.2015, 5A_296/2015, c. 5.2), ni de la nier (ATF 17.6.2019, 5A_942/2018, c. 5.3).

5

4^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 4.9.2012, 5A_762/2011, c. 5.3.5 ; ATF cité du 17.6.2019, c. 6 ; cf., par ailleurs, art. 10 n° 13-21.

6^e ligne, insérer après CCS : dans un délai convenable.

15^e ligne, insérer : L'intérêt à protéger doit être démontré (ATF 6.3.2013, 5A_2/2013, c. 3.3 ; ATF 12.11.2014, 5A_588/2014, c. 4.5 ; ATF 6.3.2018, 5A_910/2017, c. 4).

21^e ligne, insérer après le renvoi aux ATF : respectivement la nouvelle lettre b.

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 ; ATF cité du 17.6.2019, c. 6.3).

6

4^e ligne, insérer : Une telle perspective est peu réaliste si l'époux requérant a conclu à l'incompétence du juge étranger saisi de l'action en divorce (Tribunal cantonal JU, RJJ 2015 p. 265).

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).

11

2^e ligne, ajouter : Tribunale d'appello TI, RtiD 2018 II n° 62c p. 859

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).

4

Le pouvoir de vérification du juge du divorce qui doit ratifier la convention sur les effets du divorce en vertu de l'art. 279 CPC ne l'autorise pas à porter un jugement sur des effets convenus entre les époux au regard d'un droit étranger régissant, le cas échéant, leur régime matrimonial ou leur contrat préuptial. Ce juge doit s'assurer de la sincérité de leur volonté, mais il ne peut s'immiscer dans leur régime patrimonial au motif qu'à son avis, celui-ci, tel que convenu, ne serait pas clair ou incomplet au regard du droit suisse, alors que ce droit n'est pas désigné par la LDIP qui l'emporte sur le CPC (art. 2).

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).

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

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.

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.

In fine, lire Dutoit, art. 63 n° 9

29

10^e ligne, lire Dutoit, art. 63 n° 7

11^e ligne, biffer Volken

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, 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 n

L'impression d'un découps se confirme au regard d'un arrêt récent qui refuse l'application de l'art. 15, estimant qu'en l'espèce, l'intensité des liens avec la France était plus forte (en raison de la nationalité française et du domicile conjugal, ainsi que la constitution d'une prévoyance par la femme en France) et le lien avec la Suisse plus faible (lieu de travail du mari frontalier en Suisse), ce qui devait justifier l'application du droit français sans faire appel à l'art. 15 (cf. ATF 14.7.2021, 5A_710/2020, c. 4). Dans cet arrêt, l'argument qui semble avoir été décisif était le fait que, contrairement aux affaires tranchées précédemment, l'épouse disposait d'une prévoyance propre résultant de son activité professionnelle en France (sans que l'on en connaisse le montant), si bien que l'ensemble des prestations de retraite des deux conjoints n'était pas lié exclusivement à la Suisse (c. 4.3). L'application de la loi suisse en tant que loi de l'institution de prévoyance du mari aurait cependant permis de partager les prestations des deux ex-époux de manière équitable, en intégrant dans le calcul de la prestation de sortie acquise au mari le montant de la prévoyance accumulée par l'épouse en France. L'évaluation ne s'arrête pas là : il est noté que la Cour d'appel de Chambéry avait indiqué que les avoirs de prévoyance du mari en Suisse n'avaient pas été pris en compte, en l'absence de toute précision sur ces montants ; on doit en conclure que les avoirs de la femme en France étaient connus de la Cour, ce qui devait l'amener à en tenir compte (comme un facteur de réduction) dans la détermination de la prestation compensatoire à verser par le mari. La résolution du litige est donc doublement inéquitable : non seulement le mari conserve l'acquis de la totalité de sa prévoyance en Suisse, mais en plus, il profite indirectement de la prévoyance de son épouse en France, dont le montant à eu

pour effet de baisser la compensation qu'il lui devait selon la loi française. Il conviendrait de savoir si l'ex-épouse peut encore agir en France en complètement du jugement sur la prestation compensatoire, afin d'y intégrer une part de la prestation de sortie du mari en Suisse.

33b n

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.

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

37a n

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.

37b n

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 145 III 109 ss ; ATF 14.7.2021, 5A_710/2020, c. 3.3).

a) Avoirs de prévoyance en Suisse

37c n

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).

37d n

Toutefois, on regrettera le refus de reconnaître des jugements étrangers statuant sur le partage des attentes 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.

37e n

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.).

37f n

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.

37g n

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 145 III 109 ss). En revanche, 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 145 III 111 s., 113 ; ATF 13.10.2020, 5A_819/2019, c. 3.3.1). 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). Certes, on peut dire qu'un tel jugement est lacunaire sur le point de la prévoyance, mais il n'empêche qu'il faut le reconnaître en tant qu'il porte sur la prestation compensatoire, quitte à ajuster l'attribution de la part de prévoyance en conséquence lors du partage de celle-ci en Suisse (ce qu'il n'y avait pas lieu de faire dans l'ATF cité du 13.10.2020, c. 3).

37h n

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

37i n

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

37j n

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.

37k n

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).

37l n

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).

37m n

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.

37n n

Un tel jugement étranger ayant été « obtenu », le juge suisse reprendra alors la procédure et procèdera 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.).

37o n

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.

37p n

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).

37q n

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). 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.

37r n

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).

37s n

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/t n

En conclusion, le système adopté par le législateur est fondé sur le *cloisonnement des ordres juridiques* : la prévoyance suisse est régie 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 n

L'art. 85 n'avait pas été réservé initialement à l'art. 63 al. 1 au sujet de la compétence du juge pour régler les effets accessoires, à la différence des art. 62 al. 3 et 64 al. 1. Cette lacune a été comblée lors de la réforme du droit de l'autorité parentale (FF 2011 p. 8348).

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).

14

Dans la pratique antérieure à la réforme de 2015, des cas se sont présentés dans lesquels le juge suisse du divorce a renvoyé les parties à mieux agir à l'étranger lorsqu'il s'agissait du partage de prétentions de prévoyance professionnelle à l'égard d'une institution étrangère (cf. art. 63 n° 36). Le cas le plus fréquent semble avoir été celui de l'époux rentré dans son pays d'origine pour y intenter le premier l'action en divorce, créant la litispendance (art. 9 al. 1). Toutefois, depuis lors, dans la mesure où le règlement de la question devait toucher la prévoyance à l'égard d'une institution suisse, cette décision n'est pas reconnue en Suisse, se heurtant à l'exclusivité de la compétence suisse. Ainsi, les modalités adaptées afin de rendre le règlement de la prévoyance acceptable et opposable à l'institution de prévoyance suisse ne sont plus d'actualité (cf. ATF 130 III 336 ss, 341-343 ; Office fédéral de la justice, Sem.jud. 2002 II p. 400 s.).

15 n

Inspiré du principe consacré à l'art. 63, l'art. 64 révisé consacre à son alinéa 2 également la compétence exclusive des tribunaux suisses et l'application de la loi suisse conformément à la règle de base de l'alinéa 3.

1. *Compétence*

16 n

La compétence des tribunaux suisses relève en principe de l'art. 64 al. 1 (ATF 131 III 289 ss, 290 ; ATF 19.10.2001, 5C.173/2001 ; ATF 6.5.2015, 5A_897/2014, c. 3.3.1). On pourrait également songer, dans de rares hypothèses, à une élection de for, expresse (art. 5 ; ATF cité du 6.5.2015, c. 3) ou tacite (art. 6 ; ATF 14.7.2021, 5A_710/2020, c. 3.2), voire au for du séquestre (art. 4) lorsqu'il s'agit d'une prestation exigible (cf. Bopp/Grolimund, FamPra.ch 2003 p. 505-507).

17 n

Lorsqu'aucune compétence suisse ne peut être créée sur cette base, les époux pourraient courir le risque de ne pas parvenir à une répartition de leurs prétentions en matière de prévoyance conformément à l'art. 122 CCS. Ainsi, des époux étrangers ayant quitté la Suisse ou les travailleurs étrangers non-résidents en Suisse (frontaliers ou en détachement), respectivement leur conjoint, n'auraient pas accès au régime de partage des prestations de sortie rattachées à une institution suisse de prévoyance. Dans de tels cas, impliquant de tels avoirs en Suisse, il faut assurer l'accès à la justice suisse et ce, le cas échéant, en vertu du for de nécessité de l'art. 3 (cf. ATF 14.7.2021, 5A_710/2020, c. 3.2 ; Schwander, AJP 1999 p. 1652 ; Schneider/Bruchez, p. 219 ; Leuba, Journée de droit civil 2011, p. 112). Pour saisir ce for, il suffit de démontrer que le juge étranger qui a statué sur le divorce n'a pas réglé correctement, eu égard au régime de prévoyance applicable aux époux, la répartition de leurs prétentions en matière de prévoyance, ou que le droit applicable devant ce juge ne permettait pas d'y parvenir (cf. Blum/Grolimund, FamPra.ch 2003 p. 507 s.).

17a n

Depuis la réforme entrée en vigueur en 2017, le nouvel alinéa 1^{bis} précise, en parallèle à l'art. 63 al. 1^{bis}, que par rapport au partage des prétentions de prévoyance professionnelle envers une institution suisse, la compétence des tribunaux désignés au premier alinéa (ou par l'art. 6) est *exclusive*, en y ajoutant cependant qu'à défaut d'une telle compétence, les tribunaux suisses du siège de l'institution de prévoyance sont compétents. Pour le Tribunal fédéral, cette disposition n'est pas applicable aux prétentions complémentaires à un jugement de divorce rendu à l'étranger avant 2017, régies par les anciennes règles de la LDIP en la matière (ATF cité du 14.7.2021, 5A_710/2020, c. 3.2). Cependant, cette position méconnaît que les règles de droit transitoire ne sont pas les mêmes, s'agissant de la compétence et la loi applicable. Selon l'art. 197, la compétence pour connaître d'une action introduite après l'entrée en vigueur d'une nouvelle règle juridictionnelle relève du nouveau droit (cf. art. 196-199 n° 2).

2. *Droit applicable*

18 n

Le droit applicable est en principe déterminé de la même manière que s'il s'agissait d'un divorce prononcé en Suisse, compte tenu du parallélisme entre l'art. 63 al. 2 et l'art. 64 al. 2 (cf. n° 6). Pour le Tribunal fédéral, il y a lieu d'appliquer, en principe, la loi régissant le divorce, ceci cependant sous réserve de la clause d'exception de l'art. 15 al. 1 qui doit permettre d'aboutir à l'application de la loi qui détermine la prévoyance dans le cas particulier (« vorsorgeprägend »). Dans une espèce concernant des époux suisses ayant vécu pendant leur mariage la plupart du temps en France, où ils ont obtenu le divorce en vertu de la loi française, le Tribunal fédéral a conclu que cette loi était la loi du divorce également du point de vue suisse, nonobstant le fait que l'art. 61 aurait désigné le droit suisse (ATF 131 III 291, cf. obs. Bucher, RSDIE 2005 p. 371-375 ; ATF 14.7.2021, 5A_710/2020, c. 3.3). Cependant, si le jugement étranger de divorce ne règle pas le sort de la prévoyance, il n'y a pas de raison de s'en remettre aux règles de conflit sur le divorce du for étranger. La solution pourrait alors être la même qu'au cas où le divorce avait été prononcé en Suisse d'après le droit suisse (ainsi ATF 19.3.2013, 5A_874/2012, c. 4.1 ; Obergericht AR, GVP-AR 2006 p. 87). S'il s'agit simplement de compléter la solution retenue à l'étranger pour la rendre compatible avec le système suisse, il convient de rester dans la même ligne et d'appliquer le droit suisse même s'il n'est pas désigné par l'art. 61 al. 2 (en ce sens l'ATF 135 V 427).

19 n

Cependant, il eût été préférable de suivre le *droit applicable au rapport de prévoyance*, comme s'il s'agit de régler un effet accessoire du divorce (cf. art. 63 n° 19-37). En procédant de cette manière, tous les couples, suisses et étrangers, qui disposent d'un avoir de prévoyance dans une institution suisse sont traités sur le même plan et bénéficient du partage selon l'art. 122 CCS. Partant d'une prémisse erronée, à savoir l'application de la loi du divorce, le Tribunal fédéral est cependant parvenu autrement à des résultats équitables, par le biais de la clause d'exception et de la recherche du droit qui serait « vorsorgeprägend » pour le couple dans le cas particulier (cf., à ce sujet, art. 63 n° 28-31).

20

biffer

21 n

Dans certains cas, le jugement étranger de divorce, sans véritablement se prononcer, au sens de l'art. 122 CCS, sur le partage de la prestation de sortie rattachée à une institution suisse de prévoyance, procède néanmoins à une certaine répartition, dans le contexte de la liquidation du régime matrimonial, lors de la fixation de l'entretien, ou moyennant l'allocation d'une créance spécifique destinée à la prévoyance, par exemple. Le juge suisse sollicité pour modifier, voire compléter le jugement étranger dans le sens d'un partage des prétentions qui soit conforme à l'art. 122 CCS peut alors, le cas échéant, revenir sur le prononcé du juge étranger sur des points où l'autorité de la chose jugée n'empêche pas une modification ultérieure (de l'entretien, par exemple), puis procéder au « splitting » conformément au droit suisse. L'exclusivité de la compétence suisse pour régler le sort de la prévoyance par rapport à une institution suisse s'applique alors certes à cette question, surgissant à titre principal dans une action intentée à cet effet. Cependant, cela n'empêche pas le juge suisse de tenir compte, à titre incident, de l'allocation de prévoyance opérée par le juge étranger à un autre titre dans une décision qui, en tant que telle, doit être reconnue en Suisse, en adaptant la répartition des prestations en principe régie par la loi suisse.

21a n

L'art. 64 n'empêche pas les juges suisses d'être saisis. Ils devront se baser sur la loi suisse (art. 64 al. 3). Si le juge suisse ne dispose pas d'une telle possibilité, il convient de distinguer en principe deux hypothèses. Dans le premier cas, la répartition faite par le juge étranger est manifestement inéquitable eu égard aux avoirs de prévoyance créés par l'un des époux (ou par les deux) ; il convient alors ne pas reconnaître cette répartition, contraire à l'art. 122 CCS en tant que règle d'ordre public (cf., également, Office fédéral de la justice, Sem.jud. 2002 II p. 400), puis procéder au partage selon cette disposition, mais sans toucher aux autres éléments de la décision qui ne dépendent pas de la prévoyance (ainsi dans l'hypothèse d'une restitution de la dot, qui n'a aucun rapport avec la prévoyance, cf. Obergericht AR, GVP-AR 2006 p. 87). Dans le second cas, le sort réservé aux avoirs de prévoyance à l'étranger peut paraître raisonnable, de sorte qu'il n'y a pas lieu de procéder à une répartition d'après l'art. 122 CCS. Le cas échéant, le juge suisse peut allouer une indemnité qui lui paraît équitable en complément à cette solution (art. 124 CCS ; Bopp/Grolimund, FamPra.ch 2003 p. 520). Dans la plupart des cas dans la pratique, l'époux requérant est cependant mieux avisé d'agir directement devant les tribunaux du pays étranger concerné.

23

In fine, lire Dutoit, art. 59 n° 3

25

6^e ligne, lire Dutoit, art. 64 n° 3, 79 n° 4

31

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

Art. 65

2

In fine, ajouter : Il conviendra de procéder de la même manière par rapport à un divorce opéré en France par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire ; l'absence d'un acte authentique est certes regrettable, mais le divorce par dépôt notarial étant en force en France, il n'y a pas de raison d'ajouter un acte notarial qui est facultatif dans ce pays.

8

In fine, ajouter : Il est vrai, cependant, que l'application des conditions de l'art. 65 est quelque peu artificielle par rapport à de tels divorces par acte concluant, n'exigeant pas la saisine d'un juge. Néanmoins, l'exigence de certains liens avec le pays de l'acte permet de poser un frein à des divorces purement volontaires et sans racine aucune avec le pays de leur confection.

8a

Lors de la réforme relative au Mariage pour tous, les fors reconnus selon l'alinéa 1 ont pris la forme d'une liste (lit. a et b), à laquelle on a ajouté le cas de la décision rendue dans l'Etat de la *célébration du mariage*, dans une hypothèse dans laquelle l'action ne pouvait être intentée dans l'un des Etats de domicile au sens de la lettre a ou qu'on ne pouvait raisonnablement exiger quel le soit (lit. c). L'idée à la base de ce texte est de tenir compte des cas de mariages de personnes du même sexe non reconnus dans le pays de domicile des époux. La preuve de la condition requise est difficile à apporter à ce stade, dans la mesure où l'autorité suisse doit s'en rapporter au droit étranger du domicile afin de savoir si l'action y était possible ou non. Cette difficulté sera ressentie comme impraticable notamment au niveau des autorités de l'état civil (cf. art. 32). Les époux ont intérêt à éviter la saisine d'un tel for étranger, si cela leur est possible, s'ils veulent éviter de devoir faire face à de telles complications.

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 ; ATF 27.8.2013, 5A_249/2013, c. 3.5).

34

Le renvoi doit se faire au n°43 (non 44).

37 n

En principe, l'art. 65 pourrait également comprendre la reconnaissance du prononcé du juge étranger du divorce sur un partage ou une compensation des droits de pension en matière de prévoyance professionnelle (Jametti, *Liber amicorum Siehr*, p. 277 ; Bopp/Grolimund, *FamPra.ch* 2003 509 s.) ; le Tribunal fédéral avait laissé la

question ouverte (ATF 130 III 339 : ATF 30.1.2013, 9C_490/2012, c. 2.1). La jurisprudence s'est montrée peu disposée à corriger des jugements par le biais de l'ordre public lorsque les intérêts d'une épouse paraissaient manifestement négligés (cf. ATF 134 III 661, 664-666 ; obs. Bucher, RSDIE 2010 p. 195, AJP 2009 p. 117 ; Leuba, Journée de droit civil 2011, p. 124-126 ; moins rigide cependant l'ATF 1.6.2011, 5A_835/2010, cf. obs. Bucher, RSDIE 2012 p. 295). Il a également pu être tenu compte de l'assouplissement inséré dans un arrêt français sur la prestation compensatoire, tenant compte de l'expectative de prévoyance en Suisse que l'on pouvait comparer 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).

37a n

La nouvelle législation du 19.6.2015 (cf. art. 59-65 n° 3) a apporté sur ce point un changement radical de stratégie (cf. art. 63 n° 37/3-37/5a, 37/11-37/16 ; Romano, RSDIE 2013 p. 394-397), visant à remédier à 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). Depuis lors, compte tenu de la compétence exclusive des tribunaux suisses (art. 63 al. 1^{bis}), les jugements rendus à l'étranger portant sur le partage de la prévoyance professionnelle en Suisse ne peuvent plus être reconnus. Le jugement de divorce étranger est ainsi toujours lacunaire, qu'il se prononce ou non sur cette question. (ATF 13.10.2020, 5A_819/2019, c. 3.3.1 ; cf. art. 63 n° 37g). Encore faut-il nuancer : le prononcé français sur la prestation compensatoire est de nature alimentaire et doit donc être reconnu en Suisse (cf. art. 1 CL n° 9) même s'il prend en considération à titre incident de l'expectative de prévoyance suisse (hypothèse non réalisée dans l'ATF cité, c. 3). Si tel est le cas, les montants pris en compte peuvent être imputés sur le règlement de ce partage devant les tribunaux suisses.

37b n

On notera que 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).