



Évaluation des dispositions du code civil concernant les mariages forcés et de mineurs

Rapport du Conseil fédéral en exécution du
postulat 16.3897 Arslan « Évaluation de la
révision du code civil du 15 juin 2012 (mariages
forcés) »

du 29 janvier 2020

Table des matières

1	Contexte.....	4
1.1	Rapport « Répression des mariages forcés et des mariages arrangés » du 14 novembre 2007.....	4
1.2	Étude « Mariages forcés : causes, formes, ampleur ».....	4
1.3	Programme fédéral de lutte contre les mariages forcés.....	4
1.4	Loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés.....	5
2	Mandat	7
2.1	Postulat 16.3897 Arslan « Évaluation de la révision du code civil du 15 juin 2012 (mariages forcés) ».....	7
2.2	Mise en œuvre du postulat 16.3897.....	8
2.2.1	Évaluation externe de la loi.....	8
2.2.2	Autres travaux de mise en œuvre.....	8
3	Rapport d'évaluation Vatter.....	9
3.1	But et objet.....	9
3.2	Nombre de cas recensés par les autorités interrogées.....	10
3.3	Recommandations du rapport d'évaluation Vatter (aperçu).....	11
4	Évaluation détaillée des éléments nouveaux – résultats et actions requises.....	13
4.1	Sensibilisation, prévention et information.....	13
4.1.1	Rapport d'évaluation Vatter.....	13
4.1.2	Appréciation.....	14
4.2	La contrainte, cause de nullité du mariage (art. 105, ch. 5, CC).....	14
4.2.1	Droit en vigueur.....	14
4.2.2	Critique du droit en vigueur.....	14
4.2.3	Rapport d'évaluation Vatter.....	15
4.2.4	Appréciation.....	15
4.3	La minorité, cause de nullité du mariage (art. 105, ch. 6, CC).....	16
4.3.1	Droit en vigueur.....	16
4.3.2	Critique du droit en vigueur.....	19
4.3.3	Rapport d'évaluation Vatter.....	20
4.3.4	Appréciation.....	21
4.3.5	Proposition.....	24
4.4	Système en trois temps et autorités ayant qualité pour agir.....	25
4.4.1	Droit en vigueur.....	25
4.4.2	Rapport d'évaluation Vatter.....	25
4.4.3	Appréciation.....	26
4.5	Autres dispositions édictées par la révision de 2012.....	27
4.5.1	Obligation de dénoncer des autorités de l'état civil (art. 43a, al. 3 ^{bis} , CC).....	27
4.5.2	Obligation d'examiner l'expression de la libre volonté des fiancés (art. 99, al. 1, ch. 3, CC).....	27
4.5.3	Obligation d'informer (art. 106, al. 1, 2 ^e phrase, CC).....	28
4.5.4	Non-reconnaissance ou reconnaissance puis annulation.....	28
4.5.5	Protection et accompagnement des personnes concernées.....	30
4.5.6	Prochaines étapes.....	31
5	Conclusion.....	31
6	Bibliographie	33
	Annexe : droit comparé.....	35

Condensé

Lutter contre les mariages forcés et les mariages de mineurs et soutenir les personnes qui en sont victimes est une préoccupation majeure du Conseil fédéral. Dans ce sens, la Confédération poursuit depuis plusieurs années une stratégie qui repose sur plusieurs piliers et, au-delà de la dimension législative, donne grande importance à l'information, à la sensibilisation et aux activités de conseil.

Au niveau de la législation, la Suisse a mis en vigueur au 1^{er} juillet 2013 la loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés. Celle-ci a introduit des adaptations dans plusieurs domaines juridiques, notamment au niveau du droit international privé, du droit pénal, du droit de l'asile et des étrangers, de même que du droit civil. Le postulat 16.3897 Arslan demande au Conseil fédéral d'évaluer les nouvelles dispositions intégrées à cette occasion dans le code civil, en portant une attention particulière aux mariages conclus à l'étranger avec des personnes mineures. Pour mener à bien cette tâche, le Conseil fédéral a chargé le Büro Vatter de procéder à une évaluation de la loi. De son côté, l'Office fédéral de la justice a organisé une rencontre avec des professionnels sur le thème des mariages de mineurs.

L'une des conclusions principales du rapport d'évaluation Vatter est que le travail de sensibilisation, d'information et de prévention joue un rôle plus important que les dispositions légales dans la lutte contre les mariages forcés et les mariages de mineurs. Le Conseil fédéral s'est consacré à ces trois aspects dans les limites de ses compétences en lançant le programme fédéral de lutte contre les mariages forcés et en mettant en place des mesures de suivi.

Cela étant dit, d'après le rapport d'évaluation Vatter les dispositions légales n'en jouent pas moins un rôle essentiel en ce qu'elles envoient un signal important. Au cœur des normes introduites dans le code civil figurent deux nouvelles causes de nullité du mariage : le mariage forcé et le mariage de mineurs.

En ce qui concerne les réglementations de droit civil en matière de mariages forcés, le Conseil fédéral ne juge pas utile d'agir au niveau législatif. La disposition, il est vrai, n'est que rarement appliquée dans la pratique, mais d'après le rapport d'évaluation Vatter, cela tient moins à la conception de la norme actuelle qu'à la nature du phénomène. Les mariages forcés résultent généralement de mécanismes de pression sociale et intrafamiliale contre lesquels les personnes concernées n'oseraient bien souvent pas s'élever. Il leur serait de ce fait difficile de dénoncer leur situation. Or sans leur participation, les autorités ont du mal à identifier les situations de contrainte.

L'appréciation est différente pour l'autre cause de nullité du mariage examinée : la minorité. D'une part, ce motif ne peut plus être invoqué selon le droit en vigueur une fois que la personne concernée a atteint sa majorité (réparation automatique du vice) et d'autre part, le mariage ne peut être déclaré nul si son maintien correspond à l'intérêt supérieur du conjoint concerné (pesée des intérêts). Le Conseil fédéral reconnaît la nécessité d'agir dans ce domaine. La solution esquissée consisterait à accorder à la personne concernée un certain délai au-delà de ses 18 ans pour faire valoir la nullité de son mariage. En ce qui concerne la pesée des intérêts, un examen global incite au contraire au maintien de la réglementation en vigueur pour les personnes mineures, afin de prévenir le risque d'une annulation allant à l'encontre de ses intérêts. En revanche, si la personne est déjà majeure, la pesée des intérêts est superflue. Dans la mesure où celle-ci manifeste clairement en cours de procédure sa volonté de maintenir l'union et qu'il est établi que cette volonté a été librement formée, il convient de la respecter. Le Conseil fédéral charge le Département fédéral de justice et police d'élaborer sur ces questions un projet à mettre en consultation afin de remédier au plus vite aux problèmes soulevés.

1 Contexte

C'est un fait établi que le mariage forcé et le mariage de mineurs touchent des millions d'êtres humains dans le monde. En Suisse, les unions contraintes ou arrangées ainsi que les mariages de mineurs sont de plus en plus présents dans l'esprit du grand public depuis quelques années. La sensibilité à cette question s'est considérablement aiguisée et plusieurs mesures ont été engagées. Il est rapidement apparu qu'il n'y aurait pas de solution simple. Les mariages en question sont généralement arrangés par des membres de la famille proche et ce sont précisément les liens familiaux étroits qui font qu'il est difficile pour les victimes de dénoncer leur situation et d'entreprendre des démarches. Le pilotage par le législateur s'en trouve grandement entravé. En d'autres termes, il ne suffit pas d'adapter les lois, un concept global s'impose pour combattre ce phénomène. Dans ce sens, la Confédération poursuit depuis plusieurs années une stratégie fondée sur plusieurs piliers. La recherche, l'information, la sensibilisation de la population et des autorités ainsi que les activités de conseil y tiennent, à côté de la législation, une place importante.

1.1 Rapport « Répression des mariages forcés et des mariages arrangés » du 14 novembre 2007

Le Conseil fédéral s'est exprimé pour la première fois sur le phénomène du mariage forcé dans le rapport « Répression des mariages forcés et des mariages arrangés » du 14 novembre 2007¹. Le rapport affirme expressément que les mariages forcés représentent une violation des droits fondamentaux de l'individu et qu'il appartient de ce fait à l'État et à la société de les combattre. Le Conseil fédéral a à cœur de prévenir les mariages forcés et de mineurs ainsi que de protéger et de soutenir les personnes concernées en toute efficacité.

1.2 Étude « Mariages forcés : causes, formes, ampleur »

En réponse à la motion 09.4229 Tschümperlin « Aider efficacement les victimes de mariages forcés » du 11 décembre 2009, le Conseil fédéral a commandé l'étude « Mariages forcés : causes, formes, ampleur »². Celle-ci avait pour but d'explorer la question des mariages forcés et d'acquérir les connaissances indispensables à la définition et à la mise en œuvre de mesures efficaces. L'étude a défini pour la première fois trois types de situations concrètes de mariages forcés, auxquelles il est depuis régulièrement fait référence :

- **type A** : une personne subit une contrainte ou des pressions pour accepter un mariage dont elle ne veut pas ;
- **type B** : une personne subit une contrainte ou des pressions pour renoncer à une relation amoureuse de son choix ;
- **type C** : une personne subit une contrainte ou des pressions pour renoncer à demander le divorce, que son mariage ait été conclu volontairement ou non³.

Le rapport renseigne aussi sur l'ampleur du phénomène des mariages forcés.

1.3 Programme fédéral de lutte contre les mariages forcés

Toujours en exécution de la motion 09.4229 Tschümperlin, le Conseil fédéral a lancé un programme quinquennal de lutte contre les mariages forcés. Le programme s'est étendu de 2013

¹ Rapport mariages forcés et arrangés 2007

² NEUBAUER / DAHINDEN, étude mariages forcés

³ NEUBAUER / DAHINDEN, étude mariages forcés, résumé, p. 2

à 2017 et visait d'une part à développer la mise en réseau et les échanges entre les professionnels et les services spécialisés et, d'autre part, à proposer des offres et des activités à l'intention des professionnels, du grand public, ainsi que des victimes de mariages forcés.

Le 25 octobre 2017, le Conseil fédéral a approuvé le rapport sur les résultats du Programme fédéral⁴. Celui-ci constate que le programme a donné une impulsion essentielle à la sensibilisation et à la mise en réseau régionale et nationale des acteurs de ce domaine. Les mesures prises ont contribué à approfondir les connaissances des professionnels en matière de mariages forcés et à fournir une assistance efficace aux personnes concernées. À la lumière des expériences acquises, le Conseil fédéral a décidé de poursuivre son engagement contre les mariages forcés et les mariages de mineurs et en faveur de la protection des personnes concernées ; il a adopté trois mesures à cet effet :

(1) La Confédération soutient financièrement un centre de compétence dans le domaine des mariages forcés pour une période supplémentaire de quatre ans. Dans le cadre d'un appel d'offres a été désigné à cette fonction le *Service contre les mariages forcés*⁵. Ce service est une ONG spécialisée dans l'accompagnement des victimes de mariages forcés ou de mariages de mineurs. Il a à son actif de nombreuses années d'expérience sur ce terrain.

(2) Le Secrétariat d'État aux migrations (SEM) maintient aussi un poste dévolu à la coordination et à la gestion des connaissances.

(3) Le Conseil fédéral a en outre annoncé qu'il se pencherait sur la thématique des mariages de mineurs dans sa réponse au postulat Arslan⁶.

1.4 Loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés

En complément du Programme fédéral, le Conseil fédéral a adopté, le 23 février 2011 — en exécution de la motion 06.3658 Heberlein du 7 décembre 2006 – le message⁷ et le projet⁸ de loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés. La loi fédérale visait à prévenir dans une large mesure les mariages forcés, à aider efficacement les victimes de tels mariages et à préserver leurs droits fondamentaux⁹. La loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés a été adoptée par le Parlement le 15 juin 2012 et est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013¹⁰.

La loi fédérale a été conçue comme une loi-cadre et comprenait des adaptations dans plusieurs autres lois, en particulier dans la loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)¹¹, dans le code pénal (CP)¹², dans la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI)¹³, dans la loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi)¹⁴, dans le code civil (CC)¹⁵ et dans la loi du 18 juin 2001 sur le partenariat (LPart)¹⁶. Dans la foulée, l'ordonnance sur l'état civil (OEC)¹⁷ et l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice

⁴ Rapport programme fédéral

⁵ www.mariageforce.ch

⁶ Voir rapport programme fédéral, p. 18 s.

⁷ Message mariages forcés

⁸ FF 2011 2045

⁹ Message mariages forcés, p. 2046

¹⁰ RO 2013 1035

¹¹ RS 291

¹² RS 311.0

¹³ RS 142.20

¹⁴ RS 142.31

¹⁵ RS 210

¹⁶ RS 211.231

¹⁷ RS 211.112.2. À noter que dans le cadre de mesures d'urgence visant à lutter contre les mariages forcés, le Conseil fédéral avait d'ores et déjà inséré un nouvel alinéa 1^{bis} à l'article 65 OEC, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011. Cette norme a le contenu suivant : « L'officier de l'état civil rappelle aux fiancés qu'il ne peut célébrer le mariage s'il n'est pas l'expression de leur libre volonté ».

d'une activité lucrative (OASA)¹⁸ ont été adaptées¹⁹. Les mesures adoptées étaient essentiellement centrées sur les personnes subissant une contrainte ou des pressions pour accepter un mariage dont elles ne veulent pas, ce qui correspond à la situation de type A définie dans l'étude sur les mariages forcés.

Une nouvelle infraction a été inscrite dans le *code pénal*. Ainsi, selon l'art. 181a CP, quiconque, en usant de violence envers une personne ou en la menaçant d'un dommage sérieux ou en l'entravant de quelque autre manière dans sa liberté d'action, l'oblige à conclure un mariage ou un partenariat enregistré sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire (al. 1). Est également punissable quiconque se trouve en Suisse et commet l'infraction à l'étranger et n'est pas extradé (al. 2).

La *loi sur l'asile et la loi sur les étrangers* ont été modifiées comme suit : les autorités cantonales en matière de migration ou le SEM, lors de l'examen des conditions du regroupement familial pour le conjoint selon les art. 42 à 45 LEI, ou selon l'art. 85, al. 7, LEI (conjointes de personnes admises à titre provisoire ou de réfugiés admis à titre provisoire) ou pendant la procédure concernant l'asile accordé au conjoint ou à la famille selon l'art. 51 LAsi, s'ils ont des raisons de suspecter que le mariage a été conclu contre la volonté d'un des époux ou avec une personne mineure, en informent l'autorité cantonale visée à l'art. 106 CC. La procédure concernant le regroupement familial ou l'asile accordé à la famille est alors suspendue jusqu'à décision de cette autorité. Si celle-ci intente une action, la suspension est prolongée jusqu'à ce qu'un jugement soit rendu et entré en force (éventuelle déclaration de nullité du mariage ; art. 45a LEtr, art. 85, al. 8, LEtr, art. 51, al. 1^{bis}, LAsi). Au chapitre du regroupement familial au sens des art. 42 ss, le législateur a créé d'autre part une disposition expresse qui veut que le droit du conjoint et des enfants à une autorisation de séjour et à la prolongation de sa durée de validité subsiste après dissolution du mariage si celui-ci a été conclu en violation de la libre volonté d'un des époux (art. 50, al. 2, LEI)²⁰.

La *LDIP* a été modifiée pour préciser que tous les mariages célébrés en Suisse sont exclusivement régis par le droit suisse (art. 44 LDIP). Ainsi, un mariage ne peut être conclu en Suisse qu'à la condition que les époux aient atteint l'âge de 18 ans révolus (art. 94 CC). En conséquence, les personnes étrangères mineures ne peuvent plus faire valoir le droit de leur pays d'origine pour se marier sur territoire suisse. En outre, l'art. 45a LDIP a été entièrement reformulé : les personnes mineures domiciliées en Suisse ne peuvent plus être émancipées par mariage. Cet article crée une base claire pour que les causes de nullité du mariage prévues par le CC soient exécutoires, y compris dans les cas en relation avec l'étranger, si le mariage en question a un lien suffisant avec la Suisse.

Dans le CC enfin, des modifications sont apportées aux obligations des autorités de l'état civil : l'art. 43a, al. 3^{bis}, CC fait obligation aux officiers de l'état civil de dénoncer auprès des autorités compétentes toutes les infractions qu'ils constatent dans l'exercice de leurs fonctions (obligation d'informer). Le mariage forcé constitue désormais une infraction spécifique (art. 181a CP). En cas de soupçon de mariage forcé, une dénonciation doit être adressée à la police. Cela vaut à la fois lorsqu'il y a projet de mariage (la tentative est punissable) et lorsqu'il s'agit de reconnaître une union et de l'inscrire au registre de l'état civil. Dans le cas de mariages de mineurs, les éléments constitutifs d'une infraction contre l'intégrité sexuelle peuvent être réunis (p.ex. actes d'ordre sexuels avec des enfants, art. 187 CP).

¹⁸ RS 142.201

¹⁹ Aperçu et compilation des documents disponibles sur : www.ofj.admin.ch > Société > Projets législatifs terminés > Mariages forcés

²⁰ Voir à ce sujet le rapport du Conseil fédéral d'avril 2018 en réponse au Po. 15.3408 Feri « Droit de séjour des victimes de violences conjugales », qui réalise une première évaluation de cette disposition.

L'art. 99, al. 1, ch. 3, CC a instauré l'obligation des officiers de l'état civil de s'assurer qu'il n'existe aucun élément permettant de penser que la demande de mariage n'est manifestement pas l'expression de la libre volonté des fiancés.

À cela sont venues s'ajouter deux nouvelles causes absolues de nullité du mariage (art. 105, ch. 5 et 6, CC) : le mariage est annulé d'office, lorsqu'il a été conclu en violation de la libre volonté d'un des époux (ch. 5) ou lorsque l'un des conjoints est mineur, à moins que son intérêt supérieur ne commande de maintenir le mariage (ch. 6).

Au nombre des nouveautés introduites figure en outre *l'obligation de signalement* faite aux autorités fédérales et cantonales. Celles-ci doivent désormais – dans la mesure où cela est compatible avec leurs attributions – informer l'autorité compétente lorsqu'elles ont des raisons de croire qu'un mariage est entaché de nullité (art. 106, al. 1, 2^e phrase, CC).

Dans la *LPart* ont été introduites des causes de nullité par analogie avec celles du mariage (art. 9, al. 1, let. d et e, et al. 2, 2^e phrase, *LPart*), de même que le devoir des officiers de l'état civil de s'assurer de la libre volonté des partenaires (art. 6, al. 1, *LPart*).

2 Mandat

2.1 Postulat 16.3897 Arslan « Évaluation de la révision du code civil du 15 juin 2012 (mariages forcés) »

En date du 16 décembre 2016, le Conseil national a adopté le postulat 16.3897 Arslan « Évaluation de la révision du code civil du 15 juin 2012 (mariages forcés) », déposé le 30 septembre 2016. Le Conseil fédéral en avait préalablement proposé l'acceptation.

Libellé du postulat :

« Le Conseil fédéral est chargé de procéder à une évaluation de l'efficacité de la révision du code civil adoptée le 15 juin 2012 (mariages forcés) et de faire rapport au Parlement. Si les objectifs fixés n'ont pas été atteints ou s'ils ne l'ont été que partiellement, il dressera la liste des mesures à prendre. »

Les motifs invoqués sont les suivants :

« La révision du code civil adoptée le 15 juin 2012 (mesures de lutte contre les mariages forcés) est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013. Elle a permis la mise en place de diverses mesures visant à empêcher les mariages forcés et à protéger efficacement les victimes.

Aux termes de l'article 170 de la Constitution, l'Assemblée fédérale est tenue de veiller à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation. Me fondant sur cette disposition, je charge le Conseil fédéral d'évaluer l'efficacité des objectifs fixés dans le cadre de la révision du 15 juin 2012. Il examinera en particulier ce qu'il en est des mariages conclus avec des personnes mineures à l'étranger, notamment en comparaison internationale. »

Les dispositions apportées par la révision du CC de 2012 constituent donc l'objet de l'évaluation réclamée par le Conseil national. Les autres lois fédérales modifiées lors de cette révision seront également mentionnées dans certaines parties du présent rapport, mais ne forment pas à proprement parler l'objet de l'évaluation.

2.2 Mise en œuvre du postulat 16.3897

2.2.1 Évaluation externe de la loi

Pour mener à bien l'évaluation demandée, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a mandaté le 5 décembre 2017 le Büro Vatter (Politikforschung- und Beratung) ainsi que Marianne Schwander de la Haute école spécialisée bernoise, Département travail social. L'évaluation externe a été réalisée avec le concours d'un groupe d'accompagnement interdépartemental composé de représentants du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG), du SEM (section Procédure d'asile et pratique 2, ainsi que Développement et Intégration) et de différentes unités de l'OFJ (Office fédéral de l'état civil [OFEC], Droit international privé, Projets et méthode législatifs, Droit civil et procédure civile). Le Büro Vatter a conclu ses travaux par un rapport final daté du 27 mars 2019²¹.

2.2.2 Autres travaux de mise en œuvre

L'OFJ a mandaté d'autre part l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) pour établir un avis de droit comparé portant sur le mariage forcé et le mariage de mineurs. L'institut a achevé et publié ses travaux le 31 août 2018²².

D'une part, il est apparu au fil de l'évaluation que pour les mariages de mineurs, que la cause de nullité du mariage au sens de l'art. 105, ch. 6 CC faisait l'objet d'une controverse. D'autre part, le postulat 16.3897 demande qu'une attention particulière soit accordée aux mariages conclus à l'étranger avec des personnes mineures. Au vu de ces éléments, l'OFJ a organisé le 19 juin 2019 une rencontre sur le thème des mariages de mineurs. Son but consistait à examiner la question avec l'apport de différents professionnels, à recenser le plus complètement possible les arguments pour ou contre certaines propositions et à refléter au mieux l'opinion générale. Ont participé à cette rencontre les personnes suivantes :

- Liselotte Barzé, SEM, section Procédure d'asile et pratique, conseillère spécialisée
- Stephan Baschung, SEM, chef de la section Procédure d'asile et pratique 2
- Simone Egger, TERRE DES FEMMES Suisse, responsable des activités politiques (pas de participation en personne, entretien téléphonique préalable)
- Service contre les mariages forcés²³
- Christiana Fountoulakis, professeure à l'Université de Fribourg
- Barbara Gysel, Fondation Protection de l'enfance Suisse, membre de la direction
- Elisabeth Keller, directrice de la Commission fédérale pour les questions féminines (CFQF)
- Nora Lichti Aschwanden, membre du Comité de l'Association suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire (ASM)
- Thomas Mayer, OFJ, Droit international privé, collaborateur scientifique
- Yvonne Meier, avocate, étude Meier Anwälte GmbH, Baden
- Michel Montini, OFJ (OFEC), collaborateur scientifique
- Anna Neubauer, SEM, section Développement et Intégration, conseillère spécialisée
- Sandra Hotz, privat-docente à l'Université de Zurich
- Matthias Stein, membre du Comité de l'Association suisse des Magistrats de l'ordre judiciaire (ASM)
- Claudio Stricker, Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police, Secrétariat général, collaborateur scientifique

²¹ Rapport d'évaluation Vatter

²² Avis ISDC

²³ Compte tenu des menaces dont ils ont fait l'objet et pour des raisons de sécurité, les membres du Service contre les mariages forcés ont souhaité que leurs noms n'apparaissent pas.

Par ailleurs, l'OFJ a pu réaliser une enquête auprès de vingt autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) de treize cantons à l'occasion d'une rencontre professionnelle organisée le 4 juin 2019 par la Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA). L'enquête visait à savoir dans quelle mesure les APEA sont confrontées dans leur pratique à des mariages forcés ou à des mariages de mineurs. En raison du faible nombre d'APEA interrogées, les données recueillies n'ont pas de valeur représentative. Elles ont néanmoins fourni quelques indications essentielles quant à l'étendue et aux traitements possibles des cas rapportés. L'enquête a aussi et surtout révélé que les APEA n'ont été amenées à connaître que fort peu de cas de mariages forcés ou de mariages de mineurs, si bien qu'il a été décidé de ne pas mener d'étude approfondie auprès de ces autorités.

3 Rapport d'évaluation Vatter

3.1 But et objet

Le mandat que l'OFJ a confié au Büro Vatter consistait à évaluer l'efficacité des dispositions inscrites dans le code civil par la loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés, à mettre en évidence le potentiel d'optimisation dans l'exécution et, s'il y avait lieu, à proposer des modifications des dispositions examinées. À cet effet, il s'agissait de scruter la pratique des différentes autorités appelées à appliquer les dispositions de droit civil et leurs expériences en la matière, de se pencher aussi sur la pratique des tribunaux en matière d'annulation de mariage en application de l'art. 105, ch. 5 et 6, CC et, enfin, de mesurer l'efficacité des dispositions à évaluer – plus particulièrement du point de vue des victimes de mariages forcés et de mineurs. L'évaluation était aussi censée livrer, dans la mesure du possible, des données concernant l'ampleur et l'évolution du phénomène des mariages forcés et de mineurs.

Conformément au mandat du postulat 16.3897, seules les dispositions du CC, et plus précisément les deux nouvelles causes de nullité du mariage, à savoir la contrainte (art. 105, ch. 5, CC) et la minorité (art. 105, ch. 6, CC), ont été évaluées. Ces deux motifs ont été intégrés au système régissant l'action en annulation du mariage au moment de l'adoption de la loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés. Ce système fonctionne en trois temps :

- (1) Les autorités d'enregistrement de la Confédération ou des cantons informent l'autorité ayant qualité pour intenter action lorsqu'elles ont des raisons de croire qu'un mariage est entaché d'un vice entraînant la nullité (art. 106, al. 1, 2^e phrase, CC).
- (2) En principe, l'autorité désignée à cet effet par le droit cantonal intente action auprès du tribunal civil s'il existe une cause de nullité absolue (art. 106 CC).
- (3) Il appartient ensuite au juge, au terme de la procédure civile, de se prononcer sur la validité du mariage.

Ce système à trois paliers est examiné sous l'angle des causes de nullité du mariage que sont la contrainte et la minorité. D'autre part, les obligations nouvelles ou précisées incombant aux autorités de l'état civil (art. 43a, al. 3^{bis}, et art. 99, al. 1, ch. 3, CC) ont été intégrées à l'analyse.

L'évaluation a aussi pris sous la loupe les dispositions introduites dans la LPart, lesquelles sont identiques à l'obligation de contrôle faite aux officiers de l'état civil et aux deux causes de nullité du mariage (art. 6, al. 1, et 9, al. 1, let. d et e, ainsi qu'al. 2, 2^e phrase, LPart). On retiendra ici que l'évaluation n'a livré aucun élément permettant de conclure à l'existence d'un

partenariat forcé ou d'un partenariat conclu avec une personne mineure. En Suisse, cette question ne semble pas pertinente actuellement dans le domaine des relations entre personnes du même sexe²⁴.

3.2 Nombre de cas recensés par les autorités interrogées

Conformément à son mandat, le Büro Vatter a cherché à savoir dans quelle mesure les autorités sont effectivement confrontées au problème du mariage forcé et du mariage de mineurs. Le bureau a mené, pour la période du 1^{er} juillet 2013 au 31 décembre 2017, une enquête auprès des autorités intervenant dans le système décrit ci-dessus :

- (1) différentes autorités tenues d'informer sur les cas rencontrés (offices de l'état civil, autorités de surveillance de l'état civil, autorités des migrations et SEM) ;
- (2) autorités compétentes pour intenter action au sens de l'art. 106 CC dans chaque canton et
- (3) tous les tribunaux civils de première et de seconde instance.

Le rapport d'évaluation Vatter est parvenu à la conclusion suivante :

Dans l'enquête menée pour l'évaluation, les autorités ont signalé entre 107 et 145 cas présumés de mariage forcé et entre 97 et 184 cas présumés de mariage de mineurs pour la période du 1^{er} juillet 2013 au 31 décembre 2017. Il s'agit ici de données incomplètes et en partie estimées. Le SEM disposait pour sa part d'indices de mariage de mineurs dans 42 cas²⁵.

Dans 226 cas suspects, l'un des époux était mineur au moment de la conclusion du mariage. Dans 204 cas, la personne était encore mineure lors du premier contact avec les autorités et ces cas sont pertinents d'après le droit en vigueur. Huit personnes n'avaient pas encore 16 ans révolus. Au total, on relève quelque 350 cas de soupçon de nullité du mariage pour cause de contrainte ou de minorité.

Les autorités ayant qualité pour agir ont signalé pour leur part quelque 27 mariages forcés présumés, dont 17 environ impliquaient une personne encore mineure. À cela s'ajoutent 67 signalements de mariages de mineurs. Quatre personnes étaient âgées de moins de 16 ans. Les autorités compétentes pour agir ont indiqué avoir intenté 16 actions au total (15 pour cause de minorité, une pour cause de contrainte)²⁶.

« L'évaluation a recensé deux actions en annulation du mariage fondées sur le mariage forcé et dix actions pour cause de minorité. L'équipe d'évaluation présume que cette analyse couvre la moitié environ des procédures judiciaires qui ont été engagées dans la période retenue en rapport avec l'art. 105, ch. 5 ou 6 CC²⁷.

Trois mariages ont été finalement annulés, l'un pour cause de contrainte et deux pour cause de minorité.

²⁴ Voir aussi NEUBAUER / DAHINDEN, étude mariages forcés, p. 60 s. À vrai dire, selon des études menées à l'étranger, en particulier au Royaume-Uni, il ressort que les personnes bi- ou homosexuelles ainsi que les personnes transgenres ou intersexuées sont davantage exposées au risque d'un mariage forcé (conclu avec un partenaire du sexe opposé), dans l'intention de dissimuler l'orientation sexuelle ou l'identité de genre des victimes ; voir à cet égard l'article publié dans l'Independent : <https://www.independent.co.uk/news/uk/crime/forced-marriage-uk-victims-gay-countries-airports-police-help-a9006006.html>.

²⁵ Rapport d'évaluation Vatter, résumé p. III

²⁶ Rapport d'évaluation Vatter, p. 25 ss

²⁷ Rapport d'évaluation Vatter, résumé p. III

Les autorités de l'état civil ont déclaré avoir refusé de célébrer un mariage dans 20 cas en raison d'un risque de mariage forcé²⁸. Le rapport d'évaluation Vatter, se référant ici à la statistique des mariages de l'Office fédéral de la statistique (OFS), observe que les reconnaissances de mariages contractés avec un mineur à l'étranger sont en net recul. Entre 2014 et 2016, il a ainsi dénombré 48 cas où la personne était encore mineure au moment de la reconnaissance du mariage²⁹.

L'enquête réalisée a couvert une période de quatre ans et demi. Au total, elle a permis de relever 350 cas suspects et trois mariages annulés par les tribunaux.

L'équipe d'évaluation souligne toute la difficulté qu'il y a à identifier l'ampleur du phénomène des mariages forcés et de mineurs du fait de problèmes de définition et de méthode³⁰. Elle se risque néanmoins à comparer les résultats obtenus, notamment avec les données recensées dans le cadre du programme fédéral de lutte contre les mariages forcés. Celles-ci font état, pour la période allant de début 2015 au 31 août 2017 (deux ans et demi au total), de 905 cas de mariage forcé, un bon quart d'entre eux impliquant des mineurs³¹. Ces chiffres indiquent, selon le rapport, que le nombre de personnes potentiellement ou effectivement touchées par les mariages forcés ou de mineurs est bien supérieur à celui que les diverses autorités sont amenées à identifier dans le cadre de leurs activités³².

3.3 Recommandations du rapport d'évaluation Vatter (aperçu)

L'évaluation constate en substance que les nouvelles causes de nullité du mariage inscrites dans le code civil donnent un signal clair et confèrent une légitimité juridique et une base d'argumentation aux autorités confrontées à des cas douteux et ont permis à nombre d'entre elles de développer une sensibilité et des compétences en matière de mariages forcés et de mineurs. Cependant, le rapport d'évaluation souligne aussi que les mesures de sensibilisation, d'information et de prévention jouent un rôle plus important dans la lutte contre ces phénomènes que la consécration dans la loi des causes de nullité du mariage.

S'agissant des mariages forcés, on suppose certes qu'ils existent, mais au vu du système prévu par la loi ils n'aboutissent que très rarement à une procédure judiciaire et restent donc invisibles. Concrètement, la possibilité d'annuler un mariage *a posteriori* n'est pas utilisée. Les autorités, relève le rapport, ont d'énormes difficultés à discerner la contrainte si la personne concernée ne la signale pas de sa propre initiative. Le tableau est similaire du côté des mariages de mineurs. Ici, les deux éléments prévus par la loi (pesée des intérêts et réparation du vice³³) ont pour effet que même les cas mis au jour sont rarement signalés et soumis à un tribunal ou annulés. À cet égard, le changement de paradigme que le Conseil fédéral a appelé de ses vœux et qui veut que la Suisse ne tolère plus les mariages de mineurs contractés à l'étranger n'a pas été réalisé.

En conclusion, l'évaluation aboutit aux recommandations suivantes :

Mesures et approches concrètes à l'intention des autorités de l'état civil et des migrations

²⁸ Rapport d'évaluation Vatter, résumé p. VII

²⁹ Rapport d'évaluation Vatter, résumé p. III

³⁰ Notamment parce que les centres de consultation partent souvent d'une conception plus large du mariage forcé, alors que les autorités tenues d'informer se tiennent à la formulation de la disposition relative à la nullité du mariage.

³¹ Cependant, on notera que tous les types de situation ont été pris en compte ici et non seulement les situations de type A. En outre, on peut renvoyer aussi aux chiffres du Service contre les mariages forcés, en précisant que l'on retrouve ici la même difficulté de délimitation et de définition. Pour sa part, ce service a réalisé en 2017 316 consultations, dont 107 avec des victimes mineures. Pour 2018, le service fait état de 352 consultations, dont 119 pour des mineurs. Voir explications détaillées en lien avec la question 18.5001 Rickli « Mariages précoces en Suisse – Derniers chiffres ».

³² Rapport d'évaluation Vatter, résumé p. III et p. 21

³³ Voir pour le droit en vigueur ch. 4.3.1.

„ Recommandation 1 : les autorités cantonales et communales de l'état civil ou des migrations peuvent, dans le cadre de leurs activités et procédures, prendre diverses mesures concrètes pour notifier clairement aux futurs mariés l'exigence du libre consentement, pour faciliter l'expression de leur libre volonté ou pour être mieux à même d'identifier les signes d'absence de libre arbitre.

Information, formation continue, sensibilisation des autorités

„ Recommandation 2 : les autorités potentiellement confrontées au phénomène des mariages forcés ou de mineurs doivent veiller à sensibiliser leurs employés et à les former à la gestion de ces problèmes. En outre, il y a lieu d'encourager la mise en réseau et l'échange d'informations et d'expériences entre les différentes autorités et les professionnels aux niveaux fédéral et cantonal.

Faire en sorte que les cas suspects soient plus souvent traités par des services compétents

„ Recommandation 3 : en collaboration avec les services de consultation spécialisés, il convient d'examiner comment et où il y a lieu de mettre en place des points de contact ou des antennes cantonales plus appropriés pour les victimes de mariages forcés ou de mineurs et, d'autre part, de déterminer s'il appartient à ces entités de réceptionner les signalements de cas suspects de mariage nul (au sens de l'art. 105, ch. 5 et 6 CC) et de procéder à l'examen des faits.

„ Recommandation 4 : il importe de sensibiliser, par des moyens appropriés, d'autres autorités et services tels que les APEA, les institutions de formation, les services d'aide aux victimes et autres services de consultation, ainsi que les autorités sociales, les communes et autres entités qui réalisent les premiers entretiens d'information au sens de l'art. 56 LETr³⁴ à leur rôle et de les inviter à signaler les cas douteux à un organisme ou à un service compétent.

Au-delà des propositions en lien avec l'application de la loi, d'autres recommandations envisagent la lutte contre les mariages forcés et les mariages de mineurs dans une perspective plus large :

Mesures de prévention des mariages forcés et de mineurs

„ Recommandation 5 : il y a lieu de poursuivre les activités d'information et de sensibilisation à l'intention des personnes potentiellement touchées par les mariages forcés ou de mineurs et de continuer à mettre à leur disposition des offres de conseil et de soutien adaptées à leurs besoins. Les cantons, les villes, et les communes sont invités à assurer des conditions permettant de combattre efficacement les mariages forcés sur le terrain. Les acteurs régionaux veillent à garantir un travail de sensibilisation et de coordination suffisant, afin que les personnes concernées ou les personnes de leur entourage qui s'adressent à ces services puissent y trouver des conseils et un accompagnement adéquats. Ils sont soutenus dans cette tâche par des services suprarégionaux.

Renforcement de la protection et du soutien des personnes concernées

„ Recommandation 6 : la Confédération et les cantons sont appelés à examiner quelles mesures spécifiques s'imposent pour assurer le soutien à long terme des victimes de mariages forcés.

³⁴ Aujourd'hui art. 57 LEI

L'analyse des mécanismes à l'œuvre débouche en outre sur les recommandations suivantes au chapitre des adaptations législatives éventuelles :

Mariages conclus à l'étranger avec des mineurs

„ Recommandation 8 : l'OFJ est invité à examiner une adaptation ou une refonte totale de l'art. 105, ch. 6 CC ou de son interprétation et de considérer ce faisant les aspects suivants :

Les autorités chargées de l'exécution de la loi doivent absolument connaître le moment précis auquel se réfère la formulation « l'un des époux est mineur » et pendant combien de temps la validité d'un mariage de mineur peut être contestée.

a) Il y a lieu ici de résoudre la contradiction conceptuelle entre, d'une part, la minorité en tant que cause de nullité absolue non prescrite et, d'autre part, la réparation, une fois la majorité atteinte, du vice dont est entaché le mariage d'un mineur, réparation qui demande à être clarifiée dans la formulation de l'article visé.

b) La pesée des intérêts doit prendre en compte le fait que les mineurs, quel que soit leur statut matrimonial, sont des enfants qui ont droit à une protection universelle en vertu de la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant. Cela vaut aussi bien pour l'évaluation de l'intérêt à maintenir le mariage que pour l'examen des circonstances du cas d'espèce.

c) Lors de l'établissement des faits par les autorités et de l'examen des mariages de mineurs par le juge, il y a lieu de vérifier systématiquement si la personne mineure a contracté mariage de sa libre volonté.

Obligations d'examen et de signalement

„ Recommandation 9 : afin d'adapter le dispositif légal aux besoins des victimes et de lever un possible obstacle à une action en annulation du mariage, il convient de donner aux victimes de mariages forcés la possibilité de solliciter une suspension des poursuites pénales³⁵.

4 Évaluation détaillée des éléments nouveaux – résultats et actions requises

Les paragraphes ci-après se proposent de présenter et de commenter les conclusions de l'évaluation concernant les points centraux de la révision de 2012. Ils rendent spécialement compte des positions exprimées à l'occasion de la rencontre du 19 juin 2019 avec les experts.

4.1 Sensibilisation, prévention et information

4.1.1 Rapport d'évaluation Vatter

Le rapport d'évaluation Vatter parvient à la conclusion que les mesures de sensibilisation, d'information et de prévention jouent un rôle plus important que les dispositions légales dans la lutte contre les mariages forcés et de mineurs. Le rapport en question contient donc une série de recommandations qui en tiennent compte. Elles comprennent notamment des mesures destinées à faciliter la détection de situations de contrainte par les autorités compétentes³⁶, des mesures portant sur l'information, la formation continue et la sensibilisation des

³⁵ Rapport d'évaluation Vatter, résumé p. II ss. Il n'y a pas de recommandation 7 dans le rapport.

³⁶ Rapport d'évaluation Vatter, recommandation 1

autorités concernées en première ligne³⁷ et enfin, des mesures visant à sensibiliser d'autres autorités à leur fonction³⁸.

L'importance de ces questions est également soulignée dans la doctrine, laquelle insiste sur l'importance des campagnes d'information et de prévention et du soutien aux personnes touchées et à leurs familles. La protection contre les mariages forcés passe avant tout par la création de réseaux offrant une aide et une perspective aux personnes concernées³⁹.

4.1.2 Appréciation

Le Conseil fédéral estime lui aussi qu'il est primordial d'engager des mesures de sensibilisation, de prévention et d'information dans le domaine des mariages forcés et de mineurs. Il a concrétisé cette position, dans les limites de ses compétences, en mettant en place le Programme fédéral de lutte contre les mariages forcés et des mesures de suivi (voir ch. 1.3).

Dans ces conditions, le Conseil fédéral n'estime pas nécessaire d'engager des mesures supplémentaires au niveau fédéral⁴⁰.

4.2 La contrainte, cause de nullité du mariage (art. 105, ch. 5, CC)

4.2.1 Droit en vigueur

Il y a nullité du mariage pour cause de contrainte lorsqu'un époux n'a pas contracté mariage de sa libre volonté (mariage forcé, art. 105, ch. 5, CC). Cette disposition s'applique à tous les mariages forcés, quel que soit l'âge des époux, et en particulier lorsque le conjoint contraint au mariage est mineur⁴¹. Si la contrainte est établie, le juge annule le mariage sans tenir compte de la volonté réelle du conjoint concerné au moment de la décision. La loi ne prévoit pas de réparation du vice dont le mariage est entaché.

Relevons toutefois qu'à l'origine, le projet du Conseil fédéral de loi concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés contenait à l'art. 105, ch. 5, une deuxième partie de phrase, qui prévoyait une exception à la cause de nullité si le conjoint concerné souhaitait maintenir l'union. Le message note à ce propos qu'il serait absurde d'annuler un mariage tombant sous le coup de l'art. 105, ch. 5, CC, si la victime, ayant fini par y consentir, devait souhaiter s'engager par le lien du mariage avec le même époux – cette fois-ci librement et donc, valablement, une fois la décision d'annulation prononcée⁴². Au cours des délibérations parlementaires, le Conseil des États a toutefois supprimé cette option.

4.2.2 Critique du droit en vigueur

Parmi les auteurs de doctrine, plusieurs ont reproché à la formulation de la disposition de ne pas tenir compte de la libre volonté du conjoint concerné⁴³.

Comme nous l'avons vu, le Parlement, soucieux de créer une situation claire pour tous les intéressés, a supprimé la possibilité de maintenir l'union conjugale lorsque l'époux concerné

³⁷ Rapport d'évaluation Vatter, recommandation 2 et 5

³⁸ Rapport d'évaluation Vatter, recommandation 4

³⁹ PAPAUX VAN DELDEN, FamPra, p. 610 ; GEISER, Basler Kommentar, N 13c ad art. 104 à 110

⁴⁰ Voir l'avis du Conseil fédéral du 14 février 2018 à propos de la motion 17.4071 Eymann « Institutionnaliser la coopération avec les cantons en matière de lutte contre les mariages forcés ».

⁴¹ Concernant la délimitation des deux causes de nullité du mariage, voir ch. 4.3.1 et 4.3.1.2.

⁴² Message Mariages forcés, p. 2075

⁴³ GEISER, Basler Kommentar, N 20 ad art. 105 et N 9a ad art. 106 ; BUCHER, PJA 2013, p. 1168 ; MONTISANO, Recht auf Ehe und Familie im Migrationsrecht, p. 55. Voir aussi : PAPAUX VAN DELDEN, FamPra, p. 609, qui a salué expressément l'ajout dans le projet et MEIER, Zwangsheirat, p. 83, qui demande instamment d'introduire la réparation du vice dans la norme légale.

en exprime le souhait (voir ch. 4.2.1). D'aucuns craignent notamment qu'en prévoyant une possible réparation du vice, les victimes ne subissent de nouvelles pressions et soient forcées de déclarer leur intention de maintenir les liens du mariage⁴⁴. La doctrine mentionnée s'oppose à ce raisonnement, arguant de ce que l'on instaure ainsi une nouvelle violation du droit au mariage, en ce sens qu'un mariage peut être annulé contre la volonté des époux, ce qui équivaut *de facto* à un (inadmissible) divorce forcé.

4.2.3 Rapport d'évaluation Vatter

Selon le rapport d'évaluation Vatter, le mariage forcé concerne bien plus de personnes que ce que les différentes autorités supposées les détecter sont en mesure de percevoir. De plus, les cas suspects identifiés donnent très rarement lieu à des procédures judiciaires et débouchent plus rarement encore sur une annulation du mariage, essentiellement en raison de l'absence de preuves concluantes, de doutes insuffisamment fondés ou de soupçons non étayés. Il est difficile pour les autorités impliquées d'identifier la contrainte tant que la personne concernée ne prend pas l'initiative de dénoncer sa situation⁴⁵.

Le principal frein à l'efficacité des dispositions légales est à chercher dans la nature même du phénomène que l'on entend combattre. On sait en effet que les mariages forcés résultent généralement de pressions sociales et intrafamiliales contre lesquelles les victimes n'osent guère s'élever, parce qu'un tel acte suppose obligatoirement ou presque une émancipation de la famille et de l'entourage social et ce, au prix d'énormes difficultés, voire d'une mise en danger de la vie ou l'intégrité corporelle de la personne. Dans pareilles circonstances, les victimes ont bien du mal à faire d'elles-mêmes le pas pour dénoncer leur situation et faire valoir leurs intérêts, d'où l'efficacité restreinte du dispositif légal. Quant aux personnes extérieures, elles peinent aussi à détecter et à prouver les pressions exercées sur les victimes. De fait, le Service contre les mariages forcés rapporte que moins de 1% des cas qu'il traite aboutissent à une procédure judiciaire⁴⁶. Dans la grande majorité des cas, on s'efforce, affirme ce service, d'épauler les personnes touchées et de les mener progressivement à s'affranchir, d'entente avec la famille. Cette approche permet bien souvent d'écarter la menace d'un mariage forcé et, par là même, la cause de nullité du mariage.

Que peu de cas soient signalés et jugés par les tribunaux ne signifie pas encore que l'inscription dans la loi de la contrainte comme cause de nullité n'a eu aucun effet. La disposition légale envoie au contraire un signal important. La sensibilité au problème s'est développée, de même que le niveau de compétences. Çà et là, les autorités ont adapté les étapes de la procédure et défini des procédures pour traiter les cas douteux. Dans l'exercice de leur activité, les collaborateurs de diverses autorités (offices de l'état civil, autorités de surveillance de l'état civil, autorités des migrations, SEM) sont aujourd'hui plus vigilants en la matière ; dans le doute, ils cherchent plus volontiers à tirer les éléments au clair et sont, le cas échéant, mieux outillés pour intervenir. Le rapport d'évaluation Vatter conclut dès lors que la norme légale est *majoritairement bien accueillie*. Le fait qu'elle s'applique rarement dans la pratique semble surtout tenir à la situation particulière des victimes⁴⁷.

4.2.4 Appréciation

Comme le relève le rapport d'évaluation Vatter, le mariage forcé a ceci de particulier que la contrainte est exercée en premier lieu par un ou plusieurs acteurs de l'environnement familial.

⁴⁴ BO 2012 p. 448 ss

⁴⁵ Rapport d'évaluation Vatter, résumé p. III et 49 s.

⁴⁶ Rapport d'évaluation Vatter, p. 91 ss

⁴⁷ Rapport d'évaluation Vatter, résumé p. V ss et 98 s.

Dans cette configuration les personnes concernées sont généralement en proie à un conflit de loyauté et ont une attitude ambivalente⁴⁸. Dès lors qu'une victime cherche à se libérer d'une union imposée, elle doit aussi rompre avec sa famille et son entourage et s'expose ainsi à des situations hautement dangereuses. On comprend alors aisément que la démarche est pratiquement insurmontable. Or, si la victime ne prend pas l'initiative ou du moins ne collabore pas activement, il devient très difficile sinon impossible pour les autorités d'identifier la contrainte et de prendre les mesures qui s'imposent⁴⁹.

Sachant cela, on ne s'étonnera pas du peu d'actions en annulation intentées dans la pratique. Cette situation, pourtant, n'est pas imputable à la conception de la disposition légale, elle trouve son fondement dans la nature même du problème. En tout état de cause, force est de reconnaître que le rapport d'évaluation Vatter estime à la fois primordial et opportun de disposer d'un article de loi qui qualifie explicitement la contrainte de cause absolue de nullité, car elle offre aux victimes qui le souhaitent la possibilité d'emprunter la voie judiciaire.

Rien ne justifie actuellement, du point de vue du Conseil fédéral, de modifier la disposition en vigueur. Cela vaut aussi pour la possibilité de réparer le vice qui entache le mariage, lorsque l'époux concerné souhaite maintenir l'union conjugale. Les arguments avancés en faveur d'une telle option n'ont pas convaincu le Parlement de l'époque, la crainte de provoquer de nouvelles pressions sur la victime l'ayant emporté. Au demeurant, le rapport d'évaluation Vatter estime que la possibilité de réparation du vice n'amènerait pas grand-chose, en raison surtout du nombre peu significatif de cas. Manifestement, les autorités concernées et les services de consultation interrogés ne rencontrent pas de problème au niveau de l'exécution. Enfin, il convient de garder à l'esprit que c'est à la personne concernée qu'il appartient en réalité de prendre l'initiative d'engager et de conduire une action en annulation du mariage pour cause de contrainte. Et si elle décide finalement de franchir ce pas et de participer à la procédure, tout porte à croire qu'elle ne souhaite plus maintenir l'union.

En conséquence, le Conseil fédéral ne juge pas utile de légiférer sur ce point.

4.3 La minorité, cause de nullité du mariage (art. 105, ch. 6, CC)

4.3.1 Droit en vigueur

4.3.1.1 Le mariage de mineurs

La disposition légale qui prévoit l'annulation du mariage de mineurs est libellée comme suit : « Le mariage doit être annulé lorsque l'un des époux est mineur, à moins que son intérêt supérieur ne commande de maintenir le mariage » (art. 105, ch. 6, CC). Il y a mariage avec un mineur tant que l'âge de 18 ans requis pour contracter mariage n'est pas atteint. La disposition renvoie en ce sens à l'art. art. 94 CC.⁵⁰

4.3.1.2 Rapport avec le mariage forcé

Lors de l'élaboration de la loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés de 2012, le législateur avait pour intention première de créer des mesures pour prévenir les mariages forcés et soutenir les victimes. Les mariages forcés, on le sait, touchent généralement de jeunes personnes, et essentiellement des jeunes femmes issues de l'immigration⁵¹, si bien qu'ils impliquent souvent des mineurs. En principe, les mariages conclus en violation

⁴⁸ NEUBAUER / DAHINDEN, étude mariages forcés, p. 4 du résumé

⁴⁹ Voir aussi BUCHER, PJA 2013, p. 1165.

⁵⁰ GEISER, Basler Kommentar, N 21 ad art. 105 ; WIDMER LÜCHINGER, Zürcher Kommentar, N 9 ad art. 44 LDIP

⁵¹ BÜCHLER, FamPra, p. 729; NEUBAUER / DAHINDEN, étude mariages forcés, considérations sur le type de situation A (personnes qui sont sous pression pour se marier), p. 66

de la libre volonté de l'un des époux – indépendamment de l'âge des conjoints – tombent sous le coup de la cause absolue de nullité du fait de l'absence de libre arbitre (art. 105, ch. 5, CC).

Néanmoins, le Conseil fédéral a proposé des mesures qui se rapportent spécifiquement aux mariages de mineurs et où l'exercice d'une contrainte n'est pas à prouver. Le recours au critère facilement démontrable de l'âge a l'avantage d'alléger les démarches entreprises par les personnes concernées pour faire annuler leur union. L'adoption de l'art. 105, ch. 6, CC ainsi que l'abrogation l'art. 4, al. 2, LDIP devaient traduire une nouvelle conception de l'ordre public. Ainsi, la Suisse ne tolère plus les mariages de mineurs conclus sur son territoire entre ressortissants étrangers. De même, ne sont en principe plus acceptés les mariages de mineurs qui ont été célébrés à l'étranger⁵². L'intention du législateur était donc d'inscrire à la fois le mariage forcé et le mariage de mineurs comme causes absolues de nullité du mariage.

D'aucuns prétendent cependant que tout mariage d'une personne âgée de moins de 18 ans équivaut à un mariage forcé et que par voie de conséquence, les mariages forcés englobent toujours les mariages de mineurs⁵³. À cela on peut opposer que l'âge à lui seul ne permet pas de déterminer de manière concluante la capacité de jugement, autrement dit à la maturité psychique et physique pour contracter mariage. Dans le cas d'un mariage forcé, l'union est célébrée contre la libre volonté de l'un ou des deux fiancés. Or, le fait que l'un des deux époux au moins n'ait pas encore 18 ans révolus ne signifie pas obligatoirement que le mariage est un mariage forcé⁵⁴. Dans ce même sens, le Service contre les mariages forcés estime que les mariages avec des mineurs peuvent être des mariages forcés, mais ne le sont pas nécessairement. Enfin, n'oublions pas qu'un certain nombre de pays européens admettent encore, à titre exceptionnel, la possibilité de se marier à partir de 16 ans (voir le droit comparé en annexe)⁵⁵.

Il apparaît dès lors erroné de voir un mariage forcé en tout mariage de mineurs. La minorité, en tant que cause de nullité (art. 105, ch. 6, CC) concerne essentiellement les mariages de mineurs conclus sans contrainte au sens de la loi ou du moins ceux pour lesquels la contrainte n'est pas établie. La minorité étant un critère objectif nettement plus facile à démontrer que la contrainte, il est vraisemblable qu'un certain nombre de cas tombant sous la qualification de mariage de mineurs devraient être traités dans les faits en tant que mariages forcés.

4.3.1.3 Réparation du vice dès la majorité

La cause de nullité qu'est la minorité (art. 105, ch. 6, CC) se rapporte exclusivement aux cas où l'un des deux époux est *encore mineur* à la date où l'annulation devrait être prononcée. C'est ce qui découle du texte de loi et des documents qui l'accompagnent. Dans l'avant-projet, il était encore prévu que le mariage devait toujours être frappé de nullité si l'un des époux *était mineur au moment de sa conclusion*, mais la formulation a été modifiée par la suite et dans le projet adopté par le Parlement, un mariage conclu avec un mineur ne peut plus être annulé à partir du moment où les deux conjoints ont atteint l'âge de 18 ans. Il a été établi ici une analogie avec l'absence de capacité de discernement en tant que cause de nullité absolue, où le recouvrement ultérieur de la capacité de discernement répare le vice (art. 105, ch. 2 CC). Le message postule donc que si l'époux concerné a atteint l'âge de 18 ans, l'intérêt à la protection à la base de l'art. 105, ch. 6, CC a disparu, d'autant que le mariage annulé pourrait à nouveau

⁵² Message Mariages forcés, p. 2062

⁵³ PROGRIN-THEUERKAUF / OUSMANE, FamPra, p. 326

⁵⁴ FOUNTOLAKIS / MÄSCH, publication commémorative Geiser, p. 244

⁵⁵ En Suisse, la capacité de contracter mariage est fixée depuis le 1^{er} janvier 1996 à 18 ans (message majorité civile et capacité de contracter mariage).

être célébré valablement selon le droit suisse⁵⁶. En d'autres termes, le vice qui entachait le mariage est réparé *dès la majorité*.

Le texte de loi, cependant, ne précise pas explicitement si l'intérêt à la protection disparaît lorsqu'une personne devient majeure en cours de procédure. BUCHER répond par la négative, car l'introduction de l'action en annulation est le moment à prendre en compte pour déterminer l'âge du conjoint concerné⁵⁷ ; pour GEISER, en revanche, c'est celui qu'il a lors de l'entrée en force de la décision d'annulation prononcée par le juge⁵⁸. Cette question, on le voit, est entourée d'un grand flou juridique.

4.3.1.4 Pesée des intérêts

En vertu de l'art. 105, ch. 6, CC, le juge décide de l'annulation du mariage après avoir procédé à une *pesée des intérêts* en présence. Il renonce à prononcer l'annulation lorsque l'intérêt supérieur de la personne mineure commande de maintenir le mariage.

Pour donner suite à plusieurs propositions émises lors de la consultation, le Conseil fédéral a inclus la pesée des intérêts dans le texte de loi et a fondé sa décision principalement sur la résolution 1468 du Conseil de l'Europe. Celle-ci demande de s'écarter de la pratique consistant à reconnaître les mariages forcés et les mariages d'enfants à l'étranger, sauf, s'agissant des effets du mariage, si cela est dans l'intérêt supérieur de victimes, en particulier pour obtenir des droits auxquels elles ne pourraient prétendre par ailleurs⁵⁹. Une proposition visant à biffer cette pesée des intérêts a été ensuite soumise au Conseil national, elle a été rejetée au terme d'après discussions⁶⁰.

La pesée des intérêts vise à donner au juge la possibilité de prendre en compte les intérêts en jeu dans le cas d'espèce et de renoncer à une annulation du mariage lorsque l'intérêt de la personne mineure au maintien des liens du mariage prime sur l'intérêt à la protection fondant l'art. 105, ch. 6, CC. Parallèlement à l'intérêt public (intérêt général à la protection des mineurs et lutte contre les mariages forcés), il faut aussi tenir compte de l'intérêt individuel à la protection. Il dépend des circonstances concrètes de chaque cas, telles que l'âge exact du mineur, sa maturité et la différence d'âge entre les époux. Le juge doit également prendre en considération les circonstances particulières qui jouent en faveur du maintien du mariage du point de vue de l'intéressé, comme une grossesse ou des enfants communs. En règle générale, on partira toutefois du principe que le mariage n'est généralement pas dans l'intérêt d'une personne mineure. Dans le doute, il faut donc l'annuler⁶¹.

4.3.1.5 Effets d'une annulation du mariage

Dans le présent débat, en particulier au chapitre de la pesée des intérêts, il apparaît utile de prendre aussi en compte les possibles conséquences d'une annulation.

Il y a lieu de considérer que jusqu'à ce que le juge en constate la nullité, le mariage déploie les mêmes effets accessoires qu'un mariage valable, à l'exception des droits successoraux, que le conjoint survivant perd même si le décès intervient avant le jugement d'annulation (art. 109, al. 1, CC). Ainsi, une personne concernée peut avoir intérêt à ce que son mariage soit maintenu s'il a déjà été dissous par le décès de son conjoint⁶². Les autres effets produits

⁵⁶ Message mariages forcés, 2075

⁵⁷ BUCHER, PJA 2013, p. 1169

⁵⁸ GEISER, Basler Kommentar, N 22 ad 105 CC

⁵⁹ Ch. 14.2.4 de la résolution 1468 (2005) Mariages forcés et mariages d'enfants ; message mariages forcés, p. 2067

⁶⁰ BO 2012 N 35 ss et BO 2012 p. 448 ss. Voir aussi l'avis du Conseil fédéral du 1^{er} février 2017 concernant la motion Rickli 16.3916 « Interdire les mariages précoces ».

⁶¹ Message mariages forcés, p. 2076

⁶² GEISER, Basler Kommentar, N 23 ad art. 105 CC

par l'annulation du mariage correspondent à ceux d'un divorce (art. 109, al. 2, CC). De plus, l'annulation peut aussi avoir des incidences sur le droit de séjour, en particulier pour l'époux de la personne concernée, avec de possibles retombées pour les enfants communs.

Le mariage avec un mineur n'étant aujourd'hui possible qu'à l'étranger, la procédure en annulation porte toujours sur des situations à caractère international, ce qui soulève la question du droit applicable⁶³. Sous l'angle du droit suisse, s'agissant d'époux encore mineurs, on peut présumer que l'union n'a pas été de longue durée. En conséquence, régler les effets du divorce ne pose généralement pas de problèmes majeurs – du moins en ce qui concerne la liquidation du régime matrimonial et le partage de la prévoyance, de même que l'entretien. Les choses se présentent différemment si le couple a déjà des enfants, puisqu'il faut dans ce cas prendre d'office les dispositions nécessaires. On rappellera ici que le droit suisse ne reconnaît pas l'autorité parentale aux mineurs, qu'ils soient mariés ou non (art. 296, al. 3, CC).

4.3.2 Critique du droit en vigueur

La question des mariages de mineurs a été et reste l'objet de multiples interventions parlementaires sur le plan fédéral⁶⁴. Dans le domaine spécifique du droit civil, on mentionnera l'initiative parlementaire pendant 18.467 Rickli « Les mariages d'enfants ou de mineurs ne doivent pas être reconnus en Suisse ». Le Conseil national n'a pas encore délibéré à son sujet. Une motion identique 16.3916 Rickli « Interdire les mariages de mineurs » a été classée parce que non traitée dans les deux ans qui ont suivi son dépôt⁶⁵. L'initiative parlementaire 18.467 demande de biffer la pesée des intérêts prévue à l'art. 105, ch. 6, CC. Elle argue du fait qu'en Suisse, les fiancés doivent avoir atteint l'âge de 18 ans et être capables de discernement pour contracter mariage. D'après l'auteur de la motion, du fait de la pesée des intérêts qu'elle introduit, cette disposition autorise pourtant la reconnaissance des mariages de mineurs célébrés à l'étranger. Il s'agit d'un affront fait aux jeunes concernés qui se trouvent souvent dans un rapport de dépendance à l'égard de leur époux.

Les parlements cantonaux ont eux aussi traité plusieurs interventions en rapport avec le mariage de mineurs⁶⁶. Au surplus, la présence de cette thématique dans les médias témoigne de son actualité, la presse reprochant principalement à la Suisse de reconnaître et de légitimer les mariages de mineurs selon le droit en vigueur plutôt que de les annuler⁶⁷.

Le Service contre les mariages forcés se montre lui aussi critique à l'égard de la réglementation actuelle. Il appelle des réformes au chapitre de la réparation du vice et de la pesée des intérêts. Avec le régime juridique actuel, on observe selon lui, dans le cas de mariages de mineurs conclus à l'étranger, que les époux n'arrivent en Suisse qu'une fois qu'ils ont 16 ans révolus, voire atteint leur majorité. Et le service d'affirmer que la pesée des intérêts et la réparation du vice reviennent à protéger ces mariages, d'où un mauvais signal. Pour que la cause de nullité absolue s'applique, il importe que soit déterminant l'âge au *moment de la conclusion*

⁶³ Celui-ci découle de l'art. 45a, al. 2 et 3, LDIP.

⁶⁴ Ont été déposés notamment les questions 16.5461 Rickli « Mariages précoces en Suisse », 16.1060 Rickli « Mariages précoces en Suisse », 16.5462 Rutz « Reconnaissance des mariages précoces » et l'interpellation 16.3655 Buffat « Mariages forcés dans notre pays ». Le 26 septembre 2019 a été encore déposée la motion 19.4261 Schläpfer « Combattre systématiquement les mariages d'enfants ». Elle demande l'introduction d'une nouvelle disposition pénale, de manière à présumer d'office que l'infraction pénale de mariage forcé est constituée dès lors que l'un des conjoints a moins de 16 ans. Le Conseil fédéral propose de rejeter la motion.

⁶⁵ Art. 119, al. 5, let. a, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement

⁶⁶ Question ordinaire Groupe PDC/PVL Grand Conseil saint-gallois du 18 août 2016 (réponse du gouvernement du 20 décembre 2016) ; question urgente 288/2016 « Kinderehen » dans le canton de Zurich du 19 septembre 2016 (réponse du Conseil d'État du canton de Zurich du 26 octobre 2016) ; question 323/2018 « Kinder- und Minderjährigenehen im Kanton Zürich » du 29 octobre 2016 (réponse du Conseil d'État du canton de Zurich du 16 janvier 2019) ; interpellation Bertschi du 5 mars 2019 concernant les mariages d'enfants et de mineurs en Argovie devant le Grand Conseil du canton d'Argovie GR.19.61 (réponse du Conseil d'État du 15 mai 2019).

⁶⁷ Parmi les articles ou émissions les plus récents : « Ehen von Minderjährigen: Unheilvolle Praxis », NZZ am Sonntag, 4 août 2019 ; « Kritik an der Anerkennung von Kinderehen in der Schweiz », Echo der Zeit du 10 juin 2019, www.srf.ch.

du mariage ; à défaut la Suisse reconnaîtrait de fait les mariages d'enfants. De plus, le service rappelle que tous les enfants ont le droit de vivre leur enfance et à ne pas être mariés de force. Il plaide pour que la réparation du vice intervienne au plus tôt sept ans après la majorité, autrement dit quand la personne concernée a 25 ans révolus.

Le service préconise de même la suppression de la pesée des intérêts. D'abord parce que les procédures s'étirent de toute manière jusqu'à ce que les victimes aient atteint leur majorité, ce qui *de facto* rend cette pesée superflue. Il y voit d'autre part un élément dommageable, dans le sens où la décision de mettre fin au mariage est laissée à la personne concernée. À son avis, aucune fonction de protection ne saurait commander le maintien des liens du mariage⁶⁸. Le service rapporte à ce propos une situation à laquelle il est régulièrement confronté : une personne s'est mariée alors qu'elle était encore mineure et sans contrainte. La personne vit aujourd'hui en Suisse et a atteint entre-temps la majorité. La maturité aidant, elle prend peu à peu conscience qu'elle ne veut plus rester dans cette union. Or, la réparation du vice a fait tomber la cause de nullité et un divorce n'est pas envisageable dans l'environnement culturel de la personne. L'art. 105, ch. 6, CC devrait offrir une solution aussi à de telles situations.

D'aucuns pensent au contraire que l'examen des cas d'espèce orienté sur le bien de l'enfant représente une solution appropriée au problème des mariages d'enfants. Ils estiment ainsi que les dispositions nouvellement introduites dans ce sens, en particulier l'art. 105, ch. 6, CC n'ont pas leur raison d'être puisque la réserve d'ordre public – pour peu qu'elle soit bien comprise – mènerait au même résultat. La disposition est symbolique et envoyée, en lien surtout avec l'art. 45a LDIP, un signe d'autosuffisance et d'autosatisfaction délicat dans le contexte international. Les ordres juridiques étrangers ne devraient pas se mesurer de manière générale à la conception suisse de la justice. Ce qui importerait en revanche, c'est que le résultat effectif auquel aboutit l'application des normes étrangères dans le cas concret soit compatible avec les principes fondamentaux de notre pays. Il ne s'agit pas de savoir si nous avons des réserves d'ordre général à l'égard des mariages de mineurs, mais seulement si l'annulation du mariage en Suisse, dans le cas concret à apprécier, est plus bénéfique au bien-être du mineur concerné que le maintien du lien conjugal. Rien n'exige que l'on se prononce de manière générale. Ainsi, ce serait une nouvelle erreur que de supprimer la pesée des intérêts⁶⁹.

4.3.3 Rapport d'évaluation Vatter

En ce qui concerne le mariage de mineurs en tant que cause absolue d'annulation, le rapport d'évaluation Vatter conclut que les tribunaux tendent à protéger les mariages de mineurs signalés dans la mesure où ont à en connaître. Le changement de paradigme visé par le Conseil fédéral, qui voulait que la Suisse ne tolère en principe plus les mariages de mineurs contractés à l'étranger, n'a manifestement pas eu lieu. L'efficacité du dispositif juridique se trouve limitée ici par deux éléments de l'art. 105, ch. 6, CC. En premier lieu, ces unions – pour autant qu'elles n'aient pas été contractées sous la contrainte – ne peuvent être annulées que si l'un des deux époux est encore mineur. Deuxièmement, la mise en balance des intérêts en présence a une grande importance dans la pratique⁷⁰ dans le cas des mariages contestés avant la majorité de la personne concernée.

Le rapport d'évaluation souligne également que les autorités concernées ne sont pas vraiment au clair quant à l'obligation de signaler les mariages de mineurs lorsque la personne concernée a déjà atteint la majorité au moment de la reconnaissance de l'union⁷¹. Ce problème se

⁶⁸ Voir « Revisionsbedarf der rechtlichen Massnahmen zu Minderjährigenheiraten », rapport succinct du Service contre les mariages forcés à l'intention de l'OFJ du 20 mai 2019 (non publié) ainsi que les observations partagées lors de la rencontre du 19 juin 2019.

⁶⁹ FOUNTOLAKIS / MÄSCH, publication commémorative Geiser, p. 250 ss

⁷⁰ Rapport d'évaluation Vatter, résumé p. V ss

⁷¹ Rapport d'évaluation Vatter, résumé p. VII

trouve aggravé par la disparité des pratiques suivies par les tribunaux en ce qui concerne la réparation du vice ou le moment déterminant à prendre en compte⁷².

Les procédures d'annulation du mariage sont des procédures ordinaires. Compte tenu de la longueur des procès civils ordinaires, une annulation n'est plus possible dans bien des cas du fait de la réparation du vice intervenue entre-temps. Quant à la pesée des intérêts, les juges se fondent surtout sur les déclarations du conjoint mineur et lui accordent généralement plus de poids qu'à l'intérêt général à la protection⁷³. Dans cinq cas sur sept, la balance a penché en faveur du maintien du mariage.

Le rapport d'évaluation Vatter en vient donc à préconiser un réexamen de la norme légale visée, en particulier en ce qui concerne la réparation du vice et la pesée des intérêts qu'elle renferme.

4.3.4 Appréciation

À la lecture de ces considérations, il apparaît que l'application de l'art. 105, ch. 6, CC cause des problèmes pour la pratique et n'a pas permis d'atteindre tous les objectifs visés à l'époque par le législateur. Pour cette raison, il faut réfléchir à une manière d'améliorer la situation. Différentes approches entrent en ligne de compte :

4.3.4.1 Autoriser une pesée des intérêts au cas par cas

En premier lieu, il faut déterminer si la pesée des intérêts prévue par la législation actuelle a fait ses preuves ou non. Pour ce faire, distinguons les cas (1) dans lesquels une personne est encore mineure au moment de l'examen des cas (2) dans lesquels la personne concernée est déjà majeure.

(1) Selon le droit en vigueur, la question de la pesée des intérêts ne se pose que lorsqu'une personne est mineure au moment où les faits sont examinés, car le vice qui entraîne la nullité du mariage est sinon automatiquement réparé. Deux avis s'affrontent à ce sujet :

- Les uns demandent la suppression de la pesée des intérêts. Tout mariage de mineur devrait donc être annulé. L'argument est ici que le mariage de mineurs est incompatible avec le bien de l'enfant, de sorte qu'une obligation générale de protection incombe à l'État. Ainsi, un mariage n'est jamais dans l'intérêt d'un enfant et le seul fait d'envisager de peser les intérêts envoie déjà un mauvais signal, puisque cela implique la possibilité d'admettre la validité de mariages de mineurs dans certains cas. Autre problème : peser les intérêts donne une part de responsabilité aux personnes concernées, puisqu'elles doivent déclarer qu'elles ne veulent pas maintenir le mariage. Cela peut les mettre sous pression, voire les exposer au risque de représailles ou de menaces de la part de leur famille. Dans cette situation, la personne concernée ne peut que difficilement affirmer sa volonté réelle, si tant est qu'elle le puisse. Si l'on suit cet argument, afin de concrétiser l'obligation de protection de l'État, il faut donc systématiquement annuler le mariage, et ce quelles que soient les circonstances. Les partisans de cette approche sont conscients qu'elle peut, dans certains cas, avoir des conséquences regrettables. Selon eux, la priorité reste toutefois d'adopter une solution simple et claire. Un mariage qui aurait été annulé contre la volonté des intéressés pourra toujours être célébré à nouveau une fois les époux majeurs. En outre, il apparaît que la pesée des intérêts incite parfois les autorités ayant qualité pour agir à renoncer

⁷² Ce résultat découle directement des décisions de justice recensées dans l'évaluation et qui sont également à la disposition de l'OFJ.

⁷³ Rapport d'évaluation Vatter, p. 74 et p. 97

à engager une procédure si elles partent du principe que le tribunal pourrait déclarer que le mariage est valable et donc que la procédure serait une perte de temps.

- Les autres avancent qu'un mineur de 16 ou de 17 ans peut très bien être en mesure de former son opinion sur un mariage et de s'exprimer à ce propos. Annuler contre la volonté des époux un mariage consenti librement enfreint les droits garantis par la Constitution et est assimilable à un divorce forcé. Afin de garantir ces droits, il semble indispensable d'examiner chaque cas d'espèce. La convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant⁷⁴ a également son importance pour la pesée des intérêts : elle stipule que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. Ce principe ne peut être respecté que si chaque cas est examiné individuellement, car il existe toujours des situations dans lesquelles il est dans l'intérêt des époux de maintenir le mariage, par exemple lorsqu'une annulation porterait à conséquence sur une autorisation de séjour. De plus, l'argument selon lequel le mariage pourrait à nouveau être célébré une fois les personnes concernées majeures, si l'annulation s'est faite contre leur plein gré, est lui aussi problématique, car cela n'est pas toujours possible, notamment si l'un des époux est décédé. L'annulation du mariage nécessite d'en régler les effets, soit le sort des enfants, la contribution d'entretien, la liquidation du régime matrimonial et l'exécution du partage de la prévoyance (art. 109 CC). Ici aussi, en raison du caractère international des situations, il faudrait toujours déterminer quel droit est applicable, ce qui mènerait parfois à des procédures complexes et coûteuses qui s'avèreraient inutiles une fois le mariage célébré à nouveau.

Le Conseil fédéral voit le bien-fondé des deux avis. Une solution simple et qui réponde aux demandes de chacun est utopique. Il souhaite donc retenir l'approche qui présente le moins d'inconvénients pour les personnes concernées.

Il accorde une grande importance à la pratique des tribunaux, observée dans le cadre de l'évaluation, qui se fondent dans la plupart des cas sur les déclarations des personnes concernées et le plus souvent, après avoir pesé les intérêts de celles-ci, maintiennent le mariage. Il ressort clairement de cette pratique que les personnes concernées ont souvent intérêt à ce que leur mariage soit conservé. Rappelons à ce propos que chaque situation a été examinée de manière circonstanciée et que le tribunal a fondé chaque décision sur des arguments solides. Dès lors, il semble problématique d'ignorer les intérêts des personnes concernées sous le couvert d'un principe général de nullité absolue du mariage. Insistons cependant ici sur le fait que renoncer à annuler le mariage après avoir pesé les intérêts ne doit évidemment pas devenir la règle mais demeurer une exception toujours dûment justifiée. La présomption de départ doit être que le maintien du mariage ne sert pas les intérêts du mineur⁷⁵. Notons d'ailleurs que le tribunal ne saurait trancher, sans autre forme de procès, sur la base des seuls arguments présentés par les époux qui demandent le maintien de leur union. Au contraire, il doit être convaincu de la véracité de ces déclarations. En cas de doute, le mariage doit toujours être annulé.

Par conséquent, le Conseil fédéral estime qu'il est juste de conserver la législation actuelle et d'autoriser une pesée des intérêts des personnes mineures lors du jugement. Cette solution a également l'avantage de respecter le principe de proportionnalité inscrit dans la Constitution, principe essentiel en cas d'atteinte à un droit fondamental, tel que le droit au mariage.

(2) Il en va autrement lorsque la personne concernée est majeure au moment de la procédure. Dès lors qu'elle affirme clairement vouloir maintenir le mariage et que le tribunal estime que

⁷⁴ RS 0.107

⁷⁵ Avis du Conseil fédéral du 1^{er} février 2017 sur la motion Rickli 16.3916 « Interdire les mariages précoces » ; message mariages forcés, p. 2076

ses déclarations sont indubitablement tenues de son plein gré, annuler l'union est extrêmement problématique, car il s'agit alors d'une entorse au droit au mariage, garanti par la Constitution⁷⁶. Dans cette situation, on part du principe que le vice entachant le mariage est réparé. Il n'est alors pas nécessaire de peser les intérêts dans le cas d'espèce ; il est bien plus important de déterminer si les déclarations sont réellement faites de plein gré. Si tel ne semble pas être le cas, on part du principe que le maintien de l'union dessert les intérêts de la personne concernée. Le tribunal doit alors constater la nullité du mariage. Enfin, il paraît délicat d'annuler *a posteriori* et d'office un mariage célébré à l'étranger si l'époux mineur était proche des 18 ans et affirme que l'union était consentie librement. À l'inverse de la contrainte évoquée à l'art. 105, ch. 5, CC, l'âge est un critère objectif facilement vérifiable, aussi une éventuelle modification de l'art. 105, ch. 6, CC ferait tomber davantage de cas sous le coup de cette disposition.

4.3.4.2 Réparation automatique du vice à partir d'un certain âge

La deuxième question, qui se pose immédiatement après celle de la pesée des intérêts, est celle d'une éventuelle réparation automatique du vice du mariage après un certain temps.

En premier lieu, il faut déterminer si le vice affectant le mariage peut être automatiquement réparé ou si, au contraire, la cause de nullité peut être invoquée à tout moment, y compris si les personnes concernées sont majeures depuis des années.

Le Conseil fédéral estime à ce propos que, à l'inverse des mariages forcés traités par l'art. 105, ch. 5, CC, il devrait en principe être possible de remédier à un mariage frappé de nullité pour cause de minorité. Même si cela revient à légitimer *a posteriori* un mariage entaché d'un vice grave d'après la sensibilité juridique suisse, faire de la minorité une cause de nullité absolue et irréparable porterait de graves conséquences. Le risque serait alors qu'une personne majeure depuis des années, sinon des décennies, voie son mariage annulé contre sa volonté parce qu'elle était mineure au moment où l'union a été célébrée. Il ne semble guère plus raisonnable que des héritiers ou d'autres tiers (voir art. 106, al. 1, CC) puissent demander l'annulation du mariage afin de s'approprier une part plus importante de la masse successorale. Enfin, l'argument selon lequel cela reviendrait finalement à admettre les mariages d'enfants (c'est-à-dire de très jeunes personnes) ne tient que difficilement, car les mariages impliquant de jeunes enfants sont à qualifier comme des mariages forcés et la contrainte représente une cause de nullité absolue et irréparable *ex lege*.

Pour ces raisons, le Conseil fédéral estime qu'il faut continuer d'admettre la possibilité de réparer la cause de nullité que constitue la minorité. La proposition détaillée plus bas, à savoir ne plus admettre la validité du mariage dès le passage à la majorité mais seulement quelque temps plus tard, permet de répondre au souhait de ceux qui préconisent la nullité absolue et irrémédiable du mariage de mineurs. Pour le moins durant un certain temps, le mariage reste entaché d'un vice qui ne peut pas être réparé automatiquement.

Sous sa forme actuelle, la possibilité de réparation du vice pose toutefois problème. En particulier, elle ne répond pas adéquatement à l'attente du législateur de l'époque, qui était de ne plus autoriser de mariages de mineurs. Cette disposition est problématique à deux égards en particulier :

(1) Tout d'abord, l'art. 105, ch. 6, CC ne prévoit aucun délai dans lequel la cause de nullité doit être invoquée pour empêcher la réparation automatique. La conception juridique actuelle se fonde sur l'idée que le vice affectant le mariage est automatiquement réparé dès la majorité, et qu'il n'est alors plus possible d'invoquer la nullité. Cette dernière doit être invoquée avant le 18^e anniversaire de la personne concernée, et généralement par l'autorité compétente. Or, au

⁷⁶ BUCHER, PJA 2013, p. 1169

moment où elle devient majeure et donc capable d'agir, cette personne doit avoir la possibilité de réfléchir à sa situation, d'identifier les options qui s'offrent à elle et d'entreprendre en paix les démarches nécessaires pour faire annuler l'union⁷⁷. Précisément au moment où la loi octroie à une personne la capacité de faire valoir ses droits, ceux-ci s'éteignent. Le Conseil fédéral estime que la législation actuelle ne remplit pas les objectifs fixés, aussi il paraît nécessaire de donner aux personnes concernées le temps de faire annuler le mariage.

Prolonger au-delà de la majorité le délai pour intenter une action est également dans l'intérêt de l'autorité qui a qualité pour agir. Souvent, la personne qui se rend compte après quelques années que consentir à une union conclue quand elle était plus jeune ne reflète pas réellement sa volonté n'a pas le courage de demander elle-même l'annulation du mariage. Parfois, c'est précisément lorsqu'une autorité entre en action qu'elle ose s'exprimer. De plus, une prolongation permet de donner plus de force au vœu du législateur d'alors de ne plus autoriser en principe les mariages de mineurs.

(2) Par ailleurs, l'insécurité juridique concernant le moment déterminant pour invoquer la nullité du mariage pose elle aussi de sérieux problèmes. En effet, différentes opinions s'affrontent sur la question du moment qui définit l'âge déterminant. En particulier, suffit-il que la personne concernée ait été mineure au moment où l'action a été intentée, ou bien doit-elle toujours l'être au moment du jugement (voir ch. 4.3.1.3) ? Dans le second cas, le vice qui entraîne la nullité du mariage aura le plus souvent été réparé automatiquement. Par conséquent, les autorités comme les personnes concernées, conscientes de la probabilité de voir l'action rejetée, renonceront le plus souvent à entamer une procédure. Pour ne rien arranger, la durée de cette procédure est souvent imprévisible et lorsque l'un des époux se trouve à l'étranger, il se peut que la transmission des mémoires ou la citation à comparaître à l'étranger doivent passer par la voie de l'entraide judiciaire⁷⁸, ce qui tend généralement à ralentir la procédure. Tous ces éléments plaident également en faveur d'une réglementation qui exclue la réparation dès lors qu'une procédure est entamée.

En somme, le Conseil fédéral reconnaît que la disposition relative à l'annulation du mariage pour cause de minorité (art. 105, ch. 6, CC) peut être améliorée. Dans cette optique, il considère que des mesures législatives sont indiquées.

4.3.5 Proposition

Le Conseil fédéral voit avant tout deux angles d'attaque pour régler les problèmes exposés plus haut.

Premièrement, un certain délai doit être accordé à la personne concernée après sa majorité pour invoquer la cause de nullité du mariage. En d'autres termes, une réparation automatique ne doit pas avoir lieu dès qu'elle atteint la majorité, mais seulement un peu plus tard. Par exemple, il serait envisageable de ne fixer la réparation du vice qu'à 25 ans révolus⁷⁹. Les démarches nécessaires pour engager une action en annulation pourraient ainsi aussi bien être prises par l'autorité compétente que par la personne concernée. En outre, cette solution répondrait du moins en partie au souhait de ne pas autoriser de réparation, et imposerait des règles similaires à celles en vigueur dans divers autres pays.

⁷⁷ Une personne mineure peut également faire valoir son droit strictement personnel à l'annulation du mariage (message mariages forcés, p. 2069). Les éventuelles conséquences patrimoniales (contribution d'entretien, régime matrimonial, partage de la prévoyance, etc.) nécessitent l'intervention d'un représentant légal ou d'un curateur nommé par l'APEA. Dans la plupart des cas, les parents ne peuvent assumer de rôle de représentation en raison des particularités des familles dans lesquels des mineurs sont mariés et des conflits d'intérêts potentiels.

⁷⁸ Voir BUCHER, PJA 2013, p. 1165.

⁷⁹ C'est l'âge indiqué à l'art. 97, al. 2, CP (prescription de l'action pénale en cas d'actes d'ordre sexuel avec des enfants). Le Service contre les mariages forcés propose la même limite.

Deuxièmement, la durée de la procédure ne devrait plus avoir de conséquence sur l'éventuelle annulation du mariage, même si le délai de réparation est passé. En d'autres termes, une réparation du vice du mariage durant la procédure doit être exclue. Pour ce faire, l'âge déterminant pour la réparation automatique doit être celui de la personne concernée au moment où la procédure est intentée et non au moment où la décision est rendue.

Sous sa forme actuelle, la pesée des intérêts rend la procédure délicate, notamment lorsque la personne concernée est encore mineure au moment du jugement. Un examen d'ensemble joue toutefois en faveur du maintien de l'essentiel de la réglementation en vigueur, car les décisions futures risqueraient sinon de ne pas être prises dans l'intérêt des personnes concernées.

En revanche, si la personne concernée est majeure, il n'est pas nécessaire de peser les intérêts. Dès lors qu'elle manifeste clairement durant la procédure sa volonté de maintenir le mariage, ce souhait doit être respecté.

Le Conseil fédéral est disposé à prendre des mesures à cet égard et à élaborer un projet.

Les travaux législatifs concrets nécessiteront d'approfondir divers autres aspects. En particulier, il faudra se pencher sur des aspects de procédure civile, dont celle des frais. En cas d'augmentation du taux d'admission des actions intentées par les autorités compétentes, il faudra déterminer qui aura la charge des frais. Il faudrait également régler la situation dans laquelle la personne concernée se rend compte, après l'issue d'une procédure qui a abouti à une décision entrée en force de maintien du mariage, mais avant d'avoir atteint l'âge limite pour invoquer la cause de nullité du mariage (p. ex. 25 ans), qu'elle ne souhaite pas maintenir cette union. De plus, il faudra éventuellement prévoir des dispositions transitoires si le délai pour la réparation est retardé jusqu'à un âge plus avancé. Si la réparation du vice est seulement retardée et non supprimée, le qualificatif « absolue » de la cause de nullité devrait peut-être être repensé. Cette question se pose d'ailleurs déjà aujourd'hui avec l'incapacité de discernement (ch. 2) et le mariage de mineur (ch. 6). Enfin, il est à noter que les modifications proposées de l'art. 105, ch. 6, CC mèneront à une augmentation du nombre de procédures entamées. Il est donc essentiel que les tribunaux soient suffisamment sensibilisés et informés ; autrement dit, que les problématiques liées à ce thème leur soient familières et qu'ils puissent tenir compte des spécificités de chaque cas.

4.4 Système en trois temps et autorités ayant qualité pour agir

4.4.1 Droit en vigueur

Comme exposé plus haut, le CC prévoit que pour faire valoir la cause de nullité, une première autorité informe l'autorité ayant qualité pour agir, qui intente alors une action de droit civil (art. 106 CC). Bien entendu, il est toujours possible d'intenter directement l'action auprès du tribunal compétent afin qu'il examine la cause de nullité.

4.4.2 Rapport d'évaluation Vatter

Il ressort de l'art. 106 CC que chaque canton doit désigner une autorité compétente pour intenter d'office une action au domicile des époux. L'évaluation s'est penchée sur chacune de ces autorités. Il s'est avéré que les cantons ont désigné des autorités très différentes pour remplir cette tâche : 6 ont désigné le ministère public, 16 un service au sein de l'administration, et 4 les communes. D'un canton à l'autre, les conditions-cadres institutionnelles et organisa-

tionnelles peuvent donc être considérablement différentes. Par conséquent, le rapport d'évaluation conclut que l'on peut partir du principe que la modalité d'établissement des faits, de même que le traitement des cas suspects, varient selon le type d'autorité désigné⁸⁰.

L'évaluation a également révélé que les compétences qui incombent à ces autorités ainsi que l'étendue de leur pouvoir d'appréciation pour intenter des actions restent très imprécises. Il est par exemple discutable que certaines autorités qui ont qualité pour recourir réalisent elles-mêmes la pesée des intérêts, une tâche normalement réservée au tribunal⁸¹. À partir de ces observations, le rapport d'évaluation conclut qu'il faudrait tout au moins se demander si des entités plus proches des victimes ne devraient pas être compétentes pour intenter action⁸².

4.4.3 Appréciation

Le législateur a intégré les nouvelles causes de nullité du mariage au système préexistant. Une dernière modification de ce système a eu lieu dans le cadre de la révision du droit du divorce. Avant l'entrée en vigueur de celle-ci, il était possible d'effectuer un signalement aux communes d'origine ou de domicile des époux. Dans le message sur le droit du divorce, cette suppression a été expliquée par le fait qu'il apparaît plus logique et économique de dénoncer le cas à l'autorité cantonale compétente qui doit agir d'office⁸³.

L'autorité ayant qualité pour agir doit justifier sa demande d'annulation du mariage auprès du tribunal civil et doit pour ce faire être à même de prendre les mesures nécessaires pour établir l'état de fait. Les règles de procédure prescrites par le droit cantonal s'appliquent⁸⁴. Avec l'introduction des nouvelles causes de nullité du mariage, les circonstances particulières à chaque cas doivent également être prises en compte, p. ex. en cas de pluralité des mariages (art. 105, ch. 1, CC) ou de lien de parenté (art. 105, ch. 3, CC). Si des indices donnent à penser qu'il y a lieu d'annuler le mariage, l'autorité est en principe tenue d'engager une procédure. En revanche, seul le tribunal est compétent pour peser les intérêts ou pour examiner si la personne concernée a fait ses déclarations de sa propre volonté, car préjuger d'une décision risquerait de constituer une atteinte aux droits des personnes concernées⁸⁵. Réserver cette compétence au tribunal permet également d'éviter que les différences d'organisation et de procédure entre les cantons n'aient une influence sur l'issue du jugement.

En outre, il est clair que le système en trois temps complique parfois la procédure et la prolonge. L'adaptation proposée du moment déterminant pour une réparation du vice pourrait tout du moins atténuer considérablement les conséquences d'une longue procédure.

Le Conseil fédéral est conscient que les structures en place et la procédure actuelle ont certains inconvénients. La décision du législateur d'alors d'intégrer les nouvelles causes de nullité du mariage au système existant demeure fondée. Faute de meilleure solution, il ne semble donc pas opportun de légiférer sur ce point. On relèvera également que le bon fonctionnement des structures mises en place implique que les cantons vérifient que les autorités désignées par l'art. 106, al. 1, 1^{re} phrase, CC, et en particulier les instances communales, disposent des ressources et des capacités nécessaires pour engager les actions en annulation.

⁸⁰ Rapport d'évaluation Vatter, p. 53 et 104

⁸¹ Rapport d'évaluation Vatter, p. 60

⁸² Rapport d'évaluation Vatter, recommandation 3, p. 105

⁸³ Message droit du divorce, p. 81

⁸⁴ GEISER, Basler Kommentar, N 12 ad art. 106

⁸⁵ Autre point de vue : GEISER, Basler Kommentar, N 9b ad art. 106

4.5 Autres dispositions édictées par la révision de 2012

4.5.1 Obligation de dénoncer des autorités de l'état civil (art. 43a, al. 3^{bis}, CC)

Depuis la révision, les autorités de l'état civil sont tenues de dénoncer aux autorités compétentes les infractions pénales qu'elles constatent dans l'exercice de leurs fonctions (art. 43a, al. 3^{bis}, CC). Le rapport d'évaluation Vatter n'a pas relevé de problème majeur à ce sujet. En particulier du point de vue des personnes concernées, il n'y a pas de raison de penser qu'il y aurait besoin de légiférer ici. Le rapport d'évaluation précise cependant que dans les faits, l'obligation de dénoncer empêche probablement souvent les victimes de mariages forcés de défendre leurs intérêts car elles ne sont pas prêtes à faire face aux éventuelles représailles de la famille. Le dispositif juridique de lutte contre les mariages forcés pourrait donc nettement mieux servir les intérêts des victimes s'il était possible pour ces dernières de faire valoir leur droit individuel à la protection sans entraîner le sanctionnement automatique de l'auteur. À cet égard, le rapport d'évaluation recommande d'offrir aux victimes de mariages forcés la possibilité de demander la suspension de la procédure pénale⁸⁶. Dans les faits, la recommandation vise le classement de la procédure.

Sur cette question, relevons également les modifications adoptées par le Parlement le 14 décembre 2018 dans le cadre de l'amélioration de la protection des victimes de violence. Nous nous intéresserons en particulier à la révision de l'art. 55a CP⁸⁷, en vertu de laquelle la suspension et le classement de la procédure en cas de lésions corporelles simples, de voies de fait réitérées, de menace ou de contrainte dans le couple (art. 55a CP et 46b CPM) ne dépendent plus uniquement de la volonté exprimée par la victime. L'objectif est de soulager cette dernière tout en aménageant une plus grande marge d'appréciation pour l'autorité. C'est d'ailleurs l'autorité qui devrait avoir la responsabilité de poursuivre la procédure, en tenant compte non seulement des déclarations de la victime, mais aussi des autres circonstances. La procédure ne devrait être suspendue ou classée que lorsque cette décision semble pouvoir stabiliser ou améliorer la situation de la victime⁸⁸.

Eu égard à l'orientation donnée à la protection des victimes de violences et en particulier vu l'absence de critiques, dans le cadre de l'évaluation, de la part des personnes concernées ou des autorités, le Conseil fédéral estime qu'il n'y a pas lieu d'intervenir ici.

4.5.2 Obligation d'examiner l'expression de la libre volonté des fiancés (art. 99, al. 1, ch. 3, CC)

La loi fédérale sur l'amélioration de la protection des victimes de violence a également clarifié les devoirs des officiers de l'état civil. « L'office de l'état civil examine si les conditions du mariage sont remplies, notamment s'il n'existe aucun élément permettant de conclure que la demande n'est *manifestement* pas l'expression de la libre volonté des fiancés » (art. 99, al. 1, ch. 3, CC)⁸⁹. L'ancien droit, avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés, obligeait l'officier de l'état civil à refuser la célébration d'un mariage lorsque le libre consentement des fiancés n'était manifestement pas acquis, mais que l'un d'eux ou les deux se mariaient sous la contrainte. Avant l'entrée en vigueur de la réforme, ce point avait déjà été consacré dans l'OEC par un art. 65, al. 1^{bis}, dans le cadre d'une mesure d'urgence. L'ajout, dans le code civil, d'une disposition expresse découlant directement du

⁸⁶ Rapport d'évaluation Vatter, p. 111

⁸⁷ RO 2019 2273. Les nouvelles dispositions entreront en vigueur le 1^{er} juillet 2020. Précisons d'ailleurs que le droit en vigueur offre déjà dans une certaine mesure la possibilité de classer une procédure en cas de mariage forcé, par exemple s'il y a eu réparation (art. 53 CP).

⁸⁸ Message protection des victimes, p. 6914

⁸⁹ Le texte allemand emploie le terme « offensichtlich » et l'italien « manifestamente ».

droit au mariage garanti par la Constitution, et subordonnant la conclusion du mariage à l'absence de toute contrainte, visait à donner un signal clair contre les mariages forcés. La nouvelle teneur de l'art. 99 CC clarifiait en outre le rôle de l'officier de l'état civil en matière de lutte contre les mariages forcés et soulignait l'importance que revêtait la libre volonté des fiancés⁹⁰.

L'emploi du terme « manifestement » dans cette disposition a été critiqué à plusieurs reprises dans la doctrine. En effet, il ne suffit guère que le mariage ne viole pas *manifestement* la libre volonté des fiancés. L'office devrait plutôt être parfaitement convaincu que l'union est librement consentie. Le texte en vigueur va ainsi dans le mauvais sens : loin de renforcer l'obligation faite aux officiers de l'état civil, il la fragilise, car tant que la contrainte n'est pas *manifeste*, l'office de l'état civil doit célébrer le mariage même s'il sait qu'il n'est pas l'expression de la libre volonté des fiancés⁹¹.

Cependant, le rapport d'évaluation Vatter révèle que les autorités de l'état civil qui appliquent cette disposition ne rencontrent pas de difficultés dans l'examen des conditions pour célébrer le mariage, ce qui signifie que la règle fonctionne en pratique. On retiendra d'ailleurs que l'évaluation fait état de vingt mariages qui ont pu être empêchés par l'office de l'état civil car au moins l'un des deux fiancés subissait des contraintes.

Le Conseil fédéral estime donc qu'une reformulation de cette disposition ne s'impose pas.

4.5.3 Obligation d'informer (art. 106, al. 1, 2^e phrase, CC)

Depuis la révision, les autorités cantonales ou fédérales doivent informer l'autorité qui a qualité pour agir, dans la mesure où cela est compatible avec leurs attributions (art. 106, al. 1, 2^e phrase, CC). Le message suggère qu'une incompatibilité pourrait par exemple découler de la nécessité, pour les autorités, d'établir une relation de confiance particulière avec les personnes qui font appel à elle⁹².

Du point de vue des personnes concernées, une telle obligation d'informer peut toutefois, à l'instar de l'obligation de dénoncer en droit pénal, poser problème. En effet, lorsqu'un cas suspect est signalé à une autorité, la victime risque de subir davantage de menaces⁹³.

Cependant, l'obligation d'informer en tant que telle n'a pas été critiquée dans le rapport d'évaluation par les autorités ni par les personnes concernées. De plus, il faut s'attendre à ce que les modifications de l'art. 105, ch. 6, CC proposées dans le rapport d'évaluation mènent à une augmentation du nombre de signalements. Les autorités concernées doivent donc être mieux formées et sensibilisées pour que davantage de cas soient identifiés et signalés et pour pouvoir mettre en place les mesures de protection nécessaires et appropriées.

Le Conseil fédéral n'estime donc pas nécessaire de légiférer sur ce point.

4.5.4 Non-reconnaissance ou reconnaissance puis annulation

La plupart des mariages annulés parce que l'un des époux est mineur ont été célébrés à l'étranger⁹⁴. Les mariages forcés sont aussi le plus souvent liés à un contexte migratoire (ch. 4.3.1.2). Par conséquent, une question se pose presque systématiquement, à savoir si un tel mariage doit être reconnu, ce qui revient à se demander s'il est contraire à l'ordre public suisse.

⁹⁰ Messages mariages forcés, p. 2063

⁹¹ GEISER, publication commémorative Häfeli, p. 268 ; également critiqué par MEIER, Zwangsheirat, p. 81 ; BUCHER, PJA 2013, p. 1154, MONTISANO, Recht auf Ehe und Familie im Migrationsrecht, p. 54

⁹² Message mariages forcés, p. 2076

⁹³ Rapport d'évaluation Vatter, p. 103 s.

⁹⁴ WIDMER LÜCHINGER, Zürcher Kommentar, N 53 ad art. 45 ; WIDMER LÜCHINGER, FamPra, p. 804 ; MEIER, Zwangsheirat, p. 87

La suppression de l'art. 44, al. 2, LDIP et l'ajout de l'art. 105, ch. 6, CC avaient pour objectif de changer l'acception du concept d'ordre public : il ne devait plus être acceptable de célébrer en Suisse un mariage avec un mineur. Les mariages de mineurs célébrés à l'étranger ne devaient plus non plus être tolérés. Dans le message sur les mariages forcés, le Conseil fédéral distingue cette cause de nullité de la polygamie (ch. 1) et de la parenté (ch. 3), car les circonstances propres à chaque cas doivent être prises en compte pour les mariages de mineurs. La pesée des intérêts est une condition préalable à la décision de reconnaissance du mariage, qui ne peut être négative que si elle sert les intérêts de la personne concernée, intérêts qu'il s'agit, en fin de compte, de protéger. Sachant que les apparences sont souvent trompeuses et qu'un examen minutieux de chaque cas est nécessaire, on en appellera au juge pour qu'il statue, en procédure ordinaire, sur la conformité du mariage avec l'ordre public. En cas de doute, on recommandera donc dans un premier temps de reconnaître un mariage célébré valablement à l'étranger, puis d'intenter une action en annulation dans un second temps. En revanche, la reconnaissance du mariage peut être refusée à titre préjudiciel dans les cas manifestes, lorsque les circonstances ou l'extrême jeunesse de la personne concernée (au moment de l'examen des conditions de reconnaissance) commandent que l'on s'oppose à son maintien, au nom de l'intérêt supérieur de la personne et de la collectivité⁹⁵.

Le rapport entre la reconnaissance d'un mariage célébré à l'étranger et les nouveaux motifs de nullité pour contrainte et minorité ont suscité diverses questions et critiques dans la doctrine. Selon certains auteurs, le système qui implique une reconnaissance avant une action en annulation particulièrement complexe favorise finalement les mariages forcés et en particulier de mineurs. Ne pas reconnaître ces mariages permettrait de mieux protéger les victimes⁹⁶. Une action en annulation n'a lieu d'être que si le mariage a d'abord été reconnu comme valable. Or d'après la doctrine dominante, un mariage forcé est contraire à l'ordre public, ce qui signifie qu'il ne doit de toute façon pas être reconnu⁹⁷. Les mariages de mineurs ne le sont généralement pas lorsque la personne concernée a moins de 16 ans au moment de la demande de reconnaissance⁹⁸. D'autres défendent l'opinion selon laquelle la reconnaissance ne doit être refusée en vertu de l'ordre public qu'avec une extrême réserve, car le refus a le plus souvent pour seule conséquence de dissimuler la situation des conjoints. Il est plus approprié de reconnaître le mariage puis de l'annuler, ce qui permet d'obtenir un document qui atteste du statut des ex-époux et peut à son tour être reconnu par des États étrangers. À l'inverse, ne pas reconnaître l'union n'a d'effet qu'en Suisse et ne tient pas compte de l'existence d'éventuelles relations juridiques qui doivent également être réglées. Enfin, il est difficile de justifier pourquoi l'existence formelle d'un mariage jusqu'à sa dissolution par un tribunal serait contraire à l'ordre public quand cette mesure est précisément prévue pour le cas dans lequel un mariage entaché d'un tel vice serait célébré en Suisse⁹⁹.

Sur ce point, le rapport d'évaluation Vatter n'a mis au jour aucun problème fondamental dans la pratique et ne formule aucune recommandation. L'évaluation de la jurisprudence a toutefois relevé des pratiques divergentes : tandis que divers tribunaux examinent directement la validité du mariage au sens de l'art. 105, ch. 5 et 6, CC, un autre détermine à titre préjudiciel si le mariage peut être reconnu afin, le cas échéant, d'intenter ensuite une action en annulation. Cependant, les mêmes conditions sont appliquées en fin de compte pour la reconnaissance et pour l'action en annulation. Seulement, si le mariage n'est pas reconnu à un endroit tandis qu'il est annulé ailleurs, les conséquences pour les personnes concernées sont différentes. Si le mariage étranger n'est pas reconnu, il ne produit aucun effet en Suisse et les époux sont

⁹⁵ Message mariages forcés, p. 2062 et 2066 ss

⁹⁶ BUCHER, PJA 2013, p. 1157 ss

⁹⁷ WIDMER LÜCHINGER, Zürcher Kommentar, N 50 et 52 s. ad art. 45 ainsi que la critique correspondante de l'instruction n° 10.13.07.01 du 1^{er} juillet 2013 de l'OFEC et d'autres références. Voir aussi BUCHER, PJA 2013, p. 1159.

⁹⁸ COURVOISIER, Basler Kommentar, N 23a ad art. 45

⁹⁹ GEISER, publication commémorative Häfeli, p. 262

considérés comme n'étant pas mariés. Dans le pays d'origine, le mariage demeure pourtant valable, ce qui donne lieu à des mariages boiteux. Si l'union a au contraire été annulée par un tribunal, cette décision peut également dans certaines circonstances produire des effets à l'étranger, ce qui permet en principe de limiter le nombre de mariages boiteux¹⁰⁰. En particulier, ne pas reconnaître le mariage empêche de régler les effets du divorce.

Comme auparavant, le Conseil fédéral estime que l'annulation prévue signifie que, au final, le mariage concerné n'est plus reconnu en Suisse. Par ailleurs, l'annulation suffit à garantir l'ordre public¹⁰¹, dont les exigences ne peuvent être supérieures à celles du droit civil, qui se fonde sur le principe selon lequel les mariages entachés d'un vice peuvent être annulés. À l'étranger, l'annulation reste certes parfois inefficace, mais elle évite davantage de mariages boiteux que le simple refus de reconnaître l'union. Un autre avantage notable de l'annulation pour le traitement des cas d'espèce est qu'une seule et même autorité tranche une question donnée, ce qui permet d'éviter que chaque autorité qui doit examiner à titre préjudiciel l'existence du mariage en question prenne une décision différente. Or, une question aussi importante que l'état civil d'une personne nécessite un niveau élevé de sécurité juridique. De plus, il est utile que l'expression de la libre volonté des époux, la pesée des intérêts et éventuellement à l'avenir la volonté de maintenir le mariage (selon la formulation future de l'art. 105, ch. 6, CC), qui appellent toutes des examens complexes, soient évaluées par un tribunal au cours d'une procédure ordinaire. Dernier avantage de l'annulation, elle produit des effets similaires à ceux du divorce, tandis qu'un mariage non reconnu ne créerait ici qu'incertitude¹⁰². Une personne concernée qui est dans une situation économique défavorable peut par exemple bénéficier d'une contribution d'entretien et d'un avoir de prévoyance. Mais pour ce faire, le mariage doit être reconnu jusqu'au moment de son éventuelle annulation.

Dans ce contexte, rappelons qu'une décision d'annulation produit ses effets accessoires *ex nunc* même si elle signifie qu'il n'y a jamais eu de mariage valable et a de ce fait un effet *extunc*¹⁰³. Reconnaître un mariage avant de l'annuler ne signifie donc pas qu'il produit temporairement des effets juridiques.

Eu égard à ce qui précède, le Conseil fédéral ne croit donc pas utile de revenir sur le système de reconnaissance puis d'annulation. Ce processus est d'autant plus pertinent qu'il est prévu de rendre l'art. 105, ch. 6, CC, concernant les mariages de mineurs, plus efficace.

4.5.5 Protection et accompagnement des personnes concernées

Pour lutter contre les mariages forcés et de mineurs, il est essentiel que les personnes concernées reçoivent toute la protection et l'accompagnement dont elles ont besoin. Le rapport d'évaluation Vatter ne formule pas de recommandation propre sur ce point, mais en réitère une issue du programme fédéral de lutte contre les mariages forcés, à savoir qu'il faudrait garantir aux victimes un accompagnement sur le long terme¹⁰⁴.

Le Conseil fédéral soutient financièrement jusqu'en 2021 un centre de compétences actif dans toute la Suisse, le Service contre les mariages forcés (voir ch. 1.3 et 4.1.2). Il a pour mission de conseiller les personnes concernées, de diffuser des connaissances spécialisées et d'organiser des activités de formation continue mais surtout de sensibilisation auprès des professionnels, des personnes concernées et du public. Le service se consacre aux mariages forcés comme aux mariages de mineurs. En outre, le Conseil fédéral examine de consort avec les

¹⁰⁰ MEIER, Zwangsheirat, p. 67 ; GEISER, Scheinehe, Zwangsehe und Zwangsscheidung, p. 843 s.

¹⁰¹ Voir à ce propos les remarques de BUCHER, PJA 2013, p. 1167.

¹⁰² WIDMER LÜCHINGER, FamPra, p. 797

¹⁰³ ATF 145 III 36 consid. 2.2

¹⁰⁴ Rapport d'évaluation Vatter, p. 108

cantons si des mesures précises s'imposent afin d'assurer un accompagnement durable aux personnes concernées par ces mariages¹⁰⁵.

Relevons également que les travaux de mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe du 11 mai 2011 sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (convention d'Istanbul)¹⁰⁶ ont, entre autres, trait aux mariages forcés. La Suisse publiera a priori en février 2021 son premier rapport de mise en œuvre.

4.5.6 Prochaines étapes

À partir des résultats de l'évaluation, le Conseil fédéral constate que seule la réglementation de droit civil des mariages de mineurs, de même que la cause de nullité correspondante (art. 105, ch. 6, CC), présente un potentiel d'amélioration. Il estime nécessaire d'agir sur cette question et afin de résoudre le plus vite possible les problèmes exposés, il va préparer, en se fondant sur la solution esquissée, un projet qui sera mis en consultation.

L'évaluation des autres dispositions inscrites dans le code civil n'a révélé aucun motif de révision, aussi le Conseil fédéral ne croit pour l'instant pas utile de prendre des mesures supplémentaires.

5 Conclusion

L'évaluation a montré que les dispositions légales existantes jouent un rôle essentiel. La lutte contre les mariages forcés et de mineurs nécessite cependant une approche globale. Le Conseil fédéral poursuit en conséquence une stratégie fondée sur plusieurs piliers. Il accorde en la matière une importance toute particulière à la protection des personnes concernées et à proposer des améliorations sur le plan législatif lorsque cela est possible.

Une telle amélioration doit actuellement être introduite pour lutter contre les enlèvements à l'étranger en vue d'un mariage. Les cas concernés sont ceux dans lesquels une personne qui vit en Suisse est mariée à l'étranger contre sa volonté et parfois aussi alors qu'elle est mineure. Ce problème se manifeste le plus souvent avant les vacances d'été lorsque les familles partent en voyage dans leur pays d'origine¹⁰⁷. Le Conseil fédéral avait déjà abordé cette question dans le rapport sur le programme fédéral¹⁰⁸. En collaboration avec la ville de Berne, le Service mariages forcés a depuis créé un modèle de déclaration sous serment à l'intention des personnes concernées qui vont partir en voyage¹⁰⁹. Une mesure de protection supplémentaire devrait être apportée dans le cadre d'une modification du système d'information Schengen. Elle permettra de signaler de manière préventive dans le système de recherches informatisées de police (RIPOL) les personnes particulièrement vulnérables, comme les enfants qui pourraient être mariés de force. Chaque signalement devra être ordonné par l'APEA¹¹⁰. Il sera ainsi possible d'empêcher de partir les mineurs qui risquent d'être enlevés à l'étranger en vue de leur mariage.

¹⁰⁵ Rapport programme fédéral, p. 13

¹⁰⁶ RS 0.311.35

¹⁰⁷ Voir également les informations fournies par le Service mariages forcés, disponibles sur www.mariageforce.ch > Enlèvement à l'étranger en vue d'un mariage.

¹⁰⁸ Rapport programme fédéral, p. 15

¹⁰⁹ Disponible sur www.mariageforce.ch > Enlèvement à l'étranger en vue d'un mariage

¹¹⁰ Reprise et mise en œuvre du système d'information Schengen (SIS) www.fedpol.admin.ch > Actualité > News > Communiqué du 13.02.2019. Une procédure de consultation du DFJP à ce sujet s'est terminée le 20 mai 2019. Le message est en cours de rédaction.

Un autre problème récurrent dans le thème des mariages forcés et de mineurs est celui des mariages religieux¹¹¹. Au niveau fédéral, deux interventions parlementaires portant sur l'interdiction du mariage religieux avant le mariage civil ont été déposées (et retirées depuis)¹¹². Le Conseil fédéral a mis l'accent sur la fonction de protection essentielle que revêt cette interdiction (art. 97, al. 3, CC), eu égard aux mariages forcés et de mineurs. La Commission des affaires juridiques du Conseil national, qui a réalisé l'examen préalable de l'initiative 17.470, craint également que l'abrogation de l'interdiction de célébrer un mariage religieux avant un mariage civil n'entraîne une augmentation des mariages d'enfants et des mariages forcés. Or une telle décision irait à l'encontre des efforts menés actuellement pour empêcher ces mariages. La commission a donc décidé, par 20 voix contre 3 et 1 abstention, de ne pas donner suite à l'initiative parlementaire¹¹³.

Le Conseil fédéral est convaincu que la situation des personnes concernées par les mariages forcés et de mineurs pourra être nettement améliorée grâce à cette stratégie, aux mesures déjà adoptées dans le cadre de la loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés, aux mesures de prévention et de sensibilisation ainsi qu'à la modification prévue du code civil.

¹¹¹ Voir p. ex. l'article de la NZZ am Sonntag du 29 janvier 2017 : « Illegale Ehen: Prediger trauen Minderjährige », disponible sur www.nzz.ch/sonntag.

¹¹² Iv. pa. 17.470 Zanetti « Supprimer les exigences discriminatoires qui s'appliquent au mariage religieux », retirée le 11 septembre 2018 suite aux délibérations de la Commission des affaires juridiques du Conseil national ; Mo. 17.3693 Page « Fin de l'interdiction de célébrer un mariage religieux avant le mariage civil », retirée le 10 septembre 2019.

¹¹³ Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national du 5 juillet 2018 sur l'iv. pa. 17.470 Zanetti « Supprimer les exigences discriminatoires qui s'appliquent au mariage religieux » ; disponible sur www.parlement.ch.

6 Bibliographie

BUCHER ANDREAS, L'accueil des mariages forcés, Pratique juridique actuelle (PJA) 2013, p. 1153 ss (cit. BUCHER, PJA 2013)

BÜCHLER ANDREA, Zwangsehen in zivilrechtlicher und internationalprivatrechtlicher Sicht, Die Praxis des Familienrechts (FamPra) 2007, p. 725 ss (cit. BÜCHLER, FamPra)

COURVOISIER MAURICE, Honsell / Vogt / Schnyder/Berti (éd.), Basler Kommentar zum IPRG, 3^e édition, Bâle 2013 (cit. COURVOISIER, Basler Kommentar)

FOUNTOULAKIS CHRISTIANA / MÄSCH GERALD, Ausländische Kinderehen und Schweizer IPR – Ein besorgter Zwischenruf, in : Fankhauser / Reusser / Schwander (éd.), Brennpunkt Familienrecht, publication commémorative pour Thomas Geiser, Zurich / Saint-Gall 2017, p. 241 ss (cit. FOUNTOULAKIS / MÄSCH, publication commémorative Geiser)

GEISER THOMAS, in : Geiser / Fountoulakis (éd.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6^e édition, Bâle 2018 (cit. GEISER, Basler Kommentar)

GEISER THOMAS, IV. Bezüge zu anderen Rechtsbereichen / Verbot von Zwangsheiraten: Schutz durch privatrechtliche Sonderregeln? Vom Umgang mit Ehen aus anderen Kulturen, in : Rosch / Wider (éd.), Zwischen Schutz und Selbstbestimmung, publication commémorative pour le 70^e anniversaire de Christoph Häfeli, Berne 2013, p. 249 ss (cit. GEISER, publication commémorative Häfeli)

GEISER THOMAS, Scheinehe, Zwangsehe und Zwangsscheidung aus zivilrechtlicher Sicht, Revue de la société des juristes bernois (ZBJV) 2008, p. 817 ss (cit. GEISER, Scheinehe, Zwangsehe und Zwangsscheidung)

INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ, Mariage forcé, état au 31 août 2018, disponible sur : www.isdc.ch > Services > Informations juridiques en ligne > Mariage forcé (cit. avis ISDC)

JÄNTERÄ-JAREBORG MAARIT, Sweden: New rules on non-recognition of underage marriages, Conflict of Laws.net – Views and News in Private International Law, publié le 6 février 2019 (cit. JÄNTERÄ-JAREBORG, Conflict of Laws.net)

MEIER YVONNE, Schwenger / Büchler (éd.), Zwangsheirat – Rechtslage in der Schweiz – Rechtsvergleich mit Deutschland und Österreich, Schriftenreihe zum Familienrecht (FamPra) vol. 16, Berne 2010 (cit. MEIER, Zwangsheirat)

Message concernant la révision du code civil suisse (abaissement de l'âge de la majorité civile et matrimoniale, obligation d'entretien des père et mère), FF 1993 I, p. 1093 ss (cit. message majorité civile et matrimoniale)

Message du 11 octobre 2017 concernant la loi fédérale sur l'amélioration de la protection des victimes de violence, FF 2017, p. 6913 ss (cit. message protection des victimes)

Message du 15 novembre 1995 concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial), FF 1996 I, p. 1 ss (cit. message droit du divorce)

Message du 23 février 2011 relatif à une loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés, FF 2011, p. 2045 ss (cit. message mariages forcés).

MONTISANO LUCA, Sutter-Somm (éd.), Das Recht auf Ehe und Familie im Migrationsrecht, Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Zurich / Bâle / Genève 2019
(cit. MONTISANO, Recht auf Ehe und Familie im Migrationsrecht)

NEUBAUER ANNA / DAHINDEN JANINE, en collaboration avec Pauline Breguet et Eric Crettaz, « Mariages forcés » en Suisse : causes, formes et ampleur, Secrétariat d'État aux migrations, Berne 2012, disponible sur : www.sem.admin.ch > Entrée & séjour > Intégration > Thèmes > Mariages forcés (cit. NEUBAUER / DAHINDEN, étude mariages forcés)

PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Le droit au mariage et à la famille, Die Praxis des Familienrechts (FamPra), 2011, p. 589 ss (cit. PAPAUX VAN DELDEN, FamPra)

PROGRIN-THEUERKAUF SARAH / OUSMANE SAMAH, Mariages forcés – Situation juridique et défis actuels, Die Praxis des Familienrechts (FamPra), 2013, p. 324 ss
(cit. PROGRIN-THEUERKAUF/OUSMANE, FamPra)

Rapport du Conseil fédéral du 25 octobre 2017 « Programme fédéral de lutte contre les mariages forcés 2013-2017 », disponible sur : www.sem.admin.ch > Entrée & séjour > Intégration > Thèmes > Mariages forcés (cit. rapport programme fédéral)

Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 05.3477 du 9.9.2005 de la Commission des institutions politiques du Conseil national « Répression des mariages forcés et des mariages arrangés », disponible sur : www.ofj.admin.ch > Société > Projets législatifs terminés > Mariages forcés (cit. rapport mariages forcés et arrangés 2007)

RAUSCHER THOMAS, 1. Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht / Rechtskolonialismus oder Zweckverfehlung? – Auswirkungen des Kinderehebekämpfungsgesetzes im IPR, in : Markus / Hrubesch-Millauer / Rodriguez (éd.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, publication commémorative pour Jolanta Kren Kostkiewicz, Berne 2018, p. 245 ss
(cit. RAUSCHER, publication commémorative Kren Kostkiewicz)

RÜEFLI CHRISTIAN, Büro Vatter, fachliche Unterstützung Marianne Schwander, Berner Fachhochschule Soziale Arbeit, wissenschaftliche, Mitarbeit Patricia Sager und Michèle Gerber, Evaluation der zivilrechtlichen Bestimmungen zu Zwangs- und Minderjährigenheiraten, Berne, 27 mars 2019 (cit. rapport d'évaluation Vatter)

WIDMER LÜCHINGER CORINNE, Migration und Zwangsehe im internationalen Privatrecht, Die Praxis des Familienrechts (FamPra), 2011, p. 804 ss (cit. WIDMER LÜCHINGER, FamPra)

WIDMER LÜCHINGER CORINNE, Müller-Chen / Widmer Lüchinger (éd.), Zürcher Kommentar zum IPRG, vol. I, 3^e édition, Zurich 2018 (cit. WIDMER LÜCHINGER, Zürcher Kommentar)

Annexe : droit comparé

Le Conseil fédéral avait déjà présenté en 2007 un avis exhaustif de droit international et comparé sur les mariages forcés dans son rapport « Répression des mariages forcés et des mariages arrangés »¹¹⁴. Plus récemment, l'ISDC a rédigé un avis actualisé et complet sur les mariages forcés et de mineurs. Conformément à la demande du postulat 16.3897 et eu égard aux résultats de l'évaluation, cette annexe est un résumé de l'avis de l'ISDC sur les mariages de mineurs¹¹⁵.

Nous nous intéresserons ici en particulier aux dispositions ou aux recommandations concernant l'âge requis pour se marier. En effet, la plupart des instruments de droit international consacrés à la protection des droits de l'homme n'abordent que les mariages forcés¹¹⁶, mais nombre d'entre eux invitent les États à fixer un âge minimum pour se marier. La Convention du 7 novembre 1962 sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages¹¹⁷ mérite tout particulièrement d'être mentionnée, quand bien même la Suisse ne l'a pas ratifiée. Elle prévoit également un âge minimum pour se marier. La recommandation non contraignante qui l'accompagne fixe l'âge nubile à 15 ans¹¹⁸. Quant au Comité des droits de l'enfant et au Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, ils recommandent aux États contractants de fixer l'âge requis à 18 ans. Si, dans des circonstances exceptionnelles, un mariage est contracté avant, la limite absolue devrait être à 16 ans¹¹⁹. La convention du 20 novembre 1989 de l'ONU relative aux droits de l'enfant¹²⁰ en tant que telle ne contient aucune disposition sur le mariage ni l'âge nubile, contrairement à la charte africaine, qui stipule aussi 18 ans¹²¹. La résolution 1468 du Conseil de l'Europe, pour sa part, contient une définition du mariage d'enfants : un mariage d'enfants est l'union de deux personnes dont l'une au moins n'a pas 18 ans. Elle propose de fixer l'âge minimal légal du mariage à 18 ans¹²². Enfin, la CEDEF affirme, à l'art. 16, par. 2, que les mariages d'enfants ne devraient pas produire d'effets juridiques.

En **Allemagne**, une nouvelle loi sur la lutte contre les mariages d'enfants est entrée en vigueur le 22 juillet 2017. Elle prévoit qu'un mariage avec une personne âgée de moins de 16 ans n'est pas valable, ce qui vaut en principe également pour les mariages célébrés à l'étranger. En revanche, un mariage avec un mineur de plus de 16 ans est certes valable mais peut être annulé. Il n'y a pas de délai pour invoquer la cause de nullité, mais le mariage ne peut plus être annulé si la personne concernée a confirmé son intention de maintenir le mariage après avoir atteint la majorité ni en présence d'un cas de rigueur d'extrême gravité¹²³. L'invalidité automatique des mariages impliquant une personne de moins de 16 ans a déjà mené à un recours devant le Tribunal fédéral constitutionnel. Ce recours n'avait pas pour objectif de défendre les mariages de mineurs, mais affirmait que le principe même de protection des mineurs

¹¹⁴ Rapport mariages forcés et arrangés 2007, p. 10 ss

¹¹⁵ Pour plus d'informations sur le droit international ainsi que sur des États en particulier, voir l'avis ISDC.

¹¹⁶ Voici une sélection d'accords à ce sujet : art. 12 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH, RS **0.101**) ; Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte II de l'ONU, RS. **0.103.2**) ; Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte I de l'ONU, RS **0.103.1**) ; Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF, RS **0.108**). L'avis ISDC contient de plus amples explications. Plus récemment, la Suisse a ratifié la convention d'Istanbul, qui est entrée en vigueur pour nous le 1^{er} avril 2018. Elle contient des dispositions spécifiques concernant les mariages forcés, à savoir les art. 32 (conséquences civiles des mariages forcés) et 37 ss (dispositions pénales contre les mariages forcés).

¹¹⁷ Art. 1 et 2

¹¹⁸ Recommandation sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages du 01.11.1965, Principe II

¹¹⁹ Recommandation générale conjointe n° 31 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et n° 18 du Comité des droits de l'enfant sur les pratiques préjudiciables, B 55 (f) ainsi que l'avis ISDC, p. 34

¹²⁰ RS **0.107**

¹²¹ La Charte africaine sur les droits et le Bien-être de l'Enfant a été adoptée le 11 juillet 1990 par l'Assemblée des chefs d'État et de gouvernement de l'Organisation de l'unité africaine. Elle est entrée en vigueur en novembre 1999 et a été ratifiée par 41 des 54 États d'Afrique (état au 13 février 2017).

¹²² Résolution 1468 du Conseil de l'Europe, ch. 7 et 14.2, dont en particulier le ch. 14.2.4

¹²³ Voir RAUSCHER, publication commémorative Kren Kostkiewicz, p. 245-268.

appelle un examen du cas d'espèce plutôt qu'un automatisme rigide. Le recours notait que l'invalidité automatique ne règle en outre pas la question des effets du mariage, comme la contribution d'entretien, et enfreint donc à la fois le bien de l'enfant et l'art. 6, al. 1, de la Loi fondamentale, qui ne protège finalement que les mariages valables à l'étranger¹²⁴.

En **Autriche**, un mariage ne peut être célébré qu'entre des personnes majeures, donc âgées d'au moins 18 ans. À certaines conditions, des mineurs âgés d'au moins 16 ans peuvent toutefois être déclarés capables de contracter mariage. S'ils n'ont pas cette capacité, le mariage est alors en principe nul. Il est néanmoins valable dès le moment où il a été célébré si l'époux concerné, une fois majeur, déclare vouloir maintenir l'union. Le droit autrichien ne prévoit pas expressément de règles de conflits de lois pour les mariages de mineurs célébrés à l'étranger, mais les dispositions en matière de droit international privé permettent de lutter contre ce phénomène. En effet, un mariage célébré à l'étranger est contraire à l'ordre public dès lors que l'âge de l'un des époux est nettement inférieur à 16 ans. Par ailleurs, l'âge minimum pris en compte pour les époux qui demandent le regroupement familial a été relevé à 21 ans afin de renfoncer la protection contre les mariages forcés et de mineurs. Cette règle a suscité diverses critiques dans la doctrine autrichienne, en particulier parce qu'elle serait disproportionnée.

Au **Danemark**, l'âge minimum pour se marier est également 18 ans. Depuis le 1^{er} février 2017, aucune exception à cette règle n'est en principe admise. Un mariage célébré avec un mineur n'est donc pas valable. Cependant, les autorités peuvent autoriser un tel mariage en présence de circonstances exceptionnelles. La règle vaut pour les mariages célébrés au Danemark comme à l'étranger.

En **Suède**, de nouvelles dispositions de droit international privé sont en entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2019¹²⁵. En principe, aucun mariage ne doit être reconnu en Suède si l'un des époux a moins de 18 ans. Une telle union ne peut être reconnue qu'en présence de circonstances exceptionnelles. Relevons à ce propos une particularité du droit suédois de la famille, en vertu duquel un mariage ne peut être nul ni annulé. Le divorce et le décès sont en Suède les seules manières de dissoudre un mariage. Il appartient donc à chaque autorité appelée à connaître du mariage de décider de le reconnaître ou non. Les critiques déplorent que cette règle crée de l'insécurité juridique et mène à des résultats imprévisibles¹²⁶.

L'**Espagne** prévoit elle aussi qu'il faut avoir 18 ans pour se marier, mais admet à certaines conditions des exceptions à partir de 16 ans. Les mariages conclus par des personnes mineures sont frappés de nullité. Tant que la personne concernée est mineure, l'action peut être intentée par ses parents, tuteurs ou gardiens et le ministère public (*Ministerio Fiscal*). Lorsqu'elle atteint la majorité, elle seule peut faire valoir la cause de nullité. Toutefois, si les conjoints devenus majeurs cohabitent encore, l'action en annulation ne peut être engagée. Selon la doctrine pénale, le mariage avec une personne de moins de 16 ans est un type de mariage forcé.

De même, en **Belgique**, l'âge légal pour se marier est 18 ans mais des exceptions peuvent être admises. Un mariage avec un mineur est frappé de nullité. L'action en annulation doit être intentée dans les six mois après la majorité de la personne concernée.

La **France** part elle aussi du principe qu'il faut avoir 18 ans pour se marier. Des exceptions sont toutefois possibles, par exemple pour l'application de la loi nationale d'un mineur étranger si celle-ci prévoit un âge nubile inférieur. Un mariage de mineur peut être annulé dans un délai

¹²⁴ Legal Tribune online du 3 janvier 2019 ; disponible sur : www.lto.de/recht/hintergruende/h/kinderehen-gesetz-vorlage-bgh-bverfg-harbath-befangenhheit/

¹²⁵ Celles-ci n'ont pas pu être prises en compte dans l'avis ISDC publié en août 2018.

¹²⁶ JÄNTERÄ-JAREBORG, Conflict of Laws.net

de 30 ans. On notera que le futur époux étranger peut revendiquer l'application de sa loi nationale. Lorsque celle-ci prévoit que le mariage peut avoir lieu avant l'âge de 18 ans, l'ordre public français peut s'opposer à la célébration.

Même son de cloche en **Italie**, où l'âge minimum pour se marier est 18 ans mais avec des exceptions à partir de 16 ans. Si le mariage avec une personne mineure n'a pas été célébré valablement, il n'y a donc pas d'exception valable et le mariage peut être annulé. Une fois que cette personne atteint la majorité, elle a un an pour faire annuler le mariage.

La **Norvège** a fixé en mars 2018 l'âge nubile absolu à 18 ans et n'admet plus d'exceptions. Elle a également décidé qu'un mariage conclu avant cet âge peut être annulé sans séparation préalable. L'action peut non seulement être intentée par les époux concernés, mais aussi d'office.

Aux **Pays-Bas**, le mariage de mineurs est illégal depuis novembre 2015. L'âge nubile est fixé à 18 ans et il n'y a pas d'exception possible. Un mariage avec une personne âgée de moins de 18 ans n'est en principe pas reconnu, sauf si, au moment de la reconnaissance dudit mariage, les deux époux sont majeurs. Par ailleurs, les mineurs dont le mariage n'a pas été reconnu peuvent solliciter un titre de séjour aux Pays-Bas. Enfin, si un mariage est malgré tout conclu avec un mineur, il peut être annulé d'office.