



Evaluation der Bestimmungen im Zivilgesetzbuch zu Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des
Postulates 16.3897 Arslan «Evaluation der
Revision des Zivilgesetzbuches vom
15. Juni 2012 (Zwangsheiraten)»

vom 29. Januar 2020

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage.....	4
1.1	Bericht «Strafbarkeit von Zwangsheiraten und arrangierten Heiraten» vom 14. November 2007	4
1.2	«Studie Zwangsheiraten»	4
1.3	Bundesprogramm «Bekämpfung Zwangsheirat»	5
1.4	Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten.....	5
2	Auftrag	7
2.1	Postulat 16.3897 Arslan «Evaluation der Revision des Zivilgesetzbuches vom 15. Juni 2012 (Zwangsheiraten)».....	7
2.2	Vorgehen bei der Umsetzung des Postulats 16.3897.....	8
2.2.1	Externe Gesetzesevaluation.....	8
2.2.2	Weitere Umsetzungsarbeiten.....	8
3	Evaluationsbericht Vatter	9
3.1	Ziel und Gegenstand.....	9
3.2	Anzahl der ermittelten Fälle bei den befragten Behörden.....	10
3.3	Empfehlungen im Evaluationsbericht Vatter (Übersicht).....	11
4	Die evaluierten Neuerungen im Einzelnen – Ergebnisse und Handlungsbedarf 13	
4.1	Sensibilisierung, Prävention und Information	14
4.1.1	Evaluationsbericht Vatter.....	14
4.1.2	Würdigung.....	14
4.2	Eheungültigkeitsgrund Zwangsheirat (Art. 105 Ziff. 5 ZGB).....	14
4.2.1	Geltendes Recht.....	14
4.2.2	Kritik am geltenden Recht.....	15
4.2.3	Evaluationsbericht Vatter.....	15
4.2.4	Würdigung.....	16
4.3	Eheungültigkeitsgrund Minderjährigenheirat (Art. 105 Ziff. 6 ZGB).....	17
4.3.1	Geltendes Recht.....	17
4.3.2	Kritik am geltenden Recht.....	20
4.3.3	Evaluationsbericht Vatter.....	21
4.3.4	Würdigung.....	22
4.3.5	Lösungsvorschlag.....	26
4.4	Dreistufiges System und klageberechtigte Behörden	27
4.4.1	Geltendes Recht.....	27
4.4.2	Evaluationsbericht Vatter.....	27
4.4.3	Würdigung.....	27
4.5	Weitere mit der Revision von 2012 eingeführte Bestimmungen	28
4.5.1	Strafanzeigespflicht der Zivilstandsbehörden (Art. 43a Abs. 3 ^{bis} ZGB)	28
4.5.2	Pflicht zur Prüfung des freien Willens bei Eheschluss (Art. 99 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).....	29
4.5.3	Meldepflicht (Art. 106 Abs. 1 zweiter Satz ZGB)	30
4.5.4	Nichtanerkennung oder System der «Anerkennung und Ungültigerklärung»	30
4.5.5	Schutz und Unterstützung der Betroffenen	32
4.5.6	Weiteres Vorgehen.....	33
5	Schlussfolgerung.....	33
6	Quellenverzeichnis.....	35
	Anhang: Rechtsvergleich.....	37

Zusammenfassung

Die Bekämpfung der Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten und die Unterstützung der Betroffenen ist dem Bundesrat ein wichtiges Anliegen. In diesem Sinn wird seit mehreren Jahren eine Strategie verfolgt, die auf verschiedenen Säulen beruht. Neben der Gesetzgebung kommt insbesondere auch der Information, Sensibilisierung und Beratung grosse Bedeutung zu.

Im Bereich der Gesetzgebung wurde am 1. Juli 2013 das Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten in Kraft gesetzt. Dieses beinhaltet Anpassungen in verschiedenen Rechtsgebieten, namentlich im internationalen Privatrecht, im Strafrecht, im Asyl- und Ausländerrecht wie auch im Zivilrecht. Mit dem Postulat 16.3897 Arslan wurde der Bundesrat beauftragt, eine Evaluation der mit diesem Gesetz im Zivilgesetzbuch eingeführten Bestimmungen vorzunehmen. Besonderes Augenmerk soll dabei auf die im Ausland abgeschlossenen Ehen mit Minderjährigen gerichtet werden. Zur Erfüllung dieses Auftrags hat der Bundesrat das Büro Vatter beauftragt, eine entsprechende Gesetzesevaluation vorzunehmen. Das Bundesamt für Justiz führte zum Schwerpunktthema «Minderjährigenheirat» zusätzlich einen Austausch mit Fachpersonen durch.

Ein zentrales Ergebnis des Evaluationsberichts Vatter ist, dass Massnahmen zur Sensibilisierung, Information und Prävention von grösserer Bedeutung für die Bekämpfung von Zwangs- und Minderjährigenheiraten sind als die gesetzlichen Bestimmungen. Der Bundesrat hat diese Aufgabe durch das Bundesprogramm «Bekämpfung Zwangsheiraten» im Rahmen seiner Kompetenzen wahrgenommen und Folgemaassnahmen aufgelegt.

Trotzdem kommt den gesetzlichen Bestimmungen gemäss dem Evaluationsbericht Vatter eine wichtige Signalwirkung zu. Im Zentrum der im ZGB eingeführten Bestimmungen stehen zwei neue Eheungültigkeitsgründe: Zwangsheirat und Minderjährigenheirat.

Betreffend die zivilrechtlichen Regelungen im Bereich der Zwangsheiraten ortet der Bundesrat keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf. Zwar kommt die Bestimmung in der Praxis selten zur Anwendung. Dies liegt jedoch gemäss Evaluationsbericht Vatter nicht an der konkreten Ausgestaltung der aktuellen Bestimmung, sondern am Phänomen selbst: Zwangsheiraten liegen oft soziale und innerfamiliäre Druckmechanismen zugrunde, gegen die sich Betroffene meist nicht zu wehren wagen. Dies erschwere es Betroffenen, auf ihre Situation aufmerksam zu machen. Ohne deren Mithilfe sei es für die Behörden aber schwierig, Zwangssituationen zu erkennen.

Anders ist die Situation beim Eheungültigkeitsgrund der Minderjährigkeit zu beurteilen. Zum einen kann die Bestimmung im geltenden Recht nicht mehr angerufen werden, sobald die betroffene Person volljährig wird (automatische Heilung). Zum anderen ist die Ehe nach geltendem Recht dann nicht ungültig zu erklären, wenn die Weiterführung der Ehe den überwiegenden Interessen des betroffenen Ehegatten entspricht (Interessenabwägung). Der Bundesrat kommt zum Schluss, dass hier Handlungsbedarf gegeben ist. Im skizzierten Lösungsvorschlag wird dargelegt, dass der betroffenen Person über das Erreichen der Volljährigkeit hinaus eine gewisse Zeit gewährt werden soll, um sich auf die Ungültigkeit der Ehe zu berufen. Was die Interessenabwägung anbelangt, so spricht eine Gesamtbetrachtung aber für eine Beibehaltung der geltenden Regelung bis zur Volljährigkeit der betroffenen Person, weil andernfalls die Gefahr besteht, dass gegen ihre Interessen eine Ehe ungültig erklärt wird. Ist die betroffene Person dagegen volljährig, erübrigt sich eine Interessenabwägung. Sofern sie ihren Willen, an der Ehe festhalten zu wollen, im Verfahren klar kundtut und feststeht, dass dieser Wille frei gebildet worden ist, soll dieser respektiert werden. Der Bundesrat beauftragt hier das EJPD, eine entsprechende Vernehmlassungsvorlage auszuarbeiten, um die dargestellten Probleme rasch zu beheben.

1 Ausgangslage

Es gilt als gesichert, dass weltweit Millionen von Menschen von Zwangsheirat und Minderjährigenheirat betroffen sind. Erzwungene und arrangierte Ehen sowie Verheiratungen von minderjährigen Personen sind in den letzten Jahren auch in unserem Land vermehrt in das Bewusstsein einer breiteren Öffentlichkeit gerückt. Die Sensibilität für die Problematik ist stark gewachsen, und es sind verschiedene Massnahmen lanciert worden. Dabei zeigte sich rasch, dass es keine einfache Lösung geben wird: Solche Verheiratungen werden zumeist durch nahe Familienangehörige initiiert. Gerade diese engen familiären Bindungen machen es für die Betroffenen schwierig, auf sich aufmerksam zu machen und Massnahmen einzuleiten. Damit ist auch die Steuerung über den Gesetzgeber massgeblich erschwert. Es reicht mit anderen Worten nicht aus, einfach die Gesetze anzupassen. Gefragt ist vielmehr ein umfassendes Konzept im Umgang mit dem unerwünschten Phänomen. In diesem Sinne verfolgt auch der Bund seit mehreren Jahren eine Strategie, die auf verschiedenen Säulen beruht. Neben der Gesetzgebung kommt auch der Forschung, der Information und Sensibilisierung der Bevölkerung und der Behörden sowie der Beratung von Betroffenen eine wichtige Rolle zu.

1.1 Bericht «Strafbarkeit von Zwangsheiraten und arrangierten Heiraten» vom 14. November 2007

Der Bundesrat hat sich zum Phänomen Zwangsheirat erstmals im Bericht «Strafbarkeit von Zwangsheiraten und arrangierten Heiraten» vom 14. November 2007 geäussert.¹ Der Bericht hält ausdrücklich fest, dass eine Zwangsheirat eine Verletzung grundlegender Rechte des Individuums darstellt und es aus diesem Grund Aufgabe des Staates und der Gesellschaft sein muss, gegen Zwangsheiraten vorzugehen. Dem Bundesrat ist es ein wichtiges Anliegen, Zwangsheiraten und auch Minderjährigenheiraten zu verhindern und Betroffene wirksam zu schützen und zu unterstützen.

1.2 «Studie Zwangsheiraten»

Gestützt auf die Motion 09.4229 Tschümperlin «Wirksame Hilfe für die Betroffenen bei Zwangsheirat» vom 11. Dezember 2009 gab der Bundesrat die Studie «Zwangsheiraten in der Schweiz: Ursachen, Formen, Ausmass»² in Auftrag. Diese hatte zum Ziel, das Phänomen Zwangsheirat zu erforschen und das Wissen zu erarbeiten, das als Basis für die Verwirklichung von effizienten Massnahmen unabdinglich ist. Die Studie definierte erstmals drei Situationstypen der Zwangsheirat, auf die seither immer wieder Bezug genommen wird:

- **Typ A:** Eine Person steht unter Zwang oder Druck, eine Heirat zu akzeptieren, die sie nicht will;
- **Typ B:** Eine Person kommt unter Zwang respektive Druck, auf eine Liebesbeziehung ihrer Wahl zu verzichten;
- **Typ C:** Die Person wird unter Zwang oder Druck gesetzt, damit sie darauf verzichtet, eine Scheidung einzureichen. Die Heirat kann freiwillig oder unfreiwillig geschlossen worden sein).³

Weiter finden sich im Bericht auch Aussagen zum Ausmass des Phänomens Zwangsheirat.

¹ Bericht Zwangsheiraten und arrangierte Heiraten 2007.

² NEUBAUER/DAHINDEN, Studie Zwangsheiraten.

³ NEUBAUER/DAHINDEN, Studie Zwangsheiraten, Zusammenfassung S. 2.

1.3 Bundesprogramm «Bekämpfung Zwangsheirat»

Ebenfalls in Erfüllung der Motion 09.4229 Tschümperlin lancierte der Bundesrat ein fünfjähriges Bundesprogramm «Bekämpfung Zwangsheirat». Dieses dauerte von 2013–2017. Das Programm zielte darauf ab, einerseits die Vernetzung von Fachstellen und Fachpersonen zu fördern und andererseits verschiedene Angebote und Aktivitäten zugunsten von Fachpersonen, der breiten Bevölkerung sowie von Zwangsheiraten betroffenen Personen anzubieten.

Am 25. Oktober 2017 hat der Bundesrat den Ergebnisbericht zum Bundesprogramm verabschiedet.⁴ Darin wurde festgestellt, dass durch das Programm wesentliche Impulse in der Sensibilisierung und der regionalen und gesamtschweizerischen Vernetzung von Akteurinnen und Akteuren gesetzt werden konnten. Die Massnahmen haben entscheidend dazu beigetragen, dass die Kenntnisse zu Zwangsheiraten bei Fachleuten vertieft wurden und Betroffene effektive Unterstützung erhielten. Der Bundesrat hat basierend auf den gemachten Erfahrungen entschieden, sich mit drei Massnahmen im Bereich der Bekämpfung von Zwangs- und Minderjährigenheiraten und dem Schutz der Betroffenen weiterhin zu engagieren:

(1) Der Bund unterstützt während vier weiteren Jahren eine Kompetenzstelle im Bereich Zwangsheiraten finanziell. Im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung wurde die *Fachstelle Zwangsheirat*⁵ als Kompetenzstelle beauftragt. Die Fachstelle Zwangsheirat ist eine NGO, die sich in der Beratung von Betroffenen im Bereich Zwangsheirat oder Minderjährigenheirat spezialisiert hat. Sie verfügt über langjährige Erfahrung auf diesem Gebiet.

(2) Weiter soll eine Stelle beim Staatssekretariat für Migration (SEM) die Koordination und Wissenspflege zur Thematik wahrnehmen.

(3) Der Bundesrat hat ausserdem angekündigt, dass er die Thematik der Minderjährigenheiraten im Rahmen des vorliegenden Postulats weiter aufnehmen werde.⁶

1.4 Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten

Ergänzend zum Bundesprogramm verabschiedete der Bundesrat am 23. Februar 2011 – in Umsetzung der Motion 06.3658 Heberlein vom 7. Dezember 2006 – die Botschaft⁷ und den Entwurf⁸ zu einem Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten. Das Bundesgesetz setzte sich zum Ziel, Zwangsheiraten möglichst weitgehend zu verhindern. Mit den Neuregelungen sollen Betroffene wirksam unterstützt und in ihren elementaren Persönlichkeitsrechten geschützt werden.⁹ Das Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten wurde vom Parlament am 15. Juni 2012 verabschiedet und trat am 1. Juli 2013 in Kraft.¹⁰

Das Bundesgesetz wurde als Rahmengesetz konzipiert und brachte Anpassungen in verschiedenen Rechtsgebieten, namentlich im Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG),¹¹ im Strafgesetzbuch (StGB),¹² im Ausländer- und Integrationsgesetz vom 16. Dezember 2005 (AIG),¹³ im Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG),¹⁴ im Zivilgesetzbuch (ZGB)¹⁵ und im Partnerschaftsgesetz vom 18. Juni 2001 (PartG).¹⁶ In der Folge

⁴ Bericht Bundesprogramm.

⁵ www.zwangsheirat.ch.

⁶ Vgl. Bericht Bundesprogramm, S. 17 f.

⁷ Botschaft Zwangsheiraten.

⁸ BBL 2011 2229.

⁹ Botschaft Zwangsheiraten, S. 2186.

¹⁰ AS 2013 1035

¹¹ SR 291

¹² SR 311.0

¹³ SR 142.20

¹⁴ SR 142.31

¹⁵ SR 210

¹⁶ SR 211.231

wurden auch die Zivilstandsverordnung¹⁷ (ZStV) und die Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit¹⁸ (VZAE) angepasst.¹⁹ Die vorgeschlagenen Massnahmen fokussieren dabei auf den gemäss der Studie Zwangsheiraten definierten Situationstyp A, das heisst auf Personen, die unter Zwang oder Druck stehen, eine Ehe einzugehen, die sie nicht wollen.

Geschaffen wurde ein *neuer Straftatbestand*: Nach Artikel 181a StGB ist derjenige, der jemanden durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit nötigt, eine Ehe einzugehen oder eine Partnerschaft eintragen zu lassen, mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe zu bestrafen (Abs. 1). Strafbar ist auch, wer die Tat im Ausland begeht, sich in der Schweiz befindet und nicht ausgeliefert wird (Abs. 2).

Im *Ausländer- und Asylbereich* wurden folgende Anpassungen vorgenommen: Haben die kantonalen Migrationsbehörden oder das SEM bei der Prüfung des Ehegattennachzugs nach den Artikeln 42–45 AIG, bei der Prüfung des Ehegattennachzugs nach Artikel 85 Absatz 7 AIG (Ehegatten von vorläufig aufgenommenen Personen oder vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen), oder während des Verfahrens betreffend Ehegattennachzug respektive Familienasyl nach Artikel 51 AsylG Anhaltspunkte dafür, dass eine Zwangsheirat oder eine Minderjährigenheirat vorliegt, so melden sie dies der nach Artikel 106 ZGB zuständigen kantonalen Klagebehörde. Das Verfahren betreffend Ehegattennachzug oder Familienasyl wird bis zur Entscheidung dieser Behörde sistiert. Erhebt die kantonale Behörde Klage, so wird das Verfahren bis zum Vorliegen des rechtskräftigen Urteils (allfällige Ungültigerklärung der Ehe) sistiert (Art. 45a AuG, Art. 85 Abs. 8 AuG, Art. 51 Abs. 1^{bis} AsylG). Ausserdem wurde im Bereich des Familiennachzugs gemäss Artikel 42 ff. AIG eine ausdrückliche Bestimmung geschaffen, wonach der Anspruch auf Erteilung und Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung für Ehegatten und Kinder auch nach Auflösung der Ehe besteht, wenn die aufgelöste Ehe nicht aus freiem Willen geschlossen wurde (Art. 50 Abs. 2 AIG).²⁰

Das *IPRG* wurde dahin gehend geändert, dass sämtliche Eheschliessungen in der Schweiz ausschliesslich dem schweizerischen Recht unterstellt sind (Art. 44 IPRG). In der Schweiz ist damit der Abschluss einer Ehe in jedem Fall nur möglich, wenn die Brautleute mindestens das 18. Altersjahr zurückgelegt haben (Art. 94 ZGB). Damit können in der Schweiz ausländische Minderjährige nicht mehr gestützt auf ihr Heimatrecht verheiratet werden. Zudem wurde Artikel 45a IPRG angepasst. Minderjährige mit Wohnsitz in der Schweiz sollen nicht mehr durch eine Eheschliessung volljährig werden. Mit dem neuen Text von Artikel 45a IPRG wurde darüber hinaus eine klare Grundlage dafür geschaffen, dass die Eheungültigkeitsgründe des ZGB auch in Fällen mit Auslandsbezug durchgesetzt werden können, sofern die betroffene Ehe eine hinreichende Verbindung zur Schweiz aufweist.

Im *ZGB* schliesslich wurden einerseits die Pflichten der Zivilstandsbehörden angepasst: Artikel 43a Absatz 3^{bis} ZGB verpflichtet die Zivilstandsbeamtinnen und die Zivilstandsbeamten, alle Straftaten, die sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit feststellen, der zuständigen Behörde anzuzeigen (Anzeigespflicht). Eine Zwangsheirat erfüllt nun einen eigenen Straftatbestand (Art. 181a StGB). Bei Verdacht auf Vorliegen einer Zwangsheirat, besteht somit die Pflicht, eine Strafanzeige zu erstatten. Dies sowohl dann, wenn eine Ehe geschlossen werden soll (Versuch ist strafbar), als auch, wenn eine Ehe anerkannt und eingetragen werden soll. Ebenso kann bei

¹⁷ SR **211.112.2**. Festzuhalten ist, dass der Bundesrat als Sofortmassnahme zur Bekämpfung von Zwangsheiraten schon mit Inkrafttreten per 1. Januar 2011 einen neuen Absatz 1^{bis} in Artikel 65 ZStV eingefügt hat. Dieser Absatz lautet wie folgt: «Die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte macht die Verlobten darauf aufmerksam, dass die Eheschliessung ihren freien Willen voraussetzt.»

¹⁸ SR **142.201**

¹⁹ Übersicht und Zusammenstellung der Dokumente abrufbar unter: www.bj.admin.ch > Gesellschaft > abgeschlossene Gesetzgebungsprojekte > Zwangsheiraten.

²⁰ Vgl. dazu auch den Bericht des Bundesrates von April 2018 in Erfüllung des Po. 15.3408 Feri «Aufenthaltsrecht von Opfern ehelicher Gewalt», der eine erste Evaluation zu dieser Bestimmung vornimmt.

Minderjährigenheiraten unter Umständen eine strafbare Handlung gegen die sexuelle Integrität (z.B. sexuelle Handlungen mit Kindern, Art. 187 StGB) erfüllt sein.

Artikel 99 Absatz 1 Ziffer 3 ZGB verdeutlicht die Pflicht der Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten zu prüfen, ob keine Umstände vorliegen, die erkennen lassen, dass das Gesuch offensichtlich nicht dem freien Willen der Verlobten entspricht.

Geschaffen wurden weiter zwei neue unbefristete Eheungültigkeitsgründe (Art. 105 Ziff. 5 und 6 ZGB): Die Ehe ist von Amtes wegen jederzeit für ungültig zu erklären, wenn ein Ehegatte die Ehe nicht aus freiem Willen geschlossen hat (Ziffer 5). Auch ist die Ehe für ungültig zu erklären, wenn einer der Ehegatten minderjährig ist, es sei denn, die Weiterführung der Ehe entspricht den überwiegenden Interessen dieses Ehegatten (Ziffer 6).

Neu eingeführt wurde auch eine *Meldepflicht* für die Behörden des Bundes und der Kantone: Diese müssen nun – soweit dies mit ihren Aufgaben vereinbar ist – der im Kanton für die Eheungültigkeitsklage zuständigen Behörde melden, wenn sie Anlass zur Annahme haben, dass ein Ungültigkeitsgrund vorliegt (Art. 106 Abs. 1 zweiter Satz ZGB).

Im *PartG* wurden den Eheungültigkeitsgründen entsprechende Ungültigkeitsgründe eingeführt (Art. 9 Abs. 1 Bst. d und e und Abs. 2 zweiter Satz PartG) und ebenfalls die Pflicht der Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten zur Prüfung des freien Willens verdeutlicht (Art. 6 Abs. 1 PartG).

2 Auftrag

2.1 Postulat 16.3897 Arslan «Evaluation der Revision des Zivilgesetzbuches vom 15. Juni 2012 (Zwangsheiraten)»

Am 16. Dezember 2016 wurde das Postulat 16.3897 Arslan «Evaluation der Revision des Zivilgesetzbuches vom 15. Juni 2012 (Zwangsheiraten)», das am 30. September 2016 eingereicht wurde, vom Nationalrat überwiesen. Der Bundesrat hatte vorgängig die Annahme des Postulats beantragt.

Das Postulat lautet:

«Der Bundesrat wird beauftragt, die Revision des Zivilgesetzbuches vom 15. Juni 2012 (Zwangsheiraten) einer Wirksamkeitsüberprüfung zu unterziehen und dem Parlament Bericht zu erstatten. Sofern die Ziele nicht oder nur teilweise erreicht worden sind, soll der Bundesrat aufzeigen, welche Massnahmen zu ergreifen sind.»

Zur Begründung wurde Folgendes angeführt:

«Die Revision des Zivilgesetzbuches vom 15. Juni 2012 (Massnahmen gegen Zwangsheiraten) ist am 1. Juli 2013 in Kraft getreten. Mit der Revision sind verschiedene Massnahmen getroffen worden, um Zwangsheiraten zu verhindern und die Opfer wirksam zu schützen.

Gemäss Artikel 170 der Bundesverfassung sorgt die Bundesversammlung dafür, dass die Massnahmen des Bundes auf ihre Wirksamkeit überprüft werden. Gestützt darauf soll der Bundesrat beauftragt werden, die Wirksamkeit der mit der Revision vom 15. Juni 2012 getroffenen Massnahmen im Hinblick auf die damals gesteckten Ziele zu überprüfen. Besonders soll Augenmerk auf die Situation der im Ausland geschlossenen Minderjährigenheiraten – auch im internationalen Vergleich – überprüft werden.»

Gegenstand der vom Nationalrat verlangten Evaluation bilden somit die mit der Revision von 2012 im ZGB eingeführten Bestimmungen. Die Anpassungen in den übrigen Bundesgesetzen,

die mit der gleichen Revision eingeführt wurden, werden im vorliegenden Bericht zwar teilweise auch angesprochen, sie bilden aber nicht eigentlicher Gegenstand der Evaluation.

2.2 Vorgehen bei der Umsetzung des Postulats 16.3897

2.2.1 Externe Gesetzesevaluation

Mit der verlangten Gesetzesevaluation beauftragte das Bundesamt für Justiz (BJ) am 5. Dezember 2017 das Büro Vatter, Politikforschung und -beratung zusammen mit Frau Dr. Marianne Schwander, Berner Fachhochschule, Departement Soziale Arbeit. Diese externe Evaluation wurde durch eine interdepartementale Begleitgruppe, die sich aus Vertreterinnen und Vertretern des Eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), des SEM (Sektionen Asylverfahren und Praxis 2 sowie Entwicklung und Integration) und verschiedener Fachbereiche des BJ (Eidgenössisches Amt für das Zivilstandswesen (EAZW), internationales Privatrecht, Rechtssetzungsprojekte und -methodik und Zivilrecht und Zivilprozessrecht) zusammensetzte, unterstützt. Das Büro Vatter schloss seine Arbeiten mit einem Schlussbericht vom 27. März 2019 ab.²¹

2.2.2 Weitere Umsetzungsarbeiten

Das BJ hat ausserdem beim Schweizerischen Institut für Rechtsvergleichung (SIR) ein rechtsvergleichendes Gutachten zu den Zwangs- und Minderjährigenheiraten in Auftrag gegeben. Dieses wurde per 31. August 2018 fertiggestellt und publiziert.²²

Im Verlauf der Evaluationsarbeiten hat sich zudem gezeigt, dass insbesondere im Bereich der verheirateten minderjährigen Personen der geltende Eheungültigkeitsgrund von Artikel 105 Ziffer 6 ZGB kontrovers diskutiert wird. Ausserdem fordert auch das Postulat 16.3897, es sei ein besonderes Augenmerk auf die im Ausland geschlossenen Minderjährigenheiraten zu richten. Das BJ führte daher am 19. Juni 2019 einen Austausch mit dem Schwerpunktthema «Minderjährigenheirat» durch. Der Austausch hatte zum Ziel, diese Thematik mit verschiedenen Fachpersonen zu erörtern und die Argumente für oder gegen gewisse Vorschläge sowie den allgemeinen Meinungsstand möglichst umfassend aufnehmen und abbilden zu können. Am Austausch haben folgende Personen teilgenommen:

- Frau Liselotte Barzé, SEM, Sektion Asylverfahren und Praxis 2, Fachreferentin
- Herr Stephan Baschung, SEM, Sektion Asylverfahren und Praxis 2, Chef
- Frau Simone Egger, TERRE DES FEMMES Schweiz, Verantwortliche Politik (keine persönliche Teilnahme; vorgängiger telefonischer Austausch)
- Fachstelle Zwangsheirat²³
- Frau Christiana Fountoulakis, Professorin Universität Freiburg
- Frau Barbara Gysel, Stiftung Kinderschutz Schweiz, Mitglied der Geschäftsleitung
- Frau Elisabeth Keller, Eidgenössische Kommission für Frauenfragen (EKF), Geschäftsführerin
- Frau Nora Lichti Aschwanden, Vorstandsmitglied Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter (SVR)
- Herr Thomas Mayer, BJ, Internationales Privatrecht, wissenschaftlicher Mitarbeiter
- Frau Yvonne Meier, Rechtsanwältin, Meier Anwälte GmbH, Baden
- Herr Michel Montini, BJ, EAZW, wissenschaftlicher Mitarbeiter
- Frau Anna Neubauer, SEM, Sektion Entwicklung und Integration, Fachreferentin

²¹ Evaluationsbericht Vatter.

²² Gutachten SIR.

²³ Aufgrund von Bedrohungserfahrungen und aus Sicherheitsgründen haben die Mitarbeitenden der Fachstelle Zwangsheirat gewünscht, dass ihre Namen nach aussen nicht bekanntgegeben werden.

- Frau Sandra Hotz, Privatdozentin Universität Zürich
- Herr Matthias Stein, Vorstandsmitglied Schweizerische Vereinigung der Richterinnen und Richter (SVR)
- Herr Claudio Stricker, KKJPD, Generalsekretariat, wissenschaftlicher Mitarbeiter

Weiter konnte das BJ im Rahmen eines von der Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz (KOKES) durchgeführten Fachaustausches am 4. Juni 2019 bei 20 Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) aus 13 Kantonen eine Umfrage durchführen, um zu ermitteln, inwieweit die KESB in der Praxis mit Fällen von Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten konfrontiert sind. Aufgrund der geringen Anzahl der befragten KESB können die ermittelten Angaben zwar nicht als repräsentative Daten verwertet werden. Trotzdem lieferte die Befragung wichtige Anhaltspunkte über das mögliche Ausmass und den Umgang mit den entsprechenden Fällen. Im Ergebnis zeigte sich dabei vor allem, dass Fälle bereits erfolgter Zwangsverheiratungen oder Minderjährigenheiraten bei den KESB selten sind. In der Folge wurde daher darauf verzichtet, bei diesen Behörden eine vertiefte Befragung durchzuführen.

3 Evaluationsbericht Vatter

3.1 Ziel und Gegenstand

Der Auftrag des BJ an das Büro Vatter setzte zum Ziel, die Wirksamkeit der mit dem Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten eingeführten Bestimmungen im ZGB zu beurteilen und Potential zur Optimierung des Vollzugs aufzuzeigen. Gegebenenfalls sollten Vorschläge zur Revision der relevanten Bestimmungen vorgelegt werden. Dabei galt es, die Praxis und Erfahrungen der verschiedenen involvierten Behörden bei der Anwendung der zivilrechtlichen Bestimmungen zu untersuchen, die Praxis der Gerichte bei Eheungültigkeitsurteilen gestützt auf Artikel 105 Ziffer 5 und Ziffer 6 ZGB zu analysieren sowie die Wirksamkeit der zu evaluierenden Bestimmungen – insbesondere auch aus Sicht der von Zwangs- und Minderjährigenheiraten Betroffenen – zu beurteilen. Soweit möglich sollte die Evaluation auch Aussagen über Ausmass und Entwicklung der Phänomene Zwangs- und Minderjährigenheirat machen.

Entsprechend dem Auftrag des Postulats 16.3897 wurden nur die Bestimmungen im ZGB evaluiert. Im Zentrum standen dabei die beiden neuen Eheungültigkeitsgründe Zwangsheirat (Art. 105 Ziff. 5 ZGB) und Minderjährigenheirat (Art. 105 Ziff. 6 ZGB). Diese wurden bei Erlass des Bundesgesetzes über Massnahmen gegen Zwangsheiraten in das bestehende System zur Geltendmachung der Eheungültigkeit integriert. Dieses beruht auf drei Stufen:

- (1) Die Meldebehörden des Bundes oder der Kantone müssen einer sogenannt klageberechtigten Behörde Meldung erstatten, wenn sie Anlass zur Annahme haben, dass ein Eheungültigkeitsgrund vorliegt (Art. 106 Abs. 1 zweiter Satz ZGB).
- (2) Grundsätzlich erhebt dann die vom kantonalen Recht hierfür bezeichnete Behörde bei Vorliegen eines unbefristeten Eheungültigkeitsgrundes Klage beim Zivilgericht (Art. 106 ZGB).
- (3) Das zuständige Zivilgericht entscheidet in der Folge in einem zivilprozessualen Verfahren über die Gültigkeit der Ehe.

Dieses dreistufige System bildet damit mit Blick auf die Geltendmachung der Eheungültigkeitsgründe Zwangsheirat und Minderjährigenheirat ebenfalls Gegenstand der Evaluation. Weiter wurden auch die neuen oder verdeutlichten Pflichten der Zivilstandsbehörden (Art. 43a Abs. 3^{bis} und Art. 99 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB) evaluiert.

Mitevaluiert wurden ebenfalls die im PartG eingeführten Bestimmungen, welche mit der im ZGB eingeführten Prüfpflicht der Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten und den beiden Eheungültigkeitsgründen identisch sind (Art. 6 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 Bst. d und e sowie Abs. 2 zweiter Satz PartG). Allerdings sei hier bereits vorweggenommen, dass die Evaluation keinen Hinweis auf eine betroffene Zwangspartnerschaft oder eine eingetragene Partnerschaft mit einer minderjährigen Person ergeben hat. Die Thematik scheint im Bereich der gleichgeschlechtlichen Beziehungen in der Schweiz aktuell nicht von Bedeutung zu sein.²⁴

3.2 Anzahl der ermittelten Fälle bei den befragten Behörden

Die Arbeiten des Büro Vatter umfassten dem Auftrag entsprechend auch die Frage, inwieweit die Behörden mit den Phänomenen Zwangsheirat und Minderjährigenheirat tatsächlich konfrontiert sind. Entsprechend dem dreistufigen System zur Geltendmachung der Eheungültigkeitsgründe erfolgte damit für den Zeitraum zwischen dem 1. Juli 2013 und dem 31. Dezember 2017 eine flächendeckende Befragung

- (1) bei verschiedenen Meldebehörden (Zivilstandsämter, Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen, Migrationsbehörden und SEM);
- (2) bei den klageberechtigten Behörden gemäss Artikel 106 ZGB in jedem Kanton und
- (3) bei sämtlichen Zivilgerichten erster und zweiter Instanz.

Der Evaluationsbericht Vatter kam dabei zu folgendem Ergebnis:

«In der Behördenbefragung im Rahmen der Evaluation berichteten die antwortenden Meldebehörden für den Zeitraum zwischen dem 1. Juli 2013 und dem 31. Dezember 2017 von zwischen 107 und 145 Verdachtsfällen auf Zwangsheirat und zwischen 97 und 184 Fällen von Minderjährigenheirat. Dabei handelt es sich um unvollständige und teilweise geschätzte Angaben. Dem SEM lagen in rund 42 Fällen Hinweise auf eine Minderjährigenehe vor.»²⁵

Somit war also in 226 Verdachtsfällen eine Person im Zeitpunkt des Eheschlusses minderjährig. In 204 Fällen war die Person beim Erstkontakt mit den Behörden immer noch minderjährig und diese Fälle sind gemäss geltendem Recht relevant. Acht Personen waren noch unter 16 Jahren. Insgesamt ergaben sich damit rund 350 Verdachtsfälle auf eine Eheungültigkeit zufolge Zwang oder Minderjährigkeit.

Die klageberechtigten Behörden meldeten ihrerseits rund 27 Verdachtsmeldungen auf Zwangsheirat, wobei die Person in ungefähr 17 Fällen noch minderjährig war; hinzu kamen 67 Meldungen von Minderjährigenheiraten. Vier Personen waren weniger als 16 Jahre alt. Die klageberechtigten Behörden gaben an, insgesamt 16 Klagen eingereicht zu haben (15 zufolge Minderjährigkeit, 1 zufolge Zwang).²⁶

«Die Evaluation ermittelte zwei gerichtliche Eheungültigkeitsklagen aufgrund von Zwangsheirat und zehn Klagen aufgrund von Minderjährigkeit. Das Evaluationsteam vermutet, dass diese Analyse ungefähr die Hälfte der im Untersuchungszeitraum abgehaltenen Gerichtsverfahren zu Art. 105 Ziff. 5 oder 6 ZGB abdeckt.»²⁷

²⁴ So auch NEUBAUER/DAHINDEN, Studie Zwangsheiraten, S. 60 f. Allerdings geht aus im Ausland, insbesondere in Grossbritannien, geführten Studien hervor, dass bi- oder homosexuelle Personen sowie trans- und intersexuelle Menschen vermehrt dem Risiko einer Zwangsheirat (mit einem Partner oder einer Partnerin des andern Geschlechts) ausgesetzt sind mit der Absicht, die sexuelle Orientierung oder die Geschlechtsidentität der Betroffenen zu verbergen; vgl. dazu einen im «Independent» veröffentlichten Artikel, abrufbar unter: <https://www.independent.co.uk/news/uk/crime/forced-marriage-uk-victims-gay-countries-airports-police-help-a9006006.html>.

²⁵ Evaluationsbericht Vatter, Zusammenfassung, S. III.

²⁶ Evaluationsbericht Vatter, S. 25 ff.

²⁷ Evaluationsbericht Vatter, Zusammenfassung, S. III.

Dreimal wurde eine Ehe letztendlich ungültig erklärt: Eine zufolge Zwang und zwei zufolge Minderjährigkeit.

Zudem gaben die Zivilstandsbehörden an, in 20 Fällen eine Eheschliessung zufolge drohender Zwangsverheiratung verweigert zu haben.²⁸ Was die Zahl der Anerkennungen von im Ausland geschlossenen Ehen unter Beteiligung einer minderjährigen Person angeht, so hält der Evaluationsbericht Vatter mit Bezugnahme auf die Heiratsstatistik des Bundesamtes für Statistik (BFS) fest, dass die Anzahl der Anerkennungen von Ehen, bei denen ein Ehegatte im Zeitpunkt des Eheschlusses minderjährig war, stark rückläufig ist. Im Zeitraum von 2014–2016 war dies bei 48 Personen der Fall, bei denen die Person im Zeitpunkt der Anerkennung noch minderjährig war.²⁹

Die durchgeführte Erhebung betraf einen Zeitraum von viereinhalb Jahren. Zusammengefasst wurden damit 350 Verdachtsfälle sowie letztendlich drei gerichtlich für ungültig erklärte Ehen ermittelt.

Das Evaluationsteam hält fest, dass es aus definitorischen und methodischen Gründen schwierig sei, das Ausmass der Phänomene Zwangsheirat und Minderjährigenheirat zu ermitteln.³⁰ Es stellt dieses Ergebnis jedoch trotzdem insbesondere den im Rahmen des Bundesprogramms Zwangsheiraten ermittelten Zahlen gegenüber. Dort wurden von Anfang 2015 bis zum 31. August 2017 (also für einen Zeitraum von zweieinhalb Jahren) insgesamt 905 Fälle von Zwangsheirat gemeldet, wobei in gut einem Viertel der Fälle Minderjährige betroffen waren.³¹ Dies zeige, dass potenziell oder effektiv wohl viel mehr Personen von Zwangs- oder Minderjährigenheirat betroffen seien, als die verschiedenen Behörden im Rahmen ihrer Tätigkeit erkennen würden.³²

3.3 Empfehlungen im Evaluationsbericht Vatter (Übersicht)

Die Evaluation stellt grundsätzlich fest, dass die gesetzliche Verankerung der Eheungültigkeitsgründe im ZGB eine wichtige Signalwirkung hat, die rechtliche Legitimation und eine Argumentationsgrundlage für Abklärungen in Zweifelsfällen bietet und vielerorts die Sensibilität für die Phänomene Zwangs- und Minderjährigenheirat erhöht sowie die Kompetenzentwicklung gefördert hat. Festgehalten wird allerdings auch, dass Massnahmen zur Sensibilisierung, Information und Prävention von grösserer Bedeutung für die Bekämpfung von Zwangs- und Minderjährigenehen sind als die ausdrückliche Verankerung der Eheungültigkeitsgründe im Gesetz.

In Bezug auf die Zwangsheiraten wird zwar vermutet, dass es Fälle gibt. Diese würden aber nur sehr selten im gesetzlich vorgesehenen System bis zum gerichtlichen Verfahren in Erscheinung treten; die Möglichkeit einer nachträglichen Annullierung einer Zwangsheirat werde kaum genutzt. Für die Behörden sei es auch äusserst schwierig, Zwang zu erkennen, wenn die betroffene Person diesen nicht von sich aus geltend mache. Bei Minderjährigenheiraten zeige sich ein ähnliches Bild. Vor allem hätten die zwei im Gesetz selbst angelegten Elemente (Interessenabwägung und Heilung³³) zur Folge, dass auch aufgedeckte Fälle selten gemeldet

²⁸ Evaluationsbericht Vatter, Zusammenfassung, S. VII.

²⁹ Evaluationsbericht Vatter, Zusammenfassung, S. III.

³⁰ Unter anderem auch, weil die Beratungsstellen oftmals von einem weiteren Begriff der Zwangsheirat ausgehen, während die Meldebehörden sich an der Formulierung der Eheungültigkeitsbestimmung orientieren.

³¹ Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass dort alle Situationstypen erfasst wurden und nicht nur Situationstyp A. Ergänzend kann auch auf die Zahlen der Fachstelle Zwangsheirat verwiesen werden, wobei auch hier dieselbe Abgrenzungs- und Definitionsproblematik besteht: Die Fachstelle Zwangsheirat ihrerseits hat im Jahr 2017 316 Fallberatungen durchgeführt, wovon 107 Betroffene minderjährig waren. Im Jahr 2018 waren es 352 Fallberatungen mit 119 minderjährigen Betroffenen. Vgl. zum Ganzen auch die Frage 18.5001 Rickli «Kinderehen in der Schweiz – Aktuelle Zahlen».

³² Evaluationsbericht Vatter, Zusammenfassung, S. III und S. 21.

³³ Vgl. zum geltenden Recht Ziff. 4.3.1.

und der gerichtlichen Überprüfung zugeführt bzw. für ungültig erklärt würden. Der vom Bundesrat angestrebte Paradigmenwechsel, wonach im Ausland geschlossene Minderjährigenheiraten grundsätzlich nicht mehr toleriert würden, werde hier nicht vollzogen.

Im Ergebnis gelangt die Evaluation zu folgenden Empfehlungen:

Praxisbezogene Massnahmen und Vorgehensweisen für Zivilstands- und Migrationsbehörden

„ Empfehlung 1: Die kantonalen und kommunalen Zivilstands- bzw. Migrationsbehörden können im Rahmen ihrer Tätigkeiten und Verfahrensabläufe diverse konkrete Massnahmen treffen, um die Brautleute ausdrücklich auf das Erfordernis des freien Willens hinzuweisen, ihnen die Äusserung des freien Willens besser zu ermöglichen oder um Hinweise auf fehlenden freien Willen besser erkennen zu können.

Information, Weiterbildung, Sensibilisierung an Meldebehörden

„ Empfehlung 2: Die potenziell mit dem Phänomen Zwangs- und Minderjährigenheirat konfrontierten Behörden sollten darauf bedacht sein, ihre Mitarbeitenden für den Umgang damit zu sensibilisieren und zu schulen. Darüber hinaus sollten die Vernetzung und der Informations- und Erfahrungsaustausch unter verschiedenen Behörden und Fachpersonen auf Bundes- und Kantonsebene gepflegt und gefördert werden.

Verdachtsfälle konsequenter einer kompetenten Bearbeitung zuführen

„ Empfehlung 3: In Zusammenarbeit mit spezialisierten Beratungs- und Fachstellen ist zu überlegen, wie und wo Meldestellen und/oder kantonale Anlaufstellen für von Zwangs- und Minderjährigenheirat Betroffene opfergerechter eingerichtet werden können und ob solche Stellen Verdachtsmeldungen auf Eheungültigkeit nach Art. 105 Ziff. 5 und 6 ZGB entgegennehmen und die entsprechenden Sachverhaltsabklärungen treffen sollen.

„ Empfehlung 4: Über geeignete Kanäle sollten weitere Behörden und Stellen wie z.B. die KESB, Bildungseinrichtungen, Opferhilfe- und andere Beratungsstellen, Sozialbehörden, Einwohnergemeinden und andere Stellen, die Erstinformationsgespräche gemäss Art. 56 AuG³⁴ durchführen, auf ihre potenzielle Funktion als Meldeinstanz von (Verdachts-)Fällen auf Zwangs- und Minderjährigenheirat sensibilisiert und dazu angehalten werden, solche Fälle an eine geeignete Stelle zu melden.

In Ergänzung zu diesen vollzugsorientierten Empfehlungen sind weitere Empfehlungen breiter auf die Bekämpfung von Zwangs- und Minderjährigkeit ausgerichtet:

Massnahmen zur Prävention von Zwangs- und Minderjährigenheirat

„ Empfehlung 5: Es sollten weiterhin Aktivitäten zur Information und Sensibilisierung (potenziell) von Zwangs- oder Minderjährigenheirat betroffener Personen erfolgen und bedarfsgerechte Angebote zur Beratung und Unterstützung solcher Personen zur Verfügung stehen. Kantone, Städte und Gemeinden fördern die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Bekämpfung von Zwangsheiraten vor Ort. Regionale Akteurinnen und Akteure sorgen für eine ausreichende Sensibilisierung und gegenseitige Koordination, damit betroffene Personen oder Personen aus deren Umfeld, die sich an diese Stellen wenden, eine angemessene Beratung und Begleitung erhalten. Sie werden dabei von überregionalen Fachstellen unterstützt.

³⁴ Heute Artikel 57 AIG.

Schutz und Unterstützung betroffener Personen verstärken

„ Empfehlung 6: Bund und Kantone sollten prüfen, ob und welche spezifische Massnahmen notwendig sind, um die langfristige Unterstützung der von Zwangsheiraten betroffenen Personen sicherzustellen.

Aus der Analyse der Wirkungsmechanismen ergeben sich zudem Empfehlungen im Hinblick auf allfällige Anpassungen auf rechtlicher Ebene:

Umgang mit im Ausland geschlossenen Minderjährigenehen

„ Empfehlung 8: Das Bundesamt für Justiz sollte eine Anpassung und Neukonzeption von Art. 105 Ziff. 6 ZGB bzw. von dessen Auslegung prüfen und dabei folgende Aspekte berücksichtigen:

Für die rechtsanwendenden Behörden sollte klar ersichtlich sein, auf welchen Zeitpunkt sich die Formulierung «einer der Ehegatten minderjährig ist» bezieht und wie lange die Gültigkeit einer Minderjährigenehe angefochten werden kann.

a) Der konzeptionelle Widerspruch zwischen Minderjährigkeit als unbefristeten, nicht verjährenden Ungültigkeitsgrund einerseits und der aus dem Wortlaut des Artikels nicht eindeutig hervorgehenden Heilung von Minderjährigenehen durch Erreichen der Volljährigkeit des betroffenen Kindes andererseits sollte aufgelöst werden.

b) Im Hinblick auf die Interessenabwägung ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es sich bei Minderjährigen unabhängig von ihrem Ehestatus um Kinder handelt, denen gemäss der UNO-Kinderrechtskonvention universelle Schutzrechte zukommen. Dies gilt sowohl für die Beurteilung des Interesses an der Aufrechterhaltung der Ehe als auch für die Umstände des entsprechenden Verfahrens.

c) Es sollte sichergestellt sein, dass bei der behördlichen Sachverhaltsabklärung und bei der gerichtlichen Überprüfung von Minderjährigenehen systematisch auch der Frage nachgegangen wird, ob die minderjährige Person die Ehe im freien Willen eingegangen ist.

Prüf- und Meldepflichten

„ Empfehlung 9: Um die Opferorientierung des rechtlichen Dispositivs gegen Zwangsheiraten zu stärken und eine potenzielle Hürde für Eheungültigkeitsklagen zu senken, sollten von Zwangsheirat betroffene Personen die Möglichkeit erhalten, eine Sistierung der Strafverfolgung zu beantragen.»³⁵

4 Die evaluierten Neuerungen im Einzelnen – Ergebnisse und Handlungsbedarf

Im Folgenden sollen die Erkenntnisse der Evaluation in Bezug auf die zentralen Punkte der Revision von 2012 dargestellt und diskutiert werden. Berücksichtigt werden dabei insbesondere auch – wo vorhanden – die Positionen, die anlässlich des Austausches mit den Fachpersonen am 19. Juni 2019 vorgebracht wurden.

³⁵ Evaluationsbericht Vatter, Zusammenfassung, S. II ff. Eine Empfehlung 7 fehlt im Evaluationsbericht Vatter.

4.1 Sensibilisierung, Prävention und Information

4.1.1 Evaluationsbericht Vatter

Die Evaluation Vatter kommt zum Ergebnis, dass Massnahmen zur Sensibilisierung, Information und Prävention von grösserer Bedeutung für die Bekämpfung von Zwangs- und Minderjährigenheiraten sind als die gesetzlichen Bestimmungen. Dementsprechend enthält der Evaluationsbericht Vatter eine Reihe von Empfehlungen in diese Richtung. Darunter sind Massnahmen, die es den betroffenen Behörden erleichtern sollen, Zwangssituationen zu erkennen,³⁶ Massnahmen betreffend Information, Weiterbildung und Sensibilisierung der Meldebehörden,³⁷ und Massnahmen zur Sensibilisierung weiterer potenzieller Meldebehörden im Hinblick auf ihre Funktion.³⁸

Auch in der Literatur wird die Bedeutung dieser Themen hervorgehoben: Aufklärungs- und Präventionskampagnen und die Unterstützung der Betroffenen und ihrer Familien seien sehr wichtig. Schutz gegen Zwangsheiraten sei insbesondere durch die Schaffung von Netzwerken, die den betroffene Personen Hilfe und eine Perspektive bieten würden, zu erreichen.³⁹

4.1.2 Würdigung

Auch der Bundesrat ist der Ansicht, dass im Bereich der Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten Massnahmen zur Sensibilisierung, Prävention und Information von zentraler Bedeutung sind. Dies widerspiegelt sich nicht zuletzt darin, dass der Bund diese Aufgabe durch das Bundesprogramm «Bekämpfung Zwangsheiraten» im Rahmen seiner Kompetenzen wahrgenommen und Folgemaassnahmen aufgelegt hat (vgl. Ziff. 1.3).

Aufgrund dieser Ausgangslage sieht der Bundesrat derzeit keinen Handlungsbedarf in Bezug auf zusätzliche Massnahmen auf Bundesebene.⁴⁰

4.2 Eheungültigkeitsgrund Zwangsheirat (Art. 105 Ziff. 5 ZGB)

4.2.1 Geltendes Recht

Der gesetzliche Eheungültigkeitsgrund «Zwangsheirat» liegt vor, wenn ein Ehegatte die Ehe nicht aus freiem Willen geschlossen hat (Art. 105 Ziff. 5 ZGB). Diese Bestimmung findet Anwendung auf jeglichen Eheschluss unter Zwang, unabhängig vom Alter der Ehegatten, d.h. insbesondere auch dann, wenn der Ehegatte, der zur Ehe gezwungen wird, minderjährig ist.⁴¹ Ist Zwang erstellt, wird die Ehe gerichtlich ungültig erklärt, und zwar ohne Berücksichtigung des tatsächlichen Willens des betroffenen Ehegatten zum Zeitpunkt der Ungültigerklärung. Eine Heilung der Zwangssituation ist damit nicht vorgesehen.

Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass der Entwurf des Bundesrates zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten ursprünglich noch einen zweiten Satzteil enthielt, der festhielt, dass der Eheungültigkeitsgrund entfallen sollte, sofern der betroffene Ehegatte die Ehe aus freiem Willen weiterführen will. In der Botschaft wurde dazu ausgeführt, dass es keinen Sinn mache, unter dem Titel von Artikel 105 Ziffer 5 ZGB eine Ehe für ungültig zu erklären, die inzwischen von den Betroffenen gewollt und deshalb nach der Auflösung – nunmehr aus

³⁶ Evaluationsbericht Vatter, Empfehlung 1.

³⁷ Evaluationsbericht Vatter, Empfehlung 2 und 5.

³⁸ Evaluationsbericht Vatter, Empfehlung 4.

³⁹ PAPAUX VAN DELDEN, FamPra, S. 610; GEISER, Basler Kommentar, N 13c zu vor Art. 104–110.

⁴⁰ So auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 14. Februar 2018 zur Mo. 17.4071 Eymann «Institutionalisierung der Zusammenarbeit mit den Kantonen zur Bekämpfung von Zwangsverheiratungen».

⁴¹ Zu Abgrenzung der beiden Eheungültigkeitsgründe vgl. hinten Ziffer 4.3.1 und 4.3.1.2.

freiem Willen und somit gültig – wieder geschlossen werden könne.⁴² Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen hat der Ständerat diese Möglichkeit einer Heilung dann aber gestrichen.

4.2.2 Kritik am geltenden Recht

In der Literatur wird verschiedentlich Kritik an der Formulierung der Bestimmung geäußert, da sie die Möglichkeit der Berücksichtigung des freien Willens des betroffenen Ehegatten nicht zulasse.⁴³

Wie dargestellt hat das Parlament die Möglichkeit einer Weiterführung der Ehe im Fall, dass der betroffene Ehegatte die Ehe weiterführen will, gestrichen (vgl. Ziff. 4.2.1). Grund für diese Streichung war das Anliegen, eine klare Situation für alle Beteiligten zu schaffen. Es wurde befürchtet, dass die Betroffenen mit der Möglichkeit einer Heilung erneut unter Druck geraten und zur Erklärung gedrängt werden könnten, die Ehe aufrecht erhalten zu wollen.⁴⁴ Diesem Argument wird in der erwähnten Literatur entgegengehalten, es finde so eine erneute Verletzung der Ehefreiheit statt, indem eine Ehe gegen den Willen der Ehegatten ungültig erklärt werde. Im Ergebnis komme dies einer (unzulässigen) Zwangsscheidung gleich.

4.2.3 Evaluationsbericht Vatter

Gemäss dem Evaluationsbericht Vatter sind viel mehr Personen von Zwangsheirat betroffen, als die verschiedenen Meldebehörden im Rahmen ihrer Tätigkeit wahrnehmen können. Auch die erkannten Verdachtsfälle führen danach höchst selten zu einem gerichtlichen Verfahren und noch seltener zu einer Eheungültigkeit. Gründe, weshalb auch die erkannten Verdachtsfälle schlussendlich nicht weitergemeldet würden, seien insbesondere «fehlende stichhaltige Beweise», «zu wenig gut begründete Zweifel» oder «der Verdacht habe sich nicht erhärtet». Die Zwangssituation sei damit für die involvierten Behörden schwierig zu erkennen, solange die betroffene Person nicht von sich aus auf ihre Situation aufmerksam mache.⁴⁵

Die zentrale Schwierigkeit, die der Wirksamkeit der Bestimmungen gegen Zwangsheiraten Grenzen setze, ergebe sich aber aus dem bekämpften Phänomen selbst: Zwangsheiraten lägen häufig soziale und innerfamiliäre Druckmechanismen zugrunde, gegen die sich Betroffene oft nicht zu wehren wagten, weil dies in der Regel mit einer Emanzipation von der Familie und dem weiteren sozialen Umfeld, mit grossen Schwierigkeiten, Konflikten oder gar Gefahren für Leib und Leben verbunden sei. Dies erschwere es Betroffenen, auf ihre Situation aufmerksam zu machen und ihre persönlichen Interessen selbstbestimmt zu äussern und schränke die Wirksamkeit des rechtlichen Dispositivs entsprechend ein. Der auf eine Person ausgeübte Druck, eine Ehe gegen ihren freien Willen einzugehen, sei für Aussenstehende in der Regel nur schwer zu erkennen und nachzuweisen. Tatsächlich berichtet denn auch die Fachstelle Zwangsheirat, dass weniger als 1% ihrer Beratungsfälle überhaupt zu einer gerichtlichen Beurteilung führen würden.⁴⁶ In den allermeisten Fällen werde nach Aussagen der Fachstelle Zwangsheirat versucht, die Betroffenen zu stärken und mittels kleineren Schritten im Einvernehmen mit der Familie zu emanzipieren. So könne in vielen Fällen bereits eine drohende

⁴² Botschaft Zwangsheiraten, S. 2216.

⁴³ GEISER, Basler Kommentar, N 20 zu Art. 105 und N 9a zu Art. 106; BUCHER, AJP 2013, S. 1168; MONTISANO, Recht auf Ehe und Familie im Migrationsrecht, S. 55. Siehe auch: PAPAUX VAN DELDEN, FamPra, S. 609, die den Zusatz im Entwurf ausdrücklich begrüsst hat und MEIER, Zwangsheirat, S. 83, die ausdrücklich die Aufnahme der Heilbarkeit des Mangels in die Gesetzesnorm fordert.

⁴⁴ AB 2012 S 448 ff.

⁴⁵ Evaluationsbericht Vatter, Zusammenfassung S. III und S. 49 f.

⁴⁶ Evaluationsbericht Vatter, S. 91 ff.

Zwangsverheiratung verhindert werden; der Eheungültigkeitsgrund komme so gar nicht zum Zug.

Die Tatsache, dass wenig Fälle weitergemeldet und gerichtlich beurteilt werden, bedeute aber nicht, dass die gesetzliche Verankerung des Eheungültigkeitsgrundes bei Zwangsheirat keine Wirkung gezeigt habe. Der gesetzlichen Bestimmung komme vielmehr eine wichtige Signalwirkung zu: Die Sensibilität sei erhöht und die Kompetenzentwicklung gefördert worden. Vereinzelt hätten Behörden Verfahrensschritte angepasst und es wurden Vorgehensweisen in Verdachtsfällen definiert. Mitarbeitende verschiedener Meldebehörden (Zivilstandsämter, Aufsichtsbehörden im Zivilstandswesen, Migrationsbehörden, SEM) seien in ihrer jeweiligen Tätigkeit aufmerksamer für die Themen Zwangs- und Minderjährigenheirat geworden, sie würden im Zweifel häufiger als vorher abklären und könnten gegebenenfalls besser intervenieren. Der Evaluationsbericht Vatter gelangt daher zum Schluss, dass die Einführung der Bestimmung *mehrheitlich positiv* beurteilt werde. Dass sie in der Praxis nur so selten zur Anwendung komme, könne auf die erwähnte spezielle Situation der Betroffenen zurückgeführt werden.⁴⁷

4.2.4 Würdigung

Wie dies im Evaluationsbericht Vatter festgehalten wird, besteht bei der Zwangsheirat die Besonderheit, dass der Zwang in erster Linie von einem oder mehreren Akteuren des familiären Umfelds ausgeübt wird. Diese Konstellation führt dazu, dass betroffene Personen häufig mit einem Loyalitäts- und Ambivalenzkonflikt zu kämpfen haben.⁴⁸ Will sich eine betroffene Person aus einer unter Zwang geschlossenen Ehe lösen, bedeutet dies in vielen Fällen auch einen Bruch mit der Familie und dem bisherigen Umfeld; dies kann unter Umständen zu massiven Bedrohungslagen für die Betroffenen führen. Es ist deshalb nachvollziehbar, wenn dieser Schritt für die betroffenen Personen eine grosse, häufig unüberwindbare Hürde darstellt. Ohne eine Initiative oder zumindest eine aktive Mitwirkung der betroffenen Person ist es für die Behörden aber sehr schwierig oder gar unmöglich, Zwang zu erkennen und die notwendigen Massnahmen zu ergreifen.⁴⁹

Vor diesem Hintergrund erscheint es nachvollziehbar, dass die Eheungültigkeitsklage in der Praxis kaum genutzt wird. Die Ursache für die Bedeutungslosigkeit ist damit nicht auf die Ausgestaltung der Gesetzesbestimmung zurückzuführen, sondern im Phänomen als solchem begründet. Dem Evaluationsbericht Vatter ist allerdings beizupflichten, dass es wichtig und richtig ist, den gesetzlichen Eheungültigkeitsgrund der Zwangsheirat dennoch explizit im Gesetz zur Verfügung zu haben, damit den Betroffenen, die diesen Weg gehen möchten, diese Möglichkeit auch zur Verfügung steht.

Aus der Sicht des Bundesrates besteht zurzeit kein Anlass, die geltende Bestimmung anzupassen. Dies gilt auch für die Möglichkeit einer Heilung der Ungültigkeit, falls der betroffene Ehegatte die Ehe weiterführen will. Die für eine solche vorgebrachten Argumente haben das damalige Parlament nicht zu überzeugen vermocht. Befürchtungen, mit einer Heilungsmöglichkeit eine zusätzliche Drucksituation für das Opfer zu schaffen, wurden höher gewichtet. Im Übrigen zeigen die Ergebnisse des Evaluationsberichts Vatter, dass mit einer Heilungsmöglichkeit nicht viel gewonnen wäre, nicht zuletzt auch deswegen, weil die Zahl der Fälle sehr gering ist. Offenbar stellen sich bei den betroffenen Behörden und befragten Beratungsstellen im Vollzug keine Probleme. Schliesslich ist zu bedenken, dass in der Realität die Initiative für die Einleitung und Durchführung eines Verfahrens auf Feststellung der Ungültigkeit der Ehe wegen Zwangs von der betroffenen Person selbst ausgehen muss. Ist dies aber der Fall und

⁴⁷ Evaluationsbericht Vatter, Zusammenfassung S. V ff. und S. 98 f.

⁴⁸ NEUBAUER/DAHINDEN, Studie Zwangsheirat, S. 4 der Zusammenfassung.

⁴⁹ So auch BUCHER, AJP 2013, S. 1165.

kommt es wirklich so weit, dass die betroffene Person die notwendigen Schritte einleitet und im Verfahren mitwirkt, ist davon auszugehen, dass sie nicht mehr an der Ehe festhalten will.

Der Bundesrat sieht aus diesen Gründen in diesem Punkt keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf.

4.3 Eheungültigkeitsgrund Minderjährigenheirat (Art. 105 Ziff. 6 ZGB)

4.3.1 Geltendes Recht

4.3.1.1 Der Ungültigkeitsgrund der Minderjährigenheirat

Die gesetzliche Bestimmung, mit welcher die Ungültigkeit von Minderjährigenheiraten angeordnet wird, lautet wie folgt: «Die Ehe ist ungültig zu erklären, wenn einer der Ehegatten minderjährig ist, es sei denn, die Weiterführung der Ehe entspricht den überwiegenden Interessen dieses Ehegatten» (Art. 105 Ziff. 6 ZGB). Eine Minderjährigenheirat liegt vor, solange das Ehemündigkeitsalter von 18 Jahren noch nicht erreicht ist. Die Bestimmung verweist diesbezüglich auf Artikel 94 ZGB.⁵⁰

4.3.1.2 Verhältnis zum Tatbestand der Zwangsheirat

Mit dem Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten von 2012 wollte der Gesetzgeber primär Massnahmen schaffen, um Zwangsheiraten zu verhindern und von Zwangsheirat Betroffenen Unterstützung zu bieten. Zu berücksichtigen ist dabei, dass von Zwangsheirat sehr oft junge Menschen, zudem überwiegend Frauen mit Migrationshintergrund betroffen sind.⁵¹ Häufig ist eine Zwangsheirat deshalb gleichzeitig eine Minderjährigenheirat. Grundsätzlich werden Ehen, die gegen den freien Willen mindestens eines Ehegatten geschlossen wurden – unabhängig vom Alter der Ehegatten – vom Eheungültigkeitsgrund des fehlenden freien Willens, also der Zwangsheirat, erfasst (Art. 105 Ziff. 5 ZGB).

Der Bundesrat hat jedoch auch Massnahmen vorgeschlagen, die sich spezifisch auf die Verheiratung minderjähriger Personen beziehen, ohne dass der Nachweis einer erfolgten Zwangsausübung erbracht werden muss. Das Abstellen auf das leicht nachweisbare Kriterium des Alters erleichtert es den Betroffenen, ihre Ehe für ungültig erklären zu lassen. So sollten der vorgeschlagene Artikel 105 Ziffer 6 ZGB sowie die Streichung von Artikel 44 Absatz 2 IPRG ein gewandeltes Verständnis des Ordre public widerspiegeln. Eheschliessungen in der Schweiz mit Minderjährigen werden auch unter ausländischen Staatsangehörigen nicht mehr als akzeptabel betrachtet. Gleichzeitig sollen auch im Ausland geschlossene Minderjährigenheiraten grundsätzlich nicht mehr toleriert werden.⁵² Der Gesetzgeber wollte damit nicht nur die Zwangsheirat als solche als Eheungültigkeitsgrund erfassen, sondern auch die Minderjährigenheirat ganz allgemein.

Teilweise wird allerdings geltend gemacht, dass jede Verheiratung einer Person unter 18 Jahren einer Zwangsheirat gleichkomme, die Zwangsheiraten mithin also auch die Minderjährigenheiraten umfassen würden.⁵³ Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass das Alter allein über das Urteilsvermögen, also die konkrete seelische und körperliche Reife für eine Eheschliessung, nur beschränkt aussagekräftig ist: Bei einer Zwangsheirat wird gegen den Willen eines

⁵⁰ GEISER, Basler Kommentar, N 21 zu Art. 105; WIDMER LÜCHINGER, Zürcher Kommentar, N 9 zu Art. 44 IPRG.

⁵¹ BÜCHLER, FamPra, S. 729; NEUBAUER/DAHINDEN, Studie Zwangsheiraten, Ausführungen zum Situationstyp A (Personen, die unter Zwang stehen, zu heiraten), S. 3 der Zusammenfassung.

⁵² Botschaft Zwangsheiraten, S. 2202.

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

(oder beider) Ehegatten zur Ehe geschritten. Nur weil mindestens eine oder einer der Brautleute noch nicht 18 Jahre alt ist, liegt nicht zwangsläufig eine erzwungene Ehe vor.⁵⁴ In diesem Sinne vertritt auch die Fachstelle Zwangsheirat die Haltung, dass Minderjährigenheiraten Zwangsheiraten sein können, aber nicht sein müssen. Schliesslich gehen auch verschiedene europäische Staaten nach wie vor davon aus, dass Verheiratung ausnahmsweise bereits ab 16 Jahren möglich ist (vgl. Rechtsvergleich im Anhang).⁵⁵

Es erscheint deshalb nicht richtig, in jeder Minderjährigenheirat automatisch eine Zwangsheirat zu sehen. Der Eheungültigkeitsgrund der Minderjährigkeit (Art. 105 Ziff. 6 ZGB) betrifft grundsätzlich nur Minderjährigenheiraten, bei denen kein Zwang im Sinne des Gesetzes vorliegt oder dieser zumindest nicht erstellt ist. Da die Minderjährigkeit als objektives Kriterium erheblich leichter nachzuweisen ist als Zwang, wären vermutlich eine gewisse Anzahl der unter dem Ungültigkeitsgrund der Minderjährigenheiraten abgehandelten Fälle in der Praxis tatsächlich als Zwangsheiraten zu behandeln.

4.3.1.3 Heilung mit Erreichen der Volljährigkeit

Der Eheungültigkeitsgrund bei Minderjährigkeit (Art. 105 Ziff. 6 ZGB) bezieht sich nur auf Fälle, in denen ein Ehegatte zum Zeitpunkt der vorgesehenen Ungültigerklärung immer noch *minderjährig ist*. Dies ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut in Verbindung mit den Materialien: Nachdem im Vorentwurf noch vorgesehen war, die Ehe sei immer dann für ungültig zu erklären, wenn eine Person *im Zeitpunkt der Eheschliessung* minderjährig gewesen ist, wurde die Formulierung im Entwurf angepasst. Eine Minderjährigenehe kann gemäss der vom Parlament verabschiedeten Formulierung des Gesetzes nicht mehr für ungültig erklärt werden, wenn beide Ehegatten das Alter von 18 Jahren erreicht haben. Begründet wurde dies mit einer Analogie zum Ungültigkeitsgrund der fehlenden Urteilsfähigkeit, bei dem die nachträgliche Wiedererlangung der Urteilsfähigkeit den Mangel heilt (Art. 105 Ziff. 2 ZGB). Die Botschaft ging somit davon aus, dass wenn der betroffene Ehegatte 18 Jahre alt geworden ist, das Artikel 105 Ziffer 6 ZGB zugrunde liegende Schutzinteresse nicht mehr gegeben ist, vor allem auch, weil die Ehe nach einer Ungültigerklärung erneut eingegangen werden könnte.⁵⁶ Es besteht mit anderen Worten die Möglichkeit einer *Heilung mit Erreichen der Volljährigkeit*.

Dem Gesetzestext ist jedoch nicht zu entnehmen, ob das Schutzinteresse entfällt, wenn eine Person während laufendem Verfahren volljährig wird. Gemäss BUCHER ist dies zu verneinen, weil massgebender Zeitpunkt für das Alter des betroffenen Ehegatten der Moment der Klageeinreichung ist.⁵⁷ GEISER hält hingegen fest, dass der Zeitpunkt der Rechtskraft der gerichtlichen Ungültigerklärung massgebend sein müsse.⁵⁸ Es besteht damit in diesem Punkt eine erhebliche Rechtsunsicherheit.

4.3.1.4 Interessenabwägung

Artikel 105 Ziffer 6 ZGB sieht ausserdem vor, dass die Gerichte beim Entscheid über die Ungültigkeit eine *Interessenabwägung vorzunehmen* haben: Auf eine Ungültigerklärung ist zu verzichten, wenn die überwiegenden Interessen der minderjährigen Person die Aufrechterhaltung der Ehe gebieten.

⁵⁴ FOUNTOLAKIS/ MÄSCH, FS Geiser, S. 244.

⁵⁵ In der Schweiz wurde das Ehefähigkeitsalter mit Inkrafttreten per 1. Januar 1996 auf 18 Jahre festgelegt (Botschaft Mündigkeits- und Ehefähigkeitsalters).

⁵⁶ Botschaft Zwangsheiraten, 2216.

⁵⁷ BUCHER, AJP 2013, S. 1169.

⁵⁸ GEISER, Basler Kommentar, N 22 zu Art. 105 ZGB.

Der Bundesrat hat infolge verschiedener Stellungnahmen in der Vernehmlassung die Interessenabwägung in den Gesetzestext aufgenommen. Begründet wurde die Einführung der Interessenabwägung vor allem auch mit der Europarats-Resolution 1468. Diese hält fest, dass davon Abstand genommen werden soll, Zwangsheiraten und Kinderehen, die im Ausland geschlossen wurden, anzuerkennen, ausser wenn die Anerkennung im besten Interesse der Opfer liege hinsichtlich der Auswirkungen der Ehe, insbesondere zum Zweck der Sicherstellung von Rechten, die sie auf anderem Wege nicht beanspruchen können.⁵⁹ Im Nationalrat lag dann ein Antrag auf Streichung der Interessenabwägung vor, dieser wurde aber nach einer intensiven Diskussion abgelehnt.⁶⁰

Das Ziel der Interessenabwägung besteht darin, dem Gericht zu ermöglichen, die im Einzelfall auf dem Spiel stehenden Interessen abzuwägen und von einer Ungültigerklärung der Ehe abzusehen, wenn das Interesse der minderjährigen Person an einer Aufrechterhaltung der Ehe höher wiegt als das Artikel 105 Ziffer 6 ZGB zugrundeliegende Schutzinteresse. Neben dem öffentlichen Interesse (allgemeines Schutzinteresse der Minderjährigen sowie Bekämpfung von Zwangsheiraten) ist auch das individuelle Schutzinteresse der betroffenen Person zu berücksichtigen. Dieses hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, so etwa vom Grad der Minderjährigkeit und der individuellen Reife der betroffenen Person sowie dem Altersunterschied zwischen den Ehegatten. In die Abwägung einzubeziehen sind zudem besondere Umstände, die aus der Sicht der betroffenen Person für eine Aufrechterhaltung der Ehe sprechen, wie beispielsweise eine Schwangerschaft oder gemeinsame Kinder. Dabei ist allerdings vom Grundsatz auszugehen, dass im Regelfall eine Verheiratung nicht den Interessen einer minderjährigen Person entspricht. Im Zweifelsfall ist daher die Ehe für ungültig zu erklären.⁶¹

4.3.1.5 Folgen einer Ungültigerklärung der Ehe

Im Zusammenhang mit der vorliegenden Diskussion vor allem in Bezug auf die Interessenabwägung erscheint es ausserdem notwendig, die Folgen zu berücksichtigen, die eine allfällige Ungültigerklärung der Ehe mit sich bringen kann.

Dabei ist davon auszugehen, dass die Ehe mit Blick auf die Nebenfolgen bis zur gerichtlichen Feststellung ihrer Ungültigkeit alle Wirkungen einer gültigen Ehe hat. Was die Erbberechtigung betrifft, so verliert der überlebende Ehegatte mit der Ungültigerklärung seine Ansprüche (Art. 109 Abs. 1 ZGB). Eine betroffene Person kann folglich dann ein Interesse an der Aufrechterhaltung der Ehe haben, wenn diese durch den Tod des anderen bereits aufgelöst wurde.⁶² Die weiteren Folgen, die eine Ungültigerklärung einer Ehe mit sich bringt, entsprechen denjenigen einer Scheidung (Art. 109 Abs. 2 ZGB). Eine Ungültigerklärung der Ehe kann zudem aufenthaltsrechtliche Folgen nach sich ziehen, je nach Situation insbesondere für den Ehegatten der betroffenen Person, was sich auch auf allfällige gemeinsame Kinder auswirken kann.

Da der Eheschluss mit einer minderjährigen Person heute nur noch im Ausland möglich ist, sind im Rahmen des Ungültigkeitsverfahrens stets internationale Sachverhalte zu beurteilen und es stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht.⁶³ Von Schweizer Recht ausgehend ist festzuhalten, dass bei noch minderjährigen Ehegatten anzunehmen ist, dass eine Ehe nicht lange gedauert hat. Demzufolge ist eine Regelung der Scheidungsfolgen zufolge der wohl kurzen Ehedauer – zumindest was die güterrechtliche Auseinandersetzung und den Vorsorgeausgleich, aber auch den nachehelichen Unterhalt anbelangt – in der Regel weder sehr

⁵⁹ Aufforderung 14.2.4 der Resolution 1468 (2005) Zwangsheirat und Kinderheirat; Botschaft Zwangsheiraten, S. 2207 f.

⁶⁰ AB 2012 N 35 ff. und AB 2012 S 448 ff. Vgl. auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 1. Februar 2017 zur Motion Rickli 16.3916 «Verbot von Kinderehen».

⁶¹ Botschaft Zwangsheiraten, 2217.

⁶² GEISER, Basler Kommentar, N 23 zu Art. 105 ZGB.

⁶³ Dieses wird in Art. 45a Abs. 2 und 3 IPRG bezeichnet.

aufwändig noch sehr einschneidend. Dies ändert sich dann, wenn die Ehegatten bereits Kinder haben, da in diesem Fall von Amtes wegen die notwendigen Regelungen zu treffen sind. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass einer minderjährigen Person nach schweizerischem Recht keine elterliche Sorge zukommen kann, und zwar unabhängig davon, ob sie nun verheiratet ist oder nicht (Art. 296 Abs. 3 ZGB).

4.3.2 Kritik am geltenden Recht

Das Thema der Minderjährigenheiraten war und ist Gegenstand verschiedener parlamentarischer Vorstösse auf eidgenössischer Ebene.⁶⁴ Speziell den zivilrechtlichen Bereich betreffend ist die parlamentarische Initiative 18.467 Rickli «Keine Anerkennung von Kinder- und Minderjährigenehen in der Schweiz» hängig. Sie wurde im Rat noch nicht behandelt. Eine gleichlautende Motion 16.3916 Rickli «Verbot von Kinderehen» wurde zufolge Nichtbehandlung innert zwei Jahren abgeschrieben.⁶⁵ Diese parlamentarische Initiative 18.467 verlangt die Streichung der in Artikel 105 Ziffer 6 ZGB vorgesehenen Interessenabwägung. Begründet wird dieses Anliegen damit, dass die Verlobten in der Schweiz das 18. Altersjahr erreicht haben und urteilsfähig sein müssten, um eine Ehe eingehen zu können. Die Bestimmung lasse jedoch durch die darin angelegte Interessenabwägung die Anerkennung von im Ausland geschlossenen Minderjährigenehen zu. Dies sei ein Affront für die betroffenen Jugendlichen, die oftmals in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Ehegatten stehen würden.

Auch in den kantonalen Parlamenten wurden verschiedene Vorstösse zur Thematik der Minderjährigenheiraten behandelt.⁶⁶ Zudem zeigt die Präsenz in den Medien ebenfalls die Aktualität dieses Themas, wobei in der Hauptsache kritisiert wird, die Schweiz anerkenne und legitimiere nach dem geltenden Recht Minderjährigenheiraten, anstatt diese ungültig zu erklären.⁶⁷

Kritik an der geltenden Regelung wird auch seitens der Fachstelle Zwangsheirat geübt. Diese ortet ebenfalls Reformbedarf in Bezug auf die Heilung und die Interessenabwägung. Aufgrund der aktuellen Rechtslage sei zu beobachten, dass bei im Ausland geschlossenen Minderjährigenheiraten eine Einreise gezielt erst nach dem Erreichen von 16 Jahren oder erst bei Erreichen der Volljährigkeit erfolge. Aufgrund der Interessenabwägung oder dann zufolge der Heilung würden diese Ehen geschützt. Dies habe eine falsche Signalwirkung. Für die Anwendbarkeit des Ungültigkeitsgrundes solle daher das Alter *im Zeitpunkt der Eheschliessung* ausschlaggebend sein. Ansonsten anerkenne die Schweiz Kinderheiraten. Alle Kinder hätten jedoch ein Recht, Kind zu sein und nicht frühzeitig verheiratet zu werden. Die Fachstelle Zwangsheirat plädiert daher dafür, dass eine Heilung erst sieben Jahre nach dem Erreichen der Volljährigkeit, also erst beim Erreichen des 25. Altersjahres, eintreten solle.

⁶⁴ Eingereicht wurden insbesondere die Anfragen 16.5461 Rickli «Kinderehen in der Schweiz», 16.1060 Rickli «Kinderehen in der Schweiz», 16.5462 Rutz «Anerkennung von Kinderehen» und die Interpellation 16.3655 Buffat «Zwangsheiraten in der Schweiz». Am 26. September 2019 wurde zudem die Motion 19.4261 Schläpfer «Kinderehen müssen konsequent bekämpft werden» eingereicht. Der Vorstoss verlangt die Einführung einer neuen Strafbestimmung, wonach bei Eheschliessung unter Beteiligung einer Person unter 16 Jahren zu vermuten ist, dass der Straftatbestand der Zwangsheirat erfüllt ist. Der Bundesrat beantragt die Ablehnung der Motion.

⁶⁵ Art. 119 Abs. 5 Bst. a des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG).

⁶⁶ Einfache Anfrage CVP-GLP-Fraktion Kantonsrat St. Gallen vom 18. August 2016 (Antwort der Regierung vom 20. Dezember 2016; Dringliche Anfrage 288/2016 «Kinderehen» im Kanton Zürich vom 19. September 2016 (Antwort des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 26. Oktober 2016); Anfrage 323/2018 Kinder- und Minderjährigenehen im Kanton Zürich vom 29. Oktober 2016 (Antwort des Regierungsrates des Kantons Zürich vom 16. Januar 2019; Interpellation Bertschi vom 5. März 2019 betreffend Kinder- und Minderjährigen-Ehen im Aargau im Grossen Rat des Kantons Aargau GR.19.61 (Beantwortung durch den Regierungsrat vom 15. Mai 2019).

⁶⁷ Aufgeführt seien hier nur die aktuellsten Meldungen, wie z.B. «Ehen von Minderjährigen: Unheilvolle Praxis», NZZ am Sonntag, 4. August 2019; «Kritik an der Anerkennung von Kinderehen in der Schweiz», Echo der Zeit vom 10. Juni 2019, www.srf.ch.

Weiter plädiert die Fachstelle Zwangsheirat für eine Aufhebung der Interessenabwägung. Zum einen würden die Prozesse zumeist ohnehin so lange dauern, bis die Betroffenen die Volljährigkeit erreicht hätten und die Interessenabwägung damit überflüssig sei. Zum anderen sei diese insbesondere deshalb als schädlich einzustufen, weil die Entscheidung, die Ehe zu beenden der betroffenen Person überlassen werde. Es gebe keine Schutzfunktion, die eine Aufrechterhaltung der Ehe gebiete.⁶⁸ Die Fachstelle Zwangsheirat berichtet denn von folgender Konstellation, mit der sie in der Beratung relativ häufig konfrontiert sei: Eine Person werde minderjährig verheiratet, Zwang sei nicht im Spiel. Die Person befinde sich in der Schweiz, sei in der Zwischenzeit volljährig geworden, werde sich aber erst jetzt mit zunehmender Reife bewusst, dass sie nicht in der Ehe verbleiben möchte. Der Ungültigkeitsgrund sei aber zufolge Heilung weggefallen. Eine Scheidung komme in ihrem Kulturkreis nicht in Frage. Auch für diese Fälle müsse die Bestimmung von Artikel 105 Ziffer 6 eine Lösung bieten.

Demgegenüber wird jedoch auch die Meinung vertreten, dass zwar die am konkreten Kindeswohl orientierte Einzelfallprüfung eine adäquate Lösung des Problems ausländischer Kinderhehen darstelle. Dafür seien allerdings die neu eingeführten Bestimmungen, insbesondere auch Artikel 105 Ziffer 6 ZGB gar nicht erforderlich, weil der Ordre-public-Vorbehalt – richtig verstanden – ebenfalls eine wirksame Schranke gebildet hätte. Die Bestimmung sei ein Akt symbolischer Gesetzgebung und sende in Verbindung mit Artikel 45a IPRG das problematische Signal der Selbstgenügsamkeit und Selbstgefälligkeit im internationalen Kontext aus. Die ausländischen Rechtsordnungen müssten sich nicht generell am schweizerischen Rechtsgefühl messen lassen. Wichtig sei aber, dass das konkrete Ergebnis, zu dem die Anwendung der ausländischen Normen im Einzelfall führe, mit den fundamentalen inländischen Grundsätzen kompatibel sei. Es zähle nicht, ob wir Vorbehalte genereller Art gegen Minderjährigenehen hätten, sondern alleine, ob im konkret zu beurteilenden Fall dem Wohl des konkret betroffenen Kindes in seiner konkreten Situation mit der Annullierung der Ehe in der Schweiz mehr gedient sei als mit deren Aufrechterhaltung. Ein Pauschalurteil sei hier nicht gefordert. Wenn also zudem noch die Interessenabwägung gestrichen würde, wäre dies ein zusätzlicher Fehltritt.⁶⁹

4.3.3 Evaluationsbericht Vatter

Der Evaluationsbericht Vatter kommt in Bezug auf den Eheungültigkeitsgrund Minderjährigenheirat zum Schluss, dass gemeldete Minderjährigenheiraten, sofern sie überhaupt gerichtlich beurteilt werden, von den Gerichten tendenziell geschützt werden. Der vom Bundesrat angestrebte Paradigmenwechsel, wonach im Ausland geschlossene Minderjährigenheiraten grundsätzlich nicht mehr toleriert werden sollen, findet offenbar nicht statt. Bei im Ausland geschlossenen Minderjährigenheiraten sei die Wirksamkeit des rechtlichen Dispositivs durch zwei in Artikel 105 Ziffer 6 ZGB angelegte Faktoren begrenzt: Zum einen könnten solche Ehen – sofern sie nicht unter Zwang geschlossen wurden – nur annulliert werden, solange eine der beteiligten Personen noch nicht volljährig sei. Zum anderen sei bei Minderjährigenehen, die vor Erreichen der Volljährigkeit angefochten werden, die Interessenabwägung von grosser praktischer Bedeutung.⁷⁰

Im Weiteren wurde darauf hingewiesen, dass bei den betroffenen Behörden eine Unsicherheit bezüglich der Frage bestehe, ob eine Ehe auch zu melden ist, wenn eine Person zum Zeitpunkt der Eheschliessung minderjährig war, zum Zeitpunkt der Anerkennung der Ehe jedoch

⁶⁸ Vgl. Revisionsbedarf der rechtlichen Massnahmen zu Minderjährigenheiraten – Kurzbericht der Fachstelle Zwangsheirat zu Händen des BJ vom 20. Mai 2019 (unveröffentlicht) sowie Ausführungen am Austausch vom 19. Juni 2019.

⁶⁹ FOUNTOLAKIS/MÄSCH, FS Geiser, S. 250 ff.

⁷⁰ Evaluationsbericht Vatter, Zusammenfassung S. V ff.

bereits volljährig ist.⁷¹ Verschärft werde diese Problematik durch die nicht einheitliche Gerichtspraxis zur Frage der Heilung bei Volljährigkeit respektive zum massgebenden Zeitpunkt, auf den abzustellen ist.⁷²

Eheungültigkeitsverfahren sind ordentliche Verfahren. Insbesondere die lange Verfahrensdauer, die einem ordentlichen Zivilprozess inhärent ist, verunmögliche wegen der eintretenden Heilung in vielen Fällen eine Ungültigerklärung. Bei der Interessenabwägung würden sich die Gerichte vor allem auf die Aussagen der minderjährig verheirateten Person stützen und diese meist höher gewichten als das allgemeine Schutzinteresse.⁷³ So sei in fünf von sieben Fällen die Interessenabwägung zugunsten der Ehe ausgefallen.

Der Evaluationsbericht Vatter gelangt deshalb zur Empfehlung, die Bestimmung insbesondere hinsichtlich der darin angelegten Heilung und Interessenabwägung zu überdenken.

4.3.4 Würdigung

Die vorangegangenen Ausführungen machen deutlich, dass die Anwendung von Artikel 105 Ziffer 6 ZGB der Praxis Probleme bereitet und die Ziele des historischen Gesetzgebers teilweise nicht erreicht worden sind. Aus diesem Grund ist zu prüfen, auf welche Weise hier eine Verbesserung erreicht werden kann. Dabei zeichnen sich verschiedene Lösungsansätze ab:

4.3.4.1 Zulassung einer Interessenabwägung im Einzelfall

Zu entscheiden ist als erstes, ob sich die heute im Gesetz vorgesehene Interessenabwägung bewährt hat oder nicht. Dabei ist zu unterscheiden zwischen den Fällen, (1) in denen eine Person im Zeitpunkt der Prüfung noch minderjährig ist und (2) denjenigen, in denen dies nicht der Fall ist, die betroffene Person also bereits volljährig ist.

(1) Nach geltendem Recht stellt sich die Frage der Interessenabwägung nur dann, wenn eine Person im Zeitpunkt der Prüfung noch minderjährig ist, da der Mangel andernfalls automatisch geheilt wird. Hier stehen sich in Bezug auf die Interessenabwägung zwei Positionen gegenüber:

- Auf der einen Seite wird die Abschaffung der Interessenabwägung gefordert. Eine Minderjährigenehe wäre damit in jedem Fall für ungültig zu erklären. Dies wird damit begründet, dass bei einer Verheiratung von Minderjährigen das Kindeswohl verletzt werde und dem Staat deshalb eine umfassende Schutzpflicht zukomme. Eine Verheiratung sei nie im Interesse des Kindes, und bereits die Möglichkeit einer Interessenabwägung sende ein falsches Signal aus, indem Minderjährigenehen unter gewissen Umständen als rechtmässig anerkannt werden. Problematisch sei es auch, dass den Betroffenen durch die Interessenabwägung eine Mitverantwortung zukomme, indem sie offenlegen müssen, dass sie die Ehe nicht fortführen wollen. Damit würden sie unter Druck geraten und würden unter Umständen Repressionen und Drohungen seitens der Familie ausgesetzt. Dies hätte zur Folge, dass der tatsächliche Wille der betroffenen Person nicht oder nur erschwert in Erfahrung gebracht werden könne. Will man den Schutzgedanken ernst nehmen, müsse die Ehe deshalb in jedem Fall und unabhängig von den aktuellen Umständen für ungültig erklärt werden. Dabei ist man sich bewusst, dass es in Einzelfällen zu stossenden Ergebnissen kommen könne. Es sei aber wichtiger, eine klare und einfache Lösung zu haben. Sofern eine Ehe im Einzelfall einmal gegen den Willen der Betroffenen aufgelöst werden sollte, stünde es diesen ja frei,

⁷¹ Evaluationsbericht Vatter, Zusammenfassung S. VII.

⁷² Dies ergibt sich direkt aus den in der Evaluation ermittelten Gerichtsentscheiden, die dem BJ ebenfalls vorliegen.

⁷³ Evaluationsbericht Vatter, S. 74 und S. 97.

diese mit dem Eintritt der Volljährigkeit wieder einzugehen. Die Interessenabwägung habe überdies zur Folge, dass die klagenden Behörden teilweise auf die Einleitung eines Verfahrens verzichten würden, weil sie damit rechnen müssen, dass das Gericht die Ehe nicht für ungültig erklärt und mit der Klage nur unnötig Aufwand generiert werde.

- Auf der anderen Seite wird vorgebracht, dass eine Person mit 16 oder mit 17 Jahren sehr wohl in der Lage sei, ihren freien Willen in Bezug auf den Eheschluss zu bilden und auch zu äussern. Eine auf diese Weise freiwillig geschlossene und gewollte Ehe gegen den Willen der betroffenen Person für ungültig zu erklären stehe im Widerspruch zu den verfassungsmässigen Rechten und komme einer Zwangsscheidung gleich. Um diese Rechte wahren zu können, sei es unumgänglich, eine Einzelfallprüfung vornehmen zu können. Mit Blick auf die Interessenabwägung sei zudem auch die Uno-Kinderrechtskonvention⁷⁴ von Bedeutung: Diese sehe zwingend vor, dass bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, das Kindeswohl vorrangig zu berücksichtigen sei. Diesem Anliegen könne nur durch eine Betrachtung des Einzelfalles nachgekommen werden, weil es immer wieder Konstellationen geben kann, in denen eine Ehe im Interesse des betroffenen Ehegatten fortgeführt werden muss, beispielsweise, wenn die Ungültigerklärung aufenthaltsrechtliche Folgen nach sich ziehen würde. Auch das Argument, dass die Ehe mit Erreichen der Volljährigkeit erneut eingegangen werden könne, nachdem sie gegen den Willen der Betroffenen für ungültig erklärt wurde, sei problematisch, weil die Ehe unter Umständen gar nicht mehr neu eingegangen werden kann, namentlich, wenn einer der Ehegatten verstorben ist. Eine Ungültigerklärung macht zudem – wie erwähnt – eine Regelung der Folgen erforderlich, d.h. der Kinderbelange, des nahehelichen Unterhalts, eine güterrechtliche Auseinandersetzung und die Durchführung des Vorsorgeausgleichs (Art. 109 ZGB), wobei auch hier aufgrund der internationalen Sachverhalte jeweils zu prüfen ist, welches Recht anwendbar ist. Unter Umständen können hier komplizierte und kostspielige Verfahren resultieren, die sich in der Folge als unnötig erweisen.

Der Bundesrat anerkennt die Berechtigung der Argumente beider Positionen. Eine einfache Lösung, die allen Anliegen gerecht wird, ist nicht ersichtlich. Es gilt deshalb, von den zwei Lösungsansätzen denjenigen auszuwählen, der für die betroffenen Personen weniger Nachteile mit sich bringt.

Für den Bundesrat von erheblicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die im Rahmen der Evaluation festgestellte Praxis der Gerichte, in den meisten Fällen auf die Äusserungen der Betroffenen abzustellen und damit in den meisten Fällen gestützt auf die Interessenabwägung die Ehe zu schützen. Diese Praxis macht deutlich, dass die konkreten Interessen der betroffenen Person häufig für eine Aufrechterhaltung der Ehe sprechen, wobei festzuhalten ist, dass die Gerichte die jeweilige Situation eingehend geprüft und das jeweilige Ergebnis gut begründet dargelegt haben. Es erscheint deshalb problematisch, diese Interessen unter Berufung auf ein allgemeines Prinzip einer absoluten Ungültigkeit der Ehe einfach zu ignorieren und damit die Interessen der Betroffenen nicht zu berücksichtigen. Gleichzeitig ist es selbstverständlich und soll hier nochmals betont werden, dass der Verzicht auf die Ungültigerklärung der Ehe gestützt auf die Interessenabwägung nicht zum Regelfall werden darf, sondern stets eine Ausnahme bilden muss, die sorgfältig zu begründen ist. Auszugehen ist dabei von der Vermutung, dass die Aufrechterhaltung der Ehe nicht den Interessen der minderjährigen Person entspricht.⁷⁵ Zudem ist festzuhalten, dass das urteilende Gericht nicht unbesehen auf die

⁷⁴ SR 0.107

⁷⁵ Stellungnahme des Bundesrates vom 1. Februar 2017 zur Motion Rickli 16.3916 «Verbot von Kinderehen»; Botschaft Zwangsheiraten, 2217.

Tatsachen abstellen darf, die von den für eine Aufrechterhaltung der Ehe plädierenden Ehegatten vorgebracht werden. Es muss vielmehr von der Wahrheit dieser Vorbringen überzeugt sein. In Zweifelsfällen ist die Ehe stets aufzuheben.

Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, dass es aus der Sicht des Bundesrates richtig erscheint, an der geltenden Regelung festzuhalten und die Möglichkeit einer Interessenabwägung für Personen, die im Zeitpunkt der Beurteilung minderjährig sind, weiterhin zuzulassen. Dies gebietet auch der verfassungsmässige Grundsatz der Verhältnismässigkeit, dem bei Eingriffen in grundrechtliche geschützte Positionen – wozu auch die Ehe gehört – besonderes Gewicht zukommt.

(2) Ein anders Bild zeigt sich, wenn die betroffene Person im Zeitpunkt der gerichtlichen Beurteilung volljährig ist. Sofern die betroffene Person ihren Willen klar zum Ausdruck bringt, an der Ehe festhalten zu wollen, und diese Erklärung aus der Sicht des Gerichts zweifelsfrei auf dem freien Willen beruht, erscheint eine Ungültigerklärung der Ehe als äusserst problematisch, weil damit die verfassungsmässigen Rechte, namentlich die Ehefreiheit, verletzt würden.⁷⁶ In einem solchen Fall ist deshalb von einer Heilung der Ehe auszugehen; eine Abwägung der Interessen im Einzelfall ist nicht erforderlich; abzuklären ist vielmehr, ob die Erklärung tatsächlich auf dem freien Willen beruht. Fehlt es dagegen an einer entsprechenden Erklärung, ist davon auszugehen, dass die Interessen der betroffenen Person gegen die Aufrechterhaltung der Ehe sprechen. Das Gericht hat in diesem Fall die Ungültigkeit der Ehe festzustellen. Schliesslich erscheint es auch als heikel, eine Ehe, die nach ausländischem Recht von einer Person eingegangen wurde, die damals nur wenig jünger als 18 Jahre alt war und die auf dem freien Willen der Beteiligten beruhte, nachträglich von Amtes wegen für ungültig zu erklären. Anders als der Zwang bei Artikel 105 Ziffer 5 ZGB ist das Alter zudem ein objektives Kriterium, welches leicht festzustellen ist, weshalb mit einer allfälligen Anpassung von Artikel 105 Ziffer 6 ZGB auch mehr Fälle unter dieser Bestimmung abgewickelt würden.

4.3.4.2 Automatische Heilung mit Erreichen eines bestimmten Alters

Die zweite, daran unmittelbar anschliessende Frage ist diejenige, ob und wenn ja nach welcher Zeitdauer eine automatische Heilung des mangelhaften Eheschlusses stattfinden kann.

Als erstes ist zu klären, ob eine Minderjährigenehe überhaupt automatisch geheilt werden soll oder ob der Mangel dauerhaft geltend gemacht werden kann, d.h. auch noch Jahre nach Erreichen der Volljährigkeit.

Der Bundesrat ist hier der Ansicht, dass – anders als bei den Zwangsheiraten nach Artikel 105 Ziffer 5 ZGB – der Ungültigkeitsgrund der Minderjährigkeit grundsätzlich heilbar sein soll. Auch wenn damit eine Ehe, die nach schweizerischem Rechtsempfinden als schwerwiegend mangelhaft anzusehen ist, nachträglich legitimiert wird, wäre eine absolute und unheilbare Ungültigkeit mit gravierenden Nachteilen verbunden. So entstünde die Gefahr, dass Jahre oder Jahrzehnte nach dem Erreichen des Mündigkeitsalters die Ehe immer noch für ungültig erklärt werden könnte, allenfalls auch gegen den Willen der Person, die die Ehe minderjährig eingegangen ist. Auch eine Berufung auf die Eheungültigkeit durch die Erben, die sich darauf einen grösseren Erbteil versprechen, oder durch beliebige Dritte erscheint nicht sachgerecht. Das Argument, es würden mit einer Heilung auch Kinderehen, gemeint sind hier Ehen mit sehr jungen Personen, nachträglich geheilt, verfängt ebenfalls nur begrenzt, da Ehen mit jüngeren Kindern gleichzeitig als Zwangsehen zu qualifizieren sind, bei denen eine Heilung von Gesetzes wegen ausgeschlossen ist.

⁷⁶ BUCHER, AJP 2013, S. 1169.

Der Bundesrat ist deshalb der Ansicht, dass an der heute im Gesetz vorgesehenen grundsätzlichen Möglichkeit der Heilung von Minderjährigenheiraten festzuhalten ist. Der nachfolgend unterbreitete Vorschlag, gemäss welchem die Heilung nicht bereits mit dem Erreichen der Volljährigkeit, sondern erst einige Zeit später eintreten soll, kommt dem Anliegen, wonach die Ungültigkeit unheilbar sein soll, zudem entgegen, da zumindest während einer bestimmten Zeit tatsächlich keine automatische Heilung mehr möglich ist.

So, wie sie im geltenden Recht vorgesehen ist, wirft die Heilungsmöglichkeit allerdings Probleme auf. Insbesondere wird sie zu wenig dem Anspruch des historischen Gesetzgebers gerecht, Minderjährigenheiraten im Grundsatz nicht mehr zuzulassen. Probleme ergeben sich vor allem in zweierlei Hinsicht:

(1) Problematisch ist einerseits, dass Artikel 105 Ziffer 6 ZGB keine Frist vorsieht, innert welcher der Ungültigkeitsgrund geltend gemacht werden muss, um den Eintritt der Heilung zu verhindern. Das geltende gesetzgeberische Konzept beruht auf dem Gedanken, dass mit dem Erreichen der Volljährigkeit die Heilung automatisch eintritt und es keine Möglichkeit mehr gibt, die Ungültigkeit der Ehe geltend zu machen. Die Ungültigkeit muss deshalb vor dem 18. Geburtstag durchgesetzt werden, und dies in aller Regel von der dafür zuständigen Behörde. Die betroffene Person sollte aber auch mit dem Erreichen der Volljährigkeit und damit der Handlungsfähigkeit Gelegenheit erhalten, über ihre Situation nachzudenken, die Möglichkeiten abzuklären und in Ruhe die für eine Ungültigerklärung erforderlichen Schritte einzuleiten.⁷⁷ Gerade dann, wenn die Rechtsordnung einer Person die Fähigkeit zuspricht, selber umfassend die eigenen Rechte wahrnehmen zu können, erlöschen diese Rechte. Mit der geltenden Regelung werden nach Ansicht des Bundesrates die mit dem Gesetz angestrebten Ziele nicht erreicht und es erscheint deshalb notwendig, der betroffenen Personen einen zeitlichen Rahmen zu schaffen, in welchem sie die Ungültigkeit der Ehe durchsetzen kann.

Eine Erstreckung der Klagefrist über den Zeitpunkt der Erreichung der Volljährigkeit hinaus erscheint auch für die klageberechtigte Behörde angezeigt. Oft hat die betroffene Person, die nach einigen Jahren zur Einsicht gelangt, dass die in jungem Alter erteilte Einwilligung zur Eheschliessung nicht wirklich ihrem Wunsch entspricht, selbst nicht den Mut, die Ungültigerklärung der Ehe zu verlangen. Oder sie fasst diesen überhaupt erst durch das behördliche tätig werden. So kann letztendlich auch dem Anliegen des historischen Gesetzgebers, Minderjährigenheiraten im Grundsatz nicht mehr zuzulassen, Nachdruck verschafft werden.

(2) Andererseits ergeben sich auch aus der unklaren Rechtslage in Bezug auf den für die Ungültigkeit massgeblichen Zeitpunkt erhebliche Schwierigkeiten: So bestehen unterschiedliche Ansichten darüber, welcher Zeitpunkt das massgebliche Alter definiert. Unklar ist insbesondere, ob es ausreicht, wenn die betroffene Person lediglich zum Zeitpunkt der Klageeinleitung minderjährig gewesen sein muss oder ob verlangt werden darf, dass sie dies auch noch im Urteilszeitpunkt ist (vgl. Ziff. 4.3.1.3). Zumindest dort, wo verlangt wird, dass die Minderjährigkeit im Urteilszeitpunkt immer noch vorliegt, wird der Mangel in den meisten Fällen bis dahin geheilt sein. Als Folge davon werden sowohl die klageberechtigten Behörden als auch die betroffene Person selber in vielen Fällen darauf verzichten, überhaupt ein entsprechendes Verfahren einzuleiten, da absehbar ist, dass eine Klage abgewiesen werden wird, weil in der Zwischenzeit eine Heilung eingetreten ist. Die unabsehbare Dauer eines solchen Verfahrens und weitere erschwerende Faktoren, beispielsweise wenn sich ein Ehegatte im Ausland befindet und die Zustellung der Rechtsschriften oder der Vorladung im Ausland rechtshilfeweise

⁷⁷ Die Eheungültigkeit kann als höchstpersönliches Recht grundsätzlich auch von der minderjährigen Person selber geltend gemacht werden (Botschaft Zwangsheiraten, S. 2209). Hinsichtlich allfälliger vermögensrechtlicher Folgen (Unterhalt, Güterrecht, Vorsorgeausgleich etc.) müssten die gesetzlichen Vertreter oder ein von der KESB ernannter Beistand oder eine ernannte Beistandin tätig werden. Die Eltern werden wohl in den meisten Fällen zufolge der besonderen familiären Situation und einem möglichen Interessenkonflikt die Vertretung kaum wahrnehmen können.

erfolgen muss,⁷⁸ sowie der dadurch geschaffene generelle Anreiz, das Verfahren zu verzögern, verschärfen diese Problematik weiter. All dies spricht dafür, auch eine Regelung vorzusehen, welche die Möglichkeit einer Heilung mit der Einleitung eines Verfahrens ausschliesst.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Bundesrat bei der Bestimmung über die Ungültigkeit von Minderjährigenehen (Art. 105 Ziffer 6 ZGB) Verbesserungspotenzial ausmacht. Er erachtet diesbezüglich gesetzgeberische Massnahmen als sinnvoll.

4.3.5 Lösungsvorschlag

Um die dargestellten Probleme zu beheben, stehen für den Bundesrat zwei Ansatzpunkte im Vordergrund:

Einerseits soll der betroffenen Person über den Zeitpunkt der Volljährigkeit hinaus eine gewisse Zeit gewährt werden, um sich auf die Ungültigkeit der Ehe zu berufen. Eine automatische Heilung soll mit anderen Worten nicht bereits mit dem Erreichen der Volljährigkeit, sondern erst einige Zeit später eintreten. Denkbar wäre es zum Beispiel, die Heilung erst mit dem Erreichen des 25. Altersjahres eintreten zu lassen.⁷⁹ Die für eine Feststellung der Ungültigkeit notwendigen Schritte könnten dabei sowohl durch die Behörde als auch durch die betroffene Person selbst eingeleitet werden. Mit einer solchen Massnahme würde überdies dem Anliegen, wonach eine Heilung nicht möglich sein soll, zumindest teilweise entsprochen und damit eine ähnliche Regelung geschaffen, wie sie verschiedene ausländische Rechtsordnungen auch kennen.

Andererseits soll die Dauer des Verfahrens auf Feststellung der Ungültigkeit der Ehe keinen Einfluss auf den Zeitpunkt der Heilung mehr haben. Eine Heilung der Ungültigkeit während laufendem Verfahren soll mit anderen Worten ausgeschlossen werden. Dieses Ziel kann erreicht werden, wenn das für die automatische Heilung massgebliche Alter dasjenige Alter zum Zeitpunkt der Klageeinleitung und nicht dasjenige zum Zeitpunkt der Entscheidung massgeblich ist.

Schwierig erscheint die Beurteilung im Hinblick auf die heute vorgesehene Interessenabwägung, namentlich wenn die betroffene Person zum Zeitpunkt der Beurteilung immer noch minderjährig ist. Eine Gesamtbetrachtung spricht dabei aber für eine grundsätzliche Beibehaltung der geltenden Regelung, weil andernfalls die Gefahr besteht, dass gegen die Interessen der betroffenen Person entschieden wird.

Ist die betroffene Person dagegen volljährig, erübrigt sich eine Interessenabwägung. Sofern sie ihren Willen, an der Ehe festhalten zu wollen, im Verfahren klar kundtut und feststeht, dass dieser Wille frei gebildet worden ist, ist dieser zu respektieren.

Der Bundesrat ist bereit, hier tätig zu werden und eine Vorlage in diesem Sinne auszuarbeiten.

Verschiedene weitere Aspekte sind dann im Rahmen der konkreten Gesetzgebungsarbeiten zu vertiefen. Insbesondere sind hier auch zivilprozessuale Aspekte wie die Kostenfrage zu thematisieren. Bei vermehrter Gutheissung der Klagen der klageberechtigten Behörden ist zu prüfen, wem die Kosten auferlegt werden. Zu behandeln ist dabei auch die Situation, in der bereits rechtskräftig über die Gültigkeit der Ehe entschieden und diese aufrechterhalten wurde, die betroffene Person jedoch erst nach einem bereits durchgeführten Verfahren aber noch vor Eintritt der Heilung doch noch zur Einsicht kommt, nicht an der Ehe festhalten zu wollen. Weiter muss allenfalls dann, wenn die Heilung zumindest für eine bestimmte Zeit aufgeschoben wird, auch eine übergangsrechtliche Regelung getroffen werden. Wird die Heilung nur verschoben

⁷⁸ Vgl. auch BUCHER, AJP 2013, S. 1165.

⁷⁹ Dies entspricht auch der Altersgrenze, die in Artikel 97 Abs. 2 StGB vorgesehen ist (Verfolgungsverjährung bei sexuellen Handlungen mit Kindern). Die Grenze wird auch von der Fachstelle Zwangsheirat vorgeschlagen.

(nicht aufgehoben), würde sich möglicherweise anbieten, die Bezeichnung als «unbefristete» Ungültigkeitsgründe zu überdenken. Diese Frage stellt sich im Übrigen bereits heute mit der Urteilsunfähigkeit (Ziff. 2) und eben der Minderjährigenheirat (Ziff. 6). Schliesslich ist zu beachten, dass es mit den besprochenen Anpassungen in Artikel 105 Ziffer 6 ZGB zu einer Zunahme der Ungültigkeitsverfahren kommen wird. Wichtig ist dabei, dass die Gerichte ausreichend sensibilisiert und informiert sind. Es ist wichtig, dass die Gerichtspersonen mit der Problematik dieser Fälle vertraut sind und auch allfällige Besonderheiten berücksichtigen können.

4.4 Dreistufiges System und klageberechtigte Behörden

4.4.1 Geltendes Recht

Wie bereits dargestellt sieht das ZGB zur Geltendmachung der Ungültigkeitsgründe die Meldung einer Meldebehörde an eine klageberechtigte Behörde vor, die dann die Zivilklage erhebt (Art. 106 ZGB). Selbstverständlich bleibt es auch immer möglich, direkt Klage beim zuständigen Gericht zu erheben und die Eheungültigkeit feststellen zu lassen.

4.4.2 Evaluationsbericht Vatter

Aus Artikel 106 ZGB ergibt sich, dass jeder Kanton eine Behörde zu bezeichnen hat, die dafür zuständig ist, von Amtes wegen am Wohnsitz der Ehegatten eine Eheungültigkeitsklage zu erheben. Die Evaluation hat ermittelt, welche Behörde in den einzelnen Kantonen für die Einreichung der Klage als zuständig bezeichnet worden ist. Dabei hat sich gezeigt, dass die Kantone teilweise sehr unterschiedliche Stellen mit dieser Aufgabe betraut haben: In 6 Kantonen ist die Staatsanwaltschaft klageberechtigte Behörde, in 16 Kantonen ist eine Stelle innerhalb der Verwaltung mit dieser Aufgabe befasst, und in 4 Kantonen sind die Gemeinden dafür zuständig. Somit unterscheiden sich die institutionellen und fachlichen Rahmenbedingungen dieser Stellen je nach Kanton zum Teil erheblich. Der Evaluationsbericht Vatter kommt deshalb zum Schluss, es sei anzunehmen, dass die Möglichkeiten, Sachverhaltsabklärungen zu treffen sowie allgemein der Umgang mit Verdachtsfällen, sich je nach Art der Stelle unterscheiden.⁸⁰

Im Rahmen der Evaluation hat sich ausserdem gezeigt, dass die diesen Behörden zustehenden Kompetenzen sowie der Umfang ihres Ermessens in Bezug auf die Klageeinleitung höchst unklar ist. So war fraglich, ob die klageberechtigten Behörden die gesetzliche Interessenabwägung selber vornehmen und so die eigentlich dem Gericht vorbehaltene Aufgabe übernehmen dürften.⁸¹ Ausgehend von diesen Erkenntnissen gelangt der Bericht zum Ergebnis, dass zumindest zu prüfen wäre, ob nicht opfergerechtere Stellen für die Einleitung der Klage verantwortlich sein sollten.⁸²

4.4.3 Würdigung

Die neuen gesetzlichen Ungültigkeitsgründe wurden vom Gesetzgeber in das bereits lange bestehende System zur Geltendmachung der Eheungültigkeitsgründe integriert. Eine letzte Anpassung in diesem System erfolgte im Rahmen der Revision des Scheidungsrechts. Vor dessen Inkrafttreten war es auch möglich, eine Meldung an die Heimat- und Wohnsitzgemeinde zu machen. Die Aufhebung dieser Möglichkeit wurde in der Botschaft zum Scheidungsrecht damit begründet, dass es zweckmässiger und ökonomischer sei, einen Fall der

⁸⁰ Evaluationsbericht Vatter, S. 53 und 104.

⁸¹ Evaluationsbericht Vatter, S. 60.

⁸² Evaluationsbericht Vatter, Empfehlung 3, S. 105.

zuständigen kantonalen Behörde anzuzeigen. Die Aufgabe dieser Behörde sei es dann, die öffentlichen Interessen von Amtes wegen wahrzunehmen.⁸³

Die klageberechtigte Behörde hat die Klage auf Ungültigerklärung an das Zivilgericht zu substanziieren und muss insoweit auch die nötigen Sachverhaltsabklärungen vornehmen können. Anwendbar sind die jeweiligen Verfahrensregeln des kantonalen öffentlichen Rechts.⁸⁴ Mit der Schaffung der neuen Eheungültigkeitsgründe sind in diesen Fällen im Unterschied beispielsweise zur Mehrfachehe (Art. 105 Ziff. 1 ZGB) oder der Verwandtschaft (Art. 105 Ziff. 3 ZGB) auch die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Ergeben sich Hinweise auf das Vorliegen eines Eheungültigkeitsgrundes, so hat die Behörde aber grundsätzlich Klage zu erheben. Eine Interessenabwägung oder die Prüfung, ob eine Erklärung auf dem freien Willen der betroffenen Person beruht, soll dagegen ausschliesslich durch das Gericht erfolgen, da ansonsten die Gefahr entsteht, dass ein Entscheid vorweggenommen und damit die Rechte der betroffenen Person verletzt werden.⁸⁵ Namentlich kann so auch verhindert werden, dass die unterschiedliche Ausgestaltung der Zuständigkeiten und des Verfahrens in den Kantonen einen Einfluss auf den Inhalt der Entscheide hat.

Im Weiteren ist es offensichtlich, dass das dreistufige System die Verfahren unter Umständen komplizierter macht und dieses vor allem auch verlängert. Mit der vorgeschlagenen Anpassung des für eine Heilung massgeblichen Zeitpunktes könnten aber zumindest die Folgen der langen Verfahrensdauer erheblich gemildert werden.

Der Bundesrat ist sich bewusst, dass die bestehenden Strukturen und das heute geltende Verfahren gewisse Nachteile mit sich bringen. Der Entscheid des historischen Gesetzgebers, die neuen Ungültigkeitsgründe in das bestehende System zu integrieren, ist aber nach wie vor nachvollziehbar. Mangels besserer Alternativen erscheint es deshalb nicht opportun, hier gesetzgeberisch tätig zu werden. Zu erwähnen ist auch, dass das Funktionieren der Strukturen des heutigen Systems voraussetzt, dass die Kantone gegebenenfalls überprüfen, ob die Behörden im Sinne von Artikel 106 Abs. 1 erster Satz, insbesondere die Gemeinden, über die nötigen Mittel und Kapazitäten verfügen, um die Eheungültigkeitsklagen einzuleiten.

4.5 Weitere mit der Revision von 2012 eingeführte Bestimmungen

4.5.1 Strafanzeigespflicht der Zivilstandsbehörden (Art. 43a Abs. 3^{bis} ZGB)

Seit der Revision sind die Zivilstandsbehörden verpflichtet, alle Straftaten, die sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit feststellen, der zuständigen Behörde anzuzeigen (Art. 43a Abs. 3^{bis} ZGB). Aus dem Evaluationsbericht Vatter ergaben sich keine grundsätzlichen Probleme seitens der Zivilstandsbehörden mit der Strafanzeigespflicht. Insbesondere bestehen auch aus der Betroffenenperspektive keine Hinweise, dass hier gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehen würde. Der Evaluationsbericht Vatter weist jedoch darauf hin, dass die Anzeigepflicht im konkreten Einzelfall vermutlich häufig verhindern würde, dass sich Opfer von Zwangsheirat wehren, weil sie nicht bereit seien, die Konsequenzen, also die mögliche Bestrafung enger Familienangehöriger, in Kauf zu nehmen. Es würde daher wohl die Opferorientierung des rechtlichen Dispositivs gegen Zwangsheiraten stärken, wenn es Betroffenen möglich wäre, ihre individuellen Schutzrechte geltend zu machen, ohne dass damit automatisch eine Bestrafung der Täterschaft verbunden wäre. In diesem Sinn wird im Bericht empfohlen, dass von Zwangsheirat Betroffene die Möglichkeit erhalten sollten, die Sistierung der Strafverfolgung zu beantragen.⁸⁶

⁸³ Botschaft Scheidungsrecht, S. 79.

⁸⁴ GEISER, Basler Kommentar, N 12 zu Art. 106.

⁸⁵ Anderer Ansicht: GEISER, Basler Kommentar, N 9b zu Art. 106.

⁸⁶ Evaluationsbericht Vatter, S. 111.

In der Sache zielt die Empfehlung wohl auf eine Einstellung, die das Strafverfahren definitiv abschliessen würde.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang allerdings auf die vom Parlament am 14. Dezember 2018 verabschiedeten Anpassungen im Bereich des Schutzes gewaltbetroffener Personen und insbesondere die in diesem Rahmen vorgenommene Revision von Artikel 55a StGB.⁸⁷ Danach soll die Sistierung und die Einstellung von Strafverfahren wegen einfacher Körperverletzung, wiederholter Tötlichkeiten, Drohung oder Nötigung in Paarbeziehungen (Artikel 55a StGB und 46b MStG) nicht mehr ausschliesslich von der Willensäusserung des Opfers abhängen. Damit soll das Opfer entlastet und der Behörde mehr Ermessen eingeräumt werden. Die Verantwortung für die Fortsetzung des Verfahrens soll bei der Behörde liegen, die neben der Erklärung des Opfers auch weitere Umstände berücksichtigen muss. Das Verfahren soll nur noch dann sistiert bzw. eingestellt werden, wenn dies zu einer Stabilisierung oder Verbesserung der Situation des Opfers beiträgt.⁸⁸

Mit Blick auf die Stossrichtung im Bereich des Gewaltschutzes und insbesondere zufolge der fehlenden kritischen Rückmeldungen seitens der Betroffenenkreise und der Behörden im Rahmen der Evaluation sieht der Bundesrat in diesem Punkt deshalb keinen Handlungsbedarf.

4.5.2 Pflicht zur Prüfung des freien Willens bei Eheschluss (Art. 99 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB)

Mit dem Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten wurden auch die Pflichten der Zivilstandsbeamtinnen und Zivilstandsbeamten im Gesetz verdeutlicht. «Das Zivilstandsamt prüft, ob die Ehevoraussetzungen erfüllt sind, insbesondere ob keine Umstände vorliegen, die erkennen lassen, dass das Gesuch *offensichtlich* nicht dem freien Willen der Verlobten entspricht» (Art. 99 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB).⁸⁹ Bereits nach früherem, vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über Massnahmen gegen Zwangsheiraten geltenden Recht hatte der Zivilstandsbeamte oder die Zivilstandsbeamtin die Mitwirkung an der Eheschliessung zu verweigern, wenn die Ehe offensichtlich nicht dem freien Willen der Verlobten entsprach, sondern von einer oder beiden Personen unter Zwang eingegangen werden sollte. Ausserdem wurde dieser Punkt bereits vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes über Massnahmen gegen Zwangsheiraten im Rahmen einer Sofortmassnahme in der ZstV (Art. 65 Abs. 1^{bis}) umgesetzt. Um ein Zeichen zu setzen, wurde das Erfordernis der Zwangsfreiheit, das sich direkt aus der verfassungsmässigen Garantie der Ehe ableitet, ausdrücklich im ZGB verankert. Mit der Ergänzung von Artikel 99 ZGB sollte das Zivilstandsamt eine klarere Rolle im Kampf gegen Zwangsheiraten erhalten und die Bedeutung des freien Willens der Verlobten sollte hervorgehoben werden.⁹⁰

In der Lehre wurde verschiedentlich die Formulierung von Artikel 99 Absatz 1 Ziffer 3 ZGB in Bezug auf das Wort «*offensichtlich*» kritisiert. Es könne nicht darum gehen, ob die Ehe *offensichtlich* nicht dem freien Willen entspreche. Vielmehr müsse sich das Amt positiv davon überzeugen, dass die Ehe dem freien Willen entspreche. Der Gesetzestext führe somit genau in die falsche Richtung. Statt die Prüfungspflicht zu verstärken, werde sie abgeschwächt. Das Zivilstandsamt müsste die Trauung sogar dann durchführen, wenn es erkannt habe, dass die Ehe nicht dem freien Willen einer Partei entspricht, dies aber nicht *offensichtlich* sei.⁹¹

⁸⁷ AS 2019 2273. Die Bestimmungen werden auf den 1. Juli 2020 in Kraft gesetzt. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass bei Zwangsheiraten in beschränktem Masse bereits nach geltendem Recht die Möglichkeit einer Verfahrenseinstellung besteht, beispielsweise wegen Wiedergutmachung (Art. 53 StGB).

⁸⁸ Botschaft Gewaltschutz, S. 7308.

⁸⁹ Der französische Gesetzestext spricht von «manifestement», der italienische von «manifestamente».

⁹⁰ Botschaft Zwangsheiraten, S. 2203.

⁹¹ GEISER, FS Häfeli, S. 268; Kritik auch von MEIER, Zwangsheirat, S. 81; BUCHER, AJP 2013, S. 1154, MONTISANO, Recht auf Ehe und Familie im Migrationsrecht, S 54.

Der Evaluationsbericht Vatter zeigt demgegenüber, dass bei den Zivilstandsbehörden, die diese Bestimmung anwenden, in Bezug auf die Anwendung bei der Prüfung der Ehevoraussetzungen keine Schwierigkeiten bestehen und diese Bestimmung in der Praxis funktioniert. Dabei ist ausserdem darauf hinzuweisen, dass die Evaluation zwanzig Fälle nachweisen konnte, in denen ein Eheschluss wegen ausgeübtem Zwang durch das Zivilstandsamt verhindert werden konnte.

Eine Neuformulierung der Bestimmung drängt sich daher aus Sicht des Bundesrates nicht auf.

4.5.3 Meldepflicht (Art. 106 Abs. 1 zweiter Satz ZGB)

Seit der Revision muss eine Meldung an die klageberechtigte Behörde gemacht werden, soweit dies mit den Aufgaben der Behörde vereinbar ist (Art. 106 Abs. 1 zweiter Satz ZGB). Eine Unvereinbarkeit besteht gemäss der Botschaft etwa dann, wenn die Behörde auf ein besonderes Vertrauensverhältnis zu ihren Klientinnen und Klienten angewiesen ist.⁹²

Aus der Perspektive der Betroffenen kann eine solche Meldepflicht – ähnlich wie eine Strafanzeigepflicht – allerdings problematisch sein. Zudem besteht das Risiko, dass die Meldung eines Verdachtsfalls an eine Behörde die betroffene Person zusätzlichen Bedrohungen aussetzt.⁹³

Die vorgesehene Meldepflicht als solche gab im Evaluationsbericht Vatter allerdings weder von Behörden-, noch von Betroffenenenseite Anlass zu Kritik. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die im vorliegenden Bericht vorgeschlagenen Anpassungen von Artikel 105 Ziffer 6 ZGB voraussichtlich dazu führen werden, dass es in Zukunft mehr Meldungen geben wird. Auch eine weitere Sensibilisierung und Schulung der Behörden sollte dazu führen, dass mehr Fälle erkannt und weitergemeldet werden. Wichtig ist, dass die mit Fällen befassten Behörden ausreichend sensibilisiert und über die möglichen Bedrohungslagen informiert sind, damit sie nötigenfalls geeignete Schutzmassnahmen in die Wege leiten können.

Der Bundesrat sieht deshalb auch hier keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf.

4.5.4 Nichtanerkennung oder System der «Anerkennung und Ungültigerklärung»

Der Eheungültigkeitsgrund der Minderjährigenheirat findet grundsätzlich nur auf Ehen Anwendung, die im Ausland abgeschlossen wurden.⁹⁴ Zwangsheiraten finden ebenfalls überwiegend im Migrationskontext statt (Ziff. 4.3.1.2). Damit stellt sich grundsätzlich auch immer die Frage, inwieweit eine solche Ehe anzuerkennen ist respektive sie allenfalls dem schweizerischen Ordre public widerspricht.

Mit der Streichung von Artikel 44 Absatz 2 IPRG und der Schaffung von Artikel 105 Ziffer 6 ZGB sollte ein gewandeltes Verständnis des Ordre public zum Ausdruck gebracht werden: Eheschliessungen in der Schweiz mit Minderjährigen sollen nicht mehr als akzeptabel betrachtet werden. Gleichzeitig sollen auch im Ausland geschlossene Minderjährigenehen grundsätzlich nicht mehr toleriert werden. Gemäss der Botschaft unterscheidet sich der Ungültigkeitsgrund jedoch von demjenigen der Polygamie (Ziff. 1) oder der engen Verwandtschaft (Ziff. 3), da nun zumindest bezüglich der Minderjährigenheirat die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen seien. Die vorausgesetzte Interessenabwägung lasse die Versagung der Anerkennung nur zu, wenn dies mit den Interessen der betroffenen Person, um deren Schutz es gehe,

⁹² Botschaft Zwangsheiraten, S. 2217.

⁹³ Evaluationsbericht Vatter, S. 103 f.

⁹⁴ WIDMER LÜCHINGER, Züricher Kommentar, N 53 zu Art. 45; WIDMER LÜCHINGER, FamPra, S. 804; MEIER, Zwangsheirat, S. 87.

vereinbar sei. Da die individuelle Situation der betroffenen Person in der Regel nicht offensichtlich zu Tage trete und ihre Beurteilung eine differenzierte Prüfung des Falls verlange, sollte über die Ordre-public-Widrigkeit der betroffenen Ehe in einem ordentlichen Verfahren vor einem Gericht befunden werden. Im Zweifelsfall soll daher eine im Ausland gültig geschlossene Ehe in einem ersten Schritt anerkannt und in einem zweiten Schritt eine Ungültigkeitsklage erfolgen. In ganz offensichtlichen Fällen, beispielsweise dort, wo angesichts des geringen Alters der betroffenen Person (im Zeitpunkt der Prüfung der Anerkennungsvoraussetzungen) und angesichts der Umstände klar ist, dass die überwiegenden Interessen gegen die Aufrechterhaltung der Ehe sprechen, könne dieser aber bereits vorfrageweise die Anerkennung versagt werden.⁹⁵

Verschiedentlich hat das Verhältnis zwischen der Anerkennung einer im Ausland geschlossene Ehe und den neuen Eheungültigkeitsgründen Zwangsheirat und Minderjährigenheirat in der Literatur Fragen aufgeworfen und zu Kritik geführt. Durch eine vorgängige Anerkennung und einem anschliessenden mit vielen Schwierigkeiten behafteten Ungültigkeitsverfahren würden Zwangs- und insbesondere Minderjährigenheiraten geradezu begünstigt. Eine Nichtanerkennung würde die Betroffenen besser schützen.⁹⁶ Für eine Ungültigkeitsklage in der Schweiz bestehe nur Raum, soweit die Ehe zunächst als gültig anerkannt worden sei. Eine Zwangsheirat verstosse gemäss der herrschenden Lehre gegen den Ordre public, womit ihr bereits die Anerkennung zu versagen sei.⁹⁷ Bei Minderjährigenheiraten sei dies in der Regel der Fall, wenn die Betroffene im Zeitpunkt der Anerkennung noch nicht 16 Jahre alt seien.⁹⁸ Demgegenüber wird jedoch auch die Ansicht vertreten, dass eine Anerkennung mit Blick auf den Ordre public nur mit äusserster Zurückhaltung zu verweigern sei. Damit werde meist nur die Rechtslage verschleiert. Sinnvoller sei die Anerkennung der Ehe mit anschliessender Ungültigerklärung. Somit liege ein Statusakt vor, der seinerseits von ausländischen Staaten wiederum anerkannt werden könne. Die Nichtanerkennung habe demgegenüber ausschliesslich Binnenwirkung. Zudem trage sie dem Umstand nicht Rechnung, dass möglicherweise Rechtsbeziehungen gelebt worden seien, die weitere rechtliche Regelungen erfordern würden. Es lasse sich schliesslich kaum begründen, inwiefern der formelle Bestand einer Ehe bis zu deren Auflösung durch ein Gericht unserem Ordre public widersprechen solle, wenn genau diese Wirkung für den Fall vorgesehen ist, dass eine Ehe mit einem entsprechenden Fehler in der Schweiz eingegangen worden sei.⁹⁹

Der Evaluationsbericht Vatter hat zu dieser Thematik grundsätzlich keine Probleme in der Praxis gezeigt und dementsprechend auch keine Empfehlung gemacht. Dagegen hat allerdings die Auswertung der Gerichtsurteile eine uneinheitliche Praxis aufgezeigt: Während verschiedene Gerichte direkt die Gültigkeit der Ehe im Sinne von Artikel 105 Ziffer 5 oder 6 ZGB prüfen, prüft ein anderes Gericht vorfrageweise, ob die Ehe anerkannt werden kann um anschliessend im Falle einer Anerkennung erst ein Ungültigkeitsverfahren zu lancieren. Im Ergebnis werden aber auch im Rahmen der Anerkennung dieselben Voraussetzungen geprüft wie bei einem Ungültigkeitsverfahren. Wird die Ehe an einem Ort jedoch nicht anerkannt, während sie am anderen Ort ungültig erklärt wird, ergeben sich für die Betroffenen unterschiedliche Auswirkungen. Bei der Nichtanerkennung hat die ausländische Ehe grundsätzlich keinerlei Wirkungen in der Schweiz und die Ehegatten gelten als nicht verheiratet. Im Herkunftsland bleibt die Ehe jedoch bestehen. Dadurch entstehen hinkende Ehen. Ist die Ehe hingegen gerichtlich für ungültig erklärt worden, so hat dieses Urteil unter Umständen auch Auswirkungen im Ausland,

⁹⁵ Botschaft Zwangsheiraten, S. 2202 und 2206 ff.

⁹⁶ BUCHER, AJP 2013, S. 1157 ff.

⁹⁷ WIDMER LÜCHINGER, Zürcher Kommentar, N 50 und 52 f. zu Art. 45 mit der entsprechenden Kritik an der Weisung Nr. 10.13.07.01 vom 1. Juli 2013 des EAZW und weiteren Hinweisen. So auch BUCHER, AJP 2013, S. 1159.

⁹⁸ COURVOISIER, Basler Kommentar, N 23a zu Art. 45.

⁹⁹ GEISER, FS Häfeli, S. 262;

womit grundsätzlich das Entstehen von hinkenden Ehen zumindest vermehrt vermieden werden kann.¹⁰⁰ Insbesondere werden bei einer Nichtanerkennung im Unterscheid zu einer gerichtlichen Ungültigerklärung keine Scheidungsfolgen geregelt.

Der Bundesrat ist nach wie vor der Ansicht, dass die vorgesehene Ungültigerklärung im Grunde genommen nichts Anderes bedeutet, als dass die betreffende Ehe im Ergebnis in der Schweiz nicht mehr anerkannt wird. Dem Ordre public kann auch genüge getan werden, indem eine Ungültigerklärung erfolgt.¹⁰¹ Der Ordre public kann nicht weiter gehen als das schweizerische Zivilrecht, das auf dem Grundsatz der Anfechtbarkeit ungültiger Ehen beruht. Im Ausland dürfte die Ungültigerklärung zwar wohl teilweise wirkungslos bleiben, trotzdem können so hinkende Rechtsverhältnisse vermehrt verhindert werden als durch eine blosser Nichtanerkennung der Ehe. Der Vorteil der Ungültigerklärung gegenüber einer Nichtanerkennung im Einzelfall liegt aber insbesondere darin, dass sich nur eine Behörde verbindlich mit der inhaltlich identischen Frage befasst. Damit wird verhindert, dass jede Behörde, die vorfrageweise das Vorliegen einer Ehe zu prüfen hat, wieder anders entscheidet. Bei einer wichtigen Statusfrage wie der Ehe besteht ein erhöhtes Bedürfnis nach Rechtssicherheit. Zudem ist es sinnvoll, wenn die schwierige Prüfung des fehlenden freien Willens oder der Interessenabwägung respektive künftig möglicherweise auch des Ehefortsetzungswillens (je nach Ausgestaltung von Art. 105 Ziff. 6 ZGB) durch ein Gericht in einem ordentlichen Verfahren vorgenommen wird. Eine Ungültigkeitserklärung bietet auch den Vorteil, dass die Scheidungsfolgen eintreten, während bei einer Nichtanerkennung unsicher ist, inwieweit der Ehe doch Rechtswirkungen zukommen können.¹⁰² Für eine betroffene Person, die auch wirtschaftlich schlechter gestellt ist, kann dies ein Vorteil sein, wenn beispielsweise Unterhalt zugesprochen wird und ein Vorsorgeguthaben geteilt wird. Grundsätzlich sollen die Behörden daher die Ehe bis zu einer allfälligen gerichtlichen Ungültigerklärung anerkennen.

Im vorliegenden Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass ein Ungültigkeitsurteil nur mit Blick auf die Nebenfolgen Wirkung *ex nunc* entfaltet. Ein Eheungültigkeitsurteil besagt, dass gar nie eine gültige Ehe bestanden hat; in diesem Sinn hat es Wirkung *ex tunc*.¹⁰³ Die vorgängige Anerkennung einer Ehe, die ungültig erklärt wird, hat daher nicht zur Folge, dass ihr für eine beschränkte Zeit Rechtswirkungen zukommen.

Vor diesem Hintergrund sieht der Bundesrat keinen Anlass, auf dieses System zurückzukommen. Dieses Vorgehen rechtfertigt sich umso mehr, als die Handhabung von Artikel 105 Ziffer 6 ZGB zu den Minderjährigenheiraten wirksamer ausgestaltet werden soll.

4.5.5 Schutz und Unterstützung der Betroffenen

Wichtig ist im Zusammenhang mit den Phänomenen der Zwangsheiraten und der Minderjährigenheiraten, dass die Betroffenen ausreichend Schutz und Unterstützung beanspruchen können, sofern nötig. Der Evaluationsbericht Vatter ermittelte hier keinen spezifischen Handlungsbedarf, wiederholt jedoch eine Empfehlung aus der Evaluation des Bundesprogramms gegen Zwangsheiraten insoweit, als die längerfristige Unterstützung der Opfer sicherzustellen sei.¹⁰⁴

Hier unterstützt der Bundesrat bis Ende 2021 ein gesamtschweizerisch tätiges Kompetenzzentrum finanziell (vgl. Ziff. 1.3 und 4.1.2). Dem Kompetenzzentrum, beziehungsweise der damit beauftragten Fachstelle Zwangsheirat kommt die Aufgabe zu, betroffene Personen beratend zu unterstützen, Fachwissen zur Verfügung zu stellen, Aktivitäten zur Sensibilisierung

¹⁰⁰ MEIER, Zwangsheirat, S. 67; GEISER, Scheinehe, Zwangshehe und Zwangsscheidung, S. 843 f.

¹⁰¹ Vgl. auch die Bemerkung hiezu bei BUCHER, AJP 2013, S. 1167.

¹⁰² WIDMER LÜCHINGER, FamPra, S. 797.

¹⁰³ BGE 145 III 36 E. 2.2.

¹⁰⁴ Evaluationsbericht Vatter, S. 108.

von Fachpersonen sowie (potenziell) Betroffenen und der Öffentlichkeit zu erbringen sowie Weiterbildungsaktivitäten durchzuführen. Diese beziehen sich sowohl auf Zwangsheiraten wie Minderjährigenheiraten. Der Bundesrat beobachtet zusammen mit den Kantonen weiter, inwiefern spezifische Massnahmen notwendig sind, um die langfristige Unterstützung der von Zwangsheirat und Minderjährigenheirat betroffene Personen sicherzustellen.¹⁰⁵

Ergänzend ist auf die Umsetzungsarbeiten zum Übereinkommen des Europarats vom 11. Mai 2011 zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention)¹⁰⁶ hinzuweisen, welche die Thematik der Zwangsheiraten ebenfalls aufgreift. Der erste Staatenbericht der Schweiz zur Umsetzung der Istanbul-Konvention ist für Februar 2021 vorgesehen.

4.5.6 Weiteres Vorgehen

Ansichts der Ergebnisse der Evaluation kann festgehalten werden, dass der Bundesrat einzig in Bezug auf die zivilrechtliche Regelung der Minderjährigenheiraten respektive dem entsprechenden Eheungültigkeitsgrund (Art. 105 Ziff. 6 ZGB) Verbesserungspotential ausmacht. Der Bundesrat erachtet den Handlungsbedarf als gegeben und wird – um die dargestellten Probleme rasch zu beheben – eine Vernehmlassungsvorlage im Sinne der skizzierten Lösung vorbereiten.

Die Evaluation der übrigen im ZGB eingeführten Bestimmungen hat demgegenüber keinen Anlass zu Anpassungen gegeben. Der Bundesrat sieht daher dort aktuell keinen Handlungsbedarf.

5 Schlussfolgerung

Die Evaluation hat gezeigt, dass die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen eine wichtige Funktion haben. Die Bekämpfung der Phänomene Zwangsheirat und Minderjährigenheirat erfordert dennoch eine ganzheitliche Betrachtung. Entsprechend verfolgt der Bundesrat eine auf mehreren Säulen basierende Strategie. Er legt dabei insbesondere Wert darauf, den Schutz der Betroffenen stets im Auge zu behalten und wenn möglich gesetzliche Verbesserungen vorzuschlagen.

Eine solche Verbesserung soll aktuell bei der sogenannten «Heiratsverschleppung» eingeführt werden. Betroffen sind Fälle, in denen eine Person, die in der Schweiz lebt, im Ausland gegen ihren Willen und eventuell auch noch minderjährig verheiratet werden soll. Die Problematik akzentuiert sich oft vor den langen Sommerferien, wenn die Familien in ihre Herkunftsländer reisen.¹⁰⁷ Der Bundesrat hat sich dieser Thematik bereits im Bericht Bundesprogramm angenommen.¹⁰⁸ In der Zwischenzeit hat die Fachstelle Zwangsheirat in Zusammenarbeit mit der Stadt Bern als weitere Schutzmassnahme eine eidesstattliche Erklärung entwickelt, die von den Betroffenen im Hinblick auf eine Ausreise unterzeichnet werden kann.¹⁰⁹ Eine zusätzliche Schutzmassnahme soll nun hier auch im Rahmen einer Anpassung des Schengener Informationssystems eingeführt werden, indem die Möglichkeit geschaffen werden soll, präventiv besonders schutzbedürftige Personen wie Kinder, die Opfer einer Zwangsheirat werden könnten, auch im polizeilichen Informationssystem des Bundes (RIPOL) auszuschreiben. Die KESB

¹⁰⁵ Bericht Bundesprogramm, S. 13.

¹⁰⁶ SR 0.311.35

¹⁰⁷ Vgl. dazu auch die Ausführungen bei der Fachstelle Zwangsheirat, abrufbar unter www.zwangsheirat.ch > Heiratsverschleppung.

¹⁰⁸ Bericht Bundesprogramm, S. 14.

¹⁰⁹ Diese ist abrufbar unter www.zwangsheirat.ch > Heiratsverschleppung.

müsste eine solche Ausschreibung jeweils anordnen.¹¹⁰ Auf diese Weise könnten Ausreisen von von einer Heiratsverschleppung bedrohten Minderjährigen verhindert werden.

Ebenfalls immer wieder ein Thema im Zusammenhang mit Zwangs- und Minderjährigenheiraten sind religiöse Eheschliessungen.¹¹¹ Auf Bundesebene wurden jüngst zwei parlamentarische Vorstösse zum sogenannten Voraustrauungsverbot eingereicht (und wieder zurückgezogen).¹¹² Betont wurde vom Bundesrat in diesem Zusammenhang die wichtige Schutzfunktion, die dem Verbot einer religiösen Trauung vor der Ziviltrauung (Art. 97 Abs. 3 ZGB) gerade im Zusammenhang mit Zwangsheiraten und Minderjährigenheiraten zukomme. Die Rechtskommission des Nationalrates (RK-N) hat die parlamentarische Initiative 17.470 vorgeprüft. Auch sie befürchtet, dass die Abschaffung des Voraustrauungsverbots einen Anstieg von Kinder- und Zwangsheiraten zur Folge haben könnte. Eine Aufhebung des Verbots würde den Bestrebungen, die Zwangs- und Kinderehen zu verhindern, zuwiderlaufen. Es wurde im Verhältnis mit 20 zu 3 Stimmen bei 1 Enthaltung entschieden, der Initiative keine Folge zu geben.¹¹³

Der Bundesrat ist überzeugt, dass mit diesem breiten Konzept, den bereits erlassenen Massnahmen im Rahmen des Bundesgesetzes über Massnahmen gegen Zwangsheiraten, den Sensibilisierungs- und Präventionsmassnahmen sowie den nun konkret vorgesehenen Gesetzgebungsarbeiten zur Anpassung der Regelung im ZGB die Situation in Bezug auf die von Zwangs- und Minderjährigenheiraten Betroffenen deutlich verbessert werden kann.

¹¹⁰ Übernahme und Umsetzung des Reformpakets zum Schengener Informationssystem (SIS); www.fedpol.admin.ch > Aktuell > News > Medienmitteilung vom 13.02.2019. Eine entsprechende Vernehmlassung des EJPD endete am 20. Mai 2019. Das EJPD ist derzeit daran, eine entsprechende Botschaft auszuarbeiten.

¹¹¹ Vgl. bspw. ein Artikel in der NZZ am Sonntag «Illegale Ehen: Prediger trauen Minderjährige», www.nzz.ch/sonntag vom 29. Januar 2017.

¹¹² Pa.Iv. 17.470 Zanetti «Keine Diskriminierung religiöser Eheschliessungen», nach Beratung in der Rechtskommission des Nationalrates am 11. September 2018 zurückgezogen, und Mo. 17.3693 Page «Aufhebung des Verbots, eine religiöse Eheschliessung vor der Ziviltrauung durchzuführen», am 10. September 2019 zurückgezogen.

¹¹³ Bericht der Kommission für Rechtsfragen vom 5. Juli 2018 zur pa.Iv. 17.470 Zanetti «Keine Diskriminierung religiöser Eheschliessungen»; abrufbar unter www.parlament.ch.

6 Quellenverzeichnis

Bericht des Bundesrates vom 7. November 2007 in Erfüllung des Postulates 05.3477 der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 9. November 2005 «Strafbarkeit von Zwangsheiraten und arrangierten Heiraten», abrufbar unter: www.bj.admin.ch > Gesellschaft > abgeschlossene Gesetzgebungsprojekte > Zwangsheiraten (zit. Bericht Zwangsheiraten und arrangierte Heiraten 2007)

Bericht des Bundesrates vom 25. Oktober 2017 «Bundesprogramm Bekämpfung Zwangsheiraten 2013-2017», abrufbar unter: www.sem.admin.ch > Themen > Integration > Zwangsheirat (zit. Bericht Bundesprogramm)

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Herabsetzung des zivilrechtlichen Mündigkeits- und Ehefähigkeitsalters, Unterhaltspflicht der Eltern, BBl 1993 I, S. 1169 ff. (zit. Botschaft Mündigkeits- und Ehefähigkeitsalter)

Botschaft des Bundesrates über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995, BBl 1996 I, S. 1 ff. (zit. Botschaft Scheidungsrecht)

Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen gegen Zwangsheiraten vom 23. Februar 2011, BBl 2011, S. 2185 ff. (zit. Botschaft Zwangsheiraten).

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Verbesserung des Schutzes gewaltbetroffener Personen vom 11. Oktober 2017, BBl 2017, S. 7307 ff. (zit. Botschaft Gewaltschutz)

BUCHER ANDREAS, L'accueil des mariages forcés, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2013, S. 1153 ff. (zit. BUCHER, AJP 2013)

BÜCHLER ANDREA, Zwangsehen in zivilrechtlicher und internationalprivatrechtlicher Sicht, Die Praxis des Familienrechts (FamPra) 2007, S. 725 ff. (zit. BÜCHLER, FamPra)

COURVOISIER MAURICE, Honsell/Vogt/Schnyder/Berti (Hrsg.), Basler Kommentar zum IPRG, 3. Auflage, Basel 2013 (zit. COURVOISIER, Basler Kommentar)

FOUNTOULAKIS CHRISTIANA / MÄSCH GERALD, Ausländische Kinderehen und Schweizer IPR – Ein besorgter Zwischenruf, in: Fankhauser/Reusser/Schwander (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser, Zürich/St.Gallen 2017, S. 241 ff. (zit. FOUNTOULAKIS/MÄSCH, FS Geiser)

GEISER THOMAS, in: Geiser/Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. Auflage, Basel 2018 (zit. 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 (Hrsg.), Zwischen Schutz und Selbstbestimmung, FS für Christoph Häfeli zum 70. Geburtstag, Bern 2013, S. 249 ff. (zit. GEISER, FS Häfeli)

GEISER THOMAS, Scheinehe, Zwangsehe und Zwangsscheidung aus zivilrechtlicher Sicht, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZBJV) 2008, S. 817 ff. (zit. GEISER, Scheinehe, Zwangsehe und Zwangsscheidung)

JÄNTERÄ-JAREBORG MAARIT, Sweden: New rules on non-recognition of underage marriages, Conflict of Laws.net – Views and News in Private International Law, publiziert am 6. Februar 2019 (zit. JÄNTERÄ-JAREBORG, Conflict of Laws.net).

MEIER YVONNE, Schwenzer/Büchler (Hrsg.), Zwangsheirat – Rechtslage in der Schweiz – Rechtsvergleich mit Deutschland und Österreich, Schriftenreihe zum Familienrecht (FamPra) Band 16, Bern 2010 (zit. MEIER, Zwangsheirat)

MONTISANO LUCA, Sutter-Somm (Hrsg.), Das Recht auf Ehe und Familie im Migrationsrecht, Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. MONTISANO, Recht auf Ehe und Familie im Migrationsrecht)

NEUBAUER ANNA / DAHINDEN JANINE, in Zusammenarbeit mit Pauline Breguet und Eric Crettaz, «Zwangsheiraten» in der Schweiz: Ursachen, Formen, Ausmass, Bundesamt für Migration, Bern 2012, abrufbar unter: www.sem.admin.ch > Einreise und Aufenthalt > Integration > Themen > Zwangsheirat (zit. NEUBAUER /DAHINDEN, Studie Zwangsheiraten)

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

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

RAUSCHER THOMAS, 1. Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht / Rechtskolonialismus oder Zweckverfehlung? – Auswirkungen des Kinderehebekämpfungsgesetzes im IPR, in: Markus/Hrubesch-Millauer/Rodriguez (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, S. 245 ff. (zit. RAUSCHER, FS 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, Bern, 27. März 2019 (zit. Evaluationsbericht Vatter)

SCHWEIZERISCHES INSTITUT FÜR RECHTSVERGLEICHUNG (SIR), Mariage forcé, Stand am 31. August 2018, abrufbar unter: www.isdc.ch/de > Dienstleistungen > Informationen zum ausländischen Recht online > mariage forcé (zit. Gutachten SIR)

WIDMER LÜCHINGER CORINNE, Migration und Zwangsehe im internationalen Privatrecht, Die Praxis des Familienrechts (FamPra), 2011, S. 804 ff. (zit. WIDMER LÜCHINGER, FamPra)

WIDMER LÜCHINGER CORINNE, Müller-Chen/Widmer Lüchinger (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, Band I, 3. Auflage, Zürich 2018 (zit. WIDMER LÜCHINGER, Zürcher Kommentar)

Anhang: Rechtsvergleich

Eine ausführliche Darstellung des internationalen Rechts sowie einzelner Länder im Bereich der Zwangsheiraten hat der Bundesrat in seinem Bericht «Zwangsheiraten und arrangierte Heiraten» im Jahr 2007 bereits vorgenommen.¹¹⁴ Das SIR hat nun im Auftrag des BJ einen umfassenden aktualisierten Rechtsvergleich zur Thematik der Zwangsheiraten sowie neu auch der Minderjährigenheiraten erstellt und um verschiedene Länder erweitert. Entsprechend dem Auftrag des Postulats 16.3897 und mit Blick auf die Evaluationsergebnisse folgt hier eine Zusammenfassung des Gutachtens SIR in Bezug auf die *Minderjährigenheiraten*.¹¹⁵

Im vorliegenden Zusammenhang interessieren insbesondere Bestimmungen oder Empfehlungen betreffend das Ehemündigkeitsalter. Tatsächlich äussern sich die meisten Instrumente im Bereich des internationalen Menschenrechtsschutzes nur zu Zwangsheiraten.¹¹⁶ Verschiedentlich wird allerdings festgehalten, es sei ein Heiratsmindestalter zu definieren. Speziell zu erwähnen ist das 1962 durch die UN-Generalversammlung verabschiedete Übereinkommen über die Erklärung des Ehemündigkeitsalters, das Heiratsmindestalter und die Registrierung von Eheschliessungen,¹¹⁷ welches die Schweiz allerdings nicht ratifiziert hat. Auch dieses schreibt die Schaffung eines Ehemündigkeitsalters vor. In der zugehörigen, aber nicht verbindlichen Empfehlung soll dieses mindestens 15 Jahre betragen.¹¹⁸ Dagegen empfiehlt jedoch das Komitee für Kinderrechte zusammen mit dem Komitee zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau den Mitgliedstaaten, dass ein Ehefähigkeitsalter von 18 Jahren festgelegt werden soll. Sollte bei Vorliegen ausserordentlicher Umstände eine frühere Verheiratung stattfinden, dann nicht unter dem absoluten Mindestalter von 16 Jahren.¹¹⁹ Die UNO-Kinderrechtskonvention¹²⁰ als solche enthält keine Bestimmung betreffend Heirat oder Heiratsalter. Ein Heiratsmindestalter von 18 Jahren sieht im Übrigen aber auch die Afrikanische Charta vor.¹²¹ Eine Definition der Kinderehe findet sich in der Europaratsresolution 1468: Eine Kinderehe sei eine Ehe, bei der mindestens eine Person beteiligt sei, die noch nicht 18 Jahre alt sei. Empfohlen wird, 18 Jahre als Ehefähigkeitsalter festzulegen.¹²² Artikel 16 Absatz 2 CEDAW hält zudem fest, eine Kinderehe solle keine rechtlichen Wirkungen entfalten.

In **Deutschland** ist am 22. Juli 2017 ein neues Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen in Kraft getreten. Damit ist eine Ehe mit einer Person unter 16 Jahren nicht wirksam, was grundsätzlich auch für im Ausland geschlossene Ehen gilt. Dagegen ist eine Eheschliessung mit einer minderjährigen Person zwischen 16 und 18 Jahren zwar wirksam, aber aufhebbar. Eine Frist für die Aufhebung der Ehe existiert nicht, jedoch kann eine solche Ehe dann nicht mehr aufgehoben werden, wenn die bei Eheschluss minderjährige Person nach Erreichen der Voll-

¹¹⁴ Bericht Zwangsheiraten und arrangierte Heiraten, S. 10 ff.

¹¹⁵ Für weiterführende Angaben zum Internationalen Bereich wie auch zu den einzelnen Ländern vgl. Gutachten SIR.

¹¹⁶ Vgl. hier nur eine Auswahl der einschlägigen Abkommen: Artikel 12 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR **0.101**); Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II, SR **0.103.2**); Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt I, SR **0.103.1**); Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (CEDAW, SR **0.108**). Weitere Ausführungen finden sich im Gutachten SIR. Neu hat die Schweiz die Istanbul-Konvention ratifiziert. Diese ist für die Schweiz am 1. April 2018 in Kraft getreten. Sie enthält mit Blick auf die Zwangsverheiratung spezifische Bestimmungen wie bspw. Art. 32 (zivilrechtliche Folgen der Zwangsheirat) und Art. 37 ff. (betreffend Strafbestimmung bei Zwangsheirat).

¹¹⁷ Convention on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages of 07.11.1962, Art. 1 und 2.

¹¹⁸ Recommendation on Consent to Marriage, Minimum Age for Marriage and Registration of Marriages of 01.11.1965, Principle II.

¹¹⁹ Joint general recommendation No. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women/general comment No. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices, B 55 (f) sowie das Gutachten SIR, S. 34.

¹²⁰ Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (UN-KRK, SR **0.107**).

¹²¹ Die Afrikanische Charta der Rechte und des Wohlergehens des Kindes wurde am 11. Juli 1990 von der Konferenz der Staats- und Regierungschefs angenommen. Sie trat im November 1999 in Kraft und wurde von 41 der 54 afrikanischen Staaten ratifiziert (Stand: 13. Februar 2017).

¹²² Europaratsresolution 1468, Ziff. 7 und 14.2, insb. 14.2.4.

jährigkeit das Fortbestehen der Ehe bestätigt oder wenn ein aussergewöhnlicher Härtefall vorliegt.¹²³ Der Automatismus der Nichtwirksamkeit von Ehen unter Beteiligung einer Person unter 16 Jahren hat bereits zu einem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht geführt. Dabei gehe es nicht darum, Kinderehen in Schutz zu nehmen. Gerade der Minderjährigenschutz gebiete es aber, anstelle eines rigiden Automatismus den Einzelfall zu begutachten. Es gebe auch keine Folgeregeln, etwa zum Unterhalt. Die Nichtigkeitsregel verletze damit das Kindeswohl sowie Artikel 6 Absatz 1 Grundgesetz, der auch lediglich nach fremdem Recht wirksame Ehen schütze.¹²⁴

In **Österreich** ist für die Eheschliessung vorausgesetzt, dass die Ehegatten volljährig und damit 18 Jahre alt sind. Allerdings können unter bestimmten Voraussetzungen auch Minderjährige ab 16 Jahren gerichtlich für ehefähig erklärt werden. Fehlt die Ehefähigkeit, so ist die Ehe grundsätzlich nichtig. Nichtsdestotrotz gilt die Ehe von Anfang an, wenn der Ehegatte nach Eintritt der Ehefähigkeit zu erkennen gibt, dass er die Ehe fortsetzen will. Für den Umgang mit im Ausland geschlossenen Minderjährigenehen besteht keine explizite kollisionsrechtliche Bestimmung im österreichischen Recht. Dem Phänomen wird jedoch auf Ebene des ordre public im Internationalen Privatrecht begegnet. Dabei widerspricht eine im Ausland geschlossene Ehe dem ordre public, wenn das Ehemündigkeitsalter von 16 Jahren «mehr als nur geringfügig unterschritten wird». Dagegen wurde das Mindestalter für Ehepartner im Familiennachzug auf 21 Jahre erhöht. Dies sei eine verstärkte Schutzmassnahme gegen Zwangs- und Minderjährigenehen. Zu dieser Regelung finden sich in der österreichischen Literatur verschiedene kritische Stellungnahmen, insbesondere sei diese unverhältnismässig.

In **Dänemark** liegt das Ehefähigkeitsalter ebenfalls bei 18 Jahren. Seit dem 1. Februar 2017 können davon grundsätzlich keine Ausnahmen mehr gemacht werden. Wird die Ehe von einer Person unter 18 Jahren geschlossen, ist diese Ehe nicht gültig. Allerdings ist eine behördliche Genehmigung der Ehe bei Vorliegen von ausserordentlichen Umständen möglich. Diese Regelung gilt sowohl für Ehen, die im Inland wie im Ausland abgeschlossen werden.

In **Schweden** sind am 1. Januar 2019 neue Regelungen im Bereich des internationalen Privatrechts in Kraft getreten.¹²⁵ Im Grundsatz soll keine Ehe in Schweden anerkannt werden, wenn mindestens einer der Ehegatten im Zeitpunkt des Eheschlusses unter 18 Jahren alt ist. Einzig bei Vorliegen aussergewöhnlicher Umstände kann eine solche Ehe trotzdem anerkannt werden. Dabei ist zu beachten, dass ein Charakteristikum des schwedischen Familienrechts darin besteht, dass eine Ehe weder nichtig sein noch annulliert werden kann. Scheidung und Tod sind in Schweden die einzigen Möglichkeiten, eine Ehe aufzulösen. Mit der Regelung der Nichtanerkennung obliegt die Entscheidung jeder einzelnen Behörde, die mit der Ehe befasst ist. Kritisiert wird, dass dies zu einer Rechtsunsicherheit und Unvorhersehbarkeit führe.¹²⁶

Spanien geht ebenfalls von einem Ehefähigkeitsalter von 18 Jahren aus, lässt jedoch Ausnahmen ab 16 Jahren unter bestimmten Voraussetzungen zu. Ehen mit Minderjährigen sind grundsätzlich nichtig. Während der Minderjährigkeit kann die Nichtigkeit von den Eltern, dem Vormund oder Beistand oder behördlich (ministerio fiscal) geltend gemacht werden. Wird die betroffene Person volljährig, kann nur sie die Nichtigkeit noch geltend machen. Wenn die Ehegatten auch bei Volljährigkeit zusammenleben, kann die Klage auf Nichtigkeit nicht geltend gemacht werden. Die Ehe mit einer Person unter 16 Jahren wird zumindest in der strafrechtlichen Doktrin als Zwangsheirat angesehen.

In **Belgien** gilt ebenfalls das Heiratsmündigkeitsalter von 18 Jahren, wobei auch hier Ausnahmen zulässig sind. Eine Heirat mit einer minderjährigen Person ist nichtig. Nach Erreichen der

¹²³ Vgl. auch RAUSCHER, FS Kren Kostkiewicz, S. 245-268.

¹²⁴ Legal Tribune online vom 3. Januar 2019; abrufbar unter: www.lto.de/recht/hintergruende/h/kinderehen-gesetz-vorlage-bgh-bverfg-harbath-befangenheit/.

¹²⁵ Diese sind im Gutachten SIR vom August 2018 noch nicht berücksichtigt.

¹²⁶ JÄNTERÄ-JAREBORG, Conflict of Laws.net.

Volljährigkeit kann die Nichtigkeit nur noch während einer Frist von 6 Monaten geltend gemacht werden.

Frankreich geht auch davon aus, dass eine Person 18 Jahre alt sein muss, um heiraten zu können. Allerdings sind auch hier Ausnahmen möglich, zum Beispiel die Schliessung der Ehe nach dem jeweiligen Heimatrecht, sofern dieses ein tieferes Ehemündigkeitsalter vorsieht. Eine Ehe mit einer minderjährigen Person kann innerhalb einer Frist von 30 Jahren annulliert werden. Anzumerken ist, dass der ausländische Ehegatte auch die Anwendung seines Heimatrechts verlangen kann. Sieht dieses ein Ehefähigkeitsalter unter 18 vor, so erfolgt eine Ordre-public-Prüfung.

Auch in **Italien** gilt ein Ehefähigkeitsalter von 18 Jahren und auch hier sind Ausnahmen ab 16 Jahren zulässig. Wird die Ehe mit einer minderjährigen Person nicht gültig geschlossen, fehlt es also an einer gültigen Ausnahme, kann die Ehe annulliert werden. Nach Erreichen der Volljährigkeit kann der betroffene Ehegatte die Ehe noch während eines Jahres annullieren lassen.

Norwegen hat im März 2018 ein absolutes Ehemündigkeitsalter von 18 Jahren verabschiedet, wovon keine Ausnahmen mehr zulässig sind. Zudem wurde verabschiedet, dass eine Ehe, die vor 18 Jahren eingegangen wurde, von den Betroffenen ohne vorgängige Trennung aufgelöst werden kann. Die Klage kann nicht nur von den betroffenen Ehegatten sondern auch von Amtes wegen eingeleitet werden.

Seit November 2015 ist in den **Niederlanden** eine Minderjährigenheirat gesetzeswidrig und es gilt ausnahmslos das Ehemündigkeitsalter 18 Jahre. Eine Ehe mit einer Person unter 18 Jahren wird grundsätzlich nicht anerkannt, es sei denn, beide Ehegatten sind im Anerkennungszeitpunkt volljährig. Allerdings wird auch minderjährigen Personen bei Nichtanerkennung ihrer Ehe ein Aufenthaltsrecht in den Niederlanden zugesichert. Wird trotzdem eine Ehe unter Beteiligung einer minderjährigen Person abgeschlossen, so kann diese von Amtes wegen für nichtig erklärt werden.



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 Eggler, 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. Ça 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. 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'âpres 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 envoie, 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'avéreraient 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 *ex tunc*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, Schwenzer / 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 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-harbach-befangenheit/

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.