

# *L'ordre public dans l'air du temps*

## **Diapo 1**

Exposé donné par Madame le professeur Jolanta Kren Kostkiewicz lors de l'assemblée annuelle de la Conférence des autorités cantonale de surveillance de l'état civil (CEC) à Soleure, le vendredi 25 avril 2014.

Remarque: le style est largement similaire à celui de l'exposé.

## **Diapo 2**

### **SOMMAIRE:**

#### **I. Introduction**

#### **II. Essence de l'*ordre public***

- A. L'*ordre public* suisse**
- B. L'*ordre public* international**
- C. L'*ordre public* dans les traités internationaux**
- D. Contourner la loi?**
- E. Conséquences d'un recours à l'*ordre public***

#### **III. Relativité de l'*ordre public***

- A. Relativité dans le temps**
- B. Relativité dans l'espace**
- C. Question préalable et question principale**

**Diapo 3**

**IV. Exemples tirés de la pratique**

**A. Droit du nom**

**B. Mariage**

**C. Effets du mariage**

**D. Divorce**

**E. Droit de l'enfant**

**V. Remarque finale**

**VI. Références littéraires et documentaires**

**VII. Annexe**

## *I. Introduction*

### **Diapo 4**

Notre époque de globalisation et de jouissance presque illimitée des droits inhérents à chaque être humain confronte le législateur ainsi que les tribunaux et autorités compétents à de nouveaux défis. Certes, la société évolue, mais les exigences auxquelles sont confrontés le législateur et les autorités chargées d'appliquer le droit, aussi. Voilà qui nous amène au sujet de mon exposé du jour: l'*ordre public* dans l'air du temps. Permettez-moi de citer Marie Freifrau von Ebner-Eschenbach, une nouvelliste autrichienne:

*La morale qui suffisait à nos pères ne peut suffire à nos enfants.*

(Marie Freifrau von Ebner-Eschenbach [1830–1916], conteuse, nouvelliste et auteur d'aphorismes autrichienne)

Il va de soi que l'*ordre public* ne saurait être mis sur un pied d'égalité avec la morale uniquement. Toutefois, cette citation me semble une entrée en matière adéquate pour aborder la question qui nous occupe en ce jour, car tous deux ont en commun la défense de valeurs fondamentales irrévocables. Avant d'en venir au fond, je souhaite vous présenter brièvement le droit international privé (DIP), afin de pouvoir vous expliquer ensuite l'essence de l'*ordre public*. Pour cela, il vous faut impérativement avoir quelques notions de DIP et des termes qui y sont associés.

## Diapo 5

Le DIP a pour fonction de délimiter le domaine d'application d'ordres juridiques valables simultanément mais divergents quant à leur substance afin de résoudre un état de fait international (une situation impliquant deux ou plusieurs nations).

Dans un sens plus strict, le terme de «droit international privé» signifie donc des règles qui se rapportent à plus qu'un ordre juridique national (ou état de fait international) et qui déterminent le droit national à appliquer à une situation relevant du droit privé. En d'autres termes, le DIP compris ainsi décide quel ordre juridique privé doit être appliqué si une situation implique deux Etats ou plus.

Le DIP entend ainsi éviter un conflit entre plusieurs législations théoriquement applicables. Le DIP est donc appelé «droit de conflit de lois» (engl.: *conflict of laws*, deu.: *Kollisionsrecht*, it.: *diritto di collisione*).

Les règles de conflit du DIP donnent à l'autorité décidant en la cause ou au tribunal appelé à trancher une consigne d'application du droit; le DIP peut par conséquent aussi être appelé «droit d'application du droit».

Le DIP ne juge pas directement un fait, mais détermine un certain droit national pour prendre une décision, raison pour laquelle il est aussi appelé «droit de renvoi».

De manière générale, les règles juridiques sont caractérisées par le fait qu'elles décrivent de manière abstraite une procédure juridiquement pertinente (état de fait). Cette description expose les faits d'un point de vue légal. La règle juridique rattache à la réalisation de ces faits une conséquence juridique, également abstraite.

## Diapo 6

Les règles juridiques sont en principe divisées en règles matérielles et règles de conflit. Une règle matérielle doit régler de la manière la plus conclusive un état de fait réel ou des éléments de celui-ci; elle doit donc trancher immédiatement. Une règle de conflit formule quant à elle les faits en question juridique abstraite; sa portée juridique ne tranche donc pas immédiatement mais détermine un ordre juridique pour prendre une décision.

## Diapo 7

Le schéma «si-donc» est typique des règles matérielles: si les caractéristiques de l'état de fait sont satisfaites, la conséquence juridique prévue s'applique donc.

*Exemple:*

Art. 641, al. 1 CC: le propriétaire d'une chose (= état de fait légal abstrait) a le droit d'en disposer librement, dans les limites de la loi (= conséquence juridique abstraite).

Le tribunal qui doit juger un fait réel le compare à l'état de fait légal et le soumet à la règle juridique correspondante (*subsumption*). Si le fait réel peut être soumis à l'état de fait légal, la conséquence juridique prévue par la règle juridique est appliquée.

La structure d'une règle de conflit autonome (règle d'application du droit) est largement similaire à celle d'une règle matérielle. La règle de conflit contient également un état de fait abstrait ainsi qu'une conséquence juridique abstraite. Toutefois, cette conséquence juridique est fondamentalement différente en raison de la fonction spécifique du DIP.

Les règles matérielles ont une conséquence juridique aboutissant à une décision matérielle alors que les règles de conflit ne font que préciser l'ordre juridique déterminant pour la prise de décision matérielle. La décision en la cause doit être déduite de cet ordre juridique.

### Diapo 8

L'aspect relatif à l'état de fait d'une règle de conflit contient en général deux éléments: un facteur de renvoi (objet du rattachement) et le facteur de rattachement (point de rattachement). L'aspect de la conséquence juridique contient la règle d'application du droit.

Le **facteur de renvoi** est un facteur systémique utilisé par la règle de conflit et formulé en matière de droit matériel – la question juridique décrite de manière abstraite pour laquelle le renvoi à un ordre juridique particulier est prononcé (p.ex mariage, lien de filiation, contrat). Cela suppose tacitement que l'ordre juridique auquel il est renvoyé contient un principe juridique matériel correspondant. Cependant, l'objet de renvoi d'une règle de conflit est en général formulé de manière nettement plus abstraite que l'état de fait d'une règle matérielle, car le premier doit couvrir un nombre plus élevé d'états de fait. On parle donc aussi de «*facteur groupé*».

Le facteur de renvoi délimite dans le même temps le domaine d'application des règles de conflit entre elles et peut – mais ne doit pas – correspondre aux facteurs systémiques de l'autre ordre juridique national.

Le **facteur de rattachement** est une caractéristique qui lie le facteur de renvoi à un ordre juridique. Cela signifie que la règle de conflit déclare tel ou tel ordre juridique applicable en fonction de ce critère. On prend pour cela référence à un élément abstrait de l'état de fait qui se matérialise en une personne (nationalité ou domicile), un objet (emplacement de la chose) ou une action (exécution d'une disposition testamentaire).

La **conséquence juridique** d'une règle de conflit autonome (renvoi) est l'application de l'ordre juridique déterminé par le facteur de rattachement. Cette conséquence juridique différencie fondamentalement les règles de conflit des règles matérielles. Une règle matérielle oblige celui à qui elle s'adresse à adopter un certain comportement (agir, tolérer ou s'abstenir). La règle de conflit ne fait que déterminer l'ordre juridique dans lequel il faut chercher une telle instruction. L'ordre juridique identifié par le biais du facteur de rattachement est en d'autres termes déterminant pour l'autorité chargée de prendre une décision.

La conséquence juridique de la règle de conflit ne consiste donc pas en une conséquence immédiate de droit matériel (à l'image d'une indemnité pour l'acte illicite commis), mais un caractère déterminant d'un certain droit qui décide de la conséquence juridique matérielle. Le droit donné pour applicable est appelé *lex causae*.

### Diapo 9

En d'autres termes, le facteur de rattachement est le critère déterminant permettant de déterminer le droit à appliquer.

La question de la règle de conflit présument du facteur de renvoi (p.ex. effets du mariage) parmi les ordres juridiques entrant en ligne de compte dépend nécessairement du lien existant entre l'état de fait et un domaine du droit en particulier. En d'autres termes, avec quel domaine du droit le lien est-il le plus fort? A cet égard, les éléments à prendre en considération sont avant tout les relations entre

les personnes, objets ou actes qui surviennent dans les faits réels d'une part et un domaine du droit d'autre part. Ces liens sont établis par les facteurs de rattachement tels que le domicile, la nationalité, la volonté des parties, le lieu de conclusion du contrat ou le lieu d'un acte délictueux, etc. Le droit délimité par le facteur de rattachement est appelé *lex causae*.

Chaque facteur de rattachement a trois éléments: un sujet, un attribut de ce sujet et un moment.

Un sujet peut être une personne (p.ex. un enfant), un objet peut être une chose (p.ex. un terrain), un événement (p.ex. une action interdite) ou un droit subjectif (p.ex. un droit régissant un bien immatériel).

L'attribut porte sur la qualité du sujet ou de l'objet, qui établit un rapport entre celui-ci et un ordre juridique particulier. Ces attributs peuvent soit être variables (p.ex. nationalité ou domicile d'une personne, lieu de stockage d'un bien meuble) ou invariable (p.ex. emplacement d'un bien immobilier).

Tout facteur de rattachement a aussi un facteur temporel, à savoir le moment-clé qui est essentiel pour déterminer l'ordre juridique applicable. Ce moment n'est souvent pas expressément mentionné dans la règle de conflit, mais doit être déterminé par interprétation.

Exemple: **Art. 69 LDIP**

<sup>1</sup> *Pour déterminer le droit applicable à l'établissement, à la constatation ou à la contestation de la filiation, on se fondera sur la date de la naissance.*

<sup>2</sup> *Toutefois, en cas de constatation ou de contestation judiciaires de la filiation, on se fondera sur la date de l'action si un intérêt prépondérant de l'enfant l'exige.*



## Diapo 10

Pour bien comprendre la notion d'*ordre public*, il faut également saisir la différence entre règle de renvoi et règle de reconnaissance. Contrairement à une règle de renvoi qui détermine l'ordre juridique applicable, une règle de reconnaissance définit les conditions auxquelles une décision étrangère est traitée de manière similaire à une décision correspondante prise dans le pays.

## Diapo 11

### *II. Essence de l'ordre public*

Les règles de conflit du DIP visent à établir une harmonie décisionnelle, l'application du propre droit ne figurant pas à l'avant-plan, ni d'ailleurs l'application du «meilleur» droit matériel. Les règles de conflit présupposent l'équivalence des divers ordres juridiques et visent une équité en matière de droit du conflit de lois. En d'autres termes, le DIP consiste à déterminer l'ordre juridique qui est le plus étroitement lié à l'état de fait réel. Les faits réels à juger ont leur «siège» dans cet ordre juridique.

Le droit de renvoi actuel a été marqué par FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, qui en 1849 déjà, dans le huitième volume de son ouvrage *System des heutigen römischen Rechts* constatait que la tâche du DIP consiste à «déterminer pour chaque classe de rapport de droit le domaine auquel il appartient, c'est-à-dire le siège du rapport de droit.»

Le droit international privé moderne prend sciemment en compte le fait que le droit du conflit de lois renvoie à un ordre juridique étranger, dont les conséquences juridiques nous sont inconnues ou nous paraissent étranges. Pour formuler la chose de manière imagée: suivre les règles de conflit est un saut dans l'inconnu.

Toutefois, la conception suisse de la justice ne saurait être occultée. Les tribunaux et autorités suisses ne doivent pas appliquer dans tous les cas les règles juridiques étrangères, car cela porterait atteinte à la sensibilité nationale en matière de droit. Le législateur a donc introduit dans la LDIP quelques aides à la correction.

## **Diapo 12**

Pour être complet et pour respecter la systématique de la LDIP, il faut ensuite mentionner la clause d'exception en tant qu'aide à la correction, au moyen de laquelle la justesse de la règle de conflit est avant tout prise en considération.

De manière générale, les clauses d'exception sont des règles de rattachement, qui constituent certes une alternative au rattachement de principe, mais qui autorisent exceptionnellement l'application d'un ordre juridique différent que celui auquel il est en principe renvoyé, contrairement à des éléments de rattachement alternatifs.

De telles règles de conflit sont controversées en termes de politique du droit. Elles permettent d'une part aux tribunaux de viser dans des cas particuliers un résultat plus juste en termes de droit du conflit de lois ou (du point de vue du DIP) un résultat apparemment plus juste. D'autre part, l'autorité et la fiabilité des règles de conflit sont sapées, ce qui constitue une atteinte non négligeable à la sécurité du droit.

La LDIP suisse contient également une telle clause d'exception générale, qui autorise le juge à appliquer exceptionnellement un autre droit que celui que la LDIP désigne comme étant applicable. Cette disposition est formulée comme suit:

**Art. 15 LDIP**

*<sup>1</sup> Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit.*

*<sup>2</sup> Cette disposition n'est pas applicable en cas d'élection de droit.*

Cette clause d'exception est un aveu du législateur que la législation DIP nationale ne peut en aucun cas régler tous les cas de conflits ayant un lien avec un ordre juridique étranger, raison pour laquelle les autorités et tribunaux chargés d'appliquer le droit doivent disposer d'une certaine marge de manœuvre afin de pouvoir éviter des résultats «déraisonnables».

Une autre aide à la correction se trouve à l'art. 17 LDIP. La réserve de l'*ordre public* qui y est mentionnée délie les autorités et tribunaux suisses de l'application du droit étranger dans des situations exceptionnelles. Selon cette règle, l'application de dispositions d'un droit étranger est exclue lorsque cela aboutirait à un résultat qui serait incompatible avec l'*ordre public* suisse.

**Diapo 13**

La LDIP contient une autre aide à la correction, à savoir l'art. 18, selon lequel certaines dispositions impératives du droit suisse, aussi appelées *lois d'application immédiates*, peuvent être appliquées de manière ponctuelle, sans examen du droit étranger applicable. Cette disposition est formulée comme suit:

**Art. 18 LDIP**

*Sont réservées les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi.*

**Diapo 14**

La phrase de LEO RAAPE citée en préambule «*Le renvoi au droit étranger constitue un saut dans l'inconnu*» illustre à merveille la situation de droit résultant du caractère des règles de conflit DIP. «On saute donc dans l'inconnu avec le secret espoir d'être heureusement sauvé. Si cet espoir n'est pas comblé, il faut éventuellement corriger un résultat par trop décevant. Cette réserve générale est appelée *ordre public (ordine publico, public policy)*.»<sup>1</sup>

En d'autres termes, il y a des garde-fou lorsque l'application proposée du droit étranger heurte dans le cas concret nos concepts fondamentaux ou enfreint une règle nationale et qu'il serait intolérable pour le législateur national d'appliquer le droit déterminé par la règle de conflit même en cas d'approbation supranationale par une communauté de peuple et d'équivalence de valeur des ordres juridiques. La notion d'*ordre public* et la pensée qui la sous-tend sont présentes dans le monde entier.

---

<sup>1</sup> FURRER/GIRSBERGER/SIEHR, SPR XI/1, ch.m. 815.

Tous les droits de conflit DIP connaissent cette réserve, que cela soit dans le droit écrit ou non écrit. En Suisse, l'*ordre public* avait valeur de droit coutumier non écrit avant l'entrée en vigueur de la LDIP.

Considérant que le renvoi à un droit étranger constitue souvent, comme nous l'avons dit, un saut dans l'inconnu, l'*ordre public* est une aide à la correction qui permet au tribunal de procéder à une rectification en droit privé matériel et donc de rattraper un jugement de valeur qui n'a pas pris en considération la règle de conflit à évaluer d'un point de vue qui relève essentiellement du droit en matière de conflit de lois.

L'*ordre public* est une clause générale, une réserve générale qui pose des limites aux règles de conflit de la partie spéciale. Le législateur a sciemment renoncé à en transcrire la teneur. Dans un arrêt daté de 1938, le Tribunal fédéral stipulait déjà:

### Diapo 15

*«La notion d'ordre public est difficile à transcrire de manière généralement valable. La doctrine reconnaît elle-même qu'il s'agit encore en l'espèce de la partie la moins bien identifiée et la moins aboutie du droit international privé et qu'une clause de réserve applicable dans chaque cas particulier ne peut que très difficilement être rédigée (ATF 64 II 88 consid. 5, p. 97).»*

La notion d'*ordre public* est une sorte d'outil dont font usage les tribunaux et les autorités chargées d'appliquer le droit, dont le jugement de valeur est déterminant dans tous les cas. Sa matérialisation incombe justement aux tribunaux et autorités. Un bref résumé de divers arrêts du Tribunal fédéral indique que celui-ci fait aussi preuve de retenue, matérialisant la notion d'*ordre public* dans des tournures protocolaires.

## Diapo 16

Il y a par exemple atteinte à l'*ordre public*:

«*si les conceptions suisses de la justice en sont heurtées de manière intolérable*»

(ATF 64 II 88 consid. 5 p. 98; restriction de créance en matière de change);

«*si des dispositions fondamentales de l'ordre juridique suisse en sont enfreintes*»

(ATF 76 I 121 consid. 3 p. 129; droit des contrats/arbitrage international);

«*si la conception suisse du droit doit impérativement avoir la priorité sur le droit étranger applicable (ou appliqué)*» (ATF 78 II 243 consid. 4c p. 251; prescription d'une demande en restitution résultant d'un contrat de dépôt).

La jurisprudence révèle également que toute incompatibilité avec la conception nationale du droit n'est pas corrigée. Il s'agit bien davantage de principes juridiques fondamentaux. Le domaine d'application de l'*ordre public* suisse inclut à cet égard notamment les appréciations fondamentales de droit privé matériel du CO et du CC. On peut citer ici à titre d'exemple le principe de la foi des contrats (*pacta sunt servanda*), le principe de la bonne foi, la protection des personnes en incapacité d'exercer leurs droits civils et l'interdiction de l'abus de droit. La notion d'*ordre public* peut également concerner les droits constitutionnels. A l'inverse, toute norme contraignante du droit suisse ne se réfère pas à l'*ordre public*.

## Diapo 17

Quelle que soit la manière dont on décrit ou quels que soient les cas d'application de l'*ordre public*, ils ont en commun, et ceci revêt une importance extrême, que ce n'est pas la seule application du droit étranger qui apparaît choquante, mais davantage le résultat qui est concrètement incompatible avec l'*ordre public*. Voilà ce qui apparaît à la lecture des extraits suivants d'arrêts du Tribunal fédéral:

*«Selon la jurisprudence, il y a atteinte à l'ordre public si des principes fondamentaux du droit sont violés, l'événement en question étant incompatible avec l'ordre juridique et les valeurs suisses non seulement dans sa justification, mais également en ce qui concerne son résultat.» (ATF 119 II 264 consid. 3b p. 266; reconnaissance d'un mariage après changement de sexe).*

Cette décision a été prise en ce qui concerne la reconnaissance d'un mariage à l'étranger entre personnes de même sexe. La «partenaire» avait omis de faire enregistrer son changement d'identité après avoir changé de sexe, raison pour laquelle le mariage n'a pas pu être reconnu en Suisse comme étant conclu entre personnes de même sexe. La décision figure en annexe.

## Diapo 18

Un autre arrêt, qui a toutefois été rendu dans le domaine d'application de l'art. 18 LDIP, se prononce sur l'impératif du caractère orienté sur le résultat de l'*ordre public* de la manière suivante:

«Cette réserve n'intervient que lorsque l'évaluation selon le droit étranger de référence aboutit à un résultat et que celui-ci heurte les conceptions suisses de la justice de manière intolérable ou contredit de manière choquante le sens et l'esprit de l'ordre juridique prévalent.» (ATF 128 III 201 consid. 1b; décision rendue toutefois selon l'art. 18 LDIP et l'interdiction de l'abus de droit comme norme impérative du droit suisse).

## Diapo 19

### A. L'ordre public suisse

Les conditions appelant l'*ordre public* et son barème d'évaluation ne sont pas toujours semblables. Il est ainsi possible de distinguer *ordre public* national, international et relevant des traités internationaux. Dans le domaine d'application de l'*ordre public* suisse, la distinction suivante peut aussi être faite:

- Art. 17 LDIP: l'*ordre public* dans l'application du droit;
- Art. 27, al. 1 LDIP: l'*ordre public* dans la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères;
- Réserves de l'*ordre public* dans des dispositions particulières de la partie générale de la LDIP.



## Diapo 20

### 1. Dans l'application du droit

La disposition déterminante en matière d'application du droit se trouve à l'art. 17 LDIP, dont le titre marginal parle déjà de «réserve». De par sa teneur, cette disposition a une fonction de contrôle. Comme nous l'avons déjà expliqué, le droit applicable est alors tout d'abord déterminé au moyen du droit de conflit de lois avant d'être appliqué. Ce n'est que lorsque le résultat, dans le cas concret, aboutit à une incompatibilité avec l'*ordre public* suisse que la disposition correspondante en empêche l'application.

Les conditions suivantes doivent être satisfaites pour que l'art. 17 LDIP opère:

- **Application du droit étranger:** l'étalon dans le domaine d'application de l'art. 17 LDIP étant en principe le droit suisse, la clause de réserve ne peut être invoquée que si le droit étranger est applicable à l'état de fait. Si par contre le droit suisse est applicable, par exemple parce qu'il y a un *renvoi* (art. 14 LDIP) ou que l'état de fait a un lien plus étroit avec le droit suisse (art. 15, al. 1 LDIP), la clause de réserve ne saurait être appliquée.
- **Résultat manifestement injuste dans le cas concret:** de plus l'art. 17 LDIP n'est applicable que si l'application du droit étranger dans le cas concret aboutit à un résultat manifestement injuste, qui heurte de manière intolérable la conception nationale de la justice ou qui enfreint des principes fondamentaux de l'ordre juridique suisse. L'aide à la correction qu'est l'*ordre public* est donc orientée sur le résultat.
- **Application avec retenue:** la réserve de l'*ordre public* implique de se rappeler en permanence qu'il s'agit d'une aide exceptionnelle, raison pour laquelle il faut faire preuve d'une grande retenue dans son utilisation. Il ne s'agit en effet pas d'empêcher

toute application du droit étranger, mais il y a en général un lien plus étroit avec l'ordre juridique applicable et son application est justifiée par le droit suisse de conflit de lois. Il est donc possible que des principes de droit de droit étranger inconnus dans notre système légal et qui nous paraissent injustes soient être appliqués. Le résultat ne doit toutefois pas être choquant.

- **Jugement de valeur:** il convient ici de tenir compte du fait que l'*ordre public* est une clause générale et qu'elle est soumise au passage du temps. Il s'ensuit que les autorités chargées d'appliquer le droit ont une certaine marge d'appréciation dans le domaine d'application de l'art. 17 LDIP. Nous aborderons ultérieurement la question de la relativité de l'*ordre public*.
- **Lien entre la situation et le for ou relations internes (?):** la doctrine est partagée quant à la nécessité de disposer d'une relation entre la situation et le for. Le Tribunal fédéral est d'avis que le recours à l'*ordre public* présuppose un lien avec le for du pays, et il en conclut que plus le rapport avec la Suisse est faible, plus l'entorse aux conceptions suisses du droit doit être importante pour qu'il y ait atteinte à l'*ordre public*.<sup>2</sup>

A mon avis, cette conception est erronée, notamment en ce qui concerne l'application du droit. Premièrement, la formulation de l'art. 17 LDIP renonce à citer cette condition et deuxièmement, la LDIP ne peut être appliquée que dans un contexte international. Un lien correspondant entre la situation et le for constitue donc une condition indispensable afin que les autorités et tribunaux suisses soient tout simplement saisis. Il est tout aussi erroné que l'équité du résultat dans le domaine d'application de l'art. 17 LDIP varie selon qu'un citoyen du pays ou un étranger est concerné.

---

<sup>2</sup> ATF 94 II 297; ATF 78 II 243.

## Diapo 21

### 2. *Dans la reconnaissance et l'exécution*

Outre la clause de réserve à l'art. 17 LDIP, la question de l'*ordre public* suisse est notamment importante en ce qui concerne les événements d'état civil étrangers et la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères. En vertu de l'art. 32, al. 1 LDIP, une décision ou un acte étranger concernant l'état civil est transcrit dans les registres de l'état civil en vertu d'une décision de l'autorité cantonale de surveillance en matière d'état civil. L'enregistrement est en particulier approuvé si les conditions des art. 25-27 LDIP sont satisfaites.

Les art. 25 et 26 LDIP règlent les conditions de reconnaissance d'une décision étrangère. Il faut tout d'abord que la compétence internationale indirecte de l'Etat de jugement soit établie et la décision doit être entrée en force de chose jugée selon le droit de cet Etat, resp. il ne doit pas être possible de faire valoir des voies de droit ordinaires contre ladite décision. Pour qu'une décision soit reconnue, il faut en outre qu'il n'y ait pas de motifs de refus de sa reconnaissance. Ceux-ci sont mentionnés de manière exhaustive à l'art. 27 LDIP. L'art. 27 LDIP regroupe tant la réserve de droit matériel que l'*ordre public* en droit de la procédure (défaut d'une citation régulière, violation de principes fondamentaux ressortissant à la conception suisse du droit de procédure, litispendance suisse non observée ou *res iudicata*).

S'il y a motif de refus, la décision n'est pas reconnue en Suisse. En vertu de l'art. 27, al. 1 LDIP, il y a violation de l'*ordre public* en droit matériel si la reconnaissance d'une décision étrangère est manifestement incompatible avec l'*ordre public* suisse.

## Diapo 22

Si l'on compare la formulation des art. 17 et 27, al. 1 LDIP, on constate que la deuxième disposition contient le terme «*manifestement*». Le législateur a ainsi souhaité que l'*ordre public*, qui n'est de toute façon pas invoqué à la légère, soit considéré de manière encore plus restrictive comme aide à la correction lors d'un refus de reconnaissance et d'exécution qu'en cas d'application directe du droit étranger.

C'est tout à fait correct. L'art. 17 LDIP porte en effet sur l'application d'un droit étranger et sa compatibilité avec le référentiel de valeurs suisses. En ce qui concerne le domaine d'application de l'art. 27, al. 1 LDIP, une décision étrangère a déjà été prise. Il n'est donc pas opportun d'examiner le contenu de cette décision. L'art. 27, al. 3 LDIP va dans le même sens, lui qui interdit la *révision au fond*. En définitive, il s'agit d'éviter autant que faire se peut les rapports de droit déséquilibrés. Pour résumer, les différences entre les art. 17 et 27 LDIP sont les suivantes:

- L'art. 17 LDIP est applicable dans la procédure de reconnaissance; il a une fonction correctrice dans l'application du droit étranger.
- L'art. 27 LDIP porte sur la reconnaissance et l'exécution en Suisse d'une décision étrangère. Il faut alors examiner si la reconnaissance ou l'exécution de la décision prise à l'étranger peut exceptionnellement être refusée en Suisse, car son contenu est «*manifestement*» incompatible avec la conception suisse de la justice.

## Diapo 23

L'arrêt suivant, rendu en 2005 par le Tribunal fédéral en matière d'adoption d'un neveu, contient une formulation intéressante de l'*ordre public* matériel.

*ATF du 21.12.2005, 5A.20/2005 consid. 3.3:*

*«En vertu de l'art. 27, al. 1 LDIP, une décision étrangère ne peut être reconnue en Suisse si cette reconnaissance aboutit à une incompatibilité manifeste avec l'ordre public suisse. Une reconnaissance enfreint l'ordre public matériel si les conceptions suisses de la justice étaient heurtées de manière intolérable par la reconnaissance et l'exécution d'une décision étrangère, car des dispositions fondamentales de l'ordre juridique suisse en seraient enfreintes. L'application (à examiner d'office) de la réserve de l'ordre public est de par la loi plus restrictive en matière de reconnaissance de décisions étrangères qu'en matière d'application du droit étranger selon l'art. 17 LDIP.»*

## Diapo 24

### **3. Dans des dispositions particulières de la LDIP**

La notion d'*ordre public* est aussi matérialisée dans des dispositions particulières de la partie spéciale de la LDIP. Il s'agit de prendre en compte des valeurs fondamentales du vivre ensemble.

Par exemple, l'art. 34, al. 1 LDIP, qui stipule que la jouissance des droits civils est régie par le droit suisse, et la disposition générale de l'art. 11 CC, selon laquelle toute personne jouit des droits civils, ont une portée générale.

L'**art. 45, al. 2 LDIP** constitue un autre exemple:

*<sup>2</sup> Si la fiancée ou le fiancé sont suisses ou si tous deux ont leur domicile en Suisse, le mariage célébré à l'étranger est reconnu, à moins qu'ils ne l'aient célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'é luder les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse.*

Cette disposition matérialise l'*ordre public* dans la mesure où le fait d'é luder le cadre légal n'est explicitement pas toléré.

## Diapo 25

L'*ordre public* se matérialise également dans la dissolution du mariage:

**Art. 61, al. 3 LDIP**

*<sup>3</sup> Lorsque le droit national étranger commun ne permet pas la dissolution du mariage ou la soumet à des conditions extraordinairement sévères, le droit suisse est applicable si l'un des époux est également suisse ou si l'un d'eux réside depuis deux ans en Suisse.*

Cette disposition a été incluse dans la LDIP en tant que règle légale en matière de rattachement alternatif, afin d'empêcher qu'un mariage ne puisse être dissous pour cause d'absence de divorce dans le droit étranger.

#### ***4. Autres dispositions particulières de la LDIP***

D'autres dispositions concernent la responsabilité civile ainsi que le droit de la concurrence. Elles fixent des plafonds d'indemnisation dans certains cas de figure, ce qui constitue un garde-fou à l'égard des *punitive damages* du système légal anglo-américain.

##### ***Art. 135, al. 2 LDIP***

*<sup>2</sup> Si des prétentions fondées sur un défaut ou une description défectueuse d'un produit sont régies par le droit étranger, on ne peut en Suisse accorder d'autres indemnités que celles qui seraient allouées pour un tel dommage en vertu du droit suisse.*

##### ***Art. 137, al. 2 LDIP***

*<sup>2</sup> Si des prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par le droit étranger, on ne peut, en Suisse, accorder d'autres indemnités que celles qui seraient allouées pour une entrave à la concurrence en vertu du droit suisse.*

## Diapo 27

### B. L'ordre public international

L'*ordre public national*, qui est fondé sur la conception de la justice nationale, doit être distingué de l'*ordre public international*. On entend par là un *ordre public* axé sur des valeurs internationales et qui a pour ambition d'avoir une teneur identique reconnue et appliquée par plusieurs Etats. Des principes appartenant au système de droit international sont en partie désignés comme *ordre public international*, celui-ci étant en partie aussi assimilé au *ius cogens* (norme impérative) du droit international public.

Une autre conception associe le noyau des principes ou normes de droit indispensables et communs à tous les peuples à l'*ordre public international*. Cette approche se fonde moins sur le droit international public que sur les droits nationaux en comparaisons de droit.

L'*ordre public international* est exprimé dans les traités internationaux, tels que la CEDH et la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant<sup>3</sup>. La Suisse ayant ratifié ces conventions, il s'agit en l'occurrence d'un droit conventionnel immédiatement applicable, qui détermine également la substance de l'*ordre public national*.

L'*ordre public international* et non national est déterminant selon l'art. 190, al. 2, lit. 2 LDIP notamment lorsqu'il s'agit d'évaluer des sentences d'arbitrage international, qui ressort des principes juridiques fondamentaux des ordres juridiques concernées.

## Diapo 28

---

<sup>3</sup> Convention du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant (RS 0.107).



### C. L'ordre public dans des traités internationaux

L'*ordre public* peut également être invoqué lorsqu'il s'agit de règles de conflit figurant dans des traités internationaux. Il faut toutefois faire preuve de la plus grande retenue en la matière. Les Etats signataires partent du principe de l'observance la plus grande possible des traités internationaux. En concluant des traités internationaux, qui à certaines conditions prévoient la reconnaissance et l'exécution en Suisse de jugements rendus à l'étranger, le législateur a tenu compte et accepté que certaines décisions de droit matériel prises par des autorités étrangères ne correspondent pas forcément à celles qui auraient été prises par un juge suisse en application du droit suisse.<sup>4</sup> Il n'est donc pas possible d'en appeler à l'*ordre public* chaque fois que le droit étranger diverge du droit fédéral, même si cette divergence est importante.<sup>5</sup>

On trouve dans divers traités internationaux des clauses uniformisées d'*ordre public*. A cet égard, l'*ordre public* est restreint par la notion d'incompatibilité manifeste avec l'*ordre public* du forum.

#### Diapo 29

La réserve de l'ordre public de la Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (CLaH; RS 0.211.221.311) constitue à cet égard un excellent exemple.

---

<sup>4</sup> ATF du 15.6.2004, 4P.12/2004, consid. 2.1.

<sup>5</sup> ATF du 15.6.2004, 4P.12/2004, consid. 2.1; ATF 126 III 534 E. 2c = Pra 2001, N° 120; ATF 125 III 443 consid. 3d = Pra 2000, N° 67.

En vertu de l'art. 24 CLaH, la reconnaissance d'une adoption ne peut être refusée dans un Etat contractant que si l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision d'adoption ne peut donc être reconnue si l'intérêt prépondérant de l'enfant est sérieusement mis en péril.

### Diapo 30

#### D. Contourner la loi?

Pour parachever notre survol de la question de l'*ordre public*, il nous faut aborder la question du contournement de la loi et de son intégration ou non dans l'*ordre public*. La question du contournement de la loi ne portant pas en premier lieu sur le fait d'empêcher un droit étranger de s'imposer, mais cherchant plutôt à réprimer l'intention qu'auraient les parties d'éluder la loi, il ne s'agit ici pas d'un cas d'application directe de l'*ordre public*. Autrement dit, ces deux moyens de droit ont une fonction différente. L'*ordre public* s'adresse à la teneur d'une disposition étrangère. En ce qui concerne le contournement du droit, il s'agit de proscrire la manière dont l'application est obtenue.

Il est toutefois concevable qu'un contournement de la loi soit également couvert par la réserve de l'*ordre public*. Prenons pour exemple l'art. 45, al. 2 LDIP déjà mentionné, qui matérialise justement le fait d'éluder le cadre légal comme une atteinte à l'*ordre public*.

## Diapo 31

### E. Conséquences d'un recours à l'ordre public

#### 1. Dans l'application du droit (art. 17 LDIP)

La première conséquence est que la norme de droit qui aboutirait à un résultat portant atteinte à l'ordre public n'est pas appliquée. Il faut donc se demander ce qui doit remplacer cette norme de droit.

Dans un nombre relativement important de cas, il suffit simplement de ne pas appliquer la norme de droit contraire à l'*ordre public*. Cette possibilité existe en particulier lorsque la norme de droit étrangère représente une exception à la règle qui nous semble particulièrement injuste, la règle nous paraissant ô combien juste en fonction de la manière dont nous concevons le droit. Si la règle d'exception n'est pas appliquée mais que la règle l'est, nous parvenons à un résultat satisfaisant.

Si toutefois l'application de l'*ordre public* aboutit à une lacune dans le droit étranger, qui doit être comblée, les possibilités suivantes s'offrent à nous:

- Ajustement du droit étranger, en d'autres termes ajustement de la norme de droit étrangère à notre conception de la justice;
- Application du droit suisse à titre de remplacement au lieu du droit étranger contraire à l'*ordre public*;
- Application du droit étranger proche du droit applicable mais non contraire à l'*ordre public*, ou
- Formation d'une nouvelle norme de droit afin de combler une lacune juridictionnelle.

## ***2. Dans la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères (art. 27, al. 1 LDIP)***

Si une décision étrangère enfreint manifestement l'*ordre public* suisse, elle ne saurait être reconnue en Suisse. Ceci a pour conséquence que cette décision ne peut déployer d'effets, ni au niveau de la question préalable, ni dans la procédure d'exécution. A la différence de l'art. 17 LDIP, qui confère une certaine marge de manœuvre aux autorités chargées d'appliquer le droit si une disposition du droit étranger porte atteinte à l'*ordre public* suisse, le domaine d'application de l'art. 27, al. 1 LDIP n'autorise en aucun cas une nouvelle décision.

**Diapo 32**

### ***III. Relativité de l'ordre public***

L'*ordre public* conduisant à un jugement de valeur selon les principes juridiques nationaux, son contenu varie de la même manière que les représentations de valeur qui en constituent le fondement, en d'autres termes, il est relativisé. On distingue à cet égard relativité dans le temps et relativité dans l'espace. Le jugement de valeur relatif à l'atteinte à l'*ordre public* peut aussi diverger selon que cet objet relève d'une question préalable ou d'une question principale.

#### **A. Relativité dans le temps**

La relativité dans le temps de l'*ordre public* se rapporte à la modification au fil du temps de la représentation de la valeur. L'élément déterminant est la compréhension de l'*ordre public* au moment de la décision. Il est possible que cette évolution de l'*ordre public* aboutisse à une évaluation souple ou stricte d'un état de fait concret.

## Diapo 33

### **B. Relativité dans l'espace**

La relativité dans l'espace se rapporte quant à elle à l'intensité du lien entre la situation et le for, à savoir l'ordre juridique suisse. Si l'état de fait n'a qu'un lien lâche avec la Suisse, la question de l'atteinte à l'*ordre public* doit plutôt être répondue par la négative.

Il ne faut toutefois pas confondre la notion de la relativité dans l'espace à l'impératif contesté dans la doctrine du lien entre la situation et le for (relation interne) en ce qui concerne le domaine d'application de l'art. 17 LDIP.

## Diapo 34

### **C. Question préalable et question principale**

En ce qui concerne la relativité de l'*ordre public*, il faut également distinguer si la question de l'atteinte à l'*ordre public* résulte d'une question préalable ou d'une question principale. A cet égard, la question préalable se rapporte à un rapport de droit indépendant, qui doit être clarifié de manière préjudicielle afin de pouvoir simplement déterminer le droit matériel ou de conflit national ou étranger applicable à la question principale.

*Exemple:* la part successorale d'un époux survivant (question principale) dépend de la validité du mariage célébré (question préalable).

A mon avis, l'*ordre public* ne doit être applicable que sur le résultat final d'une question principale ou partielle, mais non sur la question préalable. L'atteinte à l'*ordre public* dans la question préalable déjà ne peut être répondue par l'affirmative qu'en cas de violation particulièrement manifeste de la conception du droit.

## Diapo 35

### ***IV. Exemples tirés de la pratique***

#### **A. Droit du nom**

Le droit du nom nous fournit un magnifique exemple de la relativité dans le temps de l'*ordre public* resp. de la manière dont le droit est perçu peut changer. Bien que le cas ci-après ne porte pas directement sur le caractère contraire à l'*ordre public*, il est possible d'en tirer une comparaison intéressante.

##### ***1. Variabilité des noms étrangers***

*René Max Huber, citoyen suisse, et Elena Temelkovski, ressortissante yougoslave, ont fait part le 5 décembre 1979 de leur promesse de mariage à l'Office de l'état civil de Zurich. La décision de publication a été prise le 7 décembre 1979 et la promesse de mariage a été publiée le 11 décembre 1979. La fiancée a alors demandé que son nom de famille soit transcrit «Temelkova» dans les registres des*

*mariages et des familles, arguant que les actes d'état civil yougoslaves sont établis à ce nom; Temelkovski est un autre nom de famille, de surcroît exclusivement masculin. L'Office de l'état civil de Zurich ainsi que la Direction de l'intérieur du canton de Zurich, cette dernière sur recours, ont rejeté cette demande.*

### **Diapo 36**

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral a rejeté la modification en fonction du sexe, s'en tenant à l'immutabilité du nom de famille:

*ATF 106 II 103 consid. 3 p. 105 s. (cf. annexe):*

*«Le droit suisse du nom est caractérisé par l'immutabilité du nom de famille. L'épouse acquiert le nom de famille de l'époux par mariage; les enfants portent quant à eux le nom de famille des parents. Des divergences en fonction du sexe ne sont pas admises. L'enregistrement demandé représenterait une violation de ce principe. Contrairement aux allégations formulées dans le mémoire de recours, la possibilité ne saurait être totalement écartée de voir la recourante reprendre son nom de famille précédent en cas de divorce éventuel, qu'elle transmettrait à ses enfants. Cela serait toutefois incompatible avec le droit suisse du nom si p.ex. des enfants de sexe masculin étaient enregistrés dans le registre suisse des naissances sous le nom de famille modifié de leur mère.»*

Le Tribunal fédéral a également justifié sa décision en ajoutant un élément pas forcément flatteur pour les officiers de l'état civil: «La majorité des officiers de l'état civil seraient dépassés s'il leur fallait déterminer s'il y a une tournure féminine d'un nom et quelle est la forme masculine d'un nom de famille connu sous sa forme féminine.»

### Diapo 37

Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral a cependant modifié sa pratique:

*ATF 131 III 201 consid. 3.2.2 p. 207 f. (cf. annexe):*

*«Le droit suisse du nom est caractérisé par l'immutabilité du nom de famille. Il n'en résulte toutefois pas d'immutabilité inconditionnelle d'un nom étranger inscrit dans les registres suisses de l'état civil.»*

*«La solution de la circulaire signifie par conséquent une négation de l'identité sexuelle de la personne et est incompatible avec le principe d'égalité (art. 8, al. 3 Cst.), ce qui rend superflu l'examen ultérieur d'une violation de la liberté personnelle ainsi que de la Convention de l'ONU sur les droits des enfants. Il n'est pas possible d'exclure totalement l'intérêt d'une personne ou de sa descendance à porter un nom modifié selon une règle étrangère particulière. Ceci ne justifie toutefois pas une violation du principe d'égalité de droit, ce d'autant plus qu'un descendant a le droit de changer de nom selon l'art. 30 CC pour porter un nom inaltérable.»*

Une modification du nom en fonction du sexe (comme c'est le cas avec les noms slaves) ne pouvait être effectuée avant cet arrêt qu'en cas d'élection de droit selon l'art. 37, al. 2 LDIP. Le Tribunal fédéral a dès lors reconnu un intérêt juridique digne d'être protégé, à l'invocation de l'art. 8, al. 3 Cst., pour procéder à une telle modification. Ceci est possible dans le cadre d'une procédure en changement de nom selon l'art. 42, al. 1 CC.



## Diapo 38

### *2. Caractère contraire à l'ordre public du mariage (question préalable)*

*M.A. (âgé de 20 ans, double national suisse-turc domicilié à Ankara) et F.B. (âgée de 14 ans, Turquie domiciliée à Ankara) se sont mariés en août 2011 en Turquie, F.B. prenant à cette occasion et à bon droit le nom de famille de son époux. Le couple a emménagé en janvier 2012 à Berne et célébré en février 2012 la naissance de leur fils S.*

*Sous quel nom de famille S. sera-t-il enregistré dans les registres locaux d'état civil?*

## Diapo 39

En vertu de l'art. 270, al. 3 CC, l'enfant de conjoints qui portent un nom de famille commun acquiert ce nom. Pour pouvoir répondre à la question du nom de famille de S., il faut donc aborder la question de la validité du mariage à l'aune d'une question préalable.

Voilà qui est justement le cœur du problème en l'espèce. En effet, l'âge de F. au moment du mariage (14 ans) aboutit à la non-reconnaissance du mariage entre M. et F., car cela serait contraire à l'*ordre public*. Il s'ensuit que M. et F. ne sont pas considérés comme étant mariés.

En vertu de l'art 270a, al. 1 CC, l'enfant de parents non mariés acquiert le nom de célibataire de la mère. L'élément décisif pour déterminer le nom de l'enfant (question principale) est donc le nom de famille de la mère F (question préalable). Déterminer ce nom de famille constitue par conséquent une question préalable dont la réponse est indispensable pour répondre à la question principale.

#### Diapo 40

En l'espèce se pose donc la question de la reconnaissance d'une dénomination étrangère par suite d'un événement déterminant.

Le fait que le mariage, comme nous l'avons vu précédemment, ne soit pas reconnu en Suisse n'a aucune influence sur la question du nom. Le substrat de la reconnaissance dans la question préalable est uniquement la dénomination. Les motifs juridiques qui ont servi de base aux autorités turques de l'état civil pour donner le nom ne sauraient être examinées par les tribunaux suisses (interdiction de la *révision au fond*, cf. art. 27, al. 3 LDIP). Les autorités turques ont donné un nom suite à un événement, le mariage, qui d'un point de vue suisse, est contraire à l'*ordre public*, mais ce nom doit être reconnu. Le caractère contraire à l'*ordre public* du mariage n'implique pas en tant que tel le caractère contraire à l'*ordre public* de tous les effets secondaires qui y sont liés, car le résultat de ceux-ci ne porte pas forcément atteinte à l'*ordre public* suisse.<sup>6</sup> A contrario, cela peut déboucher sur des résultats choquants si les effets secondaires d'un mariage non reconnu en Suisse ne sont pas non plus reconnus.

Appliquée au présent état de fait, cela signifie que la dénomination ne peut être reconnue que si elle porte atteinte à l'*ordre public* suisse. Tel serait le cas en cas de nom discriminatoire, injurieux ou autre nom attentatoire à la personnalité, ce qui n'est absolument pas le cas en l'espèce.

---

<sup>6</sup> Il convient de noter à ce propos que l'ordre public ne peut être invoqué que de manière extrêmement restrictive en cas de reconnaissance résultant d'une question préalable.

#### **Diapo 41**

Se pose ainsi la question des dispositions déterminantes permettant de répondre à la question de la reconnaissance.

Pour commencer, il convient de noter qu'il faut distinguer entre une nouvelle dénomination par suite d'un événement déterminant en matière de droit du nom et un changement de nom en lien avec l'art. 30 CC. L'art. 37, al. 1 LDIP règle le premier cas.

#### **Diapo 42**

En ce qui concerne les changements de nom, l'art. 38 LDIP est pertinent.

#### **Diapo 43**

L'art. 39 LDIP également, qui porte sur la reconnaissance des changements de nom étrangers ne porte, de par sa formulation, que sur les changements de nom, non la question d'un nouveau nom résultant d'un événement déterminant.

## Diapo 44

De par leur teneur, aucun de ces articles n'est toutefois applicable pour la reconnaissance d'une dénomination étrangère par suite d'un événement déterminant. Il convient donc de combler une lacune. Pour des raisons d'égalité de traitement entre le changement de nom et une nouvelle dénomination par suite d'un événement déterminant, de même que pour éviter des rapports de droit déséquilibrés, l'art. 39 LDIP devrait être appliqué par analogie. Pour une reconnaissance en Suisse, celui-ci exige la validité du changement de nom (ou en l'espèce du nouveau nom) dans l'Etat de domicile ou d'origine du requérant.

La question déterminante consiste donc à savoir si le nouveau nom acquis en Turquie est valable dans le pays de domicile ou d'origine de F. Etant donné que F. est ressortissante turque et qu'en plus elle était domiciliée en Turquie au moment de l'acquisition de son nom, cela est manifestement le cas. Ce rattachement correspond aussi à la réglementation de l'art. 37, al. 1 LDIP, selon lequel le nom d'une personne est régi par le droit du domicile. Les autorités suisses doivent donc reconnaître le nouveau nom et enregistrer F. sous le nom de «A.».<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> On parvient au même résultat lorsque l'on applique par analogie l'art. 37 LDIP, à l'instar de GEISER/JAMETTI GREINER, BSK art. 37, note 22: le DIP turc devrait pouvoir être déclaré droit applicable avec une vraisemblance confinante à la certitude en matière d'acquisition du nom par suite de mariage en Turquie entre une ressortissante turque et un double-national suisse-turc. On devrait parvenir à la même conclusion si l'on considère l'art. 31 s. LDIP comme un instrument complet, favorable à la reconnaissance des actes d'état civil.

## Diapo 45

### B. Mariage

#### *1. Reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe*

*Le 15 décembre 1988, le mariage de A. Y. (citoyen suisse) et B. X. (ressortissant brésilien) a été célébré à Copenhague (Danemark). Ainsi qu'il est apparu dans le courant de l'année 1990, la personne qui s'était présentée comme fiancée, était née le 6 octobre 1955 au Brésil en tant que fils de C. R. et de D. S. sous le nom de F. R. Le 9 janvier 1988, cette personne a subi une opération de changement de sexe. Toutefois, il n'y a alors pas eu de modification du registre de l'état civil. Au mariage, la personne qui se présentait comme fiancée s'est identifiée au moyen d'un passeport établi au nom de B. X., dans lequel elle avait placé sa photo.*

## Diapo 46

*Par courrier du 2 décembre 1991, B. Y. a présenté au Département de l'intérieur du canton d'origine d' A. Y., officiant en tant qu'autorité de surveillance en matière d'état civil, une demande de reconnaissance du mariage célébré le 15 décembre 1988 à Copenhague et prié l'Office de l'état civil de la commune d'origine de procéder à l'enregistrement correspondant. Le 4 mai 1992, le Département en question a décidé de ne pas reconnaître le mariage et d'en refuser l'enregistrement.*

## Diapo 47

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral constate ce qui suit:

*ATF 119 II 264 consid. 3b p. 266 (cf. annexe):*

*Selon la jurisprudence, il y a atteinte à l'ordre public lorsque des principes juridiques fondamentaux sont violés, l'acte en question étant incompatible avec l'ordre juridique et le référentiel de valeurs valables en Suisse (ATF 116 II 636; ATF 111 Ia 14 consid. 2a avec renvois). Selon la conception suisse du droit, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, en d'autres termes, l'union de deux êtres humains de sexe différent (HEGNAUER, Grundriss des Eherechts, 2. A., ch.m. 4.33; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, n. 6 à l'art. 159 CC). L'institution du mariage ainsi définie est soumise à la réserve de l'ordre public (cf. ATF 114 II 6 consid. 4).*

Par conséquent, le mariage n'a pas été reconnu en Suisse.

## Diapo 48

Actuellement, cette jurisprudence est obsolète. La loi sur le partenariat enregistré<sup>8</sup> a instauré l'institution juridique du partenariat enregistré qui permet à deux personnes de même sexe de valider légalement leur relation. Un partenariat peut aujourd'hui être enregistré auprès d'un office de l'état civil afin de légaliser une communauté de vie, avec des droits et devoirs mutuels. Comme nous le verrons ultérieurement, le partenariat enregistré est équivalent au mariage à bien des égards, hormis dans quelques domaines.

---

<sup>8</sup> Loi fédérale du 18 juin 2004 sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe (RS 211.231; LPart).

L'introduction d'une nouvelle loi peut donc faire évoluer l'*ordre public*.

Lors de l'entrée en vigueur de la loi sur le partenariat enregistré, une nouvelle disposition a été introduite dans la LDIP, à savoir l'art. 45, al. 3 LDIP qui précise qu'un mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes du même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré.

## Diapo 49

### *2. Interdiction du mariage de ressortissants étrangers mineurs en Suisse*

L'interdiction du mariage de ressortissants étrangers mineurs en Suisse constitue un exemple de modification de loi qui aboutit à une position plus stricte du point de vue de l'ordre public.

En 2013, les dispositions légales de la LDIP relatives au mariage ont été soumises à une révision. Conformément à l'art. 44, al. 2 aLDIP, le mariage entre étrangers pouvait être célébré en Suisse pour autant qu'il satisfasse aux conditions prévues par le droit national de l'un des fiancés, donc pas forcément par le droit suisse. Il était donc possible que des mineurs se marient en Suisse si leur droit national le leur permettait.

Désormais, l'art. 44 LDIP précise que la célébration du mariage en Suisse est régie par le droit suisse. Il n'est donc plus possible pour des mineurs de se marier en Suisse.

## Diapo 50

Le message relatif à une loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés constate ainsi:

*«La loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) sera complétée d'une réglementation explicite sur l'annulation du mariage facilitant l'application des nouvelles causes d'annulation dans le contexte international. En outre, il est proposé que les mariages forcés soient combattus par un régime plus restrictif, s'agissant des mariages avec des mineurs. Les modifications apportées à la LDIP se fondent sur une nouvelle conception de l'ordre public suisse. Ainsi, notre pays ne tolérera désormais plus les mariages avec des mineurs conclus sur son territoire entre ressortissants étrangers, tandis que les mariages avec des personnes mineures aux termes du droit suisse conclus à l'étranger ne seront en principe plus autorisés.»*

## Diapo 51

L'art. 44 LDIP a été révisé à l'occasion de l'édiction de la loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés. A cet égard, il convient de renvoyer à la disposition de l'art. 45a LDIP, qui offre désormais aussi aux autorités de surveillance la possibilité de connaître d'une demande d'annulation dans la mesure où les époux n'ont pas contracté mariage de leur libre arbitre (art. 105, ch. 5 CC et art. 106 CC).

Comme il ressort de l'extrait du message précité, la notion d'*ordre public* a évolué. Il n'est plus question de tolérer en Suisse les mariages de mineurs entre ressortissants étrangers également. Pour faire bonne mesure, les mariages conclus à l'étranger avec des mineures selon le droit suisse ne sont pas reconnus.



### 3. Mariage temporaire (*mut`a*)

*F et M ont conclu en Iran un mariage limité dans le temps (mut`a), d'une durée de cinq ans, selon le droit chiite; ils sont ensuite déménagés en Suisse. Les époux ont alors voulu faire enregistrer leur union dans les registres suisses de l'état civil sur la base d'un acte établi en Iran.*

*Remarque:* de tels mariages temporaires n'existent que dans l'islam chiite, duquel se proclament 90 pour cent de la population iranienne. Ce mariage temporaire, *mut`a* ou *sigheh* en perse, était à l'origine une des nombreuses formes de mariage existant dans la Péninsule arabique préislamique. Etymologiquement, *mut`a* signifie joie ou plaisir. Le deuxième calife, Omar, l'avait déjà déclarée illégale; cette décision n'est toutefois pas reconnue par les chiites duodécimains, car ils n'ont jamais reconnu les califes comme les successeurs légitimes du Prophète. Outre les quatre épouses permanentes admises, un chiite peut contracter autant de mariages temporaires qu'il le souhaite, alors que les femmes ne peuvent épouser durablement ou temporairement qu'un seul homme.

Dans l'exemple qui nous occupe, la question se pose de savoir si un mariage temporaire peut avoir la même valeur qu'un mariage selon la conception suisse du droit.

Pour le droit suisse, le mariage est une communauté durable, formée à vie, entre un homme et une femme, qui ne prend fin que par la mort ou le divorce. Un mariage *mut`a*, d'une durée de 50 ans ou plus, pourrait être assimilé à mariage selon le droit suisse, mais pas un mariage *mut`a* d'une durée limitée à cinq ans. Un mariage *sigheh* conclu selon le droit d'Etat iranien et d'une durée de 50 ans a été reconnu en vertu de l'art. 45, al. 1 LDIP comme étant valable et pouvant être enregistré dans les registres suisses de l'état civil.

La limitation temporelle a toutefois également reconnue comme choquante dans le dernier cas par le Tribunal fédéral et contraire à l'*ordre public*. La décision de l'autorité cantonale de surveillance compétente d'enregistrer le mariage pour une durée illimitée dans le temps dans les registres de l'état civil a été confirmée par le TF<sup>9</sup>.

### Diapo 53

## C. Effets du mariage

### 1. Polygamie

*M est marié à F et à trois autres femmes selon le droit algérien. Ces cinq personnes sont de nationalité algérienne et de confession musulmane. Un an après que toute la famille ait déménagé à Berne, F se sépare de M. Devant le tribunal bernois, F a demandé une pension alimentaire à M.*

#### **Art. 8 du Code de la famille algérien (1984):**

*«Il est permis de contracter mariage avec plus d'une épouse dans les limites de la chari'a si le motif est justifié, les conditions et l'intention d'équité réunies et après information préalable des précédente et future épouses. [...]»*

*Remarque:* les épouses ne doivent pas donner leur accord.

---

<sup>9</sup> ATF du 5.11.2009, 5A\_404/2009 consid. 3.

## Diapo 54

Selon le droit suisse, l'épouse ne reçoit une pension alimentaire après séparation que si elle a été valablement mariée à son époux. Avant de répondre à la question du versement d'une pension, il faut donc répondre à la question préalable de la reconnaissance du mariage. L'art. 8 du Code de la famille algérien autorise la polygamie, sans que l'accord des épouses précédentes ne soit requis, raison pour laquelle le mariage a été conclu valablement et doit être reconnu en Suisse. La reconnaissance par l'art. 45, al. 1 LDIP est toutefois tempérée par la réserve de l'*ordre public*.

## Diapo 55

«Un passage en revue de la littérature permet de constater que la reconnaissance d'un mariage polygame valablement conclu à l'étranger fait débat. Il s'agit de la question de l'appartenance du principe de la monogamie aux principes fondamentaux de l'ordre juridique et des valeurs suisses. En vertu de l'art. 215 CP, la polygamie constitue un délit en Suisse. Pour ce qui est des affaires concernant uniquement la Suisse, l'art. 105, ch. 1 CC stipule qu'un mariage est caduc lorsqu'un des époux était déjà marié au moment de la célébration et que le précédent mariage n'a pas été dissous par le divorce ou par le décès de son conjoint. Il n'est par conséquent pas possible de contracter un mariage polygame en Suisse.

De plus, l'art. 45, al. 2 LDIP est applicable dans le cas où un citoyen ou une citoyenne suisse ayant son domicile en Suisse a célébré le mariage à l'étranger dans le but manifeste d'éluder les motifs d'invalidité du mariage en Suisse, dans le cas présent l'art. 105, ch. 1 CC. Une telle intention manifester l'éluder le cadre légal est donnée en cas de mobile sans ambiguïté, auxquels on parvient avec suffi-

samment de certitude au regard de l'ensemble des circonstances du cas particulier. A défaut de ce cas spécifique, il reste à déterminer si la reconnaissance d'un mariage polygame conclu à l'étranger entre ressortissants étrangers ou entre des ressortissants étrangers et des citoyens suisses viole l'art. 27, al. 1 LDIP.

Jusqu'à maintenant, aucune décision des autorités judiciaires suprêmes n'a reconnu un mariage polygame. Le Tribunal fédéral a tout de même décidé en 2007 qu'un mariage bigame portait atteinte à l'*ordre public*.<sup>10</sup> [La jurisprudence cantonale est hétérogène.]

Les positions sont variées dans la doctrine. Une partie de celle-ci estime que la polygamie est fondamentalement contraire à l'*ordre public*. D'autres avis estiment qu'il faut par principe refuser la reconnaissance des mariages polygames. Ils considèrent que la non reconnaissance de tels mariages représente une infraction aux relations établies et que celles-ci sont susceptibles d'en être détruites. La doctrine dominante plaide pour une reconnaissance des mariages polygames valablement conclus à l'étranger, seulement dans le cas particulier et de manière exceptionnelle, resp. d'attribuer certains effets au deuxième mariage en Suisse. Le fait que de tels effets octroyés soient une exception est avant tout justifié par le besoin de protéger la première épouse, ce d'autant plus que celle-ci a éventuellement approuvé le mariage en pensant qu'il allait suivre le principe de la monogamie. Le besoin de protéger juridiquement la deuxième épouse est toutefois aussi le plus souvent reconnu. On lui octroie par exemple un droit à être entretenue, à une indemnité alimentaire en cas d'accident de son époux (cf. art. 45, al. 3 CO relatif à l'indemnisation en cas de perte de soutien) ainsi qu'à une part successorale. En outre, la présomption de paternité de l'époux vaut pour les enfants nés de la deuxième épouse pendant le mariage. [...]

Considérant le développement de la situation en Europe, il faut reconnaître que d'une certaine manière, les mariages polygames conclus dans le pays sont caducs, mais que ceux conclus valablement à l'étranger bénéficient d'une existence ubiquitaire et développent

---

<sup>10</sup> ATF du 25.01.2008, 2C.465/2007 consid. 4.2.

certaines effets en termes juridiques. Cela est tout à fait correct et important si l'on garde à l'esprit le besoin de protection des épouses en matière de droit à l'entretien, de droit successoral et de droit des assurances sociales.»<sup>11</sup>

### Diapo 56

Il ressort ainsi qu'ici également, l'*ordre public* n'est applicable qu'en ce qui concerne le résultat final d'une question principale ou partielle, non sur une question préalable. Il ne porte donc que sur la question de savoir si l'*ordre public* est enfreint si l'époux doit payer plus qu'une pension alimentaire; il convient de répondre à cette question par la négative, resp. le cas pourrait être comparé à celui d'un homme ayant contracté plusieurs mariages à la suite et qui devrait verser la pension alimentaire prévue par la loi à chacune de ses ex-femmes dont il aurait divorcé.

Il s'ensuit que l'époux est engagé vis-à-vis de chaque épouse avec laquelle il est marié et qu'il peut être contraint à verser une pension alimentaire, le minimum existentiel de l'époux devant être pris en considération à sa juste mesure.

---

<sup>11</sup> BÜCHLER/FINK, Eheschliessungen im Ausland, Die Grenzen ihrer Anerkennung in der Schweiz am Beispiel von Ehen islamischer Prägung, FamPra.ch 1/2008, p. 56 ss

## Diapo 57

### **3. Reconnaissance d'un divorce privé étranger (représentation)**

*S. (citoyenne suisse) et G. (ressortissant ghanéen) se sont mariés en 2005 à Accra/GH selon le droit coutumier ghanéen. Leur mariage a été enregistré dans le registre des mariages de l'Accra Metropolitan Authority. Le 08.11.2007, S. a communiqué à l'autorité cantonale de surveillance de l'état civil que son mariage avec G. avait été dissous au Ghana et demandé l'inscription du divorce dans les registres suisses de l'état civil. S. a joint à sa demande une copie de l'inscription au registre de l'Accra Metropolitan Authority selon laquelle le mariage a été dissous le 01.10.2007; de plus, une déclaration sous serment a aussi été versée au dossier, dans laquelle un certain V. se déclare père de G. et un certain B. se déclare frère de G., tous deux témoignant que le mariage a été dissous selon le droit coutumier déterminant.*

## Diapo 58

*Le 30.11.2007, décision a été prise d'enregistrer la dissolution du mariage. En conséquence, l'Office cantonal des migrations a envisagé de retirer l'autorisation de séjour octroyée à G. Par courrier du 23.12.2007, G. a demandé à l'autorité cantonale de surveillance en matière d'état civil de reconsidérer la question et d'annuler la décision du 30.11.2007, arguant qu'il n'avait pas eu connaissance du divorce.*

*Durant la longue procédure d'examen, S. s'est remariée le 14.12.2008 à Zurich avec N., ressortissant nigérian.*

## Diapo 59

### *Remarques:*

*Les Ghanéens peuvent choisir entre le mariage monogame, célébré par les autorités de l'état civil ou religieuses, et le mariage (potentiellement) polygame, célébré selon le droit coutumier ou islamique.*

*Selon le type de mariage, diverses formes de dissolution du mariage sont possibles. Les mariages prononcés par les autorités d'état civil ou religieuses ne peuvent être dissous que par un tribunal, alors que les mariages célébrés selon le droit coutumier peuvent à choix être dissous par un tribunal ou sans recourir à un tribunal, resp. selon le droit coutumier.*

## Diapo 60

*En matière de dissolution du mariage selon le droit coutumier («customary divorce»), la règle générale veut que les représentants des familles se réunissent afin de prononcer à l'unanimité la dissolution du mariage en respectant diverses formalités. Conformément à la section 6 f. de la «Customary Marriage and Divorce (Registration) Law» de 1985, les époux peuvent communiquer dans les trois mois à l'officier de l'état civil compétent la dissolution du mariage selon le droit coutumier afin qu'elle soit enregistrée. Cette demande d'enregistrement doit être accompagnée d'une déclaration sous serment des parents des conjoints ou de leurs représentants, dans laquelle ceux-ci attestent que le mariage a été dissous selon les prescriptions du droit coutumier applicable.*

## Diapo 61

Les principaux principes de reconnaissance et de possibilité d'exécution de décisions étrangères figurent aux art. 25-27 LDIP. Pour qu'une décision étrangère puisse être reconnue en Suisse, il faut notamment que la compétence internationale indirecte de l'Etat de jugement soit donnée. En ce qui concerne le droit du divorce, la disposition déterminante figure à l'art. 65 LDIP.

Tant l'art. 25 que l'art. 65 LDIP présupposent toutefois qu'il doit s'agir d'une «décision». Dans notre cas, il s'agit d'un «divorce privé», raison pour laquelle la question se pose de savoir si un divorce privé prononcé à l'étranger peut être considéré comme une «décision» au sens des art. 25 ss et 65 LDIP.

*Remarques d'ordre général:* sous le règne de la LRDC<sup>12</sup>, sorte de prédécesseur de la LDIP, le Tribunal fédéral a refusé de reconnaître une répudiation islamique prononcée par déclaration unilatérale de l'époux; en vertu de l'art. 7g, al. 3 LRDC, un divorce ne pouvait être reconnu qui s'il avait été prononcé par un tribunal, ce qui présupposait que l'autorité compétente «coopère de manière décisive» (ATF 88 I 48 consid. 2 p. 50). La jurisprudence qui renvoyait au critère de la coopération décisive des autorités était déjà critiquée du temps où la LRDC était en vigueur.

Suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle LDIP, cette pratique restrictive en rapport avec la question de la «décision pouvant être reconnue» doit être rejetée. Le message relatif à la LDIP mentionne certes encore l'impératif de coopération significative des autorités, mais admet aussi la reconnaissance de divorces prononcés par des instances religieuses.

---

<sup>12</sup> Loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour.



La littérature plus récente va un peu plus loin: les divorces privés qui ont été prononcés sans coopération significative des autorités devraient aussi être mis sur un pied d'égalité avec les divorces prononcés par voie judiciaire ou administrative et donc faire office de décisions susceptibles d'être reconnues.

Cette approche doit être privilégiée. On ne peut refuser catégoriquement aux divorces privés le caractère de décisions, même en cas d'absence de coopération décisive des autorités; cela contredirait la pratique libérale en matière de reconnaissance voulue par la LDIP.

Etant donné que le divorce privé est reconnu officiellement dans de nombreux Etats, voire qu'il constitue la seule forme possible de dissolution du mariage, une non-reconnaissance générale motivée par le fait qu'il n'y a pas de décision pouvant être reconnue ne serait pas justifiée objectivement et ne correspondrait à aucune réalité.

Par contre, une dissolution de mariage qui est totalement indéfendable selon la conception suisse peut être contrée de manière nettement mieux ciblée par la réserve de l'*ordre public* suisse selon l'art. 27 LDIP.

Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral a correctement aussi refusé à la répudiation islamique la reconnaissance sous l'angle unique de l'*ordre public* (ATF 103 Ib 69 consid. 3a), contrairement à l'arrêt précédemment cité.

*Bilan*: un divorce privé prononcé à l'étranger fait office de «décision» au sens des art. 25 ss et 65 LDIP et peut à ce titre être en principe reconnu en Suisse.

Considérant cette notion largement définie de décision pouvant être reconnue, il y a lieu de prêter une attention soutenue aux circonstances ayant prélué au divorce privé au moment d'examiner si les conditions générales de reconnaissance des art. 25 ss LDIP – notamment l'*ordre public* suisse selon l'art. 27, al. LDIP – sont satisfaites.

Comme nous l'avons vu précédemment, les Ghanéens peuvent choisir entre le mariage monogame, célébré par les autorités de l'état civil ou religieuses, et le mariage (potentiellement) polygame, célébré selon le droit coutumier ou islamique. Selon le type de mariage, diverses formes de dissolution du mariage sont possibles. Pour les divorces de mariages monogames, le «Matrimonial Causes Act» de 1971 est en principe applicable. Cet acte législatif est impératif pour les mariages monogames et facultatif pour les mariages relevant du droit coutumier.

Selon les sections 6 et 7 de cet acte législatif, les époux ont trois mois à partir de la date de dissolution du mariage selon le droit coutumier pour communiquer à l'officier de l'état civil que la dissolution du mariage doit être enregistrée. Dans leur communication à l'officier de l'état civil, les époux doivent garantir sous serment que le mariage a été dissous selon les consignes du droit coutumier à appliquer. Cette garantie doit être confirmée par les parents des époux ou leurs représentants. La communication n'est toutefois ni obligatoire ni une condition d'effet du divorce.

Dans le cas présent, il s'agit donc d'un divorce privé pour lequel les instances étatiques ne coopèrent qu'en ce qui concerne l'enregistrement facultatif.

Selon ce qui a été dit précédemment, cela pourrait par conséquent être reconnu.

Il convient dès lors de vérifier si les conditions générales de reconnaissance au sens des art. 25 ss LDIP sont satisfaites, en l'occurrence l'ordre public suisse selon l'art. 27, al. 1 LDIP.

Selon la jurisprudence et à l'unanimité de la doctrine, la dissolution du mariage est une affaire hautement privée et elle représente donc en principe une action de droit qui ne saurait faire l'objet d'une représentation.

La dissolution d'un mariage qui aurait été convenue par les seuls représentants des familles des époux, sans qu'un de ceux-ci ou les deux le sachent ou le souhaitent, enfreint radicalement la conception suisse du droit et ne saurait être reconnue du point de vue de l'*ordre public* suisse.

Le fait que la dissolution du mariage a manifestement été enregistrée au Ghana et qu'elle y est valable n'exclut pas que la reconnaissance de la dissolution du mariage soit rejetée pour des motifs liés à l'*ordre public* suisse.

Le fait que S. se soit entre-temps remariée plaide tout autant en défaveur d'une non-reconnaissance; un mariage conclu ultérieurement ne saurait palier le défaut d'une dissolution de mariage contraire à l'*ordre public*.

## Diapo 62

Le Tribunal fédéral a tranché en conséquence et refusé la reconnaissance de la dissolution du mariage au Ghana en considérant l'*ordre public*.

*ATF 122 III 344 consid. 4b p. 349 f. (cf. annexe):*

*Si seuls des représentants des familles se sont réunis et ont décidé à l'unanimité de dissoudre le mariage sans que les deux conjoints soient présents ou, pour le moins, aient donné leur accord, il y a atteinte à l'ordre public matériel au sens de l'art. 27, al. 1 LDIP. Selon la jurisprudence et de l'avis unanime de la doctrine, la dissolution du mariage représente en effet une action en droit hautement personnelle et ne pouvant faire l'objet d'une représentation. La dissolution d'un mariage qui aurait été convenue par les seuls repré-*

*sentants des familles des époux, sans qu'un de ceux-ci ou tous deux le sachent ou le souhaitent, enfreint radicalement la conception suisse du droit et ne saurait être reconnue du point de vue de l'ordre public suisse.*

## **Diapo 63**

### **D. Droit de l'enfant**

#### ***1. Adoption commune d'un enfant à l'étranger par le partenaire d'un partenariat enregistré***

La législation en vigueur en Suisse interdit aux personnes vivant sous le régime du partenariat enregistré d'adopter un enfant. Cette interdiction porte sur l'adoption individuelle par un partenaire enregistré ainsi que l'adoption commune par les deux partenaires. Il n'est pas non plus autorisé à un partenaire d'adopter l'enfant de l'autre partenaire (on parle aussi d'adoption de l'enfant du conjoint). Les personnes mariées peuvent quant à elles faire usage de ces trois variantes d'adoption.

Historiquement, la disposition figurant à l'art. 28 LPart est née de la volonté de donner un maximum de chances au projet de loi d'aboutir et de réduire les risques qu'un référendum soit lancé à son encontre.

## **Diapo 64**

Se pose maintenant la question essentielle concernant les adoptions à l'étranger par des personnes vivant sous le régime du partenariat enregistré. Se pose notamment la question de la possibilité de les reconnaître en Suisse à l'aune de l'*ordre public* et de leur compatibilité avec les valeurs suisses fondamentales.

A ce propos, les éléments suivants sont intéressants:

- *De par la loi telle qu'elle est (de lege lata)*, une adoption individuelle par une personne homosexuelle est admise en Suisse (art. 264b CC). Toutefois, si cette personne vit sous le régime du partenariat enregistré, elle n'a pas le droit d'adopter. Cette inégalité de traitement est choquante. Pourquoi donc quelqu'un devrait être désavantagé en raison de son inscription dans les registres et des effets essentiellement positifs semblables à ceux du mariage qui en découlent (p.ex. en matière de succession)?
- De plus, la tolérance du public à l'égard du partenariat enregistré entre personnes de même sexe augmente. Les récits des médias sur les adoptions d'enfants par des vedettes sont monnaie courante. Par ailleurs, des partenaires (même enregistrés) élèvent déjà actuellement ensemble des enfants inclus dans le partenariat.
- A l'instar de l'exemple précédent sur la reconnaissance des mariages entre personnes de même sexe, la modification d'une situation légale peut engendrer un changement de l'approche de l'*ordre public*. En matière d'adoption par des partenaires enregistrés, des projets de lois devraient permettre l'adoption de l'enfant du partenaire. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a également recommandé d'admettre l'adoption individuelle par des partenaires enregistrés.

Selon la doctrine et la pratique des autorités, la reconnaissance d'une adoption commune à l'étranger par des partenaires de même sexe ne porte pas atteinte à l'*ordre public* suisse, et ce, malgré l'interdiction légale en Suisse.

## 2. *Problématique de la maternité de substitution*

A l'heure actuelle, tout ou presque paraît possible. Ainsi, les couples qui ne peuvent pas avoir d'enfants sont en mesure de satisfaire leur désir de parentalité grâce à la maternité de substitution. Toutefois, cette évolution n'est pas sans embûche en termes juridiques. Nous allons brièvement passer en revue la question de la maternité de substitution et la situation juridique prévalant en Suisse.

Une mère de substitution est une femme qui accepte de porter un enfant conçu au moyen d'une méthode de procréation médicalement assistée et de le remettre définitivement à des tiers après l'accouchement (art. 2 lit. k LPMA<sup>13</sup>). On distingue en principe les variantes suivantes en médecine de la reproduction:

- Variante 1: la mère de substitution (ou mère porteuse) se voit implanter l'embryon contenant le patrimoine génétique des parents d'intention. *Les parents d'intention sont ainsi les parents génétiques de l'enfant.* Il y a toutefois scission en ce qui concerne la maternité, car la parturiente n'est pas la mère génétique de l'enfant.
- Variante 2: il est aussi possible, à la différence de la première variante, que l'ovule ou le sperme ou les deux proviennent d'une tierce personne avant que l'embryon soit implanté chez la mère de substitution qui confie ensuite l'enfant aux parents d'intention. Contrairement à ce qui est cas dans la première variante, *les parents d'intention ne sont ici pas tous deux parents génétiques de l'enfant.*

---

<sup>13</sup> Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA; RS 810.11)

- Variante 3: l'ovule de la mère de substitution est inséminé. Dans ce cas également, il peut s'agir du patrimoine génétique du couple mandant ou de celui d'une tierce personne. Les deux variantes ont pour point commun que *la mère de substitution est également la mère génétique* de l'enfant.

La maternité de substitution est interdite en Suisse. Les dispositions légales déterminantes sont les suivantes:

*Art. 119, al. 2, lit. d Cst.* comme mandat législatif:

<sup>2</sup> *La Confédération légifère sur l'utilisation du patrimoine germinal et génétique humain. Ce faisant, elle veille à assurer la protection de la dignité humaine, de la personnalité et de la famille et respecte notamment les principes suivants:*

*d. le don d'embryons et toutes les formes de maternité de substitution sont interdits.*

Et *art. 4 LMPA*:

*Le don d'ovules et d'embryons ainsi que la maternité de substitution sont interdits.*

Bien que cela soit interdit en Suisse, il est notoire que des couples se rendent à l'étranger pour demander à une femme de porter et donner naissance à leur enfant. La procréation et la naissance se déroulent à l'étranger. Après la naissance, les parents d'intention reçoivent en général l'acte de naissance de l'enfant libellé à leurs noms. Ceci a lieu en général sans que les autorités suisses n'en soient informées. Ce n'est que lorsque l'enfant entre en Suisse que les autorités suisses peuvent être impliquées, selon les circonstances.

Les variantes suivantes peuvent être débattues:

- L'enfant est citoyen suisse et la représentation suisse à l'étranger lui délivre un passeport, les autorités du lieu d'origine des parents étant alors impliquées.

- Que se passe-t-il lorsque la représentation suisse à l'étranger parvient à la conclusion qu'il s'agit d'une maternité de substitution? Les éléments déterminants à cet égard pourraient être l'homosexualité du couple ou la non-concordance des dates (p.ex. entrée dans le pays de naissance de l'enfant peu avant sa naissance). Les autorités compétentes examinent alors les circonstances plaidant ou non pour une maternité de substitution.

L'entrée de l'enfant en Suisse est refusée. Il y a alors à nouveau deux variantes:

- L'enfant est venu au monde dans un Etat qui lui octroie automatiquement la nationalité de l'Etat de naissance (*ius soli, droit du sol*); les parents d'intention peuvent y demander un passeport et se rendre en Suisse. Que se passe-t-il alors en Suisse?
- La nationalité n'est pas octroyée automatiquement et l'enfant ne peut entrer dans le pays; l'enfant est apatride. Qu'advient-il de l'enfant?

Dans tous ces exemples, la maxime du bien de l'enfant doit notamment obtenir une grande attention. Outre l'apatridie, le refus de la reconnaissance du lien de filiation peut également aboutir au fait que l'enfant se retrouve sans parents, situation que nous aborderons ultérieurement.

Les situations que nous venons de dépeindre peuvent survenir si l'on considère la situation à l'étranger:



## Diapo 66

On trouve de nombreuses cliniques d'insémination artificielle aux USA. La situation légale de la maternité de substitution diffère toutefois selon les Etats membres de l'Union.

- Certains Etats ont une législation similaire à la nôtre en matière de maternité de substitution, en d'autres termes, celle-ci y est interdite. Tel est par exemple le cas en Arizona et dans le District of Columbia.
- Certains Etats membres de l'Union n'ont quant à eux pas de législation spécifique sur la maternité de substitution. Ceci ne signifie toutefois pas que la maternité de substitution n'est pas possible dans ces Etats, mais les principales dispositions des contrats y relatifs n'ont aucune valeur. Citons à titre d'exemple les Etats de New York et du Michigan.
- Il y a enfin divers Etats qui adoptent une approche libérale de la maternité de substitution, y compris à des fins lucratives, par exemple la Californie et le Texas.

## Diapo 67

La maternité de substitution est également répandue en Argentine, ce pays n'ayant pas de loi à ce sujet. De plus, les contrats commerciaux ne sont pas expressément interdits.

L'Inde comptait en 2011 près de 600 cliniques spécialisées en médecine de reproduction. Les établissements sont en mains privées et ils sont contestés. Voilà pourquoi le Ministère indien de l'intérieur a déclaré que l'entrée en Inde à des fins de maternité de substitution avec un visa touristique n'est plus autorisée depuis le début de l'année 2013 et qu'il faut bénéficier d'un *visa médical*. L'entrée dans le pays est refusée aux célibataires et couples homosexuels souhaitant s'y rendre en lien avec la maternité de substitution.

L'Ukraine est un autre pays connu pour la maternité de substitution. De nombreux couples souhaitant combler leur désir d'enfant y sont attirés par les prix bas et la législation laxiste. Dans son rapport sur la maternité de substitution de 2013, le Conseil fédéral parvient à la conclusion que la maternité de substitution n'y est pratiquée qu'à des fins lucratives. La détresse des jeunes femmes notamment y est exploitée et conduit parfois à des abus manifestes. L'Ukraine interdit également aux couples de même sexe de charger des mères porteuses de donner naissance à leur enfant.

### **Diapo 68**

Considérant ce qui précède, se pose dès lors la question essentielle: un enfant qui est né à l'étranger d'une mère de substitution peut-il être reconnu en Suisse comme l'enfant des parents d'intention? Selon la pratique actuelle (Rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013), le lien de filiation ne peut pour l'heure être reconnu en Suisse pour les motifs suivants:

- Demander à une mère de substitution étrangère de porter et accoucher d'un enfant constitue un contournement de la loi suisse.

- Une maternité de substitution à l'étranger peut violer les droits de l'enfant. Premièrement, il est possible, dans certaines circonstances, que le droit de l'enfant à connaître ses origines soit violé (art. 7, al. 1 de la Convention relative aux droits de l'enfant). Ceci est par exemple le cas lorsque l'ovule ou le sperme ont été donné par une tierce personne et que l'Etat dans lequel la maternité de substitution se déroule n'autorise que les dons anonymes. Et contrairement à ce qui est le cas lors d'une adoption, la capacité des parents d'intention ne sont pas vérifiés en cas de maternité de substitution, ce qui porte atteinte au bien de l'enfant.
- Enfin, la commercialisation de l'enfant et de la femme heurte notre conception du droit. L'exemple de l'Ukraine prouve que des femmes mettent leur corps à disposition pour des raisons financières, faisant ainsi de celui-ci un bien de consommation.

Les conséquences de la non-reconnaissance du lien de filiation avec les parents d'intention peuvent toutefois être lourdes de conséquences:

- Les parents d'intention en Suisse ne sont pas considérés légalement comme les parents de l'enfant. Si la mère de substitution (et éventuellement aussi son époux) a renoncé à ses droits avant la naissance de l'enfant, l'enfant se retrouve sans parents, à l'étranger comme en Suisse.
- Le père d'intention a toutefois la possibilité, dans la mesure où il est le père génétique, de reconnaître l'enfant. Il faut toutefois au préalable que la paternité du côté de l'époux de la mère de substitution ait été écartée.
- Si le père d'intention, qui est aussi le père génétique de l'enfant, vit sous le régime du partenariat enregistré ou s'il s'agit d'un concubin, l'enfant ne peut être adopté en Suisse par l'autre partenaire.

- S'il n'y a aucun lien génétique, ni avec la mère d'intention, ni avec le père d'intention, l'adoption s'impose, avec les mêmes restrictions légales pour les concubins et les personnes vivant sous le régime du partenariat enregistré.

Considérant ces arguments sur la pratique en matière de reconnaissance du point de vue de l'*ordre public*, une différenciation s'impose. Il est indispensable de toujours considérer le cas particulier concret. Il faut alors se poser les questions suivantes:

- Y a-t-il un lien génétique avec l'un des parents?
- Dans quel Etat la maternité de substitution a-t-elle été engagée? Des conditions-cadre garantissent-elles le bien de la mère de substitution et empêchent-elles son exploitation?
- Le droit de l'enfant à connaître ses origines est-il garanti? Son pays d'origine dispose-t-il d'une base de données des donneurs?
- Quels sont les motifs ayant incité les parents d'intention à se tourner vers la maternité de substitution?
- Les parents d'intention forment-ils un couple homosexuel?
- Y a-t-il un intérêt pour la mère de substitution à garder l'enfant ou la transmission de l'enfant a-t-elle été effectuée avec l'accord de la mère de substitution?

Il faut également rappeler ici qu'en matière de reconnaissance d'une décision, resp. d'un acte, le barème d'appréciation est plus strict.

Il faut ensuite mentionner que l'interdiction de la maternité de substitution est ancrée dans la Constitution fédérale, et qu'il ne fait forcément mettre ceci sur un pied d'égalité avec l'*ordre public*, notamment parce que l'art. 119, al. 2 Cst. n'est pas une disposition directement applicable.

Considérant ce qui précède, une pesée des intérêts s'impose dans le cas d'espèce. Il convient de déterminer si le bien de l'enfant (notamment dans la perspective de l'apatridie et du défaut de parents de l'enfant) ne doit pas être considéré plus fortement que la protection de la dignité humaine de la mère de substitution et l'intérêt qu'ont les autorités chargées d'appliquer le droit d'empêcher que celui-ci soit éludé.

## Diapo 69

### ***3. Reconnaissance de la mère génétique comme mère d'un enfant***

Comme nous venons de le voir, il n'est pas possible, selon la pratique actuelle de reconnaître en Suisse le lien de filiation avec les parents d'intention pour des raisons liées au contournement de la loi, à la protection de la dignité humaine et au bien de l'enfant.

Se pose alors la question de savoir la reconnaissance d'un lien de filiation peut aussi être refusée en vertu du principe «*mater semper certa est*», qui est ancré dans l'art. 252, al. 1 CC. Selon cette maxime, la filiation à l'égard de la mère résulte de la naissance.

Ainsi a aussi tranché le Tribunal de grande instance (Oberlandsgericht) de Stuttgart dans son arrêt du 7 février 2012 (8 W 46/12), selon lequel le principe juridique «*mater semper certa est*» est absolu et n'autorise pas la maternité de substitution. Ceci aboutirait en parti-

culier, dans le cas d'une mère d'intention qui implanterait ses ovules chez la mère de substitution, à ce que la mère génétique ne peut de fait être reconnue comme mère de l'enfant.

Dans un cas similaire, la Cour constitutionnelle autrichienne a tranché différemment (arrêt du 14.12.2011; B13/11). Tant que la mère de substitution n'a pas été forcée d'accoucher, le bien de l'enfant a une valeur plus importante que le principe juridique.

Il faut attendre pour déterminer comment ce principe se répercute sur la reconnaissance de la maternité de substitution en Suisse. *De lege lata*, il n'est pas possible, du moins à l'heure actuelle, de contester la maternité d'une parturiente. La mère d'intention peut toutefois adopter l'enfant.

Pour conclure le chapitre de la maternité de substitution, il faut ajouter que le bien de l'enfant exclut absolument l'apatridie et l'absence de parents pour l'enfant si celui-ci n'est pas reconnu. Il ne saurait être puni pour les choix de ses parents d'intention. Toutefois, une réglementation légale définissant les conditions de la maternité de substitution apparaît inéluctable. La mère de substitution ne doit pas être dégradée en un bien de consommation.

Pour aboutir à une protection efficace et notamment pour mieux contrer les abus, je partage l'avis du Conseil fédéral selon lequel une coopération de toutes les nations s'impose. Actuellement, la Suisse milite pour une solution multilatérale dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé.

## Diapo 70

### **4. Adoption d'un neveu**

*X. et Y. (tous deux ressortissants albanais) vivaient en Serbie-Monténégro avant d'élire domicile en Suisse en 2006, où ils se sont mariés cette même année. Le mariage n'a pas débouché sur une naissance. B. est le frère de X. et vit avec son épouse C. à D., en Serbie. Ce couple a quatre enfants (nés en 2002, 2004, 2006 et 2007). Lorsque C. était enceinte de son cinquième enfant, les deux couples ont convenu que cet enfant, F. né en 2008, serait donné au couple qui n'avait pas réussi à avoir d'enfants. En conséquence, X. et Y. ont demandé une autorisation provisoire d'accueillir un enfant en vue de l'adoption de F.*

## Diapo 71

*Par décision du 31 mai 2009, l'Office pour la jeunesse et l'orientation professionnelle du canton de Zurich, autorité centrale en matière d'adoption, a octroyé l'autorisation définitive pour l'enfant F. de Serbie-Monténégro aux fins d'adoption ultérieure. Deux mois plus tard, l'enfant est arrivé en Suisse et il vit depuis lors auprès de sa famille d'accueil.*

*En 2011, X. et Y. ont déposé auprès de la préfecture d'Hinwil, officiant en tant qu'autorité de surveillance, une demande visant à approuver l'adoption et à la valider.*

## Diapo 72

En ce qui concerne cette adoption, le droit suisse était déterminant, notamment les art. 264 et 264a CC:

### **Art. 264 CC**

*Un enfant peut être adopté si les futurs parents adoptifs lui ont fourni des soins et ont pourvu à son éducation pendant au moins un an et si toutes les circonstances permettent de prévoir que l'établissement d'un lien de filiation servira au bien de l'enfant sans porter une atteinte inéquitable à la situation d'autres enfants des parents adoptifs.*

### **Art. 264a CC**

<sup>1</sup> *Des époux ne peuvent adopter que conjointement; l'adoption conjointe n'est pas permise à d'autres personnes.*

<sup>2</sup> *Les époux doivent être mariés depuis cinq ans ou être âgés de 35 ans révolus.*

<sup>3</sup> *Un époux peut adopter l'enfant de son conjoint s'il est marié avec ce dernier depuis cinq ans.*

Conformément à l'art. 264 CC, un enfant peut être adopté si toutes les circonstances permettent de prévoir que l'établissement d'un lien de filiation servira au bien de l'enfant.<sup>14</sup> C'est le cas lorsque les conditions permettant un bon développement de sa personnalité sont améliorées. A cet égard, il faut tenir compte de la justification du lien de filiation avec les parents adoptifs et l'annulation du lien de filiation existant avec les parents biologiques. L'art. 264 CC précise également que l'enfant ne peut être adopté que si les futurs parents adoptifs lui ont fourni des soins et ont pourvu à son éducation pendant au moins un an. L'adoption ne peut être prononcée avant qu'une enquête portant sur toutes les circonstances essentielles n'ait été faite, au besoin avec le concours d'experts (art. 268a, al. 1 CC).

---

<sup>14</sup> ATF 135 III 80 consid. 3.2 avec renvoi à l'ATF 107 II 18 consid. 4 p. 20.



L'adoption d'un neveu par le couple demeuré sans descendance ne répond en général pas au bien de l'enfant.

*In casu*, l'instance précédente a estimé que l'enfant à adopter disposait d'une famille intacte en Serbie, avec des frères et sœurs. Seuls ses parents biologiques ont souhaité dissoudre le rapport enfant-parents afin de permettre au frère et à la belle-sœur (des recourants) de vivre la parentalité souhaitée grâce à ce neveu. L'enfant n'est pas dépourvu de parents. De plus, il y a un risque considérable à ce que l'enfant traverse une crise identitaire ou ressente un sentiment d'écartèlement entre ses parents adoptifs et ses parents et frères et sœurs biologiques, ce d'autant plus que les deux familles sont en contact.

Le Tribunal fédéral a donné raison à l'instance précédente et considéré que le fait de vouloir combler le désir de parentalité d'un couple n'ayant pas d'enfant en leur confiant un neveu n'est pas déterminant. L'institution suisse de l'adoption est exclusivement orientée selon les besoins de l'enfant, qui dépend des représentations locales, quel que soit l'origine de l'enfant.<sup>15</sup> De plus, l'instance précédente a estimé à bon droit que le bien de l'enfant est aussi déterminant pour évaluer des circonstances extraordinaires, comme c'est le cas présentement, lorsqu'un enfant de la parenté doit être adopté.<sup>16</sup> Une telle adoption est liée à des risques particuliers. Dans un arrêt daté de 2005, le Tribunal fédéral a également refusé d'autoriser un placement aux fins de l'adoption dans un cas concernant un neveu dont les parents souhaitant confier leur enfant à un couple sans enfants habitant à proximité en le plaçant afin qu'ils l'adoptent. Le Tribunal fédéral a considéré que de tels rapports empêchent la pleine intégration de l'enfant dans la famille d'adoption, ce qui est incompatible avec l'idée fondamentale de l'adoption.<sup>17</sup>

Dans le cas d'espèce, il ne s'agissait toutefois pas d'autoriser les rapports d'entretien par adoption, mais d'autoriser l'adoption après l'établissement fructueux d'un rapport d'entretien.

---

<sup>15</sup> ATF du 4.02.2005, 5A.35/2004, consid. 4, in: FamPra.ch 2005 p. 948 s.

<sup>16</sup> ATF 119 II 1 consid. 3 p. 2, concernant un petit-enfant.

<sup>17</sup> ATF du 4.02.2005, 5A.35/2004 consid. 4.2, in: FamPra.ch 2005 p. 949.

En effet, seul le déroulement des rapports d'entretien permet d'évaluer si l'adoption sert le bien de l'enfant; l'établissement fructueux de tels rapports plaide à lui seul en faveur de l'adoption.<sup>18</sup>

Pendant un rapport d'entretien, des liens forts se développent entre l'enfant et sa famille d'accueil, raison pour laquelle un nouveau placement ou le retour dans le giron des parents biologiques n'est que très rarement dans son intérêt, ce qui explique que le refus d'une adoption n'intervient au plus que dans des cas flagrants.

### Diapo 73

#### **5. Annulation d'une adoption**

*Le 14 mars 1985, Y. a donné naissance à une fille X. à Muri b. Bern. Le lien de filiation avec le père biologique n'a pas été établi, la mère ne dévoilant pas son identité. En 1987, Y. a épousé Z. (ressortissant italien). Par décision du 7 novembre 1990, la Direction de la justice du canton de Berne a déclaré X. fille adoptive de Z.*

*En 1998, Y. et Z. ont divorcé. X. a été placée sous l'autorité parentale de sa mère. Le divorce a entraîné la perte de contact entre l'enfant et le père adoptif. En novembre 2009, X. est parvenue à prendre contact avec son père biologique V., ressortissant libyen domicilié à Tripoli. Depuis lors, tous deux ont des contacts réguliers et le père biologique rend visite à sa fille tous les deux-trois mois.*

---

<sup>18</sup> ATF 135 III 80 consid. 3.3.1 avec renvoi à l'ATF 125 III 161 consid. 3a p. 162; ATF 126 III 412 consid. 2a p. 413.

#### **Diapo 74**

*Par recours en annulation selon l'art. 269a CC, X. a demandé en 2011 à la Cour suprême d'annuler avec effet rétroactif la décision d'adoption du 7 novembre 1990 ainsi que le lien de filiation entre elle et Z.*

*Dans son arrêt du 8 juillet 2012, la Cour suprême a rejeté le recours. X. a alors porté l'affaire devant la Cour civile du Tribunal fédéral, en concluant que le jugement de l'instance précédente, la décision d'adoption du 7 novembre 1990 et le lien de filiation entre elle et Z. devaient être annulés avec effet rétroactif.*

L'arrêt se trouve en annexe.

#### **Diapo 75**

Dans l'exemple cité, il s'agit de l'annulation d'une adoption destinée à pouvoir justifier le lien de filiation avec le père biologique.

Dans son recours auprès du Tribunal fédéral, la recourant a présenté les motifs suivants:

- (1) Premièrement, il convient de veiller à son intérêt à ce que le lien de filiation avec le père biologique soit établi, et
- (2) deuxièmement, le rejet de la demande viole les art. 13, al. 1 Cst. et 8 CEDH.

Le recours a été rejeté par le Tribunal fédéral au motif que cette adoption, comme toute adoption, est en principe indissoluble. Elle ne peut être révoquée par les parents adoptifs ou l'adopté, mais uniquement faire l'objet d'une action en contestation ou d'une nouvelle adoption (resp. reconnaissance d'une adoption étrangère).

### Diapo 76

Commençons par une remarque sur le rejet du premier motif avancé par la recourant, à savoir qu'il convenait de veiller à son intérêt à ce que le lien de filiation avec le père biologique soit établi, et précisons ce qui suit:

Dans le cas d'espèce, la Convention européenne du 24 avril 1967 en matière d'adoption des enfants (RS 0.211.221.310) s'applique.

A l'**art. 13**, elle stipule:

*«Tant que l'adopté n'est pas majeur, l'adoption ne peut être révoquée que par décision d'une autorité judiciaire ou administrative pour motifs graves et uniquement si la révocation pour de tels motifs est admise par la législation.»*

### Diapo 77

Le droit suisse s'appliquant à l'adoption, il faut examiner si ce droit autorise l'annulation d'une adoption.

Le droit suisse précise les motifs suivants d'action en contestation:

- Défaut de consentement des parents biologiques (art. 269, al. 1 CC)
- Autres vices graves (art. 269a, al. 1 CC).

Pour expliciter la notion de vices graves, on peut prendre pour exemple la non réalisation importante de la différence d'âge minimum ou le défaut d'un rapport d'entretien véritable. Les adoptions poursuivant un but autre que celui de l'adoption, p.ex. la dépréciation de droit d'héritage d'autres personnes ou l'acquisition du droit de cité, peuvent également être contestées.

Tout autre motif, même survenu après l'adoption, est exclu et ne saurait aboutir à l'annulation d'une adoption.

### **Diapo 78**

Appliqué au cas d'espèce, cela signifie en ce qui concerne le premier motif de recours:

L'adoption plénière a pour but l'approbation sans réserve et définitive de l'enfant ainsi que la mise sur un pied d'égalité avec le lien de filiation naturel. La recourante n'argue pas que l'adoption a été établie en violation des dispositions légales, mais d'autres motifs, même survenus après l'adoption, sont exclus. Ainsi, la recourante n'a pas établi avec sa demande que l'adoption souffrait d'un vice grave au sens légal. Le droit suisse ne prévoit pas de possibilité d'annuler une adoption suite à une modification ultérieure des conditions de vie.

Pour cette raison, l'action en annulation selon l'art. 269a CC devait être rejetée.

## Diapo 79

Par ailleurs, la recourante argue d'une violation des art. 13, al. 1 Cst. et 8, al. 1 CEDH.

### ***Art. 13, al. 1 Cst.***

*<sup>1</sup> Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale [...].*

### ***Art. 8, al. 1 CEDH***

*Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale [...].*

Selon la pratique, cette disposition porte notamment sur les éléments suivants:

- protection de l'identité,
- droit à rechercher ses origines (filiation).
- pas impérativement toutefois le droit de convertir un lien biologique en rapport juridique.

Il ressort également de la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme que la relation entre des enfants adultes et leurs parents ne jouit en principe pas de la protection offerte par l'art. 8, al. 1 CEDH.

Même si la relation de la recourant avec son père biologique pouvait être qualifiée de «famille» au sens de l’art. 8, al. 1 CEDH, le refus d’annuler rétroactivement l’adoption ne saurait être considérée comme une restriction inadmissible. La plupart des législations des pays d’Europe occidentale prévoient le caractère indissoluble de l’adoption plénière.

La Convention européenne du 24 avril 1967 en matière d’adoption des enfants n’autorise en aucune manière les Etats membres de rendre possible l’annulation d’une adoption.

Il en résulte qu’il n’y avait aucune raison d’annuler l’adoption.

## Diapo 80

### *V. Remarque finale*

Pour terminer mon exposé, permettez-moi de reprendre la phrase de Marie Freifrau von Ebner-Eschenbach citée en préambule:

*La morale qui suffisait à nos pères ne peut suffire à nos enfants.*

Considérant ce qui a été dit, le parallèle établi avec l’*ordre public* paraît encore plus clair. L’*ordre public* en tant qu’aide à la correction pour les autorités chargées d’appliquer le droit n’est rien d’autre qu’un instantané. Il n’est pas constant et la vision que l’on en a aujourd’hui ne sera peut-être plus pertinente demain.

## ***VI. Références littéraires et documentaires***

Les ouvrages suivants ont été utilisés pour rédiger cet exposé:

BÜCHLER ANDREA/BERTSCHI NORA, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern?, Leihmutterschaft in den USA und die Anerkennung des Kindesverhältnisses in der Schweiz, in: FamPra.ch 2013, 33-56.

BÜCHLER ANDREA/FINK STEFAN, Eheschliessungen im Ausland, Die Anerkennung in der Schweiz am Beispiel von Ehen islamischer Prägung, in: FamPra.ch 2008, 48-68.

FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL/SIEHR KURT, Allgemeine Lehren, in: von Büren Roland (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Bd. XI, Internationales Privatrecht, Teilband I, Basel 2008.

GIRSBERGER DANIEL [ET AL.], Zürcher Kommentar zum IPRG, 2 Aufl., Zürich 2004.

HONSELL HEINRICH/ VOGT NEDIM PETER/GEISSER THOMAS/REUSSER RUTH (HRSG.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 4. Aufl., Basel 2012.

HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./ BERTI STEPHEN V. (HRSG.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 3 Aufl., Basel 2013.

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, Bern 2012.



DIES., «Binnenbeziehung» und Staatenimmunität: Ein Phänomen der schweizerischen Rechtsprechung, in: Dörig/Fellmann u.a. (Hrsg.), Versicherungsbranche im Wandel, FS für Moritz W. Kuhn, Bern 2009.

RAAPE LEO/STURM FRITZ, Internationales Privatrecht, Bd. I, 6. Aufl., München 1977.

RÜETSCHI DAVID, Zur aktuellen Revision des Adoptionsrechts, in: Fünfte internationale Tagung zur internationalen Adoption 2013, 89-98.

VON SAVIGNY FRIEDRICH CARL, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 8, Berlin.

Les documents suivants ont été utilisés pour rédiger cet exposé:

Rapport sur la maternité de substitution, rapport du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 en exécution du postulat 12.3917 du 28 septembre 2012 ([www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-11-29/ber-br-f.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/pressemitteilung/2013/2013-11-29/ber-br-f.pdf).; consulté le 6 mai 2014 dans sa version allemande).

Message concernant une loi fédérale sur le droit international privé (loi de DIP) du 10 novembre 1982, FF 1983 I 255.

Message relatif à l'initiative populaire «pour la protection de l'être humain contre les techniques de reproduction artificielle (Initiative pour une procréation respectant la dignité humaine, PPD)» et à la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA), FF 1996 III 197.

Message relatif à la loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe du 29 novembre 2002, FF 2003 1192.

Message relatif à une loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés du 23 février 2011, FF 2011 2045.

Département fédéral de justice et police DFJP, expertise du 15 mai 2013 de l'Office fédéral de la justice, Constitutionnalité et conformité à la Convention sur la protection des droits de l'enfant de la reconnaissance de décisions étrangères établissant la filiation d'un enfant né par maternité de substitution, 1-21.

## *VII. Annexe*

### **Exemple: variabilité des noms étrangers**

ATF 106 II 103 (Temelkova)

**A.-** René Max Huber, citoyen suisse, et Elena Temelkovski, ressortissante yougoslave, ont fait part le 5 décembre 1979 de leur promesse de mariage à l'Office de l'état civil de Zurich. La décision de publication a été prise le 7 décembre 1979 et la promesse de mariage a été publiée le 11 décembre 1979. La fiancée a alors demandé que son nom de famille soit transcrit «Temelkova» dans les registres des mariages et des familles, arguant que les actes d'état civil yougoslaves sont établis à ce nom; Temelkovski est un autre nom de famille, de surcroît exclusivement masculin. L'Office de l'état civil de Zurich ainsi que la Direction de l'intérieur du canton de Zurich, cette dernière sur recours, ont rejeté cette demande.

**B.-** Elena Temelkova a porté un recours de droit administratif devant le Tribunal fédéral en concluant à l'annulation de la décision de la Direction de l'intérieur du canton de Zurich et à l'inscription par l'Office de l'état civil de Zurich du nom Temelkova, éventuellement la forme masculine correcte de ce nom, à savoir Temelkov, dans les registres de l'état civil.

Dans leur mémoire, la Direction de l'intérieur du canton de Zurich et le Département fédéral de justice et police concluent au rejet du recours.

Considérants du Tribunal fédéral:

**1.** Conformément aux explications idoines de l'instance précédente, et contrairement à l'opinion de la recourante, la question du nom de famille à inscrire dans les registres suisses de l'état civil relève uniquement du droit suisse. La recourante a acquis la nationalité suisse par mariage. Bien qu'elle conserve la nationalité yougoslave, cette double ressortissante est traitée en Suisse comme une Suisse. Il n'y a donc pas de problème en termes de droit international privé. Par ailleurs, il faudrait, suite à la suppression de l'**art. 8 LRDC** qui n'a pas été remplacé, et selon la tendance voulant le rattachement du nom au domicile de la personne portant ce nom (BUCHER, Conséquences de la suppression de l'article 8 LRDC, Revue suisse de l'état civil 1977 p. 332; KNOEPFLER, Le nom et quelques autres questions de l'état civil en droit international privé suisse, aujourd'hui et demain, Revue suisse de l'état civil 1978 p. 307 ss), appliquer de toute façon le droit suisse en tant que droit du domicile (la recourante est en possession d'une autorisation de séjour suisse, séjourne effectivement à Zurich et partagera, après le mariage, le domicile suisse de son époux).

**2.** En vertu de l'**art. 43, al. 1 OEC**, le nom de famille et le prénom sont inscrits dans les registres comme ils figurent dans les actes d'état civil ou, si ceux-ci font défaut, dans d'autres documents d'identité déterminants. Le principe de la transcription sans changement ne saurait toutefois valoir de manière illimitée lorsqu'il s'agit de noms figurant sur des actes d'état civil étrangers. La graphie des noms de famille étrangers doit s'adapter aux règles valables pour la tenue des registres suisses et ne doit pas contredire les principes du droit du nom suisse. Ainsi, par exemple, les ca-

ractères non latins figurant dans des documents d'identité étrangers doivent être transcrits en lettres latines. Les titres de noblesse ne peuvent être inscrits, même s'ils font partie du nom à l'étranger (**BGE 102 Ib 245** ss). De la même manière, il n'est pas possible de prendre en considération lors de l'inscription dans les registres suisses de l'état civil les variations du nom de famille en fonction du sexe ou de l'état civil de celui qui le porte et qui suivent les règles d'une langue étrangère. Ceci garantit une tenue ordonnée et fiable des registres. La majorité des officiers de l'état civil seraient dépassés s'il leur fallait déterminer s'il y a une tournure féminine d'un nom et quelle est la forme masculine d'un nom de famille connu sous sa forme féminine (BUCHER, op.cit. p. 336; GÖTZ, Die Beurkundung des Personenstandes, in Schweiz. Privatrecht, volume II, p. 401).

**3.** La recourante admet expressément que le nom de famille «Temelkova» est la forme féminine d'un nom de famille masculin correspondant, et prétend que ce nom de famille n'est pas «Temelkovski» mais «Temelkov».

Le droit suisse du nom est caractérisé par l'immutabilité du nom de famille. L'épouse acquiert le nom de famille de l'époux par mariage; les enfants portent quant à eux le nom de famille des parents. Des divergences en fonction du sexe ne sont pas admises (**BGE 102 Ib 248**). L'enregistrement demandé représenterait une violation de ce principe. Contrairement aux allégations formulées dans le mémoire de recours, la possibilité ne saurait être totalement écartée de voir la recourante reprendre son nom de famille précédent en cas de divorce éventuel, qu'elle transmettrait à ses enfants. Cela serait toutefois incompatible avec le droit suisse du nom si p.ex. des enfants de sexe masculin étaient enregistrés dans le registre suisse des naissances sous le nom de famille modifié de leur mère.

**4.** La demande éventuelle d'enregistrer le nom de famille «Temelkov» comme forme masculine correcte du nom de famille féminisé «Temelkova» n'avait pas été présentée à l'autorité cantonale. Cette demande ne contredit pas fondamentalement la demande principale; la recourante peut s'adresser à l'autorité cantonale en justifiant son affirmation selon laquelle la graphie correcte de la forme masculine de son nom est «Temelkov».

## ATF 131 III 201 (Dzieglewski)

Am 26. September 2003 gebar Aleksandra Dzieglewska, schweizerisch-polnische Doppelbürgerin, in Aarau den Sohn Florian Stefan, der im Geburtsregister des Zivilstandskreises Aarau mit dem Namen "Dzieglewska", dem Namen seiner unverheirateten Mutter, eingetragen wurde. Am 27. November 2003 gelangte Florian Stefan Dzieglewska durch seine gesetzliche Vertreterin an das Gerichtspräsidium Aarau und verlangte gestützt auf **Art. 42 Abs. 1 ZGB**, der Eintrag "Dzieglewska" im Register sei zu berichtigen und es sei der Name "Dzieglewski" einzutragen.

Das Gerichtspräsidium Aarau wies das Begehren mit Urteil vom 29. Januar 2004 ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen festgehalten, durch die Eintragung eines ausländischen Namens in das schweizerische Zivilstandsregister werde dieser zu einem schweizerischen Namen, so dass allfällige Namensregeln des Ursprungslandes nicht mehr berücksichtigt werden könnten. Florian Stefan Dzieglewska gelangte mit Beschwerde an das Obergericht des Kantons Aargau, welches mit Urteil vom 1. Juni 2004 das erstinstanzliche Urteil bestätigte.

Florian Stefan Dzieglewska führt mit Eingabe vom 14. Juli 2004 Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragt dem Bundesgericht, das angefochtene Urteil sei aufzuheben und es sei anzuordnen, dass er im Geburtsregister mit dem berichtigten Namen " Dzieglewski" eingetragen werde. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

**1.1** Der Beschwerdeführer hat beim Gericht die Berichtigung einer Registereintragung nach **Art. 42 Abs. 1 ZGB** verlangt. Nach dieser Bestimmung kann derjenige, welcher ein schützenswertes persönliches Interesse glaubhaft macht, beim Gericht auf Eintragung von streitigen Angaben über den Personenstand, auf Berichtigung oder auf Löschung einer Eintragung klagen (**Art. 42 Abs. 1 ZGB** in der seit 1. Januar 2000 in Kraft stehenden Fassung; AS 1999 S. 1118, 1144).

**1.2** Nach der Rechtsprechung gehört die richterliche Berichtigung des Zivilstandsregisters hinsichtlich Namen zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, die als nichtstreitige Zivilsache nicht berufungsfähig ist (**BGE 100 II 290** E. 1 S. 292; **BGE 92 II 128** E. 1 S. 130 f.; MESSMER/ IMBODEN, Die eidgenössischen Rechtsmittel in Zivilsachen, S. 74 Ziff. 55, S. 178 Ziff. 129 Anm. 3). Mit der Revision des Personenstandsrechts wurde die bisherige Bestimmung (aArt. 45 Abs. 1 ZGB) über die Berichtigung der Register auf Anordnung des Gerichts zu einer umfassenden Gestaltungsklage auf Eintragung von streitigen Angaben, auf Berichtigung oder auf Löschung einer Eintragung über den Personenstand ausgebaut, für die kein eigenes Verfahren (z.B. Statusklagen des Kindesrechts) zur Verfügung steht (BBI 1 **BGE 996 I 52**; HEUSSLER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 2. Aufl., N. 5 zu **Art. 42 ZGB**). Nach der Botschaft des Bundesrates soll je nach dem, ob die Anwendung über die Beurkundung des Personenstandes oder eigentliche Statusfragen streitig sind, letztinstanzlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde oder die Berufung offen stehen (BBI 1 **BGE 996 I 52**).

Bei der hier strittigen richterlichen Berichtigung geht es um die Frage, ob im schweizerischen Zivilstandsregister die den Regeln einer fremden Sprache folgende Abwandlung des Familiennamens nach dem Geschlecht des Namensträgers zu berücksichtigen ist. Eine Statusfrage, in der es nur in der Nebensache um deren Beurkundung geht, steht nicht in Rede, ebenso wenig ein Namensstreit unter Privaten (**Art. 29 ZGB**); die Berufung fällt daher ausser Betracht. Das vorliegende Berichtigungsverfahren ist zwar auch darauf gerichtet, Wirkungen auf dem Gebiet des Privatrechts zu entfalten, und erscheint insofern als Zivilsache. Indessen überwiegt das öffentlich-rechtliche Element: Die hier strittige Frage betrifft die Form der Eintragung von Namen (**Art. 43 Abs. 1 aZStV** bzw. **Art. 24 Abs. 1 ZStV** [SR 211.112.2] in der seit 1. Juli 2004 geltenden Fassung; AS 2004 S. 2915) und damit die Registerführung, die als öffentlich-rechtliche Angelegenheit zu betrachten ist (vgl. GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., S. 44). Der Gegenstand des beim Bundesgericht erhobenen Rechtsmittels gehört somit zum öffentlichen Recht des Bun-

des, so dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts grundsätzlich zulässig ist (**Art. 97 Abs. 1 und Art. 98 lit. g OG**).

**1.3** Der Beschwerdeführer rügt, dass das Zivilstandsamt beim Eintrag der Geburt im schweizerischen Zivilstandsregister die den Regeln der polnischen Sprache folgende Abwandlung seines polnischen Familiennamens nach seinem Geschlecht nicht berücksichtigt habe. Die Berichtigung setzt allgemein den Nachweis voraus, dass der Registerführer einen Fehler begangen hat oder irregeführt wurde (FORNI, Berichtigung von Zivilstandseintragungen, ZZW 1973 S. 187). Zu den Fehlern, die eine Berichtigung durch den Richter rechtfertigen, gehört auch ein Eintrag, der auf irrtümlicher Gesetzesauslegung beruht (**BGE 89 I 316** E. 3 S. 322; FORNI, a.a.O., S. 189; EGGER, Zürcher Kommentar, N. 2 zu **Art. 45 ZGB**). Ein schützenswertes persönliches Interesse an der Berichtigung des Registers - und damit die Legitimation zur Berichtigungsklage - ist ohne weiteres gegeben. Die Berichtigungsklage ist grundsätzlich zulässig.

**2.1** Das Obergericht hat im Wesentlichen festgehalten, der Name des Beschwerdeführers sei nach schweizerischem Recht einzutragen, da dieser selber angebe, zur Schweiz ein engeres Verhältnis als zu Polen zu haben; im Übrigen behaupte der Beschwerdeführer selber nicht, die polnische Staatsangehörigkeit zu haben, so dass eine Rechtswahl nach **Art. 37 Abs. 2 IPRG** von vornherein ausser Betracht falle. Das schweizerische Namensrecht sei durch die Unwandelbarkeit des Familiennamens gekennzeichnet, weshalb nach der Rechtsprechung und der Zivilstandsverordnung die Abweichungen nach dem Geschlecht nicht zugelassen seien. Daher sei der Beschwerdeführer mit dem unveränderten Namen seiner unverheirateten Mutter im Geburtsregister einzutragen. Weder liege ein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot der Bundesverfassung noch gegen das UNO-Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107) vor. Das Obergericht hat daher die Berichtigung des Eintrages verweigert und den Beschwerdeführer auf den Weg der Namensänderung nach **Art. 30 ZGB** verwiesen.

**2.2** Der Beschwerdeführer hält demgegenüber im Wesentlichen fest, es sei mit seinen Persönlichkeitsrechten, dem Gleichberechtigungsprinzip gemäss Verfassung und den Garantien der UNO-Kinderrechtskonvention nicht vereinbar, wenn er - als männlicher Nachkomme - mit der weiblichen Form des polnischen Namens seiner Mutter im Zivilstandsregister eingetragen werde.

**3.1** Die Mutter des Beschwerdeführers und ihre Eltern wurden Jahre nach ihrem Zuzug in Brugg/AG eingebürgert und sind seither polnisch-schweizerische Doppelbürger. Ihre Namen wurden folglich mit der Einbürgerung in das Familienregister ihres Heimatortes eingetragen (vgl. **Art. 40 IPRG**). Ob der Beschwerdeführer nicht nur Schweizer Bürger ist, sondern nach dem Recht Polens durch Abstammung ebenfalls die polnische Staatsangehörigkeit erworben hat, wird im angefochtenen Urteil nicht weiter erörtert. Die Frage ist hier für das auf den Namen anwendbare Recht nicht entscheidend. Der Beschwerdeführer hat seinen Wohnsitz in der Schweiz. Damit fällt ausser Betracht, dass er als schweizerisch-polnischer Doppelbürger nach **Art. 37 Abs. 2 IPRG** verlangen könnte, seinen Namen dem ausländischen Heimatrecht zu unterstellen (**Art. 23 Abs. 2 IPRG**; **BGE 126 III 1** E. 4 S. 4); sein Name untersteht nach **Art. 37 Abs. 1 IPRG** schweizerischem Recht (**BGE 116 II 504** E. 2 S. 506). Es ist daher zu Recht unbestritten, dass der Beschwerdeführer nach **Art. 270 Abs. 2 ZGB** den Familiennamen seiner unverheirateten Mutter erhält. Strittig ist hingegen, ob der im schweizerischen Zivilstandsregister eingetragene polnische Name der Mutter in unveränderter Form - "Dzieglewska" mit der weiblichen Komponente des Namens - als Name des Beschwerdeführers einzutragen ist.

**3.2** Nach **Art. 24 Abs. 1 ZStV (Art. 43 Abs. 1 aZStV)** werden Namen, soweit es der Standardzeichensatz erlaubt, so erfasst, wie sie in den Zivilstandsurkunden oder, wenn solche fehlen, in anderen massgebenden Ausweisen geschrieben sind. Ist ein Name einmal in schweizerischen Zivilstandsregistern eingetragen, so ist er nach Auffassung des Kreisschreibens des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 11. Oktober 1989 in der Regel unveränderlich (ZZW 1989 S. 285, Ziff. 24; Grundsatz der Unveränderlichkeit). Gemäss Kreisschreiben überträgt sich dieser Name auch in der Schreibweise in der eingetragenen Form auf Personen, die nach schweizerischen Namensregeln ihren Familiennamen von jenem des Namensträgers ableiten. Sobald schweizerisches Recht auf einen bereits in schweizerischen Registern eingetragenen Familiennamen anwendbar sei, könnten - laut Kreisschreiben - allfällige Regeln des Ursprungslandes, die eine Veränderung des Namens nach Geschlecht, Zivil-

stand oder in anderer Weise bei seiner Übertragung auf eine andere Person vorsehen, nicht mehr angewendet werden. Soll dieser Grundsatz der Unveränderbarkeit ausländischer Namen auch für slawische Namen gelten, die je nach Geschlecht modifiziert werden, bedeutet dies, dass die eingebürgerte Mutter ihren Namen "Dzieglewska" auf den Sohn überträgt und dessen Name gleichfalls "Dzieglewska" lautet. In Anbetracht der Endung "a" wird der Beschwerdeführer durch einen Namensbestandteil bezeichnet, der dem weiblichen Geschlecht vorbehalten ist, zumal aus dem Auszug aus dem Geburtsregister hervorgeht, dass der Name des Grossvaters "Dzieglewski" lautet. Bleibt zu prüfen, ob diese Lösung richtig ist, weil sie mit den nach Bundesrecht massgebenden Eintragungsgrundsätzen übereinstimmt, oder zu berichtigen ist.

**3.2.1** Nach **BGE 106 II 103** E. 2 S. 105 gilt der Grundsatz der unveränderten Übertragung nicht unbeschränkt, wenn es um die Eintragung von in ausländischen Zivilstandsurkunden aufgeführten Namen geht, und können die den Regeln einer fremden Sprache folgenden Abwandlungen des Familiennamens nach Geschlecht des Namensträgers bei der Eintragung des Namens in die schweizerischen Zivilstandsregister nicht beachtet werden. Im beurteilten Fall wurde die Eintragung des Namens "Temelkova" als weibliche Form eines entsprechenden männlichen Familiennamens verweigert. Dieses Urteil ist - was die Verweigerung der Eintragung anbelangt - in der Lehre auf Kritik gestossen, im Wesentlichen mit der Begründung, dass keine formalen Gründe gegen die Eintragung von nach Geschlecht abgewandelten Familiennamen sprechen würden und dass diese Rechtsprechung mit dem Gleichberechtigungsprinzip nicht in Übereinstimmung stehe (VISCHER, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. 2004, N. 4 zu **Art. 40 IPRG**; JAMETTI GREINER/GEISER, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, N. 7 zu **Art. 40 IPRG**; DUTOIT, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 3. Aufl. 2001, N. 3 zu **Art. 40 IPRG**; BUCHER, Droit international privé suisse, Bd. II, Basel 1992, S. 108 Rz. 263; JORNOD, La femme et le nom en droits suisse et français, Diss. Lausanne 1991, S. 244; JÄGER, Das IPR-Gesetz, ZZW 1990 S. 13; SCHÜPBACH, Der Personenstand, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II/3, S. 117 Anm. 278). Was die Unveränderlichkeit von einmal im schweizerischen Register eingetragenen Namen betrifft, die einen nach Geschlecht veränderlichen Bestandteil enthalten und auf die schweizerische Recht anwendbar ist, sind die Schlussfolgerungen geteilt. Nach der einen Auffassung ist nicht nur die slawische Schreibweise des Frauenamens zu gestatten, sondern bei männlichen Nachkommen auch die männliche Form einzutragen (VISCHER, a.a.O.; BUCHER, Droit, a.a.O.). Anderer Meinung sind JAMETTI GREINER/GEISER (a.a.O., ohne weitere Begründung mit Hinweis auf **BGE 106 II 103**), wonach die betroffene Person eine Anpassung des Namens über eine förmliche Namensänderung (**Art. 30 ZGB**) anzustreben habe. Zum gleichen Ergebnis kommt auch OTHENIN-GIRARD (La réserve d'ordre public en droit international privé suisse, Diss. Neuenburg 1999, S. 318): Es sei nicht gerechtfertigt, allgemein die Veränderlichkeit eines Namens nach Geschlecht anzunehmen, wenn der betroffene Namensträger überhaupt kein Interesse bekunde, einen nach einer besonderen ausländischen Regel veränderlichen Namen zu haben. Es könne sein, dass - Generationen später - die Nachkommen ihre Beziehung zum Herkunftsland ihrer Vorfahren verloren hätten. Wenn eine Rechtswahl nach **Art. 37 Abs. 2 IPRG** nicht möglich sei, müsse der Betroffene die Namensänderung verlangen.

**3.2.2** Das schweizerische Namensrecht wird durch die Unwandelbarkeit des Familiennamens gekennzeichnet (**BGE 106 II 103** E. 3 S. 105; GROSSEN, Das Recht der Einzelpersonen, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, S. 342). Daraus lässt sich indessen keine uneingeschränkte Unveränderlichkeit eines im schweizerischen Zivilstandsregister eingetragenen ausländischen Namens ableiten. Zum einen wird **BGE 106 II 103** in der Lehre zu Recht als überholt betrachtet, soweit mit diesem Urteil die Eintragung des nach Geschlecht veränderlichen Namens verweigert wurde. In der Tat ist dieses Urteil aus dem Jahre 1980 mit dem Gleichberechtigungsprinzip nach **Art. 8 Abs. 3 BV** nicht mehr vereinbar. In der Praxis scheint das Urteil nicht mehr befolgt zu werden (BUCHER, Die Anwendung des IPRG auf den Zivilstand, ZZW 1994 S. 137), zumal auch im erwähnten Kreisschreiben die Eintragung eines nach Geschlecht veränderlichen Namens nicht als unvereinbar mit dem schweizerischen Namensrecht erachtet wird (ZZW 1989 S. 289, Beispiel 24). Zum anderen ist es mit dem Gleichberechtigungsprinzip ebenso wenig vereinbar, wenn ein nach Geschlecht veränderlicher Name in seiner weiblichen Form in das schweizerische Zivilstandsregister zwar eingetragen wird, dieser Name aber ohne Anpassung auf ein Kind männlichen Geschlechts übertragen wird (BUCHER, L'enfant en droit international privé, Genf 2003, S. 245 Anm. 807). Sodann hat das Bundesgericht bereits in jenem Urteil ausdrücklich angemerkt, was für den Fall der Eintragung von nach Geschlecht veränderlichen Namen gelten müsse: Mit dem schweizerischen Namensrecht sei nicht vereinbar, wenn z.B. männliche Nachkommen mit dem nach dem Geschlecht abgewandelten Familiennamen ihrer Mutter in die schweizerischen Geburtsregister eingetragen würden (**BGE 106 II 103** E.

3 a.E. S. 106). Die Lösung des Kreisschreibens (vgl. E. 3.2 oben) bedeutet folglich eine Verneinung der geschlechtlichen Identität der Person und ist mit dem Gleichheitssatz (**Art. 8 Abs. 3 BV**) nicht vereinbar, was die weitere Prüfung einer Verletzung der persönlichen Freiheit sowie der UNO-Kinderrechtskonvention erübrigt. Wohl kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine Person oder ihre Nachkommen kein Interesse haben, einen nach einer besonderen ausländischen Regel veränderlichen Namen zu haben. Dies rechtfertigt indessen nicht, gegen das Gleichberechtigungsprinzip zu verstossen, zumal ein Nachkomme gestützt auf **Art. 30 ZGB** die Möglichkeit hat, seinen Namen in einen unveränderlichen zu ändern. Entgegen der Auffassung des Obergerichts wird bei der Übertragung eines nach Geschlecht veränderlichen Namens nicht die Rechtswahlmöglichkeit gemäss **Art. 37 Abs. 2 IPRG** umgangen. Diese Bestimmung schliesst nicht aus, dass das schweizerische Recht einer Person den Anspruch gibt, dass ihr Name, wenn er sowohl in einer weiblichen als auch männlichen Form existiert, in der ihrem Geschlecht entsprechenden Form übertragen wird. Durch die nach Geschlecht veränderliche Familiennamensform wird schliesslich die Sicherheit des Registereintrags - als Grundsatz der Registerführung (GÖTZ, Die Beurkundung des Personenstandes, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, S. 395 f.) - nicht entscheidend beeinträchtigt; ebenso wenig ist anzunehmen, dass die entsprechende Eintragung die Zivilstandsbehörden überfordern würde (a.M. wohl GÖTZ, a.a.O., S. 401, allerdings ohne ausdrückliche Stellungnahme zu nach Geschlecht veränderlichen slawischen Namen).

**3.2.3** Vor diesem Hintergrund ist mit dem Gebot einer verfassungskonformen Auslegung von **Art. 24 Abs. 1 ZStV (Art. 43 Abs. 1 aZStV)** nicht vereinbar, wenn das Obergericht zur Auffassung gelangt ist, die Veränderung des Namens "Dzieglewska" nach Geschlecht bei seiner Übertragung auf eine männliche Person könne nicht mehr beachtet werden, weil auf den eingetragenen Namen schweizerisches Recht anwendbar ist. Der Name "Dzieglewska" ist unbestrittenermassen nach Geschlecht veränderbar und lautet in der männlichen Form "Dzieglewski", was sich - wie erwähnt - bereits aus dem Auszug des Geburtsregisters ergibt. Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen, was zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt. In der Sache ist das Zivilstandsamt Aarau anzuweisen, den Eintrag im Geburtsregister antragsgemäss dahingehend zu berichtigen, dass der Beschwerdeführer mit dem Namen "Dzieglewski" einzutragen ist.

**3.3** Der Beschwerdeführer verlangt schliesslich die Anweisung, dass die Berichtigung allen registerführenden Behörden anzuzeigen sei. Dieser Antrag ist überflüssig (abgesehen davon, dass es an einem persönlichen Rechtsschutzinteresse fehlen dürfte), da die kantonale Aufsichtsbehörde auf Grund der Mitteilung dieses Urteils dafür zu sorgen hat, dass die erforderlichen zusätzlichen Mitteilungen erlassen werden (**Art. 22 Abs. 3 ZStV; Art. 133a aZStV**).



## Exemple: reconnaissance d'un mariage entre personnes de même sexe

ATF 119 II 264

Am 15. Dezember 1988 wurde in Kopenhagen (Dänemark) die Ehe zwischen dem in der Schweiz heimatberechtigten A. Y. und B. X. aus Brasilien geschlossen. Wie im Verlaufe des Jahres 1990 bekannt wurde, war die Person, die als Braut aufgetreten war, am 6. Oktober 1955 in Brasilien als Sohn des C. R. und der D. S. unter dem Namen F. R. geboren worden. Am 9. Januar 1988 hatte sie sich einer geschlechtsumwandelnden Operation unterzogen. Eine entsprechende Änderung der Zivilstandsregister fand jedoch nicht statt. Bei der Trauung wies sich die als Braut auftretende Person mit einem auf B. X. lautenden Pass aus, in den sie ihr Foto eingesetzt hatte.

Mit Eingabe vom 2. Dezember 1991 stellte B. Y. - X. beim Departement des Innern des Heimatkantons von A. Y. als Aufsichtsbehörde über das Zivilstandswesen das Gesuch, es sei die am 15. Dezember 1988 in Kopenhagen geschlossene Ehe anzuerkennen und das Zivilstandsamt der Heimatgemeinde anzuweisen, den entsprechenden Registereintrag vorzunehmen.

Am 4. Mai 1992 verfügte das Departement, dass die Ehe nicht anerkannt und der verlangte Registereintrag verweigert werde.

B. X. (eigentlich F. R.; im folgenden der Beschwerdeführer) hat Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben mit dem Antrag, die Verfügung vom 4. Mai 1992 sei aufzuheben und dem beim kantonalen Departement eingereichten Gesuch sei zu entsprechen. Das kantonale Departement des Innern beantragt Abweisung der Beschwerde. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Bundesamt für Justiz) hat erklärt, es schliesse sich im wesentlichen der Rechtsauffassung der kantonalen Instanz an.

Aus den Erwägungen:

2. Die Anerkennung und Registrierung der zwischen dem Beschwerdeführer und A. Y. in Dänemark geschlossenen Ehe hat das Departement des Innern des Kantons ... mit der Begründung verweigert, es handle sich registermässig um eine Ehe unter gleichgeschlechtlichen Personen. Eine solche könne in der Schweiz nicht anerkannt werden.

3. Der Beschwerdeführer rügt vorab eine Verletzung von **Art. 45 IPRG** (SR 291).

a) Gemäss **Art. 45 Abs. 1 IPRG** wird eine im Ausland gültig geschlossene Ehe in der Schweiz anerkannt. Sind Braut oder Bräutigam Schweizer Bürger oder haben beide Wohnsitz in der Schweiz, so wird die im Ausland geschlossene Ehe anerkannt, wenn der Abschluss nicht in der offenbaren Absicht ins Ausland verlegt worden ist, Nichtigkeitsgründe des schweizerischen Rechts zu umgehen (**Art. 45 Abs. 2 IPRG**). Bezüglich der Eintragung in die Zivilstandsregister, wie sie hier vom Beschwerdeführer verlangt worden ist, bestimmt **Art. 32 Abs. 1 IPRG**, dass eine ausländische Entscheidung oder Urkunde über den Zivilstand aufgrund einer Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde in die Zivilstandsregister eingetragen wird. Die Eintragung wird bewilligt, wenn die Voraussetzungen der Art. 25 bis 27 erfüllt sind (**Art. 32 Abs. 2 IPRG**). Die Anerkennung ist unter anderem ausgeschlossen, wenn sie mit dem schweizerischen Ordre public offensichtlich unvereinbar wäre (**Art. 27 Abs. 1 IPRG**).

b) Ein Verstoss gegen den Ordre public liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn fundamentale Rechtsgrundsätze verletzt sind, der fragliche Akt mit der schweizerischen Rechts- und Wertordnung schlechthin unvereinbar ist (**BGE 116 II 636**; **BGE 111 Ia 14** E. 2a mit Hinweisen). Nach dem schweizerischen Rechtsempfinden ist die Ehe die geschlechtliche Vereinigung von Mann und Frau, mit andern Worten von zwei Menschen biologisch unterschiedlichen Geschlechts (HEGNAUER, Grundriss des Eherechts, 2. A., Rz. 4.33; HAUSHEER/REUSSER/GEISER, N. 6 zu **Art. 159 ZGB**). Das so verstandene Institut der Ehe untersteht der Ordre public-Klausel (vgl. **BGE 114 II 6** E. 4).

c) Bei seiner Entscheidung ging das kantonale Departement des Innern vom Personenstand des Beschwerdeführers aus, wie er aus dessen richtigen Personaldokumenten hervorgeht. Danach ist der Beschwerdeführer männlichen Geschlechts. Die mit A. Y. in Dänemark geschlossene Ehe

hat die kantonale Instanz folgerichtig als Verbindung unter gleichgeschlechtlichen Personen qualifiziert, deren Anerkennung gegen den schweizerischen Ordre public verstossen würde. Aus dieser Sicht ist der angefochtene Entscheid nicht zu beanstanden.

4. In der Nichtanerkennung der Ehe mit A. Y. erblickt der Beschwerdeführer sodann einen Verstoss gegen die **Art. 54 BV** und 12 EMRK.

a) Beruft sich ein Beschwerdeführer für den nämlichen Anspruch gleichzeitig auf ein verfassungsmässiges Recht und auf eine Bestimmung der EMRK, so prüft das Bundesgericht in der Regel zunächst, ob der angefochtene Entscheid gegen die Bundesverfassung verstosse.

Gegebenenfalls berücksichtigt es dabei allerdings die Konkretisierung bestimmter Rechtsgrundsätze durch die Konventionsorgane (**BGE 112 Ia 99** E. 3 mit Hinweis).

b) Nach **Art. 54 Abs. 1 BV** steht das Recht zur Ehe unter dem Schutz des Bundes. Geschützt ist das Institut der Ehe als solches, so wie die kulturelle Entwicklung es gestaltet hat und wie es den sittlichen Anschauungen der Bürgerinnen und Bürger entspricht. Aus dieser Sicht versteht sich die Ehe als das auf Dauer angelegte Zusammenleben von Mann und Frau in einer umfassenden Lebensgemeinschaft. Gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften fallen dagegen nicht unter den Schutz von **Art. 54 BV**, und zwar auch dann nicht, wenn eine formelle Eheschliessung erschlichen worden ist (DICKE, Kommentar zur BV, N. 1 und 30 zu Art. 54).

c) Die angeführten Grundsätze decken sich mit dem Gehalt von **Art. 12 EMRK**. So hat der Europäische Gerichtshof klargestellt, dass diese Konventionsbestimmung einzig die Heirat zwischen Personen unterschiedlichen biologischen Geschlechts im Auge habe. **Art. 12 EMRK** schützt somit lediglich die herkömmliche Ehe (vgl. die Urteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 17. Oktober 1986 in Sachen Rees (Serie A Nr. 106 § 49) und vom 27. September 1990 in Sachen Cossey (Serie A Nr. 184 § 43). Im zweiten Fall hat der Gerichtshof dafürgehalten, es sei ohne Belang, dass die als Mann geborene transsexuelle Beschwerdeführerin sozial als Frau anerkannt sei und einen ehewilligen (männlichen) Partner habe (vgl. §§ 32 und 33); dass sie keine Frau heiraten könne, beruhe nicht auf einem rechtlichen Hindernis, und soweit sie andererseits keinen Mann heiraten könne, würden die Grundsätze des (für jenen Fall massgebenden) englischen Rechts sich mit dem **Art. 12 EMRK** zugrundeliegenden Begriff der Ehe decken (§ 45); wenn das nationale Recht bei der Bestimmung des Geschlechts einer Person im Hinblick auf die Ehe auf rein biologische Kriterien abstelle, sei dies im übrigen mit der Konvention durchaus vereinbar (§ 46).

d) Aus dem Gesagten erhellt, dass die Verweigerung des vom Beschwerdeführer angestrebten Registereintrags durch die kantonale Instanz unter den gegebenen Umständen weder gegen **Art. 54 BV** noch gegen **Art. 12 EMRK** verstösst. Insbesondere ist auch aus der Sicht dieser Bestimmungen unbehelflich, dass der Beschwerdeführer nach seinem Empfinden und nach seiner sozialen Stellung eine Frau sei.

5. a) Der Beschwerdeführer rügt des weitern eine Verletzung von **Art. 8 EMRK**. Danach hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs (Abs. 1) und ist der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts nur statthaft, soweit er gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist (Abs. 2).

b) Das Recht auf geschlechtliche Identität (Transsexualismus) fällt als Teil des Rechts auf Achtung des Privatlebens, insbesondere des Verfügungsrechts über den eigenen Körper, in der Tat in den Schutzbereich von **Art. 8 EMRK** (dazu WILDHABER, IntKommEMRK, Rz. 208 ff. zu Art. 8). Die Konventionsorgane haben sich verschiedentlich damit befasst, ob Transsexuelle gegenüber dem Staat einen Anspruch darauf hätten, dass die Geschlechtsumwandlung durch eine entsprechende Änderung der Registereinträge rechtlich nachvollzogen werde.

Bei der Prüfung der Frage, inwiefern der Staat in diesem Bereich eine positive Handlungspflicht habe, hat der Gerichtshof stets darauf hingewiesen, dass das jeweilige nationale Recht für ein gerechtes Gleichgewicht zwischen den Interessen der Allgemeinheit und denjenigen des Individuums (d.h. des Transsexuellen) sorgen müsse. Nach seiner Ansicht ist ein Staat nicht verpflichtet, sein bestehendes Registersystem allenfalls grundlegend zu revidieren (Urteil Rees, § 42 lit. a; Urteil Cossey, § 38 lit. a). Der Gerichtshof hat denn etwa dafürgehalten, dass die blosser Weigerung, das Geburtsregister zu ändern oder Geburtsscheine mit einem vom Register abweichenden Inhalt auszustellen, keinen "Eingriff" im Sinne von **Art. 8 Abs. 2 EMRK** darstelle (Urteil Rees, § 35). Die angeführten grundsätzlichen Überlegungen hat er auch im Urteil vom 25. März 1992 in Sachen B. gegen Frankreich (Serie A Nr. 232-C) bestätigt, zumal in wichtigen mit dem Transsexualismus zusammenhängenden Fragen (z. B.

Zustimmung zur geschlechtsumwandelnden Operation; Bedingungen, unter denen eine Geschlechtsänderung bewilligt werden kann; rechtliche Auswirkungen mit Bezug auf eine bestehende oder eine in der Zukunft zu schliessende Ehe) unter den Konventionsstaaten noch kein genügend breiter Konsens vorhanden sei, um von der bisherigen Betrachtungsweise abzuweichen (§ 48). Hingegen ist WILDHABER (Rz. 223 zu Art. 8) der Ansicht, dass zu den positiven Handlungs- und Schutzpflichten der Staaten gegenüber Transsexuellen eine Verpflichtung zur Berichtigung der Geburtsregister und Identitätspapiere oder wenigstens zur Ausstellung von Dokumenten, welche nur die neue Identität bescheinigen, gezählt werden sollte.

6. a) In der Schweiz werden Geschlechtsumwandlungs-Operationen seit rund zwanzig Jahren durchgeführt. Sie sind heute als Behandlung einer psychischen Störung von der Ärzteschaft auf breiter Basis anerkannt (dazu **BGE 114 V 167** E. 4). Nach der neueren Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts gehört der chirurgische Eingriff, falls er als die einzig wirksame Behandlungsmethode erscheint, zu den Pflichtleistungen der anerkannten Krankenkassen (**BGE 114 V 161** E. c, 168 E. 5).

b) Eine Regelung des rechtlichen Nachvollzugs einer medizinisch durchgeführten Geschlechtsumwandlung enthält die schweizerische Rechtsordnung nicht. Dennoch ist in verschiedenen Gerichtsurteilen die geänderte geschlechtliche Identität einer transsexuellen Person anerkannt worden (vgl. Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 27. Juni 1961, wiedergegeben in ZBI 62/1961, S. 418 ff.; Urteil des Gerichtspräsidenten von Laupen vom 17. Februar 1971, wiedergegeben in ZZW 1971, S. 129 f.; Urteil des Gerichtspräsidenten von Vevey vom 9. Mai 1974, wiedergegeben in ZZW 1975, S. 181 ff.; Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 8. Mai 1979, wiedergegeben in ZZW 1979, S. 281 ff.; Urteil des Kantonsgerichts Neuenburg vom 15. Dezember 1980, wiedergegeben in Recueil de jurisprudence neuchâteloise 1980-81, S. 38 ff.; Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 17. Juli 1981, wiedergegeben in ZZW 1985, S. 374 ff.).

Bei der Behandlung der Begehren betreffend Feststellung des neuen Geschlechts und entsprechende Änderung der Registereinträge zogen die Gerichte anfänglich zum Teil **Art. 45 ZGB** (analog) heran, wonach - unter dem Vorbehalt der Berichtigung auf offensichtlichem Versehen oder Irrtum beruhender Fehler durch die Aufsichtsbehörde (Abs. 2) - eine Eintragung nur auf Anordnung des Richters berichtigt werden darf (Abs. 1). Zutreffend wird die in Frage stehende Klage heute allgemein als Statusklage besonderer Art qualifiziert, geht es doch bei der Geschlechtsumwandlung eines transsexuellen Menschen um eine nachträgliche Änderung des Personenstandes, nicht um die Berichtigung eines von Anfang an falschen Eintrags (vgl. URS PETER CAVELTI, Berichtigung und Statusklage, deren Abgrenzung und Anwendung, in ZZW 1980, S. 69; PIERRE AUBERT/HÉLÈNE REICH, Der Eintrag der Geschlechtsänderung in die Zivilstandsregister, in ZZW 1987, S. 4 f.; dazu auch **BGE 92 II 132** E. 3). Die Klage lässt sich etwa mit der Feststellungsklage vergleichen, die **BGE 41 II 425** ff. zugrundegelegen und ein Kind betroffen hatte, das einzig in den einschlägigen französischen Registern - als Kind einer falschen Mutter - eingetragen worden war.

c) Die schweizerische Praxis geht nach dem Gesagten davon aus, dass die Anerkennung der Geschlechtsänderung die Durchführung eines richterlichen Verfahrens voraussetzt. Dieser Betrachtungsweise ist angesichts der Ordnung des Zivilstandswesens beizupflichten: Den Registereinträgen kommt auch in diesem Bereich die erhöhte Beweiskraft gemäss **Art. 9 ZGB** (Vermutung der Richtigkeit der durch sie bezeugten Tatsachen) zu (**Art. 28 ZStV**). Eine Änderung des Personenstandes infolge Geschlechtsumwandlung kann deshalb nicht dem persönlichen Empfinden des betroffenen Transsexuellen überlassen werden, könnten doch sonst gerade die Grundvoraussetzungen der herkömmlichen Ehe, auf denen beispielsweise auch **Art. 12 EMRK** beruht, allzu leicht unterlaufen werden. Die Rechtssicherheit gebietet klare, eindeutige Verhältnisse, was nur bei einem irreversiblen Geschlechtswechsel gewährleistet ist. Ähnlich wie bei der Berichtigung eines Registereintrags im Sinne von **Art. 45 ZGB** (dazu EGGER, N. 11 zu **Art. 45 ZGB**) ist deshalb - auch im Interesse betroffener Drittpersonen (Ehegatte, Kinder) - zu verlangen, dass die Voraussetzungen für die Anerkennung einer Geschlechtsänderung in einem formellen richterlichen Verfahren abgeklärt werden. Wie aus dem oben Dargelegten (E. 5b) erhellt, steht eine solche Ordnung durchaus in Einklang mit den einschlägigen Bestimmungen der Europäischen Menschenrechtskonvention.

7. Das Geschlecht einer Person ist wie der Name ein Element der Persönlichkeit. Im Falle internationaler Verflechtung sind - abweichende gesetzliche Regelung vorbehalten - für die Beurteilung von personenrechtlichen Verhältnissen die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz zuständig; sie wenden das Recht am Wohnsitz an (**Art. 33 Abs. 1 IPRG**). Damit ist dem Vorbringen des Beschwerdeführers, registermässig sei für ihn - auf

dem Weg der Berichtigung nach **Art. 45 ZGB** - eine Änderung des Personenstandes, die sein Heimatstaat Brasilien gestützt auf eine Geschlechtsumwandlung nicht zulasse, nur möglich, wenn die in Dänemark geschlossene Ehe hier anerkannt und in das Familienregister eingetragen werde, der Boden entzogen. Der Beschwerdeführer hat die Möglichkeit, an seinem schweizerischen Wohnsitz eine Klage auf Feststellung seines neuen Personenstandes (Geschlechts) einzureichen.

## Exemple: mariage temporaire (*mut`a*)

ATF du 5.11.2009, 5A\_404/2009

Y.\_\_\_\_\_, ressortissante suisse et iranienne, et X.\_\_\_\_\_, de nationalité suisse, se sont rencontrés dans le courant de l'année 1994, alors qu'ils étaient tous deux mariés, et ont fait ménage commun dès 1995. Y.\_\_\_\_\_ a divorcé le 9 novembre 1995, X.\_\_\_\_\_ le 11 avril 2002.

A l'occasion d'un voyage en Iran, les intéressés ont contracté à Téhéran, le 6 mars 2005, un «mariage provisoire légitime sigheh» (ci-après: mariage «sigheh») d'une durée de cinquante ans. L'acte émis à cette occasion (ci-après: l'acte de mariage n° 1), rédigé en langue persane et comportant la photographie et la signature des comparants, a été enregistré le même jour dans un office notarial.

De retour à Genève, Y.\_\_\_\_\_ et X.\_\_\_\_\_ se sont séparés le 24 mai 2005. Au début du mois de juin 2005, Y.\_\_\_\_\_ a sollicité de la Direction de l'état civil du canton de Genève (ci-après: la Direction de l'état civil) l'enregistrement du mariage célébré le 6 mars 2005. Elle a produit un avis de l'Institut suisse de droit comparé du 23 mai 2005 selon lequel un tel mariage pouvait être reconnu en Suisse, à l'exception de sa limite temporelle. Le 28 juin 2005, l'Office fédéral de l'état civil s'est rallié à l'avis exprimé par l'Institut suisse de droit comparé. Il a invité l'Ambassade de Suisse en Iran à légaliser l'acte de mariage et la Direction de l'état civil à reconnaître le mariage «sigheh», sans limite dans le temps.

Le 9 mars 2006, Y.\_\_\_\_\_ a transmis à la Direction de l'état civil un nouvel acte de mariage (ci-après: l'acte de mariage n° 2), établi sur la base de l'acte de mariage n° 1 mais dépourvu de signatures, dûment légalisé par la représentation diplomatique suisse à Téhéran. Se fondant sur les deux actes de mariage produits, la Direction de l'état civil a ordonné la transcription dans les registres suisses de l'état civil du mariage contracté le 6 mars 2005. En avril et mai 2006, X.\_\_\_\_\_ est intervenu à plusieurs reprises auprès de la Direction de l'état civil aux fins de faire radier cet enregistrement du mariage.

Par décision du 9 mai 2006, le Département des Institutions du canton de Genève, en sa qualité d'autorité de surveillance de l'état civil, a rejeté la requête de radiation de la transcription du mariage de X.\_\_\_\_\_. Il a confirmé que le mariage contracté le 6 mars 2005 à Téhéran était valable en droit suisse, qu'il n'était pas contraire à l'ordre public suisse à condition d'être transcrit sans limitation temporelle et qu'il ne pouvait être annulé que par un jugement.

Saisi d'un recours de X.\_\_\_\_\_ contre la décision précitée, le Tribunal administratif du canton de Genève l'a rejeté par arrêt du 28 avril 2009, communiqué aux parties le 11 mai suivant. Il a retenu en substance que le mariage «sigheh» était suffisant en Iran pour créer un statut marital, que cette forme de mariage était reconnue en droit musulman chiite, qu'elle était expressément prévue par le code civil iranien, que seule la clause limitant dans le temps les effets de cette institution était contraire à l'ordre public suisse et que, sous cette réserve, la transcription d'un tel mariage dans les registres suisses de l'état civil était possible. Pour le surplus, les conditions fixées pour la transcription avaient été respectées. Aucune des parties n'avait invoqué l'existence d'une cause absolue d'annulation du mariage. L'allégation de X.\_\_\_\_\_ selon laquelle il n'avait pas eu l'intention d'épouser Y.\_\_\_\_\_ le 6 mars 2005 ne constituait qu'une cause relative d'annulation du mariage, qui relevait de la compétence du juge civil. En outre, la plainte déposée par X.\_\_\_\_\_ pour escroquerie et faux dans les titres avait été classée, décision qui avait été confirmée

par la Chambre d'accusation du canton de Genève. Enfin, X. \_\_\_\_\_ n'avait pas intenté d'action en Iran aux fins de faire constater que, comme il le prétendait, l'acte litigieux du 6 mars 2005 n'était pas valable selon le droit iranien.

Par acte du 11 juin 2009 intitulé «recours en matière de droit public», X. \_\_\_\_\_ s'est adressé au Tribunal fédéral, le requérant préalablement de définir les termes « mariage valablement célébré à l'étranger » au sens de l'art. 45 al. 1 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (LDIP; RS 291) et, principalement, d'annuler l'arrêt du Tribunal administratif cantonal, de renvoyer la cause à cette autorité pour nouvelle décision, d'ordonner l'ouverture d'une enquête sur la validité du mariage du 6 mars 2005 du point de vue iranien et de réserver la décision des autorités judiciaires iraniennes à cet égard. Le recourant se plaint d'une application erronée de l'art. 45 al. 1 LDIP, d'une constatation arbitraire des faits et de la violation de son droit d'être entendu. Le Tribunal administratif cantonal a renoncé à déposer une réponse.

Y. \_\_\_\_\_ conclut au rejet du recours et sollicite l'assistance judiciaire pour la procédure fédérale.

Considérant en droit:

1.

1.1 L'intitulé erroné ("recours en matière de droit public") du mémoire n'entraîne aucun préjudice pour le recourant, pour autant que les conditions de recevabilité du recours qui serait ouvert soient réunies (ATF 134 III 379 consid. 1.2 p. 382 et les arrêts cités).

1.2 Le recours vise une décision concernant la radiation d'une inscription au registre de l'état civil au sens de l'art. 42 al. 1 CC. Portant sur la tenue du registre de l'état civil, une telle décision est sujette au recours en matière civile en vertu de l'art. 72 al. 2 let. b ch. 2 LTF (ATF 135 III 389 consid. 1.1; arrêt 5P.338/2004 du 31 mai 2005 consid. 1.1).

Interjeté en temps utile (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes requises (art. 42 LTF) contre un arrêt final (art. 90 LTF) rendu par une autorité cantonale de dernière instance (art. 75 LTF), le recours est recevable en principe comme recours en matière civile. Le recourant a par ailleurs qualité pour recourir (art. 76 al. 1 LTF).

1.3 Le recours en matière civile peut être formé pour violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF), lequel englobe les droits constitutionnels (ATF 133 II 446 consid. 3.1 p. 447, 462 consid. 2.3 p. 466). Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF), sans être lié ni par les motifs de l'autorité précédente, ni par les moyens des parties; il peut ainsi admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (ATF 133 III 545 consid. 2.2 p. 550). Compte tenu des exigences de motivation posées à l'art. 42 al. 2 LTF, le Tribunal fédéral n'examine en principe que les griefs soulevés; il n'est pas tenu de traiter, à l'instar d'une juridiction de première instance, toutes les questions juridiques pouvant se poser lorsqu'elles ne sont plus discutées devant lui (ATF 133 IV 150 consid. 1.2 p. 152).

2.

2.1 Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été constatés de façon manifestement inexacte ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et si la correction du vice est susceptible d'influencer le sort de la cause (art. 97 al. 1 in fine LTF). Le recourant qui soutient que les faits ont été établis d'une manière manifestement inexacte (art. 97 al. 1 LTF), à savoir arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 133 II 249 consid. 1.2.2 p. 252), doit démontrer, par une argumentation précise, en quoi consiste la violation; le Tribunal fédéral n'examine, en effet, la violation de l'interdiction de l'arbitraire que si un tel grief a été invoqué et motivé par le recourant (art. 106 al. 2 LTF), c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée (ATF

134 II 244 consid. 2.2 p. 246; 133 II 396 consid. 3.1 p. 399), les exigences de motivation de l'acte de recours correspondant à celles de l'ancien art. 90 al. 1 let. b OJ (ATF 134 I 83 consid. 3.2 p. 88; 133 II 249 consid. 1.4.2 p. 254); les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (ATF 133 III 585 consid. 4.1 p. 589; 589 consid. 2 p. 591/592 et les arrêts cités). Le recourant ne saurait en outre se contenter de renvoyer aux actes cantonaux ou de reproduire la motivation déjà présentée dans la procédure cantonale: l'art. 42 al. 2 LTF exige qu'il discute au moins de manière succincte les considérants de la décision attaquée (ATF 134 II 244 consid. 2.1-2.3 p. 245/247; 133 II 396 consid. 3.1 p. 399/400 et la jurisprudence citée).

Quant à l'appréciation des preuves et à la constatation des faits, le Tribunal fédéral se montre réservé, vu le large pouvoir qu'il reconnaît en la matière aux autorités cantonales (ATF 120 la 31 consid. 4b p. 40; 104 la 381 consid. 9 p. 399 et les arrêts cités). Il n'intervient, du chef de l'art. 9 Cst., en relation avec les art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF, que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans raisons objectives de tenir compte de preuves pertinentes ou a opéré, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables (ATF 129 I 8 consid. 2.1 p. 9; 134 V 53 consid. 4.3 p. 62).

2.2 Le recourant a annexé à son mémoire de recours un jugement par défaut du 6 juin 2009 de la 5ème Chambre du Tribunal général de Téhéran ordonnant l'annulation de la mention du mariage dans une pièce d'identité de l'intimée. Cette pièce nouvelle est postérieure à la date de l'arrêt attaqué et ne peut par conséquent pas être prise en considération (art. 99 al. 1 LTF). Il s'ensuit que les conclusions du recourant tendant à ordonner l'ouverture d'une enquête portant sur la validité du mariage du 6 mars 2005 du point de vue du droit iranien et à réserver la décision des autorités judiciaires iraniennes à cet égard sont irrecevables dans la mesure où elles se fondent sur ladite pièce nouvelle.

3.

Se référant à l'art. 45 al. 1 LDIP, selon lequel un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse, le recourant fait valoir que le Tribunal administratif a arbitrairement privilégié l'examen de la question de savoir si, abstraitement, un mariage «sigheh» pouvait être reconnu en Suisse, après correction à l'aune de l'ordre public suisse, plutôt que de déterminer en priorité si, concrètement, l'acte de mariage du 6 mars 2005 faisait réellement des intéressés des époux du point de vue du droit iranien. En rejetant sa thèse selon laquelle cet acte était sans valeur du point de vue du droit étranger, le Tribunal administratif aurait constaté arbitrairement les faits au sens de l'art. 9 Cst., méconnu son obligation d'établir d'office la teneur du droit étranger selon l'art. 16 al. 1 LDIP et violé le droit d'être entendu du recourant concernant des éléments de fait déterminants à teneur de l'art. 29 al. 2 Cst.

3.1 Le recourant reproche à cet égard au Tribunal administratif d'avoir arbitrairement tenu pour établi que le mariage célébré le 6 mars 2005 avait fait l'objet d'une inscription dans le registre des mariages du bureau notarial n° 78, alors qu'il avait établi par pièce que le numéro d'inscription 3413 figurant dans l'acte de mariage n° 2 indiquait, sous cette référence, le mariage d'un autre couple.

Cette critique ne saurait être retenue. Il ressort en effet d'une attestation du notaire en charge de l'office public n° 78 que le document produit par le recourant fait état d'un mariage du type « aghd » (mariage sans limitation dans le temps), au demeurant célébré le 29 janvier 2006, alors que le numéro d'inscription 3413 attribué aux parties correspond à un numéro des registres des mariages «sigheh». C'est donc sans arbitraire que le Tribunal administratif a retenu que le mariage célébré le 6 mars 2005 avait été dûment inscrit dans le registre des mariages «sigheh». Cette inscription est d'ailleurs confirmée dans un document d'état civil produit au dossier, soit un «shenasnameh», correspondant à la fois à une carte d'identité et à l'équivalent d'un certificat de naissance.

3.2 Au dire du recourant, le Tribunal administratif aurait également fait preuve de partialité dans l'établissement des faits en omettant de mentionner le contenu d'un passage recouvert au correcteur liquide d'un document produit par l'intimée le 28 mars 2007, soit l'attestation de l'existence du mariage célébré le 6 mars 2005, établie à la suite de la perte de l'original de l'acte de mariage n°1. Selon lui, le passage en question mentionnait que le document n'avait pas été enregistré au registre des mariages et l'utilisation du correcteur ne pouvait qu'être le fait de l'intimée. Il peut paraître surprenant qu'à l'occasion de la brève consultation de l'original du document en cause, le 19 juillet 2007, dans les locaux du Tribunal administratif, le traducteur-juré mandaté par le recourant soit parvenu à déchiffrer le contenu du passage occulté, tant le correcteur utilisé masque efficacement le texte. A supposer que celui-ci fasse vraiment état d'une absence d'enregistrement, le Tribunal administratif pouvait s'abstenir de faire procéder à des investigations complémentaires pour tenter d'en préciser la teneur et de déterminer l'auteur de l'utilisation du correcteur liquide: en effet, il est vraisemblable, d'une part, que ce n'est pas le document incriminé qui a été enregistré mais bien l'original de l'acte de mariage n° 1; d'autre part, il est établi par pièce que le mariage célébré le 6 mars 2005 a bien été inscrit dans le registre des mariages «sigheh».

Les faits, tels que retenus sur ce point dans l'arrêt attaqué, ne révèlent ni arbitraire ni partialité de la part du Tribunal administratif.

#### 4.

Le recourant invoque également l'établissement arbitraire des faits de la cause résultant de la violation formelle de son droit d'être entendu. Il se plaint à cet égard du refus que lui a opposé le Tribunal administratif de verser au dossier l'écriture spontanée qu'il a produite le 26 juin 2008 et d'ordonner un second échange d'écritures au sens de l'art. 74 de la loi genevoise du 12 septembre 1985 sur la procédure administrative (LPA/GE).

4.1 Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., comprend notamment pour le justiciable le droit de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'obtenir l'administration des preuves pertinentes et valablement offertes, de participer à l'administration des preuves essentielles et de se déterminer sur son résultat lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 133 I 270 consid. 3.1; 126 I 15 consid. 2a/aa; 124 I 49 consid. 3a). Le juge peut cependant renoncer à l'administration de certaines preuves, notamment lorsque les faits dont les parties veulent rapporter l'authenticité ne sont pas importants pour la solution du litige. Ce refus d'instruire ne viole leur droit d'être entendues que si l'appréciation anticipée de la pertinence du moyen de preuve offert, à laquelle le juge a ainsi procédé, est entachée d'arbitraire (ATF 131 I 153 consid. 3 et les arrêts cités). L'arbitraire prohibé par l'art. 9 Cst. ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable; le Tribunal fédéral ne s'écarte de la solution retenue en dernière instance cantonale que si elle est manifestement insoutenable, méconnaît gravement une norme ou un principe juridique clair et indiscuté ou si elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice ou de l'équité. Il ne suffit pas que la motivation de la décision soit insoutenable; encore faut-il qu'elle soit arbitraire dans son résultat (ATF 132 I 13 consid. 5.1; 131 I 217 consid. 2.1, 57 consid. 2; 129 I 173 consid. 3.1).

Le droit d'être entendu comprend en principe aussi le droit de répliquer (ATF 133 I 98, 100; 132 I 42). Lorsque le droit de procédure applicable ne prévoit pas de communication de la prise de position, l'autorité doit informer la partie du dépôt de celle-ci et de la possibilité de se déterminer à son sujet.

S'il ne prévoit en principe qu'un seul échange d'écritures, l'autorité peut se limiter dans un premier temps à communiquer la prise de position à titre d'information, sans avis formel de la possibilité de répliquer; la partie est ainsi mise en situation de faire ou non usage de cette possibilité; si elle s'en abstient, elle est censée y avoir renoncé (ATF 132 I 42 consid. 3.3.3). Selon l'art. 74 LPA/GE, « la juridiction peut autoriser une réplique et une duplique si ces écritures sont estimées nécessaires ». En droit cantonal, l'opportunité d'un second échange d'écritures est ainsi laissée à l'appréciation de l'autorité de jugement, qui peut décider que les éléments de fait et de droit résultant d'un premier échange d'écritures sont suffisants pour lui permettre de se prononcer. Selon la jurisprudence, lorsque l'autorité n'a pas - ou pas suffisamment - motivé sa décision et n'a indiqué en détail les motifs de cette décision que dans sa réponse, l'autorité de recours viole le droit d'être entendu en refusant de transmettre au



recourant cette réponse pour qu'il puisse répliquer (ATF 111 la 2 consid. 3). Plus généralement, l'autorité a l'obligation de communiquer au recourant les écritures de l'intimé quand celles-ci contiennent des éléments nouveaux et importants au sujet desquels le recourant n'a pas pu prendre position (ATF 114 la 84 consid. 3 p. 87, 307 consid. 4b p. 314; 101 la 298 consid. 4a p. 304).

## 4.2

4.2.1 Par courrier du 26 juin 2008, le recourant a informé le Tribunal administratif de ce qu'il avait saisi les autorités judiciaires iraniennes d'une requête devant lui permettre d'accéder au registre d'état civil de Téhéran et que les documents qu'il avait ainsi obtenus démontraient que l'intimée n'était pas mariée. Le Tribunal administratif lui a retourné ce courrier et ses annexes, en précisant que les écritures spontanées n'étaient pas admises.

Le Tribunal administratif était fondé à agir de la sorte dès lors qu'il avait averti les parties, le 13 février 2008, qu'aucune correspondance ou production de pièces ne serait admise jusqu'à droit jugé après la production de l'écriture du recourant agendée au 28 février 2008. Pour le surplus, les pièces produites par le recourant le 26 juin 2008 étaient constituées d'un acte de naissance de l'intimée, sans indication concernant son état civil, et de l'attestation de l'absence d'enregistrement du mariage dans le registre des mariages du type « aghd » (cf. consid. 3.1 ci-dessus), soit d'un fait dont le tribunal avait déjà connaissance. Ces pièces n'étaient donc pas de nature à prouver l'allégation du recourant selon laquelle l'intimée était considérée comme célibataire au sens du droit iranien.

Le refus du Tribunal administratif de verser ces documents au dossier ne constituait donc pas une violation du droit d'être entendu du recourant.

4.2.2 Le recourant se plaint également du refus opposé par le Tribunal administratif à ses différentes requêtes tendant au dépôt d'une réplique. Le 26 juillet 2006, il a requis de pouvoir répliquer aux observations du département cantonal; le 15 août 2006, il a sollicité la faculté de se déterminer sur certaines pièces versées au dossier par l'intimée; enfin, le 31 octobre 2006, il a réitéré sa requête, l'assortissant d'une demande d'expertise relative au décollement des timbres officiels et à la contre-façon de sa signature sur un document produit par l'intimée. Plutôt que d'ordonner un second échange d'écritures, la juge déléguée du Tribunal administratif a appointé la tenue d'une audience de comparution personnelle des parties, qu'elle a fixée au 1<sup>er</sup> décembre 2006. Simultanément, elle a ordonné la production, par le département cantonal et par l'intimée, d'un certain nombre de pièces originales destinées à vérifier la validité de la transcription du mariage litigieux en Iran et dans les registres de l'état civil cantonal.

Le 10 novembre 2008, le Tribunal administratif a adressé une copie des pièces produites par le département cantonal au recourant. Ce dernier a bénéficié de la possibilité de se déterminer sur ces documents et, d'une manière plus générale, sur les écritures des autres parties lors de l'audience du 1<sup>er</sup> décembre 2006. Au cours de celle-ci, il a eu l'occasion de verser au dossier de nouvelles traductions de certaines pièces produites par l'intimée. La pièce originale de l'acte de mariage n° 1, dont la production par l'intimée a été ordonnée à l'issue de l'audience de comparution personnelle des parties, a été versée au dossier, en copie, le 28 mars 2007 et, dans sa version originale, le 16 juillet 2007. Le recourant a pu se déterminer, respectivement les 2 mai et 19 juillet 2007, sur chacune de ces productions. Enfin, suite à la production par l'intimée du « she-nasnameh » sous forme de photocopie le 10 décembre 2007, de traduction certifiée conforme le 7 février 2008 et d'original le 28 mars 2008, le recourant a pu présenter ses observations, ce qu'il a fait à teneur d'un courrier du 28 février 2008, accompagné de pièces. Ce courrier a été enregistré par le Tribunal administratif comme une écriture, même si elle n'a pas été formellement désignée par le terme de réplique.

Le Tribunal administratif a donc donné suite à toutes les réquisitions présentées par le recourant les 26 juillet, 15 août et 31 octobre 2006, à l'exception de la requête tendant à la mise en oeuvre d'une expertise concernant l'authenticité de l'acte de mariage n° 2 produit par l'intimée. Bien que le recourant ne s'en plaigne pas devant le Tribunal fédéral, il faut constater que ce refus était justifié au regard de l'issue réservée à la plainte pénale déposée par le recourant le 7 juin 2006 à l'encontre de l'intimée pour escroquerie et faux dans les titres. Cette plainte, qui reprenait

l'ensemble des faits contenus dans le recours déposé auprès du Tribunal administratif, a fait l'objet d'une ordonnance de classement de la part du Procureur général du canton de Genève le 24 juillet 2006, confirmée sur recours par la Chambre d'accusation le 17 octobre 2006. Selon l'autorité pénale, la prévention de faux dans les titres, qui concernait notamment l'acte de mariage n° 2, n'était pas établie. Le Tribunal administratif était dès lors fondé à renoncer à la mesure d'instruction sous forme d'expertise requise par le recourant.

Le Tribunal administratif n'a par conséquent pas abusé de son pouvoir d'appréciation en refusant d'ordonner un second échange d'écritures formel au sens de l'art. 74 LPA/GE. En effet, les éléments de fait et de droit résultant du premier échange d'écritures, de l'audience de comparution personnelle des parties, des pièces versées au dossier postérieurement à cette audience et de l'écriture du recourant du 28 février 2008 étaient suffisants pour qu'il puisse se prononcer sur tous les aspects de la cause.

4.2.3 C'est en vain que le recourant critique l'appréciation du Tribunal administratif selon laquelle il n'avait pas contesté l'existence de deux types de registres matrimoniaux, l'un pour les mariages ordinaires, l'autre pour les mariages « sigheh », au motif qu'il a été privé de la possibilité de répliquer. Il pouvait parfaitement le faire dans son écriture du 28 février 2008, qu'il a essentiellement consacrée à la critique de l'authenticité et de la traduction du « shenasnameh » produit par l'intimée.

C'est en vain également qu'il reproche au Tribunal administratif d'avoir retenu qu'il n'avait pas intenté action en Iran pour obtenir des autorités compétentes la constatation de l'invalidité de l'acte de mariage litigieux selon le droit iranien. En effet, le courrier du 26 juin 2008, dont il se plaint qu'il lui a été retourné au titre d'écriture non requise, faisait uniquement état d'une requête d'accession au registre d'état civil de Téhéran (cf. consid. 4.2.1 ci-dessus); en outre, les documents qu'il s'était ainsi procurés démontraient uniquement l'inexistence d'un mariage de type « aghd » et non d'un mariage « sigheh » (ibidem).

4.2.4 Le recourant fait encore grief au Tribunal administratif d'avoir mentionné dans l'arrêt attaqué qu'il n'avait pas formulé d'observations après la production du « shenasnameh » original, en particulier qu'il n'avait pas soutenu qu'il pût s'agir d'un faux. S'il est exact que le recourant ne s'est pas manifesté après la consultation du document original - alors qu'il s'est empressé de réagir lors de toute autre production de pièces de la part de l'intimée -, il avait cependant formulé un certain nombre de remarques critiques dans son écriture du 28 février 2008 au sujet de la photocopie et du duplicata de la traduction de cette pièce, qui avaient été versés au dossier antérieurement. Il avait notamment invoqué certaines divergences formelles entre la traduction produite et celle effectuée par le traducteur-juré qu'il avait consulté. Il n'est en outre pas certain que le dépôt d'observations non sollicitées aurait été agréé par le Tribunal administratif, comme l'a démontré le renvoi à son expéditeur du courrier du recourant du 26 juin 2008. Si la mention de l'absence de réaction du recourant peut paraître discutable, il faut constater qu'elle n'est pas déterminante pour l'issue du litige. En effet, le «shenasnameh» original faisait clairement état du mariage de l'intimée et du recourant le 6 mars 2005 devant l'office notarial n° 78 de Téhéran.

4.2.5 Le recourant soutient enfin que le Tribunal administratif a fait preuve de légèreté en écartant la prévention d'usage de faux dans les titres à l'encontre de l'intimée au motif qu'il n'avait fourni aucun élément inconnu du juge pénal et qu'il n'avait pas contesté l'appréciation de celui-ci.

S'il est vrai que l'ordonnance de la Chambre d'accusation ne pouvait pas faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral, le Tribunal administratif pouvait se fonder sur l'appréciation du juge pénal quant à la réalité du délit de faux dans les titres dénoncé par le recourant, dès lors que les faits invoqués à l'appui de la plainte pénale étaient identiques à ceux allégués devant le Tribunal administratif. Quant aux explications fournies lors de l'audience du 1<sup>er</sup> décembre 2006 par l'intimée au sujet des circonstances de l'établissement de l'acte de mariage n° 2, que le recourant assimile au consentement à l'élaboration d'un faux dans les titres, elles démontrent que l'intéressée s'est contentée de fournir certaines indications à l'auteur du document, précisément pour éviter l'accusation de faux dans les titres.

Les critiques du recourant sur ce point sont donc infondées.

5.

Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité.

## Exemple: reconnaissance d'un divorce privé étranger (représentation)

ATF 122 III 344

**A.-** Am 4. September 1990 heirateten die schweizerische Staatsangehörige Esther K., geboren am 18. April 1934, und der ghanaische Staatsangehörige Benjamin T., geboren am 19. März 1964, in Accra (Ghana). Diese nach Gewohnheitsrecht geschlossene Ehe wurde in der Folge im Eheregister der "Accra Metropolitan Authority" eingetragen. Dem Registrierungsantrag wurde eine eidesstattliche Erklärung von Joe T. - dem Vater des Bräutigams - und von Jakob K. - dem Vater der Braut - beigelegt, worin diese bescheinigten, dass die Ehe nach Gewohnheitsrecht abgeschlossen wurde.

**B.-** Am 21. September 1992 erhob Esther K. beim Bezirksgericht Winterthur gegen Benjamin T. eine Scheidungsklage, die sie jedoch nach Durchführung der Hauptverhandlung wieder zurückzog. Mit Schreiben vom 24. November 1993 teilte Esther K. der Direktion des Innern des Kantons Zürich als kantonale Aufsichtsbehörde über das Zivilstandswesen mit, dass ihre Ehe mit Benjamin T. in Ghana aufgelöst worden sei und verlangte die Eintragung der Ehescheidung im schweizerischen Zivilstandsregister. Ihrem Gesuch legte Esther K. einen Registereintrag der "Accra Metropolitan Authority" bei, der verurkundet, dass die Ehe am 1. Oktober 1993 aufgelöst wurde; weiter wurde eine eidesstattliche Erklärung beigelegt, worin sich ein gewisser Emmanuel T. als Vater und ein gewisser George O. als Neffe von Benjamin T. ausgaben und bezeugten, dass die Ehe am 1. Oktober 1993 nach massgebendem Gewohnheitsrecht aufgelöst worden sei. Am 30. November 1993 verfügte die Direktion des Innern des Kantons Zürich die Eintragung der Eheauflösung. In der Folge erwog die kantonale Fremdenpolizei, Benjamin T. die Aufenthaltsbewilligung zu entziehen, worauf Benjamin T. mit Eingabe vom 23. Dezember 1993 die Direktion des Innern um Wiedererwägung und Aufhebung der Verfügung vom 30. November 1993 ersuchte. Im Verlauf der längere Zeit dauernden Abklärungen ging Esther K. am 14. Dezember 1994 in Zürich eine neue Ehe mit dem nigerianischen Staatsangehörigen Adbolyd A. ein. Mit Verfügung vom 6. Februar 1996 wies die Direktion des Innern das Wiedererwägungsgesuch von Benjamin T. ab.

**C.-** Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 22. März 1996 beantragt Benjamin T. dem Bundesgericht im wesentlichen, die Verfügung der Direktion des Innern des Kantons Zürich vom 6. Februar 1996 aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

**2.** Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Anerkennung einer in Ghana ausgesprochenen Eheauflösung und deren Eintragung in den schweizerischen Registern. Ghanaer können wählen zwischen der monogamen, standesamtlich bzw. kirchlich zu schliessenden Ehe einerseits und der potentiell polygamen, nach Gewohnheitsrecht bzw. islamischem Recht zu schliessenden Ehe andererseits (BRANDHUBER/ZEYRNGER, Standesamt und Ausländer, Neufassung 16. Lieferung, Frankfurt a.M./Berlin 1995, Ghana, S. 5). Je nach Art der Ehe stehen verschiedene Formen der Eheauflösung zur Verfügung. Die Ehescheidung ist grundsätzlich im "Matrimonial Causes Act" aus dem Jahr 1971 geregelt. Der Erlass kommt für monogame Ehen zwingend, für gewohnheitsrechtliche fakultativ zur Anwendung. Danach können standesamtlich und kirchlich geschlossene Ehen nur gerichtlich geschieden werden, während für gewohnheitsrechtliche Ehen wahlweise eine gerichtliche oder aussergerichtliche bzw. gewohnheitsrechtliche Auflösung möglich ist (BERGMANN/FERID, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Frankfurt a.M. 1992, Ghana, S. 21). Bei der gewohnheitsrechtlichen Eheauflösung ("customary divorce") treffen im allgemeinen Repräsentanten der Familien zusammen, und es wird

unter Einhaltung bestimmter Formalitäten die Ehe einverständlich aufgelöst (BERGMANN/FERID, a.a.O., S. 32). Nach dem "Customary Marriage and Divorce (Registration) Law" aus dem Jahr 1985 haben die Ehegatten bei einer gewohnheitsrechtlichen Auflösung der Ehe innerhalb von drei Monaten dem Standesbeamten zwecks Registrierung mitzuteilen, dass die Ehe aufgelöst wurde; diesem Registrierungsantrag ist eine eidesstattliche Erklärung der Eltern der Ehegatten oder deren Vertreter beizulegen, worin diese bestätigen, dass die Ehe entsprechend den Vorschriften des anzuwendenden Gewohnheitsrechtes aufgelöst wurde (BERGMANN/FERID, a.a.O., S. 55 f.; BRANDHUBER/ZEYRINGER, a.a.O., S. 8).

**3.** Bei der Eheauflösung, die im vorliegenden Fall den schweizerischen Behörden zur Anerkennung vorgelegt wurde, handelt es sich um eine Privatscheidung, bei der staatliche Organe nur im Zusammenhang mit der Registrierung mitwirken. Damit stellt sich zunächst die Frage, ob es sich beim "customary divorce" nach ghanaischem Gewohnheitsrecht um einen anerkennungsfähigen Entscheid nach **Art. 25 ff. und Art. 65 IPRG** handle.

a) Das Bundesgericht hatte bislang noch keine Gelegenheit, sich dazu zu äussern, was als anerkennungsfähiger "Entscheid" im Sinn von **Art. 25 ff. und Art. 65 IPRG** zu gelten hat. Unter der Herrschaft des NAG lehnte das Bundesgericht die Anerkennung einer durch einseitige Erklärung des Ehemannes vorgenommenen islamischen Verstossung ab; nach **Art. 7g Abs. 3 NAG** könne nur eine Scheidung anerkannt werden, die von einem Gericht "ausgesprochen" worden ist, was voraussetze, dass der zuständigen Behörde "eine entscheidende Mitwirkung" zukomme (**BGE 88 I 48 E. 2 S. 50**). Die Rechtsprechung, die auf das Kriterium der entscheidenden behördlichen Mitwirkung abstellte, ist bereits zur Zeit der Geltung des NAG kritisiert worden (PETER MAX GUTZWILLER, Jurisdiktion und Anerkennung ausländischer Entscheidungen im schweizerischen internationalen Ehescheidungsrecht, Bern 1969, S. 102 f.).

b) Nach dem Inkrafttreten des neuen IPR-Gesetzes kann an dieser restriktiven Praxis in bezug auf die Frage des "anerkennungsfähigen Entscheides" nicht mehr festgehalten werden. Die Botschaft zum IPR-Gesetz nennt zwar noch das Erfordernis der massgeblichen behördlichen Mitwirkung, lässt indessen auch die Anerkennung von Scheidungen zu, die von religiösen Instanzen ausgesprochen wurden (BBl. 1983 I, S. 361, Ziff. 235.7). Die neuere Literatur geht noch einen Schritt weiter; danach sollen auch Privatscheidungen, die ohne - wesentliche - behördliche Mitwirkung vorgenommen werden, gerichtlichen bzw. behördlichen Ehescheidungen gleichgestellt sein und insoweit als anerkennungsfähige Entscheide gelten (KURT SIEHR, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, N. 3 zu **Art. 65 IPRG**; ANDREAS BUCHER, Droit international privé suisse, Tome II, Basel/Frankfurt a.M. 1992, Rz. 570; DANIEL CANDRIAN, Scheidung und Trennung im internationalen Privatrecht der Schweiz, Diss. St. Gallen 1994, S. 312 f.; DANIEL LEVIN, Konflikte zwischen einer weltlichen und einer religiösen Rechtsordnung, Diss. Zürich 1991, S. 171 ff.; MONIQUE JAMETTI GREINER, Thailändische Privatscheidungen grundsätzlich anerkennbar, ZZW 63/1995, S. 169 ff.).

Der Auffassung, dass nicht nur behördliche Scheidungen, sondern auch Privatscheidungen anzuerkennen sind, ist beizupflichten. Ein Gesetzesverständnis, das Privatscheidungen mangels massgebender behördlicher Mitwirkung die Entscheidqualität kategorisch abspricht und insofern eine Anerkennung generell ausschliesst, liefe der vom Gesetzgeber gewollten liberalen Anerkennungspraxis (vgl. BBl. 1983 I, S. 327, Ziff. 217.1) zuwider. Da in vielen Staaten die Privatscheidung staatlich anerkannt und teilweise sogar die einzig mögliche Form der Eheauflösung ist (SIEHR, a.a.O., N. 3 zu **Art. 65 IPRG**), wäre eine generelle Nichtanerkennung mit der Begründung, es liege kein anerkennungsfähiger Entscheid vor, sachlich nicht gerechtfertigt und wirklichkeitsfremd. Hingegen kann einer Eheauflösung, die nach schweizerischem Verständnis völlig unhaltbar ist, viel gezielter durch den schweizerischen Ordre public-Vorbehalt gemäss **Art. 27 IPRG** entgegengewirkt werden (Siehr, a.a.O., N. 3 zu **Art. 65 IPRG**; ähnlich auch JAMETTI GREINER, a.a.O., S. 171); in einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht im Unterschied zu **BGE 88 I 48** die islamische Verstossung richtigerweise denn auch unter dem Gesichtspunkt des Ordre public als in der Schweiz nicht anerkennbar bezeichnet (**BGE 103 Ib 69 E. 3a S. 72 f.**).

c) Aus diesen Gründen ist die Privatscheidung - vorliegend jene nach ghanaischem Gewohnheitsrecht - einem Entscheid im Sinn von **Art. 25 ff. und 65 IPRG** gleichzustellen; insoweit ist sie in der Schweiz grundsätzlich anerkennungsfähig.

**4.** Damit stellt sich im weiteren die Frage, ob im konkreten Fall die Voraussetzungen für eine Anerkennung in der Schweiz gegeben sind. Von Interesse ist im vorliegenden Fall einzig, ob ein Verweigerungsgrund im Sinn von **Art. 27 IPRG** vorliegt und insoweit der schweizerische Ordre public eine Anerkennung verbiete. Als Korrelat zum weit ausgelegten Begriff des anerkennungsfähigen Entscheides ist genau zu prüfen, ob die allgemei-

nen Anerkennungsvoraussetzungen im Sinn von **Art. 25 ff. IPRG** - im vorliegenden Fall der schweizerische Ordre public gemäss **Art. 27 IPRG** - eingehalten seien.

a) Gemäss **Art. 27 Abs. 1 IPRG** kann eine ausländische Entscheidung in der Schweiz nicht anerkannt werden, wenn die Anerkennung mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung offensichtlich unvereinbar wäre. Eine Anerkennung würde dann gegen den materiellen Ordre public verstossen, wenn das einheimische Rechtsgefühl durch die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Entscheides in unerträglicher Weise verletzt würde, weil dadurch grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet werden (**BGE 102 Ia 308** E. 5 S. 313 f. mit weiteren Hinweisen). Die Anwendung des Ordre public-Vorbehaltes ist im Bereich der Anerkennung ausländischer Entscheide nach dem Wortlaut des Gesetzes restriktiver als im Bereich der Anwendung des fremden Rechtes gemäss **Art. 17 IPRG (BGE 120 II 87** E. 3 S. 88 mit weiteren Hinweisen). Nebst dem materiellen Ordre public sieht **Art. 27 Abs. 2 IPRG** eine Reihe von Anforderungen an einen ausländischen Entscheid vor, die unter dem Gesichtspunkt des verfahrensrechtlichen Ordre public für eine Anerkennung in der Schweiz erfüllt sein müssen; als Verweigerungsgründe nennt das Gesetz namentlich das Fehlen einer gehörigen Vorladung (**Art. 27 Abs. 2 lit. a IPRG**), die Verletzung wesentlicher Verfahrensgrundsätze - namentlich des Anspruchs auf rechtliches Gehör - (**Art. 27 Abs. 2 lit. b IPRG**) sowie die Nichtbeachtung in- oder ausländischer Rechtshängigkeit bzw. Entscheidungen (**Art. 27 Abs. 2 lit. c IPRG**).

b) Ob im vorliegenden Fall die in Ghana erfolgte Eheauflösung von der Direktion des Innern vor dem Hintergrund von **Art. 27 IPRG** zu Recht anerkannt wurde, lässt sich aufgrund der Akten nicht abschliessend beurteilen. Die Umstände, unter denen die Eheauflösung in Ghana erfolgte, sind nämlich weitgehend im Dunkeln geblieben. In erster Linie ist unklar, ob der Beschwerdeführer überhaupt Kenntnis von der Eheauflösung hatte und daran persönlich beteiligt war. Der Beschwerdeführer behauptete sowohl im kantonalen als auch im bundesgerichtlichen Verfahren, dass er von einer Scheidung keine Kenntnis hatte; diese Behauptung kann keineswegs als völlig unbegründet abgetan werden, da die von der Beschwerdegegnerin vorgelegten Dokumente keine Auskunft darüber geben, ob der Beschwerdeführer an der Eheauflösung beteiligt war. Die Einwände des Beschwerdeführers erhalten zusätzliches Gewicht durch den Umstand, dass sich die Beschwerdegegnerin trotz entsprechender Aufforderungen im kantonalen und bundesgerichtlichen Verfahren nie zu diesen Fragen vernehmen liess. Ob der Beschwerdeführer von der Eheauflösung wusste und damit einverstanden war, ist indessen von entscheidender Bedeutung für die Frage, ob die Scheidung in der Schweiz anerkannt werden kann. Sollten nur Repräsentanten der Familien zusammengetroffen sein und die Ehe bloss ihrerseits einverständlich aufgelöst haben, ohne dass beide Ehegatten anwesend oder damit zumindest einverstanden waren, läge ein Verstoss gegen den materiellen Ordre public im Sinn von **Art. 27 Abs. 1 IPRG** vor. Gemäss Rechtsprechung und einhelliger Lehrmeinung ist die Eheauflösung nämlich als höchstpersönliche und insofern vertretungsfeindliche Rechtshandlung zu verstehen (**BGE 116 II 385** E. 4 S. 387 mit zahlreichen Hinweisen; HINDERLING/STECK, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 4. Auflage, Zürich 1995, S. 548; BÜHLER/SPÜHLER, Berner Kommentar, N. 43 zu **Art. 143 ZGB**; HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, 3. Auflage, Zürich 1993, N. 12.14). Eine Eheauflösung, die ohne Wissen und ggf. gegen den Willen eines oder beider Ehegatten alleine von

Repräsentanten derer Familien vereinbart wurde, würde der schweizerischen Rechtsauffassung diametral zuwiderlaufen und könnte unter dem Gesichtspunkt des schweizerischen Ordre public nicht anerkannt werden.

c) Solange die Umstände, unter denen die Scheidung im vorliegenden Fall vorgenommen wurde, nicht zuverlässig geklärt sind, darf eine Anerkennung aus Gründen des schweizerischen Ordre public somit nicht ausgesprochen werden. Die Argumentation der Direktion des Innern, die ohne entsprechende Abklärung dieser Fragen die Anerkennung und Registrierung in der Schweiz bestätigt hat, erweist sich aus verschiedenen Gründen als nicht stichhaltig. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kann aus der Tatsache, dass die von der Beschwerdegegnerin vorgelegten Scheidungsdokumente nach Auskunft der Schweizer Vertretung in Accra echt sind, nicht abgeleitet werden, dass die Scheidung anzuerkennen sei. Einerseits geben diese Dokumente wie erläutert keine Auskunft darüber, ob die Scheidung den Mindestanforderungen des schweizerischen Ordre public genügt. Andererseits erwecken diese Urkunden in bezug auf ihren materiellen Wahrheitsgehalt grosse Bedenken; während bei der Eheschliessung ein gewisser Joe T. als Zeuge mitwirkte, wird die Eheauflösung von einem gewissen Emmanuel T. bezeugt, die beide die biologische Vaterschaft zum Beschwerdeführer in Anspruch nehmen, obwohl sie nicht nur unterschiedliche Vornamen, sondern auch verschiedene Adressen und Unterschriften aufweisen. Angesichts der Bedeutung der Identität der Zeugen hätte die Vorinstanz über diese offensichtlichen Unstimmigkeiten nicht einfach mit dem Hinweis hinweggehen dürfen, Ungenauigkeiten seien in afrikanischen Urkunden recht häufig anzutreffen; vielmehr hätte

sie entsprechend der Anregung der Schweizer Vertretung in Accra gegen geringe Kostengutsprache weitere Abklärungen vornehmen lassen sollen. Unbehelflich ist auch die Argumentation der Direktion des Innern, dass das ghanaische Gewohnheitsrecht von Gruppe zu Gruppe variere und daher nicht eindeutig verifizierbar sei, weshalb das Risiko grundsätzlich gegeben sei, dass die Erfordernisse von **Art. 27 IPRG** nicht immer erfüllt seien. Die Vorinstanz verkennt, dass jede Anerkennung eines ausländischen Entscheides die Mindestanforderungen des schweizerischen Ordre public gemäss **Art. 27 IPRG** stets erfüllen muss; eine anerkennungsfreundliche Praxis bedeutet lediglich, dass nur mit Zurückhaltung auf eine Verletzung des schweizerischen Ordre public geschlossen werden kann; der in diesem Sinn restriktiv interpretierte Vorbehalt des Ordre public muss indessen immer eingehalten werden. Im übrigen hat die Vorinstanz im Rahmen der Ordre public-Prüfung nicht das ausländische Recht zu "verifizieren" und zu untersuchen, ob die Scheidung in Ghana zu Recht anerkannt und registriert wurde, denn dies würde auf eine nach **Art. 27 Abs. 3 IPRG** unzulässigen "revision au fond" hinauslaufen; vielmehr haben die Schweizer Behörden nur zu prüfen, ob die zur Anerkennung vorgelegte Scheidung den von **Art. 27 IPRG** geforderten schweizerischen Minimalanforderungen genügt.

Der Vorinstanz kann schliesslich auch insoweit nicht gefolgt werden, als sie ausführt, der Beschwerdeführer erhebe nur unsubstantiierte und wenig glaubhafte Behauptungen, wenn er geltend mache, dass er von der Ehescheidung nichts gewusst habe. Die vom Beschwerdeführer erhobenen Einwände, die wie erläutert den materiellrechtlichen Ordre public betreffen, sind von Amtes wegen zu berücksichtigen (STEPHEN V. BERTI/ANTON K. SCHNYDER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Basel/Frankfurt a.M. 1996, N. 29 zu **Art. 27 IPRG**). Die Prüfung von Verweigerungsgründen von Amtes wegen bedeutet, dass bei Privatscheidungen an die Anerkennung erhöhte Anforderungen zu stellen sind. Im Unterschied zu einer Scheidung mit behördlicher Mitwirkung tritt bei Privatscheidungen anstelle eines behördlichen Entscheides eine zwischen den Parteien einvernehmlich getroffene Eheauflösung. Grundlage der Anerkennung ist daher nicht ein behördlicher Akt, sondern eine private Einigung, die eher mit Mängeln behaftet sein kann. Liegt eine Einigung der Ehegatten vor, die im Herkunftsstaat anerkannt und registriert wurde, wird in der Regel kein Anlass zur Verweigerung der Anerkennung in der Schweiz bestehen, selbst wenn Einwände gegen die Einigung vorgebracht werden. Liegt indessen gar keine Einigung in bezug auf die Auflösung der Ehe vor - was im vorliegenden Fall zumindest nicht ausgeschlossen werden kann -, ist die Anerkennung in der Schweiz ungeachtet einer allfälligen Registrierung im Herkunftsstaat gestützt auf **Art. 27 IPRG** auf jeden Fall zu verweigern.

d) Insgesamt ergibt sich somit, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Beschwerdeführer von der Auflösung der Ehe in Ghana keine Kenntnis hatte und demnach auch nicht daran mitwirken konnte. Da in diesem Fall offensichtlich ein Verstoss gegen den schweizerischen Ordre public vorliegen würde, wäre die Vorinstanz verpflichtet gewesen, die Umstände der Eheauflösung von Amtes wegen zu ermitteln. Dass die Eheauflösung in Ghana offenbar registriert wurde und gültig ist, schliesst nicht aus, dass der Eheauflösung aus Gründen des schweizerischen Ordre public die Anerkennung versagt wird. Ebenso wenig spricht der Umstand gegen eine Nichtanerkennung, dass die Beschwerdegegnerin zwischenzeitlich wieder eine Ehe eingegangen ist; eine zeitlich später abgeschlossene Ehe kann nicht den Mangel einer Ordre public-widrigen Eheauflösung heilen. Die Verfügung der Direktion des Innern vom 6. Februar 1996 ist daher aufzuheben und die Sache zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **Exemple: adoption d'un neveu**

ATF du 21.12.2005, 5A.20/2005

A. Mit Bescheid vom 21. Januar 2002 des Sozialamtes Milici in Bosnien-Herzegowina, Republik Serbien, wurde zwischen X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_c, geboren 1986, eine "unvollständige Adoption" (Übersetzung aus dem Serbischen) durchgeführt. Der adoptierte Y.\_\_\_\_\_ lebt in Bosnien-Herzegowina und ist der Neffe des adoptierenden X.\_\_\_\_\_, welcher zur Zeit der Adoption Staatsangehöriger von Bosnien-Herzegowina war, in der Schweiz wohnhaft und seit dem 24. März 2004 Schweizer Bürger ist.

B. Am 9. Juni 2004 ersuchten X.\_\_\_\_\_ und seine Ehefrau Z.\_\_\_\_\_ beim Amt für Handelsregister und Zivilstandswesen des Kantons Thurgau gestützt auf den ausländischen Adoptionsbescheid um Eintragung der Adoption ihres Sohnes Y.\_\_\_\_\_ in die Zivilstandsregister. Mit Verfügung vom 28. September 2004 wies das Amt dieses Gesuch ab mit der Begründung, der betreffenden ausländischen Adoption kämen nur die Wirkungen einer einfachen Adoption zu. Hiergegen gelangten X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ an das Departement für Justiz und Sicherheit des Kantons Thurgau, welches den Rekurs mit Entscheid vom 24. Januar 2005 abwies. Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau wies die von X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ erhobene Beschwerde mit Entscheid vom 27. April 2005 ab

C. X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_ führen mit Eingabe vom 22. Juni 2005 Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragen, es seien der Entscheid des Verwaltungsgerichts und die erstinstanzliche Verfügung aufzuheben; es sei weiter die am 21. Januar 2002 in Milici erfolgte Adoption anzuerkennen und dementsprechend in die hiesigen Zivilstandsregister einzutragen.

Das Verwaltungsgericht beantragt ohne weitere Ausführungen die Abweisung der Beschwerde. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) schliesst in seiner Stellungnahme sinngemäss auf Abweisung der Beschwerde und hält fest, dass im Falle, dass die Anerkennung nicht verweigert werde, die Adoption als einfache Adoption anzuerkennen und in das informatisierte Personenstandsregister einzutragen sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. 1.1 Beim Entscheid des Verwaltungsgerichts handelt es sich um ein letztinstanzliches kantonales Urteil, welches die Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde über die Beurkundung eines ausländischen Adoptionsentscheides zum Gegenstand hat (Art. 23 ZStV; Art. 32 IPRG) und mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden kann (Art. 97 und Art. 98g OG; Art. 90 Abs. 2 ZStV). Die Beschwerdeführer rügen im Wesentlichen eine Verletzung der bundesrechtlichen Regeln über die Eintragung einer ausländischen Adoption gemäss Art. 32 und Art. 78 IPRG (Art. 104 lit. a OG). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist grundsätzlich zulässig.

1.2 Zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 103 lit. a OG). Die Beschwerdeführer verlangen in der Sache, "die am 21. Januar 2002 in Milici erfolgte Adoption anzuerkennen und dementsprechend in die hiesigen Zivilstandsregister einzutragen". Das Verwaltungsgericht ist zum Schluss gelangt, dass die betreffende Adoption als einfache Adoption anerkannt und in die Zivilstandsregister eingetragen werden könnte. Es hat die Beschwerde abgewiesen, weil die Beschwerdeführer einzig beantragt hätten, die in Frage stehende ausländische Adoption als Volladoption anzuerkennen und in die Zivilstandsregister einzutragen, was unzulässig sei. Die Anerkennung und Eintragung als einfache Adoption sei indessen nicht beantragt worden, und weder die kantonale Aufsichtsbehörde noch die Vorinstanz hätten sich darüber aussprechen müssen.

Soweit die Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren sinngemäss die Anerkennung und Eintragung der streitigen Adoption als einfache Adoption verlangen, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Eine solche Eintragung wurde weder beantragt noch verweigert. Hingegen sind die Beschwerdeführer mit ihrem Antrag auf Anerkennung und Eintragung der im Ausland erfolgten Adoption als Volladoption nicht durchgedrun-



gen. Insoweit haben sie ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Urteils und kann auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingetreten werden.

1.3 In den Fällen, in denen - wie hier - die Vorinstanz eine richterliche Behörde ist und daher gemäss Art. 105 Abs. 2 OG die Sachverhaltsüberprüfung durch das Bundesgericht eingeschränkt ist, sind nur noch solche neuen Beweismittel zugelassen, welche die Vorinstanz von Amtes hätte erheben müssen und deren Nichterhebung eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften darstellt (BGE 121 II 97 E. 1 S. 99). Soweit die Beschwerdeführer (wie bereits im kantonalen Verfahren) die Befragung der Parteien einschliesslich der Ehefrau des Adoptierenden und der leiblichen Mutter des Adoptierten zur Feststellung der Tatsache anbieten, dass die Beteiligten den Willen hatten, mit der in Bosnien-Herzegowina durchgeführten "unvollständigen Adoption" eine Volladoption im Sinne des schweizerischen Rechts durchzuführen, gehen sie fehl: Für die Frage, mit welcher Wirkung die in Bosnien-Herzegowina erfolgte Adoption in der Schweiz anerkannt und in die Zivilstandsregister eingetragen werden kann, ist der Wille der Beteiligten nicht erheblich (dazu E. 3). Im Weiteren nehmen die Beschwerdeführer mit dem Antrag, es sei eine Befragung "zu allen Punkten des Sachverhaltes" vorzunehmen, nicht hinreichend Bezug auf den angefochtenen Entscheid. Es ist insoweit nicht ersichtlich, inwiefern die vorinstanzliche Feststellung des Sachverhalts offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen ermittelt worden sei. Demnach sind die Vorbringen der Beschwerdeführer in tatsächlicher Hinsicht unbehelflich.

2. 2.1 Das Verwaltungsgericht hat im Wesentlichen (unter Hinweis auf die Erwägungen des kantonalen Departements) festgehalten, dass das bosnisch-herzegowinische Recht sowohl die volle als auch nichtvolle bzw. unvollständige Adoption kenne, welche durch das Weiterbestehen der rechtlichen Beziehungen des Adoptivkindes zu den natürlichen Eltern das ursprüngliche Kindesverhältnis nicht zum Erlöschen bringe. Die zwischen den Beschwerdeführern mit Bescheid vom 21. Januar 2002 durchgeführte Adoption sei eine nichtvolle bzw. einfache Adoption, welche sich daher von der Adoption nach schweizerischem Recht wesentlich unterscheide, so dass sie gemäss Art. 78 Abs. 2 IPRG in der Schweiz lediglich mit den Wirkungen anerkannt werden könne, welche ihr in Bosnien-Herzegowina zukomme. Daran ändere nichts, dass das Kind und dessen leibliche Mutter das Einverständnis zur Anerkennung und Eintragung der Adoption als Volladoption in der Schweiz erklärt hätten. Die mit Bescheid vom 21. Januar 2002 durchgeführte unvollständige Adoption könne demnach nicht als Volladoption anerkannt und als solche in die schweizerischen Familienregister eingetragen werden; hingegen könne sie als einfache Adoption anerkannt und eingetragen werden. Schliesslich sei zu fragen, ob der mit der Adoption angestrebte Familiennachzug nicht rechtsmissbräuchlich sei; der Sachverhalt sei allenfalls mit demjenigen einer Scheinehe zu vergleichen.

2.2 Die Beschwerdeführer halten demgegenüber im Wesentlichen fest, dass die in Bosnien-Herzegowina durchgeführte unvollständige Adoption nur unwesentlich von der Adoption nach schweizerischem Recht abweiche, so dass deren Anerkennung (als Volladoption) in der Schweiz nicht zu verweigern sei, auch wenn im betreffenden Staat keine Volladoption mehr möglich gewesen sei. Nur weil nach bosnisch-herzegowinischem Recht (nach Überschreiten des Alters von 4 Jahren) keine Volladoption mehr möglich gewesen sei, könne den Beschwerdeführern, welche zusammen mit der Mutter des Kindes ausdrücklich die Anerkennung als Volladoption in der Schweiz wünschten, die Eintragung nicht verweigert werden. Die fragliche Adoption wirke durch die Eintragung in der Schweiz nicht stärker als in Bosnien-Herzegowina. Es sei von Belang, dass die Eintragung rechtlich nicht auf eine einfache Adoption hinauslaufe. Die Beschwerdeführer bestreiten schliesslich das Vorliegen von Rechtsmissbrauch und einer Scheinadoption.

3. Eine ausländische Entscheidung oder Urkunde über den Zivilstand wird aufgrund einer Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde in die Zivilstandsregister eingetragen (Art. 32 IPRG). Strittig ist im Wesentlichen, ob und gegebenenfalls mit welchen Wirkungen die mit Bescheid vom 21. Januar 2002 des Sozialamtes Milici in Bosnien-Herzegowina durchgeführte unvollständige Adoption anerkannt werden kann.

3.1 Zwischen der Schweiz und Bosnien-Herzegowina gilt kein Staatsvertrag betreffend die Anerkennung einer Entscheidung oder einer Urkunde der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Das Übereinkommen vom 29. Mai 1993 über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption (SR 0.211.221.311) ist nicht anwendbar, da Bosnien-Herzegowina dem Übereinkommen nicht beigetreten ist. Die Beschwerdeführer berufen sich - wie bereits die Vorinstanz zu Recht erkannt hat - daher vergeblich auf das Übereinkommen. Fehlt ein internationales Abkommen, so gelten gemäss Art. 32 Abs. 2 IPRG für die Eintragung die Anerkennungsvoraussetzungen des IPRG (BGE 120 II 87 E. 2a S. 88).

3.2 Die Vorinstanz hat zu Recht die internationale Zuständigkeit (Art. 25 lit. a IPRG) der bosnisch-herzegowinischen Adoptionsbehörde angenommen. Ausländische Adoptionen werden in der Schweiz anerkannt, wenn sie im Staat des Wohnsitzes oder im Heimatstaat der adoptierenden Per-

son oder der adoptierenden Ehegatten ausgesprochen worden sind (Art. 78 Abs. 1 IPRG). Der adoptierende Beschwerdeführer war im Zeitpunkt, in welchem die Adoption ausgesprochen wurde, Staatsangehöriger von Bosnien-Herzegowina. Die internationale Zuständigkeit der ausländischen Adoptionsbehörde ist daher begründet. Anhaltspunkte, dass die Endgültigkeit (Art. 25 lit. b IPRG) des Bescheides vom 21. Januar 2002 nicht gegeben sei, bestehen nicht. Bleibt nach Art. 25 lit. c IPRG zu prüfen, ob - wie das EJPD in seiner Stellungnahme vorbringt - ein Verweigerungsgrund im Sinne von Art. 27 IPRG vorliege. Das EJPD weist auf das Erfordernis der Zustimmung des (im Zeitpunkt der Adoption) 16-jährigen Adoptivkindes hin und führt im Wesentlichen (unter Hinweis auf das Alter des Adoptivkindes, das fehlende Betreuungsverhältnis und die Adoption nur durch einen Ehegatten) aus, das primäre Motiv der Beschwerdeführer sei, mit der Adoption das Aufenthaltsrecht des Adoptivkindes in der Schweiz zu erlangen.

3.3 Gemäss Art. 27 Abs. 1 IPRG kann eine ausländische Entscheidung in der Schweiz nicht anerkannt werden, wenn die Anerkennung mit der schweizerischen öffentlichen Ordnung offensichtlich unvereinbar wäre. Eine Anerkennung verstösst dann gegen den materiellen *Ordre public*, wenn das einheimische Rechtsgefühl durch die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Entscheides in unerträglicher Weise verletzt würde, weil dadurch grundlegende Vorschriften der schweizerischen Rechtsordnung missachtet werden. Die (ex officio zu prüfende) Anwendung des *Ordre public*-Vorbehaltes ist im Bereich der Anerkennung ausländischer Entscheide nach dem Wortlaut des Gesetzes restriktiver als im Bereich der Anwendung des fremden Rechts gemäss Art. 17 IPRG (BGE 131 III 182 E. 4.1 S. 185; 120 II 87 E. 3 S. 88). Eine Minderjährigenadoption kann dann gegen den *Ordre public* verstossen, wenn nicht das Wohl des Kindes im Vordergrund stand, sondern adoptionsfremde Motive wie ausschliesslich das Erlangen sozialrechtlicher, aufenthaltsrechtlicher oder sonstiger Vorteile (Kurt Siehr, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. 2004, N. 11 zu Art. 78).

3.3.1 Die Beschwerdeführer haben bereits im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht im Wesentlichen ausgeführt, dass der adoptierende Beschwerdeführer selber keine Kinder habe und sich seit dem Tod seines Bruders seit längerer Zeit von der Schweiz aus um die unerlässliche Betreuung seines bei Drittpersonen in Bosnien-Herzegowina lebenden Neffen gekümmert habe, weil dieser seit längerer Zeit keine Beziehung zu seiner leiblichen Mutter habe. Das Verwaltungsgericht hat keinen Anlass gesehen, die Anerkennung der Adoption zu verweigern, weil sie ausschliesslich adoptionsfremden Zwecken gedient habe; es hat nach ausführlicher Erläuterung den Schluss gezogen, dass eine Anerkennbarkeit (als einfache Adoption) vorliege. Dass sich das Verwaltungsgericht am Ende seiner Erwägungen die blosse Frage gestellt hat, ob mit der Adoption nicht primär der Familiennachzug erwirkt werden solle, ändert nichts daran. Wohl kann im konkreten Fall nicht ausgeschlossen werden, dass neben adoptionsgerechten Motiven auch die Erlangung eines aufenthaltsrechtlichen Vorteils zur Adoption geführt haben. Die Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid lassen indessen keinen Schluss zu, dass im konkreten Fall die Auslandadoption klar als Scheinadoption - d.h. als Adoption aus ausschliesslich adoptionsfremden Motiven - erkennbar sei (vgl. Siehr, a.a.O.). Insofern ist nicht zu beanstanden, wenn das Verwaltungsgericht in Bezug auf den Adoptionszweck in der streitigen Adoption keinen Verstoß gegen den *Ordre public* und keinen Anlass zum Einschreiten von Amtes wegen erblickt hat.

3.3.2 Aus dem Adoptionsbescheid geht sodann ausdrücklich hervor, dass sowohl das adoptierte Kind als auch dessen Mutter die Zustimmung gegeben haben, so dass auch in dieser Hinsicht die Anwendung der Ausnahmeklausel ausser Betracht fällt (BGE 120 II 87 E. 3a S. 89); im Übrigen haben beide gemäss Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Entscheid im Hinblick auf die Anerkennung in der Schweiz zusätzliche Zustimmungserklärungen abgegeben. Dass die Ehegattin des adoptierenden Beschwerdeführers nicht adoptiert hat, ist mit dem schweizerischen *Ordre public* nicht offensichtlich unvereinbar, zumal dem schweizerischen Recht die Adoption durch einen Ehegatten nicht völlig unbekannt ist (Art. 264b Abs. 2 ZGB; Cyril Hegnauer, ZZW 1989 S. 381; Andreas Bucher, *L'enfant en droit international privé*, Genf 2003, S. 107 Rz. 301).

3.3.3 Die Beschwerdeführer haben - nach eigenen Angaben - nie zusammengelebt. Dass der ausländischen Adoption kein Pflegeverhältnis im Sinne von Art. 264 ZGB vorausgegangen ist, stellt für sich allein noch keinen Grund dar, um die Anerkennung als *Ordre public*-widrig zu verweigern, denn das Zusammenleben mit dem Kind nach der Adoption ist mitzuberücksichtigenden (BGE 120 II 87 E. 3a S. 88; Bucher, a.a.O., S. 107 Rz. 300). Wenn auch nach der Adoption kein Zusammenleben mit dem Kind erfolgt ist und ausserdem Erwägungen der ausländischen Adoptionsbehörde betreffend das Kindeswohl völlig fehlen, ist nicht ausgeschlossen, dass der schweizerische *Ordre public* der Anerkennung des Entscheides entgegensteht (vgl. Urteil 5A.10/ 1992 des Bundesgerichts vom 20. Januar 1993, E. 5b, ZVW 1993 S. 156; Bucher, a.a.O., S. 107 Rz. 300). Da die

Beschwerdeführer nie zusammengelebt haben, ist zu prüfen, ob Erwägungen der ausländischen Adoptionsbehörde betreffend das Kindeswohl nicht völlig fehlen.

3.3.4 Der Adoptionsbescheid vom 21. Januar 2002 der Adoptionsbehörde in Bosnien-Herzegowina beschränkt sich auf die Feststellung, dass die Voraussetzungen zur unvollständigen Adoption gemäss Art. 147 des Familiengesetzes unter Hinweis auf die betreffenden Bestimmungen erfüllt seien. Aus dem in den Akten liegenden Schreiben der gleichen Behörde vom 13. April 2004 gehen die für das Interesse des Adoptierten wesentlichen Umstände (gegenseitige Beziehung, Beweggründe, Familienverhältnisse) hervor, die zum Adoptionsbescheid geführt haben. Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass, den Ordre public-Vorbehalt anzuwenden: So wie mit dem schweizerischen Ordre public vereinbar ist, wenn eine Adoptionszustimmung erst im Hinblick auf die Anerkennung des Adoptionsentscheides in der Schweiz abgegeben wird (BGE 120 II 87 E. 3a S. 89), steht einer Anerkennung des ausländischen Adoptionsentscheides nicht entgegen, wenn die Erwägungen der ausländischen Adoptionsbehörde betreffend Kindeswohl erst aus dem im Hinblick auf die Anerkennung in der Schweiz erstellten Protokollauszug hervorgehen. Demnach ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz keinen Grund zur Anwendung der Vorbehaltsklausel gemäss Art. 27 Abs. 1 IPRG gesehen und die Anerkennung des Adoptionsentscheides grundsätzlich bejaht hat. In der Sache selbst darf der Adoptionsentscheid schliesslich nicht nachgeprüft werden (Art. 27 Abs. 3 IPRG).

3.4 Weiter ist zu prüfen, mit welchen Wirkungen die streitige Adoption anerkannt werden kann. Gemäss Art. 78 Abs. 2 IPRG werden ausländische Adoptionen oder ähnliche Akte, die von einem Kindesverhältnis im Sinne des schweizerischen Rechts wesentlich abweichende Wirkungen haben, in der Schweiz nur mit den Wirkungen anerkannt, die ihnen im Staat der Begründung zukommen (Art. 78 Abs. 2 IPRG). Die Beschwerdeführer machen im Wesentlichen geltend, dass die vorliegende in Bosnien-Herzegowina durchgeführte unvollständige Adoption nur unwesentlich von der Adoption nach schweizerischem Recht abweiche, so dass deren Anerkennung (als Volladoption) in der Schweiz nicht zu verweigern sei.

3.4.1 Das Vorbringen der Beschwerdeführer geht fehl. Im Adoptionsbescheid vom 21. Januar 2002 des Sozialamtes Milici in Bosnien-Herzegowina, Republik Serbien, wird die Adoption ausdrücklich als unvollständige (Kindes-) Annahme bezeichnet. Diese Art der Adoption begründet nach Art. 147 des bosnisch-herzegowinischen Gesetzes über die Familie (in: Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Bosnien und Herzegowina, Stand: 1998, S. 29 ff.) zwar grundsätzlich zwischen dem Angenommenen und dem Annehmenden die gleichen Verwandtschaftsbeziehungen, wie sie zwischen Eltern und Kindern bestehen; sie berührt jedoch die Rechte und Pflichten des Angenommenen gegenüber seinen Eltern und anderen Verwandten nicht. Das bosnisch-herzegowinische Recht kennt auch die volle Annahme an Kindes Statt (Art. 153 ff. des Gesetzes), mit welcher das bisherige Kindesverhältnis erlischt und welche nicht aufgelöst werden kann (Art. 157, Art. 171 des Gesetzes). Im Unterschied zu dieser kann die nichtvolle Adoption durch Beschluss der Vormundschaftsbehörde wieder aufgelöst werden, insbesondere aufgrund des einvernehmlichen Vorschlags des Annehmenden und des Angenommenen (Art. 168 ff. des Gesetzes). Ist aber das ursprüngliche Kindesverhältnis mit der - wie hier vorliegenden - Adoption nicht erloschen, sondern bestehen gewisse Bande zur biologischen Familie weiter, so dass das Adoptivkind nicht eine Stellung erwirbt, welche derjenigen eines ehelichen Kindes der Adoptiveltern entspricht (BGE 117 II 340 E. 2c S. 342), hat diese Adoption von einem Kindesverhältnis im Sinne des schweizerischen Rechts (Art. 267 Abs. 1 und 2 ZGB) wesentlich abweichende Wirkungen. Zu dieser Auffassung ist das Bundesgericht im Übrigen bereits im Urteil 2A.36/1995 vom 9. Januar 1996 gelangt: In jenem Entscheid wurde bei der Prüfung des Anspruchs eines Adoptivvaters auf Familiennachzug (Art. 17 Abs. 2 ANAG) seines Adoptivsohns erwogen, dass die nichtvolle Adoption nach bosnisch-herzegowinischem Recht das bisherige Kindesverhältnis nicht aufhebe und keine Volladoption sei (und daher keinen Anspruch auf Familiennachzug gebe).

3.4.2 Nach dem Dargelegten ist nicht zu beanstanden, wenn das Verwaltungsgericht zur Auffassung gelangt ist, der Adoptionsbescheid vom 21. Januar 2002, mit welchem eine nichtvolle Adoption ausgesprochen worden sei, könne in der Schweiz nicht als Adoption anerkannt werden, welche ein Kindesverhältnis im Sinne des schweizerischen Rechts bewirke. Der Vorwurf der Beschwerdeführer, dass der Entscheid des Verwaltungsgerichts, mit welchem die Weigerung der kantonalen Aufsichtsbehörde zur Eintragung als Volladoption geschützt wurde, gegen Bundesrecht verstosse, ist unbegründet. Es steht den Beschwerdeführern - wie das Verwaltungsgericht zu Recht gefolgert hat grundsätzlich frei, die streitige Adoption im Familienregister bzw. Personenstandsregister (Art. 7 ff. ZStV) als einfache Adoption eintragen zu lassen (BGE 117 II 340 E. 4 S. 345).

4. Aus diesen Gründen ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Verfahrensausgang werden die Beschwerdeführer unter solidarischer Haftbarkeit kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 OG). Eine Entschädigungspflicht entfällt (Art. 159 Abs. 2 OG).

## Exemple: annulation d'une adoption

ATF 137 I 154

**A.a** Am 14. März 1983 gebar Y. in Muri b. Bern die Tochter X. Ein Kindesverhältnis zum leiblichen Vater wurde nicht hergestellt; die Mutter gab dessen Identität nicht bekannt. Y. heiratete 1985 Z. Mit Adoptionsentscheid der Justizdirektion des Kantons Bern vom 7. November 1988 wurde X. zur Adoptivtochter von Z. erklärt und ihr Vorname in "... " geändert.

**A.b** Im Jahre 1996 wurde die Ehe zwischen Y. und Z. geschieden. X. wurde unter die elterliche Sorge der Mutter gestellt. Mit der Scheidung brach der Kontakt des Kindes mit dem Adoptivvater ab. Im November 2007 gelang es X., Kontakt zu ihrem leiblichen Vater, V., libyscher Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Libyen, herzustellen. Seither stehen die beiden in regelmässigem Kontakt und besucht der leibliche Vater die Tochter alle zwei bis drei Monate.

**A.c** Am 14. August 2008 leitete X. beim Gerichtskreis VIII Bern-Laupen eine Klage gegen ihre Mutter und Z. auf Anfechtung ihrer  
BGE 137 I 154 S. 155

Adoption ein und verlangte die Aufhebung des Adoptionsentscheides. Am 19. Januar 2009 genehmigte die Gerichtspräsidentin einen Vergleich, wonach "im Einverständnis aller Parteien das Kindesverhältnis zwischen X. und Z. rückwirkend aufgehoben wird", und schrieb das Verfahren als erledigt ab. Diesen Genehmigungs- und Abschreibungsbeschluss hob das Obergericht des Kantons Bern, Appellationshof, 1. Zivilkammer, von Amtes wegen auf. Das Verfahren wurde zur weiteren Behandlung an das Gerichtspräsidium zurückgewiesen. Die Parteien verzichteten in der Folge auf eine erneute Aussöhnung, worauf das Verfahren abgeschrieben wurde.

**A.d** Mit Anfechtungsklage gemäss **Art. 269a ZGB** vom 10. November 2009 gelangte X. an das Obergericht und beantragte, der Adoptionsentscheid vom 7. November 1988 und das Kindesverhältnis zwischen ihr und Z. seien rückwirkend aufzuheben.

**B.** Mit Urteil vom 8. Juli 2010 wies das Obergericht die Klage ab mit der Begründung, dass die Mutter nicht passivlegitimiert sei und im Weiteren keine Anfechtungsgründe vorlägen.

**C.** Mit Eingabe vom 13. September 2010 führt X. Beschwerde in Zivilsachen. Die Beschwerdeführerin beantragt dem Bundesgericht, das Urteil des Obergerichts vom 8. Juli 2010 sowie den Adoptionsentscheid vom 7. November 1988 und das Kindesverhältnis zwischen ihr und Z. seien rückwirkend aufzuheben. (...)

Das Bundesgericht weist die Beschwerde in Zivilsachen ab.

Aus den Erwägungen:

**3.** Anlass zur vorliegenden Beschwerde gibt die Anfechtung einer Stiefkindadoption. Die Beschwerdeführerin beruft sich auf ihr Interesse an der Herbeiführung eines Kindesverhältnisses zu ihrem leiblichen Vater und wirft dem Obergericht im Wesentlichen vor, es habe Bundesrecht bzw. die EMRK verletzt, wenn es die Anfechtungsklage abgewiesen und die rückwirkende Aufhebung der Adoption verweigert habe.

**3.1** Die Beschwerdeführerin wurde mit Entscheid der Justizdirektion des Kantons Bern vom 7. November 1988 vom Beschwerdegegner nach **Art. 264 ff. ZGB** adoptiert. Diese Adoption ist - wie jede Adoption - unauflöslich. Sie kann nicht von den Adoptiveltern oder dem Adoptierten widerrufen, sondern nur durch Anfechtung oder neue (bzw. Anerkennung einer ausländischen) Adoption aufgehoben werden (HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts [nachfolgend: Grundriss], 5. Aufl. 1999, Rz. 12.05; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 4. Aufl. 2009, Rz. 259, 339 und Fn. 680; SCHOENENBERGER, in: Commentaire romand, Code civil, Bd. I, 2010, N. 2 zu **Art. 269 ZGB**; BREITSCHMID, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, Bd. I, 4. Aufl. 2010, N. 1 und 2 zu **Art. 269 ZGB**). Umstritten ist vorliegend die Anfechtung der Adoption.

**3.2** Die Anfechtung einer in der Schweiz ausgesprochenen Adoption untersteht schweizerischem Recht (**Art. 77 Abs. 3 IPRG**). Die Vorinstanz hat dem Auslandbezug (ausländische Staatsangehörigkeit des Adoptivvaters im Zeitpunkt der Adoption) zu Recht keine Bedeutung zugemessen und die Anfechtung der Adoption nach **Art. 269 ff. ZGB** beurteilt. Die Beschwerdeführerin stellt nicht in Frage, dass die Vorinstanz (mit Hinw. auf BREITSCHMID, a.a.O., N. 5 zu **Art. 269 ZGB**) in Analogie zu **Art. 260a Abs. 3 ZGB** geschlossen hat, die Klage des Kindes auf Anfechtung der vorliegenden Stiefkindadoption richte sich einzig gegen den Adoptivvater, und der Mutter komme keine Passivlegitimation zu. Unstrittig ist die Auffassung des Obergerichts, dass die Klage trotz Ablauf der Frist nach **Art. 269b ZGB** zugelassen werden kann, wenn die Verspätung mit wichtigen Gründen entschuldigt wird (vgl. **BGE 112 II 296** E. 4 S. 298 f.), und dass hier die Voraussetzungen für die Wiederherstellung erfüllt sind. Weiter hält die Beschwerdeführerin zu Recht fest, dass die Erklärung des leiblichen Vaters vom 9. Juni 2009, mit welcher er gegenüber dem Zivilstandsamt Kreis Bern die Beschwerdeführerin als Kind "anerkannt" hat, keine Wirksamkeit entfalten kann, da ein Kindesverhältnis zum Beschwerdegegner besteht (HEGNAUER, Grundriss, a.a.O., Rz. 7.02, 12.05).

**3.3** Die rechtskräftige Adoption kann angefochten werden, wenn sie gesetzwidrig zustande gekommen ist, wobei für die Anfechtung einzig die Gründe nach **Art. 269 und Art. 269a ZGB** in Frage kommen. Eine Gutheissung der Klage hebt die Adoption rückwirkend (ex tunc) auf (HEGNAUER, Grundriss, a.a.O., Rz. 13.13, 13.17; MEIER/STETTLER, a.a.O., Rz. 339, 351).

**3.3.1** Nach **Art. 269 Abs. 1 ZGB** bildet (unter Vorbehalt des Kindeswohls) das Fehlen der gesetzlich erforderlichen Zustimmung zur Adoption einen Anfechtungsgrund. Das Zustimmungsrecht muss im Zeitpunkt der Adoption bestanden haben. Kein Zustimmungsrecht hat ein leiblicher Vater, wenn - wie hier - das Kindesverhältnis zu ihm damals nicht bestanden hat (HEGNAUER, Berner Kommentar, 1984, N. 23 zu **Art. 269 ZGB**). Er ist allerdings über die Adoption zu informieren, damit er durch Anerkennung sein Zustimmungsrecht erwerben kann (**BGE 113 Ia 271** E. 6 f. S. 275 ff.; MEIER/STETTLER, a.a.O., Rz. 288 und Fn. 536). Ob der leibliche Vater der Beschwerdeführerin diese Möglichkeit hatte, lässt sich dem angefochtenen Urteil nicht entnehmen. Die Anfechtung nach **Art. 269 ZGB** ist nicht weiter zu erörtern, weil der Zustimmungsberechtigte aktivlegitimiert ist, währenddem hier die Klage des Adoptivkindes zur Beurteilung steht. Dass ein Zustimmungsrecht (sei es des leiblichen Vaters oder der Beschwerdeführerin; vgl. **Art. 265a Abs. 1, Art. 265 Abs. 2 ZGB**) übergangen worden sei, wird im Übrigen nicht behauptet.

**3.3.2** Abgesehen vom Fehlen der Zustimmung (**Art. 269 ZGB**) kann die Adoption nur angefochten werden, wenn sie an einem schwerwiegenden Mangel leidet (**Art. 269a Abs. 1 ZGB**). Die Beschwerdeführerin (als Adoptivkind) verfügt ohne weiteres über das Interesse, welches zur Erhebung der Anfechtungsklage nach **Art. 269a ZGB** notwendig ist. "Schwerwiegende Mängel" sind beispielsweise wesentliche Unterschreitung des Mindestaltersunterschiedes, Fehlen eines echten Pflegeverhältnisses, erbrechtliche Zurücksetzung anderer Personen oder Bürgerrechtserwerb als Hauptzweck, überdies Grundlagenirrtum (HEGNAUER, Grundriss, a.a.O., Rz. 13.15; MEIER/STETTLER, a.a.O., Rz. 345). Die Beschwerdeführerin ficht die Adoption mit der Begründung an, dass sie volljährig sei und der leibliche Vater sie als Tochter anerkennen wolle, so dass kein Grund bestehe, um die Aufhebung der Adoption zu verweigern, zumal auch der Adoptivvater damit einverstanden sei. Mit diesen Vorbringen behauptet die Beschwerdeführerin nicht, dass die Adoption gesetzwidrig zustande gekommen ist. Andere Gründe, auch erst nach der Adoption eingetretene, sind jedoch ausgeschlossen (HEGNAUER, Grundriss, a.a.O., Rz. 13.13). Wie das Obergericht richtig festgehalten hat, legt die Beschwerdeführe-

rin mit ihrem Anliegen nicht dar, dass die Adoption an einem schwerwiegenden Mangel im Sinne des Gesetzes leidet. Die Abweisung der Anfechtungsklage nach **Art. 269a ZGB** ist nicht zu beanstanden.

**3.3.3** An diesem Ergebnis vermag der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes nichts zu ändern. Es trifft zu, dass eine Minderheit in der parlamentarischen Kommission nach der Mündigkeit des Kindes die gerichtliche Aufhebung der Adoption gestatten wollte, wenn die Weiterführung der Adoption den Parteien nicht mehr zugemutet werden könne (Botschaft des Bundesrates vom 12. Mai 1971 an die Bundesversammlung über die Änderung des Zivilgesetzbuches [Adoption und **Art. 321 ZGB**], BBl 1971 I 1200, 1241 Ziff. 3.5.4). Mit der Ausgestaltung der Adoption als Volladoption wurde der Eingang dieser Möglichkeit in das Gesetz jedoch als unvereinbar betrachtet. Die Unaufhebbarkeit der Adoption entspricht dem Sinn und Zweck der Volladoption: Sie bringt im Verhältnis zu den Adoptiveltern die vorbehaltlose, endgültige Bejahung des Kindes sowie die Gleichstellung zum natürlichen Kindesverhältnis zum Ausdruck (HEGNAUER, Berner Kommentar, a.a.O., N. 3 zu **Art. 269 ZGB**; MEIER/STETTLER, a.a.O., Rz. 259, 339). Das Obergericht hat im Bundesrecht zu Recht keine Möglichkeit erblickt, um die Aufhebung der Adoption durch die nachträgliche Veränderung der Lebensumstände zu gestatten.

**3.4** Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, die Verweigerung der Aufhebung der Stiefkindadoption stelle eine Verletzung ihrer persönlichen Freiheit gemäss **Art. 13 BV** bzw. **Art. 8 EMRK** dar. Aus ihrem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung fliesse der Anspruch, zu ihrem leiblichen Vater in eine rechtliche Beziehung zu treten.

**3.4.1** Das Recht auf Achtung des Privatlebens gemäss **Art. 8 EMRK** umfasst wichtige Aspekte der persönlichen Identität; zu diesen gehört - unabhängig des Alters - die Kenntnis der eigenen Abstammung. Es ist anerkannt, dass der Anspruch auf Erforschung der eigenen Herkunft zum von **Art. 28 ZGB** gewährleisteten Schutz der Identität gehört (**BGE 134 III 241** E. 5.2.1 S. 243, E. 5.3.1 S. 245 mit Hinweisen). Dass ein volljähriges eheliches Kind Anspruch auf Kenntnis der eigenen Abstammung hat und mit einer Klage eigener Art durchsetzen kann (**BGE 134 III 241** E. 5.3.2 S. 245), ändert jedoch nichts daran, dass die Vaterschaftsanfechtungsklage an Fristen gebunden ist (**Art. 256c Abs. 3 ZGB**). Diese Begrenzung der Statusklage ist grundsätzlich EMRK-konform (Urteil 5A\_506/2007 vom 28. Februar 2008 E. 4.4 mit Hinweisen, nicht publ. in: **BGE 134 III 241**). Auch ein volljähriges Adoptivkind hat das Recht, Auskunft über die Personalien der leiblichen Eltern zu verlangen (**Art. 268c ZGB**), ohne die Herstellung einer Statusbeziehung beanspruchen zu können. Das Gleiche gilt für das durch eine Samenspende gezeugte Kind (**Art. 23 Abs. 1, Art. 27 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1998 über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung [FMedG; SR 810.11]**). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin enthält das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung nicht zwingend das Recht, die biologische Verbindung in ein Rechtsverhältnis umzuwandeln (LEUBA/MEIER/SANDOZ, Quelle famille pour le XXI<sup>ème</sup> siècle-, in: Rapports suisses présentés au XVI<sup>ème</sup> Congrès international de droit comparé, Bd. I, 2002, S. 168; vgl. LEUKERT, Die praktischen Konsequenzen des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung [...], AJP 2009 S. 592).

**3.4.2** Weiter macht die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend, die Verweigerung der Aufhebung der - unbestrittenermassen gesetzmässig, im Kindeswohl erfolgten - Adoption nach Erreichen der Volljährigkeit sei mit ihrem Anspruch auf Achtung des Familienlebens nach **Art. 8 EMRK** nicht vereinbar. Die Beschwerdeführerin übergibt, dass die Adoption eines Kindes grundsätzlich zu einem Ende des Familienlebens mit den leiblichen Eltern führt (GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl. 2009, § 22 Rz. 17 mit Hinweisen). Sodann geniessen die Beziehungen zwischen erwachsenen Kindern und ihren Eltern nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) nicht den Schutz von **Art. 8 EMRK**, sofern nicht ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis besteht, welches über die normalen affektiven Bindungen hinausgeht (EGMR-Urteil 39051/03 *Emonet gegen Schweiz* vom 13. Dezember 2007 § 35). Vorliegend bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Beziehungen zwischen der erwachsenen Beschwerdeführerin und ihrem leiblichen Vater vom Begriff der "Familie" im Sinne von **Art. 8 EMRK** erfasst werden.

**3.4.3** Selbst wenn die Beziehung der Beschwerdeführerin zu ihrem leiblichen Vater als "Familie" von **Art. 8 EMRK** erfasst wäre, könnte die Verweigerung der rückwirkenden Aufhebung der Adoption nicht als unzulässige Einschränkung betrachtet werden. In den meisten Rechtsordnungen der westeuropäischen Staaten ist die Unauflöslichkeit der Volladoption vorgesehen; sie wird im Grundsatz mit den gleichen Überlegungen (vgl. E. 3.3.3) wie in der Schweiz gerechtfertigt (LAMMERANT, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Brüssel 2001, Rz. 709, 727 ff.). Auch das Europarat-Übereinkommen vom 24. April 1967 über die Adoption von Kindern (SR 0.211.221.310) verpflichtet die Mitgliedstaaten in keiner Weise, die Aufhebung der Adoption zu ermöglichen (Rapport explicatif, *Convention européenne en matière d'adoption*, STE Nr. 58 <http://www.conventions.coe.int>, Ziff. 50), ebenso wenig das revidierte Übereinkommen vom 27. November 2008 (Rapport explicatif, *Convention européenne en matière d'adoption [révisée]*, STCE Nr. 202 <http://www.conventions.coe.int>, Ziff. 73). In der Lehre wird unter EMRK-Aspekten jedoch mit guten Gründen gefordert, dass die Unauflöslichkeit der Volladoption die Möglichkeit einer neuen Adoption nicht ausschliessen darf (LAMMERANT, a.a.O., Rz. 742 und 743). Dies trifft für das ZGB zu, welches die Aufhebung der Adoption durch eine neue Adoption erlaubt (E. 3.1). Dieses Recht auf Adoption ist nach der Rechtsprechung des EGMR diskriminierungsfrei bzw. ohne unsachliche Unterscheidungen zu gewähren (EGMR-Urteil 43546/02 *E.B. gegen Frankreich* vom 22. Januar 2008 §§ 41 ff., 49). Ein Adoptionsverfahren ist jedoch nicht Gegenstand der Beurteilung, so dass sich Erörterungen über das Recht der Beschwerdeführerin, durch Adoption mit ihrem leiblichen Vater ein Kindesverhältnis herzustellen, erübrigen.

**3.5** Nach dem Dargelegten ist nicht zu beanstanden, wenn das Obergericht zum Ergebnis gelangt ist, dass der Adoptionsentscheid vom 7. November 1988 an keinem Grund zur Anfechtung nach Art. 269 f. ZGB leidet. Die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass die Beschwerdeführerin kein Recht zur Aufhebung der Adoption hat. Die Rügen der Beschwerdeführerin sind unbegründet.