



Institut suisse de droit comparé
Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung
Istituto svizzero di diritto comparato
Swiss Institute of Comparative Law

E-Avis ISDC 2022

Le mariage avec un mineur

**Droit international, Allemagne, Autriche, Belgique,
Danemark, Espagne, France, Italie, Norvège,
Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède**

**Etat au : 31.03.2022
(UK: 30.09.2022)**

Citation suggérée : C. Viennet, L. Heckendorn Urscheler, M.R. Beuker, F. Brand, J. Curran, A.-G. Kleczewski, R. Polanco Lazo, I. Pretelli, H. Westermark
Le mariage avec un mineur, état au 31.03.2022, (UK: 30.09.2022),
E-Avis ISDC 2022, disponible sur www.isdc.ch.

Ce texte peut être téléchargé uniquement à des fins de recherche personnelle. L'Institut suisse de droit comparé n'assume aucune responsabilité découlant d'une autre utilisation du texte, notamment à des fins professionnelles. Toute reproduction à d'autres fins, que ce soit papier ou électronique, requiert le consentement de l'Institut.

E-Avis ISDC

Série de publications électroniques d'avis de droit de l'ISDC / Elektronische Publikationsreihe von Gutachten des SIR / Serie di pubblicazioni elettroniche di pareri dell'Istituto svizzero di diritto comparato / Series of Electronic Publications of Legal Opinions of the SICL

TABLE DES MATIERES

I.	FAITS	5
II.	QUESTIONS	5
1.	Droit civil : Validité du mariage et procédure	5
2.	Droit international privé : Mariages conclus à l'étranger	6
3.	Droit pénal : Incrimination du mariage du mineur.....	6
4.	Droit des étrangers : Conséquences sur le titre de séjour délivré en raison du mariage	7
5.	Droit des réfugiés : Protection internationale contre le mariage du mineur.....	7
III.	ANALYSE	9
A.	Perspectives internationales et européennes	9
1.	Validité du mariage (âge minimum).....	9
2.	Droit international privé : Reconnaissance de mariages conclus à l'étranger	12
3.	Incrimination du mariage du mineur.....	14
4.	Conséquences sur le titre de séjour délivré en raison du mariage	20
5.	Protection internationale contre le mariage du mineur	22
B.	Allemagne	28
1.	Bürgerliches Recht: Wirksamkeitsvoraussetzungen der Ehe	28
2.	Internationales Privatrecht: Auslandsehen	31
3.	Strafrecht: Strafbarkeit der Frühehe	33
4.	Ausländerrecht: Auswirkungen auf den anlässlich der Eheschliessung erlangten Aufenthaltstitel.....	34
5.	Asylrecht: Internationaler Schutz vor der Eingehung von Frühehen	35
C.	Autriche	37
1.	Bürgerliches Recht: Wirksamkeitsvoraussetzungen der Ehe	37
2.	Internationales Privatrecht: Auslandsehen	40
3.	Strafrecht: Strafbarkeit der Frühehe	41
4.	Ausländerrecht: Auswirkungen auf den anlässlich der Eheschliessung erlangten Aufenthaltstitel.....	43
5.	Asylrecht: Internationaler Schutz vor der Eingehung von Frühehen	44
D.	Belgique	46
1.	Droit civil : Validité du mariage et procédure	46
2.	Droit international privé : Mariages conclus à l'étranger	48
3.	Droit pénal : Incrimination du mariage du mineur.....	52
4.	Droit des étrangers : Conséquences sur le titre de séjour délivré en raison du mariage	53
5.	Droit des réfugiés : Protection internationale contre le mariage du mineur.....	55
E.	Danemark	58
1.	Civil law: Validity of the marriage and procedure	58
2.	International private law: Marriages concluded abroad.....	59

3.	Criminal law : child marriage as a criminal offence.....	60
4.	Immigration law: consequences for a spousal visa.....	61
5.	Refugee law: International protection against child marriage.....	62
F.	Espagne	64
1.	Droit civil : Validité du mariage et procédure	64
2.	Droit international privé : Mariages conclus à l'étranger	69
3.	Droit pénal : Incrimination du mariage du mineur.....	72
4.	Droit des étrangers : Conséquences sur le titre de séjour délivré en raison du mariage	74
5.	Droit des réfugiés : Protection internationale contre le mariage du mineur.....	77
G.	France	81
1.	Droit civil : Validité du mariage et procédure	81
2.	Droit international privé : Mariages conclus à l'étranger	86
3.	Droit pénal : Incrimination du mariage du mineur.....	91
4.	Droit des étrangers : Conséquences sur le titre de séjour délivré en raison du mariage	96
5.	Droit des réfugiés : Protection internationale contre le mariage du mineur.....	98
H.	Italie	101
1.	Diritto civile	101
2.	Diritto internazionale privato	109
3.	Diritto Penale.....	111
4.	Diritto applicabile allo straniero: conseguenze sul titolo di soggiorno ottenuto tramite matrimonio.....	117
5.	Diritto dei rifugiati	120
I.	Norvège	123
1.	Civil law: Validity of the marriage and procedure	123
2.	International private law : Marriages concluded abroad.....	124
3.	Criminal law: child marriage as a criminal offence.....	126
4.	Immigration law: consequences for a spousal visa.....	127
5.	Refugee law: International protection against child marriage.....	127
J.	Pays-Bas.....	129
1.	Continuing strict approach in civil law	129
2.	Recognition of foreign marriages between one or two minors.....	130
3.	Proposal for reform: abolishing the recognition of child marriages	130
4.	Reactions of advisory committees	131
5.	Conclusion	132
K.	Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles).....	133
1.	Civil law: validity of the marriage and procedure	133
2.	International private law: Marriages concluded abroad.....	135
3.	Criminal Law: child marriage as a criminal offence.....	137

4.	Immigration law: consequences for a spousal visa	138
5.	Refugee law: International protection against child marriage.....	140
L.	Suède.....	142
1.	Civil law: validity of the marriage and procedure	142
2.	International private law: Marriages concluded abroad.....	142
3.	Criminal Law: child marriage as a criminal offence.....	145
4.	Immigration law: consequences for a spousal visa	147
5.	Refugee law: International protection against child marriage.....	147
IV.	OBSERVATIONS COMPARATIVES.....	149
1.	Droit civil : Validité du mariage et procédure	149
2.	Droit international privé : Mariages conclus à l'étranger	151
3.	Droit pénal : Incrimination du mariage du mineur.....	153
4.	Droit des étrangers : Conséquences sur le titre de séjour délivré en raison du mariage	155
5.	Droit des réfugiés : Protection internationale contre le mariage du mineur.....	156

I. FAITS

L'Office fédéral de la justice (ci-après OFJ) a mandaté l'Institut suisse de droit comparé (ci-après ISDC) pour établir un avis de droit comparé portant sur le mariage avec un mineur.

Un premier avis de droit comparé sur le mariage forcé avait été demandé en 2018 par le même mandant en lien avec le postulat 16.3897 Arslan, produit par l'ISDC et publié¹. La présente étude de droit comparé est une mise à jour de ce précédent avis, focalisée sur les normes pertinentes pour le mariage des mineurs et augmentée d'informations relatives au droit international privé.

Le mandant, l'Unité Droit civil et procédure civile de l'OFJ a présenté les éléments suivants :

«Der Bundesrat kam [...] in seinem Bericht vom 29. Januar 2020 in Beantwortung eben dieses Postulats [16.3897 Arslan] zum Schluss, dass gesetzliche Massnahmen im Bereich der Minderjährigenheiraten im ZGB angezeigt sind. Am 30. Juni 2021 hat der Bundesrat die Vernehmlassung zu diesem Gesetzesprojekt verabschiedet (Falls benötigt finden sich sämtliche Unterlagen unter dieser Adresse: [Minderjährigenheirat \(admin.ch\)](#)).

Im Hinblick auf die kommende Ausarbeitung und Verabschiedung von Entwurf und Botschaft zu den neuen Bestimmungen betreffend Minderjährigenheiraten wäre es sehr wünschenswert, über ein aktualisiertes rechtsvergleichendes Gutachten zu verfügen.»

Suite à cette demande, des questions ont été proposées par l'ISDC et discutées avec l'OFJ. Les questions retenues sont présentées ci-dessous.

II. QUESTIONS

Le présent avis de droit contient une présentation du droit international (Nations unies, Conseil de l'Europe et Union européenne) et compare les droits allemand, anglais, autrichien, belge, danois, espagnol, français, italien, norvégien et suédois relativement aux questions ci-après exposées. Le droit néerlandais est présenté relativement aux seules questions de droit civil et de droit international privé.

Pour chacune de ces questions, il sera indiqué le droit en vigueur (la loi et la jurisprudence si cette dernière change la portée de la première) et les réformes à venir, le cas échéant.

Les dites-questions sont ainsi les suivantes :

Résumé des développements récents

1. Droit civil : Validité du mariage et procédure

Quel est l'âge de la majorité ?

Quel est l'âge auquel des mariages peuvent être valablement conclus (Ehemündigkeit) ?

Sous quelles conditions les personnes en dessous de cet âge peuvent-ils se marier (ex : émancipation) ?

¹ C. Viennet/ A. Aronovitz / K. Bruckmüller / J. Curran / S. De Dycker / J. Fournier / F. Heindler, I. Pretelli / H. Westermark, Mariage forcé, 2018, disponible sous: <https://www.isdc.ch/media/1688/e-2018-13-18-050-mariage-forc%C3%A9.pdf> (23.11.2021).

Si le mariage précoce (c'est-à-dire le mariage de mineurs ou en dessous de l'âge légal du mariage) est possible, quelles mesures propres à prévenir un mariage forcé le droit civil comporte-t-il ?

Est-ce qu'un mariage conclu en dessous d'un certain âge est considéré comme automatiquement nul, ou faut-il une décision judiciaire pour établir / constater la nullité / annuler le mariage ? Dans le deuxième cas, quelles sont les conditions d'annulation/dissolution d'un mariage dont au moins l'un des époux est mineur ou était mineur (ou en dessous de l'âge légal du mariage) au moment de la conclusion du mariage ? Qui peut faire valoir la nullité ? Est-ce qu'il y a des exceptions à l'annulation de principe (p.ex. dans le cas d'une grossesse ou du décès d'un conjoint) ?

Dans quelle mesure le caractère contraint de la conclusion d'un mariage joue-t-il un rôle ? S'il joue un rôle, sous quelles conditions ce mariage précoce forcé peut-il être annulé/dissout (ex. : délais, personnes ayant un intérêt à agir, etc.) ?

Quelles sont les conséquences de l'annulation du mariage précoce (en particulier comparé aux autres motifs d'annulation) ? Est-ce que le droit civil contient des mécanismes de protection (entretien, « régime matrimonial ») ?

Est-ce que le droit prévoit des mécanismes pour remédier à l'âge précoce (p.ex. demande des époux après avoir atteint la majorité) ?

2. Droit international privé : Mariages conclus à l'étranger

Comment le droit international privé traite-t-il des mariages conclus à l'étranger ? Est-ce que les règles générales sur le droit applicable sont prises en considération (a), ou est-ce qu'il existe des dispositions spécifiques de reconnaissance des mariages conclus à l'étranger (b) ?

Quel est le droit applicable à la conclusion d'un mariage, notamment aux conditions ? Est-ce que le droit international privé prévoit des conditions matérielles minimales (en particulier par rapport à l'âge), ou effectue des distinctions selon l'âge des personnes ?

Quelles sont les conditions de reconnaissance d'un mariage conclu à l'étranger (pour les pays sous b) ? En particulier, est-ce qu'il y a des conditions liées à l'âge des époux (et des exceptions) ?

Est-ce que des considérations relatives à l'ordre public ont été appliquées dans le cadre de la reconnaissance des mariages précoces (c'est-à-dire des mariages de mineurs ou des mariages de personnes en dessous de l'âge légal du mariage) conclus à l'étranger, et si oui, lesquelles ?

En cas de non-reconnaissance du mariage conclu à l'étranger, est-ce qu'une procédure judiciaire est néanmoins prévue (constatation, entretien, etc.) ?

Quel est le droit applicable à une action en annulation d'un mariage ?

3. Droit pénal : Incrimination du mariage du mineur

Hors caractérisation d'une contrainte (mariage forcé), le mariage précoce – c'est-à-dire le mariage avec un ou entre mineur(s) ou avec une ou entre personne(s) en dessous de l'âge légal du mariage – fait-il l'objet d'une disposition pénale spécifique ? Dans l'affirmative, comment l'infraction est-elle définie ?

Quelles sont les personnes tenues pénalement responsables (par ex. les parents et autres représentants légaux, et/ou l'époux majeur le cas échéant) ? Quelles sont les peines encourues ?

Le mariage précoce est-il, par principe, considéré comme forcé (défaut de consentement) ?

Existe-il une disposition pénale incriminant spécifiquement le mariage forcé des mineurs (ou des personnes en dessous de l'âge légal du mariage) ? Dans l'affirmative, comment est-il défini ? Quelles sont les peines encourues ?

Si le mariage forcé des mineurs (ou des personnes en dessous de l'âge légal du mariage) n'est pas spécifiquement incriminé, le mariage forcé en général fait-il l'objet d'une disposition pénale ? Dans l'affirmative, comment est-il défini ? Quelles sont les peines encourues ? La minorité (ou le jeune âge) de la victime est-elle une circonstance aggravante de l'infraction de mariage forcé ?

Si ni le mariage forcé en général, ni le mariage forcé de mineurs (ou de personnes en dessous de l'âge légal du mariage) en particulier ne sont incriminés en tant que tels, le mariage forcé d'un mineur (ou d'une personne en dessous de l'âge légal du mariage) peut-il être indirectement puni (ex. : viol entre époux, violence contre les femmes, trafic d'êtres humains, viol sur mineur) ?

4. Droit des étrangers : Conséquences sur le titre de séjour délivré en raison du mariage

La personne mineure (ou en dessous de l'âge légal du mariage) victime d'un *mariage forcé*, de nationalité étrangère, dont le titre de séjour a été délivré en raison du mariage, conserve-t-elle son titre de séjour après la dénonciation/l'annulation du mariage ? Comment le droit des étrangers distingue-t-il les conséquences de l'annulation du mariage forcé de celles d'un mariage blanc ?

La personne mineure (ou en dessous de l'âge légal du mariage) victime d'un *mariage précoce*, de nationalité étrangère, dont le titre de séjour a été délivré en raison du mariage, conserve-t-elle son titre de séjour après la dénonciation/l'annulation du mariage ?

S'agit-il de dispositions spécifiquement applicables aux mineurs (ou aux personnes en dessous de l'âge légal du mariage) ? (*Répondre pour le mariage forcé et le mariage précoce.*)

5. Droit des réfugiés : Protection internationale contre le mariage du mineur

Une personne mineure (ou en dessous de l'âge légal du mariage) victime d'un *mariage forcé* peut-elle bénéficier d'une protection internationale à ce titre (droit d'asile) ?

La personne mineure (ou en dessous de l'âge légal du mariage) victime d'un *mariage précoce* peut-elle bénéficier d'une protection internationale à ce titre (droit d'asile) ?

Dans l'affirmative, de quelle protection internationale s'agit-il (statut de réfugié, protection subsidiaire ou autres) ? Quelle est la durée du permis de séjour délivré ? (*Répondre pour le mariage forcé et le mariage précoce.*)

S'agit-il de dispositions spécifiquement applicables aux mineurs ? (*Répondre pour le mariage forcé et le mariage précoce.*)

Si une personne mineure (ou en dessous de l'âge légal du mariage) mariée de force ou précocement peut bénéficier d'une protection internationale à ce titre, cette protection est-elle octroyée systématiquement à toutes les victimes de mariage forcé ou précocement ? Sinon, cette protection est-elle accordée uniquement dans certaines circonstances (par ex., s'il peut être démontré que, en cas de retour dans le pays d'origine, la victime courra le risque d'être de nouveau mariée de force / précocement ou de subir des représailles ; ou bien dans les cas où le mariage forcé ou précocement est considéré comme une persécution liée au genre, ou une persécution de la victime en raison de son homosexualité) ? (*Répondre pour le mariage forcé et le mariage précocement.*)

III. ANALYSE

A. Perspectives internationales et européennes

Résumé des développements récents

Les systèmes juridiques internationaux sélectionnés n'ont pas évolués. **Aucune nouvelle norme contraignante ou jurisprudence significative n'est observée depuis notre étude de 2018.** Cela étant, on note que des instances internationales poursuivent leur travail, en analysant les pratiques et en émettant des recommandations, qui suivent les lignes directrices exposées ci-dessous dans le rapport.²

Ainsi, sans prétendre à l'exhaustivité, sont reprises dans le présent rapport de droit international **les principales normes contraignantes** spécifiques pour les mineurs existant dans le cadre des systèmes onusiens, du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, et déjà exposé dans le rapport de 2018. Sont également reprises les dispositions relatives aux mariages forcés en général, dans la mesure où elles participent de la protection des mineurs.³

1. Validité du mariage (âge minimum⁴)

1.1. Nations unies

Plusieurs conventions, adoptées dans le cadre des Nations unies, sont pertinentes en matière de mariage des mineurs.

Tout d'abord, la **Convention relative aux droits de l'enfant**⁵, bien que **ne contenant pas de disposition abordant expressément la question du mariage**, est interprétée⁶ par le Comité des droits de l'enfant de telle manière à ce qu'il « recommande vivement aux Etats parties de revoir et, si nécessaire, de modifier la législation et la pratique, pour porter à **18 ans** l'âge minimum du mariage, **avec ou sans le consentement des parents, tant pour les garçons que pour les filles** »⁷.

Conjointement avec le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, le Comité des droits des enfants a adopté une **définition du mariage d'enfant**, encore qualifié de mariage précoce. Il s'agit d' « un mariage dans lequel au moins l'un des conjoints a moins de 18 ans ». Ces deux

² Voir par exemple : Child and forced marriage, including in humanitarian settings, disponible sous : <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/WRGS/Pages/ChildMarriage.aspx> (03.03.2022); Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n°38 sur la traite des femmes et des filles dans le contexte des migrations internationales, 2020, N 20, 51, 53, et 112.

³ Voir de manière générale : V. Maquet, L'enfant face au mariage forcé : quels enjeux pour la minorité en droit international ?, in Ndior (dir.), Les mariages forcés et le droit, L.G.D.J, 2018, p. 143 ss.

⁴ Sont ici présentées les dispositions s'inscrivant dans la thématique spécifique du mariage des mineurs. Pour une présentation de la protection contre le mariage forcé en général, voir le rapport initial : C. Viennet, Nations unies, Conseil de l'Europe et Union européenne, in Viennet et al., *Mariage forcé, op.cit.*, 2018, N 1.1.1. et en particulier N 1.1.1.1..

⁵ Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20.11.1989, entrée en vigueur le 02.09.1990 et ratifiée par la Suisse le 24.02.1997.

⁶ En l'occurrence, il s'agit des articles 6 à 24 de la Convention relative aux droits de l'enfant (⁶ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 4 : La santé et le développement de l'adolescent dans le contexte de la Convention relative aux droits de l'enfant, 2003, N 4.

⁷ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 4 : La santé et le développement de l'adolescent dans le contexte de la Convention relative aux droits de l'enfant, 2003, N 20 ; voir également : Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Observations générale n° 21, 1994.

comités ont interprété ensemble les obligations en matière de mariage d'enfants, découlant de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁸ et la Convention relative aux droits de l'enfant. Ils ont précisé qu'« **un mariage d'enfants est considéré comme une forme de mariage forcé** car l'un des conjoints ou tous les deux n'ont pas exprimé leur consentement total et libre en connaissance de cause. Pour respecter les capacités évolutives de l'enfant et son autonomie dans la prise de décisions affectant sa vie, **à titre exceptionnel**, le mariage d'un enfant mature de moins de 18 ans et doté de toutes ses capacités peut être autorisé, à condition que l'enfant ait **au moins 16 ans** et que la décision soit prise par un juge pour des motifs légitimes exceptionnels définis par la loi et sur la base de preuves de la maturité de l'intéressé et non par soumission aux cultures et traditions »^{9, 10}

En ce qui concerne le texte de la **Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes**, celui-ci prévoit, en son article 16, que :

« 2. Les fiançailles et **les mariages d'enfants n'ont pas d'effets juridiques** et toutes les mesures nécessaires, y compris des dispositions législatives, sont prises afin de **fixer un âge minimal** pour le mariage et de rendre obligatoire **l'inscription du mariage sur un registre officiel**. »¹¹

La **Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages**¹² prévoit, en son article 2, que les Etats parties doivent prendre des mesures législatives fixant l'âge minimum pour se marier, auquel il ne peut être dérogé que par les autorités, pour des motifs graves, et dans l'intérêt des futurs époux.

Le **Pacte international relatif aux droits civils et politiques** dispose, en son article 23 paragraphe 2¹³, que « le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile ». Le Comité des droits de l'homme, interprétant cette disposition, définit l'« **âge nubile** » requis par le pacte pour pouvoir se marier comme devant « être fixé **en fonction de la capacité des**

⁸ Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 34/180 du 18.12.1979, entrée en vigueur le 03.09.1981 et ratifiée par la Suisse le 27.03.1997.

⁹ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes & Comité des droits de l'enfant, Recommandation générale / observation générale conjointe n° 31 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et n° 18 du Comité des droits de l'enfant sur les pratiques préjudiciables, *op. cit.*, N 20 (voir également N 21 à 24).

¹⁰ Voir également : Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandations générales n° 21 : Egalité dans le mariage et les rapports familiaux, 1994, N 36 à N 39.

¹¹ Mise en évidence ajoutée.

¹² Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale dans sa résolution 1763 A (XVII) du 07.11.1962, entrée en vigueur le 09.12.1964. La Suisse n'est pas partie à cette convention.

¹³ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16.12.1966, entré en vigueur le 23.03.1976 et auquel la Suisse a adhéré le 18.06.1992, article 23 : « 1. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat. 2. Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile. 3. Nul mariage ne peut être conclu sans le libre et plein consentement des futurs époux. 4. Les Etats parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire. ».

futurs époux de donner leur libre et plein consentement personnel dans les formes et les conditions prescrites par la loi »¹⁴.

Enfin, la **Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage**¹⁵, dénonçant le mariage forcé comme étant une pratique analogue à l'esclavage¹⁶, dispose que « les Etats parties s'engagent à fixer [...] des âges minimum appropriés pour le mariage »¹⁷.

1.2. Conseil de l'Europe

La **Convention européenne des droits de l'homme**¹⁸ (ci-après Convention EDH) dispose, en son article 12, que :

« **A partir de l'âge nubile**, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit »¹⁹.

Cet article renvoie aux législateurs nationaux le soin d'encadrer le droit au mariage. Par conséquent, cet article suppose une large marge d'appréciation laissée aux Etats membres²⁰ et conduit à un examen de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour EDH) limité à l'examen du caractère nécessaire et proportionné des limitations posées par les normes nationales^{21, 22}.

Ainsi, la Cour EDH a eu l'occasion de se prononcer sur une disposition nationale refusant de reconnaître un mariage religieux prononcé à l'étranger et dont l'un des époux avait 14 ans. Elle a conclu que **ni l'article 8 ni l'article 12 de la Convention EDH ne pouvaient être interprétés comme imposant aux Etats parties de reconnaître un mariage, religieux ou non, conclu par un enfant de cet âge**. La Cour EDH a de surcroît rappelé que l'article 12 prévoit expressément l'encadrement du mariage par les droits nationaux et que, étant donné la sensibilité du choix moral en cause et l'importance à accorder à la protection des enfants et à un environnement familial sûr, la Cour EDH juge inapproprié la substitution de son jugement à celui des autorités qui sont les mieux placées pour évaluer et répondre au besoin de la société²³.

Cela étant, là où la Convention EDH laisse aux Etats membres du Conseil de l'Europe le soin d'encadrer le mariage, la **Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la**

¹⁴ Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 19 : Article 23 (Protection de la famille), 1990, N 4 ; voir également : Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 28 : Article 3 (Egalité des droits entre hommes et femmes, 2000, N 23.

¹⁵ Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, adoptée par une conférence de plénipotentiaires réunie en application des dispositions de la résolution 608(XXI) du Conseil économique et social le 30.04.1956, entrée en vigueur le 30.04.1957 et à laquelle la Suisse a adhéré le 28.07.1964.

¹⁶ Cf. C. Viennet, Nations unies, Conseil de l'Europe et Union européenne, in C. Viennet et al., *Mariage forcé*, *op. cit.*, N 1.1.2.

¹⁷ Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, article 2.

¹⁸ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ouverte à la signature le 04.11.1950, entrée en vigueur le 03.09.1953 et ratifiée par la Suisse en 1974.

¹⁹ Mise en évidence ajoutée.

²⁰ Y. Lécuyer, Les mariages forcés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, in Ndior (dir.), *Les mariages forcés et le droit*, *op. cit.*, p. 103 ss, p. 103.

²¹ Lécuyer, *Les mariages forcés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 104, se référant à : Cour EDH, *Frasik c. Pologne*, 05.01.2010, req. n° 22933/02.

²² Voir par exemple : Cour EDH, *Şerife Yiğit c. Turquie*, 02.11.2010, req. n° 3976/05, N 81.

²³ Cour EDH, *Z.H. et R.H. c. Suisse*, 08.12.2015, req. n° 60119/12, N 44.

violence domestique²⁴ (communément appelée Convention d'Istanbul), reconnaissant que les femmes et les filles sont souvent exposées à des formes graves de violence telles que le mariage forcé²⁵, impose aux Etats parties de prendre « les mesures législatives ou autres nécessaires pour que **les mariages contractés en ayant recours à la force puissent être annulables, annulés ou dissous** sans faire peser sur la victime une charge financière ou administrative excessive »²⁶.

Par ailleurs, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe définit le mariage d'enfants « comme étant l'union de deux personnes dont l'une au moins n'a pas 18 ans. »²⁷ En 2018, en faisant référence à cette définition, l'Assemblée a ainsi appelé les Etats membres du Conseil de l'Europe « à interdire, sans exception les mariages d'enfants et à supprimer les différences entre filles et garçons en ce qui concerne l'âge minimum pour le mariage; » en droit interne.

Enfin, le Comité chargé de veiller au respect de la **Convention sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels**²⁸ (communément appelée Convention de Lanzarote) a pu questionner un Etat partie sur sa législation en matière de mariage et ses exceptions pour les mineurs²⁹.

1.3. Union européenne

L'article de la **Charte des droits fondamentaux de l'UE** relatif au droit de se marier³⁰ **ne mentionne pas d'âge minimum et ne mentionne pas la question du mariage des mineurs**. Le **droit dérivé** de l'UE ne contient pas **non plus** de disposition régissant ces questions.

2. Droit international privé : Reconnaissance de mariages conclus à l'étranger

Auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts stellt sich insbesondere die Frage, ob und wie aus völkerrechtlicher und europarechtlicher Sicht mit im Ausland geschlossenen Ehen umgegangen werden muss.

Zu den typischen Fragen des anwendbaren Rechts und der Anerkennung bestehen zwar einige Konventionen wie z.B. die **Haager Konvention vom 14. März 1978 über die Eheschliessung und Anerkennung der Ehegültigkeit**³¹ oder deren Vorgänger, die Konvention vom 12. Juni 1902 zur

²⁴ Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 11.05.2011, entrée en vigueur le 01.08.2014 et entrée en vigueur en Suisse le 01.04.2018.

²⁵ Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, préambule, paragraphe 12.

²⁶ Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, article 32 (mise en évidence ajoutée).

²⁷ Résolution 1468(2005) du 05.10.2005.

²⁸ Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, adoptée le 25.10.2007, entrée en vigueur le 01.07.2010 et ratifiée par la Suisse le 18.03.2014.

²⁹ In dialogue with Tunisia, Committee on the rights of the child welcomes positive steps and asks about corporal punishment – Committee experts congratulate Tunisia for being the first nation outside Europe to sign the Lanzarote Convention, 28.05.2021, disponible sous: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=27127> (04.03.2022).

³⁰ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000, article 9.

³¹ Convention du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages, entrée en vigueur: 1-V-1991, verfügbar unter <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=88>.

Regelung des Ehekollisionsrechts³². Beide Konventionen sind aber **nur in einer kleinen Anzahl Staaten** in Kraft (die Konvention von 1978 nur in Australien, Luxemburg und den Niederlanden; die Konvention von 1902 noch³³ in Italien, Portugal und Rumänien). Die ältere Konvention enthält zudem keine Bestimmung zur Ehe von Minderjährigen; die Konvention von 1978 sieht hingegen vor, dass das Nichterreichen des im Anerkennungsstaats vorgesehenen Mindestalters und das Fehlen einer entsprechenden Dispens als Grund für eine Nichtanerkennung gelten könne (Art. 11 Ziff. 3).

Anforderungen zur Anerkennung von im Ausland geschlossenen Ehen können sich aber auch aus anderen Quellen ergeben. Diese werden im Folgenden auf der Ebene des allgemeinen Völkerrechts (2.1.) sowie im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention (2.2.) erläutert. Auf das Recht der Europäischen Union (2.3.) wird danach nur kurz eingegangen.

2.1. Allgemeines Völkerrecht

Das **Genfer Abkommen vom 28. Juli 1951 zur Rechtsstellung der Flüchtlinge**³⁴ enthält in Art. 12 eine internationalprivatrechtliche Vorschrift zum Personalstatut. Diese sieht eine Anwendung des Rechts des Wohnsitz- bzw. Aufenthaltslandes zur Bestimmung der personenrechtlichen Stellung vor (Art. 12 Abs. 1), wobei sich aus einer Eheschliessung ergebende Rechte grundsätzlich zu anerkennen sind. Flüchtlinge sind allerdings diesbezüglich nicht besser zu behandeln als andere Personen (Art. 12 Abs. 2). Entsprechend unterliegt die in der Konvention vorgesehene Anerkennung insbesondere dem allgemeinen *ordre public*-Vorbehalt, so dass keine Anerkennungspflicht ausländischer Minderjähriger-ehen daraus folgt.³⁵ Es lässt sich nach verschiedenen Lehrmeinungen jedoch daraus ableiten, dass der *ordre public*-Vorbehalt eine Einzelfallbeurteilungsmöglichkeit der Minderjährigenehe beinhaltet.³⁶

Nach gewissen Lehrmeinungen könnte sich aus dem oben (1.1.) zitierten Art. 16 Abs. 2 des **Übereinkommens vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau**³⁷ eine völkerrechtliche Pflicht zur Nichtanerkennung von im Ausland geschlossenen Frühehen ergeben.³⁸ Angesichts des Fehlens eines Konsens zum genauen Mindestalter aus völkerrechtlicher Sicht und des Bestehens von anderen Lehrmeinungen³⁹ lässt sich diesbezüglich nicht von einer eindeutigen Pflicht ausgehen.

2.2. Instrumente im Rahmen des Europarates

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte verlangen weder Art. 8 EMRK noch Art. 12 EMRK die Anerkennung einer im Ausland geschlossenen Minderjährigenehe.⁴⁰ Die

³² Convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois en matière de mariage, verfügbar unter <https://www.hcch.net/en/instruments/the-old-conventions/1902-marriage-convention/>.

³³ Die Mehrheit der Staaten, darunter auch die Schweiz, hat die Konvention im Laufe der letzten fünfzig Jahre gekündigt.

³⁴ SR 0.142.30.

³⁵ S. A. Sommerfeld, Völkerrechtliche Anforderungen an die Frühehe, in Yassari/Michaels (Hrsg.), Die Frühehe im Recht, Tübingen 2021, S. 127 – 128, mit weiteren Hinweisen auf die deutsche Lehre.

³⁶ So Sommerfeld, zit., S. 133.

³⁷ SR 0.108.

³⁸ A. Wijffelman, Child marriage and family reunification: an analysis under the European Convention on Human Rights of the Dutch Forced Marriage Prevention Act, Netherlands Quarterly of Human Rights 2017, 104, S. 107 ; unklar : M.-L. Papaux van Delden, CEDEF - La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son Protocole facultatif, Commentaire, N 138, welche die Europaratsresolution von 2005 als Lösung begrüsst.

³⁹ A. Sommerfeld, zit., S. 131, mit Bezug auf weitere Quellen und die fehlende Bestimmtheit von Art. 16 diesbezüglich.

⁴⁰ S. insbesondere ZH and RH ./ . Schweiz, 08.12.2015.

Resolution 1468(2005) des Europarates zu Zwangs- und Kinderehen hingegen fordert in Ziffer 14.2.4. die Mitgliedsstaaten mit Bezug auf Art. 12 EMRK auf, eine Anerkennung nur dann zuzulassen, wenn dies im Interesse der Opfer ist, insbesondere im Hinblick auf die Sicherung bestimmter Rechte.

Hinzuweisen ist schliesslich auf die vom dänischen Institut für Menschenrechte geäusserte Ansicht, wonach eine automatische Trennung eines im Ausland verheirateten Paares auch bei einer Minderjährigenehe nur unter **Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes** erfolgen dürfe.⁴¹

2.3. Recht der Europäischen Union

Das europäische **Freizügigkeitsrecht**, d.h. einerseits die Richtlinie 2004/38/EG⁴² (für Fragen des Aufenthalts) und andererseits das Allgemeine Freizügigkeitsrecht nach Art. 21 Abs. 1 AEUV, verlangt die Anerkennung von in einem EU Mitgliedstaat geschlossenen Ehen und erlaubt Ausnahmen nur in einem sehr geringen Rahmen.⁴³ Nach Europarecht ist jedoch nicht eindeutig geklärt, inwieweit dadurch auf der privatrechtlichen Eben eine Nichtanerkennung problematisch wäre.

3. Incrimination du mariage du mineur

Le mariage précoce (3.1.) et le mariage forcé de mineurs (3.3.) sont des questions abordées au niveau international. Mais elles sont plus largement couvertes dans le cadre de la problématique du mariage forcé en général (3.2.).

3.1. Mariage précoce

Si bien dans le cadre des Nations unies, que dans celui du Conseil de l'Europe ou encore dans celui de l'Union européenne, **nos recherches n'ont pas permis d'identifier une norme** demandant aux Etats d'incriminer le mariage de mineur en général.

On rappelle néanmoins l'interprétation conjointe du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et du Comité des droits des enfants de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et de la Convention relative aux droits de l'enfant comme requérant qu'« **un mariage d'enfants [soit] considéré comme une forme de mariage forcé car l'un des conjoints ou tous les deux n'ont pas exprimé leur consentement total et libre en connaissance de cause** ». En conséquence, en dehors des cas où, à titre exceptionnel, les comités observent que le mariage peut être conclu à partir de 16 ans,⁴⁴ on pourrait déduire de cette observation conjointe que les Etats doivent incriminer le mariage d'enfants, puisqu'il doit être par principe considéré comme forcé.

⁴¹ A. Sommerfeld, S. 132, mit weiteren Hinweisen.

⁴² Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, zur Änderung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 und zur Aufhebung der Richtlinien 64/221/EWG, 68/360/EWG, 72/194/EWG, 73/148/EWG, 75/34/EWG, 75/35/EWG, 90/364/EWG, 90/365/EWG und 93/96/EWG.

⁴³ S. dazu ausführlich R. De Barros Fritz, Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBG aus der Perspektive des Europarechts, in Yassari/Michaels (Hrsg.), Die Frühehe im Recht, Tübingen 2021, S. 137 ff.

⁴⁴ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes & Comité des droits de l'enfant, Recommandation générale / observation générale conjointe n° 31 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et n° 18 du Comité des droits de l'enfant sur les pratiques préjudiciables, *op. cit.*, N 20 (voir également N 21 à 24) ; voir également : Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandations générales n° 21 : Egalité dans le mariage et les rapports familiaux, *op. cit.*, N 36 à N 39 ; cf. *supra* 1.1.

3.2. Mariage forcé en général

3.2.1. Nations unies

Dans le cadre des Nations unies, **plusieurs traités indiquent que le mariage forcé s'inscrit dans la définition d'actes tels que l'esclavage, la traite des personnes ou des violences**. Ces actes étant largement incriminés dans les droits pénaux nationaux, les dits-traités sont ici considérés comme pertinents pour répondre à la question de l'incrimination du mariage forcé par le droit international.

Ainsi, comme déjà mentionné, la **Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage fait du mariage forcé une institution, ou pratique, analogues à l'esclavage** et prévoit que les Etats parties prennent « toutes les mesures, législatives et autres, qui seront réalisables et nécessaires pour obtenir progressivement et aussitôt que possible [son] abolition complète ou [son] abandon »⁴⁵.

Le **Protocole additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée, visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants**⁴⁶ définit la traite des personnes en son article 3 a) et précise, au b), que le consentement de la victime est indifférent pour emporter la qualification de traite.⁴⁷ Cet article précise que la traite désigne « le recrutement, le transport, le transfert, l'hébergement ou l'accueil de personnes, par la menace de recours ou le recours à la force ou à d'autres formes de contrainte, par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité, ou par l'offre ou l'acceptation de paiements ou d'avantages pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre aux fins d'exploitation » ; l'article précise que l'exploitation peut en particulier prendre la forme d'exploitation sexuelle, de services forcés ou encore d'esclavage ou de pratique analogue. Or, dans la mesure où le mariage forcé entre dans ces catégories, **la traite de personnes en vue de les marier de force** est interdite.⁴⁸

La **Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes**⁴⁹ énumère, au titre des violences à l'égard des femmes, les violences physiques, sexuelles et psychologiques et en particulier celles

⁴⁵ Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, article premier ; les institutions et pratiques pertinentes pour le mariage forcé mentionnée par cette convention sont : « c) Toute institution ou pratique en vertu de laquelle :

i) Une femme est, sans qu'elle ait le droit de refuser, promise ou donnée en mariage moyennant une contrepartie en espèces ou en nature versée à ses parents, à son tuteur, à sa famille ou à toute autre personne ou tout autre groupe de personnes ; ii) Le mari d'une femme, la famille ou le clan de celui-ci ont le droit de la céder à un tiers, à titre onéreux ou autrement ; iii) La femme peut, à la mort de son mari, être transmise par succession à une autre personne » (article premier).

⁴⁶ Protocole additionnel à la Convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, adopté par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution A/RES/55/25 du 15.11.2000 et entré en vigueur le 25.12.2003.

⁴⁷ E. Jimenez, M. Lamboley et M.-M. Cousineau, Le mariage forcé peut-il être une forme de traite en vertu du protocole additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, RGDI, n° 24.2, 2011, p. 91 ss.

⁴⁸ Voir : K. Plouffe-Malette, Mariage forcé : entre esclavage et traite des êtres humains, in Ndior, Les mariages forcés et le droit, *op. cit.*, p. 131 ss ; Beulay, Les mécanismes internationaux de protection des individus exposés au mariage forcé, *op. cit.*, pp. 179 – 181.

⁴⁹ Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 48/104 du 23.02.1994.

exercées au sein de la famille, y compris le **viol conjugal**⁵⁰. Ce texte de *soft law* expose expressément ce que des traités contraignants interdisent sans le préciser dans leur lettre. Dans ce même sens, le **Comité des droits de l'homme interprète l'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques**, interdisant la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, comme imposant aux Etats parties d'incriminer le viol conjugal⁵¹.

3.2.2. Conseil de l'Europe

Le droit du Conseil de l'Europe **impose expressément l'incrimination du mariage forcé et interdit des infractions qui y sont périphériques**.

Ainsi, la **Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique** prévoit que les Etats parties doivent **incriminer** « le fait, lorsqu'il est commis intentionnellement, de **forcer un adulte ou un enfant à contracter mariage** »⁵² ; ainsi que « le fait, lorsqu'il est commis intentionnellement, de **tromper un adulte ou un enfant afin de l'emmener sur le territoire d'un[Etat partie] ou d'un Etat autre que celui où il réside avec l'intention de le forcer à contracter mariage** »⁵³.

Cette dernière convention dispose encore que les Etats parties incriminent, « lorsqu'elles sont commises intentionnellement, **l'aide ou la complicité** dans la commission des infractions établies conformément »⁵⁴ à l'article 37 de la convention, ainsi que **la tentative** de commission de ces infractions⁵⁵.

En outre, cette convention prévoit que **les Etats parties doivent reconnaître leur compétence à l'égard des infractions commises par ou contre leurs ressortissants ou les personnes ayant leur résidence habituelle sur leur territoire**, indépendamment du lieu de commission⁵⁶ mais également **sans rechercher la réciprocité d'incrimination**⁵⁷. De plus, lorsque l'infraction est commise par le national de l'Etat partie ou une personne y résidant habituellement, **l'action ne doit pas être subordonnée à la plainte de la victime ou une dénonciation de l'Etat** du lieu où l'infraction a été commise⁵⁸. Enfin, lorsque l'infraction est commise en partie ou en totalité sur le territoire de l'Etat partie, **l'enquête ou les**

⁵⁰ Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, article 2 a).

⁵¹ Comité des droits de l'homme, Observations finales : Sri Lanka, 2003, N 20.

⁵² Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, article 37 (1) (mise en évidence ajoutée).

⁵³ Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, article 37 (2) (mise en évidence ajoutée).

⁵⁴ Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, article 41 (1).

⁵⁵ Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, article 41 (2).

⁵⁶ Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, article 44 (1) d et e et (2).

⁵⁷ Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, article 44 (3).

⁵⁸ Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, article 44 (4).

poursuites ne doivent pas entièrement dépendre de la plainte ou dénonciation de la victime ou de sa rétraction ou du retrait de sa plainte^{59, 60}.

Concernant les **peines**, la convention indique que les sanctions doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives, au regard de leur gravité » ; qu'elles incluent au besoin des « peines privatives de liberté pouvant donner lieu à l'extradition »⁶¹.

En ce qui concerne la **Convention EDH**, elle ne prévoit pas dans sa lettre que les Etats doivent **incriminer le mariage forcé**. Néanmoins, la **Cour EDH**, dans son arrêt *S. W. contre Royaume-Uni* de 1995, estime que « l'abandon de l'idée inacceptable qu'un mari ne pourrait être poursuivi pour le viol de sa femme était conforme non seulement à une notion civilisée du mariage mais encore et surtout aux **objectifs fondamentaux de la Convention** dont l'essence même est le respect de la dignité et de la liberté humaines »⁶².

Par ailleurs, la **doctrine** estime, de manière générale, que les violences accompagnant les mariages forcés pourraient être examinées sous l'angle de l'**article 3** de la Convention EDH relatif à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants ou de son **article 4** relatif à l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé, et que la jurisprudence y relative peut ainsi être transposée aux cas de mariages forcés⁶³. Dans le sens de cette interprétation, la Cour EDH a indiqué, à l'occasion d'une décision ne portant pas sur une affaire de mariage forcé, qu'« [a]ux fins de l'article 4 de la Convention [EDH], la notion de servitude est à interpréter au sens de l'article 7 b) de la Convention supplémentaire de 1956 relative à l'abolition de l'esclavage, qui qualifie les victimes de "pratiques analogues à l'esclavage" (la servitude pour dettes, le servage, **certaines formes de mariage servile**, la vente et l'adoption d'enfants à des fins d'exploitation) de "personnes de condition servile"»⁶⁴.

Outre ces deux principaux textes que sont la Convention EDH et la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, d'autres textes sont pertinents, notamment dans le domaine de la *soft law*. On relève par exemple l'adoption par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe d'une **recommandation relative à l'« Esclavage domestique : servitude, personnes au pair et épouses achetées par correspondance »**⁶⁵, se penchant en particulier sur la vulnérabilité des femmes immigrées « achetées par correspondance » et mariées à des « maris-consommateurs » abusifs qui les transforment en esclaves domestiques.

3.2.3. Union européenne

Le droit de l'UE n'impose pas aux Etats membres d'incriminer le mariage forcé. Certaines normes peuvent toutefois participer de sa répression.

⁵⁹ Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, article 55 (1) (mise en évidence ajoutée).

⁶⁰ D'autres mesures pertinentes sont énoncées, telles que la célérité des procédures, des mesures de protection des victimes et témoins ou l'aide juridique ; voir le chapitre VI de la convention et son article 21.

⁶¹ Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, article 45 (1).

⁶² Cour EDH, *S. W. c. Royaume-Uni*, 22.11.1995, req. n° 20166/92, N 44 (mise en évidence ajoutée).

⁶³ Lécuyer, *Les mariages forcés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 114 – 115.

⁶⁴ Cour EDH, *J. et autres c. Autriche*, 17.01.2017, 58216/12, N 40.

⁶⁵ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Esclavage domestique : servitude, personnes au pair et épouses achetées par correspondance*, recommandation 1663 (2004).

Tout d'abord, **l'acquis en matière pénale** peut s'appliquer. On pense en particulier à la Décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres⁶⁶, à la décision de protection européenne⁶⁷ ou encore à la décision d'enquête européenne en matière pénale^{68, 69}.

Ensuite, la **Directive concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes**⁷⁰ précise, en son 11^{ème} considérant, qu'elle s'applique à **la traite des êtres humains à des fins de mariages forcés**.

Ainsi, lorsque cette dernière directive impose aux Etats membres d'incriminer la traite des êtres humains, les Etats doivent également veiller à **punir les auteurs et complices⁷¹ d'actes intentionnels tels que l'enlèvement, la tromperie, l'abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité⁷² lorsque leur objectif est de forcer des mariages**.

Les auteurs de la traite doivent être punissables « d'une peine maximale d'**au moins cinq ans d'emprisonnement** », voire de **dix ans d'emprisonnement** par exemple si la victime était particulièrement vulnérable ou si des violences graves ou un préjudice particulièrement grave ont été infligés à la victime⁷³. **L'incitation, la participation, la complicité et la tentative** doivent être punissables « de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives »⁷⁴. A noter que les **personnes morales** doivent également pouvoir être inquiétées⁷⁵.

Par ailleurs, les **enquêtes et poursuites** ne doivent pas dépendre de la plainte ou de l'accusation émanant d'une victime. La procédure pénale doit continuer même si la victime a retiré sa déclaration.⁷⁶

Enfin, la directive indique que les Etats membres doivent au minimum se reconnaître **compétents** lorsque l'infraction a été commise, en tout ou en partie, sur leur territoire, ou lorsque l'auteur de l'infraction est un de leurs ressortissants⁷⁷. Dans ce dernier cas, si l'infraction a été commise en dehors

⁶⁶ Décision-cadre du Conseil du 13.06.2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, 2002/584/JAI.

⁶⁷ Directive 2011/99/UE du Parlement européen et du Conseil du 13.12.2011 relative à la décision de protection européenne.

⁶⁸ Directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 03.04.2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale.

⁶⁹ Parlement européen, Directorate-general for internal policies, Policy department, Citizens' rights and constitutional affairs, Forced marriage from a gender perspective, Study for the FEMM Committee, 2016, p. 30.

⁷⁰ Directive 2011/36/UE du Parlement européen et du Conseil du 05.04.2011 concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes et remplaçant la décision-cadre 2002/629/JAI du Conseil.

⁷¹ Directive concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, article 3.

⁷² Directive concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, article 2.

⁷³ Directive concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, article 4.

⁷⁴ Directive concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, article 4 paragraphe 4.

⁷⁵ Directive concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, articles 5 et 6.

⁷⁶ Directive concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, article 9 paragraphe 1.

⁷⁷ Directive concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, article 10 paragraphe 1.

du territoire de l'Etat membre concerné, les autorités nationales ne doivent subordonner leur compétence ni à l'existence d'une infraction pénale similaire dans le droit applicable sur le lieu où l'acte en cause a été commis, ni à la plainte de la victime ou dénonciation de l'Etat sur le territoire duquel l'acte a été commis⁷⁸.

3.3. Mariage forcé avec un mineur

En plus des textes généraux présentés ci-dessus à même de aussi protéger les mineurs contre le mariage forcé, quelques normes spécifiques à ces derniers existent dans les systèmes onusiens, du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne.

3.3.1. Nations unies

La **Convention relative aux droits de l'enfant** prévoit, en son article 19 paragraphe 1, que :

« Les Etats parties prennent toutes les mesures législatives, administratives, sociales et éducatives appropriées pour protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle, pendant qu'il est sous la garde de ses parents ou de l'un d'eux, de son ou ses représentants légaux ou de toute autre personne à qui il est confié. »

Or le Comité des droits de l'enfant a recensé les **mariages forcés** au titre des pratiques relevant de cette disposition⁷⁹.

3.3.2. Conseil de l'Europe

La **Convention sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels** (Convention de Lanzarote), prévoyant l'incrimination des abus sexuels, a pu être envisagé par la **doctrine** comme pertinente pour les enfants confrontés à un mariage forcé⁸⁰.

3.3.3. Union européenne

La **Directive concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes** contient des dispositions supplémentaires spécifiques pour les mineurs. Ainsi, la directive dispose que les Etats doivent prévoir la possibilité d'**engager des poursuites « pendant une période suffisamment longue après que la victime a atteint l'âge de la majorité »**⁸¹. En outre, les auteurs de la traite voient leur **peine augmenter** d'un minimum de cinq ans de prison à **dix ans de prison** lorsque les victimes sont des enfants⁸². Enfin, la directive contient une disposition relative à la protection des enfants victimes de la traite des êtres humains **dans le cadre des enquêtes et des procédures pénales** ; celle-ci aborde par exemple les garanties à assurer au mineur lors de son audition.

⁷⁸ Directive concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, article 10 paragraphe 3.

⁷⁹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 13 : Le droit de l'enfant d'être protégé contre toutes les formes de violence, 18.04.2011, N 25.

⁸⁰ O. A. Macovei, L'action du Conseil de l'Europe en matière de mariage forcé, in Ndior (dir.), Les mariages forcés et le droit, *op. cit.*, p. 191.

⁸¹ Directive concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, article 9 paragraphe 2.

⁸² Directive concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes, article 4 paragraphe 2 a).

4. Conséquences sur le titre de séjour délivré en raison du mariage

Nos recherches n'ayant pas permis d'identifier une norme spécifique aux mineurs relative à l'octroi d'un titre de séjour au regard du droit des étrangers, sera ci-dessous uniquement présenté le droit international généralement applicable aux mariages forcés, en ce qu'il est à même de s'appliquer à des mariages conclus avec un mineur.⁸³

4.1. Conseil de l'Europe

La **Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique** prévoit, en son article 59 intitulé « **statut de résident** », que :

- « 1. Les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour garantir que **les victimes, dont le statut de résident dépend de celui de leur conjoint ou de leur partenaire, conformément à leur droit interne, se voient accorder, sur demande, dans l'éventualité de la dissolution du mariage ou de la relation, en cas de situations particulièrement difficiles, un permis de résidence autonome, indépendamment de la durée du mariage ou de la relation.** Les conditions relatives à l'octroi et à la durée du permis de résidence autonome sont établies conformément au droit interne.
2. Les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour que les victimes puissent obtenir la **suspension des procédures d'expulsion** initiées du fait que leur statut de résident dépend de celui de leur conjoint ou de leur partenaire, conformément à leur droit interne, pour leur permettre de demander un permis de résidence autonome.
3. Les Parties délivrent un **permis de résidence renouvelable** aux victimes, dans l'une ou les deux situations suivantes :
- a) lorsque l'autorité compétente considère que leur séjour est nécessaire au regard de leur **situation personnelle** ;
 - b) lorsque l'autorité compétente considère que leur séjour est nécessaire aux fins de leur **coopération avec les autorités** compétentes dans le cadre d'une enquête ou de procédures pénales.
4. Les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour que **les victimes de mariages forcés amenées dans un autre pays aux fins de ce mariage, et qui perdent en conséquence leur statut de résident** dans le pays où elles résident habituellement, **puissent récupérer ce statut.** »

Concernant cette disposition, le rapport explicatif de la convention précise que l'objectif était principalement de parer la « peur d'être expulsé ou de perdre son statut de résident » qui empêche les victimes de chercher de l'aide auprès des autorités ou de quitter les auteurs des infractions⁸⁴. Il explique encore que, au regard de l'attribution du **statut de résident, la durée du mariage ou de la relation est indifférente**⁸⁵, **tout comme le type d'union** (mariage, partenariat) « dans la mesure où plusieurs Etats membres du Conseil de l'Europe accordent des permis de résidence aux partenaires en mesure de démontrer, dans les conditions définies en droit interne, qu'ils vivent une relation assimilable à un mariage ou que la relation a un caractère permanent »⁸⁶. Concernant le **permis de résidence renouvelable attribué aux victimes au regard de leur situation personnelle**, le rapport explicatif précise que « le critère de la situation personnelle de la victime doit être évalué sur la base

⁸³ Voir tout de même ci-dessous dans le 5.3.2. les éléments relevés par rapport au regroupement familial, dans le cadre du droit de l'Union européenne.

⁸⁴ Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, 11.05.2011, N 301, disponible sous : <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d38c9> (08.03.2022).

⁸⁵ Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, N 304.

⁸⁶ Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, N 305.

de divers facteurs, entre autres la **sécurité** de la victime, son état de **santé**, sa **situation familiale** ou la **situation dans son pays d'origine** »⁸⁷.

4.2. Union européenne

Le droit de l'UE comprend plusieurs normes propres à l'octroi d'un titre de séjour aux victimes de mariages forcés, qui s'appliqueront dans certaines circonstances.

Premièrement, **lorsque la victime est un membre de la famille d'un ressortissant de l'UE qui a exercé son droit de circuler librement dans l'Union**, la Directive relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres⁸⁸ prévoit, en son article 13, paragraphe 2 c), que :

« [...]le divorce, l'annulation du mariage ou la rupture d'un partenariat enregistré [...], n'entraîne pas la perte du droit de séjour des membres de la famille d'un citoyen de l'Union qui n'ont pas la nationalité d'un État membre:

c) lorsque des **situations particulièrement difficiles** l'exigent, par exemple le fait d'avoir été victime de violence domestique lorsque le mariage ou le partenariat enregistré subsistait encore. »⁸⁹

Deuxièmement, **lorsque le titre de séjour de la victime lui a été attribué parce qu'elle est membre de la famille d'un ressortissant d'un Etat tiers à l'UE**, la Directive relative au droit au regroupement familial⁹⁰ dispose, en son article 15 paragraphe 3, que :

« En cas de [...] divorce [ou] de séparation, un titre de séjour autonome peut être délivré, au besoin sur demande, aux personnes entrées au titre du regroupement familial. Les Etats membres arrêtent des dispositions garantissant l'octroi d'un **titre de séjour autonome en cas de situation particulièrement difficile**. »⁹¹

Les « **situations particulièrement difficiles** » mentionnées dans les deux dispositions citées sont explicitées par la Commission européenne relativement à la Directive relative au droit au regroupement familial. La Commission considère ainsi que ces situations peuvent par exemple être celles de certains cas de mariages forcés, ou encore de violences domestiques ou d'une situation familiale particulièrement difficile en cas de renvoi forcé dans le pays d'origine^{92, 93}.

L'Agence de l'Union européenne pour les droits fondamentaux a indiqué que ces mesures permettent aux victimes, dont le titre de séjour dépend d'une personne coupable du mariage forcé, d'avoir **accès**

⁸⁷ Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, N 307.

⁸⁸ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29.04.2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE.

⁸⁹ Mise en évidence ajoutée.

⁹⁰ Directive 2003/86/CE du Conseil du 22.09.2003 relative au droit au regroupement familial.

⁹¹ Mise en évidence ajoutée.

⁹² Commission européenne, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on guidance for application of Directive 2003/86/EC on the right to family reunification, 03.04.2014, COM(2014) 210 final, N 5.3.

⁹³ Pour plus de détails sur ces dispositions, voir notamment : Cour de justice de l'Union européenne, X c. Etat belge, 02.09.2021, aff. C-930/19 ; Secretary of State for the Home Department c. NA, 30.06.2016, aff. C-115/15.

à la justice sans craindre de perdre leur titre de séjour et en s'affranchissant des pressions éventuellement exercées par le coupable à ce sujet⁹⁴.

Troisièmement, la **Directive relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains** ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes⁹⁵ prévoit, sous certaines conditions, l'octroi d'un **titre de séjour** au ressortissant d'un pays tiers concerné^{96,97}.

5. Protection internationale contre le mariage du mineur

Nos recherches n'ayant pas permis d'identifier une norme spécifique aux mineurs relative à l'octroi d'un titre de séjour au regard du droit des réfugiés dans le système des Nations unies et celui du Conseil de l'Europe, sera ci-dessous présenté, pour ces deux systèmes, le droit international généralement applicable aux mariages forcés, uniquement. Pour le droit de l'Union européenne une spécificité est observée relativement au regroupement familial.

5.1. Nations unies

La **Convention relative au statut des réfugiés**⁹⁸ de 1951 et son Protocole de 1967⁹⁹ sont au centre du droit international des réfugiés. La convention définit en son article premier A. (2) les situations dans lesquelles une personne est un réfugié ; lu en combinaison avec le Protocole de 1967, il dispose *in limine* que toute personne :

« Qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner. »

Le **Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés** publie régulièrement des rapports non-contraignants sur les pays de provenance des demandeurs d'asile, fournissant des critères d'admissibilité pour évaluer leur besoin d'une protection internationale. On relève **par exemple** dans un de ses rapports concernant l'**Irak**, que le Haut Commissariat considère que les femmes victimes ou risquant d'être victimes de mariages forcés sont susceptibles d'avoir besoin de la protection internationale

⁹⁴ European Union Agency for fundamental rights, Addressing forced marriage in the EU: legal provisions and promising practices, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2014, pp. 27 – 28.

⁹⁵ Directive 2004/81/CE du Conseil du 29.04.2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes.

⁹⁶ Directive 2004/81/CE du Conseil du 29.04.2004 relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains ou ont fait l'objet d'une aide à l'immigration clandestine et qui coopèrent avec les autorités compétentes, article 8 notamment.

⁹⁷ Cf. *supra* 3.2.3. ; voir également : Résolution du Parlement européen sur l'immigration des femmes : le rôle et la place des femmes migrantes dans l'Union européenne, 24.10.2006, 2006/2010(INI), N 11, disponible sous : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P6-TA-2006-0437&language=FR&ring=A6-2006-0307> (08.03.2022).

⁹⁸ Convention relative au statut des réfugiés du 28.07.1951, entrée en vigueur le 22.04.1954.

⁹⁹ Protocole relatif au statut des réfugiés du 31.01.1967, entré en vigueur le 04.10.1967.

attachée au **statut de réfugié** sur le fondement de leur appartenance à un certain groupe social, voire de leur religion^{100, 101}.

Nos recherches n'ont pas permis d'identifier un écrit du Haut Commissariat dans lequel il aurait considéré que le mariage forcé emporte, en toutes circonstances, le statut de réfugié de la victime ou de la personne qui en est menacée. Il semble, par conséquent, qu'il considère que **le statut de réfugié dépend des circonstances de l'espèce, et en particulier du pays d'origine du demandeur de protection internationale**.

En dehors du statut de réfugié, **le principe de non-refoulement**, garanti par la Convention relative au statut des réfugiés¹⁰² mais également par les traités des droits de l'homme tels que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁰³, interdit le renvoi d'une personne si cela aura pour conséquence de l'exposer à **la torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants**. Par

¹⁰⁰ Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, UNHCR eligibility guidelines for assessing the international protection needs of asylum-seekers from Iraq, 2012, notamment p. 35 (besoin du statut de réfugié), p. 36 (mariage entre la victime d'un viol et l'agresseur), 38 - 39 (mariages forcés et précoces en général), 40 (mineurs), disponible sous : <http://www.refworld.org/docid/4fc77d522.html> (27.08.2018).

¹⁰¹ Voir également : Haut Commissariat des Nations unies pour les réfugiés, UNHCR intervention before the United States Board of immigration appeals in the matter of X, 17.08.2010, disponible sous : <http://www.refworld.org/docid/4d26d11d2.html> (27.08.2018) (femme membre de la tribu Bulu s'étant opposée à son mariage polygame forcé) ; UNHCR eligibility guidelines for assessing the international protection needs of asylum-seekers from Eritrea, 2011, p. 29 (mariage d'enfants), disponible sous : <http://www.refworld.org/docid/4d4fe0ec2.html> (27.08.2018).

¹⁰² Convention relatif au statut des réfugiés, article 33.

¹⁰³ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, articles 6 et 7 ; voir : Comité des droits de l'homme, Observation générale n° 20 : article 7 (interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), 1992, N 9 ; Observation générale n° 31 : La nature de l'obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte, 2004, N 12 ; *Pillai et al. c. Canada*, 25.03.2011, communication n° 1763/2008 ; *C. c. Australie*, 28.10.2002, communication n° 900/1999 ; *X. c. Suède*, 01.11.2011, communication n° 1833/2008 ; *Warsame c. Canada*, 21.07.2011, communication n° 1959/2010 ; *X.H.L. c. Pays-Bas*, 22.07.2011, communication n° 1564/2007 ; *Alzery c. Suède*, 25.10.2006, communication n° 1416/2005 ; *Israil c. Kazakhstan*, 31.10.2011, communication n° 2024/2011 ; *Maksudov et al. c. Kirghizistan*, 16.07.2008, communications n° 1461, 1462, 1476 & 1477/2006. Références extraites de S. Joseph & M. Castan, *The International Covenant on civil and political rights. Cases, materials, and commentary*, 2014, 3^{ème} éd., Oxford University Press, N 9.98 à N 9.105. A noter que, en outre, le principe de non-refoulement tend à être reconnu comme étant une norme de droit international coutumier ; voir : E. Lauterpacht & D. Bethlehem, *The scope and content of the principle of non-refoulement* : opinion, in E. Feller et al (éd.), *Refugee protection in international law*, 2003, Cambridge University Press, disponible sous : www.unhcr.org/419c75ce4.html (08.03.2022) ; G. S. Goodwin-Gill & J. Mcadam, *The refugee in international law*, 3^{ème} éd., Oxford University Press, 2007, pp. 345 – 354 ; F. Zorzi Giustiniani, Chapter 13 : *Expulsion and the fundamental rights of irregular migrants* : Critical notes in the margins of the work of the International Law Commission work on the « expulsion of aliens », in G. S. Goodwin-Gill & P. Weckel (dir.), *Protection des migrants et des réfugiés au XXI^e siècle. Aspect de droit international*, 2015, Martinus Nijhoff Publishers, p. 445 ss, pp. 460 – 461 ; UNHCR, *The principle of non-refoulement as a norm of customary international law. Response to the questions posed to UNHCR by the Federal constitutional court of the Federal republic of Germany in cases 2 BvR 1938/93, 2 BvR 1953/93, 2 BvR 1954/93*, 31.01.1994, disponible (en anglais seulement) sous : www.refworld.org/docid/437b6db64.html (08.03.2022). Pour une évaluation du principe de non-refoulement en tant que norme de *jus cogens*, voir : C. Costello & M. Foster, *Non-refoulement as custom and jus cogens ? Putting the prohibition to the test*, in M. Den Heijer & H. Van Der Wilt (éd.), *Jus cogens : Quo vadis ?*, 2016, Netherlands yearbook of international law, vol. 46, pp. 273 – 327. Pour une opinion divergente, voir : J. C. Hathaway, *The rights of refugees under international law*, 2005, Cambridge University Press, pp. 363 – 370. Note de bas de page extraite de C. Viennet, *Des droits sociaux pour*

conséquent, si le renvoi d'une personne confrontée à un mariage forcé aura pour conséquence de l'exposer à de tels actes de torture ou des peines ou traitements inhumains ou dégradants (par exemple en cas de représailles), le droit international des droits de l'homme interdit qu'elle soit renvoyée, même si sa situation ne remplit pas les critères définis pour bénéficier du statut de réfugié.

5.2. Conseil de l'Europe

La **Convention sur la prévention et lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique**, en son article 60 intitulé « **demandes d'asile fondées sur le genre** », prévoit :

« 1. Les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour que **la violence à l'égard des femmes fondée sur le genre** puisse être reconnue comme une **forme de persécution au sens de l'article 1, A (2), de la Convention relative au statut des réfugiés** de 1951 et comme une forme de **préjudice grave donnant lieu à une protection complémentaire/subsidaire**.

2. Les Parties veillent à ce qu'une interprétation sensible au genre soit appliquée à chacun des motifs de la Convention et à ce que les demandeurs d'asile se voient octroyer le **statut de réfugié** dans les cas où il a été établi que la crainte de persécution est fondée sur l'un ou plusieurs de ces motifs, conformément aux instruments pertinents applicables.

3. Les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour développer des **procédures d'accueil sensibles** au genre et des services de soutien pour les demandeurs d'asile, ainsi que des lignes directrices fondées sur le genre et des procédures d'asile sensibles au genre, y compris pour l'octroi du statut de réfugié et pour la demande de protection internationale. »

Le rapport explicatif de la convention précise que cette disposition ne vise pas à étendre le droit international et européen des réfugiés existant et en particulier ce que prévoit la Convention relative au statut des réfugiés et la Directive qualification de l'Union européenne¹⁰⁴. Néanmoins, « bien que le paragraphe 1 consacre ce qui est déjà entrepris dans la pratique, les rédacteurs [de cette disposition] ont jugé important d'**imposer aux Parties de prendre les mesures législatives ou autres nécessaires pour que la violence fondée sur le genre puisse être reconnue comme une forme de persécution [emportant la qualité de réfugié] et comme une forme de préjudice grave** »¹⁰⁵ **justifiant l'octroi d'une protection subsidiaire ou complémentaire**. Par ailleurs, le paragraphe 2 requière que les Etats parties veillent « à ce qu'une interprétation sensible au genre soit appliquée à chacun des motifs de la Convention »¹⁰⁶ relative au statut de réfugié, ce qui « suppose de reconnaître et de comprendre en quoi le genre peut avoir un impact sur les raisons sous-tendant ce type de persécution ou de préjudice »^{107 108}.

¹⁰⁴ l'intégration des réfugiés en Europe. Les droits à la santé, au logement, à l'éducation et au travail des personnes ayant besoin d'une protection internationale, dans les Droits de l'homme et le Droit des réfugiés, 2018, disponible sous : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02277200/document> (08.03.2022).

¹⁰⁵ Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte).

¹⁰⁶ Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, N 311.

¹⁰⁷ Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, N 312.

¹⁰⁸ Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, N 312 ; voir également N 313.

¹⁰⁸ Voir : L. Hooper, Gender-based asylum claims and *non-refoulement*: articles 60 and 61 of the Istanbul Convention, 2019, éd. du Conseil de l'Europe, disponible sous: <https://rm.coe.int/convention-istanbularticle60-61-web/1680995244> (04.03.2022); Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique – Protéger de la violence fondée sur le genre les femmes migrantes, les femmes réfugiées et les femmes demandeuses

Son article 61 relatif au « **non-refoulement** » dispose que :

- « 1. Les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour respecter le principe de non-refoulement, conformément aux obligations existantes découlant du droit international.
2. Les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour que les victimes de violence à l'égard des femmes nécessitant une protection, indépendamment de leur statut ou lieu de résidence, ne puissent en aucune circonstance être refoulées vers un pays où leur vie serait en péril ou dans lequel elles pourraient être victimes de torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

Cette disposition reprend le principe de non-refoulement déjà consacré en droit international, et confirmé par la jurisprudence de la Cour EDH interprétant la Convention EDH.

Concernant la protection offerte par la **Convention EDH en cas de renvoi de ressortissants d'Etats tiers confrontés à un mariage forcé**, la Cour EDH a examiné cette question sous l'angle de **l'article 3 relatif à l'interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants** et de **l'article 2 relatif au droit à la vie**. L'examen de la Cour EDH ne semble toutefois pas se concentrer sur le seul fait du mariage forcé ; en outre, les circonstances des différentes espèces n'ont pas systématiquement conduit la cour à constater une violation de la convention.¹⁰⁹ Dans une décision, la Cour EDH a exclu l'examen du respect de **l'article 12 relatif au droit au mariage** en raison du fait que la requérante avait été mariée de force dans un Etat tiers au Conseil de l'Europe et n'avait pas invoqué ce fait devant les autorités en charge d'examiner sa demande d'asile ; la cour a jugé qu'en conséquence la responsabilité de l'Etat européen ne pouvait pas être engagée^{110, 111}

5.3. Union européenne

5.3.1. Cadre général en matière de mariage forcé

La **Directive concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au**

d'asile, éd. du Conseil l'Europe, disponible sous : <https://rm.coe.int/femmes-refugiees-et-convention-d-istanbul-depliant-web-a5/1680925832> (04.03.2022).

¹⁰⁹ Cour EDH, N. c. Suède, 20.07.2010, req. n° 23505/09 (violation de l'article 3) ; A. A. c. Suède, 28.06.2012, req. n° 14499/09 (dans cette affaire, la cour a jugé le recours admissible mais a conclu à la non violation des articles 2 et 3 au regard des circonstances de l'espèce et en raison du manque de preuve et de crédibilité des requérants ; à noter que le juge Power-Ford a produit une opinion dissidente) ; R. H. c. Suède, 10.09.2015, req. n° 4601/14 (dans cette affaire, la cour a jugé le recours admissible mais a conclu à la non violation de l'article 3 au regard des circonstances de l'espèce et en raison du manque de preuve et de crédibilité de la requérante ; à noter, tout d'abord, que la cour n'a pas jugé utile d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 4 relatif à l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé en raison de sa conclusion de non violation de l'article 3 et, ensuite, que les juges Zupančič et De Gaetano ont produit une opinion dissidente concernant la conclusion de non violation de l'article 3).

¹¹⁰ Cour EDH, A. Y. c. France, 11.10.2011, req. n° 25579/09.

¹¹¹ Voir également : Cour EDH, M. et autres c. Italie et Bulgarie, 31.07.2012, req. n° 40020/03 (violation du volet procédural de l'article 3 (enquête par les autorités italiennes) et inadmissibilité article 4) (à noter que cette décision est critiquée dans le rapport de la Direction générale des politiques internes du Parlement européen : Parlement européen, Directorate-general for internal policies, Policy department, Citizens' rights and constitutional affairs, Forced marriage from a gender perspective, *op. cit.*, p. 29) ; W. H. c. Suède, 08.04.2015, req. n° 49341/10 (radiée du rôle en raison de l'attribution ultérieure d'un titre de séjour) ; Sow c. Belgique, 19.01.2016, req. n° 27081/13, N 63 où la cour indique que « Les autres motifs d'asile rapportés par la requérante dans ses deux premières demandes d'asile – notamment le mariage forcé – n'ont pas été réitérés devant la Cour. Celle-ci n'examinera donc pas le risque de violation de l'article 3 au regard de ces allégations ».

contenu de cette protection¹¹² (ci-après Directive Qualification) prévoit l'attribution d'un titre de séjour aux personnes dont la situation correspond à celle définie dans la Convention relative au statut des réfugiés¹¹³ (**statut de réfugié**), ainsi que l'attribution d'un titre de séjour à « tout ressortissant d'un pays tiers ou tout apatride qui ne peut être considéré comme un réfugié, mais pour lequel il y a des motifs sérieux et avérés de croire que la personne concernée, si elle était renvoyée dans son pays d'origine ou, dans le cas d'un apatride, dans le pays dans lequel il avait sa résidence habituelle, courrait un risque réel de subir les atteintes graves [que sont : a) la peine de mort ou l'exécution ; ou b) la torture ou des traitements inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine ; ou c) des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international], [...] et cette personne ne pouvant pas ou, compte tenu de ce risque, n'étant pas disposée à se prévaloir de la protection de ce pays »¹¹⁴ (**protection subsidiaire**).

Concernant le **statut de réfugié**, la Directive Qualification précise que les actes de persécution en cause peuvent notamment prendre la forme d' « **actes dirigés contre des personnes en raison de leur genre ou contre des enfants** »¹¹⁵. En outre, **les motifs de persécutions peuvent tenir à l'orientation sexuelle ou au genre**, en fonction des conditions qui prévalent dans le pays d'origine ; la Directive Qualification considère ces deux caractéristiques comme pouvant déterminer l'appartenance à un groupe social, au sens de la définition du réfugié¹¹⁶.

5.3.2. *Spécificités relatives à la minorité*

En ce qui concerne **spécifiquement la question des mineurs**, la **Directive relative au droit au regroupement familial** prévoit que, afin « de prévenir des mariages forcés, les Etats membres peuvent demander que le regroupant et son conjoint aient atteint un âge minimal, qui ne peut être supérieur à 21 ans, avant que le conjoint ne puisse rejoindre le regroupement »¹¹⁷.

Cependant, cette directive doit être appliquée **dans le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant**¹¹⁸. La Commission européenne en déduit que **l'âge minimum éventuellement fixé pour effectuer un regroupement familial ne doit pas être un motif systématique de refus**¹¹⁹. L'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne a en outre annoncé que, d'après elle, **il n'est pas démontré que l'élévation de l'âge minimum pour le regroupement familial est un moyen efficace** pour combattre

¹¹² Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (refonte).

¹¹³ Directive qualification, article 2 d) ; cf. *supra* 5.1.

¹¹⁴ Directive qualification, article 2 f) et article 15 par renvoi.

¹¹⁵ Directive qualification, article 9 paragraphe 2 f).

¹¹⁶ Directive qualification, article 10 paragraphe 1 d).

¹¹⁷ Directive 2003/86/CE du Conseil du 22.09.2003 relative au regroupement familial, article 4 paragraphe 5.

¹¹⁸ Directive 2003/86/CE du Conseil du 22.09.2003 relative au regroupement familial, article 5 paragraphe 5.

¹¹⁹ Commission européenne, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on guidance for application of Directive 2003/86/EC on the right to family reunification, 03.04.2014, COM (2014) 210 final, N 2.3; voir également: Conclusions de l'avocat général P. Mengozzi, affaire Marjan Noorzia, 30.04.2014, C-338/13; CJUE, Marjan Noorzia c. Bundesministerin für Inneres, 17.07.2014, C-338/13, en particulier N 12 à N 15.

les mariages forcés, mais cela peut au contraire affecter le regroupement de familles librement formées¹²⁰.

En ce qui concerne la **protection internationale** à proprement parler, on relève que la Directive Qualification prévoit expressément que les **actes de persécution** peuvent en particulier prendre la forme d'actes **dirigés contre des enfants**¹²¹.

¹²⁰ FRA, Violence against women: an EU-wide survey. Main results, Publication Office of the European Union, 2014, p. 26., disponible sous: <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-main-results-report> (08.03.2022).

¹²¹ Directive qualification, article 9 paragraphe 2 f).

B. **Allemanne**

Zusammenfassung der jüngsten Entwicklungen

Seit In-Kraft-Treten des „Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen“ (KindEheBG)¹²² sind nunmehr über vier Jahre vergangen.

Die von diesem angeordnete rigore Durchsetzung der grundsätzlichen Verwerfung von Minderjährienehen, auch wenn diese im Ausland entsprechend dortigem Recht geschlossen worden sind, hatte – auch schon während des Gesetzgebungsverfahrens – grundlegende Kritik erfahren: Sie messe ausländisches Eheschließungsrecht – unter Ausblendung kollisionsrechtlicher Grundsätze – unmittelbar am neuen deutschen Sachrecht und verweigere Ehen die rechtliche Anerkennung, die bis zum 1.10.2017 auch nach deutschem Sachrecht wirksam gewesen wären.¹²³ Insbesondere das ausnahmslose Verdikt aller Eheschließungen mit einem Partner, der das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat,¹²⁴ bewog sodann den Bundesgerichtshof dazu, das BVerfG zur Entscheidung anzurufen, da die betreffende Regelung keinen Raum lasse für eine einzelfallbezogene Abwägung am Maßstab des Kindeswohls (d.h. des minderjährigen Gatten).¹²⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat über die Verfassungsmässigkeit der Vorschrift bislang noch nicht entschieden.

Verfassungsrechtlich nicht haltbar ist nach Auffassung von weiten Teilen der Literatur¹²⁶ aber auch die Regelung, die Ehen von zwischen 16 und 18 Jahren für aufhebbar erklärt.¹²⁷ Kritisiert wird hierbei, dass hinsichtlich der Aufhebung keinerlei Ermessensfreiraum bestehe – die Aufhebung soll Regelfall sein.¹²⁸ Auch hier werde den betroffenen Grundrechten nicht der gebührende Wirkungsraum eröffnet.¹²⁹

1. **Bürgerliches Recht: Wirksamkeitsvoraussetzungen der Ehe**

Das Ehemündigkeitsalter, also das Mindestalter für eine Eheschließung lag auch vor der Reform bei 18 Jahren.¹³⁰ Durch die Reform wurde aber die Möglichkeit, einen Dispens von dieser Regelung zu beantragen, wenn einer der Ehegatten bereits 16 aber noch nicht 18 Jahre alt war,¹³¹ aufgehoben. Nunmehr gilt ausnahmslos ein Mindestalter von 18 Jahren.¹³² Die Ehemündigkeit tritt also erst mit der Volljährigkeit¹³³ ein.

¹²² BGBl. I 2017, S. 2429.

¹²³ MüKoBGB/Coester, 8. Aufl. 2020, EGBGB Art. 13 Rn. 39; Zur Kritik siehe Kinderrechkommission des DFGT FamRZ 2017, 77 ff.; Andrae NZFam 2016, 932 ff.; Antomo ZRP 2017, 79 (82); Coester-Waltjen IPRax 2017, 429 (432 ff.); Palandt/Thorn Rn. 20, 23 ff.; Weller/Thomale/Hategan/Werner FamRZ 2018, 1289 (1297 f).

¹²⁴ Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 BGB

¹²⁵ BGH NZFam 2019, 65 = FamRZ 2019, 181 mAnm Hettich FamRZ 2019, 188 sowie Dutta FamRZ 2019, 188 ff.

¹²⁶ MüKoBGB/Coester, 8. Aufl. 2020, EGBGB Art. 13 Rn. 39.

¹²⁷ Art. 13 Abs. 3 Nr. 2 BGB.

¹²⁸ vgl. BT-Drs. 18/120, 1686; Palandt/Thorn Rn. 23; Reuß FamRZ 2019, 1 (4 f.).

¹²⁹ Zu Ganzen mwN MüKoBGB/Coester, 8. Aufl. 2020, EGBGB Art. 13 Rn. 39.

¹³⁰ § 1303 Abs. 1 BGB a.F.: „Eine Ehe soll nicht vor Eintritt der Volljährigkeit eingegangen werden.“ Die neue Fassung des § 1303 Abs. 1 BGB spricht dagegen von „darf nicht vor Eintritt der Volljährigkeit eingegangen werden.“

¹³¹ § 1303 Abs. 2 BGB a.F. Der andere Ehegatte musste dagegen volljährig sein.

¹³² § 1303 BGB.

¹³³ Vgl. § 2 BGB: Die Volljährigkeit tritt mit der Vollendung des 18. Lebensjahres ein.

Die Altersgrenze von 16 Jahren spielt nunmehr lediglich bei den Rechtsfolgen eine Rolle: Eine zwischen dem 16. und 18. Lebensjahr geschlossene Ehe *kann* aufgehoben werden, ist also grundsätzlich wirksam.¹³⁴ Ausgeschlossen ist die Aufhebung lediglich dann, wenn der minderjährige Ehegatte nach Erreichen der Volljährigkeit die Ehe fortsetzen will¹³⁵ oder zur Vermeidung schwerwiegender Härten für den minderjährigen Ehegatten.¹³⁶ Hinsichtlich der Eheschließung unter Beteiligung einer *unter 16-jährigen Person* galt eine solche Ehe vor der Reform als nichtig, wurde aber bis zur Feststellung ihrer Nichtigkeit durch Gerichtsurteil als wirksam behandelt.¹³⁷ Seit der Reform gilt eine solche Ehe als *Nicht-Ehe*, entfaltet also keinerlei Rechtswirkungen im Zivilrecht.¹³⁸

Anders als in Österreich die sog. Nichtigerklärung wirkt die gerichtliche Entscheidung über die Aufhebung der Ehe jedoch bereits seit 1998 in Deutschland nicht mehr ex-tunc, sondern immer nur in die Zukunft.¹³⁹ Die in Österreich geläufige Unterscheidung zwischen der nichtigen und aufhebbarer Ehe spielt deshalb in Deutschland keine Rolle. Wie Österreich kennt Deutschland jedoch – wie oben angesprochen – die Nicht-Ehe, die wie ein rechtliches nullum behandelt wird.¹⁴⁰

Eine Ehe kann aufgehoben werden,¹⁴¹ wenn ein Fall der Minderjährigenehe vorliegt und der Minderjährige im Zeitpunkt der Eheschließung das 16. Lebensjahr vollendet hatte,¹⁴² oder einer der Ehegatten geschäftsunfähig ist.¹⁴³ Ferner kommen als Aufhebungsgründe noch das Vorliegen einer Doppel-¹⁴⁴ oder Verwandtenehe¹⁴⁵ in Betracht. Auch eine Stellvertreterehe¹⁴⁶ kann zur Aufhebung der Ehe führen. Darüber hinaus kann eine Ehe aufgehoben, wenn ein Ehegatte sich bei der Eheschließung im Zustand der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit befand¹⁴⁷ oder ein Ehegatte bei der Eheschließung nicht gewusst hat, dass es sich um eine Eheschließung handelt.¹⁴⁸ Die Aufhebung kommt ferner in Betracht, wenn ein Ehegatte zur Eingehung der Ehe durch arglistige Täuschung über solche Umstände bestimmt worden ist, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten hätten; dies gilt nicht, wenn die Täuschung Vermögensverhältnisse betrifft oder von einem Dritten ohne Wissen des anderen Ehegatten verübt worden ist.¹⁴⁹ Die Aufhebung ist auch dann möglich, wenn ein Ehegatte zur Eingehung der Ehe widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist¹⁵⁰ oder eine Scheinehe vorliegt.¹⁵¹

¹³⁴ §§ 1313, 1314 Abs.1 Ziff. 1 BGB.

¹³⁵ § 1315 lit. a BGB.

¹³⁶ § 1315 lit. b BGB.

¹³⁷ § 1314 Abs. 1 BGB.

¹³⁸ Diese Folge ergibt sich zumindest mittelbar aus zahlreichen Bestimmungen, vgl. etwa § 1303 S.2 BGB, 1314 Abs. 1 Ziff. 1 BGB. Siehe hierzu ausführlich Nadjma Yassari/Ralf Michaels, Die Frühehe im Recht, S. 3.

¹³⁹ § 1313 BGB. Die Rechtslage wurde durch Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts vom 04. Mai 1998 geändert.

¹⁴⁰ Siehe hierzu das Gutachten zur österreichischen Rechtslage.

¹⁴¹ § 1314 BGB

¹⁴² § 1314 Abs. 1 Ziff. 1 BGB.

¹⁴³ § 1314 Abs. 1 Ziff. 2 BGB.

¹⁴⁴ § 1314 Abs. 1 Ziff. 2 BGB.

¹⁴⁵ § 1314 Abs. 1 Ziff. 2 BGB.

¹⁴⁶ § 1314 Abs. 1 Ziff. 2 BGB.

¹⁴⁷ § 1314 Abs. 2 Ziff. 1 BGB.

¹⁴⁸ § 1314 Abs. 2 Ziff. 2 BGB.

¹⁴⁹ § 1314 Abs. 2 Ziff. 3 BGB.

¹⁵⁰ § 1314 Abs. 2 Ziff. 4 BGB.

¹⁵¹ § 1314 Abs. 2 Ziff. 5 BGB.

Die Aufhebung kann grundsätzlich von beiden Ehegatten sowie von der zuständigen Behörde beantragt werden.¹⁵² Im Falle der arglistigen Täuschung, Drohung und bei der Unkenntnis eines Ehegatten, dass es sich um eine Eheschliessung handelt, ist nur der geschädigte Ehegatte antragsberechtigt.¹⁵³

In Fällen der Doppelehe kann der Antrag auch von Dritten gestellt werden.¹⁵⁴

Beim Verstoss gegen das Verbot der Minderjährigen-, Doppel-, Verwandten- und Scheinehe sowie bei dauerhaftem oder vorübergehendem Fehlen der Geschäftsfähigkeit oder bei Vorliegen von Bewusstlosigkeit im Zeitpunkt der Eheschliessung soll die zuständige Verwaltungsbehörde den Antrag stellen, wenn nicht die Aufhebung der Ehe für einen Ehegatten oder für die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder eine so schwere Härte darstellen würde, dass die Aufrechterhaltung der Ehe ausnahmsweise geboten erscheint.¹⁵⁵ Bei einem Verstoß gegen das Verbot der Minderjährigenehe¹⁵⁶ muss die zuständige Behörde den Antrag stellen, es sei denn, der minderjährige Ehegatte ist zwischenzeitlich volljährig geworden und hat zu erkennen gegeben, dass er die Ehe fortsetzen will.¹⁵⁷

In der Praxis spielt die Reform der Altersgrenzen allerdings kaum eine Rolle, was insbesondere für die «autochthone» Bevölkerung gilt. Schon vor der Reform wurde die Dispensmöglichkeit kaum genutzt.¹⁵⁸ Auf die Rechtsfolgen eines Verstosses gegen die Voraussetzung der Ehemündigkeit, also das Mindestalter zur Eingehung einer Ehe, kommt es auch deshalb für in Deutschland geschlossene Ehen kaum an, da das zuständige Standesamt das Alter der Ehemündigen überprüfen muss und die Eheschliessung verweigern wird, wenn einer derselben das Mindestalter nicht erreicht hat.

Ein Ehegatte, der zur Eingehung der Ehe widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann – wie oben bereits kurz angerissen – die Aufhebung der Ehe verlangen.¹⁵⁹

Die Aufhebung ist ausgeschlossen, wenn der Ehegatte nach Entdeckung des Irrtums oder der Täuschung oder nach Aufhören der Zwangslage zu erkennen gegeben hat, dass er die Ehe fortsetzen will (Bestätigung).¹⁶⁰ Antragsberechtigt ist der durch Drohung zur Eingehung der Ehe bestimmte Ehegatte.¹⁶¹ Der Antrag auf Aufhebung der Ehe kann nur binnen drei Jahren gestellt werden. Die Frist beginnt mit dem Aufhören der Zwangslage; für den gesetzlichen Vertreter eines geschäftsunfähigen Ehegatten beginnt die Frist jedoch nicht vor dem Zeitpunkt, in welchem ihm die den Fristbeginn begründenden Umstände bekannt werden.¹⁶² Hat der gesetzliche Vertreter eines geschäftsunfähigen Ehegatten den Antrag nicht rechtzeitig gestellt, so kann der Ehegatte selbst innerhalb von sechs Monaten nach dem Wegfall der Geschäftsunfähigkeit den Antrag stellen.¹⁶³

Die Aufhebung der Ehe wegen Vorliegen eines Zwangstatbestandes hat die Wirkung der Ehescheidung, wodurch der *bedrohte Ehegatte* im Verhältnis zu anderen Aufhebungsgründen privilegiert wird, da nur er Anspruch auf nachehelichen Unterhalt hat, wenn und soweit dieser nach §§ 1569 ff. BGB begründet

¹⁵² § 1316 Abs. 1 Ziff. 1 BGB.

¹⁵³ § 1316 Abs. 1 Ziff. 2 BGB.

¹⁵⁴ § 1316 Abs. 1 Ziff. 1 BGB.

¹⁵⁵ § 1316 Abs. 3 S. 1 BGB.

¹⁵⁶ § 1303 Satz 1 BGB.

¹⁵⁷ § 1316 Abs. 3 S. 2 BGB.

¹⁵⁸ Siehe hierzu Nadjma Yassari/Ralf Michaels, Die Frühehe im Recht, S. 3 ff.

¹⁵⁹ § 1314 Abs. 2 Ziff. 4 BGB.

¹⁶⁰ § 1315 Abs. 1 Ziff. 4 BGB.

¹⁶¹ § 1316 Abs. 1 Ziff. 2 BGB.

¹⁶² § 1317 Abs. 1 BGB.

¹⁶³ § 1317 Abs. 2 BGB.

ist.¹⁶⁴ Darüber hinaus finden die güterrechtlichen Vorschriften entsprechend Anwendung, es sei denn dies ist im Hinblick auf die Umstände bei der Eheschließung oder bei Verstoß gegen das Verbot der Doppellehe im Hinblick auf die Belange der dritten Person grob unbillig.¹⁶⁵

Hinsichtlich der Wirkung der Aufhebung wegen Minderjährigkeit kommen die Vorschriften über den nachehelichen Unterhalt zugunsten des Ehegatten zur Anwendung, der im Zeitpunkt der Eheschließung die Aufhebbarkeit der Ehe nicht gekannt hat (was natürlich auch auf beide zutreffen kann).¹⁶⁶ Ebenso sind hinsichtlich der güterrechtlichen Auseinandersetzung sowie hinsichtlich der Ehwohnung und der Haushaltsgegenstände die Vorschriften des Scheidungsrechts anwendbar.

2. Internationales Privatrecht: Auslandsehen

Massgebliches Regelwerk für die Anerkennung im Ausland geschlossener Ehen ist in Deutschland das Einführungsgesetz zum BGB,¹⁶⁷ das spezielle Bestimmungen für im Ausland oder durch Ausländer geschlossene Ehe enthält. Für im Ausland geschlossene Ehen bestimmen sich die materiellen Voraussetzungen für deren Anerkennung in Deutschland nach dem Heimatrecht, werden also durch die Staatsangehörigkeit der Ehegatten bestimmt.¹⁶⁸

Vor der Reform führte dies dazu, dass von Ausländern im Ausland geschlossene Ehen auch dann nach deutschem Kollisionsrecht wirksam waren, wenn sie vor dem 18. Lebensjahr eingegangen worden waren, sofern dies nach dem Heimatrecht der Ehegatten zulässig war.¹⁶⁹ Eine Grenze stellte lediglich der deutsche *ordre public* dar, dessen genaue Auswirkungen auf eine Altersgrenze, bei deren Unterschreitung von einem Verstoß gegen die in Deutschland geltenden Grundwertungen auszugehen gewesen wäre, in der Rechtsprechung jedoch umstritten waren.¹⁷⁰

Seit der Reform werden nach ausländischem Recht geschlossene Minderjährigenehen für den deutschen Rechtsbereich im Wege der Sonderanknüpfung dem deutschen Recht unterworfen.

Eine Ehe, die zwischen dem 16. und 18. Lebensjahr geschlossen wurde (auch zweier Ausländer in ihrem Heimatland), ist damit nach deutschem Recht aufhebbar.¹⁷¹ Der Aufhebungsantrag muss von der Verwaltungsbehörde gestellt werden und auch das Familiengericht darf von einer Aufhebung der Ehe nur absehen, wenn dies zur Vermeidung einer schweren Härte für die Ehegatten oder die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder geboten erscheint.¹⁷² Die Gerichte gehen regelmässig vom Vorliegen einer

¹⁶⁴ § 1318 Abs. 1, 2 Ziff.1 BGB.

¹⁶⁵ § 1318 Abs. 3 BGB.

¹⁶⁶ Beck OK BGB/Hahn BGB § 1318 Rn. 2.

¹⁶⁷ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 21. Dezember 2021 (BGBl. I S. 5252) geändert worden ist.

¹⁶⁸ Art. 13 Abs. 1 EGBGB.

¹⁶⁹ Nadjma Yassari/Ralf Michaels, Die Frühehe im Recht, S. 3 f.

¹⁷⁰ Nadjma Yassari/Ralf Michaels, Die Frühehe im Recht, S. 3 f mwN.

¹⁷¹ Art. 13 Abs. 3 Nr. 2 EGBGB.

¹⁷² § 1316 Abs. 3 BGB. In Art. 229 § 44 wird diese strikte Durchsetzung deutschen Rechts allerdings für einige Altfälle zurückgenommen: Die Eheschließung mit einem Minderjährigen unter 16 Jahren bleibt auch in Deutschland wirksam, wenn dieser zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Reformgesetzes am 1.10.2017 bereits (nach deutschem Recht) volljährig geworden war (Art. 229 § 44 Abs. 4 Nr. 1; BGBl. 2017 I S. 2429), oder wenn die mit einem Minderjährigen geschlossene Ehe im Ausland geführt wurde, kein Ehegatte bis zu dieser Zeit seinen Aufenthalt in Deutschland hatte und der bei Heirat minderjährige Ehegatte inzwischen volljährig geworden ist (Art. 229 § 44 Abs. 4 Nr. 2), hierzu MüKoBGB/Coester, 8. Aufl. 2020, EGBGB Art. 13.

besonderen Härte aus und stützen sich dabei etwa auf das Vorhandensein gemeinsamer Kinder, die Freiwilligkeit der Eheschließung oder auf die Frage, ob die Ehe ansonsten nach Vollendung des 18. Lebensjahres sofort wieder geschlossen würde.¹⁷³ Ein volljährig gewordener Minderjähriger kann die Ehe zudem bestätigen und so die Aufhebung ausschliessen.¹⁷⁴

Ehen, bei denen der Verlobte im Zeitpunkt der Eheschließung das 16. Lebensjahr nicht vollendet hatte, sind dagegen seit der Reform nach deutschem Recht unwirksam.¹⁷⁵

Die Bestimmung, wonach Ehen unter Beteiligung von unter 16-Jährigen zwingend unwirksam sind, hat – wie oben erwähnt – auch den Bundesgerichtshof (BGH) beschäftigt, der diese in der Auffassung, diese verstosse gegen Verfassungsrecht, insbesondere den grundgesetzlich gewährleisteten Schutz der Ehe, das Rückwirkungsverbot und den Gleichheitsgrundsatz dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zu Prüfung vorgelegt hat. Das Verfahren ist derzeit noch beim BVerfG anhängig. Die Mehrheit der Literatur geht von der Verfassungswidrigkeit der pauschalen Unwirksamkeit entsprechender Ehen und damit von der Nichtigkeit der Vorschrift aus.¹⁷⁶

In der Rechtspraxis zeitigt die Reform jedoch kaum Wirkungen. Von den Justizverwaltungsbehörden wurden in den Jahren 2017 bis einschliesslich 1. Quartal 2020 insgesamt 104 Eheaufhebungsanträge gemeldet, von denen elf erfolgreich waren. Es wird daher insbesondere die Pflicht zur Antragsstellung kritisiert.¹⁷⁷

In der Praxis der Behörden, insbesondere der Jugendämter, werde aber letztlich so vorgegangen wie vor der Reform, es werde auch im Umgang mit Ehen, die von unter 16-Jährigen geschlossen wurden, eine Einzelfallabwägung vorgenommen.¹⁷⁸

Vor den Gerichten sei es in diesem Zeitraum lediglich zu zehn Aufhebungen gekommen. Formell sei in Deutschland zudem keine Minderjährigenehe geschlossen worden,¹⁷⁹ wobei es aber zu 59 Ablehnungen von Anträgen auf Eheschließung gekommen sei.¹⁸⁰

Im Fall von vor dem 16. Geburtstag geschlossenen Ehen kann anders als bei den Ehen von zwischen 16- und 18-Jährigen kein besonderer Härtefall angenommen werden, um die Auslandsehe anzuerkennen. Diese ist also – wie oben bereits ausgeführt – von den Gerichten als Nicht-Ehe zu behandeln. Eine Ausnahme stellt dabei der Fall dar, dass die alte Fassung der Kollisionsvorschriften aufgrund

¹⁷³ MüKoBGB/Wellenhofer, 8. Aufl. 2019, BGB § 1315 Rn. 3, 4.

¹⁷⁴ § 1315 Abs.1 lit. a BGB.

¹⁷⁵ Art. 13 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB. Diese entfalten im Ausländer- und Asylrecht dennoch gewisse Rechtswirkungen, siehe unten

¹⁷⁶ Nadjma Yassari/Ralf Michaels, Die Frühehe im Recht, S. 8 ff. mit zahlreichen Nachweisen auch zur Prozessgeschichte.

¹⁷⁷ Nadjma Yassari/Ralf Michaels, Die Frühehe im Recht, S. 5.

¹⁷⁸ Nadjma Yassari/Ralf Michaels, Die Frühehe im Recht, S. 6.

¹⁷⁹ Nadjma Yassari/Ralf Michaels, Die Frühehe im Recht, S. 6 unter Verweis auf den Bericht des Bundesjustizministeriums „Gesamtauswertung zur Evaluierung des Gesetzes zur Bekämpfung von Kinderehen“ (BMJV-Bericht), S. 8.

https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/ExterneDokumente/Evaluierung_Gesetz_Kinderehen_Gesamtbericht.pdf;jsessionid=138EBF8DECCBA73382AAFF10F9301EC7.1_cid297?__blob=publicationFile&v=1 (07.02.2022).

¹⁸⁰ BMJV-Bericht, S. 22.

bestimmter Übergangsvorschriften Anwendung finden.¹⁸¹ Ob die ausnahmslose Nichtanerkennung mit der Freizügigkeit vereinbar ist, ist bislang noch unklar.¹⁸²

3. Strafrecht: Strafbarkeit der Frühehe

Das deutsche Strafrecht kennt keinen Sondertatbestand, der das Eingehen oder Herbeiführen einer Minderjährigenehe unter Strafe stellen würde. Das im Jahr 2011¹⁸³ neu als selbstständiger Tatbestand eingeführte Delikt der Zwangsheirat¹⁸⁴ stellt jedoch Nötigungshandlungen, die zur Schliessung einer Ehe führen sowie Verschleppungshandlungen, die zu diesem Zwecke vorgenommen werden, unter Strafe.¹⁸⁵ Die Vorschrift schützt nicht nur ehemündige Personen, sondern taugliches Opfer kann grundsätzlich jeder sein. Überwiegend sollen minderjährige Mädchen und junge Frauen zwischen 15 und 18 Jahren, aber auch sehr viel jüngere Opfer ab zehn Jahre sowie männliche Jugendliche und junge Männer vom Tatbestand typischerweise erfasst sein.¹⁸⁶

Die Vorschrift enthält – wie bereits angedeutet – zwei verschiedene Straftatbestände. Der Grundtatbestand der Zwangsheirat¹⁸⁷ regelt und erfasst die Nötigung zur Eingehung der Ehe unter Einsatz von Nötigungsmitteln. Der tatbestandliche Erfolg liegt in der Eingehung der Ehe, so dass es sich um ein Erfolgsdelikt, genauer: um ein Verletzungsdelikt, handelt.

Daneben regelt die Vorschrift Fälle, in denen das Opfer dem tatsächlichen und rechtlichen Schutz, der mit seinem Aufenthalt im Inland verbunden ist, durch besondere Einwirkung entzogen wird, um es zur Eingehung der Ehe zu bestimmen.¹⁸⁸ Der Erfolg der Eheschliessung muss also nicht eingetreten sein. Der objektiv-tatbestandliche Erfolg liegt allein entweder in dem Verbringen des Opfers in ein Gebiet ausserhalb des räumlichen Geltungsbereichs des Strafgesetzbuchs oder in der Veranlassung des Opfers, sich dorthin zu begeben, oder in der Motivation des Opfers, von dort zurückzukehren. Der Gesetzgeber hat mit der Schaffung dieses Tatbestandes den besseren Schutz von Mädchen und jungen Frauen vor sog. Ferienverheiratungen oder sog. Heiratsverschleppung beabsichtigt, indem die Strafbarkeit auf den Zeitpunkt des Entzuges des Schutzes, der mit dem Aufenthalt im Inland verbunden ist, vorverlagert wird.¹⁸⁹ Die Anwendung des deutschen Strafrechts auf eine im Ausland begangene Tat ist sichergestellt, wenn der Täter zur Zeit der Tat Deutscher ist oder wenn die Tat sich gegen eine Person richtet, die zur Zeit der Tat ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.¹⁹⁰ Dolus eventualis genügt, wenn auch in den meisten Fällen der Täter, der eine Heirat eines Dritten mit Nötigungswillen erzwingt oder zu erzwingen versucht, den Eintritt der Zwangsheirat als Erfolg seines Handelns nicht nur billigend in Kauf nimmt, sondern es ihm gerade darauf ankommt, mithin dolus directus 1. oder 2. Grades vorliegt.¹⁹¹

¹⁸¹ Art. 229 § 44 EGBGB.

¹⁸² Nadjma Yassari/Ralf Michaels, Die Frühehe im Recht, S. 7 mwN.

¹⁸³ Gesetz zur Bekämpfung der Zwangsheirat und zum besseren Schutz der Opfer von Zwangsheirat sowie zur Änderung weiterer aufenthalts- und asylrechtlicher Vorschriften vom 23.6.2011, BGBl. I S. 1266, mit Wirkung zum 1.7.2011.

¹⁸⁴ § 237 StGB.

¹⁸⁵ Vor der Reform handelt es sich um eine Nötigung in einem besonders schweren Fall, § 240 Abs.4 dStGB a.F.

¹⁸⁶ MüKoStGB/Wieck-Noodt, 4. Aufl. 2021, StGB § 237 Rn. 32.

¹⁸⁷ § 237 Abs. 1 Satz 1 StGB.

¹⁸⁸ § 237 Abs. 2 StGB.

¹⁸⁹ MüKoStGB/Wieck-Noodt, 4. Aufl. 2021, StGB § 237 Rn. 15.

¹⁹⁰ § 5 Nr. 6c StGB.

¹⁹¹ MüKoStGB/Wieck-Noodt, 4. Aufl. 2021, StGB § 237 Rn. 56.

Der Strafrahmen beider Straftatbestände beträgt Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.

Die Frage, ob eine Minderjährigenehe, d.h. jedenfalls eine Ehe von unter 16-Jährigen, regelmässig den Tatbestand der Zwangsehe verwirklicht, da eine Person entsprechenden Alters nicht in der Lage sein könne, einen Heiratswillen zu bilden, weshalb bei einer Eheschliessung unter Beteiligung von Kindern oder Jugendlichen von unter 16 Jahren immer von einer rechtswidrigen Nötigungslage auszugehen sei, wird in der Literatur nicht behandelt.¹⁹² Das dürfte auch daran liegen, dass das vom Tatbestand geschützte Rechtsgut in der Eheschliessungsfreiheit¹⁹³ gesehen wird, die als Unterfälle der vom Tatbestand der Nötigung allgemein geschützten Willensbetätigungsfreiheit das Recht auf freie Eheschliessung und Partnerwahl, wie auch auf *einen Verzicht auf die Eingehung der Ehe* umfasst.¹⁹⁴ Wenn damit aber bereits 10-Jährige als taugliches Tatopfer in Betracht kommen sollen, was voraussetzt dass diese Inhaber der von der Vorschrift als Rechtsgut geschützten Eheschliessungsfreiheit sind, dann kann nach unserer Auffassung allein das Alter, mithin das alleinige Vorliegen einer Kinder- oder Frühehe, nicht automatisch dazu führen, dass auch der Tatbestand der Zwangsheirat erfüllt ist.¹⁹⁵

4. Ausländerrecht: Auswirkungen auf den anlässlich der Eheschliessung erlangten Aufenthaltstitel

Grundsätzlich setzt das Fortbestehen eines eigenständigen vom Familiennachzug unabhängigen Aufenthaltsrechts des Ehegatten im Falle der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft voraus, dass die eheliche Lebensgemeinschaft seit mindestens *drei Jahren* rechtmässig im Bundesgebiet bestanden hat.¹⁹⁶ Eheliche Lebensgemeinschaft meint dabei das tatsächliche Führen einer andauernden Wohn-, Wirtschafts- und Geschlechtsgemeinschaft.

Von der Voraussetzung des dreijährigen rechtmässigen Bestandes der ehelichen Lebensgemeinschaft im Bundesgebiet ist jedoch abzusehen, soweit es zur Vermeidung einer besonderen Härte erforderlich ist, dem Ehegatten den weiteren Aufenthalt zu ermöglichen, es sei denn, für den Ausländer ist die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis ausgeschlossen.¹⁹⁷ Mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen wurde sodann festgelegt, dass eine besondere Härte insbesondere dann vorliegt, wenn die Ehe nach deutschem Recht wegen Minderjährigkeit des Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschliessung unwirksam ist.¹⁹⁸ Insofern hat der zum Zeitpunkt der Eheschliessung minderjährige Ehepartner nach Aufhebung der Ehe ein Anspruch auf Verlängerung seines Aufenthaltsrechts ohne dass die Ehe in Deutschland mindestens drei Jahre bestanden haben müsste.

Gleiches gilt im Übrigen für Opfer von Zwangsverheiratungen. Auch bei diesen wird regelmässig vom Vorliegen einer besonderen Härte auszugehen sein.¹⁹⁹

¹⁹² Bei Schönke/Schröder/Eisele StGB § 237 Rn 14a findet sich zumindest eine Stellungnahme zur Frage, ob nach deutschem Recht wegen Minderjährigkeit unwirksame Ehen auch vom Schutzbereich des 237 StGB erfasst sind, wo letztlich auf das Minderjährigen-Schutzkonzept, das gerade dem Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen vom 17.7.2017 abgestellt wird, dem es diametral zuwiderlaufen würde, würde man unter 16-Jährige nicht vom Tatbestand erfasst sehen.

¹⁹³ BT-Dr 17/4401, S 1.

¹⁹⁴ Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 237 Rn. 2

¹⁹⁵ Bei den hier dargelegten Erwägungen handelt es sich um die Auslegung des Instituts. Zu der Parallelproblematik bei den Sexualdelikten gegenüber Kindern siehe Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 176 Rn. 1.

¹⁹⁶ § 31 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG.

¹⁹⁷ § 31 Abs. 2 AufenthG.

¹⁹⁸ § 31 Abs. 2 S. 2 AufenthG.

¹⁹⁹ BeckOK AusIR/Tewocht, 31. Ed. 1.10.2021, AufenthG § 31 Rn. 21.

Im Falle einer Aufhebung der Ehe, bei der tatsächlich keine eheliche Lebensgemeinschaft bestand, es sich also um eine sog. *Scheinehe* handelte, bleibt dem ausländische Ehegatte *ein* eigenständiges Aufenthaltsrecht verwehrt.

Wenn der Ausländer eine andere Person zur Eingehung der Ehe genötigt oder dies versucht hat oder als Geistlicher oder Sorgeberechtigter eine religiöse oder traditionelle Handlung, die darauf gerichtet ist, eine der Ehe vergleichbare dauerhafte Bindung zweier Personen zu begründen, von denen eine das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat,²⁰⁰ vornimmt, so hat dies erhebliche Konsequenzen für sein Aufenthaltsrecht. In diesem Fall wiegt das Interesse an seiner Ausweisung schwer,²⁰¹ d.h. es ist von einem gewichtigen öffentlichen Interesse an der Ausweisung des Ausländers auszugehen.²⁰²

Das gilt nicht für die Ausweisung von Unionsbürgern und ihrer Familienangehörigen, die eine abschließende Regelung in dem Freizügigkeitsgesetz/EU erfahren hat.²⁰³

5. Asylrecht: Internationaler Schutz vor der Eingehung von Frühehen

In Deutschland ist – ungeachtet dessen, ob es sich um einen Minderjährigen handelt oder nicht – anerkannt, dass die Zwangsheirat eine Verfolgungshandlung²⁰⁴ darstellt, die – wenn diese im Heimatland droht oder wenn wegen dieser bestimmte, etwa in Folge einer im Aufnahmeland erfolgten Scheidung bei Rückkehr in das Heimatland, schwerwiegende Folgen drohen – die *Flüchtlingseigenschaft* begründen kann. Die Problematik wird im Zusammenhang mit asylrechtlichen Fragen – soweit ersichtlich – nicht speziell bezogen auf Kinderehen diskutiert, sondern vor allem im Verhältnis zu Zwangsehen.²⁰⁵

Die Zuerkennung des Flüchtlingsstatus setzt im Allgemeinen voraus, dass die konkrete Person sich nach der Überzeugung der zur Entscheidung über den Aufenthaltsstatus zuständigen Stelle aus begründeter Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe ausserhalb des Landes (Herkunftsland) befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt und dessen Schutz sie nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Furcht nicht in Anspruch nehmen will.²⁰⁶ Als Verfolgung in diesem Sinne gelten dabei Handlungen, die schwerwiegende Verletzung der grundlegenden Menschenrechte darstellen.²⁰⁷ Bei der Freiheit der Eheschliessung handelt es sich nach allgemeiner Ansicht um ein solches grundlegendes Menschenrecht.²⁰⁸ Zudem droht einer von einer Zwangsheirat betroffenen Frau mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit sexuelle Gewalt und im Falle der Verweigerung der Zwangsheirat oder der Flucht aus dieser physische Gewalt.²⁰⁹

²⁰⁰ § 54 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG i.V.m. § 11 Abs. 2 Personenstandsgesetz (PStG).

²⁰¹ § 54 Abs. 2 Nr. 6 AufenthG.

²⁰² BeckOK AusIR/Fleuß, 31. Ed. 1.7.2021, AufenthG § 54 Rn. 154.

²⁰³ BeckOK AusIR/Fleuß, 31. Ed. 1.7.2021, AufenthG § 54 Rn. 3.

²⁰⁴ § 3a Abs. 2 Nr. 6 AsylG.

²⁰⁵ Insgesamt kritisch zur eingenenommenen Perspektive bei der Debatte um Kinder- und Zwangsehen in Deutschland siehe die Stellungnahmen des MPI [Die Frühehe vor dem Grundgesetz | Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht \(mpipriv.de\)](https://www.mpipriv.de) (14.03.2022).

²⁰⁶ § 3 AsylG.

²⁰⁷ § 3a Abs. 1 Nr. 1 AsylG.

²⁰⁸ Dieses ist im Übrigen in Art. 12 EMRK, Art. 9 GR-Charta und Art. 16 Abs. 2 UN-Menschenrechtserklärung garantiert.

²⁰⁹ VG Würzburg, Urt. v. 14.03.2019 - W 9 K 17.31742.

Der Verfolgungsgrund ist im Fall der Zwangsheirat regelmässig die Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe.²¹⁰ Eine solche kann auch dann vorliegen, wenn sie allein an das Geschlecht oder die geschlechtliche Identität anknüpft. In Betracht kommen bei den Verfolgungsakteuren auch nicht-staatliche Akteure, wie etwa die eigene Familie in vielen Fällen mit Bezug zu Zwangsverheiratungen.²¹¹

In allen Fällen handelt es sich bei der Zuerkennung des Flüchtlingsstatus um eine Einzelfallentscheidung. In jedem Fall muss die Person glaubhaft machen, dass ihr eine Zwangsverheiratung droh oder dass ihr, weil sie etwa ihren Ehepartner im Aufnahmeland verlassen hat, im Heimatland eine schwerwiegende Verletzung ihrer Menschenrechte aufgrund ihres Lebenswandels bevorsteht.²¹²

Durch das bereits angesprochenen Gesetz zur Bekämpfung der Kinderehe wurde zudem eine Änderung des Familienasyls, also eines vollwertigen, wenn auch von einem Asylberechtigten abgeleiteten Asylanspruchs, vorgenommen. Für die Zuerkennung von Familienasyl ist es nunmehr unbeachtlich, wenn die Ehe nach deutschem Recht wegen *Minderjährigkeit* im Zeitpunkt der Eheschliessung unwirksam oder aufgehoben worden ist; dies gilt jedoch nicht zugunsten des im Zeitpunkt der Eheschliessung volljährigen Ehegatten.²¹³ Der zum Zeitpunkt der Eheschliessung minderjährige (wohl unter 16-Jährige) Ehegatte kommt daher trotz der nicht mehr bestehenden Ehe in den Genuss des Familienasyls.

Asylberechtigte erhalten von ihrer Ausländerbehörde zunächst eine Aufenthaltserlaubnis für drei Jahre, die danach verlängert werden kann.²¹⁴ Dasselbe gilt, wenn die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt worden ist.²¹⁵ Nach frühestens drei Jahren kann unter bestimmten Voraussetzungen eine unbefristete Niederlassungserlaubnis erteilt werden, wenn unter anderem der Lebensunterhalt weit überwiegend gesichert ist und die deutsche Sprache beherrscht wird (Niveau C 1 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen).²¹⁶ Nach fünf Jahren kann eine Niederlassungserlaubnis erteilt werden, wenn unter anderem der Lebensunterhalt überwiegend gesichert ist und hinreichende Kenntnisse der deutschen Sprache vorliegen (Niveau A2).²¹⁷ Die Zeit des Asylverfahrens wird in beiden Fällen eingerechnet.²¹⁸ Voraussetzung ist jeweils, dass das Bundesamt kein Widerrufsverfahren einleitet,²¹⁹ was in Betracht kommt, wenn sich die Verfolgungssituation dauerhaft geändert hat bzw. diese nicht mehr besteht und den Betroffenen bei einer Rückkehr keine Gefahren mehr drohen.²²⁰

²¹⁰ § 3b Abs. 1 Nr. 4 AsylG.

²¹¹ VG München, Urt. v. 25.04.2017 - M 26 K 16.34294.

²¹² VG Gießen, Urt. v. 02.09.2019 - 1 K 7171/17.GI.A.

²¹³ § 26 Abs. 1 S.2 AsylG.

²¹⁴ § 25 Abs. 1-3, 26 AufenthG.

²¹⁵ § 26 Abs. 1 AufenthG.

²¹⁶ § 26 Abs. 3 S.2 AufenthG.

²¹⁷ § 9 Abs. 2 AufenthG.

²¹⁸ <https://www.bamf.de/DE/Themen/AsylFluechtlingsschutz/AblaufAsylverfahrens/Ausgang/Aufenthalts-erlaubnis/aufenthalts-erlaubnis-node.html> (14.03.2022).

²¹⁹ Geregelt in §§ 73 ff. AsylG bzw. in §§ 50 ff. AufenthG.

²²⁰ <https://www.bamf.de/DE/Themen/AsylFluechtlingsschutz/AblaufAsylverfahrens/Ausgang/Widerruf-Ruecknahme/widerruf-ruecknahme-node.html> (14.03.2022).

C. Autriche

Zusammenfassung der jüngsten Entwicklungen

Die rezenten geopolitischen Entwicklungen haben auch in Österreich dazu geführt, dass die Problematik des Umgangs mit ausländischen Ehen, bei denen jedenfalls einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, zu einem sowohl juristischen als auch gesellschaftspolitischen Thema wurde.²²¹ Anders als in Deutschland, gab es in Österreich jedoch noch keine Reform der Vorschriften zur Anerkennung ausländischer Ehen.

1. Bürgerliches Recht: Wirksamkeitsvoraussetzungen der Ehe

Volljährig wird man in Österreich mit Vollendung des 18. Lebensjahres.²²² Brautleute müssen jedoch nicht notwendigerweise volljährig sein, um in Österreich heiraten zu können.²²³ Voraussetzung hierfür ist, dass diese entscheidungsfähig sind. Wer noch nicht volljährig, aber bereits 16 Jahre alt ist, kann bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen eine rechtsgültige Ehe schließen.²²⁴ Ehemögliche Minderjährige sind auf ihren Antrag für ehefähig zu erklären, wenn der künftige Ehegatte volljährig ist und sie für diese Ehe reif erscheinen; die minderjährige Person bedarf zur Eingehung der Ehe der Ehefähigkeitserklärung durch das Gericht sowie der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters oder – falls letzterer die Zustimmung verweigert – eines gerichtlichen Dispens, den das Gericht auf Antrag der minderjährigen Person erteilt, sofern keine gerechtfertigten Gründe für die Weigerung vorliegen.²²⁵

«Entscheidungsfähig ist, wer die Bedeutung und die Folgen seines Handelns im jeweiligen Zusammenhang verstehen, seinen Willen danach bestimmen und sich entsprechend verhalten kann».²²⁶

Die Bedeutung der Entscheidungsfähigkeit für die Eheschließung erläutern die Gesetzesmaterialien wie folgt:

Die eheschließende Person « [...] muss verstehen können, was eine Ehe ist und was es heißt, eine solche einzugehen, sowie entsprechend dieser Einsicht handeln können. Dabei ist [...] kein allzu strenger Maßstab anzusetzen: Die Person muss nicht im Einzelnen die Folgen der Ehe oder ihrer Auflösung einschätzen können. Es kommt vielmehr darauf an, dass die betreffende Person konkret den Vorgang der Eheschließung erfassen kann».²²⁷

Beantragt der ehewillige Minderjährige einen gerichtlichen Dispens, so hat sich das Gericht Klarheit darüber zu verschaffen, ob der Minderjährige über die «geistige, charakterliche und sittliche» Reife verfügt und die «wesentlichen Grundsätze des Rechtsinstituts der Ehe und der daraus fließenden

²²¹ Siehe etwa Lehofer, Kinderehe und ordre public, in: Jus-Extra 2020/7029; Melcher, (Un-)Wirksamkeit von Kinderehen in Österreich, EF-Z 2018/50, 103, in: Zak 2018/307; <https://www.pressreader.com/austria/salzbürger-nachrichten/20161115/281513635735048> (04.02.2022).

²²² Kolmasch, Melcher, (Un-)Wirksamkeit von Kinderehen in Österreich, EF-Z 2018/50, 103., Zak 2018/307. § 21 Abs. 2 ABGB.

²²³ Gem. § 1 EheG.

²²⁴ § 1 Abs. 2 EheG. Ehelfähig ist man aber grds erst, wenn man volljährig und entscheidungsfähig ist. Die fehlende Volljährigkeit kann jedoch durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt werden.

²²⁵ § 1 Abs. 2 EheG.

²²⁶ § 24 Abs. 2 ABGB.

²²⁷ https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/I/I_01461/index.shtml (06.02.2022) unter „Erläuterungen“, S. 52.

Pflichten» erfassen kann.²²⁸ Relevant für diese Beurteilung sind insbesondere das Vorhandensein von Plänen für eine gemeinsame Zukunft der beiden Eheleute sowie die Stabilität der Lebensverhältnisse. Keine Rolle soll dagegen eine etwaige Schwangerschaft der Braut sowie ein bisher bestehender gemeinsamer Haushalt mit den Eltern spielen.²²⁹

Seine Rechtsnatur nach ist der Dispens keine Ermessensentscheidung. Bestehen keine schwerwiegenden Gründe für dessen Ablehnung, ist dieser zu erteilen.²³⁰

Das Gesetz unterscheidet zwischen der Aufhebung der Ehe und der Nichtigkeit der Ehe sowie – jedenfalls konkludent – der Nichtehe. Anders als die „Nichtehe“ ist die nichtige (d. h. die mit Nichtigkeitsgründen belastete) Ehe bloß eine im Klageweg *vernichtbare* Ehe, also bis zur Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils voll wirksam und wird erst mit dieser rückwirkend beseitigt, wobei nicht alle Nichtigkeitswirkungen zurückwirken.²³¹ Im Gegensatz zur Nichtigklärung einer Ehe wirkt ihre Aufhebung nur ex nunc, und zwar erst ab Rechtskraft des Aufhebungsurteils.²³²

Eine Ehe ist nur bei Vorliegen der im Gesetz genannten Gründe nichtig.²³³ Die Nichtigkeit der Ehe tritt jedoch *nicht ipso iure* ein, sondern setzt *ein gerichtliches Urteil* voraus, das die Ehe für nichtig erklärt. Dem Urteil geht ein entweder von den Ehegatten oder von der Staatsanwaltschaft ausgehendes Begehren der Nichtigkeitserklärung voraus.²³⁴

Durch das Nichtigkeitsurteil wird die Ehe mit Wirkung ex tunc aufgehoben.²³⁵

Die fehlende Ehefähigkeit bei Minderjährigen stellt einen solchen gesetzlich anerkannten Nichtigkeitsgrund dar.²³⁶ Die Ehe ist jedoch als *von Anfang an gültig* anzusehen, wenn der zunächst eheunfähige Ehegatte nach Eintritt der Ehefähigkeit zu erkennen gibt, dass er die Ehe fortsetzen will.²³⁷

Die *Berufung auf die Nichtigkeit* wegen fehlender Ehefähigkeit ist indes *unzulässig*, wenn es lediglich an der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Eheschließung (die auch nicht vor der Eheschließung gerichtlich ersetzt worden war) fehlte.²³⁸ In diesem Fall kann der zum Zeitpunkt minderjährige Ehegatte die *Aufhebung der Ehe* verlangen, deren Wirkung ex nunc eintritt.²³⁹

²²⁸ Siehr, Die Frühehe in Österreich, in: Yassari/Michaels (Hrsg.), Die Frühehe im Recht, S. 560 mwN.

²²⁹ Siehr, ebd.

²³⁰ Siehr, S. 560.

²³¹ Nademleinsky in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar5 (2020) zu § 20 EheG Rz 1.

²³² Koch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB6 (2020) zu §§ 33–34 EheG Rz 1.

²³³ § 20 EheG.

²³⁴ Im Fall der fehlenden Ehefähigkeit zum Zeitpunkt der Eheschließung kann das Nichtigkeitsbegehren nur von einem der Ehegatten und nicht von der Staatsanwaltschaft gestellt werden, 28 Abs. 1, 22 Abs. 1 EheG. Im Fall der Namens- und Staatsangehörigkeitsehe, also den typischen Formen der Scheinehe, kann die Feststellung der Nichtigkeit nur von der Staatsanwaltschaft begehrt werden, 28 Abs. 1, 23 Abs. 1 EheG. In den übrigen abschliessend in den 21-25 EheG genannten Fällen können sowohl die Ehegatten als auch die Staatsanwaltschaft die Feststellung der Nichtigkeit begehren, in manchen Fällen sogar der frühere Ehegatte (24 EheG).

²³⁵ Nademleinsky in Schwimann/Neumayr (Hrsg), ABGB Taschenkommentar5 (2020) zu § 20 EheG Rz 1.

²³⁶ § 22 Abs. 1 EheG.

²³⁷ « 22 Abs. 2 EheG.

²³⁸ Nademleinsky, in: Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskomentar5 (2019) § 35 EheG Rz 1.

²³⁹ Koch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB6 (2020) zu §§ 33–34 EheG Rz 1.

In allen anderen Fällen mangelnder Ehefähigkeit, namentlich wegen fehlender Ehefähigkeitsklärung des minderjährigen Ehegatten, ist die Ehe nichtig.²⁴⁰

Der *Aufhebungsgrund* kann jedoch dadurch geheilt werden, dass der gesetzliche Vertreter, solange der vertretene Ehegatte noch nicht volljährig ist, nachträglich zustimmt, das Gericht die verweigerte nachträgliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ersetzt oder der Ehegatte nach Erlangung seiner Volljährigkeit selbst zustimmt.²⁴¹

Rechtsfolge der Heilung ist, dass der Aufhebungsgrund nicht mehr vorliegt, weshalb damit grds. ein Begehren der Nichtigkeitserklärung in Betracht käme, was freilich keine vom Gesetzgeber gewollte Rechtsfolge sein kann und daher teleologisch zu berichtigen sei.²⁴²

Zur Verhinderung der Schliessung von Zwangsehen sind zunächst die Standesbeamten berufen. In praktischer Hinsicht sollen in Österreich Frühehen deshalb kaum vorkommen. Der betroffene Standesbeamte lehne eine Trauung von Minderjährigen ab, gegen diese Entscheidung könne dann vor Gericht vorgegangen werden.²⁴³

Eine Ehegatte, der zur Eingehung der Ehe widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist, kann die Aufhebung der Ehe verlangen.²⁴⁴ Die Aufhebung ist ausgeschlossen, wenn der Ehegatte nach Aufhören der durch die Drohung begründeten Zwangslage zu erkennen gegeben hat, dass er die Ehe fortsetzen will.²⁴⁵ Die Aufhebungsklage kann nur binnen eines Jahres erhoben werden,²⁴⁶ wobei die Frist mit dem Ende der Zwangslage zu laufen beginnt.²⁴⁷ Hat ein klageberechtigter Ehegatte, der nicht entscheidungsfähig ist, etwa der Minderjährige der zur Ehe gezwungen wurde, keinen gesetzlichen Vertreter, so endet die Klagefrist nicht vor dem Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkt, von dem an der Ehegatte die Aufhebungsklage selbständig erheben kann.²⁴⁸ Hat der gesetzliche Vertreter eines nicht entscheidungsfähigen Ehegatten die recht Aufhebungsklage nicht rechtzeitig erhoben, so kann der Ehegatte selbst innerhalb von sechs Monaten seit dem Wegfall der Entscheidungsunfähigkeit die Aufhebungsklage erheben.²⁴⁹

Die Ehe ist im Fall der Nichtigkeitserklärung als von Anfang an als nichtig anzusehen, wird aber zugunsten des gutgläubigen Ehegatten in vermögensrechtlichen Beziehungen²⁵⁰ und zugunsten Dritter²⁵¹ bis zur Nichtigkeitserklärung als wirksam betrachtet. Kinder aber, die während der nichtigen Ehe geboren wurden, sind eheliche Kinder des Ehegatten der Mutter. Das Urteil über eine Aufhebung hat die Wirkung einer Ehescheidung.²⁵²

²⁴⁰ Nademleinsky, in: Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar5 (2019) § 35 EheG Rz 1. und nach § 22 vorzugehen

²⁴¹ 35 EheG.

²⁴² Nademleinsky, in: Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar5 (2019) § 35 EheG Rz 2.

²⁴³ Siehr, S. 563.

²⁴⁴ § 39 Abs. 1 EheG.

²⁴⁵ § 39 Abs. 2 EheG.

²⁴⁶ § 40 Abs. 1 EheG

²⁴⁷ § 40 Abs. 2 EheG.

²⁴⁸ § 40 Abs. 4 EheG.

²⁴⁹ § 41 EheG.

²⁵⁰ § 31 EheG.

²⁵¹ § 32 EheG.

²⁵² § 42 Abs. 1 EheG.

2. Internationales Privatrecht: Auslandsehen

Österreich kennt keine kollisionsrechtliche Spezialgesetzgebung für im Ausland geschlossene Ehen, sondern wendet sein Gesetz über das internationale Privatrecht an.²⁵³ Eine im Ausland geschlossene Ehe ist nach den dortigen Bestimmungen wirksam, wenn sie nach dem Recht, das nach interpersonalem Recht der Rechtsordnung,²⁵⁴ die das Personalstatut (d.h. dem Recht der Staatsangehörigkeit)²⁵⁵ der Verlobten ist²⁵⁶ und die gemäss IPR-Gesetz für die Eheschliessung massgeblich ist,²⁵⁷ vollgültig ist und nicht gegen den *ordre public*²⁵⁸ verstösst. Im Ausland geschlossene Ehen müssen daher, um auch in Österreich Gültigkeit beanspruchen zu können, mit den österreichischen Grundwertungen vereinbar sein; verletzen sie diese, können die betreffenden Ehen für nichtig erklärt oder aufgehoben werden.²⁵⁹ Ehen eines Minderjährigen unter 16 Jahren sind auch in Österreich verpönt und verstossen wohl gegen den *ordre public*.²⁶⁰ Gleichwohl wird vertreten den *ordre-public-Vorbehalt* nur als *ordre public attenué* anzuwenden, da die Auslandsehe mit der Inlandsehe gleichzustellen sei.²⁶¹ Hieraus folgt, dass eine im Ausland geschlossene Frühehe wie eine Inlandsehe behandelt wird, bei der die Ehefähigkeit eines Verlobten in Wirklichkeit nicht vorlag.²⁶² Dies hat zur Folge, dass die angesprochenen Minderjährigenehen nur für nichtig erklärt oder aufgehoben werden können, jedoch *nicht ipso iure* nichtig sein sollen.²⁶³

Rechtstechnisch handelt es sich hierbei um die Anwendung der österreichischen eherechtlichen Bestimmungen als Ersatzrecht, das im Falle eines Verstosses gegen den inländischen *ordre public* zum Zuge kommt.²⁶⁴ Die Anwendung desselben verlangt aber, dass bei hinreichender Inlandsbeziehung, das Ergebnis, das bei Anwendung ausländischen Rechts erzielt wird, zu einer Verletzung inländischer Grundwertungen führt. Ersatzrecht ist dann das inländische Recht, die sog. *lex fori*.²⁶⁵ Bei einer Eheschliessung besteht die hinreichende Inlandsbeziehung immer dann, wenn entweder im Inland

²⁵³ Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz) StF: BGBl. Nr. 304/1978.

²⁵⁴ § 5 Abs. 3 IPR-G.

²⁵⁵ § 9 IPR-G.

²⁵⁶ Die Voraussetzungen der Eheschließung sowie die der Ehenichtigkeit und der Aufhebung sind für jeden der Verlobten nach seinem Personalstatut zu beurteilen, § 17 Abs. 1 IPR-G.

²⁵⁷ Gem. § 16 Abs. 2 und § 17 Abs. 1 IPR-G.

²⁵⁸ § 6 IPR-G.

²⁵⁹ Siehr, S. 566.

²⁶⁰ § 6 IPRG. Hierzu mwN Siehr, S. 566. Zur Parallelproblematik im österreichischen Asylrecht sei bemerkt, dass das österreichische Bundesverwaltungsgericht ausländische Frühehen mit 14- bzw. 15-Jährigen Beteiligten regelmässig, also ohne das Erfordernis eines vorangehenden Nichtigkeits- oder Aufhebungsurteils, als nichtig angesehen und als Anträge auf Einreise eines „Familienangehörigen“ in letzter Zeit immer abgelehnt hat, BVerwG 19.2.2017, ECLI:AT:BVWG2017:w161.2141251; BVerwG 7.11.2019, ECLI:AT:BVWG 19.2.2017:W205.2128456.100.

²⁶¹ Nademleinsky/Neumayr, Internationales Familienrecht, Wien 2017, Rn. 01.29.

²⁶² Siehr, S. 566; Nademleinsky/Neumayr, Rn. 01.29.

²⁶³ Der Verwaltungsgerichtshof hat in einer jüngeren Entscheidung angeregt, vom *ordre-public-Vorbehalt* in § 6 IMPR-Gesetz «sparsam» Gebrauch zu machen, insbesondere kenne auch das österreichische Recht Kinderehen mit Beteiligung einer mindestens 16 Jahre alten Person, weshalb eine solche im Auslands geschlossene Ehe nicht gegen inländische Grundwerte verstossen könne, VwGH Ra 2020/14/0006. Unklar ist bislang wohl noch, ob dies auch für sog. Frühest-Ehen, also Ehen von unter 14-Jährigen gilt. In diesem Zusammenhang wird vertreten, dass auch bei diesen nicht von einer *ipso iure* bestehenden Nichtigkeit ausgegangen werden dürfe, weil die Ehe bei Eheunfähigkeit eines Beteiligten geheilt werden könne, hierzu Siehr, S. 567. ECLI:AT:VWGH:2020:RA2020140006.L00.

²⁶⁴ Siehr, S. 567.

²⁶⁵ § 6 Abs. 2 IPR. Hierzu mwN Siehr, S. 569.

geheiratet wird oder wenn die Eheleute, die im Ausland die Ehe geschlossen haben, nun im Inland wohnen.²⁶⁶ Wie oben bereits angesprochen, ist bei im Ausland geschlossenen Ehen der *ordre public* zurückhaltend anzuwenden und eine Auslandsehe nicht schlechter zu behandeln als eine entsprechende Inlandsehe.²⁶⁷ Das hängt insbesondere mit dem Umstand zusammen, dass beim Ehehindernis der Eheunfähigkeit der Zeitablauf wegen der Heilbarkeit dieses Mangels eine besondere Bedeutung hat.²⁶⁸

3. Strafrecht: Strafbarkeit der Frühehe

Neben dem Straftatbestand der Zwangsheirat²⁶⁹ bestehen keine weiteren, *spezifisch* die Eingehung, Ermöglichung, Schliessung oder Förderung einer Ehe unter Strafe stellenden Vorschriften, insbesondere knüpft kein Straftatbestand an die fehlende Ehefähigkeit eines der Ehegatten an. Die Strafbarkeit der Frühehe ist also nicht explizit geregelt.

Gleichwohl ist zu beachten, dass in den Fällen einer Frühehe, bei der ein Ehegatte noch nicht das Schutzalter erreicht hat²⁷⁰, regelmässig ein Verdacht wegen Begehung einer Sexualstraftat²⁷¹ besteht.²⁷²

Der Zwangsverheiratungen allgemein unter Strafe stellende Straftatbestand der Zwangsheirat setzt voraus, dass es sich bei dem Tatopfer um eine Person handelt, die rechtlich gesehen eine gültige Ehe schließen oder eine eingetragene Partnerschaft begründen *kann*. Zu diesen rechtlichen Voraussetzungen gehört in Österreich insbesondere die *Ehefähigkeit* (mit Vollendung des 18. Lebensjahrs oder ausnahmsweise bei gerichtlich erklärter Ehefähigkeit mit Vollendung des 16. Lebensjahres).²⁷³ Dies erklärt sich mit Blick auf das von der Vorschrift geschützte Rechtsgut, der *Schutz Freiheit der Willensentschließung zur Ehe und Verpartnerung*.²⁷⁴ Entscheidend ist damit, ob die Person nach *inländischem oder ausländischem Recht* eine gesetzlich anerkannte wirksame Ehe schließen kann.²⁷⁵ Die Vorschrift gilt damit auch für im Ausland nach deren Regelungen gültig geschlossene Ehen, mithin auch von unter 16-Jährigen geschlossene Ehen oder rein konfessionellen Ehen, wenn diese staatlich anerkannt sind und Rechtsfolgen entfalten.²⁷⁶

²⁶⁶ Eingehend zur Thematik in Österreich insbesondere im Zusammenhang mit Ehescheidungen nach islamischem Recht Schacherreiter, *Leading Decisions zum Internationalen Privatrecht*, Wien 2008, S. 45 ff. Hierzu siehe auch Siehr, S. 569.

²⁶⁷ Siehr, S. 569.

²⁶⁸ Siehr, ebd.

²⁶⁹ 106a öStGB.

²⁷⁰ In Österreich als «Mündigkeit» bezeichnet, § 74 Abs. 1 Z 1 öStGB. Das Schutzalter liegt in Österreich bei 14 Jahren.

²⁷¹ Nach 206, 207 öStGB.

²⁷² So gab es in jüngster Zeit einige Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts hinsichtlich der Begehung des Tatbestandes des sexuellen Missbrauchs von Unmündigen zulasten von Ehemännern von erst kürzlich das Schutzalter erfüllender Ehefrauen.

²⁷³ Eder-Rieder in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch* (37. Lfg 2017) zu § 106a StGB Rz 23.

²⁷⁴ Eder-Rieder in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch* (37. Lfg 2017) zu § 106a StGB Rz 6.

²⁷⁵ Eder-Rieder in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch* (37. Lfg 2017) zu § 106a StGB Rz 23 mwN.

²⁷⁶ Eder-Rieder in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch* (37. Lfg 2017) zu § 106a StGB Rz 24.

Insofern ist der Straftatbestand der Zwangsheirat auf Frühehen, also Ehen, die unter Beteiligung einer oder mehrerer Personen, die im Inland oder Ausland noch nicht das Ehefähigkeits- oder mündigkeitsalter erreicht haben, *nicht anwendbar*.²⁷⁷ Derartige Fälle dürften jedoch den Tatbestand der schweren Nötigung sowie von verschiedenen Sexualdelikten erfüllen.

Anders verhält es sich bei dem ebenfalls von der Vorschrift umfassten Vorbereitungstatbestand der Heiratsverschleppung,²⁷⁸ wonach strafbar ist, wer eine Personen, die zwar in Österreich keine Ehe bzw. eingetragene Partnerschaft eingehen könnte, zum Zwecke der Eheschließung in ein Land verschleppt, in dem dies möglich ist.²⁷⁹ Insofern werden hierdurch durchaus Fälle erfasst, bei denen Personen, die das Ehefähigkeitsalter noch nicht erreicht haben, unter Einsatz bestimmter Nötigungsmittel zur Eingehung einer Ehe bewegt werden sollen.

Der Straftatbestand der Zwangsheirat zerfällt – wie bereits angedeutet – in zwei Absätze, wobei der erste als verhaltensgebundenes Erfolgsdelikt ausgestaltet ist. Dieser setzt voraus, dass der Täter eine Person mit einem bestimmten Nötigungsmittel, namentlich mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung oder Drohung mit dem Abbruch oder Entzug der familiären Kontakte zur Eheschließung oder zur Begründung einer eingetragenen Partnerschaft nötigt. Der Erfolg ist eingetreten, wenn die andere Person mit dem Täter eine Ehe schließt oder eine eingetragene Partnerschaft eingeht. Es handelt sich um ein Vorsatzdelikt, wobei bedingter Vorsatz genügt.²⁸⁰

Daneben stellt die Vorschrift in ihrem zweiten Absatz – wie oben angedeutet – die Vornahme von Vorbereitungshandlungen zur Zwangsheirat unter Strafe. Der Täter bewirkt durch Täuschungs- bzw. Nötigungsmittel, dass eine Person in einen anderen Staat gelangt. Dieser „Zwischenerfolg“ ist dann eingetreten, wenn sich die andere Person in einen anderen Staat begibt, oder sie mit Gewalt oder unter Ausnützung ihres Irrtums über dieses Vorhaben in einen anderen Staat befördert wird. Die Heiratsverschleppung ist ein Vorsatzdelikt und ein Delikt mit überschießender Innentendenz, d.h. der Täter muss dabei in der Absicht der Zwangsverheiratung dieser Person im anderen Staat handeln. Der bedingte Vorsatz genügt nicht.²⁸¹

Der Strafraum beider Tatmodalitäten beträgt Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahre. Sowohl Absatz 1 als auch 2 sind als Officialdelikte ausgestaltet.²⁸²

Als weiterer Straftatbestand, der Fälle der Frühehe von Minderjährigen unterhalb des Ehefähigkeitsalters erfasst, kommt insbesondere der Straftatbestand der schweren Nötigung in Betracht. Als qualifizierend wirkt sich bei diesem im Verhältnis zum Grundtatbestand der Nötigung aus, dass die Verhaltensweise, zu welcher der Genötigte gezwungen wird, besonders wichtige Interessen desselben oder eines Dritten verletzt. Kam es noch nicht zur Verletzung dieser Interessen, sondern wurden diese vom Täter nur angestrebt, ist ggf. Versuch der schweren Nötigung gegeben,²⁸³ was besonders wichtig

²⁷⁷ Siehe Fn 48 (Rz23 mwN). Was insofern auch konsequent ist, als durch das Delikt eben die Freiheit der Willensentschließung zur Ehe und Verpartnerung geschützt werden soll, die einer Person unter 16 Jahren in Österreich jedoch nicht zusteht.

²⁷⁸ § 106a Abs. 2 öStGB.

²⁷⁹ Eder-Rieder in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (37. Lfg 2017) zu § 106a StGB Rz 26.

²⁸⁰ Eder-Rieder in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (37. Lfg 2017) zu § 106a StGB Rz 7.

²⁸¹ Eder-Rieder in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (37. Lfg 2017) zu § 106a StGB Rz 8.

²⁸² § 4 öStPO.

²⁸³ Seiler in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (13. Lfg 2005) zu § 106 StGB Rz 26.

sein dürfte, da es in Österreich selten zur Eheschliessung unter Beteiligung einer Person unter 14, 16 bzw. 18 Jahren kommen dürfte.²⁸⁴ Besonders wichtige Interessen können sich mit den Bereichen der Familie und des Berufes verknüpfen oder gesellschaftlicher Natur sein.²⁸⁵ Erfasst sind auch Fälle, bei denen jemand mit Mitteln der Nötigung gezwungen wird, eine Lebensgemeinschaft einzugehen, ein Verlöbnis zu lösen oder sich scheiden zu lassen.²⁸⁶ Insofern dürften nach unserer Auffassung Fälle mit Bezug zur Eheschliessung von noch nicht ehefähigen Minderjährigen insbesondere vom Straftatbestand der schweren Nötigung erfasst sein. Auch hier liegt der Strafraum bei 6 Monaten bis zu 5 Jahren. Verursacht die Nötigung den Suizid oder Suizidversuch des Opfers, liegt dieser bei 1 Jahr bis zu 10 Jahren.²⁸⁷

Daneben kommt im Fall der Verheiratung einer unter 14-Jährigen Minderjährigen noch der für die Strafzumessung relevante Strafschärfungsgrund der Tatbegehung gegen einen Unmündigen in Betracht.²⁸⁸ Bei einer Mindestfreiheitsstrafe von 6 Monaten erhöht sich diese dann auf 1 Jahr, bei einer solchen von 1 Jahr auf eine von 2 Jahren.

4. Ausländerrecht: Auswirkungen auf den anlässlich der Eheschliessung erlangten Aufenthaltstitel

Das Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich²⁸⁹ gewährt Opfern, ungeachtet ihrer Alters, einer beendeten Zwangsehe oder Zwangspartnerschaft²⁹⁰ ein eigenständiges Niederlassungsrecht.²⁹¹ Damit wird auch sichergestellt, dass Opfer einer Zwangsheirat, die zum Zwecke der Verheiratung in einen anderen Staat gebracht wurden und die folglich ihren Aufenthaltsstatus in dem Staat ihres gewöhnlichen Aufenthalts verloren haben, diesen Status wiedererlangen können.²⁹²

Da die Vorschrift – nach Auffassung des Instituts – weder ihrem Wortlaut noch ihrem Sinn und Zweck nach ausschliesslich auf Zwangsehen im strafrechtlichen Sinne Anwendung findet, sondern lediglich voraussetzt, dass «eine Person *gezwungen* wurde, gegen ihren Willen eine Ehe zu schließen», um solchen Personen vor den aufenthaltsrechtlichen Konsequenzen der Eheaufhebung zu schützen, gilt die Vorschrift auch für nach österreichischem Recht nicht ehefähige Minderjährige.²⁹³

Sowohl eine Berufung auf die in Österreich als Aufenthaltsehe bezeichnete Scheinehe²⁹⁴ als auch auf eine Zwangsehe für die Erteilung und Beibehaltung eines Aufenthaltstitels oder den Erwerb und die

²⁸⁴ Zu dieser Einschätzung Siehr, S. 563.

²⁸⁵ Seiler in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (13. Lfg 2005) zu § 106 StGB Rz 29.

²⁸⁶ Seiler in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (13. Lfg 2005) zu § 106 StGB Rz 32.

²⁸⁷ § 106 Abs. 2 StGB.

²⁸⁸ 39a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB.

²⁸⁹ BGBl. I Nr. 100/2005.

²⁹⁰ § 30a NAG.

²⁹¹ § 27 Abs 3 Z 1 NAG.

²⁹² Eder-Rieder in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (37. Lfg 2017) zu § 106a StGB Rz 110.

²⁹³ Zu dieser Problematik findet sich – soweit ersichtlich – wenig Ergiebigen in der Literatur. Die von uns vorgenommene Auslegung erscheint jedoch zumindest vertretbar.

²⁹⁴ 30 Abs. 1 NAG.

Aufrechterhaltung eines unionsrechtlichen Aufenthaltsrechts auf diese Ehe oder eingetragene Partnerschaft,²⁹⁵ ist ausgeschlossen. Allerdings hat das Opfer der wegen Vorliegens einer Zwangsehe für nichtig erklärten oder aufgehobenen Ehe – wie oben bereits – erwähnt, Anspruch auf ein *eigenständiges* Niederlassungsrecht.²⁹⁶ Darüber hinaus ist dem Opfer von Amts wegen oder auf begründeten Antrag eine „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“ zu erteilen, wenn es sich um eine Drittstaatsangehörige handelt, die im Bundesgebiet nicht rechtmäßig aufhältig oder nicht niedergelassen ist, die Opfer von Gewalt wurde, und die Drittstaatsangehörige glaubhaft macht, dass die Erteilung der „Aufenthaltsberechtigung besonderer Schutz“ zum Schutz vor weiterer Gewalt erforderlich ist.²⁹⁷

Im Falle einer für nichtig erklärten oder aufgehobenen Frühehe, aus der der minderjährige Ehegatte sein Aufenthaltsrecht ableitete, kann diesem aus verschiedenen Gründen ein eigenständiges Niederlassungsrecht erteilt werden. Dies kommt etwa dann in Betracht, wenn die Scheidung der Ehe wegen überwiegenden Verschuldens des anderen Ehegatten erfolgt ist²⁹⁸ oder aus besonders berücksichtigungswürdigen Gründen. Besonders berücksichtigungswürdige Gründe liegen insbesondere vor, wenn der Familienangehörige **Opfer einer Zwangsehe oder Zwangspartnerschaft** wurde.²⁹⁹ Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, handelt es sich also um eine Ehe, die gerade wegen ihres Verstosses gegen den *ordre public* aufgrund des Alters eines oder beider Ehegatten für nichtig erklärt oder aufgehoben wurde, kommt ein unbenannter besonders berücksichtigungswürdiger Fall in Betracht.³⁰⁰

5. Asylrecht: Internationaler Schutz vor der Eingehung von Frühehen

Die Gefahr Opfer einer Zwangsverheiratung zu werden – wenn auch keine ergiebige Quellenlage zu dieser Rechtsfrage zu bestehen scheint – stellt – soweit ersichtlich – nach österreichischem Recht einen Asylgrund dar. Dabei prüfen die Verwaltungsgerichte, ob tatsächlich die begründete Gefahr einer Zwangsverheiratung der konkret um Asyl ersuchenden Person besteht.³⁰¹ Grundlage hierbei ist der in Art. 1 Abschnitt A Z 2 der Genfer Flüchtlingskonvention genannte Asylgrund der "Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe". Zu den damit angesprochenen bestimmten sozialen Gruppen fallen spätestens seit einer Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofs auch Frauen,³⁰² die besonders dem Risiko einer Zwangsverheiratung ausgesetzt sind.³⁰³

Aus den genannten Entscheidungen ergibt sich nicht eindeutig, ob auch Personen, die bereits zwangsverheiratet wurden und sich aus der Ehe und der damit zusammenhängenden Zwangslage begeben möchten, ebenfalls ein solcher Asylgrund zusteht.

Personen, deren Asylantrag positiv entschieden wurde (Asylberechtigte), erhalten seit der Novelle "Asyl auf Zeit"³⁰⁴ vorerst ein befristetes Aufenthaltsrecht auf drei Jahre. Liegen danach die Voraussetzungen für die Einleitung eines Aberkennungsverfahrens nicht vor, kommt es von Gesetzes wegen zu einem unbefristeten Aufenthaltsrecht.³⁰⁵

²⁹⁵ 30a NAG.

²⁹⁶ § 27 Abs 3 Z 1 NAG.

²⁹⁷ § 57 Abs. 1 Z 3 AsylG 2005.

²⁹⁸ 27 Abs. 2 Z 2 NAG.

²⁹⁹ 27 Abs. 3 Z 1 NAG.

³⁰⁰ 27 Abs. 3 NAG.

³⁰¹ BVwG 29.10.2021, W155 2210286/10001; BVwG 15.06.2021, W187 2212742/10001.

³⁰² VwGH v. 14.1.2003, ZI 2001/01/0508/7.

³⁰³ <https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Towards-Ending-Child-Marriage-Global-trends-and-profiles-of-progress-report.pdf>.

³⁰⁴ In Kraft seit 1. Juni 2016, [Allgemeines zum Asyl \(oesterreich.gv.at\)](https://www.oesterreich.gv.at) (06.02.2022).

³⁰⁵ https://www.oesterreich.gv.at/themen/leben_in_oesterreich/asyl/Seite.3210001.html (04.02.2022).

Kommt es jedoch im Herkunftsstaat der/des Asylberechtigten zu einer wesentlichen, dauerhaften Veränderung der spezifischen, insbesondere politischen Verhältnisse oder liegt ein sonstiger Aberkennungsgrund vor (z.B. rechtskräftige Verurteilung wegen eines schweren Verbrechens), so ist umgehend ein Aberkennungsverfahren einzuleiten und der Status der/des Asylberechtigten mit Bescheid abzuerkennen.³⁰⁶

Der Zuerkennung des Statuts als Asylberechtigter geht immer eine individuelle Prüfung voraus, bei der die Behörden bzw. im Beschwerdeverfahren die Gerichte das Vorbringen des Asylsuchenden einzelfallbezogen würdigen und prüfen, ob ein Asylgrund besteht. Im Falle einer drohenden Zwangsehe unter Beteiligung eines Minderjährigen oder einer drohenden Kinderehe, d.h. einer Verheiratung einer jedenfalls unter 14 Jährigen Person, wird das Gericht prüfen, ob die im Rahmen des Asylverfahrens gemachten Angaben³⁰⁷ über die individuelle Lebenssituation im kulturpolitischen Kontext des Herkunftslandes glaubhaft sind und tatsächlich davon ausgegangen werden muss, dass der (minderjährigen) Person eine Zwangsverheiratung droht.

³⁰⁶ https://www.oesterreich.gv.at/themen/leben_in_oesterreich/asyl/Seite.3210001.html (04.02.2022).

³⁰⁷ Vgl. 15 AsylG.

D. Belgique

Résumé des développements récents

Depuis 2018, le cadre législatif belge n'a pas évolué. Des évolutions pourraient toutefois intervenir dans le domaine du droit international privé si le projet de loi souhaitant ajuster les articles 27 et 46 dudit code était adopté. Alors, en présence d'un mariage conclu à l'étranger et impliquant un époux mineur, l'intervention du tribunal de la famille serait spécifiquement requise, et une analyse concrète du cas d'espèce. Par ailleurs, les exigences de droit belge seraient appliquées aux mariages impliquant des mineurs (à savoir le consentement des parents ou l'autorisation du tribunal de la famille), peu importe les dispositions de droit national des époux normalement applicables.

1. Droit civil : Validité du mariage et procédure

En Belgique, l'âge de la majorité est fixé à **18 ans** accomplis (art. 488 du Code civil, ci-après « CC »). Pour contracter mariage, les futurs époux doivent également avoir atteint l'âge de **18 ans** (art. 144 CC).

Sous cet âge, il y a deux possibilités pour néanmoins se marier.

D'une part, le mineur peut se marier s'il obtient le **consentement de ses père et mère**³⁰⁸, conformément à l'article 148 CC formulé comme suit :

« Le mineur ne peut contracter mariage sans le consentement de ses père et mère.

Ce consentement est constaté par le tribunal de la famille saisi de la demande de dispense d'âge.

Si les père et mère refusent leur consentement, le tribunal peut autoriser le mariage s'il juge le refus abusif.

Si l'un des père et mère refuse son consentement, le tribunal peut autoriser le mariage s'il juge le refus non fondé. Celui des père et mère qui ne comparait pas est censé ne pas avoir consenti au mariage.

Si l'un des père et mère est dans l'impossibilité ou incapable d'exprimer sa volonté et que l'autre refuse son consentement, le tribunal peut autoriser le mariage s'il juge le refus abusif.

Si les père et mère sont l'un et l'autre dans l'impossibilité ou incapables d'exprimer leur volonté ou ne comparaissent pas, le mariage peut être autorisé par le tribunal »

Le tribunal de la famille juge non fondé le refus d'un des deux parents en fonction de l'intérêt de l'enfant tandis qu'un refus est jugé abusif sur base d'une vérification *in abstracto* des motifs des parents, égoïstes ou en rapport avec l'intérêt de l'enfant.

A titre d'exemple, la jurisprudence nous renseigne qu'un refus a été jugé abusif dans les cas suivants :

- Mariage d'une mineure enceinte présentée comme manquant de maturité ;
- Mariage d'une mineure dont le père désapprouve simplement la conduite au motif qu'elle abuse de la liberté qui lui a été donnée³⁰⁹ ; et
- Mariage avec une grande différence d'âge entre la jeune fille présentée comme manquant de maturité et son époux qui était par ailleurs un homme divorcé. Le refus a été considéré comme contraire à l'intérêt de la mineure³¹⁰.

³⁰⁸ Répertoire notarial, Livre 9/1 : Mariage en droit civil, Chapitre 3, Section IV « Du consentement des père et mère ».

³⁰⁹ Civ. Bruxelles [jeun.], 12 juin 1968, Rev. prat. not., 1968, p. 386, obs. F. Lainé.

³¹⁰ Civ. Gand [jeun.], 6 sept. 1968, R.W., 1968-1969, col. 226.

Pour le surplus, le rôle du tribunal n'est pas d'apprécier la validité du consentement des parents. Il ne peut faire que l'entériner ou faire prévaloir son appréciation de la maturité du candidat au mariage, et le cas échéant refuser la dispense d'âge³¹¹.

D'autre part, le futur époux qui n'a pas atteint cet âge peut le cas échéant demander **l'autorisation du tribunal de la famille** conformément à l'article 145 CC, lorsqu'il existe des « motifs graves » que ledit tribunal constaterait pour accorder une dispense d'âge (C. civ., art. 145 et 148). Le fait, notamment que les mineurs aient déjà un enfant ensemble fait partie des motifs habituellement admis.

Ainsi, **le juge est dans tous les cas impliqué lorsqu'un mineur souhaite se marier**. Cette intervention constitue une garantie importante, dès lors que le droit ne prévoit pas d'âge minimum sous lequel tout mariage serait interdit. C'est donc l'appréciation de l'intérêt de l'enfant qui déterminera *de facto* cet âge minimum.

Le mineur émancipé est soumis au même régime, et ne bénéficie pas de la possibilité de se marier sans entraves du seul fait de son émancipation³¹². En revanche, la dispense d'âge et le mariage qui s'en suit aboutissent à l'émancipation du mineur (art. 476 CC).

La violation de la condition d'âge nubile est sanctionnée par la **nullité absolue du mariage** (art. 184 CC). Celle-ci peut être exigée par l'un des époux concernés, par tout tiers concerné, et par le ministère public, en principe, devant le juge civil.

Toutefois, cette action en annulation est **prescrite par l'écoulement d'un délai de 6 mois après la majorité** de l'époux ou des époux (art. 185 CC).

Si les conditions du mariage entre mineurs ont été respectées, le mariage ne pourra être annulé ou dissous pour d'autres raisons que l'âge, qu'aux conditions et selon les moyens prévus par la loi pour tout autre mariage.

La prévention des mariages forcés relève principalement de la fonction de l'officier d'état civil amené à célébrer le mariage. En effet, l'officier d'état civil peut en application de l'art. 167 CC, lorsqu'il existe une présomption sérieuse que les conditions du mariage ne sont pas remplies ou que, en particulier, le consentement de l'un ou des futurs époux est donné sous la menace ou la violence, reporter la célébration du mariage, le cas échéant après avoir recueilli l'avis du procureur du Roi de l'arrondissement judiciaire dans lequel les requérants ont l'intention de contracter mariage, pendant deux mois au plus à partir de la date de mariage choisie par les parties intéressées, afin de procéder à une **enquête complémentaire**. Le procureur du Roi peut prolonger ce délai de trois mois au maximum. Dans ce cas, il en informe l'officier de l'état civil qui en informe les parties intéressées. S'il apparaît que les conditions et qualités pour contracter mariage ne sont pas satisfaites ou s'il est d'avis que la célébration est contraire aux principes de l'ordre public, l'officier d'état civil peut **refuser la célébration** du mariage.

Notons qu'un « Code de signalement des mariages forcés à l'usage des officiers de l'état civil » a été publié par l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes³¹³. Il s'agit d'un outil important listant les signaux à prendre en compte. L'officier est en effet tenu de signaler un mariage forcé sur base de l'état d'urgence et sur base de l'article 422bis du Code Pénal (abstention coupable).

³¹¹ Ibidem.

³¹² P. Senaeve, « Art. 148 B.W. », v° Personen- en familierecht, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Antwerpen, Kluwer, mai 1990.

³¹³ Celui-ci est disponible sous le lien suivant : https://igvmiefh.belgium.be/sites/default/files/igvm_gedw_huw_fr_web.pdf.

Si un mariage forcé est néanmoins célébré, la loi du 25 avril 2007 a eu pour effet d'introduire dans le code civil un article 146ter qui protège la liberté de consentir au mariage. Cette disposition vise directement les mariages forcés. Elle prévoit ainsi qu'« *il n'y a pas de mariage (...) lorsque celui-ci est contracté sans le libre consentement des deux époux ou que le consentement d'au moins un des époux a été donné sous la violence ou la menace* ». L'article 184 CC tel que modifié par la loi de 2007, prévoit dès lors que le mariage forcé constitue une cause de **nullité de mariage**. Depuis la loi de 2007, il s'agit d'une **nullité absolue**. Elle peut être exigée par l'un des époux concernés, par tout tiers concerné, et par le ministère public, en principe, **devant le juge civil**. De plus, il n'y a pas de délai pour exercer une telle action en nullité.

Les causes de fond donnant lieu à une nullité absolue (soit l'impuberté mais également l'inceste et la bigamie) ne se distinguent pas en termes de conséquences de cette nullité. Dans tous les cas, le mariage n'est alors censé avoir jamais existé : **les effets sont *ex tunc***³¹⁴.

Il n'y a possibilité de maintenir certains effets relatifs aux biens des époux qu'en cas de bonne foi. Conformément à l'article 201 CC, « *le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins ses effets à l'égard des époux lorsqu'il a été contracté de bonne foi. Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des deux époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux* ». La bonne foi doit être comprise comme une véritable ignorance de la loi au moment de célébrer le mariage. Une telle ignorance existera que rarement dans le chef des époux mineurs.

Par conséquent, avec l'annulation du mariage, le régime matrimonial disparaît, y compris pour le passé. Dans le cadre d'une succession éventuellement déjà ouverte, l'époux dont le mariage est annulé perd la qualité de succéder. Les donations éventuellement consenties entre époux doivent être restituées.

Pour ce qui est des effets relatifs aux enfants nés pendant la durée du mariage, avant la dissolution de celui-ci, les effets sont néanmoins maintenus quoi qu'il en soit. L'article 202 CC, le mariage « *produit également ses effets en faveur des enfants, même si aucun des époux n'a été de bonne foi* ».

2. Droit international privé : Mariages conclus à l'étranger

2.1. Droit actuel

2.1.1. Reconnaissance de mariages conclus à l'étranger

La possibilité de et les conditions pour reconnaître un certificat de mariage établi à l'étranger en Belgique sont spécifiées à l'**article 27 du Code de droit international privé** (ci-après « CDIP ») :

« § 1er. Un acte authentique étranger est reconnu en Belgique par toute autorité sans qu'il faille recourir à aucune procédure si sa validité est établie conformément au droit applicable en vertu de la présente loi, en tenant spécialement compte des articles 18 et 21.

L'acte doit réunir les conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'Etat dans lequel il a été établi.

L'article 24 est, pour autant que de besoin, applicable.

Lorsque l'autorité refuse de reconnaître la validité de l'acte, un recours peut être introduit devant le tribunal de première instance, sans préjudice de l'article 121, conformément à la procédure visée à l'article 23. Le recours est introduit devant le tribunal de la famille si l'acte authentique étranger concerne une compétence visée à l'article 572bis du Code judiciaire »³¹⁵

³¹⁴ Répertoire natorial, Chapitre VI, Section 1.

³¹⁵ Article 27 du Code de droit international privé belge.

Ainsi, un mariage étranger est le cas échéant reconnu de plein droit en Belgique, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure d'exequatur³¹⁶. A cette fin, il convient toutefois de vérifier :

- si le mariage en question a été célébré dans le respect des conditions substantielles et formelles respectivement exigées
 - o par la loi nationale des époux (article 46 CDIP) et
 - o la loi du lieu de la célébration (article 47 CDIP).
- si les époux n'ont pas commis de fraude à la loi (article 18 CDIP) et
- si la reconnaissance de leur mariage n'est pas incompatible avec l'ordre public international belge³¹⁷ (article 21 CDIP).

Face à un mariage impliquant un mineur, c'est l'exception d'ordre public qui sera le plus souvent au cœur des débats.

A cet égard, la doctrine souligne qu'il convient de distinguer la manière dont ce critère est apprécié ici, soit à l'égard d'une situation juridique existante, à savoir un mariage valablement formé à l'étranger, et la manière dont il peut être apprécié lors d'une demande de célébration d'un mariage en Belgique.

Selon la théorie de « l'effet atténué de l'ordre public »³¹⁸, l'exception de l'ordre public joue de manière moins forte face à une situation préexistante dont on demande la simple reconnaissance dans l'ordre juridique interne d'un autre pays. Une telle situation juridique présenterait *a priori* un risque moins important au regard des droits fondamentaux, de sorte que le refus devrait n'intervenir qu'exceptionnellement. Le principe est ainsi de privilégier la continuité du statut personnel des époux et éviter des mariages reconnus dans certains États, mais pas dans d'autres³¹⁹.

Ce qui importera lors de l'appréciation sera de facto l'âge des époux au moment de la demande de reconnaissance de celui-ci par les autorités belges. Ce principe issu de la pratique a été rappelé en 2018, à l'occasion d'une affaire portée devant le Tribunal de la famille de Liège, et concernant la reconnaissance d'un mariage religieux somalien impliquant une épouse mineure³²⁰. Le mariage répondait aux conditions de fond et de forme en droit somalien. Pour évaluer si ce mariage était néanmoins compatible avec l'ordre public, le tribunal a analysé les deux éléments requis par l'exception de l'ordre public : (i) l'intensité du rattachement de la situation avec l'ordre juridique belge et (ii) la gravité de l'effet que produirait en Belgique la reconnaissance de cet acte. Il s'agit d'une analyse *in concreto*. Dans le cas d'espèce, d'une part, le rattachement a été jugé trop faible dès lors que les deux époux étaient somaliens, le mariage a été célébré en Somalie et qu'ils n'avaient pas acquis la nationalité belge depuis leur arrivée sur le territoire. D'autre part, l'épouse était depuis devenue majeure. La reconnaissance en Belgique a donc été jugée acceptable. La conclusion aurait pu être différente si l'un des époux était belge et l'épouse encore mineure. Ou encore, si le droit national applicable exigeait une autorisation préalable au mariage, similairement à ce qu'il en est en Belgique.

³¹⁶ Réponse donnée le 13 juin 2016 à la question de A. Capoen, Q.R., Ch., 2015-2016, n°54-077, p. 336 ; M. FALLON et C. HENRICOT, « L'examen d'un acte de mariage étranger par le juge administratif », note sous Cons. cont. étr. (3e ch.), 28 août 2008, Rev. trim. dr. fam., 2009, p. 664

³¹⁷ Au sujet de cette exception, notamment N. WATTÉ et R. JAFFERALI, « Règles générales du droit international privé belge et européen », Rép. not. (f. mob.), t. XVIII : Le droit international privé, liv. 1, Bruxelles, Larcier, 2019, n°166.

³¹⁸ Cette théorie fut importée en Belgique à la suite de la jurisprudence « Rivière » de la Cour de cassation française (voy. Cass. fr., 17 avril 1953, Rev. crit. dr. intern. privé, 1953, p. 412, note H. Batiffol

³¹⁹ Comme relaté dans N. WATTÉ et R. JAFFERALI, *ibidem*, n°174.

³²⁰ Pour des commentaires de cette décision, notamment : Mary, J., « Note sous Trib. fam. Liège, div. Liège (10e ch.), 25 mai 2018, 18/522/B », R.T.D.F., 2020/1, p. 178-181 ; Wautelet, P., « Un mariage somalien et minorité des époux : une question de principe et de méthode », R.D.E., 2018/2, n° 198, p. 331-339.

En ce qui concerne la force probante d'un tel acte étranger :

« § 1er. Un acte authentique étranger fait foi en Belgique des faits constatés par l'autorité étrangère qui l'a établi, s'il satisfait à la fois :

1° aux conditions de la présente loi régissant la forme des actes; et

2° aux conditions nécessaires à son authenticité selon le droit de l'Etat dans lequel il a été établi.

Les constatations faites par l'autorité étrangère sont écartées dans la mesure où elles produiraient un effet manifestement incompatible avec l'ordre public.

§ 2. La preuve contraire des faits constatés par l'autorité étrangère peut être apportée par toutes voies de droit »³²¹

2.1.2. Droit applicable au mariage conclu en Belgique

Conditions de fond : Art. 46 CDIP

« Sous réserve de l'article 47, les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l'Etat dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage.

L'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1er est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un Etat dont le droit permet un tel mariage”

Si un futur époux a plusieurs nationalités dont la nationalité belge, il devra respecter les conditions substantielles prescrites par la loi belge³²². Si l'un des futurs époux a plusieurs nationalités toutes étrangères, il devra respecter les conditions substantielles prescrites par la loi de l'État avec lequel, d'après l'ensemble des circonstances, il possède les liens les plus étroits.

Il suffit que les conditions imposées à l'un des époux par son droit national ne soient pas remplies pour que le mariage ne puisse être célébré³²³. Notamment, la validité des consentements s'apprécie donc par application de la loi personnelle de chaque futur époux.

Le Code de droit international privé ne prévoit en revanche aucune règle particulière relative à l'âge des époux.

Ainsi, ce sont les règles de l'État de nationalité du mineur qui s'appliqueront pour déterminer si celui-ci peut ou non conclure un mariage de manière valable. Ce sont par ailleurs les règles de cet État qui détermineront donc la manière de procéder pour éventuellement annuler une union pour des motifs de fond.

Conditions de forme (la célébration) : Art. 47 CDIP

“§ 1er. Les formalités relatives à la célébration du mariage sont régies par le droit de l'Etat sur le territoire duquel le mariage est célébré.

§ 2. Ce droit détermine notamment si et selon quelles modalités :

³²¹ Article 28 du Code de droit international privé belge.

³²² Code D.I.P., art. 3, § 2, 1° ; L. BARNICH, « Rappel des méthodes du droit international privé », Le droit des relations familiales internationales à la croisée des chemins, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 14; H. BOULARBAH, « Le nouveau droit international privé belge. Origine, objet et structure », J.T., 2005, p. 176, n°22 ; P. WAUTELET, « Le nouveau droit international privé belge. Conflits de lois », J.T., 2005, p. 181, n°57. Une partie de la doctrine soutient toutefois que le droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme permettrait à des binationaux possédant, à côté de leur nationalité belge, la nationalité d'un État tiers de soumettre la validité de leur mariage aux conditions prescrites par le droit étranger (voy. J.-L. VAN BOXSTAEL et C. ROUSSIEAU, op. cit., p. 149 et 150).

³²³ Voir notamment en ce sens : Cass., 3e ch. — 11 janvier 2016 (RG C.15.0095.N) dès lors que les conditions de validité de sa législation nationale ne sont pas remplies pour l'un des époux, le mariage n'est pas valide.

- 1° des déclarations et publications préalables au mariage sont requises dans cet Etat;
- 2° l'acte de mariage doit être établi et transcrit dans cet Etat;
- 3° le mariage célébré devant une autorité confessionnelle a des effets de droit;
- 4° le mariage peut avoir lieu par procuration”

Ainsi, les règles permettant à l’officier d’État civil de **sursoir à célébrer le mariage en cas de doute sur le consentement des époux** s’appliquent en tout état de cause aux mariages célébrés en Belgique. Or, il existerait un consensus entre eux qui consisterait à ne jamais célébrer des mariages d’enfant si une autorisation préalable n’a pas été délivrée par le tribunal de la famille, indépendamment du contenu du droit national du mineur³²⁴. Pourtant, la jurisprudence rappelle qu’il convient de procéder au cas par cas, et des nuances s’imposent³²⁵.

2.2. Potentiel droit futur

En ce qui concerne l’article 27 du Code de droit international privé, l’article 2 d’une proposition de loi de 2019 suggère d’insérer un paragraphe 1^{er}/1 rédigé comme suit : « *Par dérogation au § 1^{er}, alinéa 1^{er}, un acte authentique étranger concernant une relation de cohabitation ou un mariage dans le cadre duquel un des cohabitants, ou les deux, ou un des époux, ou les deux, n’a/n’ont pas encore atteint l’âge de dix-huit ans accomplis au moment de la demande de reconnaissance, est **reconnu par le tribunal de la famille, après examen de la validité de l’acte conformément au paragraphe 1^{er}*** »³²⁶.

Cet ajout aboutirait donc à exiger, en présence d’un mariage impliquant un époux mineur, l’intervention du tribunal de la famille spécifiquement et une analyse concrète du cas d’espèce, et non plus la reconnaissance par « tout autorité » et ce sans aucune procédure particulière.

S’agissant de l’article 46 du Code de droit international privé, l’article 4 de la proposition de loi suggère d’insérer l’alinéa suivant : « *Si l’un des futurs époux ou les deux futurs époux n’ont pas encore atteint l’âge de dix-huit ans et que le droit désigné à l’alinéa 1^{er} autorise un mariage avant cet âge, β, qui examine s’il y a des motifs graves de se marier dans le chef du mineur d’âge. Si l’un des parents ou les deux parents refusent leur consentement, le tribunal peut autoriser le mariage s’il juge le refus abusif. Lorsqu’il donne son autorisation, le tribunal de la famille examine également si les autres conditions relatives à la validité du mariage sont remplies conformément au droit désigné* »³²⁷.

Cet ajout aboutirait quant à lui à appliquer les exigences de droit belge aux mariages impliquant des mineurs (à savoir le consentement des parents ou l’autorisation du tribunal de la famille), peu importe les dispositions de droit national des époux normalement applicables.

Les auteurs de la proposition de loi expliquent que leur objectif est de « *rendre expressément applicables à tous les mariages célébrés par les officiers de l’état civil belges la condition d’âge et les conditions imposées aux mineurs par les articles 144, 145 et 148 du Code civil, même lorsque le droit*

³²⁴ Réponse donnée le 5 décembre 2019 à la question n°7-118 de S. D’Hose, disponible sur www.senate.be ; E. RUDE-ANTOINE, ibidem, p. 70.

³²⁵ En ce sens, Y. CARLIER, « Quand l’ordre public fait désordre. Pour une interprétation nuancée de l’ordre public de proximité en droit international privé. À propos de deux arrêts de cassation relatifs à la polygamie et à la répudiation », T.B.B.R., 2008, p. 527 ; E. RUDE-ANTOINE, ibidem, p. 38.

³²⁶ Proposition de loi du 16 juillet 2019 précitée, Doc., Ch., 2019, n°0172/001, art. 2. ; l’ensemble des documents relatifs à cette proposition peuvent être consultés à l’adresse suivante <https://www.lachambre.be/kvvcr/showpage.cfm?section=/flwb&language=fr&cfm=/site/wwwcfm/flwb/flwbn.cfm?lang=F&legislat=55&dossierID=0172>.

³²⁷ Proposition de loi du 16 juillet 2019 précitée, Doc., Ch., 2019, n°0172/001, art. 4.

applicable en vertu des règles de droit international privé autorise le mariage avant l'âge de dix-huit ans »³²⁸.

3. Droit pénal : Incrimination du mariage du mineur³²⁹

Il n'y a pas dans le droit pénal belge d'infraction relative au mariage des mineurs, que celui-ci soit forcé ou non.

L'article 391sexies du code pénal (ci-après « CP ») prévoit de manière générale que :

« Toute personne qui, par des violences ou des menaces, aura contraint quelqu'un à contracter un mariage sera punie d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans et d'une amende de deux cent cinquante euros à cinq mille euros.

La tentative est punie d'un emprisonnement de deux mois à trois ans et d'une amende de cent vingt-cinq euros à deux mille cinq cent euros. »

L'infraction de mariage forcé constitue un **délict** intentionnel caractérisé par un dol spécial : la volonté de contraindre quelqu'un à se marier. La réaction subjective de la victime n'est pas suffisante ; il faut démontrer que l'intention de l'auteur était de contraindre la victime au mariage³³⁰.

Pour que l'infraction ait été commise il est en outre nécessaire de démontrer que trois conditions matérielles sont remplies : il faut en effet (i) un mariage contracté, (ii) l'exercice de violences ou de menaces, et (iii) le lien causal.

Concernant la première condition matérielle, la doctrine relève que le mariage doit avoir été contracté, que ce soit en Belgique ou à l'étranger ; dans ce dernier cas, les poursuites judiciaires ne pourront être mises en œuvre que si les règles usuelles de compétence des juridictions pénales s'appliquent.

Pour qu'il y ait une infraction, il faut démontrer que des violences ou menaces aient été exercées pour contraindre quelqu'un à se marier. Les violences ou menaces doivent avoir été exercées à l'encontre de la personne que l'on veut contraindre à se marier. Si aucune précision n'a été donnée sur le degré de gravité des violences ou menaces, elles doivent toutefois être de nature à pouvoir susciter une contrainte dans l'esprit de la victime.

Dans l'exposé des motifs du projet de la loi du 25 août 2007, il est fait référence à la contrainte physique, la violence, l'enfermement mais aussi la confiscation des papiers³³¹. Les violences ou menaces peuvent provenir de toute personne, y compris en dehors du couple marié. Enfin, il faut démontrer que les violences ou les menaces doivent avoir exercé une contrainte sur l'un des ou les époux de telle manière que la liberté de consentir au mariage fait défaut. Il faut ainsi pouvoir établir que la contrainte provient effectivement des actes matériels de violence ou menace constatés de manière objective ; **la simple crainte de conséquences d'un refus de se marier, due aux contraintes sociales générales existantes dans la communauté donnée, ne suffit pas**³³².

³²⁸ Doc., Ch., 2019, n°0172/001, p. 13.

³²⁹ Cette section reprend en grande partie les développements du rapport rédigé en 2018 par Stéphanie De Dycker, complétés pour les besoins de la présente mise à jour.

³³⁰ L. Cesoni, Le mariage forcé, in : X, Les Infractions, vol. 3, Larcier, 2008, p. 356 ss.

³³¹ Exposé des motifs, Doc. Parl. Ch., session 2006-2007, n°51 2767/1, p. 5 ; voy. aussi K. Verstraete, De burgerrechtelijke en strafrechtelijke beteugeling van het gedwongen huwelijk », T.V.W., 2007, p. 303 ss.

³³² M.-L. Cesoni, Le mariage forcé, in : X, Les Infractions, vol. 3, Larcier, 2008, p. 356 ss.

Le délit de mariage forcé est puni d'un emprisonnement de trois mois à cinq ans et d'une amende de deux cent cinquante euros à cinq mille euros³³³. La minorité de la victime n'est pas légalement prévue comme circonstance aggravante. Elle pourra néanmoins être prise en compte dans l'appréciation du juge afin d'opter pour la peine la plus élevée de la fourchette indiquée.

La tentative est également punie d'une peine d'emprisonnement de deux mois à trois ans et d'une amende de cent vingt-cinq euros à deux mille cinq cent euros. Une telle tentative sera par exemple reconnue lorsque des violences ou menaces ont été exercées afin de contraindre quelqu'un à se marier, mais le mariage n'a pas encore eu lieu. Les sanctions introduites à l'origine par la loi du 25 août 2007 étaient plus basses ; elles ont été renforcées par la loi du 2 juin 2013. Cette loi a également introduit la possibilité pour le juge pénal qui condamne une personne pour mariage forcé, d'en même temps prononcer la nullité de ce mariage, et ce, à la demande du procureur du Roi ou de toute partie ayant un intérêt à la cause (art. 391octies Code pénal). Un tel pouvoir d'annulation, de par sa nature et ses effets, était auparavant l'apanage du juge civil ; depuis la loi de 2013, il existe ainsi, de manière parallèle à l'action en nullité de mariage devant le juge civil, la possibilité d'obtenir la nullité du mariage devant le juge pénal, dans le cadre de la procédure pénale pour l'infraction de mariage forcé.

D'un point de vue pénal, **dès lors qu'il faut qu'il y ait contrainte physique et non morale, il nous semble que le seul âge ne peut aboutir à une présomption de défaut de consentement.**

Si l'officier de l'état civil pense être face à un cas de mariage forcé, il pourra en avvertir le ministère public qui, le cas échéant, pourra lancer des poursuites contre les auteurs sur la base de l'article 391sexies du Code pénal³³⁴.

4. Droit des étrangers : Conséquences sur le titre de séjour délivré en raison du mariage

Dès lors que l'annulation d'un mariage impliquant des mineurs a des effets *ex tunc*, tous les effets de celui-ci sont en principe retirés, y compris un éventuel titre de séjour décerné sur cette base (voir *supra* les développements relatifs aux effets de l'annulation).

Cela est d'ailleurs confirmé par l'article 42*quater* de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, qui limite toutefois l'effet *ex tunc* dans le temps afin de préserver des situations établies. Conformément à celui-ci,

« § 1er. Dans les cas suivants, le ministre ou son délégué peut mettre fin, **dans les cinq années suivant la reconnaissance de leur droit de séjour**, au droit de séjour des membres de famille d'un citoyen de l'Union qui ne sont pas eux-mêmes citoyens de l'Union et qui séjournent en tant que membres de la famille du citoyen de l'Union :

(...)

4° le mariage avec le citoyen de l'Union qu'ils ont accompagné ou rejoint est dissous, il est mis fin au partenariat enregistré visé à l'article 40bis, § 2, alinéa 1er, 1° ou 2°, ou il n'y a plus d'installation commune;

§ 4. Sans préjudice du § 5, le cas visé au § 1er, alinéa 1er, 4°, n'est pas applicable :

1° lorsque le mariage, le partenariat enregistré ou l'installation commune a duré, au début de la procédure judiciaire de dissolution ou d'annulation du mariage ou lors de la cessation du partenariat enregistré ou de l'installation commune, **trois ans au moins, dont au moins un an dans le Royaume**. En cas d'annulation du mariage **l'époux doit en outre avoir été de bonne foi**

³³³ Montant auquel il convient d'ajouter les décimes additionnels applicables aux amendes pénales.

³³⁴ Réponse donnée le 8 avril 2019 à la question n°6-2015 de L. Bajart, disponible sur www.senate.be; E. LEYE et A. SABBE, op. cit., p. 13; J.-L. RENCHON, op. cit., p. 657; K. VERSTRAETE, op. cit., p. 303.

§ 5. Le ministre ou son délégué **peut si nécessaire vérifier si les conditions du droit de séjour sont respectées** ».

Ainsi, un titre de séjour gardé pendant plus de 5 ans ne peut plus être retiré, et un titre de séjour délivré spécifiquement avec un mariage comme fondement ne peut plus être retiré lorsque le mariage a duré trois ans au moins au moment de son annulation.

La loi ne prévoit rien de spécifique pour les mariages de mineurs ni les mariages forcés. Ainsi, le droit ne prévoit pas de protection particulière pour les mineurs qui pâtiraient des conséquences de l'annulation d'un mariage qui leur a permis d'obtenir un titre de séjour. En d'autres termes, un mineur marié de force à l'étranger n'est protégé quant à son titre de séjour en Belgique que s'il subsiste lié par ledit mariage trois ans au moins, dont un an en Belgique.

Pour le surplus, cette protection est conditionnelle à l'appréciation faite de la réunion des conditions de séjour dans son chef.

Concrètement, la situation des mineurs dont le titre de séjour belge est le résultat d'un mariage est donc relativement précaire à défaut de protection spécifiquement adaptée à leurs cas.

Cela étant, la loi de 1980 contient une autre **protection visant les mariages violents, peu importe l'âge et le caractère forcé ou non dudit mariage.**

Rappelons qu'un conjoint est admis à séjourner plus de trois mois en Belgique et ce de plein droit conformément à l'article 10 §1^{er} 4° qui englobe spécifiquement :

« les membres de la famille suivants d'un étranger admis ou autorisé, depuis au moins douze mois, à séjourner dans le Royaume pour une durée illimitée, ou autorisé, depuis au moins douze mois, à s'y établir. Ce délai de douze mois est supprimé si le lien conjugal ou le partenariat enregistré préexistait à l'arrivée de l'étranger rejoint dans le Royaume ou s'ils ont un enfant mineur commun. Ces conditions relatives au type de séjour et à la durée du séjour ne s'appliquent pas s'il s'agit de membres de la famille d'un étranger admis à séjourner dans le Royaume en tant que bénéficiaire du statut de protection internationale conformément à l'article 49, § 1^{er}, alinéas 2 ou 3, ou à l'article 49/2, §§ 2

- son conjoint étranger ou l'étranger avec lequel il est lié par un partenariat enregistré considéré comme équivalent à un mariage en Belgique, qui vient vivre avec lui, à la condition que les deux personnes concernées soient âgées de plus de vingt et un ans. Cet âge minimum est toutefois ramené à dix-huit ans lorsque le lien conjugal ou ce partenariat enregistré, selon le cas, est préexistant à l'arrivée de l'étranger rejoint dans le Royaume;

(...)».

Un titre décerné au conjoint conformément à l'article susmentionné peut être retiré conformément à l'article 11 §2, notamment lorsque « *l'étranger et l'étranger rejoint n'entretiennent pas ou plus une vie conjugale ou familiale effective* ». Ce même article prévoit toutefois qu'un tel retrait n'est pas possible « *si l'étranger prouve avoir été victime au cours du mariage ou du partenariat d'un **fait visé aux articles 375³³⁵, 398³³⁶ à 400, 402³³⁷, 403 ou 405 du Code pénal**. Dans les autres cas, le ministre ou son délégué prend particulièrement en considération la situation des personnes victimes de **violences dans leur famille**, qui ne forment plus une cellule familiale avec la personne qu'elles ont rejointe et nécessitent une protection. Dans ces cas, il informera la personne concernée de sa décision de ne pas mettre fin à son séjour sur la base de l'alinéa 1^{er}, 1°, 2° ou 3^o* ».

³³⁵ Qui vise le viol.

³³⁶ Qui vise les coups et blessures volontaires.

³³⁷ Qui vise l'empoisonnement sans intention de tuer

Si le mariage forcé s'accompagnait d'actes de violence, qu'ils soient de nature à s'inscrire dans le champ des infractions du Code pénal ou non, une protection du titre de séjour existe donc. Nous relevons toutefois les possibles difficultés de preuve auxquelles pourraient être confrontées les personnes face à la charge de démontrer un viol, en l'absence d'autres violences physiques³³⁸. Les conséquences sur le titre de séjour seraient les mêmes en cas d'un mariage blanc, comme confirmé par la jurisprudence³³⁹.

Le mariage blanc quant à lui est visé à l'article 146bis du Code civil qui énonce : « *il n'y a pas de mariage lorsque, bien que les consentements formels aient été donnés en vue de celui-ci, il ressort d'une combinaison de circonstances que l'intention de l'un au moins des époux n'est manifestement pas la création d'une communauté de vie durable, mais vise uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour, lié au statut d'époux* ». Il est par ailleurs visé par une disposition pénale, à savoir l'article 79bis de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (également appelée Loi sur les étrangers).

Dès lors que les effets sont les mêmes dans les deux cas, d'un point de vue civil, il importe peu de s'assurer qu'une distinction claire est effectuée. Cela importe davantage d'un point de vue pénal.

Notons enfin les dispositions de la loi sur l'accès au territoire, étant relatives spécifiquement aux mineurs non accompagnés (art 61/14 et suivants). Un « MENA » est défini comme « *un ressortissant d'un pays non-membre de l'Espace économique européen, qui est âgé de moins de 18 ans, qui n'est pas accompagné par une personne exerçant l'autorité parentale ou la tutelle sur lui en vertu de la loi applicable conformément à l'article 35 de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, et qui a été identifié définitivement comme MENA par le service des Tutelles (...)* »³⁴⁰. Un mineur dont le mariage a été dissout et qui ne se retrouve pas dans les conditions pour garder son titre de séjour tomberait sous cette définition. Par conséquent, un tuteur serait désigné par le service de tutelle pour l'accompagner dans ses démarches en vue d'obtenir un (nouveau) titre de séjour.

5. Droit des réfugiés : Protection internationale contre le mariage du mineur

Un mineur craignant d'être victime d'un mariage forcé dans son pays d'origine dispose en principe des options suivantes à son arrivée en Belgique en tant que MENA :

- I. Dépôt d'une demande d'asile ; ou
- II. Dépôt d'une demande de protection subsidiaire ; ou
- III. Dépôt d'une demande d'autorisation de séjour pour motifs autres, par exemple les études ou des motifs humanitaires et médicaux ;
- IV. Bénéficiaire de la procédure relative à la détermination d'une solution durable dite « procédure MENA », ajoutée à la loi de 1980 par une loi du 12 septembre 2011.

³³⁸ Cf. A.-G. Kleczewski, Belgique, in K. Nadakavukaren Schefer / J. Curran / J. Fournier / A.-G. Kleczewski / H. Westermarck, *Rechtliche Einordnung sexueller Übergriffe ohne Einverständnis*, 2020, pp. 17 et s., disponible sous : <https://www.isdc.ch/media/1974/e-2020-03-20-014-sexuelle-%C3%BCbergriffe.pdf> (23.03.2022).

³³⁹ Notamment Cass., 3e ch. — 11 janvier 2016 (RG C.15.0095.N)

³⁴⁰ Art. 61/14, 1° de la loi de 1980

Si la demande d'asile est acceptée, le demandeur obtient le statut de réfugié et dans un premier temps un titre de séjour d'une durée limitée de 5 ans³⁴¹. Si ce titre n'est pas abrogé pendant cette période initiale, le titre de séjour se mue à l'issue des 5 ans en titre d'une durée illimitée.

Si la demande de protection subsidiaire est acceptée, le demandeur obtient un titre de séjour d'une durée d'un an, mais prorogeable par la suite pour des durées de 2 ans. A l'issue d'une période totale de 5 ans, le titre de séjour devient illimité.

Les conditions légales et la jurisprudence du Conseil du contentieux des étrangers nous renseignent toutefois que les possibilités d'obtenir une protection internationale (asile ou protection subsidiaire) sont en pratique limitées.

D'une part, pour ce qui est d'une demande d'asile, il devrait être démontré qu'il y a persécution au sens de la Convention de Genève.

Conformément à l'article 48/3 de la loi sur les étrangers, les **actes de persécution** peuvent notamment prendre la forme de « *violences physiques ou mentales, y compris les violences sexuelles* » ou encore des « *actes dirigés contre des personnes en raison de leur sexe ou contre des enfants* ». Dans le cadre d'un mariage forcé, il pourrait y avoir ce genre d'atteinte. Toutefois, il faudrait que ceux-ci soient suffisamment graves pour constituer une violation des droits fondamentaux.

Par ailleurs, ces actes de persécution devraient, conformément au prescrit dudit article, émaner de « *a) l'Etat; b) des partis ou organisations qui contrôlent l'Etat ou une partie importante de son territoire; c) des acteurs non étatiques, s'il peut être démontré que les acteurs visés aux points a) et b), y compris les organisations internationales, ne peuvent pas ou ne veulent pas accorder la protection prévue au § 2 contre les persécutions ou les atteintes graves* ».

Une demande de protection subsidiaire quant à elle doit être appuyée par des **motifs sérieux et avérés indiquant un risque réel de subir des atteintes** graves telles que définies à l'article 48/4 §2 de la loi sur les étrangers, à savoir :

- a) la peine de mort ou l'exécution ; ou
- b) la torture ou les traitements ou sanctions inhumains ou dégradants du demandeur dans son pays d'origine; ou
- c) les menaces graves contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international.

Les mariages forcés pourraient s'accompagner de telles pratiques, mais les motifs sérieux et avérés peuvent être difficiles à démontrer.

La crainte doit être suffisamment démontrée, ce qui bien souvent ne sera pas le cas. Le Conseil rejette notamment une crainte fondée sur les seuls propos de la demanderesse, d'autant plus si ceux-ci paraissent incohérents ou contradictoires (voir arrêt n° 264 697 du 30 novembre 2021³⁴² ou encore n° 264 698 du 30 novembre 2021³⁴³). Or, pour relater l'attitude de la famille, de l'entourage et les éventuelles menaces, il n'y aura bien souvent peu de preuves autres à apporter. Le Conseil semble en outre exiger que les intentions du futur époux soient précises, afin de comprendre dans quelle mesure

³⁴¹ Article 49 de la loi sur les étrangers.

³⁴² Texte complet disponible sous le lien suivant : <https://www.rvv-ccce.be/sites/default/files/arr/a264697.an.pdf>.

³⁴³ Texte complet disponible sous le lien suivant : <https://www.rvv-ccce.be/sites/default/files/arr/a264698.an.pdf>.

le mariage allait être forcé et/ou constituer une menace. Or, lorsque la femme fuit pour échapper au mariage, elle ne prend pas nécessairement la peine d'obtenir ce genre d'informations préalables. Par conséquent, il sera souvent difficile d'avancer des éléments suffisants.

Notons toutefois que l'article 48/7 de la loi prévoit expressément que « *le fait qu'un demandeur d'asile a déjà été persécuté dans le passé ou a déjà subi des atteintes graves ou a déjà fait l'objet de menaces directes d'une telle persécution ou de telles atteintes est un indice sérieux de la crainte fondée du demandeur d'être persécuté ou du risque réel de subir des atteintes graves, sauf s'il existe de bonnes raisons de croire que cette persécution ou ces atteintes graves ne se reproduiront pas* ».

En pratique, il semble qu'il faudra plutôt s'appuyer sur les possibilités d'obtenir un titre de séjour non lié à la protection internationale.

En ce qui concerne les mariages précoces, nos recherches n'ont pas suffi à l'identification d'une jurisprudence spécifique.

E. Danmark

Summary of recent developments

A major recent development is the introduction of a child marriage offence in the Danish Criminal Code. Effective as of 15 March, 2021, the new provision applies to marriages without civil liability and other marriage-like relationship in which, at the time of the marriage, one or both of the parties were under 18 years of age. It penalises an adult entering into such a relationship, the person who solemnizes it and a parent allowing her child to enter into it.

As regards the recognition of a foreign marriage, an additional requirement was introduced in 2019 by an amendment to section 22 b in the Marriage Code. It provides that a foreign marriage must not be recognized if it was not concluded essentially for obtaining a residence permit in Denmark or in another country in the EU/EEA.

1. Civil law: Validity of the marriage and procedure

The age of majority in Denmark is set at 18. Since February 1, 2017, the Danish Marriage Code (*Ægteskabsloven*) lays down a **strict age limit of 18 years in order to enter into marriage**.³⁴⁴ Under the previous legislation, a person could upon consent by his or her parents or legal guardian be granted dispensation from the general age requirement of 18 years.

Section 21(1) of the Marriage Code provides that a marriage entered into by a person **under 18 years of age is not valid**. However, the Danish Agency of Family Law (*Familieretshuset*) which is the competent authority tasked with deciding on family law related issues, may exceptionally validate the marriage if there are particular reasons and circumstances that can justify it.³⁴⁵ According to the Government bill, validation is only possible if there are compelling reasons for doing so and if the parties otherwise would be placed in an unreasonable (*urimelig*) situation.³⁴⁶ The restrictive criteria for the validation of a Danish marriage entered into by a minor is the same as the criteria for recognizing a foreign marriage entered into by a minor.³⁴⁷ A marriage not valid under section 21 of the Marriage Code is automatically null.³⁴⁸ A decision on the nullity by a court or other authority is therefore not required. A marriage that is invalid does not entail any legal effects, such as the right to maintenance or property rights.³⁴⁹

Forced marriage

Both parties must enter into the marriage voluntarily in order for it to be concluded.³⁵⁰ The Office of the Municipal Council (*kommunalbestyrelsens formand*) in the different municipalities in Denmark (or in certain cases *Familieretshuset*) is tasked with examining, in each case, if the marriage conditions are fulfilled and then issues a marriage license.³⁵¹ The Ministry of Social Affairs and the Interior (*Indenrigs-*

³⁴⁴ Marriage Code (*Ægteskabsloven*) section 2. Introduced by Lov 2017-01-24 nr. 81 om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, udlændingeloven og værgemålsloven

³⁴⁵ Marriage Code (*Ægteskabsloven*) section 21(2).

³⁴⁶ Government bill LFF 2016-11-30 nr 94 Forslag til lov om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, udlændingeloven og værgemålsloven, p. 2.2.3.

³⁴⁷ Ibid.

³⁴⁸ Government bill LFF 2016-11-30 nr 94 Forslag til lov om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, udlændingeloven og værgemålsloven, p. 16.

³⁴⁹ Ibid.

³⁵⁰ A forced marriage is, however, not automatically invalid. See for example 7. Et ægteskabs gyldighed

³⁵¹ Marriage Code (*Ægteskabsloven*) section 13.

og Boligministeriet) has adopted guidelines on how to carry out this examination, which include issues concerning forced marriages.³⁵² The guidelines states that the **municipality must verify that the marriage is entered into voluntarily** (without force or undue pressure) and it lists a number of situations in which one can suspect forced marriage and which therefore require extra attention. These include if **either of the spouses are of a young age**, if either of the spouses has its origin in a country where forced marriage is common, if the spouses are related, if one of the spouses or a third party provides information indicating that it is a forced marriage.³⁵³ Cases where there is a suspicion of forced marriage should be dealt with by officers having experience working with ethnic minorities and honour-related issues.³⁵⁴

A **marriage is annulled** by a court ruling if **either of the spouse claims that he or she was forced into the marriage**.³⁵⁵ Only the spouses themselves can start court proceedings for annulment of the marriage. There are time limits that must be respected: a spouse claiming forced marriage must initiate court proceedings within six months from the date that the exercise of compulsion ceased. Regardless of the compulsion has ceased or not, court proceedings for annulment must be initiated within three years after the conclusion of the marriage.³⁵⁶ The **legal effects of annulment are the same as those of divorce**.³⁵⁷

2. International private law: Marriages concluded abroad

The recognition of marriages concluded under foreign law is regulated in section 22 b of the Marriage Code. The general principle provides that a marriage is recognized if it complies with the legal requirements in the jurisdiction in which it was entered into. However, section 22 b there lays down certain minimum requirements that must be fulfilled in order for the marriage to be recognized. Following an amendment effective on 1 February, 2017, the main principle laid down in that provision is that **a marriage concluded under foreign law by a minor must not be recognized**.³⁵⁸ The amendment was motivated by the need to ensure that Danish law does not support child marriage.³⁵⁹ Additional requirements for recognition is that both parties must have been present when the marriage was concluded; that the marriage was not concluded essentially for obtaining a residence permit in Denmark or in another country in the EU/EEA; and that the marriage is not contrary to fundamental Danish legal principles (*ordre public*). *Ordre public* has been invoked in order to refuse the recognition of a foreign marriage entered into by a child under 15 years of age.³⁶⁰ However, following the introduction of the age requirement in section 22 b of the Marriage Act, it is no longer necessary to invoke *ordre public* in order to refuse the recognition of a foreign child marriage.

Section 22 b lays down an exception to these conditions: a marriage can nevertheless be **recognized if there are compelling reasons (*tvingende grunde*) for doing so and that the parties would be placed in an unreasonable (*urimelig*) situation** if the marriage is not recognized. According to the

³⁵² VEJ nr 9263 af 20/03/2019 Vejledning om behandling af ægteskabssager.

³⁵³ Ibid, Chapter 6.2.

³⁵⁴ Ibid. See also A. Godsk Pedersen & H. V. Godsk Pedersen, Familie- og arveret, 11th ed., Karnov 2020, p. 34.

³⁵⁵ Marriage Code (Ægteskabsloven) section 24(2).

³⁵⁶ Marriage Code (Ægteskabsloven) section 24(2).

³⁵⁷ Marriage Code (Ægteskabsloven) section 25.

³⁵⁸ Lov 2017-01-24 nr. 81 om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, udlændingeloven og værgemålsloven.

³⁵⁹ P. Starup, Grundlæggende udlændingeret, 1st ed., DJOF Forlag 2021, p. 154 and sources there cited.

³⁶⁰ Government bill LFF 2016-11-30 nr 94 Forslag til lov om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, udlændingeloven og værgemålsloven, p. 8.

Government bill, the fact that the couple has or is expecting a joint child cannot in itself justify the recognition of the marriage.³⁶¹ The same is true as regards the fact that the couple has lived together for a long time, or the fact that the couple has entered into marriage in a country where societal norms requires that cohabitation can only take place within the framework of one marriage.³⁶² Another issue that can be considered is if one of the parties' death makes it impossible to resolve legal issues without the recognition of the marriage.³⁶³ The Government bill further states that it expects the provision to be applied in a way that respects Denmark's international obligations, in particular the right to family life under Article 8 of the ECHR.³⁶⁴

Section 22 b **exempt EU/EEA citizens and their spouses from the age requirement**. This was motivated by the mutual trust and recognition among the EU/EEA countries and that such a requirement would raise questions regarding the compatibility of the Danish regulation with the right to free movement under EU law.³⁶⁵

A marriage not recognized under section 22 b entails that the parties are not considered as spouses under Danish law.³⁶⁶ Therefore, it **does not entail any legal effects**, such as the right to maintenance or property rights.³⁶⁷ The public authorities shall inform the parties of the effects of the non-recognition and, if the couple has children, inform about the rules on parental authority and the recognition of fatherhood.³⁶⁸

In cases where there are doubts whether or not a foreign marriage can be recognized (for instance if there is suspicion of forced marriage), the local authority deciding the matter shall ask the Danish Agency of Family Law (*Familieretshuset*) for an opinion.³⁶⁹ The Agency's opinion is, however, not binding.³⁷⁰ The Marriage Act does not provide any guidance on the possibility to appeal an authority's decision on the recognition of a foreign marriage.³⁷¹

3. Criminal law : child marriage as a criminal offence

In 2021, Denmark introduced a **child marriage offence** by adding a new provision – section 260 a - to its Criminal Code.³⁷² Effective as of 15 March, 2021, it applies to marriages in which, at the time of the

³⁶¹ Government bill LFF 2016-11-30 nr 94 Forslag til lov om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, udlændingeloven og værgemålsloven, p. 13.

³⁶² Government bill LFF 2016-11-30 nr 94 Forslag til lov om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, udlændingeloven og værgemålsloven, p. 14.

³⁶³ Ibid.

³⁶⁴ Ibid.

³⁶⁵ Ibid, p. 11.

³⁶⁶ Government bill LFF 2016-11-30 nr 94 Forslag til lov om ændring af lov om ægteskabs indgåelse og opløsning, udlændingeloven og værgemålsloven, p. 16.

³⁶⁷ Ibid.

³⁶⁸ L. Nielsen & I. Lund-Andersen, Lovbekendtgørelse 2019-08-07 nr. 771 om ægteskabs indgåelse og opløsning, Karnov 2022, commentary to section 22 b.

³⁶⁹ Vejledning 2019-03-20 nr. 9263 om behandling af ægteskabssager Chapter 9.5.

³⁷⁰ Ibid. See also https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/03_marts_16/hoering_over_udkast_til_vejledning_om_behandling_af_aegteskabs.pdf (01.03.2022).

³⁷¹ Marriage Code (*Ægteskabsloven*) Chapter 5. See also https://menneskeret.dk/sites/menneskeret.dk/files/03_marts_16/hoering_over_udkast_til_vejledning_om_behandling_af_aegteskabs.pdf (01.03.2022).

³⁷² Lov 2021-03-13 nr. 415 om ændring af straffeloven, lov om pas til danske statsborgere m.v. og udlændingeloven.

marriage, one or both of the spouses were under 18 years of age. It states that anyone who solemnizes (*forestår*) a religious marriage without civil liability or any other marriage-like relationship that include a person under 18 years of age, is punished by a fine or imprisonment for up to two years. Moreover, the same punishment is imposed on a parent who allows his or her child (under 18 years of old) to enter into such a marriage / marriage-like relationship. It applies also to a person over the age of 18 entering into marriage / marriage-like relationship with a person under 18 years of age.

Section 260 a applies regardless of the consent of the two parties.³⁷³ The Government bill details that the concept of solemnizing (*forestår*) a religious ceremony without civil validity or the conclusion of another marriage-like relationship includes any person who performs the ritual or act which makes the marriage considered as constituted in the eyes of the group concerned, for example by performing a marriage ceremony or by drawing up a marriage contract.³⁷⁴ The ritual must not necessarily have a religious element; customary rituals are also covered. Moreover, the solemnizer does not need to have a specific authority. For instance, a relative to the spouses drawing up a marriage contract will also be covered by the provision.³⁷⁵ The government bill also details that a parent's active acts as well as inactions are punishable.³⁷⁶ When determining the punishment for an adult marrying a minor, consideration shall be taken to the level of activity of the adult in order to enter into the relationship and whether he or she has been subject to pressure in that regard.³⁷⁷

Forced marriage is criminalised under the provision on unlawful coercion laid down in section 260 of the Criminal Code (*Straffeloven*).³⁷⁸ It means that forced marriage is not regulated under a standalone provision, instead the general provision on unlawful coercion apply to forced marriage. Section 260(2) specifically refers to forced marriage as a kind of coercion for which the maximum penalty is increased to four years (the standard penalty for coercion is maximum two years). The scope of the provision was extended by an amendment that entered into force on 15 March, 2021: it now covers "other marriage-like relationship" and penalises anyone who is *keeping* by force a person in such a marriage or relationship.³⁷⁹ The provision on forced marriage apply regardless of the age of the parties. Thus, there is no provision specifically addressing forced marriage of a minor.

4. Immigration law: consequences for a spousal visa

The Danish Aliens Act (*Udlændingeloven*)³⁸⁰ does not contain any provision regulating specifically the situation for a victim of forced marriage or child marriage when the marriage on which the permit was granted on subsequently is annulled.

As a general rule, a temporary residence permit is either refused or not extended if the grounds on which it was granted (i.e. the marriage or regular cohabitation) no longer apply.³⁸¹ However, there are certain exceptions to this general rule. If the dissolution is due to the fact that the alien or the alien's

³⁷³ J. Kruse Mikkelsen & N. Sivan, Lovbekendtgørelse 2021-09-20 nr. 1851 Straffeloven, Karnov 2021, commentary to section 260 a.

³⁷⁴ LFF 2020-12-16 nr 126 Forslag til lov om ændring af straffeloven, lov om pas til danske statsborgere m.v. og udlændingeloven, p. 2.3.3.

³⁷⁵ Ibid.

³⁷⁶ Ibid.

³⁷⁷ Ibid.

³⁷⁸ Lovbekendtgørelse 2021-09-20 nr. 1851 Straffeloven.

³⁷⁹ Lov 2021-03-13 nr. 415 om ændring af straffeloven, lov om pas til danske statsborgere m.v. og udlændingeloven.

³⁸⁰ Lovbekendtgørelse 2021-09-26 nr. 1910 Udlændingeloven.

³⁸¹ P. Starup, Grundlæggende udlændingeret, 1st ed., DJOF Forlag 2021, p. 219.

child has been subjected to violence, abuse or other ill-treatment etc. in Denmark, a decision to revoke or deny extension of the temporary residence permit must include **an assessment of how the alien will be affected by the decision**.³⁸² Due consideration must also be given to whether the termination of the residence permit will be particularly burdensome, in particular because of the alien's ties to the Danish society; the alien's age, health and other personal circumstances; the alien's ties to persons living in Denmark; the consequences of an expulsion for the alien's close relatives living in Denmark, including the impact on family unity; the alien's slight or non-existent ties to his or her country of origin or any other country in which he or she may be expected to take up residence; and the risk that the alien will be ill-treated in his or her country of origin or any other country in which the alien may be expected to take up residence.³⁸³ Generally, victims of domestic violence who have lived in Denmark for at least two years before leaving their spouse is granted a residence permit following the divorce.³⁸⁴ AN alien who have lived in Denmark for a shorter time than two years must show that he or she had established sufficient ties to Denmark, for example by means of an employment.³⁸⁵

5. Refugee law: International protection against child marriage

The Aliens Act does not lay down any specific provisions on asylum or other protection on grounds of forced marriage or child marriage. The treatment of asylum claims based on gender-based abuse is described in a report submitted by Denmark in the framework of Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence as follows:³⁸⁶

“Asylum claims based on gender-based abuse often refers to conflicts caused by premarital relationships or marital conflicts, including forced marriage or marriage against the will of the family, divorce against the will of the family or departure from the country of origin without spousal consent. Such abuse is often characterised as a private conflict in which the victim does not receive any support from the authorities. Normally, such circumstances do not justify granting refugee status or protection status as protection of the authorities in the countries of origin must be sought instead. However, where the authorities in the country of origin are not able or willing to offer protection, abuse committed by private individuals will according to case-law be considered as falling within the scope of section 7 of the Aliens Act if, due to the extent and intensity of the abuse, the situation otherwise satisfies the conditions for granting refugee status or protection status. As such, information on the generally difficult situation for women in the country of origin will be taken into account as one element in combination with other factors that may justify the claim for asylum.”

A victim of forced marriage is **more likely to be granted individual temporary protection status rather than refugee status**.³⁸⁷ It means that the alien will be granted a one-year renewable temporary

³⁸² Danish Aliens Act (*Udlændingeloven*) section 19(7). See also P. Starup, *Grundlæggende udlændingeret*, 1st ed., DJOF Forlag 2021, p. 269 and the report submitted by Denmark pursuant to Article 68, paragraph 1 of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (2017) p. 55, available at <https://rm.coe.int/16806dd217> (23.05.2018).

³⁸³ P. Starup, *Grundlæggende udlændingeret*, 1st ed., DJOF Forlag 2021, p. 271. See also the report submitted by Denmark pursuant to Article 68, paragraph 1 of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (2017) p. 55, available at <https://rm.coe.int/16806dd217> (23.05.2018).

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ Report submitted by Denmark pursuant to Article 68, paragraph 1 of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (2017) p. 59, available at <https://rm.coe.int/16806dd217> (23.05.2018).

³⁸⁷ See information and commentary on Danish immigration law at <http://refugees.dk/en/facts/legislation-and-definitions/asylum-and-other-forms-of-protection/> (30.12.2021).

residence permit instead of the refugee status' two years renewable residence permit.³⁸⁸ In cases involving minors, the best interest of the child shall be taken into account.³⁸⁹

We are not aware of any case law or commentary on the situation of victims of child marriage in which the context of abuse (such as forced marriage) is absent. Additional research would be needed in order to answer this question in further detail.

³⁸⁸ Danish Aliens Act (*Udlændingeloven*) section 7(1) and 7(2). See also <http://refugees.dk/en/facts/legislation-and-definitions/asylum-and-other-forms-of-protection/> (30.12.2021).

³⁸⁹ See for example case Ø.L.D. 14. januar 2022 i 1.-instanssag 14. afd. BS-14886/2020-OLR.

F. Espagne³⁹⁰

Résumé des développements récents

Il n'y a pas eu de nouveaux développements depuis le rapport de 2018.

1. Droit civil : Validité du mariage et procédure

1.1. Âge de la majorité ?

L'article 32.2 de la Constitution espagnole³⁹¹ établit que « la loi régleme les formes du mariage, l'âge et la capacité de le contracter, les droits et les devoirs des époux, les causes de séparation et de dissolution et leurs effets »³⁹². L'article 12 de la Constitution Espagnole³⁹³ et l'article 240³⁹⁴ du Code civil espagnol (CCE)³⁹⁵ établissent que **les Espagnols atteignent l'âge de la majorité à 18 ans**.

1.2. Âge auquel des mariages peuvent être valablement conclus

Les mariages peuvent être valablement conclus des 18 ans en règle générale, ou à partir de 16 ans pour les mineurs émancipés. L'article 46.1 CCE interdit le mariage des personnes mineures non-émancipées³⁹⁶. L'émancipation peut avoir lieu dès l'âge de 16 ans, dans les conditions expliquées dans la réponse suivante.

Le 23 février 2018, un projet de loi a été soumis au Congrès espagnol, portant l'âge minimum du mariage de 16 à 18 ans, sans exception, pour les hommes et les femmes, une fois qu'ils ont atteint leur pleine maturité et capacité d'agir. Cette proposition a été rédigée sur la base de la déclaration commune faite en 2012 par le Conseil des droits de l'homme de l'ONU, le Comité des droits de l'enfant, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, la Représentante spéciale du Secrétaire général sur la violence à l'égard des enfants, le Groupe de travail sur la discrimination à l'égard des femmes dans la législation et la pratique, entre autres. Cependant, le projet de loi a été refusé par le Congrès le 20 mars 2018³⁹⁷.

1.3. Conditions dans lesquelles les personnes n'ayant pas l'âge légal peuvent se marier

Jusqu'en 2015, l'article 48 du Code civil espagnol permettait aux mineurs âgés de 14 à 16 ans de demander une autorisation judiciaire pour se marier³⁹⁸. La loi 15/2015, du 2 juillet, a éliminé la

³⁹⁰ Ce rapport reprend quelques développements du rapport rédigé en 2018 par Alberto Aronovitz, complétés pour les besoins de la présente mise à jour.

³⁹¹ Constitución Española, disponible sous : [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con) (20.01.2022)

³⁹² Art. 32.2 Constitución Española: « 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.».

³⁹³ Art. 12 Constitución Española : « Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.» , disponible sous : [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con) (20.01.2022)

³⁹⁴ Art. 240 CCE : « La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento.».

³⁹⁵ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, disponible sous : [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con) (17.01.2022).

³⁹⁶ Art. 46 CCE: «No pueden contraer matrimonio: 1.º Los menores de edad no emancipados.».

³⁹⁷ Proposición no de Ley relativa al incremento de la edad para contraer matrimonio. (162/000611), Congreso de los Diputados BOCG. Núm. D-309 de 02/03/2018, disponible sous: https://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-309.PDF#page=12 (20.01.2022).

³⁹⁸ J.L. Sevilla Bujalance, El impedimento de edad matrimonial en nuestro Derecho: el largo camino hacia la armonía y su actual quiebra. Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXXV (2009), pp. 459-496.

dispense de l'âge du mariage, conformément à la proposition faite par les ministères de la Justice et de la Santé, des Services sociaux et de l'Égalité³⁹⁹.

L'émancipation d'un mineur à partir de 16 ans lui permet de se marier. L'émancipation est possible par concession volontaire des personnes exerçant l'autorité parentale, accordée par acte public ou par comparution devant l'officier d'état civil, en plus du consentement du mineur⁴⁰⁰. **Un mineur de plus de 16 ans qui, avec le consentement de ses parents, vit indépendamment d'eux, est considéré comme émancipé** à toutes fins utiles. Les parents peuvent révoquer ce consentement⁴⁰¹. La vie indépendante d'un mineur est une situation de fait qui peut être prouvée par tous les moyens de preuve⁴⁰².

Le mineur de plus de seize ans peut également demander son émancipation à l'autorité judiciaire, qui peut l'accorder après avoir entendu les parents, lorsque la personne exerçant l'autorité parentale se marie ou cohabite maritalement avec une personne autre que l'autre parent, lorsque les parents vivent séparément ou lorsqu'il existe une cause quelconque qui entrave sérieusement l'exercice de l'autorité parentale⁴⁰³.

1.4. Mesures propres à prévenir un mariage précoce forcé

Le Code civil espagnol ne contient pas de norme spécifiquement applicable aux mariages dits forcés⁴⁰⁴. Cela dit, la validité d'un mariage forcé s'analyse, comme pour tout mariage, en vérifiant sa célébration à la lumière des conditions et exigences fixées pour tous les mariages. L'article 45 CCE, dispose que le mariage ne se produit pas en l'absence du libre consentement des conjoints⁴⁰⁵.

En outre, l'art. 1265 CCE prescrit la nullité du consentement prononcé par erreur, sous la violence, l'intimidation ou le dol⁴⁰⁶. Selon l'article 1267 du CCE, il y a violence lorsqu'une force irrésistible est utilisée pour obtenir le consentement. Il y a intimidation lorsque l'une des parties contractantes est inspirée par une crainte rationnelle et fondée de subir un préjudice imminent et grave pour sa personne ou ses biens, ou pour la personne ou les biens de son conjoint, de ses descendants ou de ses ascendants. Pour qualifier l'intimidation, l'âge et l'état de la personne doivent être pris en compte⁴⁰⁷.

³⁹⁹ Art. 53, Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, disponible sous: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/02/15/con> (17.01.2022).

⁴⁰⁰ Art. 241 CCE: « Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el encargado del Registro Civil.».

⁴⁰¹ Art. 243 CCE: « Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que, con el consentimiento de los progenitores, viviere independientemente de estos. Los progenitores podrán revocar este consentimiento. ».

⁴⁰² Audiencia Provincial AP de Valencia (Sección 6ª) Sentencia num. 281/2020 de 17 junio JUR\2021\115677.

⁴⁰³ Art. 244 CCE: « La autoridad judicial podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años si estos la pidieren y previa audiencia de los progenitores:

1.º Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor.

2.º Cuando los progenitores vivieren separados.

3.º Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.».

⁴⁰⁴ MATRIFOR, Analytical report – Forced Marriage in Spain: a qualitative research, 2014, p. 6, disponible sous: http://matrifor.es/sites/default/files/pdf/Analytical_report_Spain.pdf (17.01.2022).

⁴⁰⁵ Art. 45 CCE: «No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial ».

⁴⁰⁶ Art. 1265 CCE: «Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.»

⁴⁰⁷ Art. 1267 CCE: « Hay violencia cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible.

Ceux qui veulent contracter le mariage doivent préalablement accréditer dans un registre ou un dossier traité conformément à la législation du Registre Civil, qu'ils remplissent les conditions de capacité ou l'inexistence d'empêchements ou leur dispense⁴⁰⁸. Ainsi, les mineurs de 18 ans qui veulent se marier doivent prouver qu'ils sont émancipés.

Afin d'empêcher les mariages blancs (« matrimonios de complacencia ») ou les mariages non conformes aux exigences légales, le Règlement de la loi sur le registre civil (RRC) et la Direction générale des registres et des notaires (DGRN)⁴⁰⁹ ont établi une audition préalable de chacune des parties séparément et en privé, au cours de laquelle le juge, le notaire ou l'officier d'état civil doit interroger les parties contractantes afin de vérifier leur véritable intention matrimoniale ou, le cas échéant, de découvrir une éventuelle fraude, ou tout autre obstacle juridique à la célébration du mariage⁴¹⁰.

1.5. Mariage précoce et nullité

La validité d'un mariage s'analyse en vérifiant sa célébration à la lumière des conditions et exigences fixées par le CCE aux articles 44 ss. Ces conditions sont les suivantes :

- a. l'article 45 CCE, dispose que le mariage ne se produit pas en l'absence du libre **consentement** des conjoints ;
- b. l'article 46.1 CCE interdit le mariage des personnes **mineures non-émancipées** ; et
- c. l'alinéa 2 de l'art. 46 CCE prévoit que la personne qui est déjà liée par une relation matrimoniale ne peut pas contracter mariage⁴¹¹.

Un mariage n'est pas valable s'il se heurte aux dispositions mentionnées. À ce propos, l'art. 73 CCE accroît et énumère les causes de nullité matrimoniale, à savoir⁴¹² :

Hay intimidación cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de la persona.

El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato.».

⁴⁰⁸ Art. 56 CCE: « Ceux qui souhaitent se marier doivent préalablement accréditer dans un registre ou un dossier traité conformément à la législation du Registre Civil, qu'ils remplissent les conditions de capacité ou l'inexistence d'empêchements ou leur dispense, conformément aux dispositions du présent Code. (...)».

⁴⁰⁹ Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, disponible sous: [https://www.boe.es/eli/es/d/1958/11/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/d/1958/11/14/(1)/con) (21.01.2022).

⁴¹⁰ Art. 246 RRC: « El instructor, asistido del Secretario, oír a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración. La audiencia del contrayente no domiciliado en la demarcación del instructor podrá practicarse ante el Registro Civil del domicilio de aquél ». Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia, disponible sous: [https://www.boe.es/eli/es/ins/2006/01/31/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/ins/2006/01/31/(1)/con) (07.02.2022).

⁴¹¹ Art. 46 CCE: «No pueden contraer matrimonio: 2º Los que estén ligados con vínculo matrimonial.».

⁴¹² Art. 73 CCE: « Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración:

1.º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.

2.º El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48.

3.º El que se contraiga sin la intervención del Juez de Paz, Alcalde o Concejal, Secretario judicial, Notario o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos.

4.º El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.

5.º El contraído por coacción o miedo grave. ».

- a. l'absence du libre consentement ;
- b. le défaut d'âge légal ;
- c. certains liens de parenté, et les personnes condamnées pour avoir participé à la mort intentionnelle d'un conjoint ou d'un concubin ;
- d. l'existence d'un lien marital précédent (et valable) d'au moins l'un des contractants,
- e. le défaut de consentement, la contrainte ou la menace grave.

Le mariage dont au moins l'un des époux est ou était mineur, ou en dessous de l'âge légal du mariage, au moment de sa conclusion, n'est pas considéré comme automatiquement nul et il faut une décision judiciaire pour annuler le mariage.

Selon l'article 74 CCE, l'intérêt à agir pour demander la constatation de la nullité d'un mariage appartient aux conjoints, au Ministère public (« Ministerio fiscal »), ainsi qu'à toute personne ayant un intérêt « direct et légitime »⁴¹³. Mais, d'après l'article 75 CCE, **si la cause de la nullité est le défaut d'âge minimal légal de l'un au moins des époux, tant que ce conjoint est mineur, seul l'un de ses parents, tuteurs ou gardiens et, dans tous les cas, le Procureur de la République peuvent intenter l'action de nullité. À la majorité, l'action ne peut être intentée que par le conjoint qui était mineur au moment du mariage.** Il n'y a pas d'exception au principe de l'annulation sauf que l'action en nullité est caduque et le mariage sera validé si les conjoints ont vécu ensemble pendant un an après leur majorité⁴¹⁴.

Avant l'année 2015, quand il existait la possibilité d'obtenir une autorisation judiciaire pour permettre aux mineurs âgés de 14 à 16 ans de se marier, le cas d'une grossesse a été considérée parfois comme un motif valable d'autorisation⁴¹⁵, mais aujourd'hui, cette jurisprudence n'a aucune validité.

1.6. Mariage précoce comme mariage forcé

Dans un mariage forcé, l'une des parties est obligée de contracter le mariage. Le consentement donné librement et volontairement fait donc défaut. Il s'agit par conséquent d'un mariage nul, en raison des vices du consentement⁴¹⁶.

Dans le cas des mariages conclus sous la contrainte ou l'intimidation sérieuse, l'action en nullité pourra être exercée par le seul conjoint qui a subi l'une de ces circonstances. En vertu du second

⁴¹³ Art. 74 CCE : « La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes.»

⁴¹⁴ Art. 75 CCE : « Si la causa de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor sólo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal.

Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla.»

⁴¹⁵ Par exemple, dans la résolution de la DGRN du 25 janvier 1985 (RJ 1986, 6833), la grossesse était considérée comme un motif valable de dispense. Elle n'a pas été prise en compte dans la Résolution de la DGRN du 25 avril 1996 (RJ 1996, 4181), du 30 décembre 1999 (RJ 1999, 10250), du 29 avril 2000 (RJ 2000, 6149).

⁴¹⁶ M. Trapero Barreales, La reforma de 2015 en el Derecho Penal de extranjeros: la tipificación del delito de matrimonio forzado (siguiendo el modelo de los países de la Unión Europea), ¿una nueva manifestación del uso simbólico del Derecho Penal?. Revista Aranzadi Unión Europea num. 2/2017, BIB 2017/10789, p. 4.

alinéa de l'article 76 CCE, l'action en nullité est caduque et le mariage sera validé, si le couple a cohabité pendant une année après la disparition de la force, la contrainte, ou la cause de l'intimidation⁴¹⁷.

Nous n'avons pas trouvé une réponse directe à la question de savoir si le mariage de mineurs est, par principe, considéré comme forcé. Mais il nous semble que, dans le cadre de mariages avec des mineurs, en raison de l'incapacité due à l'âge, il pourrait être considéré qu'il n'a pas pu y avoir consentement (et donc que le mariage est forcé).

Certains tribunaux espagnols ont estimé que le mariage d'enfants est une forme de mariage forcé, car lorsqu'au moins une des parties contractantes est mineure, le consentement éventuellement donné ne peut pas être considéré comme suffisamment complet et libre. Cependant, la même jurisprudence admet qu'un tel mariage peut être légalisé par une cohabitation de plus d'un an après avoir atteint la majorité⁴¹⁸.

1.7. Conséquences de l'annulation du mariage précoce

Le Code Civil espagnol n'envisage pas de conséquences particulières de la nullité d'un mariage précoce, donc les règles générales en la matière s'appliquent. **L'effet principal de la nullité est la déclaration de l'invalidité du mariage *ab initio***, c'est-à-dire qu'elle déclare que malgré l'apparence du mariage, celui-ci n'a jamais existé, car il était vicié dès le départ. De cette façon, après sa déclaration, le mariage devient totalement inefficace tant pour l'avenir que pour le passé, et a donc un effet rétroactif au moment de la célébration du mariage. Le jugement rendu dans une action en annulation de mariage, quelle que soit la cause, déclarera l'inexistence du lien du mariage, rétablissant l'état civil antérieur de célibataire⁴¹⁹.

Toutefois, **la déclaration de nullité du mariage n'invalidé pas les effets déjà produits à l'égard des enfants et de la ou des époux de bonne foi**. La bonne foi est présumée⁴²⁰. De cette façon, si la bonne foi est présente, le mariage produit ses effets jusqu'au moment où la nullité est déclarée, afin de protéger la situation familiale créée et les enfants qui ont pu être conçus.

En ce qui concerne spécifiquement les conséquences patrimoniales du mariage, le mariage nul produit des effets civils. Selon la Cour suprême espagnole, l'existence d'un mariage civil nul contracté de bonne foi a permis et établi un régime patrimonial de communauté de biens qui n'a été liquidé à aucun moment, ce qui signifie que tous les biens acquis pendant le mariage sont de nature communautaire⁴²¹. D'après la même Cour, il ne serait pas conforme aux principes fondamentaux de la justice d'exclure la communauté économique qui existait en fait pendant que le mariage déclaré nul était maintenu en vie, et jusqu'à ce que cette nullité soit appréciée, la cour reconnaît au mariage un caractère putatif⁴²².

⁴¹⁷ Art. 76 CCE: « En los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio.

Caduca la acción y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo.».

⁴¹⁸ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), Sentencia núm. 599/2018 de 19 julio. JUR 2019\43379.

⁴¹⁹ Editorial Aranzadi, Familia: Nulidad, separación y divorcio. Nulidad matrimonial. Efectos y proceso de la declaración de nulidad, DOC 2018\391, p. 1.

⁴²⁰ Art. 79 CCE : « La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe.

La buena fe se presume.».

⁴²¹ STS 25/11/1999 (Tol 1080326), cité dans M. López Orellana et al., Código Civil con jurisprudencia sistematizada 4ª Edición actualizado con La Ley 8/2021 de 2 de junio, Ley Orgánica 8/2021, Editorial Tirant lo Blanch, p. 299.

⁴²² STS 13/5/1983 (Tol 1738603), cité dans, López Orellana et al, op. cit., pp. 298-299.

Cependant, il est peu probable que la présomption de bonne foi puisse s'appliquer si l'un des conjoints est majeur et que l'autre ne l'est pas, si le premier a connaissance de la minorité de son époux. En fait, lors de notre examen de la jurisprudence espagnole, nous n'avons trouvé aucun cas de ce genre. En revanche, si les deux époux sont mineurs, même s'ils se sont mariés de bonne foi, les effets patrimoniaux du mariage qui ont été notés seront probablement limités, à moins que les époux ne soient financièrement indépendants de leurs parents.

1.8. Mécanismes pour remédier à l'âge précoce

Selon le second alinéa de l'art. 75 CCE **les mariages contractés par des personnes pour lesquelles l'empêchement lié à l'âge n'a pas été respecté, sont validés si elles ont vécu ensemble pendant un an après avoir atteint l'âge de la majorité.**

2. Droit international privé : Mariages conclus à l'étranger

2.1. Dispositions spécifiques de reconnaissance des mariages conclus à l'étranger

En Espagne, le Code civil et le Règlement de la loi sur le registre civil (RRC) contiennent des dispositions spécifiques de reconnaissance des mariages conclus à l'étranger par des Espagnols et par des étrangers, et des mariages des étrangers conclus en Espagne. **En règle générale, la *lex loci celebrationis* s'applique**, bien que l'application de la loi personnelle des époux doive être prise en considération dans tous les cas.

Si les époux (ou l'un d'entre eux) sont espagnols et veulent se marier à l'étranger, le mariage peut être célébré selon la *lex loci*, ou il peut aussi être célébré dans le consulat espagnol selon la loi espagnole (article 49 CCE⁴²³, et articles 238, 252 et 256 N° 3 RRC⁴²⁴).

Si les conjoints sont étrangers, le mariage peut être célébré en Espagne selon la forme prescrite pour les Espagnols ou selon celle établie par la loi personnelle de l'une ou l'autre partie (article 50 CCE⁴²⁵ et article 256 N° 4 RRC⁴²⁶).

⁴²³ Art. 49 CCE: «Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España:

1.º En la forma regulada en este Código.

2.º En la forma religiosa legalmente prevista.

También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración.».

⁴²⁴ Art. 238 RRC: « Es competente para la instrucción del expediente previo a la celebración del matrimonio el Juez encargado o de Paz, o el Encargado del Registro Civil consular, correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes. »

Art. 252 RRC: «Si los contrayentes han manifestado su propósito de contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración y esta Ley exige la presentación de un certificado de capacidad matrimonial, una vez concluido el expediente con auto firme favorable, el instructor entregará a aquéllos tal certificado. La validez de éste estará limitada a los seis meses de su fecha.».

Art. 256 RRC: « (...) se inscribirán, siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la española, los matrimonios que consten por cualquiera de los documentos siguientes:

(...)

3.º Certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración.

(...)».

⁴²⁵ Art. 50 CCE: « Si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos. ».

⁴²⁶ Art. 256 RRC: « (...) se inscribirán, siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la española, los matrimonios que consten por cualquiera de los documentos siguientes:

2.2. Droit applicable à la conclusion d'un mariage et ses conditions

Selon l'article 9.1 CCE, la loi personnelle des personnes physiques est déterminée par leur nationalité. Cette loi régit la capacité et l'état civil, les droits et devoirs familiaux et la succession par décès. **La capacité de contracter le mariage et donc la validité de l'acte lui-même dépend de la loi personnelle** de chacune des parties contractantes, c'est-à-dire la loi correspondant à leur nationalité. Cela inclut des règles sur l'âge minimum des époux⁴²⁷.

D'après l'article 9.2 CCE, les effets du mariage sont régis par la loi personnelle commune des époux au moment où ils l'ont contracté ; à défaut, par la loi de la loi personnelle ou de la résidence habituelle de l'un d'eux, choisie par les deux dans un acte authentique passé avant la célébration du mariage ; à défaut de ce choix, par la loi de la résidence habituelle commune immédiatement après la célébration et, à défaut de cette résidence, par la loi du lieu de célébration du mariage⁴²⁸.

Selon l'article 65 CCE⁴²⁹, dans le cas d'un mariage célébré à l'étranger, le contrôle de la capacité est effectué *a posteriori* au moment de son inscription au registre civil espagnol⁴³⁰.

2.3. Conditions de reconnaissance d'un mariage conclu à l'étranger

La loi sur le registre civil (LRC)⁴³¹ seulement exige l'enregistrement dans le registre civil espagnol de tous les mariages célébrés en Espagne, ainsi que ceux célébrés à l'étranger si l'une des parties est espagnole⁴³². Ainsi, les mariages entre étrangers célébrés à l'étranger ne sont pas obligés d'être

(...)

4.º Certificación expedida por funcionario competente, acreditativa del matrimonio celebrado en España por dos extranjeros, cumpliendo la forma establecida por la Ley personal de cualquiera de ellos. (...).»

⁴²⁷ Art. 9.1 CCE: « 1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior.»

⁴²⁸ Art. 9.2 CCE: «Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio».

⁴²⁹ Art. 65 CCE: «En los casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente o acta previa, si éste fuera necesario, el Secretario judicial, Notario, o el funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil que lo haya celebrado, antes de realizar las actuaciones que procedan para su inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su validez, mediante la tramitación del acta o expediente al que se refiere este artículo.

Si la celebración del matrimonio hubiera sido realizada ante autoridad o persona competente distinta de las indicadas en el párrafo anterior, el acta de aquella se remitirá al Encargado del Registro Civil del lugar de celebración para que proceda a la comprobación de los requisitos de validez, mediante el expediente correspondiente. Efectuada esa comprobación, el Encargado del Registro Civil procederá a su inscripción.»

⁴³⁰ Editorial Aranzadi, Matrimonio, BIB 2014\5029, 2014, p. 3.

⁴³¹ Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, disponible sous: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/21/20/con> (21.01.2022).

⁴³² Art. 9 LRC: «En el Registro Civil constarán los hechos y actos inscribibles que afectan a los españoles y los referidos a extranjeros, acaecidos en territorio español. Igualmente, se inscribirán los hechos y actos que hayan tenido lugar fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones sean exigidas por el Derecho español.»

enregistrés en Espagne. S'ils souhaitent enregistrer le mariage au registre civil espagnol afin d'obtenir la pleine reconnaissance de ses effets civils, ils doivent avoir préalablement accrédité leur capacité matrimoniale au moyen du certificat correspondant⁴³³, y compris les conditions liées à l'âge des époux.

2.4. Considérations relatives à l'ordre public et la reconnaissance des mariages précoces

Selon l'article 12.3 du Code civil espagnol, la loi étrangère ne sera en aucun cas applicable si elle est contraire à l'ordre public⁴³⁴.

La DGRN a à plusieurs reprises statué positivement sur l'enregistrement éventuel d'un mariage dans lequel l'une des parties contractantes ne remplissait pas les conditions de capacité liées à l'âge prévues par le droit espagnol, si sa loi personnelle lui donnait la capacité de se marier⁴³⁵. **La seule possibilité d'exclure l'application de la loi étrangère est de considérer qu'elle est contraire à l'ordre public espagnol.** Par exemple, la DGRN a déclaré le mariage d'une femme espagnole en République dominicaine non enregistrable alors qu'elle n'avait pas encore atteint l'âge de 17 ans. L'intéressée, une ressortissante espagnole, s'est mariée en République dominicaine conformément à la loi locale⁴³⁶, qui à l'époque autorisait le mariage des mineurs de moins de 18 ans. Le mariage de mineurs non émancipés étant interdit (cf. art. 46 N° 1 CCE), le mariage en question est en principe nul et ne peut être enregistré, à moins que l'intéressé n'obtienne l'autorisation judiciaire ultérieure (cf. *infra* 2.5)⁴³⁷. Dans une autre affaire, un mariage au Maroc entre un ressortissant espagnol et une mineure marocaine non mariée de quinze ans a été jugé valide car, selon la loi nationale de la mariée, elle était capable de se marier et il n'y avait aucune raison d'ordre public d'appliquer la loi espagnole sur ce point, qui autorisait à l'époque le mariage des mineurs à partir de 14 ans, sous réserve d'une autorisation judiciaire⁴³⁸.

Une autre hypothèse dans laquelle la non-application de la loi étrangère sur la base de l'ordre public serait autorisée est celle où cette loi est applicable selon les règles du droit international privé, mais ne requiert pas le consentement des époux pour la célébration valide du mariage, une circonstance qui serait contraire à l'ordre public espagnol.

2.5. Procédure en cas de non-reconnaissance du mariage conclu à l'étranger

Selon les articles 85 N° 1 et 87 N° 1 LRC, **contre les décisions prises par les bureaux de registre civil, les parties intéressées ne peuvent qu'introduire un recours auprès de la Direction générale des registres et des notaires**, dans un délai d'un mois. Les décisions et les actes de la DGRN peuvent être

Art. 59 N° 2 LRC: « 2. El matrimonio celebrado ante autoridad extranjera accederá al Registro Civil español mediante la inscripción de la certificación correspondiente, siempre que tenga eficacia con arreglo a lo previsto en la presente Ley ».

⁴³³ DGRN, Resolución núm. 9/2009 de 19 mayo 2009. JUR 2010\301896; DGRN Resolución núm. 23/2013 de 10 junio. JUR 2014\207280.

⁴³⁴ Art. 12.3 CCE: « 3. En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público. ».

⁴³⁵ Editorial Aranzadi, Familia: Nulidad, separación y divorcio, op. cit., p. 21-22.

⁴³⁶ Jusqu'à récemment, l'âge minimum légal pour le mariage en République dominicaine était de 16 ans pour les hommes et de 15 ans pour les femmes. Le 6 janvier 2021, une loi a été promulguée, stipulant que les personnes âgées de moins de dix-huit ans ne peuvent en aucun cas se marier. Ley No. 1-21 que modifica y deroga varias disposiciones del Código Civil y de la Ley No.659 del 1944, sobre Actos del Estado Civil. Prohíbe el matrimonio entre personas menores de 18 años. G. O. No. 11004 del 12 de enero de 2021, disponible sous: <https://presidencia.gob.do/noticias/poder-ejecutivo-elimina-el-matrimonio-infantil-con-la-ley-1-21-y-garantizan-derechos> (07.02.2022).

⁴³⁷ DGRN Resolución núm. 2/2003 de 25 enero 2003. RJ\2003\3996.

⁴³⁸ M.C. Chéliz Ingés, « Los matrimonios forzados y el establecimiento de una edad mínima para la reagrupación familiar del cónyuge ». Ed. Aranzadi, BIB 2015\16532, p. 6.

contestés devant le tribunal de première instance de la capitale provinciale du domicile du requérant⁴³⁹.

2.6. Droit applicable à une action en annulation d'un mariage

L'annulation, la séparation et le divorce sont régis par la loi déterminée par l'article 107 CC. Selon cet article, **la nullité du mariage et ses effets sont déterminés conformément à la loi applicable à sa célébration**⁴⁴⁰.

3. Droit pénal : Incrimination du mariage du mineur

3.1. Mariage précoce et droit pénal

En Espagne **le mariage précoce ne fait pas l'objet d'une disposition pénale spécifique**. Cependant, il constitue une circonstance aggravante des peines applicables au mariage forcé.

3.2. Mariage précoce comme mariage forcé

Le mariage précoce n'est pas considéré automatiquement comme mariage forcé. Cela ne se produit que dans les situations prévues à l'article 172 bis CPE, c'est-à-dire l'utilisation de l'intimidation sérieuse ou de la violence avec le but de forcer autrui à conclure le mariage (cf. 3.4 ci-dessus).

Mais le mariage précoce peut être un mariage forcé, situation qui sera de plus en plus fréquent à mesure que l'âge de la victime augmente, car il est difficile pour une mineure de résister aux propositions ou pressions à la proposition par exemple, de ses parents ou d'autres adultes⁴⁴¹.

3.3. Mariage forcé des mineurs

En Espagne **il n'existe pas une disposition pénale incriminant spécifiquement le mariage forcé des mineurs**. Cependant, il constitue une circonstance aggravante des peines applicables au mariage forcé.

Une réforme du Code pénal l'année 2015 a introduit une disposition spécifique (art. 172 bis du Code pénal espagnol - CPE)⁴⁴², qui réprime spécifiquement les mariages conclus sous la contrainte, puni avec une peine aggravée lorsque la victime est un mineur.

⁴³⁹ Art. 85 N° 1 LRC: «Contra las decisiones adoptadas por los Encargados de las Oficinas Central, Generales y Consulares del Registro Civil en el ámbito de las competencias atribuidas por esta Ley, los interesados sólo podrán interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el plazo de un mes».

Art. 87 N° 1 LRC: «1. Las resoluciones y actos de la Dirección General de los Registros y del Notariado podrán ser impugnados ante el Juzgado de Primera Instancia de la capital de provincia del domicilio del recurrente, de conformidad con lo previsto en el artículo 781 bis de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En estos procesos será emplazada la citada Dirección General a través de su representación procesal.»

⁴⁴⁰ Art. 107.1 CCE: « 1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.»

⁴⁴¹ M. Trapero Barreales, op. cit., p. 4.

⁴⁴² La même réforme a fait passer l'âge minimum du consentement sexuel de treize à seize ans. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, disponible sous: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con> (21.01.2022).

3.4. L'infraction de mariage forcé

Le CPE incrimine le mariage forcé à l'art. 172 bis du CPE, disposition qui a été introduite en 2015. En vertu de l'art. 172 bis al. 1 CPE⁴⁴³, la contrainte au mariage est définie comme l'utilisation de l'intimidation sérieuse (*grave*) ou de la violence avec le but de forcer autrui à conclure le mariage. L'alinéa 2 de l'art. 172 bis CPE⁴⁴⁴, punit encore ceux qui, afin de contraindre autrui à conclure un mariage forcé, utilisent l'intimidation sérieuse ou la tromperie pour contraindre une personne à quitter le territoire espagnol ou à s'abstenir d'y revenir. L'utilisation du terme « sérieuse » par rapport à l'intimidation a été critiquée, car il semble inadéquat. En effet, la doctrine souligne que l'intimidation devrait être d'une intensité suffisante pour faire plier la volonté de la victime⁴⁴⁵.

La peine imposée par l'art. 172 bis al. 3 CPE⁴⁴⁶ à ceux qui agissent afin de forcer un mariage est - selon la gravité de la contrainte ou des moyens employés - l'emprisonnement allant de 6 mois jusqu'à 3 ans et six mois, ou une amende. **La minorité de la victime est une circonstance aggravante de l'infraction de mariage forcé.** Dans ce cas, les sanctions sont imposées dans la moitié supérieure de la peine si la victime est un mineur.

La conclusion de mariages forcés est aussi une circonstance aggravante de l'infraction de traite des êtres humains. L'article 177 bis CPE punit d'une peine d'emprisonnement pouvant aller de 5 à 8 ans, ceux qui emploient la violence, l'intimidation ou la tromperie, abusant de leur situation de supériorité, de nécessité ou de vulnérabilité de la victime (espagnole ou étrangère), ou encore donnent ou reçoivent des avantages pour obtenir le consentement de la victime avec le but de célébrer des mariages forcés. Une situation de vulnérabilité ou de nécessité est caractérisée, lorsque la victime n'a pas d'autre alternative réelle ou acceptable, que de se soumettre à l'abus⁴⁴⁷.

Le second alinéa de l'art. 177 bis CPE fait spécifiquement référence aux personnes mineures, en disposant que même en l'absence d'utilisation des moyens mentionnés (à savoir : la violence, l'intimidation ou la tromperie, abusant de leur situation de supériorité, de nécessité ou de vulnérabilité

⁴⁴³ Art. 172 bis CPE: «1. El que con intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.»

⁴⁴⁴ Art. 172 bis CPE: «2. La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo.»

⁴⁴⁵ M. Vidal Gallardo, La protección del libre consentimiento matrimonial a la luz de la Ley 1/2015, de 30 de marzo. BIB 2017\10523, p. 5: « En primer lugar, no parece oportuno exigir que la violencia o la intimidación ejercidas sobre la víctima deban ser graves, entendiéndose que basta con que exista tal violencia o intimidación siempre que sea de intensidad suficiente como para doblegar la voluntad del sujeto pasivo que la sufre y menoscabar su libertad de decisión. Además se recomienda sustituir algunas expresiones y así en lugar de utilizar "según la gravedad de la coacción", se considera que se debe evitar utilizar el término coacción y referirse a "según la gravedad de la violencia o intimidación ejercida. ».

⁴⁴⁶ Art. 172 bis CPE: «3. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando la víctima fuera menor de edad.»

⁴⁴⁷ Art. 177 bis CPE: «1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de la persona que poseyera el control sobre la víctima, la captare, transportare, trasladare, acogiere, o recibiere, incluido el intercambio o transferencia de control sobre esas personas, con cualquiera de las finalidades siguientes: (...)

e) La celebración de matrimonios forzados. (...)

Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso. (...) ».

de la victime (espagnole ou étrangère), ou encore donnent ou reçoivent des avantages pour obtenir le consentement de la victime avec le but de célébrer des mariages forcés), sera considéré comme traite d'êtres humains chacun des actes mentionnés lorsque ceux-ci se réalisent à l'encontre d'enfants mineurs⁴⁴⁸.

En vertu de l'article 177.4. bis CPE, la peine d'emprisonnement de 5 à 8 années mentionnée à l'article 177.1 b CPE sera imposée dans sa moitié supérieure lorsque la victime est spécialement vulnérable en raison de sa minorité d'âge⁴⁴⁹. En outre, lorsque la victime de la traite des êtres humains est un mineur, la peine accessoire d'interdiction spéciale de toute profession, commerce ou activité impliquant un contact régulier et direct avec des mineurs est imposée pour une période de six à vingt ans après la durée de la peine d'emprisonnement⁴⁵⁰.

4. Droit des étrangers : Conséquences sur le titre de séjour délivré en raison du mariage

4.1. Titre de séjour suite à l'annulation d'un mariage forcé

La question de savoir si la personne mineure victime d'un mariage forcé, de nationalité étrangère, dont le titre de séjour a été délivré en raison du mariage, peut conserver son titre de séjour après l'annulation du mariage peut être posée au regard de plusieurs dispositions. En général, lors d'un mariage forcé la victime peut continuer à bénéficier de son permis de séjour :

- a. La loi sur les étrangers⁴⁵¹ prévoit le droit au regroupement familial pour les étrangers vivant légalement en Espagne depuis au moins un an, et avec un permis de travail et de résidence depuis un an de plus⁴⁵². Selon l'article 16.3 de la même loi, **le conjoint ayant acquis le statut de résident en Espagne conserve cette résidence, même en cas de dissolution du lien matrimonial qui a donné lieu à l'acquisition du statut de résident à la suite de la réunification familiale**⁴⁵³.
- b. L'article 31 bis de la Loi sur les étrangers prévoit **l'octroi d'un permis de résidence temporaire à titre exceptionnel, aux femmes qui sont victimes de violence de genre**⁴⁵⁴. Selon l'interprétation

⁴⁴⁸ Art. 177.2 bis CPE: « Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación. ».

⁴⁴⁹ Art. 177.3 bis CPE: « Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando: (...) b) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad. ».

⁴⁵⁰ Art. 177.1 bis CPE: « (...) Cuando la víctima de trata de seres humanos fuera una persona menor de edad se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta. (...) ».

⁴⁵¹ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, disponible sous: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2000/01/11/4/con> (21.01.2022)

⁴⁵² MATRIFOR, op. cit, p. 8.

⁴⁵³ Art. 16.3 Ley Orgánica 4/2000: «3. El cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él agrupados conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición».

⁴⁵⁴ Art. 31 bis Ley Orgánica 4/2000 : « 1. Las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente.
2. Si al denunciarse una situación de violencia de género contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, no se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción

du gouvernement espagnol sur la violence de genre, parmi ces types de violence se trouve le mariage forcé⁴⁵⁵. La doctrine est d'accord avec cette interprétation⁴⁵⁶. Le règlement de la Loi sur les étrangers dispose, à l'article 134.2, que si le procès pénal à l'encontre du conjoint accusé de violence de genre, se conclut sans la condamnation de celui-ci, la demande de la femme pour obtenir un permis de résidence et de travail en Espagne sera rejetée, et l'autorisation de séjour temporaire sera retirée⁴⁵⁷. *A contrario* on peut apprendre qu'en cas de violence constatée judiciairement, l'autorisation de séjour ne sera pas annulée.

- c. Il y a des **cas dans lesquels la victime (étrangère) d'un mariage forcé avec un ressortissant espagnol, acquiert la nationalité espagnole**. Ceci est possible sur la base de l'article 22.2.d. CCE. Cette disposition permet l'acquisition de la nationalité espagnole à ceux qui, au moment de

del artículo 53.1.a), y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado por la comisión de dicha infracción con anterioridad a la denuncia o, en su caso, la ejecución de las órdenes de expulsión o de devolución eventualmente acordadas.

3. La mujer extranjera que se halle en la situación descrita en el apartado anterior, podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal. En el momento de presentación de la solicitud, o en cualquier otro posterior a lo largo del proceso penal, la mujer extranjera, por sí misma o través de representante, también podrá solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a favor de sus hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, o una autorización de residencia y trabajo en caso de que fueran mayores de 16 años y se encuentren en España en el momento de la denuncia.

Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales concederá una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera y, en su caso, las autorizaciones de residencia provisionales a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad, o de residencia y trabajo si fueran mayores de 16 años, previstas en el párrafo anterior, que se encuentren en España en el momento de la denuncia. Las autorizaciones provisionales eventualmente concedidas concluirán en el momento en que se concedan o denieguen definitivamente las autorizaciones por circunstancias excepcionales.

4. Cuando el procedimiento penal concluyera con una sentencia condenatoria o con una resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género, incluido el archivo de la causa por encontrarse el imputado en paradero desconocido o el sobreseimiento provisional por expulsión del denunciado, se notificará a la interesada la concesión de las autorizaciones solicitadas. En el supuesto de que no se hubieran solicitado, se le informará de la posibilidad de concederlas, otorgándole un plazo para su solicitud.

Si del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género, se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a) o se continuará, en el supuesto de que se hubiera suspendido inicialmente.».

⁴⁵⁵ Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, Guía de derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, 2021, p. 22, disponible sous: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/informacionUtil/derechos/docs/guidaderechos2.pdf> (21.01.2022).

⁴⁵⁶ F. Arlettaz & J. Gracia, Los matrimonios forzados como una manifestación de violencia de género. Extranjería cultural, religión y derechos humanos, 2016, Segundas Jornadas sobre Violencia de Género. Universidad de Zaragoza. Laboratorio de Sociología Jurídica, disponible sous <http://sociologiajuridica.unizar.es/sites/default/files/archivos/documenta/arlettazgracia.pdf> (21.01.2022).

⁴⁵⁷ Art. 134.2 Real Decreto 557/2011: « 2. De haber concluido con sentencia no condenatoria o resolución judicial de la que no se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género, a los efectos de:
a) Si se hubiera solicitado la autorización de residencia y trabajo en base a lo dispuesto en el artículo 132, la denegación de la autorización. (...)
b) La automática pérdida de eficacia de la autorización provisional que se hubiera podido conceder, cuya titularidad no podrá ser alegada de cara a la obtención de la condición de residente de larga duración. (...).».

présenter leur demande, sont mariés avec un Espagnol depuis au moins une année⁴⁵⁸. La question de savoir si l'annulation d'un mariage forcé peut donner lieu à la perte de la nationalité espagnole acquise sur cette base, doit être examinée à la lumière de l'article 25 CCE. Cet article prévoit la perte de la nationalité espagnole acquise par naturalisation, entre autres, lorsqu'une sentence définitive constate que la personne a agi avec fraude, occultation, ou mensonge. Dans ce cas, le Ministère public peut introduire l'action en nullité de la naturalisation (soit d'office, soit sur plainte) pendant une période de 15 années⁴⁵⁹. Il est douteux que cette disposition s'applique à un mariage forcé, auquel la victime a été contrainte de participer. Nous n'avons pas trouvé de précédent dans lequel la victime d'un mariage forcé a été déchue de la nationalité espagnole sur cette base.

Pour ce qui concerne la distinction entre les conséquences de l'annulation du mariage forcé de celles d'un mariage blanc, celle-ci se base sur le fait que dans le deuxième cas de figure les contractants agissent sur la base d'une fraude (par exemple, pour que l'un des contractants puisse acquérir un permis de séjour en Espagne), tandis que dans le premier cas, le consentement de l'un des époux est frappé par un vice de volonté dû à la contrainte. La réponse légale aux mariages blancs est de les déclarer nuls et nonavenus conformément à l'article 45 et 73 n° 1 CCE, qui déclare nul et nonavenu « quelle que soit la forme de sa célébration, le mariage célébré sans consentement matrimonial », étant donné qu'il est clair et incontestable que le précepte se réfère au consentement interne et au mariage avec ses éléments et propriétés essentiels. **Si un permis de séjour est obtenu sur la base d'un mariage blanc, celui-ci sera annulé.** Cette interprétation a été ratifiée par le DGRN dans son instruction du 31 janvier 2006 sur des mariages blancs⁴⁶⁰.

Il convient de rappeler que l'article 25 CCE prévoit la perte de la nationalité espagnole acquise par naturalisation, entre autres, lorsqu'une sentence définitive constate que la personne a agi avec fraude, occultation, ou mensonge. En outre, l'article 57.3 b) du règlement de la Loi sur les étrangers, dispose que les missions diplomatiques espagnoles rejettent les demandes de visa pour regroupement familial, entre autres, lorsque la demande est accompagnée de faux documents, argumentations inexactes ou mauvaise foi⁴⁶¹.

4.2. Titre de séjour suite à l'annulation d'un mariage précoce

Il n'existe pas de disposition légale ou réglementaire spécifique concernant la conservation ou le retrait des permis de séjour des personnes dont le mariage est annulé en raison de leur minorité au moment du mariage. Cependant, pour les mêmes raisons et dans les mêmes conditions que celles exposées précédemment, on peut conclure que la personne mineure ou en dessous de l'âge légal du mariage **victime d'un mariage précoce**, de nationalité étrangère, dont le titre de séjour a été délivré en raison du mariage, **conserve son titre de séjour après l'annulation du mariage.**

⁴⁵⁸ Art. 22 CCE : « 2. Bastará el tiempo de residencia de un año para: (...) d) El que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho».

⁴⁵⁹ Art. 25 CCE: « 1. Los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad: (...) 2. La sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española produce la nulidad de tal adquisición, si bien no se derivarán de ella efectos perjudiciales para terceros de buena fe. La acción de nulidad deberá ejercitarse por el Ministerio Fiscal de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años». »

⁴⁶⁰ DGRN, Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia, op. cit.

⁴⁶¹ Art. 57.3 b) Real Decreto 557/2011: « 3. La misión diplomática u oficina consular denegará el visado en los siguientes supuestos: (...) b) Cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas, o medie mala fe.».

Par exemple, comme indiqué, l'article 16.3 de la Loi sur les étrangers prévoit que le conjoint qui a acquis la résidence en Espagne pour des raisons familiales et ses proches regroupés avec lui conservent la résidence même si le lien conjugal qui a donné lieu à l'acquisition est rompu (cf. 4.1.a. ci-dessus).

5. Droit des réfugiés : Protection internationale contre le mariage du mineur

5.1. Mineur victime d'un mariage forcé et protection internationale

En ce qui concerne la protection internationale, en Espagne, le statut de réfugié et la protection subsidiaire sont réglés par la Loi 12/2009⁴⁶². Ce dispositif prévoit que le droit d'asile est accordé aux personnes reconnues comme réfugiés⁴⁶³. La qualité de réfugié est reconnu à toute personne qui craint avec raison d'être persécutée du fait, en particulier, de son genre⁴⁶⁴. Selon l'article 6 de la même loi, au nombre des craintes de persécution liées au genre figurent les actes de violence physique ou mentale, y compris les actes de violence sexuelle, et les actes de nature sexuelle impliquant des adultes ou des enfants⁴⁶⁵. Par conséquent, **le mariage forcé d'une personne mineure peut justifier l'octroi d'un droit d'asile**, après la reconnaissance du statut de réfugié, en particulier depuis que ce type d'unions a été incriminé par l'art. 172 bis CPE en 2015⁴⁶⁶.

La jurisprudence des tribunaux espagnols a reconnu à plusieurs reprises qu'une situation de harcèlement et de menaces à l'encontre d'une femme pour la forcer à se marier est protégeable car elle peut être incluse dans la catégorie de la persécution sociale, et a accepté que le fait de subir un

⁴⁶² Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, disponible sous: <https://www.boe.es/eli/es/l/2009/10/30/12/con> (24.01.2022).

⁴⁶³ Art. 2, Ley 12/2009 : « **El derecho de asilo.** El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967».

⁴⁶⁴ Art. 3 Ley 12/2009 : « **La condición de refugiado.** La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9.»

⁴⁶⁵ Art. 6 Ley 12/2009 : « **Actos de persecución.**
1. Los actos en que se basen los fundados temores a ser objeto de persecución en el sentido previsto en el artículo 3 de esta Ley, deberán:
a) ser suficientemente graves por su naturaleza o carácter reiterado como para constituir una violación grave de los derechos fundamentales, en particular los derechos que no puedan ser objeto de excepciones al amparo del apartado segundo del artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, o bien
b) ser una acumulación lo suficientemente grave de varias medidas, incluidas las violaciones de derechos humanos, como para afectar a una persona de manera similar a la mencionada en la letra a).
2. Los actos de persecución definidos en el apartado primero podrán revestir, entre otras, las siguientes formas :
a) actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual; (...)
f) actos de naturaleza sexual que afecten a adultos o a niños. (...) ».

⁴⁶⁶ Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) & Comisió Catalana d'Ajuda al Refugiat (CCAR), Jornada Europea: Las mujeres también somos refugiadas, p. 2, disponible sous: <http://www.ccar.cat/wp-content/uploads/2017/12/CASTELLANO.pdf> (21.01.2022).

mariage forcé entre dans les motifs d'octroi de l'asile⁴⁶⁷. Elle a souligné que la preuve complète des faits n'est pas requise, et que l'existence de preuves circonstanciées est suffisante. Cependant, la simple allégation du demandeur d'avoir été soumis à un mariage forcé ne peut être suffisante à ces fins si elle n'est pas accompagnée de preuves de la réalité de l'événement⁴⁶⁸.

5.2. Mineur victime d'un mariage précoce et protection internationale

Comme mentionné précédemment, le mariage précoce n'est pas considéré automatiquement comme mariage forcé. Cela ne se produit que dans les situations d'utilisation de l'intimidation sérieuse ou de la violence avec le but de forcer autrui à conclure le mariage. En plus, l'action en nullité du mariage avec une personne mineure est caduque et le mariage sera validé si les conjoints ont vécu ensemble pendant un an après leur majorité.

Pour les raisons évoquées ci-dessus, **il n'y a pas beaucoup de jurisprudence sur le mariage précoce comme base pour demander une protection internationale**. Dans les quelques cas où elle a été tentée et qui figurent dans la jurisprudence, elle est toujours liée au mariage forcé et les demandes ont été rejetées faute de preuve suffisante⁴⁶⁹.

5.3. Type de protection internationale accordée en cas de mariage forcé et précoce

Comme indiqué, **le mariage forcé d'une personne mineure peut justifier la reconnaissance du statut de réfugié, au nombre des craintes de persécution liées au genre** (cf. 5.1. ci-dessus).

Concernant le mariage précoce, il n'y a pas beaucoup de jurisprudence dans laquelle il est à la base d'une demande de protection internationale. Dans les quelques cas où ce motif a été invoqué, il est toujours lié au mariage forcé et, dans les décisions dont il est question, les demandes ont été rejetées faute de preuve suffisante. (cf. 5.2. ci-dessus).

Selon l'article 32 de la loi sur les étrangers, les étrangers auxquels l'Espagne ou un autre État membre de l'Union européenne a reconnu une protection internationale et qui se trouvent en Espagne, peuvent demander et obtenir un **permis de séjour de longue durée**. Ce permis les autorise à résider et à travailler en Espagne indéfiniment, dans les mêmes conditions que les Espagnols⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Sentencia de 11 mayo 2009. RJ 2009\4272; Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), Sentencia de 23 junio 2010. JUR 2010\257117; Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª), Sentencia de 28 de febrero de 2006, RC 735/2003, 15 de febrero de 2007, RC 9300/2003 y 31 de enero de 2008, RC 4773/2004.

⁴⁶⁸ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), Sentencia de 26 abril 2019. JUR 2019\160632; Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª), Sentencia de 8 noviembre 2012. JUR 2012\367685.

⁴⁶⁹ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª) Sentencia de 26 abril 2019. JUR 2019\160632; Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), Sentencia de 28 mayo 2018. JUR 2018\194207.

⁴⁷⁰ Art. 32 Ley Orgánica 4/2000 : « Residencia de larga duración.

1. La residencia de larga duración es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles. (...)

3 bis. Los extranjeros a quienes España u otro Estado miembro de la Unión Europea hubiese reconocido protección internacional y que se encuentren en España, podrán solicitar por sí mismos y obtener una autorización de residencia de larga duración en España en las condiciones que se establezcan reglamentariamente. (...)

5.4. Dispositions spécifiquement applicables aux mineurs

En ce qui concerne la protection internationale, **il n'existe pas de dispositions spécifiquement applicables au mariage des mineurs**. C'est une question de règles générales du droit d'asile (Arts. 3 et 6 Loi 12/2009), lesquelles incluent dans les craintes de persécution liées au genre les actes de violence physique ou mentale, y compris les actes de violence sexuelle (dont le mariage forcé), et les actes de nature sexuelle impliquant des adultes ou des enfants (dont le mariage précoce) (cf. 5.1. ci-dessus).

5.5. Circonstances pour accorder la protection internationale aux victimes de mariages forcés ou précoces

Dans les cas où le mariage forcé n'a pas encore été célébré, l'autorité vérifiera les possibles conséquences sur la victime découlant de sa fuite du pays d'origine vers l'Espagne afin d'éviter un tel mariage, ainsi que la crainte de représailles, par exemple, si la victime avait été intimidée ou s'il y a eu violence. Si la cérémonie a eu lieu, il faudra évaluer l'impact du mariage forcé sur la victime et sur l'exercice de ses droits. Dans ces cas on analyse si, en cas de renvoi dans son pays d'origine, la personne sera forcée de cohabiter avec son conjoint. Il est tenu compte, par exemple, de l'existence d'un risque de persécution et du caractère fondé de la crainte de la victime de subir des persécutions, en prenant en considération le groupe ethnique ou religieux auquel la victime appartient, ainsi que des informations générales sur les conditions qui l'attendent dans son pays d'origine. En ce sens, la législation du pays d'origine de la victime (surtout la législation sur le mariage et les possibilités d'accès à la justice) est aussi examinée, tout comme son application effective, car il se peut qu'un État ait promulgué des lois régissant le mariage, tant du point de vue de l'âge minimum que du consentement, mais que celles-ci ne soient pas respectées ou ne soient pas appliquées. La pratique étatique d'autoriser, ou du moins de tolérer, la célébration de ce type de mariage doit être interprétée comme un manque évident de protection de la part des autorités. Finalement, il est tenu compte des possibilités de protection à l'intérieur du pays d'origine. En somme, le statut de réfugié peut être attribué à toute personne mariée de force, lorsque le renvoi dans son pays d'origine aggraverait les traumatismes subis et dus au mariage, ou lorsque le renvoi l'exposerait à des représailles, un nouveau mariage forcé, la cohabitation avec l'époux non choisi. Sauf, dans les deux cas, à démontrer la possibilité d'asile interne (refuge dans le pays d'origine)⁴⁷¹.

Pour octroyer l'asile, le mariage forcé est l'un des critères d'appréciation, mais pas le seul. Les tribunaux ont aussi pris en compte, les agressions, mauvais traitements et vexations subis par la victime aux niveaux physique et psychique, et l'abstention des autorités de son pays d'origine de lui venir en aide malgré les dénonciations déposées, s'ils sont dûment prouvés. Dans un cas, le tribunal a ajouté que pour répondre au besoin de protection de la victime, il ne suffisait pas de lui accorder une autorisation de séjour en Espagne à titre humanitaire mais qu'il fallait lui accorder l'asile⁴⁷².

Nous n'avons pas trouvé de référence directe nous permettant de répondre à la question de savoir si les mariages forcés en raison de l'orientation homosexuelle des victimes pourraient aussi être reconnus comme des persécutions liées à l'orientation sexuelle. Dans un cas, la victime n'avait pas bénéficié de l'asile en Espagne malgré le fait qu'elle avait plaidé le mariage forcé, son orientation homosexuelle et l'excision. Le tribunal a rejeté la demande sur la base d'un manque de preuve des faits mentionnés, ce qui pourrait laisser croire qu'en cas de preuves suffisantes, la protection internationale pourrait être accordée - d'autant plus que depuis 2005 l'Espagne prévoit le mariage entre personnes de même sexe⁴⁷³.

⁴⁷² Tribunal Supremo, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), Sentencia de 15 junio 2011, RJ\2011\5365.

⁴⁷³ Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8a), Sentencia de 8 noviembre 2012. JUR 2012\367685.

Les ONGs ont constaté qu'en Espagne, la majorité des demandes d'asile pour ces motifs sont rejetées en raison d'incohérences dans les récits des demandeurs. S'il existe des décisions favorables, elles ne constituent pas une règle générale. Les décisions favorables dépendent en partie de l'approche de l'affaire par les bureaux de conseil et les juges eux-mêmes⁴⁷⁴.

Concernant le mariage précoce, comme indiqué ci-dessus il n'y a pas beaucoup de jurisprudence dans laquelle il est à la base d'une demande de protection internationale. Dans les quelques cas où il a été invoqué, il est toujours lié au mariage forcé et les demandes ont en l'occurrence été rejetées faute de preuve suffisante. (cf. 5.2. ci-dessus).

⁴⁷⁴

CEAR & CCAR, *op. cit.*

G. France

Résumé des développements récents

Depuis notre précédent rapport de 2018, les seuls éléments nouveaux sont des dispositions applicables indépendamment de l'âge de la personne, en matière de droit des étrangers et de droit des réfugiés⁴⁷⁵. On observe ainsi : de nouveaux titres de séjour pour les victimes de mariages forcés dont le titre de séjour dépendait de leur situation matrimoniale (cf. section 4 sur le droit des étrangers), des précisions quant à l'octroi du statut de réfugié en cas de mariage forcé, de la jurisprudence illustrant le droit d'asile des personnes mariées de force et précocement, ainsi que l'allongement de la durée du titre de séjour octroyé suite à la reconnaissance du besoin d'une protection subsidiaire (cf. section 5 sur le droit des réfugiés). Cela étant, ces mesures n'ont d'intérêt qu'une fois le passage à l'âge adulte survenu ; en effet, le droit français n'impose pas aux mineurs étrangers d'être en possession d'un document de nature à établir la régularité de leur séjour en France⁴⁷⁶.

1. Droit civil : Validité du mariage et procédure

1.1. Exceptions à la condition de majorité

En France, la majorité est fixée à dix-huit ans accomplis⁴⁷⁷, et l'article 144 du Code civil pose le principe selon lequel « le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus ».

Toutefois, les articles suivants prévoient la possibilité de déroger à cette disposition, sous réserve d'obtenir une dispense du procureur de la République pour motifs graves⁴⁷⁸, ainsi que le consentement⁴⁷⁹ des parents⁴⁸⁰ ou bien, si les deux parents sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté⁴⁸¹, le consentement des aïeuls⁴⁸² ou, à défaut, du conseil de famille⁴⁸³⁴⁸⁴. Ces mêmes exigences sont requises pour les mineurs émancipés⁴⁸⁵.

⁴⁷⁵ De nombreuses dispositions citées dans le présent rapport ont fait l'objet de modifications depuis le rapport de 2018 ; cela étant nos recherches ont permis d'établir que ces modifications n'ont pas de conséquence en matière de mariage des mineurs. Par ailleurs, le présent rapport répond à de nouvelles questions qui ne figuraient pas dans l'étude de 2018, et se recentre sur la question du mariage des personnes de moins de 18 ans.

⁴⁷⁶ Cf. *infra* 4.

⁴⁷⁷ Code civil, article 144.

⁴⁷⁸ Code civil, article 145. Ex. : grossesse.

⁴⁷⁹ Voir G. Launoy, Fascicule unique : Actes de l'état civil. Actes de mariage. Formalités antérieures au mariage, in Jurisclasseur Civil code, 2013 (dernière mise à jour : 2017), N 104 (formes du consentement) et N 105 (révocation du consentement avant la célébration).

⁴⁸⁰ Code civil, article 148. A noter qu'en cas de dissentiment entre le père et la mère, le partage emporte consentement. En outre, si l'un des parents est décédé ou est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement de l'autre suffit (article 149 alinéa 1^{er}).

⁴⁸¹ Voir Launoy, Fascicule unique : Actes de l'état civil. Actes de mariage. Formalités antérieures au mariage, *op. cit.*, N 101 (preuve du décès d'un des parents) et N 102 (impossibilité pour un parent de manifester sa volonté).

⁴⁸² Code civil, article 150.

⁴⁸³ Code civil, articles 159 et 160.

⁴⁸⁴ Voir également Code civil, articles 151 à 155.

⁴⁸⁵ Code civil, article 148 ; Launoy, Fascicule unique : Actes de l'état civil. Actes de mariage. Formalités antérieures au mariage, *op. cit.*, N 98.

Si l'officier d'état civil procède au mariage en l'absence du consentement des ascendants, il encourt une **amende de 4,5 euros**⁴⁸⁶.

A noter que **le futur époux étranger peut revendiquer l'application de sa loi nationale**. Lorsque celle-ci prévoit que le mariage peut avoir lieu avant l'âge de dix-huit ans, seul **l'ordre public français peut s'opposer** à la célébration en France ; on relève alors en particulier l'opposition en cas de **fixation de la puberté légale à un âge inférieur à la puberté naturelle** ou encore le **défaut de consentement au mariage d'un mineur par un parent ou un organe habilité**^{487, 488}.

1.2. Prévention du mariage forcé

L'**audition préalable** des époux, étape obligatoire avant toute célébration de mariage⁴⁸⁹, fait l'objet d'un critère supplémentaire pour les mineurs, de nature à empêcher un mariage forcé. Ainsi, à la différence des majeurs pour lesquels l'audition peut éventuellement être commune aux deux époux⁴⁹⁰, l'article 63 du Code civil prévoit pour les mineurs que :

« L'audition du futur conjoint mineur se fait **hors la présence de ses père et mère ou de son représentant légal et de son futur conjoint** »⁴⁹¹.

Comme pour le mariage des majeurs, l'audition préalable est destinée à **vérifier l'intention matrimoniale** des futurs époux afin de, notamment, prévenir les mariages forcés. C'est l'officier d'état civil qui est ainsi chargé de procéder à l'audition préalable des futurs époux⁴⁹². Plus précisément, l'audition préalable a pour but de s'assurer de la sincérité des époux et de la liberté de leur consentement, tels que requis respectivement par les articles 146 et 180 du Code civil. L'article 146, en particulier, prévoit que :

« Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. »

Lorsqu'il s'agit du mariage d'un Français par une autorité étrangère ou encore d'une personne résidant à l'étranger, il est également prévu que l'audition préalable soit effectuée, au besoin par l'autorité diplomatique ou consulaire⁴⁹³.

L'audition doit avoir lieu dans des locaux qui permettent la confidentialité de l'entretien⁴⁹⁴. Le contenu précis de l'entretien n'est pas imposé ; il est simplement précisé que l'officier « s'efforce de **recueillir avec objectivité les éléments d'information de nature à forger sa conviction sur la réalité du consentement à mariage** »⁴⁹⁵.

En cas de refus de la part de l'un ou des futurs conjoints de comparaître à l'audition, l'officier d'état civil y lit un indice sérieux de défaut d'intention matrimoniale, sursoit à l'affichage des bans nécessaire

⁴⁸⁶ Code civil, articles 156 et 157, par renvoi à l'article 192 du même code.

⁴⁸⁷ Launoy, Fascicule unique : Actes de l'état civil. Actes de mariage. Formalités antérieures au mariage, *op. cit.*, N 18.

⁴⁸⁸ Cf. *infra* 2.

⁴⁸⁹ Voir Viennet, France, in Viennet / Aronovitz / Bruckmüller / Curran / De Dycker / Fournier / Heindler / Pretelli / Westermarck, *Mariage forcé*, 2018, *op. cit.*, pp. 119 – 121.

⁴⁹⁰ Code civil, article 63 alinéa 3.

⁴⁹¹ Mise en évidence ajoutée.

⁴⁹² Code civil, article 63 alinéa 2, 2°.

⁴⁹³ Code civil, article 63 alinéas 5 et 6 et articles 171-2 et s. Cf. *infra* 2.

⁴⁹⁴ Circulaire CIV/09/05, 02.05.2005, n° JUSC0520349C relative à la lutte contre les mariages simulés ou arrangés, N 2.2.3.

⁴⁹⁵ Circulaire CIV/09/05, 02.05.2005, *op. cit.*, N 2.2.5 ; la Circulaire CIV/09/10 du 22.06.2010 relative à la lutte contre les mariages simulés propose néanmoins une grille de questions.

à la publicité antérieure au mariage et saisit le procureur de la République⁴⁹⁶. De la même manière, **si l'audition fait apparaître ou corrobore les suspicions, l'officier effectue un signalement au procureur** ; mais cela ne semble pas l'autoriser à différer la publication du projet de mariage⁴⁹⁷. L'officier ne doit effectuer le signalement qu'en présence d'« indices sérieux laissant présumer [...] que le mariage est susceptible d'être annulé »⁴⁹⁸ pour défaut de consentement⁴⁹⁹ ou de liberté du consentement⁵⁰⁰. Des circulaires fournissent des listes indicatives de faisceaux d'indices, parmi lesquelles figurent par exemple la situation vulnérable ou précaire d'une personne (solitude, situation financière difficile, santé physique ou morale fragile), état d'hébétéude ou existences de traces récentes de coups ou encore déclaration, même rétractée, du futur conjoint sur les pressions subies du fait de tiers, de l'autre conjoint, de ses parents ou de proches⁵⁰¹.

Le procureur de la République dispose ensuite de quinze jours pour décider si le mariage peut avoir lieu ou bien s'il s'y oppose, ou encore s'il estime qu'il doit être sursis à la célébration pour les besoins d'une enquête. La décision de sursis peut être contestée par les futurs époux.⁵⁰²

Lors de la cérémonie, l'officier d'état civil a le devoir d'interrompre la cérémonie si, lors de l'échange des consentements, il constate une contrainte exercée sur l'un d'eux par l'autre ou par des tiers ou que l'un des futurs époux est privé de son discernement (par exemple s'il est sous hypnose). L'officier détectant un défaut d'intention matrimoniale doit alors surseoir à la célébration et saisir le procureur de la République.⁵⁰³ Ce dernier dispose, dans ce cas également, d'un délai de quinze jours pour se prononcer⁵⁰⁴. Deux autres mesures tenant à la cérémonie peuvent être pertinentes pour éviter un mariage forcé. Tout d'abord, la tenue des futurs époux ne doit pas empêcher la vérification de leur identité ; les visages doivent être découverts au début de la cérémonie, pour permettre de vérifier l'identité, et au moment de l'échange des consentements, pour permettre de s'assurer de la réalité et de la sincérité de l'accord⁵⁰⁵. Ensuite, en matière de forme du consentement, il est imposé que le consentement soit donné séparément, de manière claire et sans réserve⁵⁰⁶. Mais là encore, l'officier d'état civil « reste en droit de refuser de donner effet à un "oui" arraché par la violence »⁵⁰⁷.

⁴⁹⁶ Launoy, Actes de l'état civil. Actes de mariage. Formalités antérieures au mariage, *op. cit.*, N 57.

⁴⁹⁷ Launoy, Actes de l'état civil. Actes de mariage. Formalités antérieures au mariage, *op. cit.*, N 58.

⁴⁹⁸ Code civil, article 175-2 alinéa 1^{er}.

⁴⁹⁹ Code civil, article 175-2 alinéa 1^{er} renvoyant à l'article 146.

⁵⁰⁰ Code civil, article 175-2 alinéa 1^{er} renvoyant à l'article 180 (alinéa 1^{er}).

⁵⁰¹ Circulaire CIV/09/05, 02.05.2005, *op. cit.*, N 2.2.2.

⁵⁰² Code civil, article 175-2.

⁵⁰³ Code civil, article 175-2. Voir par exemple : Cour d'appel de Paris, 09.01.1996, RTD civ. 1996, p. 365 (l'épouse avait exprimé son consentement par les mots « malheureusement oui ») ; Cour d'appel de Bastia, 27.06.1949, JCP G 1949, II, 5083 (l'époux avait déclaré avant la célébration avoir subi des menaces et violences). Voir G. Launoy, Actes de l'état civil. Actes de mariage. Célébration du mariage. Rédaction de l'acte. Formalités postérieures, in *Jurisclasseur Civil Code*, 2017, N 45.

⁵⁰⁴ Code civil, article 175-2 ; cf. paragraphe précédent.

⁵⁰⁵ Réponse ministérielle n° 84759 : Joan Q., 21.03.2016, p. 3159 ; G. Launoy, Actes de l'état civil. Actes de mariage. Célébration du mariage. Rédaction de l'acte. Formalités postérieures, *op. cit.*, N 17.

⁵⁰⁶ Code civil, article 75, alinéa dernier ; G. Launoy, Actes de l'état civil. Actes de mariage. Célébration du mariage. Rédaction de l'acte. Formalités postérieures, *op. cit.*, N 47.

⁵⁰⁷ Launoy, Actes de l'état civil. Actes de mariage. Célébration du mariage. Rédaction de l'acte. Formalités postérieures, *op. cit.*, N 48.

Enfin, dans le cadre des formalités préalables au mariage et lors de la cérémonie, il peut être recouru à l'assistance d'un **interprète**, en particulier pour s'assurer du consentement de l'époux non francophone. Cette mesure ne semble toutefois pas être obligatoire⁵⁰⁸.

1.3. Annulation

Une fois le mariage prononcé, il peut faire l'objet d'une **annulation**.

1.3.1. Nullité absolue

Le **défaut d'âge légal** et le **défaut absolu de consentement** figurent au nombre des causes de nullité absolue du mariage⁵⁰⁹.

1.3.1.1. Défaut d'âge légal

En vertu des articles 144 et 145 du Code civil, le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans sans dispense du procureur de la République. Si ces règles ne sont pas respectées, l'union peut être **annulée dans un délai de trente ans** à compter de la célébration. L'action peut être introduite **par les époux, par tous ceux qui y ont intérêt, ou par le ministère public**⁵¹⁰. A noter qu'il s'agit, pour le ministère public, d'une obligation⁵¹¹.

Aucune confirmation du mariage ne peut être admise⁵¹².

1.3.1.2. Défaut absolu de consentement

En vertu de l'article 146 du Code civil « il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ». Il peut notamment s'agir d'une **absence d'expression de la volonté ou encore du cas où la personne ne serait pas saine d'esprit** et ne répondrait pas à l'officier d'état civil en pleine connaissance de l'acte qu'elle passe⁵¹³. Il s'agit d'une hypothèse peu probable sur le territoire français⁵¹⁴.

Un mariage contracté en contravention à cette disposition peut être **attaqué par les époux, tous ceux qui y ont un intérêt ou le ministère public**. Le délai pour ce faire est de **trente ans** à compter de la célébration du mariage⁵¹⁵, **sauf suspension** de la prescription en cas d'impossibilité d'agir⁵¹⁶.

⁵⁰⁸ Circulaire du 23.07.2014 relative à l'état civil, p. 7, se référant à l'Instruction générale relative à l'état civil, paragraphe n° 396, disponible sous : http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2014/07/cir_38565.pdf. Launoy, Actes de l'état civil. Actes de mariage. Célébration du mariage. Rédaction de l'acte. Formalités postérieures, *op. cit.*, N 35.

⁵⁰⁹ G. Raymond, Fascicule unique : Mariage. Demandes en nullité. Domaine et mise en œuvre, in Jurisclasseur Civil Code, 01.08.2016, N 43.

⁵¹⁰ Code civil, article 184. Voir Raymond, Fascicule unique : Mariage. Demandes en nullité. Domaine et mise en œuvre, *op. cit.*, N 74 à N 76.

⁵¹¹ Code civil, article 191.

⁵¹² Raymond, Fascicule unique : Mariage. Demandes en nullité. Domaine et mise en œuvre, *op. cit.*, N 76.

⁵¹³ Raymond, Fascicule unique : Mariage. Demandes en nullité. Domaine et mise en œuvre, *op. cit.*, N 111.

⁵¹⁴ Cf. *supra* 1.2.

⁵¹⁵ Code civil, article 184.

⁵¹⁶ Raymond, Fascicule unique : Mariage. Demandes en nullité. Domaine et mise en œuvre, *op. cit.*, N 70, se référant à l'article 2234 du Code civil, ainsi qu'à l'arrêt de la Cour de cassation, 1^{ère} chambre civile, 29.05.2013, n° 12-15.001.

1.3.2. Nullité relative

Le vice du consentement tenant en la **violence** et le mariage célébré **sans que l'époux mineur n'ait obtenu l'autorisation familiale nécessaire** figurent au nombre des causes de nullité relative du mariage⁵¹⁷.

1.3.2.1. Défaut d'autorisation familiale

Dans les cas où le ou les mineurs ont obtenu dispense du procureur pour se marier, la nullité pourra être demandée **par ceux dont le consentement était nécessaire** (les ascendants ou le conseil de famille) **ou par le ou les époux qui avaient besoin de ce consentement**⁵¹⁸. Pour ceux dont le consentement était nécessaire, **l'action se prescrit après cinq années** à partir du moment où ils ont eu connaissance du mariage. Pour l'époux protégé, l'action se prescrit par cinq ans à partir du moment où il a atteint la majorité^{519, 520}.

A noter que ce n'est pas seulement l'absence de consentement familial qui est sanctionnée, mais aussi **le consentement donné par erreur, dol ou sous l'empire de la violence**⁵²¹.

Enfin, **lorsque l'un des parents du mineur a donné son consentement, l'autre parent ne peut pas attaquer le mariage**. Dans le même sens, si le consentement d'aucun des deux parents n'avait été recueilli mais que l'un des deux parents déclare *a posteriori* approuver le mariage, l'autre ne peut plus demander la nullité, car cette approbation vaut confirmation. En revanche, dans le cas où le consentement d'aucun des deux parents n'avait été recueilli, la nullité du mariage peut être demandée par l'un ou l'autre, sans qu'ils aient besoin d'être d'accord pour agir.⁵²²

1.3.2.2. Vice du consentement : violence

Un mariage forcé peut être attaqué **par l'époux victime de violence** (c'est-à-dire celui ou ceux qu'on a forcé(s) à se marier), même s'il est mineur. L'action ne peut être exercée ni par l'autre époux s'il n'a pas également subi la violence, ni par les ascendants, ni par une autre personne ayant un intérêt à agir. Il est en effet considéré, en droit français, que la **nullité du mariage dépourvu de liberté du consentement** sanctionne le non-respect des droits de la victime (emportant par conséquent le régime de la nullité relative) et qu'il ne s'agit pas de faire respecter l'ordre public social (qui appellerait le régime de la nullité absolue)⁵²³. Néanmoins, une loi de 2006⁵²⁴ a **étendu l'action au ministère public**, afin de lutter plus efficacement contre les mariages forcés. Cette loi n'a pas ouvert l'action à d'autres personnes, mais un tiers peut signaler un mariage forcé au ministère public⁵²⁵. L'article 180 alinéa premier du Code civil dispose en effet :

⁵¹⁷ Raymond, Fascicule unique : Mariage. Demandes en nullité. Domaine et mise en œuvre, *op. cit.*, N 43.

⁵¹⁸ Code civil, article 182.

⁵¹⁹ Code civil, article 183.

⁵²⁰ Voir Raymond, Fascicule unique : Mariage. Demandes en nullité. Domaine et mise en œuvre, *op. cit.*, N 124 et s.

⁵²¹ Raymond, Fascicule unique : Mariage. Demandes en nullité. Domaine et mise en œuvre, *op. cit.*, N 124.

⁵²² Raymond, Fascicule unique : Mariage. Demandes en nullité. Domaine et mise en œuvre, *op. cit.*, N 126 ; voir également N 134 et s.

⁵²³ Raymond, Fascicule unique : Mariage. Demandes en nullité. Domaine et mise en œuvre, *op. cit.*, N 116.

⁵²⁴ Loi n° 2006-399 du 04.04.2006.

⁵²⁵ C. Blanc, L'action des pouvoirs publics, in M. André (dir.), Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur « Les actes du colloque sur les mariages forcés et les crimes dits d'honneur » organisé le lundi 8 mars 2010 à l'occasion de la Journée internationale de la femme, rapport n° 408 enregistré à la Présidence du Sénat le 16.04.2010, pp. 50 – 56, p. 56, disponible sous : <http://www.senat.fr/rap/r09-408/r09-4081.pdf> (05.01.2022).

« Le mariage qui a été contracté sans le consentement libre des deux époux, ou de l'un d'eux, ne peut être attaqué que par les époux, ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public. L'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage. »

La demande en nullité doit être introduite **dans un délai de cinq ans à compter de la célébration du mariage**⁵²⁶. En vertu du droit antérieur, le point de départ du délai était le jour où la contrainte avait cessé. Mais une réforme générale de la prescription⁵²⁷ a supprimé cette subjectivité du point de départ en matière de mariage. On note la critique d'un courant doctrinal à l'égard de cette modification⁵²⁸. Par ailleurs, auparavant, la cohabitation pendant six mois à partir du moment où l'époux avait acquis sa pleine liberté rendait irrecevable une demande en nullité. Cette disposition a été supprimée par le législateur en 2006.

Aucun texte ne permet une **confirmation** du mariage frappé de nullité pour vice du consentement. Cependant, la doctrine admet que l'époux peut expressément renoncer à l'action en nullité.⁵²⁹

1.3.3. Conséquence de l'annulation

Comme pour tout contrat, la nullité du mariage a un **effet rétroactif**. Cependant, lorsque le caractère **putatif** du mariage est reconnu par le juge, la rétroactivité de la nullité peut disparaître et **l'annulation du mariage ne produira ses effets que pour l'avenir**. L'article 201 du Code civil dispose en effet, à l'égard des époux :

« Le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi.

Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux. »

Pour ce qui concerne **les enfants du couple**, la nullité du mariage n'a pas d'effet rétroactif. L'article 202 du même code pose plus généralement qu' :

« Il [le mariage] produit aussi ses effets à l'égard des enfants, quand bien même aucun des époux n'aurait été de bonne foi.

Le juge statue sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale comme en matière de divorce. »⁵³⁰

Des dispositions spécifiques aux conséquences de l'annulation du **mariage précoce**, en particulier des mécanismes de protection, n'ont pas été identifiées.

2. Droit international privé : Mariages conclus à l'étranger

2.1. Dispositions spécifiques de reconnaissance

Les mariages conclus à l'étranger ne sont traités par des règles générales sur le droit applicable, mais par des **dispositions spécifiques relatives à la reconnaissance des mariages**.

Ainsi, les **sources internes** qui régissent la reconnaissance des mariages conclus à l'étranger comprennent :

⁵²⁶ Code civil, article 181.

⁵²⁷ Loi n° 2008-561 du 17.06.2008.

⁵²⁸ Raymond, Fascicule unique : Mariage. Demandes en nullité. Domaine et mise en œuvre, *op. cit.*, N 123.

⁵²⁹ Raymond, Fascicule unique : Mariage. Demandes en nullité. Domaine et mise en œuvre, *op. cit.*, N 121.

⁵³⁰ Voir G. Raymond (actualisé par M.-L. Cicile-Delfosse), Art. 201 et 202 – Fasc. unique : Mariage. – Demandes en nullité. – Mariage putatif, in Jurisclasseur Civil Code, 01.10.2017.

- plusieurs dispositions du Code civil, telles que les articles 3 alinéa 3 (« Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger »), 47 (sur les actes d'état civil faits à l'étranger)⁵³¹, 146-1 (« Le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence »), 171-1 à 171-9 (chapitre sur le mariage des Français à l'étranger)⁵³² ;
- l'Instruction générale relative à l'état civil (IGEC) du 11 mai 1999 ;
- la jurisprudence.

S'y ajoutent les **sources internationales** que sont :

- la Convention de New York du 10 décembre 1962 sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages ;
- la Convention européenne des droits de l'homme, et en particulier ses articles 8 (droit au respect de la vie privée et familiale), 12 (droit au mariage) et la jurisprudence de la Cour ;
- des conventions bilatérales entre la France et certains Etats⁵³³.

2.2. Droit applicable à la conclusion du mariage

En principe, **le mariage entre un homme et une femme est régi par la loi nationale des futurs époux**. S'ils sont de nationalité différente, les lois nationales s'appliquent de manière distributive⁵³⁴.

Le Code civil comporte des dispositions relatives au **mariage des Français à l'étranger**⁵³⁵, ainsi que des règles de conflit de lois⁵³⁶.

Ainsi, l'article 171-1 du Code civil dispose :

« Le mariage contracté en pays étranger entre Français, ou entre un Français et un étranger, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays de célébration et pourvu que le ou les Français

⁵³¹ L'article 47 du Code civil dispose : « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. Celle-ci est appréciée au regard de la loi française. »

⁵³² Ce chapitre comprend une section posant des dispositions générales, une section relative aux formalités préalables au mariage célébré à l'étranger par une autorité étrangère, une section sur la transposition du mariage célébré à l'étranger par une autorité étrangère, et une section répondant à une impossibilité pour les Français établis hors de France de célébrer leur mariage à l'étranger lorsqu'il s'agit de futurs époux de même sexe.

⁵³³ Voir I. Barrière Brousse, Fasc. 546-10 : Mariage. – Conditions de fond, in Jurisclasseur Droit international, 2015, N 14.

⁵³⁴ Barrière Brousse, Fasc. 546-10 : Mariage. – Conditions de fond, *op. cit.*, N 31 prenant pour exemple dans la jurisprudence : « CA Paris, 14 janv. 1994 : JurisData n° 1994-021339 ; D. 1994, somm. p. 357, obs. B. Audit. – CA Paris, 7 juin 1994 : JurisData n° 1994-606192 ; D. 1994, inf. rap. p. 177. – CA Paris, 14 juin 1995 : JurisData n° 1995-023492 ; D. 1996, p. 156, note F. Boulanger et somm. p. 174, obs. B. Audit ; Rev. crit. DIP 1997, p. 41, note P. Gannagé. – CA Paris, 1re ch. C, 24 juin 1997, 2 arrêts : JurisData n° 1997-024807 ; et JurisData n° 1997-022348. – CA Paris, 31 mai 2001 : JurisData n° 2001- 149830. – CA Paris, 27 sept. 2001 : JurisData n° 2001-156145. – CA Paris, 24 oct. 2002 : JurisData n° 2002-193029. – CA Paris, 18 déc. 2003 : JurisData n° 2003-233863. – CA Paris, 17 févr. 2005 : JurisData n° 2005-266735. – V. aussi antérieurement CA Paris, 2 déc. 1966 : Rev. crit. DIP 1967, p. 530, note Malaurie. – TGI Paris, 15 mars 1972 : Rev. crit. DIP 1973, p. 509, note D. Alexandre. – CA Paris, 7 avr. 1981 : Rev. crit. DIP 1981, p. 510, note D. Lefort ; JDI 1982, p. 699, note M.-L. Niboyet ».

⁵³⁵ Code civil, articles 171-1 à 171-9.

⁵³⁶ Code civil, articles 202-1 à 202-2.

n'aient point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre Ier du présent titre [relatif aux qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage]. [...] »

Or, justement, les dispositions auxquelles l'article 171-1 renvoie et que les Français doivent respecter pour leur mariage à l'étranger prévoient notamment la **condition de majorité** (article 144 du Code civil), **ou l'obtention d'une dispense** du procureur pour motifs graves (article 145 du même code) **et le consentement des parents** (articles 148 et s. du même code)⁵³⁷.

Il est encore une **réserve** tenant en l'application des règles françaises relatives au consentement et plus généralement des lois de police et l'ordre public international français visant notamment à faire obstacle aux mariages forcés (cf. *infra* 2.3. et 2.4.).

Le mariage entre personnes de même sexe relève de règles de droit international privé spéciales.

2.3. Conditions de la reconnaissance

L'article 202-2 du Code civil dispose que :

« Le mariage est valablement célébré s'il l'a été conformément aux formalités prévues par la loi de l'Etat sur le territoire duquel la célébration a eu lieu. »

L'article 202-1 précise que

« Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle. Quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux, au sens de l'article 146 et du premier alinéa de l'article 180.

Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet. »

Un **certificat de capacité** à mariage est une condition pour la célébration du mariage d'un Français à l'étranger⁵³⁸. Il comporte le contrôle des conditions de fond⁵³⁹ déjà mentionnées, telles que **l'âge de la majorité ou, à défaut, la dispense du procureur pour motifs graves et le consentement des parents**⁵⁴⁰.

Enfin, la **transcription** sur les registres de l'état civil français du mariage d'un Français célébré à l'étranger est obligatoire pour qu'il soit opposable aux tiers en France. A défaut de transposition, le mariage ne produit ses effets civils en France qu'à l'égard des époux et de leurs enfants.⁵⁴¹

2.4. Ordre public

La condition relative à **l'âge** des futurs époux relève du domaine de la loi nationale de l'intéressé⁵⁴². Cela étant, l'IGEC de 1999 repousse les lois fixant la puberté légale à un âge inférieur à celui de la puberté naturelle, en prévoyant que l'officier d'état civil, auprès duquel le ou les futurs époux se prévalent d'une loi étrangère fixant la puberté légale à un âge inférieur à celui de la puberté naturelle, ne doit pas célébrer le mariage en ce que cette loi étrangère est contraire à l'ordre public français⁵⁴³. La doctrine ajoute que, en outre, depuis l'élévation en France en 2006 de l'âge requis pour les jeunes

⁵³⁷ Cf. *supra* 1.1.

⁵³⁸ Code civil, article 171-2.

⁵³⁹ Barrière Brousse, Fasc. 546-10 : Mariage. – Conditions de fond, *op. cit.*, N 82.

⁵⁴⁰ Cf. *supra* 1.1. et 2.2.

⁵⁴¹ Code civil, article 171-5 à 171-8.

⁵⁴² Barrière Brousse, Fasc. 546-10 : Mariage. – Conditions de fond, *op. cit.*, N 47 prenant pour exemple dans la jurisprudence : Tribunal de grande instance de Paris, 15.03.1972.

⁵⁴³ Instruction générale relative à l'état civil du 11.05.1999, n° 548.

filles à 18 ans afin de lutter contre les mariages forcés, le juge pourrait être incité à plus de rigueur et à considérer comme contraire à l'ordre public international les lois étrangères permettant le mariage à un âge inférieur.⁵⁴⁴

En ce qui concerne l'existence du **consentement** des futurs époux et le **vice du consentement de violence**, l'article 202-1 du Code civil dispose que, si les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies par la loi personnelle de chacun des époux, il ne peut pas être dérogé à l'obligation de l'existence du consentement des époux (article 146 du Code civil) et à la liberté du consentement prononcé (article 180 alinéa premier du même code). Il s'agit de conditions relevant de l'ordre public international⁵⁴⁵ et érigées en lois de police⁵⁴⁶. Il en va de même de la présence obligatoire des époux au mariage prévue par le droit français, car il est prévu que « le mariage d'un français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence »⁵⁴⁷.

L'**audition des futurs époux français** dans le cas de mariages célébrés à l'étranger reste obligatoire. Elle conditionne d'ailleurs la délivrance du certificat de capacité à mariage (obligatoire pour les Français).⁵⁴⁸ En cas de méconnaissance de cette obligation d'audition, cette dernière devra avoir lieu avant la transcription du mariage sur les registres de l'état civil⁵⁴⁹. En outre, même lorsque l'audition a eu lieu, si des indices sérieux laissent présumer que le mariage encourt la nullité – par exemple en raison de la minorité d'un époux, de l'absence de consentement ou si le consentement n'a pas été libre, ou encore en raison de l'absence de l'époux français – il n'est pas procédé à la transcription du mariage, et l'autorité diplomatique ou consulaire procédera à l'audition commune des époux et à des entretiens individuels⁵⁵⁰.

Le **consentement familial** du futur époux mineur est régi, le cas échéant, par la loi nationale de celui-ci. Cependant, l'IGEC considère comme contraire à l'ordre public le mariage d'un mineur sans le consentement des personnes ou organes habilités à consentir⁵⁵¹.

En ce qui concerne spécifiquement les **mariages célébrés à l'étranger**, la doctrine observe un « effet atténué » de l'ordre public international, permettant de sauver le mariage lorsque la contrariété à l'ordre public n'est pas trop importante. La doctrine donne l'exemple d'un mariage musulman dans lequel le consentement de la femme est exprimé par un *wali* (tuteur légal). Cependant, l'atteinte à l'ordre public devient intolérable s'il apparaît que ce mariage est en réalité conclu sous la contrainte ou que le consentement de l'époux faisait défaut. Ainsi, certains mariages ne doivent en aucun cas faire l'objet d'une reconnaissance. C'est en particulier le cas des **mariages contractés avec un impubère ou des mariages forcés**⁵⁵².

⁵⁴⁴ Barrière Brousse, Fasc. 546-10 : Mariage. – Conditions de fond, *op. cit.*, N 47 et N 95.

⁵⁴⁵ Barrière Brousse, Fasc. 546-10 : Mariage. – Conditions de fond, *op. cit.*, N 97, prenant pour exemple la décision de la Cour d'appel de Paris du 27.06.2002 et confortant cette solution en prenant appui sur la Convention de New York du 10.12.1962 sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, entrée en vigueur en France en 2012.

⁵⁴⁶ Barrière Brousse, Fasc. 546-10 : Mariage. – Conditions de fond, *op. cit.*, N 65.

⁵⁴⁷ Code civil, article 146-1. Voir Barrière Brousse, Fasc. 546-10 : Mariage. – Conditions de fond, *op. cit.*, N 57 à N 59.

⁵⁴⁸ Code civil, articles 171-2 et 63.

⁵⁴⁹ Code civil, article 171-7.

⁵⁵⁰ Code civil, article 171-8.

⁵⁵¹ Instruction générale relative à l'état civil du 11.05.1999, n° 548.

⁵⁵² Barrière Brousse, Fasc. 546-10 : Mariage. – Conditions de fond, *op. cit.*, N 108 et N 109.

2.5. Procédure judiciaire en cas de non-reconnaissance

Le Code civil prévoit que, dans **le cas où un mariage a été contracté devant une autorité étrangère par deux Français ou par un(e) Français(e) et un(e) étranger(ère) sans l'obtention préalable pour le conjoint français du certificat de capacité à mariage**, il peut être procédé après le mariage à l'audition. Lorsque cette audition fait apparaître des indices sérieux laissant présumer que le mariage n'est pas valide (notamment en raison de l'âge), l'autorité peut saisir le procureur de la République et surseoir à la transcription. Le procureur peut s'opposer à la transcription du mariage. Dans ce cas, ou bien si le procureur ne s'est pas prononcé dans les 6 mois, les époux peuvent saisir le tribunal judiciaire. Ce dernier statue sur la transcription du mariage dans le mois. En cas d'appel, la cour statue dans le même délai⁵⁵³.

Dans **le cas où un mariage a été contracté devant une autorité étrangère par deux Français ou par un(e) Français(e) et un(e) étranger(ère) avec l'obtention préalable pour le conjoint français du certificat de capacité à mariage**, des « éléments nouveaux fondés sur des indices sérieux » laissant présumer que le mariage encourt la nullité (notamment en raison de l'âge) peuvent conduire les autorités à demander une nouvelle audition des époux et à surseoir à la transcription. Le procureur de la République en est alors informé et dispose d'un délai de 6 mois pour demander la nullité du mariage. Dans ce cas, la transcription est limitée à la seule fin de la saisine du juge. A l'issue du délai de 6 mois, si le procureur ne s'est pas prononcé, les autorités doivent transcrire l'acte de mariage. Mais cela ne fait pas obstacle à une demande ultérieure d'annulation du mariage⁵⁵⁴.

Enfin, le Code civil prévoit que, dans **le cas où un mariage a été célébré malgré l'opposition du procureur de la République**, la transcription de l'acte de mariage étranger sur les registres de l'état civil français peut tout de même être effectuée si les époux obtiennent une décision de mainlevée judiciaire⁵⁵⁵.

Nos recherches n'ont pas permis d'identifier d'autres procédures judiciaires pour les autres cas de figure, en cas de non-reconnaissance du mariage conclu à l'étranger.

2.6. Droit applicable à l'action en annulation

Nous déduisons des articles 202-1 et 202-2 du Code civil relatifs aux règles de conflit de lois, que le droit applicable dans le cadre d'une action en annulation du mariage célébré à l'étranger varie :

- **la loi personnelle** de chacun des époux est applicable lorsque la nullité repose sur les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage⁵⁵⁶,
- alors que **la loi de l'Etat sur le territoire duquel la célébration a eu lieu** est applicable en ce qui concerne l'annulation en raison du non-respect des formalités de la célébration du mariage⁵⁵⁷.

A noter que le Code civil précise que, quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert **le consentement** des époux⁵⁵⁸.

⁵⁵³ Code civil, article 171-7.

⁵⁵⁴ Code civil, article 171-8.

⁵⁵⁵ Code civil, article 171-6.

⁵⁵⁶ Code civil, article 202-1 alinéa premier *in limine*.

⁵⁵⁷ Code civil, article 202-2.

⁵⁵⁸ Code civil, article 202-1 alinéa 1^{er} *in fine*.

3. Droit pénal : Incrimination du mariage du mineur

3.1. Non incrimination du mariage

Le mariage avec un ou entre mineur(s) ne fait **pas l'objet d'une disposition pénale spécifique**. Il n'est pas, par principe, considéré comme forcé.

3.2. Répression du mariage forcé

Le mariage forcé, qu'il s'agisse de mineur ou de majeur, ne fait **pas l'objet d'une disposition pénale spéciale**. Il est cependant **puni à travers un arsenal d'incriminations périphériques (3.2.1.) et de circonstances aggravantes** d'infractions plus générales (3.2.2.).

3.2.1. Incriminations périphériques du mariage forcé

Tout d'abord, une loi de 2013⁵⁵⁹ a introduit une disposition réprimant **l'usage de manœuvres dolosives afin de déterminer une personne à quitter le territoire français dans le but de la contraindre à se marier**. L'article 222-14-4 du Code pénal prévoit en effet :

« Le fait, dans le but de contraindre une personne à contracter un mariage ou à conclure une union à l'étranger, d'user à son égard de manœuvres dolosives afin de la déterminer à quitter le territoire de la République est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. »

L'action incriminée est celle des manœuvres dolosives dans l'objectif indiqué ; peu importe que le mariage survienne ou non, ou encore que la personne ait effectivement quitté le territoire pour que l'infraction soit commise⁵⁶⁰. Il est également possible de prononcer, à titre de peine complémentaire, l'interdiction de séjour dans certains lieux et des mesures de surveillance et d'assistance, pour une durée maximale de cinq ans⁵⁶¹, ainsi qu'une interdiction de quitter le territoire français, pendant cinq ans au plus⁵⁶².

Puis, une loi de 2010⁵⁶³ a introduit une peine de deux ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende en cas de **non-respect des dispositions d'une ordonnance de protection** décernée au bénéfice d'une personne menacée de mariage forcé par le juge civil⁵⁶⁴.

Ensuite, en dehors des dispositions introduites par les lois de 2010 et de 2013, les mariages forcés peuvent être atteints à travers des infractions telles que le **viol entre époux**⁵⁶⁵, **l'enlèvement** et la **séquestration**^{566, 567}, voire **l'esclavage**⁵⁶⁸. Depuis 2021, sont en outre nouvellement incriminés **le viol et**

⁵⁵⁹ Loi n° 2013-711 du 05.08.2013.

⁵⁶⁰ P. Cazalbou, La sanction pénale des mariages forcés, in V. Ndior (dir.), Les mariages forcés et le droit, Institut universitaire Varenne, LGDJ, 2018, p. 221 ss, p. 223. Voir également : W. Jeandidier, Fascicule 16 : Manœuvres afin de déterminer une personne à quitter le territoire de la République dans le but de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union à l'étranger (article 222-14-4), in Jurisclasseur Pénal Code, 2015.

⁵⁶¹ Code pénal, article 222-47 alinéa premier, par renvoi à l'article 131-31 du même code.

⁵⁶² Code pénal, article 222-47 alinéa 3.

⁵⁶³ Loi n° 2010-769 du 09.07.2010.

⁵⁶⁴ Code pénal, article 227-4-2 alinéa premier; voir C. Viennet, France, in C. Viennet / A. Aronovitz / K. Bruckmüller / J. Curran / S. De Dycker / J. Fournier / F. Heindler / I. Pretelli / H. Westermark, Mariage forcé, 2018, *op. cit.*, N 1.2.2.

⁵⁶⁵ Code pénal, articles 222-22 alinéa 2, 222-23 et 222-24 11°.

⁵⁶⁶ Code pénal, articles 224-1 à 224-5-2.

⁵⁶⁷ Cazalbou, La sanction pénale des mariages forcés, *op. cit.*, p. 224.

⁵⁶⁸ Code pénal, articles 224-1 A à 224-1 C ; voir W. Jeandidier, Fascicule 20 : Réduction en esclavage et exploitation de personnes réduites en esclavage, in Jurisclasseur Pénal Code, 2015 ; voir *supra* III. A.

les agressions sexuelles sur les mineurs de moins de 15 ans, sans qu'il ne soit **plus nécessaire de caractériser la menace, la contrainte, la violence ou la surprise**⁵⁶⁹. Il est désormais considéré par le droit pénal que le mineur ne peut pas y consentir. Le viol ou l'agression sont automatiquement retenus (sauf exception tenant à une différence d'âge entre le majeur et le mineur de moins de 5 années lorsqu'aucune rémunération ou avantage en nature n'entre en jeu⁵⁷⁰). En outre, **la menace ou la violence visant à contraindre une personne à subir une atteinte sexuelle de la part d'un tiers** est punie comme un viol ou une autre agression sexuelle⁵⁷¹. Par ailleurs, le Code pénal incriminant généralement la menace de commettre un crime ou un délit⁵⁷², **les menaces de mort ou de violence visant à obliger une personne à se marier** sont également punies. En outre, **la complicité par provocation, par aide ou par assistance** est répréhensible⁵⁷³ en cas de délit, ainsi que **l'association de malfaiteurs** dès que deux personnes au moins forment un groupement ou une entente en vue de préparer une infraction punissable par au moins cinq ans de prison^{574 575}. De plus, toute personne encourt une peine de 3 ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende – voire 5 ans de prison et 75 000 euros d'amende lorsque l'infraction est commise à l'encontre d'un mineur de moins de 15 ans – **si elle n'informe pas les autorités de privations, mauvais traitements, agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger** (en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience ou d'un état de grossesse)⁵⁷⁶.

Enfin, les dispositions du Code pénal incriminant les « **violences** » sont particulièrement intéressantes en matière de mariage forcé, car les violences ne sont pas encadrées par une définition limitative et sont réprimées « **quelle que soit leur nature, y compris s'il s'agit de violences psychologiques** »⁵⁷⁷. De plus, la punition du mariage forcé à travers les dispositions relatives aux violences permet de lui appliquer la disposition du Code pénal prévoyant que « [l]e fait pour une personne de participer sciemment à un **groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires** contre les personnes [...] est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende »⁵⁷⁸. En outre, les **personnes morales** sont également punissables pour l'ensemble des infractions de violences pertinentes en matière de mariage forcé⁵⁷⁹.

La vocation particulière des dispositions du Code pénal incriminant les violences à réprimer les instigateurs des mariages forcés est encore attestée par le fait que leur dessein fait l'objet d'une circonstance aggravante de nombreuses dispositions interdisant les violences.

⁵⁶⁹ Code pénal, article 222-23-1 alinéa premier.

⁵⁷⁰ Code pénal, article 222-23-1.

⁵⁷¹ Code pénal, article 222-22-2.

⁵⁷² Code pénal, articles 222-17 à 222-18-3.

⁵⁷³ Code pénal, articles 121-6 et 121-7.

⁵⁷⁴ Code pénal, article 450-1.

⁵⁷⁵ Cazalbou, La sanction pénale des mariages forcés, *op. cit.*, p. 225

⁵⁷⁶ Code pénal, article 434-3.

⁵⁷⁷ Code pénal, article 222-14-3.

⁵⁷⁸ Code pénal, article 222-14-2 (mise en évidence ajoutée).

⁵⁷⁹ Code pénal, article 222-16-1 ; les peines sont alors adaptées : Code pénal, articles 131-38 et 131-39.

3.2.2. *Le mariage forcé, une circonstance aggravante*

3.2.2.1. *Dispositions générales*

La loi de 2010⁵⁸⁰ déjà mentionnée a fait du **mariage forcé une circonstance aggravante de plusieurs infractions**. La doctrine indique que ce choix normatif repose en partie sur la crainte du législateur qu'un délit spécifique de contrainte au mariage ne dissuade les victimes de déposer plainte⁵⁸¹.

Tout d'abord, comme annoncé, les dispositions du Code pénal incriminant **les violences sont punies de plus lourdes peines lorsqu'elles sont commises contre une personne en raison de son refus de contracter un mariage ou de conclure une union ou afin de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union**. Il en va en effet ainsi pour :

- les **violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente** : la peine passe alors de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende à une peine de quinze ans de réclusion criminelle⁵⁸² ;
- les **violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours** : la peine passe alors de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende à une peine de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende⁵⁸³ ;
- les **violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail** : ces infractions passent alors de la catégorie des contraventions⁵⁸⁴ à celle des délits et sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, voire de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ou sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque cette infraction s'accompagne respectivement d'une ou deux circonstances aggravantes supplémentaires (par exemple : lorsque l'infraction est commise par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice, ou lorsqu'elle est commise par le conjoint ou le concubin de la victime, ou lorsqu'elle est commise sur une victime à raison de son orientation sexuelle ou son sexe ou encore si l'auteur de l'infraction est un ascendant en ligne directe de la victime ou encore si la victime est une personne particulièrement vulnérable telle qu'une femme enceinte)⁵⁸⁵.

Ensuite, le **meurtre** est « puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis [...] contre une personne en raison de son refus de contracter un mariage ou de conclure une union »⁵⁸⁶, alors que, hors circonstance aggravante, il est puni de trente ans de réclusion criminelle.

Enfin, de la même manière, les **actes de torture ou de barbarie** et les **violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner** passent d'une peine de quinze ans de réclusion criminelle hors circonstance aggravante, à une peine encourue de vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'ils sont commis « contre une personne afin de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union ou en raison de son refus de contracter ce mariage ou cet union »⁵⁸⁷.

⁵⁸⁰ Loi n° 2010-769 du 09.07.2010.

⁵⁸¹ H. Angevin, Fascicule unique : De quelques autres circonstances aggravantes, in Jurisclasseur Pénal Code, 2016, N 88.

⁵⁸² Code pénal, article 222-10, 6° bis

⁵⁸³ Code pénal, article 222-12, 6° bis.

⁵⁸⁴ Code pénal, article R.624-1.

⁵⁸⁵ Code pénal, article 222-13.

⁵⁸⁶ Code pénal, article 221-4, 10°.

⁵⁸⁷ Code pénal, article 222-3, 6° (actes de torture ou de barbarie) et article 222-8, 6° bis (violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner).

3.2.2.2 Dispositions spécifiques aux mineurs

De manière générale, les crimes et délits commis à l'encontre de mineurs, voire de mineurs de quinze ans et moins ou de personnes dont la vulnérabilité due à l'âge est apparente ou connue, **sont punis plus lourdement que lorsque les victimes sont majeures** ou d'un âge supérieur à dix-huit ans excluant la vulnérabilité⁵⁸⁸. Ainsi, les incriminations périphériques du mariage forcé et les infractions pour lesquelles le mariage forcé constitue une circonstance aggravante⁵⁸⁹ sont, même hors mariage forcé, au moins aussi lourdement punies lorsque les actes sont commis à l'encontre de mineurs. Par conséquent, les dispositions introduites spécifiquement pour lutter contre les mariages forcés n'ont généralement pas d'impact sur la répression des infractions commises contre les mineurs.

On note cependant que certaines infractions, **par le jeu du cumul des circonstances aggravantes**, peuvent être plus lourdement punies lorsqu'elles sont commises pour forcer un mineur à se marier, que lorsqu'il s'agit d'un adulte.

Il en va ainsi pour les **violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours** (article 222-12 du Code pénal) : cette infraction sera punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsqu'elle est commise, soit sur un mineur de quinze ans (alinéa premier 1°), soit sur une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge est apparente ou connue de son auteur (alinéa premier 2°), soit contre une personne en raison de son refus de contracter un mariage ou de conclure une union ou afin de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union (alinéa premier 6° bis), soit par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice (alinéa premier 8°), soit avec préméditation ou avec guet-apens (alinéa premier 9°). Lorsque deux de ces circonstances aggravantes sont réunies (par exemple, des violences visant à contraindre un mineur de quinze ans à se marier (1° + 6° bis), ou visant à contraindre une personne vulnérable du fait de son âge à se marier (2° + 6°bis)), la peine encourue passe de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsqu'il n'y a qu'une circonstance aggravante (par exemple : la contrainte à se marier), à une peine de sept ans de prison et 100 000 euros d'amende. Lorsque trois circonstances aggravent l'infraction (par exemple, lorsque plusieurs personnes (8°) commettent des violences en vue de contraindre un mineur de quinze ans à se marier), la peine passe à dix ans de prison et 150 000 euros d'amende. Néanmoins, dans la pratique, la disposition 6° bis relative au mariage forcé jouera un faible rôle pour la punition des violences contre un mineur de quinze ans et moins, car le second alinéa de l'article 222-12 du Code pénal punit déjà de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende les mêmes violences lorsqu'elle sont commises par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur, lorsque la victime est un mineur de quinze ans⁵⁹⁰.

Il en va de même pour les **violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours**. Ainsi, si ces violences sont commises contre un mineur de quinze ans ou une personne particulièrement vulnérable à cause de son âge, en raison de son refus de contracter mariage ou de conclure une union ou afin de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union, la peine passe à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, alors qu'elle serait de trois ans de

⁵⁸⁸ Par exemple, pour l'esclavage : Code pénal, article 224-1 C ; enlèvement et séquestration : Code pénal, article 224-5 ; violence ayant entraîné la mort sans intention de la donner : Code pénal, article 222-8, alinéa premier 1° et alinéa deuxième ; violence ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente : Code pénal, article 222-10, alinéa premier 1° et alinéa deuxième ; violence ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours : Code pénal, article 222-12, alinéa premier 1°, 2° et alinéa deuxième ; violence ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail : Code pénal, article 222-13, alinéa premier 1° et 2° et alinéas deuxième et troisième ; meurtre : Code pénal, article 221-4, alinéa premier 1° et 3° ; torture et acte de barbarie : Code pénal, article 222-3 alinéa premier 1° et 2° et alinéa troisième.

⁵⁸⁹ Cf. *supra* 3.2.2.1.

⁵⁹⁰ Code pénal, article 222-12, alinéa deuxième b).

prison et 45 000 euros d’amende si la victime était plus âgée. La peine est encore alourdie (sept ans de prison et 100 000 euros d’amende) si la jeune personne forcée à se marier est victime de violences commises par plusieurs personnes agissant en qualité d’auteur ou de complice ou bien si un auteur agit avec préméditation ou guet-apens. Ici, à la différence des violences entraînant une incapacité de travail de plus de huit jours, la réunion de trois circonstances aggravantes punit plus lourdement les auteurs des violences que lorsqu’elles sont commises, de manière générale, contre un mineur de quinze ans ou moins⁵⁹¹.

3.3. Champ d’application territorial

3.3.1. Dispositions générales

En ce qui concerne le champ d’application *ratione loci* de la répression du mariage forcé prévue par le droit français, **le principe est évidemment l’application aux infractions commises sur le territoire national**⁵⁹², mais de nombreux aménagements et exceptions sont également prévus notamment afin de réprimer les mariages forcés conclus à l’étranger.

En effet, outre la disposition spéciale susmentionnée relative à l’usage de manœuvres dolosives afin de déterminer une personne à quitter le territoire français dans le but de la contraindre à se marier (cf. *supra* 3.2.1.), et outre les dispositions classiques du droit pénal prévoyant que le droit français est applicable lorsque **l’un des faits constitutifs d’une infraction a eu lieu sur le territoire national**⁵⁹³, ou lorsque **la victime** d’un crime ou d’un délit punissable d’une peine d’emprisonnement **est de nationalité française**⁵⁹⁴, ou encore lorsque **l’auteur** de tout crime ou d’un délit puni par la législation du pays où il a été commis **est de nationalité française**⁵⁹⁵, des dispositions sont spécialement prévues pour lutter contre les mariages forcés.

Ainsi, l’article 222-16-3 du Code pénal prévoit que **lorsque les infractions de violences, tortures et actes de barbarie, et meurtre** sus-citées (cf. *supra* 3.2.2.1.), commises contre une personne afin de la contraindre à contracter mariage ou à conclure une union ou en raison de son refus de contracter ce mariage ou cette union, **« sont commises à l’étranger à l’encontre d’une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable »**⁵⁹⁶. La nationalité française de la victime n’est alors plus une condition ; sa résidence habituelle en France suffit. En outre, cette disposition prévoit que, par exception au principe général⁵⁹⁷, **la plainte de la victime** des violences dans le cadre d’un mariage forcé **ou une dénonciation officielle** par l’autorité du pays où le fait a été commis **ne sont pas nécessaires** pour que le ministère public puisse poursuivre les délits⁵⁹⁸.

Par ailleurs, parce que, en matière délictuelle, le droit français exige la réciprocité d’incrimination lorsque l’applicabilité du droit matériel français repose sur la compétence personnelle active⁵⁹⁹, la

⁵⁹¹ Code pénal, article 222-13.

⁵⁹² Code pénal, article 113-2.

⁵⁹³ Code pénal, article 113-2.

⁵⁹⁴ Code pénal, article 113-7 (compétence personnelle passive). A noter que la compétence personnelle passive ne vaut que si la victime est de nationalité française au moment de l’infraction (article 113-7 *in fine*).

⁵⁹⁵ Code pénal, article 113-6 (compétence personnelle active). A noter que la compétence personnelle active vaut même si le prévenu acquiert la nationalité française postérieurement au fait qui lui est imputé (article 113-6 alinéa dernier).

⁵⁹⁶ Code pénal, article 222-16-3 ; mise en italique ajoutée. Pour les actes de barbarie et la torture : article 222-6-3 du Code pénal ; le meurtre : article 221-5-5 du Code pénal.

⁵⁹⁷ Posé à l’article 113-8 du Code pénal.

⁵⁹⁸ Cazalbou, La sanction pénale des mariages forcés, *op. cit.*, pp. 225 – 227.

⁵⁹⁹ Code pénal, article 113-6.

doctrine relève que des infractions très spécifiques, telles que les manœuvres dolosives destinées à provoquer un départ du territoire national ou le non-respect d'une ordonnance de protection, rempliront difficilement ce critère. Pour cette raison, la doctrine salue « le bon choix législatif qui permet de s'assurer de l'efficacité internationale de la répression »⁶⁰⁰, car **la répression du mariage forcé à travers l'utilisation des circonstances aggravantes d'infractions très largement incriminées à l'étranger, telles que les violences, plutôt que la création d'une disposition spécifique, permet d'assurer la réciprocité des incriminations**, dans la mesure où les mariages forcés ne sont pas toujours réprimés, en tant que tels, à l'étranger⁶⁰¹.

3.3.2. Dispositions spécifiques aux mineurs

En complément des éléments déjà présentés relatifs au champ d'application territorial des incriminations pertinentes en matière de mariage forcé⁶⁰², lorsque la victime d'agressions sexuelles est un mineur, le droit français est applicable même si l'agression a eu lieu à l'étranger et ce indépendamment de la nationalité ou de la résidence du mineur victime, **lorsque l'agresseur est français**, mais également indépendamment de sa nationalité s'il **réside habituellement en France**⁶⁰³. A noter que l'agression peut être constituée même si la contrainte est de nature morale⁶⁰⁴, ou encore qu'elle est constituée par le fait d'imposer à une personne le fait de subir une atteinte sexuelle de la part d'un tiers⁶⁰⁵.

4. Droit des étrangers : Conséquences sur le titre de séjour délivré en raison du mariage

Tout d'abord, il convient de noter qu'**un étranger mineur ne peut pas faire l'objet d'une obligation de quitter le territoire français**⁶⁰⁶. Son statut migratoire est en principe attaché à celui de ses parents, le cas échéant. En dehors de l'obligation, pour les mineurs âgés de seize à dix-huit ans, de solliciter un titre de séjour temporaire ou une carte de résident pour pouvoir exercer une activité professionnelle⁶⁰⁷, **le droit français n'impose pas au mineur étranger « d'être en possession d'un document de nature à établir la régularité de son séjour en France »**⁶⁰⁸. On remarque en ce sens que les normes et la doctrine ne s'attachent guère à décrire la situation au regard du droit des étrangers des mineurs étrangers mariés de force. Est tantôt examinée la situation des mineurs mariés de force, tantôt celle des mineurs étrangers (accompagnés ou isolés).

Ensuite, compte tenu de la **multiplicité des titres de séjour** prévus par le droit français, la situation administrative du mineur étranger confronté à un mariage forcé est très variable. Les réponses varient en fonction de la situation factuelle de chacun (mariage forcé imposé par les deux parents ou malgré l'opposition de l'un d'eux, rupture des liens familiaux ou non, etc.). Des spécificités tiennent encore à l'âge du mineur concerné (en particulier lorsqu'il devient majeur), ou varient en fonction de la

⁶⁰⁰ Cazalbou, La sanction pénale des mariages forcés, *op. cit.*, p. 227.

⁶⁰¹ Cazalbou, La sanction pénale des mariages forcés, *op. cit.*, p. 227.

⁶⁰² Cf. *supra* 3.3.1.

⁶⁰³ Code pénal, article 222-22 alinéa 3.

⁶⁰⁴ Code pénal, article 222-22-1.

⁶⁰⁵ Code pénal, article 222-22-2

⁶⁰⁶ CESEDA, article L. 611-3, 1°. La même manière, les mineurs étrangers ne peuvent pas faire l'objet d'une mesure d'expulsion ; CESEDA, article L. 631-4.

⁶⁰⁷ CESEDA, article L. 421-35.

⁶⁰⁸ Cour d'appel de Paris, 24.01.2002, n° 1999/23024.

nationalité française ou étrangère de ses parents, de l'âge auquel il est arrivé en France, de la durée de son séjour sur le territoire, du type de titre de séjour dont il a bénéficié, etc.⁶⁰⁹

Par ailleurs, à considérer que les mineurs confrontés à un mariage forcé sont en situation de détresse et que leur santé, leur sécurité ou leur moralité sont en danger, ils peuvent être **confiés à l'Aide sociale à l'enfance, en France, ou, s'il en va de leur intérêt, à d'autres membres de leurs familles, dont la résidence à l'étranger** n'est pas un critère mentionné par la norme⁶¹⁰. Il apparaît que **la situation migratoire du mineur n'entre pas non plus en compte** dans la prise de telles décisions.

Néanmoins, **la question du droit de séjour se pose au moment du passage à l'âge adulte**. A ce titre, on relève que les enfants étrangers placés et devenus majeurs disposent de moyens de régularisation spécifiques⁶¹¹. Notamment, il est prévu que l'étranger confié à l'Aide sociale à l'enfance entre ses 16 ans et ses 18 ans et qui justifie suivre depuis au moins 6 mois une formation peut, dans l'année qui suit

⁶⁰⁹ V. Tchen, Fascicule 524-10 : Etrangers. Séjour. Régime général. Typologie des titres de séjour, in Jurisclasseur, 2020.

⁶¹⁰ Les mineurs confrontés à un mariage forcé peuvent en effet bénéficier de la protection et de l'assistance, généralement ouvertes en cas de mise en danger d'un mineur, des services sociaux et médico-sociaux, notamment le service départemental de protection maternelle et infantile et le service départemental de l'aide sociale à l'enfance. Par exemple, une décision judiciaire peut prononcer le placement d'un enfant hors de son milieu familial actuel afin de faire cesser le danger auquel il est confronté. Indépendamment de la nationalité du mineur ou de celle de ses parents, si la santé, la sécurité ou la moralité d'un enfant ne sont pas garanties, le juge des enfants peut intervenir, à la demande du procureur de la République, de l'un ou des parents, de la personne ou de l'institution à qui l'enfant avait été confié provisoirement par l'Aide sociale à l'enfance, de l'enfant lui-même, ou se saisir d'office. A la suite de mesures d'information, le juge peut notamment décider de confier l'enfant à l'un des parents, à un autre membre de la famille, à un tiers digne de confiance, ou à l'Aide sociale à l'enfance qui le placera en famille d'accueil ou dans un établissement spécialisé. En cas d'urgence, le juge des enfants ou le procureur de la République peuvent, sans attendre la fin de la procédure, prononcer une mesure de protection provisoire visant à mettre l'enfant à l'abri. Dans le cadre d'un placement, l'autorité parentale peut être conservée par les parents (et exercée d'une manière compatible avec la mesure) ; toutefois, la personne ou l'institution à qui l'enfant a été confié peut être autorisée par le juge à exercer un acte relevant de l'autorité parentale, en cas de refus abusif ou injustifié des parents ou de leur négligence. En outre, l'autorité parentale peut être retirée totalement aux parents, en cas de désintérêt pour leur enfant. (Service-Public (site officiel de l'administration française), Placement d'un enfant sur décision judiciaire, disponible sous : <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F3140> (20.01.2022). Les sources normatives de référence citées sont : Code civil, articles 375 à 375-9 (déroulement de la procédure) ; Code de procédure civile, articles 1181 à 1200-1 (procédure devant le juge) ; Code de l'action sociale et des familles, articles L. 221-1 à L. 221-9 (fonctionnement du service de l'aide sociale à l'enfance), L. 223-1 à L. 223-8 (droits des familles dans leurs rapports avec les services de l'aide sociale à l'enfance), et L. 227-1 à L. 227-12 (conditions d'accueil du mineur hors du domicile parental).) L'autorité parentale peut encore être retirée, totalement ou partiellement, à l'un des ou aux deux parents, dans d'autres circonstances que celle du placement. En particulier, si le ou les parents ont été condamnés comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant. Ce retrait est prononcé par le juge pénal. Si le retrait est prononcé à l'encontre des deux parents ou bien si l'autre parent est décédé, l'enfant sera provisoirement confié à un tiers (membre de la famille ou non) qui organisera la tutelle ; ou bien l'enfant sera confié au service départemental de l'Aide sociale à l'enfance. L'autorité parentale peut éventuellement être restituée, totalement ou partiellement (Justice (site gouvernemental), Retrait de l'autorité parentale, disponible sous : <https://www.justice.fr/fiche/retrait-autorite-parentale> (20.01.2022). Les sources normatives de référence citées sont : Code civil, articles 378 à 381 ; Code de procédure civile, articles 1202 à 1210.)

⁶¹¹ V. Circulaire interministérielle du 25.01.2016 relative à la mobilisation des services de l'Etat auprès des conseils départementaux concernant les mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et les personnes se présentant comme tels, disponible sous : <http://www.info-droits-etrangers.org/wp-content/uploads/2018/01/JUSF1602101C.pdf> (20.01.2022).

son 18^{ème} anniversaire, se voir délivrer une carte de séjour temporaire « salarié » ou « travailleur temporaire », sous réserve de certaines conditions tenant en particulier à la nature des liens avec sa famille restée dans son pays d'origine et à l'avis de la structure d'accueil sur son insertion dans la société française⁶¹². Par ailleurs, l'acquisition de la nationalité française peut être réclamée par l'enfant confié au service de l'Aide sociale à l'enfance depuis au moins trois années⁶¹³.

D'autres normes peuvent avoir une résonance particulière en matière de mariage forcé, en particulier au moment du passage à l'âge adulte, on note par exemple que :

- un titre de séjour spécial est délivré **aux victimes et aux témoins dans les affaires de traite des êtres humains**⁶¹⁴ ;
- **un titre de séjour temporaire voire, en cas de condamnation, une carte de résident de 10 ans sont délivrés à l'étranger qui bénéficie d'une ordonnance de protection suite aux violences subies en raison de son refus de contracter mariage ou de conclure une union ou afin de le contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union**⁶¹⁵ ;
- pour les étrangers conjoints de Français, **la rupture n'est pas opposable pour le retrait du titre de séjour, si elle a pour cause des violences** familiales ou conjugales⁶¹⁶;
- pour l'étranger autorisé à séjourner en France au titre du regroupement familial, le titre de séjour n'est pas retiré et son renouvellement est **accordé si l'étranger a subi des violences** familiales ou conjugales et que la communauté de vie a été interrompue⁶¹⁷ ;
- l'étranger ayant reçu une carte de résident de 10 ans en raison de son mariage depuis au moins 3 ans avec un Français ne se voit pas retirer cette carte au motif que la communauté de vie a été rompue, **lorsque la raison tient en des violences** familiales ou conjugales⁶¹⁸ ;
- ou encore que le **séjour hors de France d'un mineur étranger pendant plus de trois ans n'a pas d'incidence** sur la délivrance d'une carte de résident⁶¹⁹.

5. Droit des réfugiés : Protection internationale contre le mariage du mineur

5.1. Dispositions spécifiques aux mineurs

En ce qui concerne la **protection internationale**, en conséquence de ce qui vient d'être exposé (cf. *supra* 4), les mineurs n'ont pas besoin de déposer leur demande d'asile pour avoir le droit de rester en France.

On relève en ce sens que la demande d'asile n'est pas considérée comme un passage obligé pour les **mineurs protégés par l'Aide sociale à l'enfance**. Ils peuvent en effet prétendre, à leur majorité, à d'autres titres de séjour perçus comme plus facilement délivrés⁶²⁰ (notamment par le travail), voire même à la naturalisation. Par ailleurs, une fois à l'Aide sociale à l'enfance, les professionnels qui

⁶¹² CESEDA, article L. 435-3.

⁶¹³ Code civil, article 21-12.

⁶¹⁴ CESEDA, articles L. 425-1 et L. 425-3.

⁶¹⁵ CESEDA, articles L. 425-7 et L. 425-8.

⁶¹⁶ CESEDA, article L. 423-5.

⁶¹⁷ CESEDA, article L.423-18.

⁶¹⁸ CESEDA, article L. 423-6.

⁶¹⁹ Conseil d'Etat, 10.05.1995, n° 122056.

⁶²⁰ Forum Réfugiés et Cosi, L'asile en France et en Europe, Etat des lieux 2019, p. 254, disponible sous : https://www.forumrefugies.org/images/s-informer/publications/rapports/rapport-annuel-asile/Forum_refugiees-Cosi_Etat_des_lieux_de_l_asile_en_France_et_en_Europe-Edition_2019.pdf (19.01.2022).

s'occupent des mineurs connaîtraient peu le système de l'asile, ce qui freinerait l'identification du besoin d'une protection internationale⁶²¹. Est également pointé le manque de temps consacré aux mineurs n'ayant accès qu'à des solutions d'urgence.

Pour finir, lorsque le besoin d'une protection internationale est identifié, il reste **difficile de trouver l'administrateur *ad hoc* imposé par la loi** dans la procédure d'asile, dans les délais jugés trop courts, car ils sont peu nombreux⁶²² et non formés⁶²³.

Toutefois, **le dépôt d'une demande d'asile avant dix-huit ans reste possible**. Les conditions de fond requises pour les majeurs (cf. *infra* 5.2) sont également valables pour les mineurs⁶²⁴, bien qu'il soit estimé que les critères d'attribution du statut sont plus souples que pour les adultes⁶²⁵ et que les jeunes admis à l'Aide sociale à l'enfance qui introduisent une demande d'asile obtiennent très souvent une protection⁶²⁶.

On relève que **la minorité est un élément pris en compte**, notamment en ce que l'âge peut constituer un motif de persécution et une source de vulnérabilité⁶²⁷.

En cas d'octroi du statut de réfugié, les enfants peuvent obtenir un **certificat de protection permanent, valable jusqu'à leur majorité**. A l'âge adulte, ils obtiendront automatiquement le statut de réfugié, sans qu'une nouvelle procédure soit ouverte. Cela est salué en ce qu'il est ainsi évité de « perturber le parcours scolaire ou professionnel du jeune adulte qui dispose des documents nécessaires et ne se trouve plus confronté à son passé à un moment décisif de sa construction personnelle »⁶²⁸. D'autres soulignent que bien qu'une demande d'asile soit complexe et intense en ce qu'elle impose de revenir sur des épreuves traumatisantes, voire difficile si elle n'est pas accompagnée sur le plan psychologique, la « demande d'asile peut cependant permettre d'avancer quand une persécution subie est reconnue par le biais d'une décision de protection »⁶²⁹.

5.2. Dispositions générales

Depuis notre précédent rapport⁶³⁰, la Cour nationale du droit d'asile a redéfini le cadre d'analyse des demandes de protection fondées sur le refus d'un **mariage forcé**. Sa jurisprudence pose à présent que :

⁶²¹ Forum Réfugiés et Cosi, L'asile en France et en Europe, *op. cit.*, p. 254.

⁶²² Forum Réfugiés et Cosi, L'asile en France et en Europe, *op. cit.*, pp. 255 - 256.

⁶²³ France terre d'asile, La lettre de l'asile et de l'intégration, n°91, mai 2020, p. 6, disponible sous : https://www.france-terre-asile.org/images/stories/publications/pdf/FTA_Lettre_asile_91_WEB.pdf (18.01.2022).

⁶²⁴ Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), Demander l'asile en France. Les mineurs isolés étrangers, disponible sous : <https://www.gisti.org/spip.php?article5158> (08.03.2022). On relève que le demandeur d'asile mineur est représenté par un administrateur *ad hoc* et ne peut pas faire l'objet d'une procédure Dublin (sauf si le mineur souhaite rejoindre un membre de sa famille qui a demandé l'asile dans un autre pays).

⁶²⁵ France terre d'asile, La lettre de l'asile et de l'intégration, n°91, *op. cit.*, p. 6 se référant à Forum Réfugiés et Cosi, L'asile en France et en Europe, *op. cit.*. Forum Réfugiés et Cosi, L'asile en France et en Europe, *op. cit.*, p. 254 précise que le seuil de persécution requis est plus bas : plus une personne était jeune au moment des faits, moins on peut s'attendre à des détails précis dans son récit.

⁶²⁶ Forum Réfugiés et Cosi, L'asile en France et en Europe, *op. cit.*, p. 253.

⁶²⁷ France terre d'asile, La lettre de l'asile et de l'intégration, n°91, *op. cit.*, p. 3.

⁶²⁸ France terre d'asile, La lettre de l'asile et de l'intégration, n°91, *op. cit.*, p. 3.

⁶²⁹ Forum Réfugiés et Cosi, L'asile en France et en Europe, *op. cit.*, p. 254.

⁶³⁰ Cf. Viennet, France, in Viennet / Aronovitz / Bruckmüller / Curran / De Dycker / Fournier / Heindler / Pretelli / Westermark, Mariage forcé, *op. cit.*, pp. 128 – 130.

« Dans une population au sein de laquelle le mariage forcé est couramment pratiqué au point de constituer une norme sociale, les jeunes filles et les femmes qui entendent se soustraire à un mariage imposé contre leur volonté constituent de ce fait un **groupe social**. L'appartenance à un tel groupe est un fait social objectif qui ne dépend pas de la manifestation par ses membres de leur appartenance à ce groupe. Il appartient à la personne qui sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugiée en se prévalant de son appartenance à un groupe social de fournir l'ensemble des éléments circonstanciés, notamment familiaux, géographiques et sociologiques, relatifs aux risques de persécution qu'elle encourt personnellement. Par ailleurs, la reconnaissance de la qualité de réfugiée peut légalement être refusée, ainsi que le prévoit l'article L. 713-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, lorsque l'intéressée peut avoir accès à une protection sur une partie du territoire de son pays d'origine, dans laquelle elle est en mesure, en toute sécurité, de se rendre afin de s'y établir et d'y mener une vie familiale normale. »⁶³¹

Ainsi le **statut de réfugié** est reconnu aux personnes répondant aux critères exposés. Elles reçoivent une carte de résident de 10 ans⁶³².

Lorsque les conditions suscitées ne sont pas réunies, le bénéfice de la **protection subsidiaire** est octroyé aux personnes qui sont susceptibles d'être exposées à des traitements inhumains et dégradants en cas de renvoi⁶³³. Une carte de séjour pluriannuelle d'une durée maximale de 4 ans leur est délivrée⁶³⁴. A l'issue de ces 4 années, elles reçoivent une carte de résident de 10 ans⁶³⁵, par exemple⁶³⁶.

Le **mariage précoce** est présent dans la jurisprudence de la Cour nationale du droit d'asile. Il n'est cependant pas distingué du mariage forcé. Pour conclure au besoin de protection internationale d'une personne, la cour relève par exemple le mariage précoce de la requérante contre sa volonté, le caractère courant de la pratique des mariages forcés et précoces dans son pays d'origine, en dépit des lois nationales les prohibant le cas échéant⁶³⁷.

⁶³¹ Cour nationale du droit d'asile, Mme D., 23.07.2018, n° 17042624 R, N3 (mise en évidence ajoutée) ; voir également Cour nationale du droit d'asile, Mme E., 23.07.2018, n° 15031912 R, N 3.

⁶³² CESEDA, article L. 424-1.

⁶³³ Par ex. : Cour nationale du droit d'asile, Mlle A., 02.02.2018, n° 17034030 C, N 4.

⁶³⁴ CESEDA, article L. 424-9.

⁶³⁵ CESEDA, article L. 424-13.

⁶³⁶ Voir notamment : CESEDA, L. 424-14 et s.

⁶³⁷ Voir par ex. : Cour nationale du droit d'asile, Mme D., *op. cit.* ; Mme E., *op. cit.* ; Mlle A., *op. cit.*

H. Italia

Sintesi dell'evoluzione legislativa più recente

Il diritto italiano ha iniziato a prendere coscienza del problema del matrimonio precoce o forzato con la ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011⁶³⁸. La prevenzione e repressione del matrimonio forzato e precoce è stata attuata in particolare con la legge denominata “**codice rosso**” del 19 luglio 2019 n. 69⁶³⁹ che ha introdotto in Italia il reato di “**costrizione o induzione al matrimonio**”. Tale delitto è aggravato se la vittima è minorenni, e ulteriormente aggravato se la vittima è infra-quattordicenne (c.d. spose bambine).

Restano ferme le possibilità di invocare il delitto di «violenza privata», “Atti sessuali con minorenni”, “riduzione in schiavitù”.

1. Diritto civile

1.1. Quadro normativo

L'art. 29 della **Costituzione italiana** entrata in vigore il 2 giugno 1948 dispone che «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale **fondata sul matrimonio**. Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare».

La Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (*Convention on the Rights of the Child*), approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, sancisce il **diritto**, per ogni essere umano sotto i 18 anni, **di esprimere liberamente la propria opinione** (art. 12) e il diritto a **essere protetti da violenze e sfruttamento** (art. 19).

L'art. 12 della **Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo** dispone che «Uomini e donne, in età matrimoniale, hanno il **diritto di sposarsi** e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto». Nel «diritto di sposarsi», cioè nel riconoscimento della libertà di sposarsi, è implicita la «libertà di **non sposarsi**».

Il diritto di sposarsi è dunque un **diritto fondamentale della persona** riconosciuto sia a livello sovranazionale, sia a livello costituzionale. Il vincolo matrimoniale deve rimanere una libera scelta autoresponsabile sottraendosi ad ogni forma di condizionamento anche indiretto⁶⁴⁰.

Il matrimonio, in quanto **atto di volontà**, presuppone il **consenso** di entrambi i coniugi.⁶⁴¹ Il difetto del consenso comporta, secondo la Cassazione italiana, l'**inesistenza** del matrimonio⁶⁴².

⁶³⁸ Ratificata con Legge 27 giugno 2013, n. 77 (GU n.152 del 1-7-2013).

⁶³⁹ Pubblicata in G.U., serie generale, 25 luglio 2019, n. 173.

⁶⁴⁰ Corte cost. n. 1/ 1992; n. 450/1991, n. 189/1991.

⁶⁴¹ Si vedano gli artt. 12 e 16 della Dichiarazione universale dei diritti umani, artt. 7 e 9 della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, e l'art. 1 della Convenzione sul consenso al matrimonio, l'età minima per il matrimonio e la registrazione dei matrimoni del 7 novembre 1962; Risoluzione dell'Assemblea generale 1763 A (XVII) del 7 Novembre 1962. L'Italia è uno dei 16 Stati che hanno firmato la convenzione anche se poi non l'ha ratificata. La convenzione è in vigore tra 54 Stati.

⁶⁴² Cf. Cass. n. 569 del 1975 e n. 1808 del 1976 per l'affermazione che il difetto di un elemento essenziale, quale è il consenso, comporta l'inesistenza del matrimonio.

L'assenza di una **piena capacità naturale di intendere e di volere al momento della prestazione del consenso è una** causa di invalidità ai sensi dell'art. 120 c.c.⁶⁴³.

La necessità del consenso si è definitivamente affermata nel diritto canonico già dal medioevo: *antiquitus placuit libera matrimonia esse* proprio per tutelare le bambine e donne ed eradicare definitivamente la pratica della compravendita a fini procreativi tramite l'istituto della dote⁶⁴⁴.

Gli altri **elementi essenziali del matrimonio** sono la diversità di sesso e la celebrazione nelle forme prescritte.

Gli articoli da 117 a 124 c.c. disciplinano le cause di invalidità del matrimonio in generale. Il matrimonio è colpito da invalidità nel caso in cui sia stato contratto in violazione delle regole cogenti in materia di età (art. 84), di libertà di stato (art. 86 – divieto di bigamia), di vincoli di parentela, affinità, adozione (art. 87 – divieto di incesto), di delitto (art. 88).

1.2. Norme sulla capacità matrimoniale in relazione all'età

Per esprimere il consenso, è necessario che chi si sposa sia "in età matrimoniale".

Secondo il diritto italiano, la maggiore età si raggiunge al compimento dei 18 anni⁶⁴⁵, come del resto nella maggior parte dei paesi europei e nel diritto europeo⁶⁴⁶.

Il raggiungimento della maggiore età comporta l'acquisizione della capacità di agire, ossia di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa. Tra gli atti per i quali è prevista un'età diversa vi sono il matrimonio e l'atto di riconoscimento della paternità di un figlio. Il sedicenne può contrarre una unione matrimoniale se ottiene un'autorizzazione giudiziale⁶⁴⁷ e può riconoscere un figlio⁶⁴⁸.

1.2.1. Inesistenza del matrimonio di una minore al di sotto degli anni sedici

Ai sensi dell'art. 84 c.c., in nessun caso **un minore o una minore degli anni sedici può contrarre matrimonio**. La radicale assenza di capacità di agire comporta l'impossibilità di prestare un consenso valido. Il **matrimonio della minore è dunque radicalmente nullo**.

⁶⁴³ La Corte costituzionale italiana, n. 32/1971, ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 16 della l. n. 847/1929 di ratifica del Concordato fra la Santa Sede e l'Italia, nella parte in cui non prevede che la trascrizione del matrimonio concordatario possa essere impugnata quando uno degli sposi era in stato di **incapacità naturale** al momento della celebrazione. Tutte le decisioni del presente rapporto sono tratte dalla banca dati Giuffrè *Ius Explorer* salvo diversa indicazione.

⁶⁴⁴ Coerentemente, gli **effetti della promessa di matrimonio** sono molto limitati e un contratto che contenga condizioni sospensive in riferimento a un futuro matrimonio è valido solo se di natura "premiale" (i.e. liberalità promesse in caso di futuro matrimonio). Si veda l'**Art. 79 c.c.** [I]. La promessa di matrimonio **non obbliga** a contrarlo né ad eseguire ciò che si fosse convenuto per il caso di non adempimento. Una conferma della non obbligatorietà della promessa si desume dalla **non risarcibilità dei danni morali nel caso di ripensamento** avvenuto nei giorni o nel giorno previsto per le nozze. La giurisprudenza chiarisce che, in questi casi, pur essendo possibile chiedere un rimborso per le spese sostenute, non può chiedersi alcun risarcimento o indennizzo ad altro titolo: Cassazione civile, 2 gennaio 2012, n.9, sez. VI, Diritto di Famiglia e delle Persone (II), fasc.2, 2013, pag. 434.

⁶⁴⁵ Si veda l'art. 2 del codice civile (CC), come modificato dall'art. 1 l. n. 39/1975.

⁶⁴⁶ Si veda l'art. 2(2)(6) del Regolamento (UE) 2019/1111 del Consiglio, del 25 giugno 2019, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale di minori.

⁶⁴⁷ Si veda l'articolo 84 CC.

⁶⁴⁸ Si veda l'art. 250, comma 5 CC.

1.2.2. *Necessità di un'autorizzazione per il matrimonio di minore che ha compiuto gli anni sedici*

Il minore o la minore che abbia compiuto gli anni sedici può contrarre matrimonio se **autorizzato** a farlo dal **tribunale dei minorenni del luogo di residenza**. Questa norma ha avuto applicazione in Italia per favorire la nascita di bambini concepiti da minorenni dentro un matrimonio ed è destinata a diventare obsoleta in seguito alla piena equiparazione operata tra i figli dalla riforma del 2013. Si comprende, dunque, che la l. 76/2016 preveda, per la costituzione di un'unione civile fra persone dello stesso sesso, il raggiungimento della maggiore età, senza introdurre deroga alcuna.

Il tribunale valuta la fondatezza dei motivi e la maturità psico-fisica del minore.

“I motivi che inducono a celebrare matrimonio, non soltanto devono essere **seri**, ma debbono essere anche suscettibili di una **verifica oggettiva**, non potendo essere intesi come semplici espressioni di sentimenti, di desiderio o simili (...)”⁶⁴⁹. Lo stato di gravidanza della minore è considerato un motivo serio ma non è sufficiente a giustificare la deroga al principio secondo il quale il matrimonio è riservato agli adulti, occorrendo anche che la minore abbia dimostrato la **seria intenzione di creare una comunione di vita con il proprio compagno**.

Alla luce dell'evoluzione del diritto italiano e della piena equiparazione dei figli, i cui diritti non sono condizionati in nulla dall'esistenza del vincolo matrimoniale tra i genitori, la nascita di un figlio non è stata considerata un motivo sufficiente ad autorizzare il matrimonio in un caso in cui la minore adduceva di volersi sposare con il padre di suo figlio al fine di assicurargli l'acquisizione della cittadinanza italiana attraverso il matrimonio⁶⁵⁰.

La maturità psicofisica dovrebbe riflettere la **volontà spontanea e consapevole del vincolo**, e delle responsabilità che ne derivano da parte del minore, al di là dei motivi che l'hanno determinata a contrarre matrimonio. La gravità dei motivi è interpretata in modo sempre più restrittivo al fine di limitare i matrimoni precoci.

Il ricorso al tribunale dei minorenni deve essere presentato **personalmente dal minore**. Il tribunale per i minorenni decide con decreto emesso in camera di consiglio, dopo aver accertato la maturità psicofisica del minore, la gravità dei motivi e la fondatezza delle ragioni addotte. Nel procedimento **devono essere sentiti il pubblico ministero e i genitori (o il tutore)**.

Il decreto che autorizza il matrimonio del minore (così come quello che lo nega) è comunicato al pubblico ministero, agli sposi, ai genitori (o al tutore).

⁶⁴⁹ Si veda il commento all'art. 84 cc. a cura della redazione del codice commentato “PLURIS, CEDAM”. Per un recente decreto di autorizzazione si veda [Tribunale per i minorenni Caltanissetta, Decreto 24 ottobre 2017](#).

⁶⁵⁰ Corte appello Catania sez. famiglia, 22/12/2015, (ud. 09/12/2015, dep. 22/12/2015) “La posizione giuridica dei figli nati da unione non coniugale è pienamente equiparata a quella dei figli nati da matrimonio e nell'attuale contesto sociale, secondo l'id quod plerumque accidit, la donna non sposata che partorisce un figlio **non corre il rischio di subire un pregiudizio all'onore o alla reputazione**, né tantomeno la ricorrente ha allegato di vivere in una cerchia sociale che per qualche ragione ostracizza le relazioni non coniugali. **Non è posta a rischio la relazione familiare**, perché nessuno vieta alla C. ed al suo compagno di frequentarsi, di vivere la loro relazione sentimentale e di prendersi cura del figlio nato dalla loro unione. **Il padre è cittadino rumeno e quindi di uno Stato membro della Unione Europea e non necessita della acquisizione della cittadinanza italiana per soggiornare nel territorio nazionale. La libertà personale non è in gioco** perché la scelta matrimoniale non è definitivamente preclusa, ma solo rinviata al conseguimento della maggiore età.”

Un eventuale reclamo contro il decreto può essere proposto entro dieci giorni dalla comunicazione, con ricorso alla Corte d'Appello. La corte d'appello decide con ordinanza non impugnabile, emessa in camera di consiglio.

Ottenuta l'autorizzazione, il minore resta libero di non sposarsi. A seguito del matrimonio, il minore ultrasedicenne diventa **minore emancipato**.

1.3. Misure di prevenzione dei matrimoni forzati e precoci

L'Italia ha ratificato la Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011 con **legge 27 giugno 2013, n. 77** (GU n.152 del 1-7-2013), il cui articolo 37 contiene una definizione di **matrimonio forzato**, ancorata a due elementi: (1): "L'atto intenzionale di costringere un adulto o un bambino a contrarre matrimonio"; (2) Il fatto di attirare intenzionalmente con l'inganno un adulto o un bambino sul territorio di uno Stato Parte o di uno Stato diverso da quello in cui risiede, allo scopo di costringerlo a contrarre matrimonio".

Per matrimonio precoce si intende invece qualsiasi forma di matrimonio vincolante per un minore di età⁶⁵¹.

Dal punto di vista civilistico, l'ordinamento italiano sanziona con la nullità e l'annullabilità il matrimonio forzato e precoce, sia che questo sia stato contratto in Italia, sia che sia stato contratto all'estero⁶⁵².

A seguito di un matrimonio forzato o precoce, è possibile che il Tribunale dei minorenni disponga **l'allontanamento del minore dalla famiglia**, dichiarando il decadimento dalla responsabilità genitoriale⁶⁵³.

Per quanto riguarda gli stranieri, la Carta dei Valori della Cittadinanza e dell'Integrazione, adottata con decreto del Ministro dell'Interno, il 23 aprile 2007, n. 26628⁶⁵⁴, prevede, nel suo articolo 18, che "L'ordinamento italiano proibisce ogni forma di coercizione e di violenza dentro e fuori la famiglia, e tutela la dignità della donna in tutte le sue manifestazioni e in ogni momento della vita associativa", sottolinea, a proposito del matrimonio, che "**Base dell'unione coniugale è la libertà matrimoniale che spetta ai giovani, e comporta il divieto di coercizioni e di matrimoni forzati, o tra bambini.**"

Inoltre, si legge nel "Piano strategico nazionale sulla violenza maschile contro le donne 2017-2020, della Presidenza del consiglio dei Ministri" il 28 luglio 2015 la Camera dei Deputati ha approvato una **mozione sui matrimoni forzati e precoci** che impone al governo di "rispettare la risoluzione delle Nazioni Unite sui bambini, rispetto al matrimonio forzato e precoce", di "sostenere la campagna globale per prevenire e eliminare questa pratica che viola i diritti umani, in particolare di bambini e ragazze", di "Finanziare programmi e progetti di cooperazione internazionale per prevenire e porre fine ai matrimoni precoci e forzati".

Il 17 luglio 2019 il Parlamento italiano ha approvato un ddl recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere", nota come "codice rosso", nell'ambito della quale ha introdotto il reato di "Costrizione o induzione al matrimonio", inserito nel Titolo Undicesimo "Dei delitti contro la famiglia", Capo I "Dei delitti contro il matrimonio", all'art. 558 bis c.p.⁶⁵⁵. La fattispecie è aggravata quando il reato è commesso in danno di minori di anni 18 e ulteriormente aggravata in caso di minori di anni 14. Si

⁶⁵¹ https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/dirittiumani18/Il_lavoro_della_Commissione_diritti_umani_del_Senato_sui_matrimoni_precoci.pdf.

⁶⁵² Art. 12 della l. 31 maggio 1995, n. 218 sui cui si veda la parte successiva del presente rapporto.

⁶⁵³ Si vedano gli art. 330 ss. c.c.

⁶⁵⁴ Vedilo in Gazzetta Ufficiale del 15 giugno 2007, n.137.

⁶⁵⁵ L'[art. 7, L. 19.7.2019, n. 69](#), pubblicata in Gazzetta (n. 173) del 25 luglio 2019.

procede anche quando il fatto è commesso all'estero da o in danno di un cittadino italiano o di uno straniero residente in Italia (art. 558-bis c.p.)⁶⁵⁶.

Il 30 luglio 2019, circa due settimane dopo l'approvazione in via definitiva del Codice rosso, la Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani ha approvato una Risoluzione, chiedendo azioni precise per la prevenzione di matrimoni precoci e forzati e segnatamente:

“la **formazione degli operatori** delle istituzioni che operano sul territorio e che possono intercettare i segnali che vengono dalle potenziali vittime allo scopo di prevenire un matrimonio precoce e forzato: in primo luogo i docenti, le forze dell'ordine, la magistratura;

- la **formazione** delle famiglie realizzata attraverso la **scuola** e la rete dell'**assistenza sociale** sul territorio affinché si rendano conto degli effetti negativi dei matrimoni forzati sulla vita delle bambine;
- l'**assistenza alle vittime** e, attraverso opportuni percorsi scolastici e di formazione, l'inserimento delle potenziali vittime nel mondo del lavoro per dar loro la possibilità di avere una reale autonomia economica ed il conseguente status sociale;
- l'**istituzione di un Osservatorio nazionale** che, mettendo insieme le competenze di diversi Ministeri, da un lato consenta di monitorare, analizzare e contrastare questo fenomeno, così come altre forme di violenza come ad esempio le mutilazioni genitali femminili; dall'altro consenta di adottare misure di contrasto rispetto a coloro che organizzano i viaggi finalizzati ai matrimoni forzati e precoci”⁶⁵⁷.

L'ordinamento italiano contempla inoltre misure atte a garantire che le professionalità che entrano in contatto con donne che subiscono violenza siano “in grado di individuare **i casi di violenza dichiarati, le situazioni di rischio e gli eventi sentinella**, fornire assistenza specifica”⁶⁵⁸.

E' inoltre sempre possibile fare **opposizione al matrimonio del minore** ai sensi dell'articolo 102 cc.

Art. 102 c.c.

[I]. I **genitori** e, in mancanza loro, gli altri **ascendenti** e i **collaterali** entro il terzo grado possono fare opposizione al matrimonio dei loro parenti per qualunque causa che osti alla sua celebrazione.

[II]. Se uno degli sposi è soggetto a tutela o a cura, il diritto di fare opposizione compete anche al **tutore** o al **curatore**.

[III]. Il diritto di opposizione compete anche al **coniuge** della persona che vuole contrarre un altro matrimonio.

[IV]. Quando si tratta di matrimonio in contravvenzione all'articolo 89 (divieto temporaneo di nuove nozze), il diritto di opposizione spetta anche, se il precedente matrimonio fu sciolto, ai parenti del precedente marito e, se il matrimonio fu dichiarato nullo, a colui col quale il matrimonio era stato contratto e ai parenti di lui.

[V]. Il **pubblico ministero deve sempre fare opposizione al matrimonio**, se sa che vi osta un impedimento o se gli consta l'infermità di mente di uno degli sposi, nei confronti del quale, a causa dell'età, non possa essere promossa l'interdizione.

L'opposizione del P.M. è solitamente sollecitata dall'**ufficiale di Stato Civile**. Ai sensi dell'art. 59 d.P.R. n. 396/2000, se l'**ufficiale di stato civile** conosce che osta al matrimonio un impedimento che non è stato dichiarato, deve immediatamente **informare il procuratore della Repubblica**, affinché questi possa proporre opposizione al matrimonio.

⁶⁵⁶ Vedi infra, 1.2. Diritto penale.

⁶⁵⁷ https://www.senato.it/documenti/repository/commissioni/dirittiumani18/Il_lavoro_della_Commissione_diritti_umani_del_Senato_sui_matrimoni_precoci.pdf.

⁶⁵⁸ Decreto Presidente del Consiglio dei Ministri 24 novembre 2017. Linee guida nazionali per le Aziende sanitarie e le Aziende ospedaliere in tema di soccorso e assistenza socio-sanitaria alle donne vittime di violenza.

Vi sono poi una serie di disposizioni regionali⁶⁵⁹, tra le quali si segnala l'articolo 23 della legge regionale dell'Emilia Romagna n. 6 del 2014 che reca:

“Interventi per la prevenzione del fenomeno dei matrimoni forzati

1. La Regione Emilia-Romagna collabora con gli enti locali e tutti i livelli istituzionali per favorire l'assunzione di tutte le misure utili al contrasto del fenomeno dei matrimoni forzati quale violazione dei diritti umani, nonché all'assistenza e al sostegno delle donne e ragazze a cui di fatto è coartata la volontà.
2. Nell'ambito delle funzioni di osservatorio della Regione [...] si attiveranno strumenti di monitoraggio del fenomeno in collaborazione con la rete dei centri antiviolenza, mediatrici culturali, associazioni e comunità di migranti⁶⁶⁰.

1.4. Procedure per far valere la nullità e per l'annullamento dei matrimoni precoci

Ai sensi dell'art. 117, comma 2 c.c. “Il matrimonio contratto con violazione dell'articolo 84 può essere impugnato dai coniugi, da ciascuno dei genitori e dal pubblico ministero. La relativa azione di annullamento può essere proposta personalmente dal **minore non oltre un anno dal raggiungimento della maggiore età**. La domanda, proposta dal genitore o dal pubblico ministero, deve essere respinta ove, anche in pendenza del giudizio, il minore abbia raggiunto la maggiore età ovvero vi sia stato concepimento o procreazione e in ogni caso sia **accertata la volontà del minore di mantenere in vita il vincolo matrimoniale**”.

Dal momento che la norma contiene un termine a pena di decadenza, si ritiene che il matrimonio precoce e il matrimonio del minore ultrasedicenne non autorizzato sia annullabile e non radicalmente nullo. La dottrina parla anche di “nullità sanabile”⁶⁶¹. Alla luce dell'esigenza di combattere la tratta delle bambine, la dottrina ritiene la **norma incostituzionale** nella misura in cui preclude al giudice ogni valutazione discrezionale volta a stabilire se gli eventi sopravvenuti descritti (raggiungimento della maggiore età, concepimento, procreazione etc.) giustifichino la permanenza in vita del vincolo matrimoniale senza dare spazio ad un'analisi dell'interesse del minore nel caso concreto al mantenimento del vincolo. Elementari esigenze di tutela della dignità della persona e della donna in particolare giustificano una interpretazione costituzionalmente orientata della norma, che consenta di superare l'attuale dato testuale⁶⁶².

Il procedimento per far valere la nullità è di **competenza del Tribunale ordinario**.

Il tribunale decide in composizione collegiale e con la partecipazione del Pubblico Ministero.

1.4.1. Annullamento del matrimonio del minore o della minore costretta o indotta a prestare il consenso

Ai sensi dell'art. 122, co. 1, del Codice civile, «il matrimonio può essere **impugnato da quello dei coniugi il cui consenso è stato estorto con violenza** o determinato da **timore di eccezionale gravità** derivante da cause esterne allo sposo». Può far valere la nullità per mancanza di un elemento essenziale **chiunque abbia “un interesse legittimo e attuale”**, senza limiti di prescrizione⁶⁶³.

⁶⁵⁹ Lombardia (L.R. 3.7.2012, n. 11), Molise (L.R. 10.10.2013, n. 15), Emilia-Romagna (L.R. 27.6.2014, n. 6) e Piemonte (L.R. 24.2.2016, n. 4).

⁶⁶⁰ https://demetra.regione.emilia-romagna.it/al/articolo?urn=er:assemblealegislativa:legge:2014;6&dl_t=text/xml&dl_a=y&dl_id=10&pr=idx,0;artic,1;articparziale,0&ev=1.

⁶⁶¹ I codici commentati delle banche dati giuffrè e pluris contengono commenti concordanti sul punto.

⁶⁶² Ibidem.

⁶⁶³ **La regola è espressamente stabilita per la bigamia (art. 124 c.c.)**. F. Santosuosso, *Il matrimonio*, Utet giuridica, 2007, p. 128.

Si ammette comunemente che la «**violenza morale**» vada valutata con gli stessi criteri di cui agli art. 1434-1438 c.c in materia contrattuale: deve cioè provenire *ab extrinseco* e far temere ad una persona sensata **un male ingiusto e notevole, tenuto conto dell'età, del sesso e della condizione sociale**.

In concreto, si è ritenuta in giurisprudenza l'annullabilità del matrimonio per violenza nell'ipotesi di **percosse dei genitori o minacce di venire cacciata di casa o di suicidio della madre o dell'altro nubendo**⁶⁶⁴, etc.

Il **timore** è causa di annullabilità del matrimonio. Esso rileva a prescindere dall'esistenza di una minaccia, purché sia **ab extrinseco** e di **eccezionale gravità**⁶⁶⁵.

Non è sempre agevole distinguere la violenza morale del timore.

Se il timore è generato da una minaccia posta in essere al fine specifico di indurre al matrimonio, si ha **violenza morale**; si continua a parlare di timore, invece, se questo è indipendente dalla minaccia (ad esempio il timore sussiste quando il *nubendo* si determina a contrarre matrimonio ritenendolo il solo mezzo di sottrarsi al pericolo).

L'annullabilità è temperata dalla previsione di un termine di decadenza: decorso un anno dalla celebrazione del matrimonio, si presume il **consenso sopravvenuto e la nullità è sanata dalla coabitazione**. Per sanare la nullità la coabitazione deve consistere nella costante comunione di vita materiale e spirituale. Occorre, ovviamente, che siano cessate le violenze. Nel caso di matrimonio tra minorenni, il termine di decadenza decorre a partire dal raggiungimento della maggiore età.

Art. 122 c.c.

[...].

[IV]. L'azione non può essere proposta se vi è stata coabitazione per un anno dopo che siano cessate la violenza o le cause che hanno determinato il timore ovvero sia stato scoperto l'errore.

Appare difficile coordinare il regime civile con il nuovo regime penale che incrimina il matrimonio forzato (articolo 558 - bis c.p.).

Sarebbe infatti paradossale che un marito, condannato per costrizione o induzione al matrimonio restasse sposato con la donna vittima del reato (in forza dell'assenza di una norma di coordinamento tra disciplina civilistica e penalistica).

Parte della dottrina ritiene allora che il matrimonio forzato diventi caduco, nullo, quale conseguenza automatica della condanna penale e che tale nullità possa essere rilevata anche incidentalmente laddove necessario⁶⁶⁶. In questo caso si deve ritenere che il nuovo art. 558-bis c.p. ha introdotto, implicitamente, una nuova causa di invalidità del matrimonio, insanabile e suscettibile di esser fatta valere da chiunque vi abbia interesse: "il matrimonio la cui celebrazione sia stata preceduta e provocata da condotte integranti gli estremi del reato di cui all'art. 558-bis c.p. deve considerarsi nullo per contrarietà a norme imperative ex art. 1418, comma 1, c.c."⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ Tribunale Monza Sez. IV, 10-10-2005. Banca dati Pluris.

⁶⁶⁵ Il *metus ab extrinseco* si distingue dal *metus ab intrinseco* perché questo è ritenuto privo di gravità. Si tratta ad esempio del c.d. timore reverenziale presente nell'animo del soggetto che si sente costretto. Bisogna però distinguere i casi in cui il timore si verifica sotto l'influenza di un ambiente opprimente.

⁶⁶⁶ Si veda in argomento Cassazione n. 7785/2016.

⁶⁶⁷ De Cristofaro, La disciplina privatistica delle invalidità matrimoniali e il delitto di "costrizione o induzione al matrimonio" in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2019.

1.4.2. Conseguenze dell'annullamento del matrimonio

Ai sensi dell'art. 128, co. 1 c.c., «se il matrimonio è dichiarato nullo, gli effetti del matrimonio valido si producono, in favore dei coniugi, fino alla sentenza che pronuncia la nullità, quando i coniugi stessi lo hanno contratto in buona fede, **oppure quando il loro consenso è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne** agli sposi». E' il c.d. «matrimonio putativo». La regola è dunque che gli effetti del matrimonio putativo si producano in favore dei figli e del coniuge in buona fede. **Rispetto al coniuge il cui consenso è stato determinato da violenza o da timore si ha matrimonio putativo indipendentemente dalla buona fede di quest'ultimo.** La buona fede è invece necessaria rispetto all'altro coniuge e dovrà essere ricercata in concreto.

La buona fede è **esclusa**, tipicamente, in caso di annullamento del matrimonio **per simulazione** perché le parti conoscono, per averlo voluto, il fatto da cui deriva l'invalidità del finto rapporto.

Tra i principali **effetti** del matrimonio putativo nei confronti dei coniugi, si segnalano i seguenti:

- a) in **materia successoria**, l'articolo 584 dei c.c. prevede che «quando il matrimonio è stato dichiarato nullo dopo la morte di uno dei coniugi, al coniuge superstite di buona fede spetta **la quota attribuita al coniuge** (...). Si applica altresì la disposizione del secondo comma dell'art. 540. Egli è però **escluso dalla successione, quando la persona della cui eredità si tratta è legata da valido matrimonio al momento della morte**». Il secondo comma dell'art. 540 dispone che «al coniuge, anche quando concorra con altri chiamati, sono riservati di diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano, se di proprietà del defunto o comuni. Tali diritti gravano sulla porzione disponibile e, qualora questa non sia sufficiente, per il rimanente sulla quota di riserva del coniuge ed eventualmente sulla quota riservata ai figli.
- b) **cittadinanza**: è controverso se la cittadinanza acquisita *iure matrimonii* venga travolta oppure non dalla pronuncia di nullità.
- c) Rimangono intangibili le **prestazioni contributive** al soddisfacimento dei bisogni familiari e gli **effetti prodotti dall'uso del cognome maritale** da parte della donna, che potrà conservarlo ove la identifichi come pseudonimo o nell'ambito della propria attività economica o lavorativa.

Quando «le condizioni del matrimonio putativo si verificano rispetto ad ambedue i coniugi, **il giudice può disporre a carico di uno di essi e per un periodo non superiore a tre anni l'obbligo di corrispondere somme periodiche di denaro**, in proporzione alle sue sostanze, a favore dell'altro, ove questi non abbia adeguati redditi propri e non sia passato a nuove nozze» (art. 129 c.c.). Ancora più importante è l'art. 129-bis, in materia di «**responsabilità dei coniuge in mala fede e del terzo**», per il quale «**il coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio è tenuto a corrispondere all'altro coniuge in buona fede, qualora il matrimonio sia annullato, una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno sofferto.** L'indennità deve comunque comprendere una somma corrispondente al mantenimento per tre anni. E' tenuto altresì a prestare gli alimenti al coniuge in buona fede, sempre che non vi siano altri obbligati. **Il terzo al quale sia imputabile la nullità** del matrimonio è tenuto a corrispondere al coniuge in buona fede, se il matrimonio è annullato, l'indennità prevista nel comma precedente. In ogni caso, il terzo che abbia concorso con uno dei coniugi nel determinare la nullità del matrimonio è solidalmente responsabile con lo stesso per il pagamento dell'indennità». Il coniuge, dunque, per avere diritto alle prestazioni stabilite dalla norma, sia in **buona fede**, ossia ignori, al momento della celebrazione, l'esistenza della causa di nullità. A tale situazione si considera **senz'altro equiparata quella dei coniuge il cui consenso è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità, indipendentemente, in questo caso, da ogni ricerca intorno alla buona fede.**

2. Diritto internazionale privato

2.1. Il matrimonio dello straniero in Italia

Ai sensi dell'art. 27 della legge recante riforma del sistema del diritto internazionale privato italiano, «La capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla **legge nazionale** di ciascun nubendo al momento del matrimonio (...)»⁶⁶⁸. L'art. 19 della stessa legge prevede, per l'apolide e il rifugiato, l'applicazione della legge dello Stato del domicilio, o, in mancanza, dello Stato della residenza.

Restano comunque fermi gli impedimenti previsti dal diritto italiano:

Ai sensi dell'art. 116 cc “[1] Lo straniero che vuole contrarre matrimonio nella Repubblica deve presentare all'ufficiale dello stato civile una dichiarazione dell'autorità competente del proprio paese, dalla quale risulti che giusta le leggi a cui è sottoposto nulla osta al matrimonio nonché un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano [2] Anche lo straniero è tuttavia soggetto alle disposizioni contenute negli articoli **85, 86, 87, numeri 1, 2 e 4, 88 e 89**. [3] Lo straniero che ha domicilio o residenza nella Repubblica deve inoltre far fare la pubblicazione secondo le disposizioni di questo codice”.

Dal momento che l'articolo 84 non è espressamente richiamato, vi è chi ritiene che lo straniero minorenne, che **abbia compiuto almeno sedici anni**, possa contrarre matrimonio in Italia, quando la capacità matrimoniale gli è riconosciuta dalla sua legge nazionale. E' tuttavia preferibile seguire la diversa opinione secondo la quale non si può prescindere da quanto disposto dall'articolo 84, che è disposizione di ordine pubblico nella sua integrità⁶⁶⁹. Occorre dunque pur sempre l'autorizzazione prescritta dalla legge italiana per integrare la capacità del minore ultrasedicenne di esprimere il consenso.

Per quanto riguarda i minori e le minori di sedici anni, la dottrina è concorde nel ritenere la radicale assenza di capacità matrimoniale, non essendovi dubbi che il limite posto dall'articolo è di ordine pubblico⁶⁷⁰.

Per quanto riguarda i minori e le minori di sedici anni, la dottrina è concorde nel ritenere la radicale assenza di capacità matrimoniale, non essendovi dubbi che il limite posto dall'articolo è di ordine pubblico⁶⁷¹.

Per quanto riguarda la regolarità del soggiorno dello straniero in Italia, recente giurisprudenza ha affermato che lo straniero che ha presentato in ritardo l'istanza di rinnovo del permesso di soggiorno deve considerarsi come colui che è entrato regolarmente in Italia ed è in attesa di conseguire il

⁶⁶⁸ L'Italia ha aderito alla Conv. di Monaco del 5 settembre 1980 (eseguita con la L. 19.11.1984, n. 950 ed entrata in vigore l'1.6.1985), che stabilisce norme uniformi per il rilascio della dichiarazione di capacità matrimoniale. Sul tema G. Carella, Rapporti di famiglia (diritto internazionale privato), in Enciclopedia del diritto, Aggiornamento, V, Milano, 901; Spallarossa, Il matrimonio civile, in Trattato di diritto di famiglia diretto da Zatti, I, Famiglia e matrimonio, I, Milano, Giuffrè, 2002, p. 511 ss.; L. Panella, Il matrimonio del cittadino all'estero e dello straniero nello Stato, ivi, p. 493, segn. 506 s.; Nascimbene, Il matrimonio del cittadino italiano all'estero e dello straniero in Italia, in Il diritto di famiglia, Trattato diretto da G. Bonilini e G. Cattaneo, continuato da Bonilini, I, 1, Torino, 2007, 2a ed., p. 196

⁶⁶⁹ T. min. Roma 19 luglio 1989, Dir. Famiglia, 1990, p. 538.

⁶⁷⁰ Trib. min. Bologna [decr.] 9 febbraio 1990, Riv. dir. internaz. 1990, p. 421.

⁶⁷¹ Trib. min. Bologna [decr.] 9 febbraio 1990, Riv. dir. internaz. 1990, p. 421.

permesso di soggiorno⁶⁷². Vi è comunque chi afferma che il diritto di sposarsi è un diritto fondamentale che deve essere garantito anche allo straniero presente irregolarmente nel territorio⁶⁷³.

I cittadini e le cittadine **straniere che vogliono contrarre matrimonio in Italia sono soggette a un "duplice controllo" in ordine alla capacità matrimoniale (il diritto internazionale privato e il diritto civile)**⁶⁷⁴.

2.2. Il riconoscimento del matrimonio celebrato all'estero in Italia

Se il matrimonio è stato contratto all'estero, il suo riconoscimento in Italia è subordinato all'esigenza di un consenso libero e responsabile. Il principio dell'esistenza del **consenso** è principio di ordine pubblico in materia matrimoniale, il che esclude che possano essere riconosciuti in Italia matrimoni contratti per errore o sotto coercizione, **violenza o minaccia**. **L'articolo 18 D.P.R. 396/2000 esclude esplicitamente la trascrivibilità di ogni atto formato all'estero se contrario all'ordine pubblico.**

Alla stessa conclusione si perviene per quanto riguarda il **minore infrasedicenne** straniero, che fosse stato ammesso al matrimonio secondo la propria legge nazionale. Il suo matrimonio **non può essere trascritto in Italia perché radicalmente contrario all'ordine pubblico italiano**⁶⁷⁵.

Sono invece riconoscibili matrimoni celebrati in forme diverse da quelle prescritte dal diritto italiano.

E' stato ritenuto validamente celebrato il matrimonio contratto con il rito somalo in seno all'Ambasciata di Somalia in Roma, con la conseguenza di negare al marito l'autorizzazione di convolare a nuove nozze in Italia⁶⁷⁶.

Ai sensi dell'art. 28, L. n. 218 del 1995, il matrimonio celebrato all'estero è valido nel nostro ordinamento, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione, o dalla legge nazionale di almeno uno dei nubendi al momento della celebrazione, o dalla legge dello Stato di comune residenza in tale momento. Ai sensi di queste norme è stato ritenuto valido un matrimonio celebrato in Pakistan secondo la legge di quel paese che prevede la celebrazione del matrimonio, da parte dell'ufficiale pakistano, con la presenza del solo sposo, e la partecipazione della sposa in via telematica⁶⁷⁷. Del pari, è stato riconosciuto il diritto al ricongiungimento familiare a coniugi pakistani che avevano celebrato il matrimonio in forma telefonica in presenza di testimoni⁶⁷⁸. L'ordinamento italiano ammette infatti, sebbene con altre forme, la celebrazione *inter absentes* (art. 111 c.c.).

La parte che desideri contestare il rifiuto della trascrizione del matrimonio contratto all'estero può proporre ricorso contro il relativo provvedimento innanzi al **Tribunale ordinario**.

Il tribunale decide in composizione collegiale e con la partecipazione del Pubblico Ministero.

⁶⁷² P. Morozzo Della Rocca, Sul matrimonio dello straniero privo di autorizzazione al soggiorno, in *Famiglia e diritto*, 2008.

⁶⁷³ T. Ragusa, Decr., 16 aprile 2010 v. Palermo, *Diritto al matrimonio e «clandestinità»*, in *Famiglia e diritto*, 2010, p. 1155 ss.

⁶⁷⁴ <http://www.pariopportunita.gov.it/wp-content/uploads/2018/03/testo-piano-diramato-conferenza.pdf>.

⁶⁷⁵ Vedi Trib. min. Roma [decr.] 24 luglio 1989, *Riv. dir. internaz. priv. e proc.* 1991. Si veda inoltre Corte europea diritti dell'uomo, Sez. III, 8 dicembre 2015, n. 60119/12.

⁶⁷⁶ T. Mantova 16 gennaio 2014, *Il caso.it*, 2014.

⁶⁷⁷ Cassazione civile, 25 luglio 2016, n.15343, sez. I, in *Diritto & Giustizia*, fasc.34, 2016, pag. 1 con nota di A. Ievolella, Sposo presente, sposa assente ma collegata via web: nozze riconosciute in Italia.

⁶⁷⁸ Cass. 22 settembre 2006 n. 20559.

Ai sensi dell'art. 96 DPR 396/2000, Il tribunale può assumere informazioni, acquisire documenti e disporre l'audizione dell'ufficiale dello stato civile.

2.3. L'invalidità del matrimonio

Le **cause di annullamento** del matrimonio di uno straniero sono quelle previste dalla legge straniera nazionale.

Alcuni problemi possono sorgere se i coniugi hanno **diversa cittadinanza**. Se il motivo di invalidità è previsto soltanto da una delle due leggi, il suo accertamento in sede giudiziale e la conseguente invalidità del matrimonio produce effetti anche per l'altro coniuge, sebbene la legge di quest'ultimo non preveda questa specifica forma d'invalidità.

Più complessa è la situazione quando **entrambe le leggi sono state violate, ma esse dispongono sanzioni diverse** (per es. nullità assoluta o semplice annullabilità del matrimonio) o modalità diverse **per fare valere il vizio**, es. differenze relative alla legittimazione o ai termini. In queste ipotesi, si ritiene che le **due leggi nazionali debbano essere applicate cumulativamente**, con la conseguenza che prevale la **legge più severa**, cioè quella che **dispone le conseguenze più gravi**: ad es. nullità di pieno diritto anziché annullabilità, diritto d'azione di ogni interessato e non dei soli coniugi, sanatoria dopo due anni di vita comune anziché di uno soltanto. L'accoglimento del *Grundsatz des ärgeren Rechts* appare **giustificato** quando **entrambi gli sposi** o **uno** di essi vuole liberarsi dal vincolo, **meno** quando la legge più severa riconosce la legittimazione ad agire a chiunque vi abbia interesse. Le iniquità più gravi potranno tuttavia essere **evitate ricorrendo all'ordine pubblico**.

3. Diritto Penale

Le norme penali atte a contrastare la pratica dei matrimoni precoci sono ritenute parte dei c.d. reati culturalmente motivati, categoria nella quale rientrano comportamenti tenuti da persone appartenenti ad un gruppo culturale di minoranza, (quali, nell'esperienza giuridica italiana, immigrati in provenienza da paesi di tradizione rigidamente patriarcale, o cittadini italiani appartenenti a talune comunità rom) che sono valutati come normali, o addirittura "onorevoli" all'interno del gruppo culturale di riferimento, mentre sono considerati reati nella cultura giuridica italiana⁶⁷⁹.

Tra questi vi sono diversi "reati sessuali", le cui vittime sono bambine⁶⁸⁰ o donne⁶⁸¹ alle quali la cultura d'origine non riconosce alcuna libertà di autodeterminazione in ambito sessuale.

Per contrastare i reati sessuali, anche laddove non culturalmente motivati ma derivanti da patologie individuali, sono state recentemente introdotte nuove circostanze aggravanti e nuove fattispecie

⁶⁷⁹ Broeck, J., *Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, n. 1, 5. Una definizione più ampia di reato culturalmente motivato – al cui interno ulteriormente si distingue tra reato culturalmente motivato "in senso stretto", "in senso lato" e "in senso latissimo" – è, invece, fornita da A. Bernardi, *Il "fattore culturale"*, cit., 5 e seg., 139 e seg.

⁶⁸⁰ Cass., 22 novembre 2017, n. 53135, ha condannato ad una pena lieve l'autore di una violenza sessuale a danno di una minore sedicenne consenziente (art. 609 *quater*, 1° comma, n. 2 c.p.) che conviveva con lui in virtù di un matrimonio celebrato con rito *rom*.

⁶⁸¹ Cass., 31 maggio 2018, n. 24594 e 13 aprile 2015, n. 14960, che hanno condannato due uomini, uno di origini albanesi, l'altro di origini marocchine, per violenze sessuali e maltrattamenti a danno della moglie. Entrambi avevano cercato senza successo la scriminante putativa dell'esercizio di un diritto, sostenendo che nella cultura d'origine il marito ha il diritto di pretendere rapporti sessuali dalla moglie.

incriminatrici in particolare in relazione agli abusi sessuali ai danni dei minori e alla pedopornografia (art. 20, L. 23 dicembre 2021, n. 238).

Il codice penale contiene inoltre norme che sono retaggio di una concezione del matrimonio già appartenente alla cultura italiana ma oramai sorpassata, che vedeva nella consacrazione matrimoniale la garanzia dell'onore di una famiglia, affidandola in particolare alle donne di tale famiglia. Si tratta di norme che punivano, ad esempio, chi conoscendo la causa di nullità di un matrimonio, l'avesse lasciata ignorare e chi con mezzi fraudolenti avesse occultato all'altro coniuge l'esistenza di un impedimento.

L'art. 76, comma 4-ter, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 determina l'**automatica ammissione al patrocinio a spese dello Stato** della persona offesa dai reati cui agli artt. 572 (Maltrattamenti contro familiari e conviventi), 583-bis (Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili), 609-bis (Violenza sessuale), 609-quater (Atti sessuali con minorenne), 609-octies (Violenza sessuale di gruppo) e 612-bis (Atti persecutori), nonché, ove commessi in danno di minori, dai reati di cui agli artt. 600 (Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù), 600-bis (Prostituzione minorile), 600-ter (Pornografia minorile), 600-quinquies (Iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile), 601 (Tratta di persone), 602 (Acquisto e alienazione di schiavi), 609-quinquies (Corruzione di minorenne) e 609-undecies c.p. (Adescamento di minorenni).

Le vittime di questi reati sono ammesse al gratuito patrocinio quale che sia il loro reddito.

3.1. Inesistenza di una norma penale sul matrimonio del minorenne

Il matrimonio del minorenne non è previsto dalla legge italiana come reato.

La violazione della libertà di autodeterminazione del minore - ossia l'assenza di un suo consenso - è invece punita dall'art 7 della l. 69/2019 (vedi qui sotto).

3.2. L'introduzione del reato di costrizione o induzione al matrimonio

Prima del 2019, l'ordinamento italiano non aveva norme incriminatrici sul matrimonio forzato.

Solo con l'art. 7, L. 19.7.2019, n. 69, pubblicata in Gazzetta (n. 173) del 25 luglio 2019, è stato introdotto nel codice penale il delitto di **costrizione o induzione al matrimonio**.

La norma è stata emanata per adempiere all'obbligo sancito dall' art. 37 della Convenzione di Istanbul, che impone agli Stati firmatari di prevedere una sanzione penale per le condotte consistenti nel "costringere un adulto o un minore a contrarre un matrimonio" e nell'"attirare un adulto o un minore nel territorio di uno Stato estero, diverso da quello in cui risiede, con lo scopo di costringerlo a contrarre un matrimonio"⁶⁸².

La norma crea due delitti, descritti al 1° e al 2° co. dell'art. 558 bis c.p.

"558 bis. Costrizione o induzione al matrimonio

"Chiunque, con violenza o minaccia, costringe una persona a contrarre matrimonio o unione civile è punito con la reclusione da uno a cinque anni.

La stessa pena si applica a chiunque, approfittando delle condizioni di vulnerabilità o di inferiorità psichica o di necessità di una persona, con abuso delle relazioni familiari, domestiche, lavorative o

⁶⁸² Algeri, Il Codice rosso in Gazzetta: nuovi reati e una corsia preferenziale per la tutela delle vittime, in QG, 26.7.2019

dell'autorità derivante dall'affidamento della persona per ragioni di cura, istruzione o educazione, vigilanza o custodia, la induce a contrarre matrimonio o unione civile.

La pena è aumentata se i fatti sono commessi in danno di un minore di anni diciotto.

La pena è da due a sette anni di reclusione se i fatti sono commessi in danno di un minore di anni quattordici.

Le disposizioni del presente articolo si applicano anche quando **il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano o da straniero residente in Italia ovvero in danno di cittadino italiano o di straniero residente in Italia.**"

La condotta vietata dal primo comma consiste nella **costrizione o induzione** della vittima con violenza o minaccia.

Una condotta violenta è riconducibile a « 1) chi cagiona la morte o un danno all'integrità fisica di una persona, o comunque **esercita attivamente una forza fisica, direttamente o attraverso mezzi meccanici, sul corpo di una persona**; 2) chi **espone una persona ad un pericolo** imminente di morte o di danno all'integrità fisica; 3) chi **pone una persona in stato d'incapacità, anche parziale, d'intendere e di volere**; 4) chi **impedisce ad una persona di allontanarsi** dal luogo in cui attualmente si trova; 5) chi **danneggia, trasforma ovvero muta la destinazione naturale di una cosa**; 6) chi **altera, modifica o cancella in tutto o in parte un programma informatico**, ovvero impedisce o turba il funzionamento di un sistema informatico o telematico»⁶⁸³.

Il 2° comma proibisce specifiche modalità di induzione al matrimonio con riferimento a soggetti vulnerabili o la cui inferiorità psichica dipende dall'età, dalle relazioni familiari, domestiche, lavorative etc.

La pena prevista per entrambe le fattispecie è quella della reclusione da uno a cinque anni.

Al 3° e 4° comma sono previste due circostanze aggravanti: se i fatti sono commessi in danno di un minore di anni diciotto la pena è aumentata di un terzo; se sono commessi in danno di un minore di anni quattordici la pena è della reclusione da due a sette anni.

L'ultimo comma precisa la sfera di applicazione extraterritoriale della norma penale, indicando **l'applicazione della legge penale italiana anche quando il fatto è commesso all'estero, da o in danno di un cittadino italiano, o nel caso di uno straniero residente in Italia**⁶⁸⁴. La previsione è identica a quella già prevista all' art. 583 bis per il delitto di mutilazione degli organi genitali femminili, ma in questo caso non è necessaria la richiesta del Ministro della Giustizia.

Secondo un primo rapporto del Viminale⁶⁸⁵, sono stati **ventiquattro** i casi di applicazione della nuova norma tra l'entrata in vigore della legge (**il 9 agosto 2019**) e **il 31 maggio 2021**. Com'è facile intuire, i casi riguardano per la stragrande maggioranza bambine e donne. Si legge nel rapporto che oltre un terzo dei casi riguarda minorenni (delle quali il 9% infraquattordicenni e il restante 27% di età compresa tra i 14 e i 17 anni). Il 59% delle vittime sono straniere, in particolare pakistane e albanesi. Prevalentemente stranieri sono anche gli autori del reato, nel 73% uomini di nazionalità pakistana, albanese, bengalese e bosniaca.

⁶⁸³ Viganò, La tutela penale della libertà individuale, Milano, 2002, 284

⁶⁸⁴ Si tratta di una formulazione ripresa dall'art. 583 bis per il delitto di mutilazione degli organi genitali femminili.

⁶⁸⁵ <https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2021-06/report-costrizione-induzione-al-matrimonio.pdf>

3.3. Altre pertinenti ipotesi di reato

I comportamenti puniti dalla nuova fattispecie rientrano solitamente in una o più altre fattispecie penali. Inoltre, è sempre possibile perseguire le conseguenze derivanti da **matrimoni forzati con o tra minori**⁶⁸⁶.

La Cassazione ha avuto occasione di precisare che **non rientra nella fattispecie di cui all'articolo 558bis la cessione di una figlia minore contro il c.d. "corrispettivo della sposa"**, potendosi tale comportamento qualificare come **"riduzione in schiavitù aggravata"**, ai sensi e per gli effetti degli articoli 600 e 602bis del codice penale, anche dopo l'entrata in vigore della nuova norma⁶⁸⁷.

Riduzione in schiavitù

L'art. 600 c. p. punisce la riduzione in schiavitù in questi termini:

Art. 600 c.p. Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù

[I]. Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in **uno stato di soggezione** continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero a sottoporsi al prelievo di organi, è punito con la **reclusione da otto a venti anni**.

[II]. La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante **violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità**, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona.

L'articolo è stato applicato in casi di matrimonio forzato, conformemente all'art. 7 lett. a) della Convenzione Supplementare di Ginevra sulla schiavitù del 7/9/1956 a mente del quale è ridotta in schiavitù **"una donna, senza che abbia il diritto di rifiutare, venga promessa o data in matrimonio dietro un corrispettivo monetario o in natura versato ai suoi genitori, al suo tutore, alla sua famiglia o a qualsiasi altro gruppo di persone,"**⁶⁸⁸.

La norma è stata applicata in un caso in cui la madre dello sposo aveva trattenuto una minorenni fatta venire in Italia perché promessa sposa del figlio.

La donna è stata condannata per **"sequestro di persona, riduzione in schiavitù, lesioni personali e agevolazione dell'immigrazione clandestina"** ai danni della ragazza che all'epoca dei fatti era quattordicenne⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ Cassazione penale, sez. III, 31 maggio 2017, (ud. 31/05/2017, dep.22/11/2017), n. 53135: l'art. 609 quater cod. pen. "prevede una tutela crescente e differenziata per età": al di sotto dei 14 anni si considera reato ogni atto sessuale con una o un minore, anche se compiuto con il consenso, (con la eccezione dell'art. 609 quater c.p., comma 3, relativo ad atti sessuali tra minorenni se la differenza di età è di 3 anni); la capacità sessuale - il valido consenso - si raggiunge a 14 anni, e nei rapporti tra coetanei anche a 13 anni compiuti". Per particolari situazioni (tra i quali la convivenza, art. 609 quater c.p., comma 1, n. 2) il legislatore ha alzato l'età a 16 anni. La convivenza more uxorio tra un maggiorenne con una minore di anni 16 viene sanzionata dal legislatore a prescindere dalla realizzazione di condotte correttive o induttive e dall'abuso di una posizione dominante o autorevole, mentre la posizione di potere rileva nel caso dei soggetti passivi del reato che hanno compiuto gli anni 16, ex art. 609 quater c.p., comma 2.

⁶⁸⁷ C., Sez. V, 13.5-4.8.2021, n. 30538.

⁶⁸⁸ La Convenzione Supplementare di Ginevra sulla schiavitù del 7/9/1956 è stata ratificata e resa esecutiva in Italia con la L. 20 dicembre 1957, n. 1304 ed elenca una serie di "istituzioni e pratiche analoghe alla schiavitù".

⁶⁸⁹ La donna condannata in primo grado, fu poi assolta in appello e, a seguito dell'assoluzione, ha avanzato una richiesta di riparazione per l'ingiusta detenzione che è stata però respinta dalla corte d'Appello di

Tratta di persone

L' Art. 601 Codice Penale punisce la tratta di persone:

Art. 601 c.p. Tratta di persone

[I]. È punito con la reclusione da **otto a venti anni** chiunque recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l'autorità sulla persona, ospita una o più persone che si trovano nelle condizioni di cui all'articolo 600, ovvero, realizza le stesse condotte su una o più persone, mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità, o mediante promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, al fine di indurle o costringerle a prestazioni lavorative, sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento o a sottoporsi al prelievo di organi.

[II]. Alla stessa pena soggiace chiunque, **anche al di fuori delle modalità di cui al primo comma**, realizza le condotte ivi previste nei confronti di **persona minore di età**.

[III]. La pena per il **comandante o l'ufficiale della nave** nazionale o straniera, che commette alcuno dei fatti previsti dal primo o dal secondo comma o vi concorre, è aumentata fino a un terzo.

[IV]. Il componente dell'equipaggio di nave nazionale o straniera destinata, prima della partenza o in corso di navigazione, alla tratta è punito, ancorché non sia stato compiuto alcun fatto previsto dal primo o dal secondo comma o di commercio di schiavi, con la reclusione da tre a dieci anni.

In un caso di matrimonio ROM, i genitori dello sposo sono stati condannati per **riduzione in schiavitù e tratta** di una minore macedone, “acquistata per 20.000 euro dalla famiglia d’origine” e anche per **“concorso morale in una condotta di violenza sessuale”** in quanto l’avevano minacciata per costringerla a non opporsi ai rapporti sessuali con il figlio nella prima notte trascorsa con lo stesso”⁶⁹⁰.

Maltrattamenti in famiglia

I matrimoni forzati sono stati perseguiti anche attraverso l’art. 572 del codice penale che punisce i **maltrattamenti in famiglia**⁶⁹¹.

Art. 572 Codice Penale - Maltrattamenti contro familiari e conviventi

[I]. Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da tre a sette anni.

[II]. La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso in presenza o in danno di persona minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità come definita ai sensi dell'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero se il fatto è commesso con armi.

[III]. Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni.

[IV] Il minore di anni diciotto che assiste ai maltrattamenti di cui al presente articolo si considera persona offesa dal reato.

In un caso in cui un genitore “aveva tollerato che la figlia quindicenne subisse abusi da parte del futuro sposo, con loro convivente, nonostante il rifiuto e le proteste della minore”, la cassazione ha affermato che “in tema di **reati contro la libertà sessuale**, la posizione di garanzia verso i propri figli, costituita

Firenze e da Cass. pen. Sez. IV, Sent., (ud. 08-11-2016) 10-02-2017, n. 6390. Si veda anche Cassazione penale, sez. V, 24/03/2017, (ud. 24/03/2017, dep.08/06/2017), n. 28587 per un caso di matrimonio “ROM”.

⁶⁹⁰ Cassazione penale, sez. V, 05/05/2016, (ud. 05/05/2016, dep.31/05/2016), n. 23052.

⁶⁹¹ L'articolo è stato modificato dall'[art. 9, comma 2, lett. a\) l. 19 luglio 2019, n. 69](#), in vigore dal 9 agosto 2019. Per una rassegna sulla sua applicazione, si veda: <http://www.leonde.org/matrifor/progetto/3.pdf>. Si veda inoltre M. Virgilio, *Il sistema giuridico italiano e le indicazioni di diritto sovranazionale in materia di matrimonio forzato*, in Alessi A. et al., *Relazioni (senza) Libertà. I matrimoni forzati in Italia*, 2015.

dall'art. 147 c.c., in capo al genitore, comporta l'obbligo per costui di tutelare la vita, l'incolumità e la moralità sessuale dei minori contro altrui aggressioni; ne consegue che **risponde del reato di violenza sessuale in danno del figlio minore, commesso da terzi**, il genitore che, consapevole del fatto, non si attivi per impedirlo ed anzi consenta il protrarsi degli abusi⁶⁹².

Violenza sessuale tra coniugi

L'art. 609-bis c. p. punisce la violenza sessuale in questi termini:

Art. 609-bis c. p.

[I]. Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da sei a dodici anni.

[II]. Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali: 1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto; 2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.

[III]. Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi.

L'articolo è applicato in casi di matrimonio forzato dal momento che: "Alla luce dell'art. 143 c.c., in materia di diritti e doveri dei coniugi, **non sussiste alcun diritto del coniuge al compimento di atti sessuali** come sfogo dell'istinto sessuale anche contro la volontà dell'altro coniuge; con la conseguenza che **i rapporti sessuali posti in essere con violenza e minaccia configurano pienamente il reato di violenza sessuale**. Il concetto di violenza sessuale, nell'oggettività della tutela apprestata dalla previsione normativa, ha una sua sostanziale e immutabile unitarietà, che non consente di distinguere tra violenza sessuale consumata tra estranei e violenza sessuale consumata all'interno di un rapporto coniugale; cosicché non esistono, quando si tratta di accertare se vi sia stata o meno coartazione dell'altrui libertà di scelta nei rapporti sessuali tra coniugi, criteri di giudizio diversi da quelli applicabili nei rapporti tra estranei; né esiste una "quantità" di violenza sessuale che sia tollerabile nell'ambito dei rapporti di coniugio"⁶⁹³.

L'articolo 20 della L. 23 dicembre 2021, n. 238⁶⁹⁴, introduce nell'art. 600-quater c.p., il delitto di **accesso intenzionale a materiale pedopornografico**, che si affianca al reato di detenzione di tale materiale; inserisce nell'art. 609-quater c.p. la fattispecie di **atti sessuali con minorenni compiuti abusando della fiducia riscossa dallo stesso o dell'autorità o dell'influenza esercitata**; e introduce una serie di aggravanti.

Art. 609-quater. Atti sessuali con minorenni.

[I] Soggiace alla pena stabilita dall'articolo 609-bis chiunque, al di fuori delle ipotesi previste in detto articolo, compie **atti sessuali con persona che, al momento del fatto**:

1) non ha compiuto gli **anni quattordici**;

2) non ha compiuto gli **anni sedici**, quando il colpevole sia l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato o che abbia, con quest'ultimo, una **relazione di convivenza**.

[II] Fuori dei casi previsti dall'articolo 609-bis, l'ascendente, il genitore, anche adottivo, o il di lui convivente, il tutore, ovvero altra persona cui, per ragioni di cura, di educazione, di istruzione, di vigilanza o di custodia, il minore è affidato, o che abbia con quest'ultimo una relazione di convivenza, che, con l'**abuso dei poteri** connessi alla sua posizione, compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni sedici, è punito con la reclusione da tre a sei anni.

[III] Fuori dei casi previsti dai commi precedenti, chiunque compie atti sessuali con persona minore che ha compiuto gli anni **quattordici**, abusando della **fiducia riscossa presso il minore o dell'autorità o dell'influenza esercitata sullo stesso** in ragione della propria qualità o dell'ufficio ricoperto o delle

⁶⁹² Cassazione penale, sez. III, 23/09/2015, n. 40663, Cassazione Penale 2017, 1, 226 (nota di: Lombardi) e la massima a cura della redazione di IUSEXPLOER (Giuffré).

⁶⁹³ Cassazione penale, sez. III, 19/01/2016, n. 18937, Diritto & Giustizia 2016, 9 maggio.

⁶⁹⁴ G.U. 17 gennaio 2022, n. 12.

relazioni familiari, domestiche, lavorative, di coabitazione o di ospitalità, è punito con la reclusione fino a quattro anni.

[IV] La pena è aumentata:

- 1) se il compimento degli atti sessuali con il minore che non ha compiuto gli anni quattordici avviene in cambio di denaro o di qualsiasi altra utilità, anche solo promessi;
- 2) se il reato è commesso da più persone riunite;
- 3) se il reato è commesso da persona che fa parte di un'associazione per delinquere e al fine di agevolare l'attività;
- 4) se dal fatto, a causa della reiterazione delle condotte, deriva al minore un pregiudizio grave;
- 5) se dal fatto deriva pericolo di vita per il minore

[V] **Non è punibile il minorenne** che, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo 609-bis, compie atti sessuali con un minorenne che abbia compiuto gli **anni tredici**, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a **quattro anni**.

[VI] Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi.

[VII] Si applica la pena di cui all'articolo 609-ter, secondo comma, se la persona offesa non ha compiuto gli **anni dieci**.

L'articolo è stato applicabile al "matrimonio-fidanzamento" secondo uno dei riti rom, che implica l'intervento di adulti della famiglia durante la prima relazione sessuale dei minori⁶⁹⁵.

Queste norme restano applicabili anche dopo l'entrata in vigore dell'articolo 558bis.

4. Diritto applicabile allo straniero: conseguenze sul titolo di soggiorno ottenuto tramite matrimonio

4.1. Conseguenze dell'annullamento del matrimonio sulla cittadinanza

La legge **n. 91 del 1992** rubricata «Norme sulla cittadinanza» prevede, al suo art. 5, che «Il coniuge, straniero o apolide, di cittadino italiano acquista la cittadinanza italiana **quando risiede legalmente da almeno due anni nel territorio della Repubblica**, ovvero dopo **tre anni** dalla data del matrimonio, **se non vi è stato scioglimento, annullamento o cessazione degli effetti civili e se non sussiste separazione legale**». Tali termini sono ridotti della metà in presenza di figli nati o adottati dai coniugi. Se durante il periodo minimo di residenza, due anni in Italia o tre anni all'estero, **non è intervenuto l'annullamento, la cittadinanza può acquistarsi**.

Quid se l'annullamento interviene successivamente a questo termine ed altresì dopo l'acquisto della cittadinanza ?

La questione, posta in questi termini, non trova una risposta sicura in norme specifiche del 'ordinamento.

Una opinione sostiene **la conservazione della cittadinanza**, osservando che lo status civitatis, anche se conseguito sul presupposto del matrimonio, non deve necessariamente seguirne le sorti, a prescindere dalla buona o mala fede delle parti. D'altra parte, **la perdita, senza, tuttavia, efficacia retroattiva, e cioè indipendente dalla buona o mala fede, appare giustificata nei casi di matrimoni simulati.**

⁶⁹⁵ Cassazione penale, sez. V, 24/03/2017, (ud. 24/03/2017, dep.08/06/2017), n. 28587, che ha respinto il ricorso dei genitori del promesso sposo e confermato la condanna per "riduzione in schiavitù" per entrambi e di violenza sessuale e atti sessuali su minori per il padre dello sposo, con l'aggravante della continuazione.

La CEDU ha infatti considerato che la revoca della cittadinanza a seguito di matrimonio simulato non si pone in contrasto con nessuno dei diritti garantiti dalla Convenzione⁶⁹⁶.

4.2. Conseguenze dell'annullamento sul permesso di soggiorno

Il testo unico in materia di **immigrazione** (decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286) contiene alcune norme relative al **ricongiungimento familiare**, ivi compreso nelle ipotesi di «separazione personale o **scioglimento** del matrimonio». Ai sensi dell'articolo 29: "Lo straniero può chiedere il ricongiungimento per [il] coniuge non legalmente separato e **di età non inferiore ai diciotto anni**".

L'art. 30 del D.Lgs. n. 286/1998 (c.d. T.U. immigrazione) disciplina il **c.d. Permesso di soggiorno per motivi familiari**, stabilendo che "1. Fatti salvi i casi di rilascio o di rinnovo della carta di soggiorno, il permesso di soggiorno per motivi familiari è rilasciato [...] agli stranieri regolarmente soggiornanti ad altro titolo da almeno un anno che abbiano **contratto matrimonio nel territorio dello Stato con cittadini italiani o di uno Stato membro dell'Unione europea, ovvero con cittadini stranieri regolarmente soggiornanti**".

Il comma 1-bis dell'art. 30 del D. Lgs. 286/1998⁶⁹⁷ impone la **revoca immediata del permesso di soggiorno se è accertata l'assenza di convivenza tra i coniugi** e in tutti i casi in cui al matrimonio non è seguita "effettiva convivenza". Si noti, peraltro, che l'art. 19 dello stesso D.Lgs. n. 286/1998 vieta l'espulsione od il respingimento "c) degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, di nazionalità italiana"⁶⁹⁸.

Un precedente giurisprudenziale riguarda **l'espulsione del marito della vittima di un matrimonio forzato**⁶⁹⁹.

Il fatto che il matrimonio sia concordato **non esclude il diritto al ricongiungimento familiare**, a meno che non si tratti di un matrimonio concordato al solo fine di violare le leggi sulla immigrazione: "L'autorità consolare italiana non può negare il visto di ingresso sul territorio nazionale al cittadino straniero che lo domandi al fine di attuare il ricongiungimento familiare al coniuge, altro cittadino straniero legittimamente soggiornante in Italia, in conseguenza dell'accertamento che il matrimonio è stato contratto in mancanza di precedenti rapporti tra gli sposi, ed è stato concordato tra le loro famiglie, perché queste circostanze non escludono il fine tipico del matrimonio, consistente nell'intento dei coniugi di formare una famiglia propria, potendo essere negato il visto d'ingresso solo

⁶⁹⁶ Corte europea diritti dell'uomo, Sez. IV, 21 giugno 2016, n. 76136/12.

⁶⁹⁷ "Il permesso di soggiorno nei casi di cui al comma 1, lettera b), è **immediatamente revocato qualora sia accertato che** al matrimonio non è seguita l'effettiva convivenza salvo che dal matrimonio sia nata prole. La richiesta di rilascio o di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero di cui al comma 1, lettera a), è rigettata e il permesso di soggiorno e' revocato se e' accertato che il matrimonio o l'adozione hanno avuto luogo allo scopo esclusivo di permettere all'interessato di soggiornare nel territorio dello Stato"

⁶⁹⁸ Cass. civ., Sez. 1, Sentenza n. 23598 del 3 novembre 2006 CED Cass., n. 593297.

⁶⁹⁹ La Corte di cassazione **ha ammesso l'espulsione di un extracomunitario coniugato con rito "rom"** convivente con una donna in stato di gravidanza, perché esclude qualsiasi rilevanza giuridica al matrimonio "rom". (Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 22305 del 27 settembre 2013, Rv. 627927 - 01). Ai sensi del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 19, comma 2, lett. d) durante la gravidanza ed sei mesi successivi alla nascita del figlio, il Prefetto non può emettere decreto di espulsione, né nei confronti della madre né nei confronti del marito convivente, in quanto persone - sia pure temporaneamente- non espellibili. Il divieto cede soltanto di fronte a esigenze di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, di cui al D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 13, comma 1, la cui applicazione è fatta salva dal comma 2 dell'art. 19; ma in tal caso il potere di espulsione è del Ministro e non del Prefetto. In applicazione di queste norme, la Cassazione civile sez. I, 21 giugno 2021, n.17640, che ha sospeso l'espulsione di un cittadino marocchino, la cui moglie era in stato di gravidanza.

in conseguenza dell'accertamento che il matrimonio è stato contratto al fine esclusivo di consentire al richiedente di entrare o soggiornare nel territorio dello Stato”⁷⁰⁰.

4.3. Diritti dei minori non accompagnati

I minori non accompagnati stranieri, godono dei seguenti diritti:

1) L'inespellibilità e il permesso di soggiorno

I minori stranieri possono essere espulsi solo per gravi motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato constatati dal Tribunale per i minorenni o per seguire il genitore o l'affidatario espulsi.

Tutti i minori stranieri hanno diritto di ottenere un **permesso di soggiorno per minore età** se non vi sono le condizioni per rilasciare un altro tipo di permesso di soggiorno.

2) Il rimpatrio assistito

I minori stranieri sono rimpatriati mediante il “**rimpatrio assistito**” che si differenzia dall'espulsione in quanto può essere adottato solo se si ritiene che ciò sia **opportuno nell'interesse del minore**. Deve essere preceduto da un'indagine specifica sull'idoneità della famiglia ad accoglierlo e motivato dal diritto del minore all'unità familiare.

Il rimpatrio assistito è disposto dal Comitato per i minori stranieri e eseguito accompagnando il minore e dando avvio a un progetto di reinserimento scolastico o lavorativo.

Il rimpatrio non comporta il divieto di reingresso per 10 anni.

Dopo aver ricevuto la segnalazione riguardante un minore straniero non accompagnato, il Comitato per i minori stranieri avvia indagini nel paese d'origine. Quando l'indagine rivela che è nell'interesse del minore restare in Italia, il Comitato dispone il “non luogo a provvedere al rimpatrio” e segnala la situazione alla Magistratura e ai servizi sociali.

Questi dispongono **l'affidamento a una famiglia o a una comunità** a cura del Tribunale per i minorenni (affidamento giudiziale) oppure, con il consenso dei genitori o del tutore, dei servizi sociali con l'approvazione del Giudice Tutelare (art. 2 e 4 l. 184/83);

Il minore ha diritto di presentare ricorso alla Magistratura (Tribunale ordinario o TAR) per ottenere l'annullamento del provvedimento di rimpatrio assistito.

4.4. Permesso di soggiorno per le vittime di violenza domestica

Alla vittima di un matrimonio dichiarato nullo può essere rilasciato – ex **art. 18 bis del T.U. sull'immigrazione** - un permesso di soggiorno per violenza domestica:

Art. 18- bis Permesso di soggiorno per le vittime di violenza domestica

1. Quando, nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento per taluno dei delitti previsti dagli articoli 572, 582, 583, 583-bis, 605, 609-bis e 612-bis del codice penale o per uno dei delitti previsti dall'articolo 380 del codice di procedura penale, commessi sul territorio nazionale in ambito di violenza domestica, siano accertate **situazioni di violenza o abuso nei confronti di uno straniero** ed emerga un concreto ed attuale pericolo per la sua incolumità, come conseguenza della scelta di sottrarsi alla medesima violenza o per effetto delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio, il questore, con il parere favorevole dell'autorità giudiziaria precedente ovvero su proposta di quest'ultima, **rilascia un permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6, per consentire alla vittima di sottrarsi alla violenza**. Ai fini del presente articolo, si intendono per violenza domestica uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di **violenza fisica, sessuale, psicologica o economica** che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o **tra persone legate**, attualmente o in passato, **da un vincolo di matrimonio** o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima.

⁷⁰⁰

Cass. civ. Sez. VI - 1 Ord., 9 febbraio 2018, n. 3234 (rv. 647883-01).

2. Con la proposta o il parere di cui al comma 1, sono comunicati al questore gli elementi da cui risulti la sussistenza delle condizioni ivi indicate, con particolare riferimento alla gravità ed attualità del pericolo per l'incolumità personale.

3. Il medesimo permesso di soggiorno può essere rilasciato dal questore quando le situazioni di violenza o abuso emergano nel corso di interventi assistenziali dei centri antiviolenza, dei servizi sociali territoriali o dei servizi sociali specializzati nell'assistenza delle vittime di violenza. In tal caso la sussistenza degli elementi e delle condizioni di cui al comma 2 è valutata dal questore sulla base della relazione redatta dai medesimi servizi sociali. Ai fini del rilascio del permesso di soggiorno è comunque richiesto il parere dell'autorità giudiziaria competente ai sensi del comma 1.

4. Il permesso di soggiorno di cui ai commi 1 e 3 è revocato in caso di condotta incompatibile con le finalità dello stesso, segnalata dal procuratore della Repubblica o, per quanto di competenza, dai servizi sociali di cui al comma 3, o comunque accertata dal questore, ovvero quando vengono meno le condizioni che ne hanno giustificato il rilascio.

4-bis. Nei confronti dello straniero condannato, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti di cui al comma 1 del presente articolo, commessi in ambito di violenza domestica, possono essere disposte la revoca del permesso di soggiorno e l'espulsione ai sensi dell'articolo 13 del presente testo unico.

5. Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche ai cittadini di Stati membri dell'Unione europea e ai loro familiari.

Si tratta di un permesso che rientra nella categoria dei **permessi per ragioni umanitarie**⁷⁰¹ e, come chiarito da una circolare ministeriale è “di **durata annuale, rinnovabile** finché perdurino le esigenze umanitarie che ne hanno giustificato il rilascio, **consente l'accesso al lavoro** del titolare ed è **convertibile in permesso per lavoro**, ai sensi dell'articolo 14, commi 1, lett. c), e 3, del novellato D.P.R. n. 394/1999”⁷⁰².

5. Diritto dei rifugiati

I minori stranieri vittime di matrimonio precoce o forzato, se presenti in Italia senza i genitori o altri adulti che non ne abbiano la rappresentanza legale, sono da qualificare “minori non accompagnati”⁷⁰³.

Il minore deve essere segnalato:

- i) alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni, ad eccezione del caso in cui il minore sia accolto da un parente entro il quarto grado che lo assiste adeguatamente⁷⁰⁴;
- ii) al Giudice Tutelare, per l'apertura della tutela;

⁷⁰¹ Il permesso per ragioni umanitarie si fonda sull'Art. 5, comma 6, D.Lgs. 286/1998 che proibisce il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno in presenza di “seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano”. Si veda anche l'art. 32 D.Lgs. 25/2008: “Nei casi in cui non accolga la domanda di protezione internazionale e ritenga che possano sussistere gravi motivi di carattere umanitario, la Commissione territoriale trasmette gli atti al questore per l'eventuale rilascio del permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.”

⁷⁰² Ministero dell'interno, circolare del 21 ottobre 2013, n. 33453.

⁷⁰³ Si veda la legge 7 aprile 2017 n. 47 (in Gazz. Uff., 21 aprile 2017, n. 93). - Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati. L'art. 19, c. 7, del d.lgs. n. 142/2015 prevede che, al fine di **garantire il diritto all'unità familiare**, deve essere tempestivamente avviata ogni iniziativa per l'individuazione dei familiari del minore non accompagnato richiedente protezione internazionale.

⁷⁰⁴ Si veda l'articolo 9 l. 184/83 sull'adozione.

iii) al **Comitato per i minori stranieri**, ad eccezione del caso in cui il minore abbia presentato domanda di asilo⁷⁰⁵.

I minori non accompagnati hanno il diritto al **collocamento in luogo sicuro** a cura del Comune in cui il minore è stato censito⁷⁰⁶ e alla **tutela**⁷⁰⁷.

La richiesta di asilo è formulata alla Commissione per il riconoscimento dello status di *rifugiato*. Il minore ha diritto di essere sentito.

Il matrimonio forzato è stato anche qualificato come **tortura** e, in quanto tale, ha giustificato pienamente il riconoscimento della **protezione sussidiaria**⁷⁰⁸: “La costrizione di una donna a un matrimonio forzato costituisce **grave violazione della sua dignità**, e dunque **trattamento degradante** ai sensi dell'art. 14, lett. b), d.lg. n. 251 del 2007, che configura a sua volta danno grave ai fini del **riconoscimento della protezione sussidiaria**”⁷⁰⁹.

Si può anche fare l'esempio di una donna immigrata in Italia per sfuggire alla pretesa del cognato che la "rivendicava" per averla come sposa, la minacciava e molestava. Nel villaggio di origine le erano stati tolti i beni, e persino la responsabilità genitoriale sui figli. Secondo la Cassazione italiana “La vicenda narrata dalla ricorrente, come incontestatamente accertata e ricostruita dal giudice di merito, rientra pienamente nelle previsioni della Convenzione [di Istanbul] nonché nella fattispecie di cui al D.Lgs. n. 251 del 2007, art. 7, essendo presupposto per il riconoscimento dello status di rifugiato il fondato timore di persecuzione "personale e diretta" nel Paese d'origine del richiedente, a causa della razza, della religione, della nazionalità, dell'appartenenza ad un gruppo sociale ovvero per le opinioni politiche professate”. Secondo la Corte “Non c'è dubbio, per quanto sopra esposto, che l'odierna ricorrente sia stata vittima di una persecuzione personale e diretta per l'appartenenza a un gruppo sociale (ovvero in quanto donna), nella forma di "atti specificatamente diretti contro un genere sessuale" (D.Lgs. n. 251 del 2007, art. 7, comma 2, lett. f). Invero, ai sensi del D.Lgs. n. 251 del 2007, art. 5, lett. c, responsabili della persecuzione possono anche essere "soggetti non statuali" se le autorità statali o le organizzazioni che controllano lo Stato o una parte consistente del suo territorio "non possono o non vogliono fornire protezione" adeguata [...]”⁷¹⁰.

Numerose sono le pronunce che hanno riconosciuto lo **status di rifugiato** alle donne vittime di matrimoni forzati.⁷¹¹ In un altro caso, è stato riconosciuto lo status di rifugiato a un uomo del Mali che aveva una relazione con una ragazza del suo paese, la quale rifiutava il matrimonio con altri essendosi promessa a lui. Minacciato dai parenti di lei era fuggito dal paese. Il giudice italiano ha riconosciuto sussistenti nel suo caso, a fronte della vicenda narrata e di un rapporto di amnesty international sui matrimoni forzati in Mali, lo status di rifugiato⁷¹².

⁷⁰⁵ Si veda il regolamento di attuazione della legge 476/98, D.P.R. 492/99, art. 18.

⁷⁰⁶ Art. 37-bis l. 184/83.

⁷⁰⁷ Art. 343 c.c. italiano: “Se entrambi i genitori sono morti o per altre cause non possono esercitare la responsabilità genitoriale, si apre la tutela presso il tribunale del circondario dove è la sede principale degli affari e interessi del minore”.

⁷⁰⁸ Cassazione civile, sez. VI, 18/11/2013, n. 25873, Diritto & Giustizia 2013, 18 novembre.

⁷⁰⁹ *Ibidem*.

⁷¹⁰ Cassazione civile sez. I, 24/11/2017, n.28152 "Riconoscimento dello "stato" di rifugiato e violenza domestica" Giustizia Civile Massimario 2018.

⁷¹¹ Stessa conclusione: Tribunale Brescia, sez. III, 07/01/2018, (ud. 07/01/2018, dep.07/01/2018) che ha riconosciuto lo status di rifugiata a una donna senegalese di etnia wolof. Cass. civ. Sez. I Sent., 24/11/2017, n. 28152 (rv. 649254-01). **Cass. civ. Sez. III, Ord., (ud. 09-02-2021) 09-06-2021, n. 16172.**

⁷¹² Tribunale Brescia, 18/11/2020.

Ai sensi dell'articolo 23 D.Lgs. n. 251 del 2007 come modificato dalla l. 201/ n. 18, "il permesso di soggiorno per asilo rilasciato ai titolari dello status di rifugiato ha validità quinquennale ed è rinnovabile". Parimenti, ai titolari dello status di protezione sussidiaria "è rilasciato un permesso di soggiorno per protezione sussidiaria con validità quinquennale rinnovabile previa verifica della permanenza delle condizioni che hanno consentito il riconoscimento della protezione sussidiaria. Tale permesso di soggiorno consente l'accesso al lavoro e allo studio ed è convertibile per motivi di lavoro, sussistendone i requisiti".

A parere di chi scrive, i principi che hanno ispirato queste decisioni possono senz'altro giustificare il riconoscimento dello status di rifugiato (o la protezione sussidiaria) quando il minore è esposto al rischio di un matrimonio precoce.

I. Norvège

Summary of recent developments

In recent years, there has been a number of legislative developments that is of relevance for this country report. The rules on the recognition of foreign marriages were amended in 2021. The amendments, not yet in force, establish the general rule of non-recognition of marriages entered into under foreign law by a person under the age of 18, independently of the spouses ties to Norway.

The provision on marriage offense – section 262 in the Norwegian Penal Code (prohibition to marrying a person under the age of 16) - was amended in 2021. In addition to traditional marriage, the provision now includes so-called marriage-like relationship (*ekteskapslignende forbindelse*).

In 2018, Norway introduced a strict 18 years age limit for entering into marriage thereby abolishing the previous possibility to apply for special dispensation.

1. Civil law: Validity of the marriage and procedure

The age of majority in Norway is set at 18. The rules on the conditions and validity of a marriage are laid down in the **Norwegian Marriage Act (*Ekteskapsloven*)**.⁷¹³ **A person under 18 years of age may not enter into a marriage.**⁷¹⁴ Following an amendment effective as of 1 July, 2018, there are no exemptions to this rule.⁷¹⁵ Under the previous rule, a person between 16 and 18 years of age could apply for special dispensation: he or she could enter into marriage if the person or persons having parental responsibility gave their consent and permission was granted by the County Governor (*fylkesmannen*).

A marriage is, however, valid even where the 18 years limit is not respected. This means that, similar to the Swedish rules, **a marriage including a minor must be dissolved by divorce.**⁷¹⁶ Spouses who have entered into the marriage before the age of 18, have the right to have the marriage dissolved without prior separation.⁷¹⁷ If the spouses do not take action to dissolve the marriage, the county governor (*fylkesmannen*) shall institute proceedings for dissolution of the marriage ex officio, unless there are strong reasons to refrain from taking such action.⁷¹⁸ In this assessment, consideration shall be taken to the existence of joint children, whether the couple has lived together for a long period of time, and if they have been ignorant of the impediment and if that ignorance can be excused.⁷¹⁹

⁷¹³ LOV-1991-07-04-47 Lov om ekteskap. A non-official English translation of the Act updated until February 2018 is available at <https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/the-marriage-act/id448401/> (30.12.2021).

⁷¹⁴ Marriage Act (*Ekteskapsloven*) section 1 a.

⁷¹⁵ Ikraftsetting av lov 15. juni 2018 nr. 31 til lov om endringer i ekteskapsloven (absolutt 18-årsgrense for å inngå ekteskap i Norge).

⁷¹⁶ According to the Government bill, the prohibition and prior control are already effective measures to avoid child marriages. It further motivates the choice of dissolution by divorce by the fact that invalidity is an intrusive consequence and that there can be situations in which the effects of invalidity are considered unreasonable. See The government bill Prop. 49 L (2017-2018) Endringer i ekteskapsloven (absolutt 18-årsgrense for å inngå ekteskap i Norge), p. 12, available at https://www.regjeringen.no/contentassets/88ff8e49496140478aa2434a9d60b57e/no/pdfs/prp20172_0180049000dddpdfs.pdf

⁷¹⁷ Marriage Act (*Ekteskapsloven*) section 24(1).

⁷¹⁸ Marriage Act (*Ekteskapsloven*) section 24(2).

⁷¹⁹ Government bill Prop. 49 L (2017-2018) Endringer i ekteskapsloven (absolutt 18-årsgrense for å inngå ekteskap i Norge), p. 14.

A victim of forced marriage can choose to either have the marriage annulled or start divorce proceedings, without the requirement of prior separation.⁷²⁰ There are time limits that must be respected: a spouse claiming forced marriage must initiate court proceedings within one year from the date that the exercise of compulsion ceased.⁷²¹ Regardless of whether or not the compulsion has ceased, court proceedings for annulment or divorce must be initiated within five years after the conclusion of the marriage.⁷²²

The consequence of an annulled marriage is that the marriage is considered to have never existed. This means that the parties do not have any of the rights that occur when a marriage is dissolved by divorce (rights to maintenance or property, etc.).⁷²³ However, depending on the length and the character of the relationship (such as joint children, etc.) and the financial situation of the parties, a certain minimum financial support can be granted to the financial weaker party in accordance with the rules on unmarried cohabitants.⁷²⁴

In order for a marriage to be solemnised, the marriage officiant must first receive a certificate from the national population registry (*folkeregistermyndigheten*) or a Norwegian foreign service official (*norsk utenrikstjenestemann*) stating that the fulfilment of the conditions for marriage laid down in sections 1 to 5 of the Marriage Act has been verified and that the provisions of sections 6 to 10 in that Act have been complied with.⁷²⁵ The **check carried out by the national population registry or a Norwegian foreign service official includes age, voluntariness of the spouses** and legal capacity of the spouses. A marriage officiant (*vigslere*) who knows that a condition for contracting a marriage is not fulfilled must not perform the act of marriage. Moreover, if the marriage officiant finds that there is reason to doubt whether a condition has been fulfilled, the solemnisation may be postponed and the parties to the marriage ordered to produce proof that the condition has been fulfilled.⁷²⁶

2. International private law : Marriages concluded abroad

Rules on the recognition of marriages entered into under foreign law are laid down in the general Marriage Act. The general principle is that marriages lawfully entered into under foreign law are recognized in Norway as long as they are not contrary to certain conditions relating to Norwegian *ordre public*.⁷²⁷ Thus, the point of departure is that *lex celebrationis* applies to the conclusion of the marriage.⁷²⁸ However, it should be noted that recognition is subject to certain limitations if one (or both) of the parties is either a Norwegian citizen or resident. According to these limitations, a marriage must, as a rule, not be recognised if - at the time of the conclusion of the marriage - the two parties were not physically present; if one of the parties was under the age of 18; or if one of the parties was already married.⁷²⁹ On the request of both parties, the marriage can nevertheless be recognized if there are strong reasons for doing so.⁷³⁰

⁷²⁰ Marriage Act (*Ekteskapsloven*) section 23(3)

⁷²¹ *Ekteskapsloven*, section 16(4).

⁷²² *Ekteskapsloven*, section 16(4).

⁷²³ P. Lødrup, Ugyldige ekteskap, Tidsskrift for familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål 2009, p. 1 *et seq.*

⁷²⁴ *Ibid.*

⁷²⁵ *Ekteskapsloven*, section 14.

⁷²⁶ *Ekteskapsloven*, section 14.

⁷²⁷ *Ekteskapsloven*, section 18a. See also G. C. Moss, Internasjonal privatrett, ny og utvidet, 2nd ed., Universitetsforlaget 2021, p. 387.

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ *Ekteskapsloven*, section 18a, second paragraph.

⁷³⁰ *Ekteskapsloven*, section 18a, third paragraph.

In 2021, Norway amended its legislation on the recognition of marriages entered into under foreign law.⁷³¹ Adopted on 11 June, 2021, but not yet in force⁷³², the new legislation establishes the general rule that marriages (validly) entered into under foreign law by a spouse under the age of 18 shall not be recognized. The main novelty of the reform is that the non-recognition is independent of the spouses ties to Norway.

The legislation is amended in the form of two new provisions in the Marriage Act: section 18 b and 18 c. **Section 18 b is concerned with foreign law marriages where at least one of the spouses has ties to Norway** (Norwegian citizenship or residence) and reiterates what was previously regulated in section 18 a. It provides that such a marriage must not be recognized if one of the spouses was under the age of 18. However, upon request of one of the parties, the marriage can exceptionally be recognized by the County Governor (*Statsforvalteren*) if there are strong reasons for doing so. The exception should be interpreted restrictively taking into account all relevant circumstances in the specific case. According to the government bill, specific consideration should be taken to if long time has passed since the couple got married, if the couple have children, if they have lived together a long time following the marriage, and if a non-recognition would have strong negative effects for the couple.⁷³³ It should stressed that the exception is largely motivated by Norway's international law obligations, in particular Article 8 of the European Convention of Human Rights and the right to free movement under the EEA Agreement.⁷³⁴

Section 18 c regulates foreign law marriages in which none of the spouses, at the time of marriage, were a Norwegian citizen or resident. It provides that such a marriage must not be recognized if one of the parties were under the age of 18. However, if both parties are over 18 years of age, the County Governor (*Statsforvalteren*) can recognize the marriage upon the request of the spouse who was under 18 (but not younger than 16) at the time of the marriage. Moreover, the narrower exception laid down in section 18 b, which provides that a marriage exceptionally can be recognized by the County Governor if there are strong reasons for doing so, also applies to section 18 c. The decision on recognition by the County Governor can be appealed to the Norwegian Directorate for Children, Youth and Family Affairs (*Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet*).⁷³⁵

Recognition of a marriage can also be refused with reference to the general *ordre public* exception laid down in section 18 a of the Marriage Act. It states that a marriage shall not be recognised if this would clearly be contrary to Norwegian public policy.

In a case decided by the Supreme Court in June, 2021,⁷³⁶ a marriage including a **Syrian woman who had married at the age of 13 was recognized as the basis for family reunion**. The woman had applied for family reunion with her husband (who had been granted asylum in Norway) for herself and the couple's two children. The couple had got married in Syria in 2012, before the woman had reached the age of 13, and the children were born when she was 13 and 16, respectively. The Immigration authorities had rejected her application with reference to the *ordre public* rule in section 18 a of the Marriage Act. The Supreme Court found that the rejection was invalid, pointing to the relatively long

⁷³¹ LOV-2021-06-11-63 Lov om endringer i ekteskapsloven (ekteskap inngått med mindreårig, etter utenlandsk rett mv.

⁷³² The date for entry into force has thus far not been decided, but is expected within short.

⁷³³ Government bil Ot.prp.nr.100 (2005–2006) Om lov om endringer i ekteskapsloven og straffeprosessloven mv. (tiltak for å forhindre tvangsekteskap mv. p. 70.

⁷³⁴ For a further discussion on Article 8 of the ECHR and EU law obligations, see the country report for Sweden.

⁷³⁵ FOR-2015-12-11-1667 - Delegering av myndighet til Barne-, ungdoms- og familiedirektoratet etter ekteskapsloven og brudvigjingslova, p. I.

⁷³⁶ Høyesterett judgment on 23 June 2021 in case no. 20-174954SIV-HRET.

time that had passed, the applicant's current age and genuine wish to continue the relationship with her husband and to the fact that it would be best for the children to grow up with both their parents. It thus ruled that it was not contrary to Norwegian public policy to accept the marriage as a basis for family reunion.

The County Governor is the competent authority to decide on the recognition of a marriage where one of the spouses was a minor at the time of the marriage. However, this does not hinder other authorities from making independent assessment of the related legal issues that arises in the specific case. For instance, the fact that the County Governor has refused to recognize a marriage does not necessarily mean that the Norwegian Directorate of Immigration (*Utlendingsdirektoratet*) will refuse a request regarding family reunion as it may find that there are strong humanitarian reasons for granting the reunion.⁷³⁷

According to the general principle, the law applicable to the dissolution of marriage by divorce is the *lex fori*. A Norwegian court deciding a divorce shall therefore apply Norwegian law.⁷³⁸ It should be noted that a marriage that is not recognized in Norway cannot be dissolved in Norway.⁷³⁹

As regards annulment of a foreign marriage, it is, however, the foreign law (*lex celebrationis*) that should be applied, at least as regards the conditions for the annulment.⁷⁴⁰

3. Criminal law: child marriage as a criminal offence

Section 262 of the Norwegian Penal Code (*Straffeloven*) states that **marrying or entering into a marriage-like relationship (*ekteskapslignende forbindelse*) with a person under 16 years of age is a criminal offence.**⁷⁴¹ Intent is not necessary: negligence as regards the age of the minor suffices for a punishable offence. The penalty is imprisonment for a term not exceeding three years. If the spouses are approximately equal in age and development, the penalty may be waived. The adoption of the provision was largely motivated by the Government's effort to prevent forced marriages.⁷⁴² The concept of marriage-like relationship (*ekteskapslignende forbindelse*) was introduced 1 January, 2021, by an amendment to section 262 of the Penal Code.⁷⁴³ When determining the existence of a marriage-like relationship, emphasis shall be placed on whether the relationship is lasting, perceived as binding and establishes rights and obligations between the parties of a legal, religious, social or cultural nature.⁷⁴⁴ A marriage-like relationship does not require a specific ritual or that it has been established at a specific point in time.⁷⁴⁵

⁷³⁷ Government bill Prop. 135 L (2020-2021) Endringer i ekteskapsloven (ekteskap inngått med mindreårig, etter utenlandsk rett mv.), p. 40.

⁷³⁸ G. C. Moss, Internasjonal privatrett, ny og utvidet, 2nd ed., Universitetsforlaget 2021, p. 389.

⁷³⁹ T. Frantzen, Utredning av konsekvenser av ikke å anerkjenne ekteskap som er gyldig inngått i utlandet av parter uten tilknytning til Norge på vigselstidspunktet – barneekteskap (under både 16 og 18 år), bigami og søskenbarneekteskap, 10.1.

⁷⁴⁰ H. J. Thue, Internasjonal privatret, 1st ed., Gyldendal Akademisk 2002, p. 365.

⁷⁴¹ LOV-2005-05-20-28 Straffeloven.

⁷⁴² M. Matningsdal, Lovkommentar til Straffeloven, Juridika 2021, kommentar til § 262 andra ledd.

⁷⁴³ Lovvedtak 13 (2020-2021) Lov om endringer i straffeloven mv. (avvergingsplikt, utenomrettslig tvangsekteskap, diskrimineringsvern, skyting mot politiet mv.).

⁷⁴⁴ Penal Code (*Straffeloven*) section 262 which refers to the concept of marriage-like relationship in section 253 in the same code.

⁷⁴⁵ Government bill Prop.66 L (2019–2020) Endringer i straffeloven mv. (avvergingsplikt, utenomrettslig tvangsekteskap, diskrimineringsvern, skyting mot politiet mv, p. 158.

The penalty for **forced marriage** (including marriage-like relationship) is imprisonment for a term not exceeding six years.⁷⁴⁶ The same penalty applies to any person who by deceit or other means contributes to that a person travels to another country with the intent that the person will be forced into a marriage or a marriage-like relationship.⁷⁴⁷ There is no provision addressing specifically forced marriage including a minor.

4. Immigration law: consequences for a spousal visa

As a general rule, a temporary residence permit is either refused or not extended if the grounds on which it was granted (i.e. the marriage or regular cohabitation) no longer apply.⁷⁴⁸ However, there are certain exceptions to this general rule. According to section 53(3) of the Immigration Act (*Utlendingsloven*)⁷⁴⁹, an alien victim of forced marriage on which the residence was granted and who has initiated legal proceedings to nullify or dissolve the marriage by divorce, shall be granted residence permit unless particular reasons indicate otherwise. The permit is granted for a duration of six months that is renewable until a legally binding decision is taken regarding the marriage. If the marriage is nullified or dissolved by divorce, the **person victim of forced marriage will be granted a residence permit on an independent basis** provided that he or she has not used force or been complicit in the use of force in connection with the entry into the marriage.⁷⁵⁰

There are no provisions specifically regulating residence permit in cases of dissolution of a marriage entered into by a minor.

5. Refugee law: International protection against child marriage

Gender-related persecution is a recognized ground in asylum cases in Norway. According to section 29(2) f of the Immigration Act (*Utlendingsloven*), persecution may take the form of “acts of a gender-specific or child-specific nature”. This legal provision codified previous practice, and entered into force on 1 January, 2010.⁷⁵¹

Residence permit can be granted **either with refugee status or, secondary, on grounds of strong humanitarian considerations**. It is also possible to be granted a residence permit on the grounds of a person’s particular/strong (*særlig*) connection with Norway.⁷⁵²

In order to be granted **refugee status** the asylum seeker must have a well-founded fear of being persecuted for reasons of ethnicity, origin, skin colour, religion, nationality, membership of a particular social group or for reasons of political opinion and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail

⁷⁴⁶ Penal Code (*Straffeloven*) section 253.

⁷⁴⁷ Ibid.

⁷⁴⁸ Immigration Act (LOV-2008-05-15-35 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)), section 40

⁷⁴⁹ Immigration Act (LOV-2008-05-15-35 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)).

⁷⁵⁰ Immigration Act (utlendingsloven), section 53(3).

⁷⁵¹ Government bill Ot.prp.nr.75 (2006–2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven), p. 84.

⁷⁵² Immigration Act (*utlendingsloven*), sections 28 and 38. A person can be considered to have a particular connection with Norway if he or she has close family in Norway, has resided in Norway for a long period of time or if he or she has an employment. For further reading see for example Ø. Dybvik Øyen *et al.*, Lærebok i utlendingsrett, 2nd ed., Universitetsforlaget 2018.

himself or herself of the protection of his or her country of origin.⁷⁵³ In cases of non-gender specific persecution (such as forced marriage as opposed to female genital mutilation), it is generally difficult to identify a causal link between the persecution and a Convention ground (such as “a particular social group”). However, a **women victim of forced marriage can be granted refugee status** if, for example, the authorities in her home country are not willing to help women subject to domestic violence.⁷⁵⁴ An assessment must be made whether or not the woman has a real possibility to refuse the marriage. If a refusal involves a risk of retaliation in the form of physical abuse or other severe mistreatment, she shall be granted protection.⁷⁵⁵

Residence permit granted on the ground of refugee status or on the ground of strong humanitarian considerations is granted for a duration of minimum one and maximum three years and can then be renewed.⁷⁵⁶

In all cases involving children, the decision-making authorities must consider the best interest of the child.⁷⁵⁷ This means that the decision-making authorities must strike a fair balance between the interest of the child and immigration regulatory considerations on a case-by-case basis and motivate its reasoning in that regard.⁷⁵⁸

Child marriage in the context of migration is closely linked with the issue of forced marriage; a child marriage is an indication that a person potentially is a victim of a forced marriage.⁷⁵⁹ However, we have not found any cases or commentary discussing child marriage as a ground in itself for the qualification of international protection. Additional research would be needed in order to answer this question in further detail.

⁷⁵³ Immigration Act (*Utlendingsloven*), section 28. See also Article 1 A of the Convention relating to the Status of Refugees of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967.

⁷⁵⁴ G-08/2012 Retningslinjer om kjønnsrelatert forfølgelse, Chapter 3.4, available at <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/retningslinjer-om-kjonnsrelatert-forfolg/id696289/> (11.06.2018).

⁷⁵⁵ Ø. Dybvik Øyen *et al.*, Lærebok i utlendingsrett, 2nd ed., Universitetsforlaget 2018, p. 251. See also the most recent update of the Ministry of Justice and Public Security’s guidelines for processing asylum applications involving gender-related persecution (G-08/2012 Retningslinjer om kjønnsrelatert forfølgelse), available at <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/retningslinjer-om-kjonnsrelatert-forfolg/id696289/> (28.01.2022).

⁷⁵⁶ Immigration Act (*utlendingsloven*), section 60 and 61.

⁷⁵⁷ Immigration Act (*utlendingsloven*), section 38(3). See also Ø. Dybvik Øyen *et al.*, Lærebok i utlendingsrett, 2nd ed., Universitetsforlaget 2018, p. 311.

⁷⁵⁸ Ø. Dybvik Øyen *et al.*, Lærebok i utlendingsrett, 2nd ed., Universitetsforlaget 2018, p. 314.

⁷⁵⁹ *Ibid*, p. 252.

J. Pays-Bas

Summary of recent developments

This report describes developments that have taken place in Dutch civil law and Dutch private international law which concern the marriage of minors. The topic of child marriage has received much attention from several national programmes that not only target legal aspects, but also strive to inform the public of problematic aspects of child marriage.⁷⁶⁰ Over the past decade, these campaigns have led to several changes in criminal law, civil law, and private international law.

The legal opinion, *Marriage Forcé*, written by the SICL in 2018, describes multiple aspects of Dutch regulations on forced marriage and marriage of minors.⁷⁶¹ As an addition to this earlier report, the following text focuses on the legal changes that have since taken place.

1. Continuing strict approach in civil law

The possibilities of child marriage remain unchanged since the publication of the aforementioned SICL report of 2018. Someone who is younger than eighteen years of age (the Dutch age of majority) cannot marry. The previous regulation did allow minors to marry, but only in two specific cases. Firstly, a girl of sixteen years or older could marry if she was pregnant or had given birth to a child. In this case, she had to prove her pregnancy or biological motherhood with a doctor's report. Secondly, a minor was permitted to marry if the Minister of Justice provided an exemption from the age requirement. The Minister was only allowed to grant dispensation if there were serious reasons to do so.

With the enactment of the **Act Against Forced Marriage** (*Wet tegengaan huwelijksdwang*) on December 5th 2015, it was made impossible for minors to marry, even in the above circumstances. Therefore, persons younger than eighteen years of age can nowadays never marry in the Netherlands.⁷⁶²

⁷⁶⁰ The national programme 'Geweld hoort nergens thuis' aimed to reduce domestic violence and child abuse (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/beleidsnota-s/2018/04/25/geweld-hoort-nergens-thuis-aanpak-huiselijk-geweld-en-kindermishandeling>); the action programme 'Schadelijke Praktijken' was part of the national programme 'Geweld hoort nergens thuis', and more specifically strived to prevent, signal and fight forced marriage (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/beleidsnotas/2020/02/18/actieagenda-schadelijke-praktijken>); the action plan 'Zelfbeschikking' aimed to reduce the number of victims of forced marriage and make people aware of their personal freedom and authority (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2015/01/05/kamerbrief-actieplan-zelfbeschikking-2015-2017>); the 'Plan van aanpak preventie huwelijksdwang' introduced measures to prevent forced marriage (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2012/07/03/kamerbrief-plan-van-aanpak-preventie-huwelijksdwang>).

⁷⁶¹ Swiss Institute of Comparative Law, *Marriage forcé*, 31 August 2018, E-Avis ISDC 2018-13, available at <https://www.isdc.ch/media/1688/e-2018-13-18-050-mariage-forc%C3%A9.pdf>.

⁷⁶² This law has recently been evaluated in the report: *Verboden huwelijken. Onderzoek naar de werking van de Wet tegengaan huwelijksdwang in de praktijk* *Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie en Veiligheid*, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, WODC, 25 November 2019, available at <https://repository.wodc.nl/handle/20.500.12832/2459>.

2. Recognition of foreign marriages between one or two minors

Although civil law no longer allows minors to marry, it is still possible for a foreign child marriage to be recognized by private international law.⁷⁶³ Following the principle of *favor matrimonii*, Dutch legislation favors the validity and recognition of marriages as much as possible.⁷⁶⁴ However, a marriage is not recognized if the acknowledgment would be in conflict with Dutch public order, which in any case occurs if at least one of the spouses was younger than eighteen years at the time of the marriage, unless the spouses are eighteen years or older at the time recognition is being sought (art. 10:32 Burgerlijk Wetboek)⁷⁶⁵. It was the Act Against Forced Marriage of 2015 that clarified that under these circumstances, recognition is considered in conflict with Dutch public order.⁷⁶⁶

3. Proposal for reform: abolishing the recognition of child marriages

The legislator is now considering almost fully abolishing the possibility of recognizing marriages where one of the parties was younger than eighteen years of age when they entered into the marriage.⁷⁶⁷ This proposal was made by the Minister of Justice after several members of parliament requested that he look into the possibility of not recognizing child marriages. The Minister mapped the benefits and drawbacks of recognizing such marriages and researched how other countries deal with this matter.⁷⁶⁸

⁷⁶³ *Kamerstukken II* 2018/19, 32175, nr.65, available at <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-32175-65.html>.

⁷⁶⁴ The Netherlands are, together with France and Luxemburg, party to the Convention on the Law applicable to Matrimonial Property Regimes. Given this small list of parties to the treaty, the national rules on international private law still play a big role in legal practice.

⁷⁶⁵ Art. 10 :34 BW: « Ungeachtet des ARTikels 31 dieses Buches wird die Anerkennung einer ausserhalb der Niederlande geschlossenen Ehe versagt, wenn die Anerkennung offensichtlich mit der öffentlichen Ordnung unvereinbar ist und jedenfalls dann, wenn zum Zeitpunkt des Abschlusses der Ehe einer der Ehegatten

- (a) Bereits verheiratet war ode reine eingetragene Partnerschaft mit einer Person eingegangen war, die die niederländischse Staatsangehörigkeit besitzt oder ihren gewöhnlichen Wohnsitz in den Niederlanden hatte, es sei denn, de zuvor geschlossene Ehe oder eingetragene Partnerschaft wurde aufgelöst oder für nichtig erklärt ;
- (b) Mit dem anderen Ehegatten in gerader Linie verwandt war oder Bruder oder Schweter dieses Ehegatten war, entweder durch Blutsverwandschaft oder durch Adoption, es sei denn, dieses Verwandtschaftsverhältnis wurde später durch das Fehlen einer biologischen Verwandtschaft oder den Widerruf der Adoption aufgelöst ;
- (c) **Das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hatte, es sei denn, die Ehegatten hatten zum Zeitpunkt der Anerkennung der Ehe beide das achzehnte Lebensjahr vollendet ;**
- (d) Geistig nicht in der Lage war, seine Zustimmung zu geben, es sei denn ,er war zu dem Zeitpunkt, zu dem die Anerkennung der Ehe beantragt wurde, dazu in der Lage und hat der Anerkennung der Ehe ausdrücklich zugestimmt ; oder
- (e) Nicht aus freien Stücken in die Ehe eingewilligt hat, es sei denn, er willigt ausdrücklich in die Anerkennung der Ehe ein. » ; translation to German according to E. Ederveen / Ralf Michaels, *Die Frühehe in den Niederlanden*, in Yassari/Michaels (Hrsg.), *Die Frühehe im Recht*, Tübingen 2021, 525 ff., S. 541, Fn. 110 ; Fettdruck durch das Institut (Fussnote des Instituts).

⁷⁶⁶ It is also possible to undo the recognition of a foreign marriage that was recognized in the Netherlands, art. 1:26 Dutch Civil Code.

⁷⁶⁷ Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, *Kamerbrief over actieagenda schadelijke praktijken*, The Hague, 18 February 2020, available at <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2020/02/18/kamerbrief-over-actieagenda-schadelijke-praktijken> and the attached *Actieagenda Schadelijke Praktijken*.

⁷⁶⁸ See supra note 762.

Several disadvantages of not recognizing child marriages were identified. The first being that it would then be impossible to file for divorce if the marriage is unrecognized. This also precludes claims to alimony. Furthermore, differences can occur as to the way states see the civil status of the persons involved; someone might not be considered married in the Netherlands, but be married according to a foreign law.

Advantages of not recognizing child marriage that were mentioned by the Minister include the undesirability of child marriages and the fact that they can be seen as human rights abuse by international treaties, such as the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. The proposed change would make it impossible for a Dutch minor to marry abroad and afterwards have the marriage recognized in the Netherlands.

These considerations have led to a proposal for reform. The Minister suggested rules that would always consider a marriage that was entered into by a person younger than eighteen years of age in conflict with Dutch public order. The only situation in which such a marriage would still be recognized is in case of divorce or legal separation. This exception will make it possible for the spouses to end the marriage and to request ancillary provisions in the Netherlands.⁷⁶⁹

The current plans cannot be considered a bill in parliament yet. The Minister categorized his ideas as a policy intention and drew up the envisaged adjustments to the law. Afterwards, he requested advice on this proposal from the Dutch Advisory Council on Migration (ACVZ) and the Government Committee on International Private Law (GCIPR).

4. Reactions of advisory committees

The ACVZ did not advise against the Minister's suggestions, but suggested changes that should be made to other laws and policy in case the proposal were to be accepted.⁷⁷⁰ The Council concluded that never recognizing child marriage may be in conflict with the aim of stimulating family reunification that underlies the Family Reunification Directive.⁷⁷¹ The new rules could be justifiable on the basis of a compelling reason of public order, but it is ultimately the responsibility of the European Court of Justice to judge whether such a reason is present.⁷⁷² Given this possible conflict with the Directive, the Council advised a change to Dutch immigration law which would ensure that field of law always takes into account a child marriage, even if that marriage is not recognized by Dutch private international law.

It was also noted that accepting the proposal could conflict with the Citizens' Rights Directive.⁷⁷³ The Council therefore advised that child immigration law should always take into account child marriages

⁷⁶⁹ Ministerie van Justitie en Veiligheid, *Adviesvraag voorgenomen uitsluiting erkenning kindhuwelijken*, The Hague, 8 July 2020, available at <https://www.adviescommissievoorvreemdelingenzaken.nl/publicaties/publicaties/2020/11/9/voorstel-van-wet-tot-wijziging-van-boek-10-van-het-burgerlijk-wetboek-in-verband-met-de-uitsluiting-van-de-erkenning-van-kindhuwelijken>.

⁷⁷⁰ Adviescommissie voor Vreemdelingenzaken, *Advies over voorstel uitsluiting erkenning kindhuwelijken*, The Hague, November 2020, available at <https://www.adviescommissievoorvreemdelingenzaken.nl/publicaties/publicaties/2020/11/9/voorstel-van-wet-tot-wijziging-van-boek-10-van-het-burgerlijk-wetboek-in-verband-met-de-uitsluiting-van-de-erkenning-van-kindhuwelijken>.

⁷⁷¹ Council Directive 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification.

⁷⁷² The ACVZ states that not recognizing child marriage could lead to questions referred for preliminary ruling, see *supra* note 10, p. 7.

⁷⁷³ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC.

after the spouses are eighteen years or older, in order to guarantee European citizens (and their spouses) freedom of movement, even if that marriage is not recognized by Dutch private international law.⁷⁷⁴

As the proposal aims to protect children against forced marriage, the Council did not foresee any conflict with the right to family life and private life which is laid down in art. 8 ECHR. The actual family relationship, and not the legal recognition of a marriage, determines whether or not ‘family life’ is present. However, the Council expressly advises Dutch authorities to take into account that family life should be tested by the actual situation rather than by the legal recognition of the marriage. Lastly, the Council did not expect huge consequences with regards to the Dublin III Regulation.⁷⁷⁵

The GCIPR was, on the other hand, much more critical about the proposal and advised against an absolute ban on the recognition of child marriages. Instead, the Committee recommended letting judges decide when recognition would conflict with Dutch public order. Several reasons are mentioned to support this advice: firstly, the possibility to use public order as a justification to not recognize child marriages is very limited in international private law. It is acceptable to not recognize a child marriage when one of the spouses is still younger than eighteen years, but the Committee expressed major doubts as to whether or not this would still be lawful once both spouses reach adulthood. Additionally, unlike the ACVZ, the Committee concluded that refusing to recognize such marriages may be at odds with art. 8 ECHR. Furthermore, child marriage is recognized in other countries, so accepting the proposal leads to limping legal relationships and does not acknowledge the importance of the *favor matrimonii* principle. The Committee also mentioned that many child marriages are not entered into by force and, therefore, not recognizing any of these child marriages might not be proportional. Lastly, the Minister’s proposal would make it impossible for judges to balance the interests of the involved parties, because it makes recognizing child marriages totally impossible, even in court cases concerning descent or family property law.⁷⁷⁶

5. Conclusion

The Dutch legislator is very critical of child marriage and has already changed civil law to make marriage impossible for minors. The Minister of Justice is currently considering fully abolishing the possibility to recognize foreign child marriage, even if acknowledgement is sought after the spouses have turned eighteen. As the proposal for legal change is still a policy intention and not yet a bill in parliament, it is questionable whether these intentions will ever become law; especially as the advice received from the GCIPR highlighted multiple major disadvantages of the proposal.

⁷⁷⁴ See also ECJ, 5 June 2018, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385 (Coman and Others).

⁷⁷⁵ Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person.

⁷⁷⁶ Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht, *Advies over voorstel uitsluiting erkenning kindhuwelijken*, The Hague, 27 November 2020, available at <https://open.overheid.nl/repository/ronl-b84d5af1-c4ba-4a28-b23c-9a8e3066e342/1/pdf/tk-bijlage-2-advies-kindhuwelijk-staatscommissie-ijr.pdf>.

K. Royaume-Uni (Angleterre et Pays de Galles)

Summary of recent developments

The most significant development in recent years to affect child marriage in England and Wales is the enactment of the *Marriage and Civil Partnership (Minimum Age) Act 2022*.⁷⁷⁷ The new law, which will come into effect on 27th February 2023, will raise the minimum age of consent to marriage or civil partnership from 16 years to 18 years.⁷⁷⁸ Currently, it is possible for someone who is 16 or 17 to marry or form a civil partnership with parental consent. Since 2016, various attempts have been made by Parliamentarians to remove the possibility of marrying prior to the age of 18, although these have not, until now, succeeded.

The new legislation removes the parental consent clause in the *Marriage Act 1949* so that 18 years will be the only minimum age for marriages and civil partnerships in England and Wales. This means it will no longer be possible for anyone to consent to the marriage or civil partnership of a 16- or 17- year old.

1. Civil law: validity of the marriage and procedure

The age of majority in England is 18.⁷⁷⁹ However, the *Marriage Act 1949* establishes that the **minimum age at which a person is able to consent to a marriage is 16 years old**.⁷⁸⁰ As the law stands at present, a person under the age of 18 may only marry with parental (or third party (as defined) or judicial consent.⁷⁸¹

The principal means by which forced marriage and acts associated with it may be prevented or restricted under civil law is through measures established by the *Forced Marriage (Civil Protection) Act 2007* (“FMCPA”).⁷⁸² This legislation, which came into force on 25th November 2008, amends the *Family Law Act 1996*,⁷⁸³ and enables courts in England and Wales to make **forced marriage protection orders (“FMPOs”)** to protect those at risk of forced marriage, and provide recourse for those who have already been forced to marry.

FMPOs are injunctions made by a court to prohibit persons from performing particular acts that might lead to a named individual being forced into marriage. FMPOs may be detailed and adapted to the case in question. They may have effect for a defined duration or may remain in force until a new order is made to the contrary. **FMPOs can be issued to protect victims and/or remove them from their**

⁷⁷⁷ *Marriage and Civil Partnership (Minimum Age) Act 2022*, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2022/28/introduction/enacted> (19.10.2022).

⁷⁷⁸ See Gov.uk, *Implementation of the Marriage and Civil Partnership (Minimum Age) Act 2022*, 9th August 2022, Ministry of Justice, available at <https://www.gov.uk/government/news/implementation-of-the-marriage-and-civil-partnership-minimum-age-act-2022> (19.10.2022).

⁷⁷⁹ *Family Law Reform Act 1969*, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1969/46> (07.02.2022), section 1.

⁷⁸⁰ *Marriage Act 1949*, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/12-13-14/76/contents> (15.12.2021), section 2. It may also be noted that, in Scotland, the legal age for marriage is 16, regardless of parental consent. “Parental consent” means the consent of each parent who has parental responsibility for the child, or, each guardian of the child.

⁷⁸¹ *Ibid*, section 3.

⁷⁸² *Forced Marriage (Civil Protection) Act 2007*, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/20/contents> (15.12.2021).

⁷⁸³ Section 1 of the FMCPA inserts Part 4A into the *Family Law Act 1996*, available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/27/contents> (15.12.2021).

current situation where they are already in a forced marriage, or can be issued pursuant to an application even before the forced marriage has taken place.

Recognising that victims of a forced marriage may be unable to protect themselves, the FMCPA enables others to apply for an FMPO on behalf of a victim or person at risk, provided that the applicant first obtains the permission of the court to do so.⁷⁸⁴ Parties, known as ‘relevant third parties’ may apply for an FMPO without first obtaining the permission of the court; these may include the police and local authorities.⁷⁸⁵

According to the legislation, an FMPO may contain, “(a) such prohibition, restrictions or requirements; and (b) such other terms; as the court considers appropriate for the purposes of the order.”⁷⁸⁶ Such measures may include passports being confiscated, the prohibition of individuals being taken abroad, requiring persons to stop intimidation and violence against a named individual, and requiring the whereabouts of a named individual (such as a victim of a forced marriage or a person at risk) to be revealed.⁷⁸⁷

As well as conduct within England and Wales, the **terms of such orders may relate to conduct abroad**. The Order may be directed either at named respondents in a primary role forcing or attempting to force a person into marriage or to other named respondents in a secondary role, such as aiding and abetting.⁷⁸⁸

A marriage where either party is under the age of sixteen is considered to be void.⁷⁸⁹ **A void marriage means that it was never legally valid and, according to the law, never existed.** A ‘decree of nullity’ may nevertheless be needed as conclusive proof of this existing status, for example if the person(s) concerned wish to get (re)married.

A decree of nullity may be obtained by one of the parties to the purported marriage by applying to the High Court (or relevant family court) in accordance with the *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*.⁷⁹⁰ The court has jurisdiction to entertain such an application where one or both parties satisfy at least one of the criteria with regard to their habitual residence or domicile, proving a specific connection to England and Wales.⁷⁹¹ There are no specific conditions applicable to the annulment of a

⁷⁸⁴ Under section 63C(4), the court, in deciding whether to grant leave for a person to apply for an FMPO, must, “have regard to all the circumstances including—
(a) the applicant's connection with the person to be protected;
(b) the applicant's knowledge of the circumstances of the person to be protected; and
(c) the wishes and feelings of the person to be protected so far as they are reasonably ascertainable and so far as the court considers it appropriate, in the light of the person's age and understanding, to have regard to them.”

⁷⁸⁵ See Professor Aisha K. Gill, University of Roehampton, *An analysis of forced marriage legislation in the UK*, (undated) available at http://safelives.org.uk/sites/default/files/resources/An%20analysis%20of%20forced%20marriage%20legislation%20in%20the%20UK_Gill_Safe%20Lives_28%20April%202017.pdf (15.12.2021), p.1.

⁷⁸⁶ *Family Law Act 1996* as revised, *op. cit.*, section 63A(1).

⁷⁸⁷ See Professor Aisha K. Gill, University of Roehampton, *An analysis of forced marriage legislation in the UK*, *op. cit.*, p.2.

⁷⁸⁸ *Family Law Act 1996* as revised, *op. cit.*, section 63A(2).

⁷⁸⁹ *Matrimonial Causes Act 1973*, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/18>, (09.12.2021), section 11(a)(ii).

⁷⁹⁰ *Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/45> (09.12.2021), Part II.

⁷⁹¹ *Ibid*, section 5(3).

marriage involving a minor, nor are there any known legal consequences particular to the annulment of such a marriage.

Of relevance to **marriages involving an individual (or individuals) under the age of 18, but who has married with parental consent**, are general provisions of matrimonial law which allow for annulment where either party did not validly consent to the marriage. The annulment or dissolution of such a forced marriage is not subject to a specific legal regime but must instead take place pursuant to the wider matrimonial framework of the *Matrimonial Causes Act 1973*.⁷⁹² This provides that a **marriage is voidable (i.e., can be set aside by the Court)** and can be annulled where, among other things,

“...either party to the marriage did not validly consent to it, whether in consequence of duress, mistake, unsoundness of mind or otherwise.”⁷⁹³

Case law has established that a marriage is voidable due to lack of consent caused by duress, if the victim has been subjected to pressure that destroys, “*the reality of consent and overbears the will of the individual.*”⁷⁹⁴ A petition for a decree of nullity based on lack of consent must be brought within three years of the date of the marriage.⁷⁹⁵ Provided that the necessary formalities are complied with, a forced marriage is valid until it is voided in nullity proceedings, following a petition submitted by one or other of the spouses.⁷⁹⁶

2. International private law: Marriages concluded abroad

Rules of English private international law concerning marriages concluded outside of England are established not by legislation but through principles of judge-made common law. These rules apply only to foreign marriages and are concerned with two aspects of the conclusion of a marriage: **first, the formal validity of a marriage and, secondly, the capacity to marry** (which includes lack of age). Save for few exceptions with regard to the formalities of marriages in British consulates and marriages of members of British forces serving abroad, there are no legal provisions of English law which apply only to marriages entered into abroad.

As to the **formalities of marriage**, English law subscribes to the general rule of private international law that an act is governed by the law of the place where it is done: *locus regit actum*. This principle with regard to the formal validity of a marriage is not set out in legislation, but derives from the English common law, as established through jurisprudence.⁷⁹⁷ Accordingly, the validity of the formalities of a marriage celebrated abroad **depend solely on the law of the country in which the ceremony takes place.**⁷⁹⁸

⁷⁹² *Matrimonial Causes Act 1973, op. cit.*

⁷⁹³ *Ibid*, section 12(1)(c).

⁷⁹⁴ *Hirani v. Hirani* (1983) 4 FLR, as referred to in Ruth Gaffney-Rhys, *The implementation of the Forced Marriage (Civil Protection) Act 2007*, *Journal of Social Welfare & Family Law*, Volume 31(3), pp. 245-256, at 246.

⁷⁹⁵ *Matrimonial Causes Act 1973, op. cit.*, section 13(2).

⁷⁹⁶ See, Oonagh Gay, *Forced Marriage*, House of Commons Library Research Paper SN/HA/1003, Home Affairs Section, 21st January 2015, p.3.

⁷⁹⁷ See Lord Collins of Mapesbury (ed.) et. al., *Dicey, Morris & Collins – The Conflict of Laws*, 2012, 15th edition, Sweet & Maxwell, London, at para. 17R-001.

⁷⁹⁸ See *Scrimshire v. Scrimshire* (1752) 2 Haggard’s Consistorial Reports 395, and various other cases cited in Paul Torremans (ed.), *Cheshire, North & Fawcett – Private International Law*, 15th ed., 2017, at p. 893.

The question of **which law should govern the capacity of a person to marry** is also governed by the common law. There are, however, **two main theories** as to which choice of law rule should apply: (1) the dual domicile doctrine and (2) the intended matrimonial home doctrine.

The **prevalent view**, which is said to be supported by decisions of greater weight, is the **dual domicile doctrine**.⁷⁹⁹ This prescribes that a marriage is invalid unless, according to the law of the domicile of *both* contracting parties at the time of the marriage, they each have capacity to contract that particular marriage.⁸⁰⁰ This is described as being true regardless of whether the incapacity is “absolute” (in other words, one forbidding a person, such as a child below a particular age to marry anyone) or “relative” (one which forbids two individual persons, such as an uncle and niece, to marry each other).⁸⁰¹ The law of the domicile is the law of the country to which a person “belongs”.⁸⁰² This is said to preserve equality of the sexes by looking to the law of each party’s domicile, but, on the other hand, does tend towards the invalidity of marriages since this will be the outcome where domiciliary laws differ as to the validity of marriage.⁸⁰³

The **intended matrimonial home doctrine**, on the other hand, asserts that the capacity to marry is governed by the law of the husband’s domicile at the time of the marriage. This, it is said, is because it is in the country of his domicile that the parties intend to establish their permanent home.⁸⁰⁴ This presumption, however, is rebutted if it can be inferred that the parties at the time of the marriage intended to establish their home in a certain country and that they did in fact establish it there within a reasonable time.

There is **very little case law with regards to the lack of age as a ground of incapacity**.⁸⁰⁵ Two known cases which have treated this topic, however, indicate endorsement of the dual domicile doctrine. In a 2013 case, the judge applied the dual domicile doctrine and relied on what he confirmed was the extra-territorial effect⁸⁰⁶ of the statutory provisions on minimum age, namely the *Matrimonial Causes Act 1973* (see section 1 of this country report, above) to declare a marriage as void. In that case, a marriage was entered into in Pakistan between a girl of only 14 years of age, domiciled in England and a man of 24 years of age, domiciled in Pakistan. This marriage was void because the relevant provision of the Act requires both parties to be at least 16 years of age, and so if either party is domiciled in England on the date of the marriage and is under the age of 16,

“it makes no difference that both parties may have been of sufficient minimum age and had capacity under the law of the domicile of the other party or under the law of the place where the marriage was contracted.”⁸⁰⁷

Where, however, both parties have capacity to marry according to the law of their respective domicile, their marriage will be recognised in England, notwithstanding that either party is under the age of 16. In the 1969 case of *Mohamed v. Knott*,⁸⁰⁸ it was assumed that a marriage celebrated in Nigeria between

⁷⁹⁹ Paul Torremans (ed.), *Cheshire, North & Fawcett – Private International Law, op. cit.*, pp. 915-917.

⁸⁰⁰ Lord Collins of Mapesbury (ed.) et. al., *Dicey, Morris & Collins – The Conflict of Laws, op. cit.*, at para. 17R-057.

⁸⁰¹ Paul Torremans (ed.), *Cheshire, North & Fawcett – Private International Law, op. cit.*, p.910.

⁸⁰² Hartley (1972) 35 *Modern Law Review* 571 at 576.

⁸⁰³ Paul Torremans (ed.), *Cheshire, North & Fawcett – Private International Law, op. cit.*, p. 912.

⁸⁰⁴ *Ibid*, p. 910.

⁸⁰⁵ See Lord Collins of Mapesbury (ed.) et. al., *Dicey, Morris & Collins – The Conflict of Laws, op. cit.*, at para. 17-079.

⁸⁰⁶ See *Pugh v. Pugh* [1951] *Law Reports, Probate*, 482.

⁸⁰⁷ *A Local Authority v. X & Another (Children)* [2013] England and Wales High Court (Family Division) 3274, per Judge Holman.

⁸⁰⁸ [1969] 1 *Law Reports, Queens Bench (Third Series)*, 1.

persons domiciled there was valid in England, because it was valid by Nigeria law even though the wife was aged 13.

Where a foreign domiciliary law governs the capacity of the parties to a marriage, case law has established that it will not be recognised under English law if it is repugnant to **public policy**.⁸⁰⁹ The court is said to have a discretionary power to repudiate a capacity or an incapacity on the ground that to give effect to it would be unconscionable. It is said, however, that this discretion is to be exercised sparingly,⁸¹⁰ one noted example being the upholding of the validity of the foreign marriage of the 13-year-old Nigerian girl in *Mohamed v. Knott*. Known jurisprudence is more concerned with allegedly incestuous marriages, and there is otherwise little commentary on this principle with regard to foreign marriages involving minors.

In circumstances where a person wishes to have his or her marriage recognised by relevant authorities, he or she may apply under section 55 of the *Family Law Act 1986* for a declaration by the High Court or a family court that a marriage was at its inception a valid marriage, or that it subsisted on a particular date.⁸¹¹

Since Brexit, an English court faced with an **application for nullity** of a marriage will no longer have jurisdiction to entertain those proceedings according to Brussels II *bis*. However, the new rules of jurisdiction, largely based on Brussels II *bis*, state that an English court will have jurisdiction in nullity proceedings where conditions on habitual residence and/or domicile of the parties are met.⁸¹² In proceedings for a decree of nullity of marriage, the question whether a marriage is invalid for want of capacity or of consent of either party will be determined by the law of his or her domicile prior to marriage.⁸¹³

3. Criminal Law: child marriage as a criminal offence

There is currently **no legal provision** which specifically treats a marriage involving a minor as a criminal offence. As discussed above, the marriage of any person under the age of 16 is treated as void under matrimonial law. However, as part of the **draft legislation currently being considered by Parliament** (the *Marriage and Civil Partnership (Minimum Age) Bill 2021-22*),⁸¹⁴ a new provision will be inserted into existing legislation making it an offence for any person to,

⁸⁰⁹ See Paul Torremans (ed.), *Cheshire, North & Fawcett – Private International Law*, *op. cit.*, p. 921.

⁸¹⁰ *Ibid*, p. 921, with reference to *Vervaeke v. Smith* [1983] 1 Law Reports, Appeal Cases (Third Series), 145 at 164.

⁸¹¹ *Family Law Act 1986*, available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/55/contents> (16.02.2022), section 55.

⁸¹² Namely, these are that on the date of the application one or more of the following applies — (a) both parties to the marriage are habitually resident in England and Wales; (b) both parties to the marriage were last habitually resident in England and Wales and one of them continues to reside there; (c) the respondent is habitually resident in England and Wales; (d) the applicant is habitually resident in England and Wales and has resided there for at least one year immediately before the application was made; (e) the applicant is domiciled and habitually resident in England and Wales and has resided there for at least six months immediately before the application was made; (f) both parties to the marriage are domiciled in England and Wales; or (g) either of the parties to the marriage is domiciled in England and Wales. (*Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973*, as amended, *op. cit.*, section 5(3)).

⁸¹³ Lord Collins of Mapesbury (ed.) et. al., *Dicey, Morris & Collins – The Conflict of Laws*, *op. cit.*, Rule 85(2) at para. 18R-032.

⁸¹⁴ See section 1. of this country report, above.

“...[carry] out any conduct for the purpose of causing a child to enter into marriage prior to that child’s eighteenth birthday, (whether or not that conduct amounts to violence, threats or any other form of coercion.”⁸¹⁵

The proposed new offence would adopt the penalties currently applying to forced marriage, namely imprisonment of up to 7 years.⁸¹⁶

The **marriage of a minor is not, in itself, considered to be forced marriage**. However, section 121 of the *Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014* makes it a **criminal offence to force someone to marry**. There are two ways in which the offence may be committed, as follows:

- “(1) A person commits an offence under the law of England and Wales if he or she –
- (a) uses violence, threats or any other form of coercion for the purpose of causing another person to enter into a marriage, and
 - (b) believes, or ought reasonably to believe, that the conduct may cause the other person to enter into the marriage without free and full consent.
-
- (3) A person commits an offence under the law of England and Wales if he or she –
- (a) practises any form of deception with the intention of causing another person to leave the United Kingdom; and
 - (b) intends the other person to be subjected to conduct outside the United Kingdom that is an offence under subsection (1) or would be an offence under that subsection if the victim were in England or Wales.”

The offence applies to a person who intentionally forces a person to enter into marriage, believing the person does not consent, or a person who deceives someone into going abroad for the specific purpose of forcing them to marry. An offence is committed whether or not the forced marriage goes ahead. The offence, as described in the legislation, also makes provision to take extra-territorial jurisdiction over both the coercion and deception elements of the offence.

The offence also attracts a maximum penalty of 7 years’ imprisonment.⁸¹⁷

Moreover, where a marriage has taken place in circumstances where an order preventing the celebration of such marriage has been made (an FMPO),⁸¹⁸ it may amount to the criminal offence of breaching a FMPO.⁸¹⁹ Failure to comply with the requirements or terms set out in a FMPO can result in a sentence of up to five years in prison.⁸²⁰

4. Immigration law: consequences for a spousal visa

There is **no legislation specifically targeted at the immigration status** of those who may be considered as victims of a forced marriage. Certain statutory provisions of immigration law and **rules around domestic violence may, however, be of relevance** to forced marriages.

⁸¹⁵ *Marriage and Civil Partnership (Minimum Age) Bill 2021-22, op. cit.*, section 2(2), inserting into the *Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014*, a new section 121(2A).

⁸¹⁶ *Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014*, section 121(9), available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2014/12/section/121/enacted> (18.01.2022).

⁸¹⁷ *Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014, op. cit.*, section 121(9).

⁸¹⁸ For information on FMPOs, see section 1. of this country report, above.

⁸¹⁹ *Family Law Act 1996*, section 63CA as inserted by section 120 of the *Anti-social Behaviour, Crime and Policing Act 2014, op. cit.*

⁸²⁰ *Family Law Act 1996*, section 63CA(5), available at <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/27/section/63CA> (18.01.2022).

Guidance issued by the state prosecutor, the *Crown Prosecution Service*, refers to the insecure immigration status of certain victims of forced marriage. However, the only recognized legal measure offering a form of visa protection where the marriage comes to an end is the possibility for a person to remain in the UK in circumstances where they have experienced domestic violence in a relationship with a British or settled partner.⁸²¹ The UK's Immigration Rules⁸²² (which consolidate existing UK legislation making up the UK's immigration law) provide that a foreign spouse/partner has limited leave to remain in the UK, dependent on their marriage/relationship subsisting during an initial probationary period (currently stated as being an initial grant of up to 27 months, extendable by 2 years). If the marriage/relationship breaks down during the probationary period, the foreign spouse/partner is normally required to leave the UK and return to their country of origin. The **domestic violence rule, however, enables victims to stay in the UK indefinitely** if the marriage/relationship breaks down due to domestic violence within the probationary period, and they meet evidential criteria as set out in the Immigration Rules.⁸²³

It is not clear from the prosecution guidance on the required evidence for showing domestic violence nor under the Immigration Rules themselves that a victim of forced marriage will necessarily qualify as a victim of domestic violence, entitled to protection of their immigration status. The Immigration Rules themselves do not specify the evidence that must be provided to prove the abuse. The Home Office has, however, published a policy document providing guidance to officers who consider applications from people who claim to have been victims of domestic violence or abuse.⁸²⁴ This lists a table of evidence which could be produced, and indicates whether it would be of conclusive, strong, moderate, or weak probative value.⁸²⁵

The Immigration Rules arguably also have the effect of deterring under-age marriage. Paragraph 277 sets a **minimum age of 18 for a person either to be granted a visa for the purposes of settling in the UK as a spouse** or to sponsor another for the purposes of obtaining such a visa. It states:

“Nothing in these Rules shall be construed as permitting a person to be granted entry clearance, leave to enter, leave to remain or variation of leave as a spouse or civil partner of another if either the applicant or the sponsor will be aged under 18 on the date of arrival in the United Kingdom or (as the case may be) on the date on which the leave to remain or variation of leave would be granted.”⁸²⁶

Paragraph 277 was amended in 2008 with the aim of deterring forced marriages further still by increasing the age from 18 to 21 years. However, in 2011, in the case of *R (Quila and another) v. Secretary of State for the Home Department and R (Bibi and another) v. Secretary of State for the Home Department*,⁸²⁷ the UK's Supreme Court found that the refusal to grant marriage visas to the respondents was an infringement of their rights under Article 8 of the European Convention on Human Rights (“ECHR”). It was determined that the UK Government had failed to establish that interference

⁸²¹ See Crown Prosecution Service, *So-called Honour Based Abuse and Forced Marriage – Legal Guidance, Domestic Abuse*, updated 26th June 2019, available at <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/so-called-honour-based-abuse-and-forced-marriage> (19.01.2022) under section “Immigration Status” and Annex D.

⁸²² See Gov.uk, *Immigration Rules*, Home Office, 25th February 2016, updated 4th January 2022, available at <https://www.gov.uk/guidance/immigration-rules> (19.01.2022). The rule applying to victims of domestic violence is set out at paragraphs 289A to 289D.

⁸²³ *Ibid*, para. 289A(iii).

⁸²⁴ Home Office, *Victims of domestic abuse and violence*, Version 15.0, issued 24th November 2021, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1036187/Victims_of_domestic_violence.pdf (19.01.2022).

⁸²⁵ *Ibid*, p. 22.

⁸²⁶ Gov.uk, *Immigration Rules*, *op. cit.*, para. 277.

⁸²⁷ [2011] UK Supreme Court 45, judgment available at <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2011-0022.html> (25.01.2022)

with the respondents' rights to a family life was justified under Article 8(2) ECHR. Although paragraph 277 was found to have a legitimate aim, namely the protection of the rights and freedoms of those who might be forced into marriage and is rationally connected to that objective, the majority of the judges ruled that there was insufficient evidence that the rule would have any substantial deterrent effect. Following the ruling, the UK Government re-instated the minimum age for a UK spouse visa to 18 years.

It should also be noted that, as described above, FMPOs may contain, "*such prohibitions, restrictions or requirements and such other terms as the court considers appropriate.*"⁸²⁸ **Judges therefore have the flexibility to impose whatever conditions are deemed proper in a particular case.** Orders could therefore include, for example, the surrender of passports.

5. Refugee law: International protection against child marriage

There are **no national laws or regulations specifically aimed at supporting the international protection offered to victims of forced marriage or under-age marriage.** Those seeking asylum are subject to Part 11 of the Immigration Rules,⁸²⁹ which sets out the general procedures and provisions for the examination of asylum claims and which reflects the UK's obligations under the 1951 Convention on the Status of Refugees (and, previously, to EU law).

With regard to children in general, section 55 of the *Borders, Citizenship and Immigration Act 2009* requires the government minister (the Secretary of State) in charge of the UK's governmental department with responsibility for asylum claims, the Home Office, to make arrangements for ensuring that immigration, asylum and nationality functions are discharged, **having regard to the need to safeguard and promote the welfare of children** who are in the UK. This legislation gives effect in the UK to the United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC) in immigration matters that affect children. Paragraphs 349 to 352 of Part 11 of the Immigration Rules are specific to consideration of asylum claims of children, although there are **no specific requirements with regard to victims (or potential victims) of under-age marriage.**

The Home Office has issued **non-binding guidance, entitled "*Children's asylum claims*"**, advising Home Office staff about how to process and assess asylum claims from children.⁸³⁰ Forced or underage marriage is listed in the guidance as a child-specific form of persecution to be taken into account by a decision-maker in determining any claim for asylum.⁸³¹ Moreover, it points out that in some countries, harmful traditional practices, including forced and under-age marriage, may still nevertheless amount to persecution if the child is unable to avail themselves of the protection of the state.⁸³²

However, every claimant, regardless of age, has to show to the same standard that they have a well-founded fear of persecution for a convention reason. Home Office guidance provides that child-specific considerations and other factors that may impact upon the interpretation of these concepts must nevertheless be taken into account.⁸³³

⁸²⁸ See section 1. of this country report, above.

⁸²⁹ Gov.uk, *Immigration Rules, op. cit.*, Part 11: Asylum.

⁸³⁰ Home Office, *Children's asylum claims*, Version 4.0, 31st December 2020, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/947812/children_s-asylum-claims-v4.0ext.pdf (27.01.2022).

⁸³¹ *Ibid*, p. 53.

⁸³² *Ibid*, p. 55.

⁸³³ Home Office, *Children's asylum claims, op. cit.*, p. 52.

The Home Office, has also issued **non-binding guidance, entitled “Gender issues in the asylum claim”**, advising asylum caseworkers on how to consider gender-related persecution.⁸³⁴

Although it is acknowledged in the guidance that gender is not mentioned specifically as a convention reason in the Refugee Convention, it says that it must inform the assessment carried out by the officer examining the asylum claim whether one or more of the 5 convention reasons (race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion) is engaged. **Forced marriage is specifically referred to** in the context of membership of a particular social group:

“Forced marriage may involve various forms of violence and abuse, threats or other forms of coercion. Coercion may include emotional, psychological or physical force or the threat of physical force or financial pressure. Relevant country policy and information notes must be referred to in particular to assist in considering whether the claimant may form part of a particular social group and to establish the availability of any potential protection or internal relocation possibilities.”⁸³⁵

In making a decision on a request for asylum, the case officer is advised that the future risks of persecution or serious harm of the asylum claimant being returned must be assessed and should be aware that the claimant’s gender may put them at a greater risk of persecution.

When a child does not qualify for refugee status, decision makers must next consider whether they qualify for a grant of **humanitarian protection**.⁸³⁶ As with a grant of asylum, a decision to grant humanitarian protection will normally be in keeping with a duty to take account of the need to safeguard and promote the welfare of the child. However, there is, to our knowledge, no specific rule providing that humanitarian protection be granted in cases of under-age or forced marriage. The same applies to claims under Article 8 of the European Convention on Human Rights (family and private life),⁸³⁷ and what is known as Discretionary Leave, these constituting the other principal bases on which leave to remain in the UK may be granted.

Applicants granted refugee status or humanitarian protection, along with any qualifying dependants included on the asylum claim, will **usually be granted five years permission to stay**. When their permission is due to expire, they must apply for further permission for themselves if they want to stay in the UK.⁸³⁸

⁸³⁴ Home Office, *Gender issues in the asylum claim*, Version 3.0, 10th April 2018, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/699703/gender-issues-in-the-asylum-claim-v3.pdf (26.01.2022).

⁸³⁵ *Ibid*, p. 22.

⁸³⁶ See Home Office, *Humanitarian Protection*, Version 5.0, published 7th March 2017, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/597377/Humanitarian-protection-v5_0.pdf (16.02.2022).

⁸³⁷ See Home Office, *Family Policy – Family Life (as a partner or parent), private life and exceptional circumstances*, Version 16.0, published 7th December 2021, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1039000/Family_life_as_a_partner_or_parent_private_life_and_exceptional_circumstances.pdf (16.02.2022).

⁸³⁸ See Home Office, *Settlement for people on a protection route (refugee status/humanitarian protection)*, Version 5.0, 6th October 2021, available at https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1020232/Settlement_protection.pdf (16.02.2022).

L. Suède

Summary of recent developments

With the stated aim to combat child marriage, the Swedish legislation has been subject to two substantive amendments in recent years. In 2020, a child marriage offence was introduced in the Penal Code. It penalises a person who by other means than unlawful coercion or by exploitation of another person's vulnerable situation, induces or allows a minor to enter into a marriage or marriage-like relationship. In 2019, the Act on Certain International Relationships on Marriage and Guardianship was amended so that the general rule of non-recognition of a foreign child marriage applies also in situations where, at the time of the marriage, the parties had no specific ties to Sweden.

1. Civil law: validity of the marriage and procedure

The age of majority in Sweden is set at 18. Under Swedish law, a **person under 18 years of age may not enter into a marriage**.⁸³⁹ As of July 1, 2014, there are no exemptions to this rule.⁸⁴⁰

A marriage entered into by a minor is not automatically void; its **dissolution requires that a divorce is filed either by one of the spouses or by the prosecutor**. The rules on dissolution of marriage are laid down in Chapter 5 of the Marriage Act (*Äktenskapsbalk (1987:230)*). According to its section 5, a person that has entered into a marriage before 18 years of age has the right to immediate divorce. The same right is granted to a spouse who was not a minor when entering into the marriage if it is made probable (*görs sannolikt*) that he or she was forced into the marriage. This right to immediate divorce – applicable only to a spouse that is either a minor or victim of a forced marriage - is absolute and therefore not subject to time limit requirements or any other conditions.⁸⁴¹ Divorce proceedings may also be commenced *ex officio* by the prosecutor. This power granted to the prosecutor is motivated by the public interest in dissolving undesirable marriages.⁸⁴²

A government inquiry report (SOU in Swedish) acknowledges that not declaring a forced marriage or a marriage entered into by a minor automatically void appears illogical and inconsistent.⁸⁴³ The report suggests, however, that the arguments for having a system laying down a requirement of divorce are stronger, in particular by stressing that nullity cases would be complex and resource-intensive and that nullity generally is to the detriment financially to the person forced into the marriage.⁸⁴⁴

2. International private law: Marriages concluded abroad

The recognition of marriages concluded under foreign law is subject to specific rules laid down in the **Act on Certain International Relationships on Marriage and Guardianship** (*Lag (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap*). The general principle is that a marriage concluded abroad under foreign law is recognized in Sweden (formally valid) provided that it is valid in the state in which it was concluded.⁸⁴⁵ However, there are certain exceptions to this

⁸³⁹ The Marriage Code (*Äktenskapsbalk (1987:230)*) Chapter 2, section 1.

⁸⁴⁰ Under the previous law, a person under 18 could get married if special approval was granted by the local County Administrative Board (*länsstyrelse*).

⁸⁴¹ Government bill Prop 2003/04:48 Åtgärder mot barnäktenskap och tvångsäktenskap, p. 39.

⁸⁴² Government bill Prop. 2003/04:48 Åtgärder mot barnäktenskap och tvångsäktenskap, p. 38.

⁸⁴³ SOU 2012:35 Stärkt skydd mot tvångsäktenskap och barnäktenskap.

⁸⁴⁴ SOU 2012:35 Stärkt skydd mot tvångsäktenskap och barnäktenskap, p. 219 ff.

⁸⁴⁵ M. Bogdan, *Svensk internationell privat- och processrätt*, 9th ed., Norstedts 2020, p. 164.

principle, including marriages entered into by a minor. Following recent amendments,⁸⁴⁶ in particular an amendment entering into force on 1 January 2019, the general rule of non-recognition of foreign child marriage has been strengthened leaving little room for exceptions.⁸⁴⁷ The 2019 amendment entails that **non-recognition will no longer depend on either party's Swedish nationality or habitual residence in Sweden** at the time of the marriage.⁸⁴⁸

Chapter 1 section 8a of the Act on Certain International Relationships on Marriage and Guardianship provides that if **impediments under Swedish law to conclude the marriage existed at the time the marriage was concluded, it must not be recognized**. Although not explicitly stated, this means that a marriage entered into by a person under the age of 18 must not be recognized.⁸⁴⁹ Chapter 1 section 8a further states that a marriage must not be recognized if there is reason to believe that one (or both) of the spouses was forced into the marriage. The same applies if the parties were not physically present at the conclusion of marriage, provided that at least one of the parties was a Swedish citizen or resident. The provision was amended in 2021 with the effect that the scope of non-recognition of marriage was extended to include all impediments under Swedish law (that is, in addition to the aforementioned impediments such as the 18 years limit), thereby including polygamy and marriage between closer relatives, regardless of whether or not the parties had any connection to Sweden at the time of the marriage.⁸⁵⁰ The amendment was motivated primarily by the need to extend the non-recognition of marriage on the ground of polygamy to situations in which the parties, at the time of the conclusion of the marriage, did not have any ties to Sweden.⁸⁵¹ According to the government, polygamy is incompatible with the principle of gender equality (typically only the man is allowed to marry several women and not vice versa) and often entails negative consequences emotionally and financially for women.⁸⁵²

By way of exception, an underage marriage can be recognized once both spouses are 18 years old, if there are extraordinary reasons (*synnerliga skäl*) to recognize it.⁸⁵³ The exception should be interpreted restrictively and applied on a case-by-case basis taking all relevant circumstances into account.⁸⁵⁴ In particular, it should be considered whether it would have serious negative consequences

⁸⁴⁶ Amendments in 2004 included among other things a restriction stipulating that a foreign marriage should not be recognized if it had been concluded in violation of Swedish marriage impediments and if at least one of the parties was a Swedish citizen or habitual resident at that time. An amendment in 2018 tightened the so-called escape clause in Chapter 1 section 8a of Act on Certain International Relationships on Marriage and Guardianship requiring "extraordinary reason" than the previous "special" reason in order to apply the exception.

⁸⁴⁷ Lag om ändring i lagen (1904:26) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap (SFS 2018:1973).

⁸⁴⁸ Ibid. For commentary on the new legislation see M. Bogdan, Some critical comments on the new Swedish rules on non-recognition of foreign child marriages, (2019) *Journal of Private International Law*, 15:2, 247-256, and M. Jänträ-Jareborg, Populism and comparative law as tools not to recognise foreign marriages, (2019) *Journal of International and Comparative Law; Hong Kong Vol. 6, N° 2*, 347-364, p. 354.

⁸⁴⁹ SFS 2021:465 Lag om ändring i lagen (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap

⁸⁵⁰ Ibid.

⁸⁵¹ SvJT 2021 s. 813, p 814. See also U. Bergquist *et al.*, NJ lagkommentarer: Bryssel II ter-förordningen, Rom III-förordningen, internationella äktenskapslagen och nordiska äktenskapsförordningen, p. 27.

⁸⁵² U. Bergquist *et al.*, NJ lagkommentarer: Bryssel II ter-förordningen, Rom III-förordningen, internationella äktenskapslagen och nordiska äktenskapsförordningen, p. 42.

⁸⁵³ Act on Certain International Relationships on Marriage and Guardianship ((*Lag (1904:26 s. 1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap*) Chapter 1 Section 8a.

⁸⁵⁴ U. Bergquist & A. Fayad, Internationell äktenskapsrätt - En kommentar, Norstedts (Juno version 1A), 2019, commentary to Chapter 1 section 8a, p. 9.

for the couple or that it otherwise seems unreasonable to not recognize the marriage.⁸⁵⁵ While not sufficient in itself for granting an exception, consideration can be taken to the fact that a long time has passed since the marriage was entered into and that the couple want to continue living together, and to the fact that the couple has children. However, according to preparatory documents, rather than applying the exception, the couple should use the possibility to enter into a new marriage.⁸⁵⁶ The exception must be applied in a manner that respects binding international obligations. In particular, a refusal to recognize a marriage must not violate Article 8 in the European Convention of Human Rights and, as regards EU law, the right for EU citizens and their family members' freedom of movement.⁸⁵⁷

Both the Council on Legislation (*Lagrådet*)⁸⁵⁸ and scholars⁸⁵⁹ have criticized the 2019 amendment. The Council on Legislation which is a body composed of a number of Supreme court judges tasked with examining new legislation's potential to lead to the intended results and the compatibility with other legal norms and Sweden's international obligations, strongly recommended the Parliament to not adopt the legislation. The Law Council argued that the proposal was not an effective measure in relation to the stated aim of combating child marriage, in particular since it is not likely to affect the existence of child marriage in other countries. It also criticized the fact that the proposal will lead to situations where persons residing in Sweden do not know if they are married or not and that different public authorities can come to different conclusions as regards the recognition of a marriage. It should be mentioned, however, that it is possible to petition a court for a declaratory judgment on the validity issue.⁸⁶⁰ The Law Council also argued that it is uncertain whether the exception clause, given its restrictive wording, respects the proportionality requirement in Article 8 of the European Convention of Human Rights (ECHR) and that it may constitute a restriction of the right to free movement protected in Article 21 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).⁸⁶¹ Among other things, the Council noted that the corresponding Danish legislation makes an exception for EU citizens and it therefore called for an analysis of why the assessment of the Danish lawmaker came to a different conclusion than its Swedish counterpart.⁸⁶²

*Bogdan*⁸⁶³ focuses his criticism on the proposal's alleged failure to protect the weaker party and analyses the effects on the parties of having a system in which the marriage recognition or non-recognition can depend on the underlying issue at stake and the public authority deciding it. According to Bogdan, the automatic non-recognition of a foreign child marriage enables the husband to abandon his wife (generally it is the wife that was minor at the time of the marriage) upon arrival in Sweden and enter directly into a new marriage with another person. Moreover, a non-recognized marriage could have very negative consequences for the weaker party (generally the woman) in cases of conflict

⁸⁵⁵ Ibid, p. 85.

⁸⁵⁶ Government bill Prop 2017/18:288 Förbud mot erkännande av utländska barnäktenskap, p. 29.

⁸⁵⁷ Government bill Prop 2017/18:288 Förbud mot erkännande av utländska barnäktenskap, p. 136.

⁸⁵⁸ Bilaga 4 Lagrådets yttrande, attached to Government bill Prop 2017/18:288 Förbud mot erkännande av utländska barnäktenskap.

⁸⁵⁹ See for example M. Bogdan, Some critical comments on the new Swedish rules on non-recognition of foreign child marriages, (2019) *Journal of Private International Law*, 15:2, 247-256, and M. Jänträ-Jareborg, Populism and comparative law as tools not to recognise foreign marriages, (2019) *Journal of International and Comparative Law; Hong Kong Vol. 6, N° 2*, 347-364, p. 354.

⁸⁶⁰ M. Bogdan, *Svensk internationell privat- och processrätt*, 9th ed., Norstedts 2020, p. 170.

⁸⁶¹ Bilaga 4 Lagrådets yttrande, attached to Government bill Prop 2017/18:288 Förbud mot erkännande av utländska barnäktenskap.

⁸⁶² Ibid.

⁸⁶³ M. Bogdan, Some critical comments on the new Swedish rules on non-recognition of foreign child marriages, (2019) *Journal of Private International Law*, 15:2, 247-256.

between the spouses or between the surviving spouse and the relatives of the deceased spouse as regards inheritance.⁸⁶⁴

Recognition of a marriage can also be refused with reference to the general *ordre public* exception laid down in Chapter 7 section 4 of the Act on Certain International Relationships on Marriage and Guardianship. The provision has been applied to marriages concluded between parties under the age of 15.⁸⁶⁵ However, following recent years amendments to Chapter 1 section 8a, the *ordre public* exception is of limited relevance in matters concerning underage marriages.

Under Swedish law, a marriage can only be dissolved by divorce or death.⁸⁶⁶ Therefore, there are no provisions laying down procedures for the annulment or invalidity of a marriage.⁸⁶⁷ A **marriage entered into under foreign law not recognized in Sweden is considered directly/automatically invalid** from the start. In principle, such a marriage does not entail any legal effects, such as the right to maintenance or property rights.⁸⁶⁸ However, a decision by a public authority involving the validity of the marriage is not binding on other public authorities examining the validity of the same marriage in other contexts.⁸⁶⁹ For instance, a refusal to register the marriage in the population records does not mean that the marriage will necessarily be considered invalid in a subsequent dispute about inheritance.⁸⁷⁰ The legislator consciously intended this possibility to arrive at incompatible conclusions regarding the recognition of the marriage depending on the context.⁸⁷¹ According to the Government bill to the 2019 amendment of the Act, this intention is due to the the need to protect the weaker party in certain situations, such as a dispute involving inheritance or recognition of fatherhood.⁸⁷²

3. Criminal Law: child marriage as a criminal offence

To force someone by unlawful coercion, or by exploitation of another person's vulnerable situation into marriage is a **criminal offence in Sweden**.⁸⁷³ The rules on forced marriage were introduced in 2014 in the context of Sweden ratifying the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence.

The criminal liability for forced marriage **includes forcing someone into marriage-like relationship in accordance with rules that apply within a group** (typically a relationship according to religious or traditional rules). Attempt, preparation or conspiracy to commit these crimes are also punishable. The penalty for forced marriage is imprisonment for maximum four years.⁸⁷⁴

⁸⁶⁴ Ibid, p. 254.

⁸⁶⁵ M. Jänträ-Jareborg, Sweden: Non-recognition of child marriages concluded abroad, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2020 no 3, p. 267-273.

⁸⁶⁶ The Marriage Code (*Äktenskapsbalk (1987:230)*) Chapter 1, section 5.

⁸⁶⁷ Rules on annulment existed in the former Marriage Code but was abolished in the 1973 reform of the Code. See for example M. Bogdan, *Svensk internationell privat- och processrätt*, 9th ed., Norstedts 2020, p. 165.

⁸⁶⁸ Ibid.

⁸⁶⁹ M. Bogdan, Some critical comments on the new Swedish rules on non-recognition of foreign child marriages, (2019) *Journal of Private International Law*, 15:2, 247-256, p. 253.

⁸⁷⁰ Ibid, and sources there cited.

⁸⁷¹ Government bill Prop 2017/18:288 Förbud mot erkännande av utländska barnäktenskap, p. 30.

⁸⁷² Ibid.

⁸⁷³ *Brottsbalken (1962:700)* Chapter 4 section 4 c.

⁸⁷⁴ *Brottsbalken (1962:700)* Chapter 4 section 4 c and 10.

It is also a criminal offence to deceive a person into **traveling abroad for the purpose of forcing him or her into marriage**. The penalty for this crime is imprisonment for maximum two years.⁸⁷⁵

A provision specifically targeting underage marriage – **child marriage offense** - was introduced in 2020, by adding a third section to Chapter 4 section 4c in the Penal Code.⁸⁷⁶ It penalises a person who by other means than unlawful coercion or by exploitation of another person's vulnerable situation, induces or allows a minor to enter into a marriage (that is valid in the state where it is entered into) or marriage-like relationship in accordance with rules that apply within a group. Accordingly, it can be applied in cases involving minors where the criteria of coercion required for the forced marriage offense is not fulfilled. Moreover, it suffices that the perpetrator was negligent (i.e. no requirement of intent) regarding the circumstance that the person was a minor. The child marriage offense was introduced alongside other amendments to the Penal Code that concern honour-related crimes.⁸⁷⁷ The amendments are based on the proposals made by a 2017 government-appointed inquiry tasked with investigating the needs for new legislation aimed at ensuring better protection against child marriage, forced marriage and honour-related crimes.⁸⁷⁸

The provisions on forced marriage and child marriage offence are laid down in Chapter 4 in the Penal Code (*Brottsbalken (1962:700)*) and read as follows (author's emphasis in bold):⁸⁷⁹

§ 4c. A person who, in cases other than those referred to in Section 1a [trafficking in human beings], by unlawful coercion, or by exploitation of another person's vulnerable situation, induces another person to enter into a marriage that is valid in the state where it is entered into, in the state under whose laws it is entered into, or in a state in which at least one of the spouses is a citizen or is habitually resident is guilty of **coercion to marry** and is sentenced to imprisonment for at most four years.

This also applies to a person who, in a way referred to in the first paragraph, induces another person to enter into a **relationship similar to marriage** if it is entered into under rules that apply within a group and that:

1. mean that the parties are regarded as spouses and are deemed to have rights and obligations in relation to one another; and
2. include the question of the dissolution of the relationship.

A person who commits an act referred to in the first or second paragraph against a person who has not attained eighteen years of age, is guilty of a **child marriage offence** and is sentenced to imprisonment for at most four years. A person who in other cases induces or allows a person who has not attained eighteen years of age to enter into a marriage that is valid in a way referred to in the first paragraph, or a relationship similar to marriage in accordance with what is stated in the second paragraph, is also guilty of a child marriage offence. This also applies if the person who commits such an act did not have intent but was negligent regarding the circumstance that the other person had not attained eighteen years of age.

§ 4d. A person who, in cases other than those referred to in Section 1a [trafficking in human beings], by deception, induces another person to travel to another state than the state where the person is living

⁸⁷⁵ Brottsbalken (1962:700) Chapter 4 section 4 d.

⁸⁷⁶ SFS 2020 :349.

⁸⁷⁷ See Government bill Prop. 2019/20:131 Ökat skydd mot hedersrelaterad brottslighet. For instance, the preservation of honour was added to the list of aggravating circumstances when deciding the penalty value of an offense.

⁸⁷⁸ Direktiv 2017:25 Starkare skydd mot barnäktenskap, tvångsäktenskap och brott med hedersmotiv, information available at <https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/kommittedirektiv/2017/03/dir.-201725/> (07.10.2018).

⁸⁷⁹ An unofficial English translation is available at the Government's website <https://www.government.se/government-policy/judicial-system/the-swedish-criminal-code/> (29.12.2021).

in order for that person to be subjected to an act referred to in Section 4c is guilty of **deception for the purpose of marriage abroad** and is sentenced to imprisonment for at most two years.

§ 10. Responsibility is assigned under Chapter 23 for attempting, preparation or conspiracy to commit kidnapping, trafficking in human beings, gross human exploitation or unlawful deprivation of liberty and for failure to disclose or prevent such an offence. This also applies to attempting, preparation or conspiracy to commit human exploitation, gross unlawful coercion, coercion to marry, a child marriage offence or making a gross unlawful threat, and to attempting or preparation to commit breach of data security that, if completed, would not have been considered minor, or gross breach of data security.

4. Immigration law: consequences for a spousal visa

According to the general rule laid down in the Aliens Act (*Utlänningslagen*), a temporary residence permit granted on the grounds of marriage cannot be extended if the relationship has ended.⁸⁸⁰ There are no provisions specifically addressing the situation of child marriage or forced marriage. The point of departure, therefore, is that a victim of child marriage or forced marriage who has been granted a temporary residence permit on the grounds of the marriage does not *per se* have the right to a new residence permit after the denunciation of the marriage.⁸⁸¹

The right to a continued residence permit when the relationship has ended is regulated in Chapter 5 section 16 in the Aliens Act (*Utlänningslag (2005:716)*). It provides that in case a relationship has ended, a residence permit may be granted if one of the following requirements are fulfilled: (1) the alien has special ties to Sweden; (2) **the relationship has ended primarily because in the relationship the alien or the alien's child has been subjected to violence or some other serious violation of their liberty or peace**; or (3) there are other strong grounds for prolonging the alien's residence permit. According to the Government bill, consideration shall be taken to the gravity of the violence or violation, the circumstances under which it occurred, if it was a single incident or repeated violations, and the duration of the relationship.⁸⁸² We are not aware of any case-law in which residence permit has been granted under this provision on the basis of forced marriage or child marriage. Additional research would be needed in order to answer this question in further detail.

The exception rule laid down in Chapter 5 section 16 in the Aliens Act is not applicable if the marriage on which the residence permit was based on is a so-called **marriage of convenience** (*skenäktenskap*).⁸⁸³

5. Refugee law: International protection against child marriage

Refugee status and subsidiary protection is regulated in the Aliens Act (*Utlänningslag (2005:716)*) Chapter 4 section 1 and 2. According to Chapter 4 section 1, a refugee is a person who has left his or her country of nationality and have a well-founded fear of persecution in that country due to their race, their nationality, their religious or political beliefs or on grounds of gender, sexual orientation or

⁸⁸⁰ Aliens Act (*Utlänningslag (2005:716)*) Chapter 5 section 16.

⁸⁸¹ As regards residence permit granted on the grounds of marriage, it should be noted Chapter 5 section 17a in the Aliens Act provides that a residence permit can be refused if one of the spouses *at the time of the request* is under the age of 18.

⁸⁸² Government bill Prop. 1999/00:43 Uppehållstillstånd på grund av anknytning, p. 64.

⁸⁸³ H Sandesjö & G. Wikrén, *Utlänningslagen med kommentarer*, Juno version 12B, 2021, commentary to Chapter 5 section 16 and case law there cited.

other membership of a particular social group. The grounds of gender and sexual orientation were introduced in 2005.⁸⁸⁴

Regulated in Chapter 4 section 2 of the Aliens Act, status as *alternativt skyddsbehövande* corresponds to subsidiary protection status laid down in Article 2 f of Directive 2001/95/EU.⁸⁸⁵ This category thus includes individuals who have left their country of nationality and have a well-founded fear of suffering the death penalty or execution; or torture or inhuman or degrading treatment or punishment. Furthermore, subsidiary protection is applicable to civilians in need of protection due to a serious and individual threat to his or her life or person by reason of indiscriminate violence in situations of international or internal armed conflict.⁸⁸⁶

The duration of the residence permit for the different protection grounds is temporary and ranges from 13 months (subsidiary protection) to three years (refugee status).⁸⁸⁷

Persons at risk of forced marriage or **victims of forced marriage may, under certain circumstances, be entitled to refugee status.** In a case decided in 2018, the Migration Court in Gothenburg granted a 15-year old Iraqi woman refugee status because of the risks to be forced into marriage if she returned to Iraq. The Court held that the right to choose a spouse and to enter into marriage freely and with complete consent is a human right that is so fundamental for a person's identity that it cannot be compromised. It then stated that forced marriage is an example of gender-related persecution.⁸⁸⁸

In cases involving a person under the age of 18, the best interest of the child shall be taken into account, in particular the need to protect the child's health and development.⁸⁸⁹ The United Nation's Convention on the Rights of the Child was incorporated into Swedish law on 1 January, 2020.⁸⁹⁰ Case law has established that circumstances that qualify for granting a residence permit for a child is not necessarily sufficient for a person over the age of 18.⁸⁹¹

As regards forced marriage, we are not aware of any cases or commentary in the legal literature where this issue is discussed specifically from the perspective of the age of the victim. Moreover, we have not found any cases or commentary discussing child marriage as a ground in itself for the qualification of international protection. Further research would be needed to answer this question.

⁸⁸⁴ Aliens Act (*Utlänningslag (2005:716)*) Chapter 4 section 1. Before 2005, a person persecuted on grounds of gender could only be granted subsidiary protection status (*övrig skyddsbehövande*).

⁸⁸⁵ I. Fridström, *Utlänningslag (2005:716)*, Juno lagkommentar, 2021, commentary to Chapter 4 section 2.

⁸⁸⁶ Aliens Act (*Utlänningslag (2005:716)*) Chapter 4 section 2.

⁸⁸⁷ Alien Act (*Utlänningslag (2005:716)*), Chapter 5 section 1a. The previous principle of granting permanent residence permit directly was abandoned in 2016, after a dramatic increase in asylum seekers in 2015, see Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.

⁸⁸⁸ The case is commented at <http://www.dagensjuridik.se/2018/04/risk-tvangsgifte-innebar-forfoljelse-pa-grund-av-kon-tonarsflicka-beviljas-asyl-av-domstol> and at <http://www.lexnova.se/artiklar/2018/03/13/flicka-far-flyktingstatus-riskerar-tvangsgifte-och-darmed-forfoljelse-pa-grund-av-kon-i-hemlandet/> (15.05.2018).

⁸⁸⁹ Aliens Act (*Utlänningslag (2005:716)*) Chapter 1 section 10. This has resulted in that the Swedish Migration Agency (*Migrationsverket*) and the migration courts have added emphasis on child related issues; see for example M. Nyman, Country Report: Sweden, 2020, report prepared by Asylrättscentrum and edited by the European Council on Refugees and Exiles, p. 10. The report is available at <https://asylumineurope.org/reports/country/sweden/> (03.02.2022).

⁸⁹⁰ Lag (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter

⁸⁹¹ H Sandesjö & G. Wikrén, *Utlänningslagen med kommentarer*, Juno version 12B, 2021, commentary to Chapter 1 section 10 and case law there cited, in particular MIG 2020:24.

IV. OBSERVATIONS COMPARATIVES

1. Droit civil : Validité du mariage et procédure

Le droit international⁸⁹² demande aux Etats de **fixer un âge minimal** pour le mariage – en fonction de la capacité des futurs époux à donner leur libre et plein consentement personnel – et auquel il ne peut être dérogé que pour des motifs graves, dans l'intérêt des futurs époux. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et le Comité des droits de l'enfant ont précisé que cet âge minimal est de 18 ans, et admettent qu'un enfant mature et doté de toutes ses capacités puisse exceptionnellement être autorisé à se marier, à condition (notamment) que l'enfant ait au moins 16 ans.

Dans l'ensemble des Etats observés, l'âge de la majorité et l'âge de la capacité à se marier sont fixés à **18 ans**. Alors que dans certains ordres juridique aucune **dérogation** à cette règle n'est permise (Allemagne, Danemark, Norvège, Pays-Bas et Suède), dans d'autres sont posées des exceptions. Il est alors éventuellement permis de se marier avant la majorité avec le consentement des parents et / ou une autorisation judiciaire délivrée en présence de motifs graves. Les exceptions possibles peuvent en outre être encadrées par une limite d'âge minimum : 16 ans (Autriche, Espagne, Italie et Royaume-Uni - à noter que le législateur anglais projette de supprimer la possibilité de se marier avant l'âge de 18 ans).

Dans les pays où des exceptions sont admises, on observe la mise en place de **mesures de prévention du mariage forcé précoce**, telles que l'audition préalable du mineur afin d'évaluer sa capacité et sa volonté (par exemple : en Autriche, en Espagne et en France), la possibilité d'avoir recours à un interprète avant et pendant la cérémonie pour s'assurer du consentement (par exemple : en France), des mesures d'enquête (par exemple : en Belgique), ou encore la possibilité pour le juge d'imposer un *forced marriage protection order* pour interdire tout acte qui pourrait conduire une personne à se trouver forcée de se marier (Royaume-Uni).

Les rapports nationaux abordent ensuite **la question de la validité du mariage** conclu en dessous d'un certain âge, voire sous la contrainte. On observe alors différentes solutions : nullité automatique (sans l'intervention d'une décision), possibilité de demander aux autorités l'annulation du mariage (la nullité sera tantôt absolue, tantôt relative), ou encore sa dissolution (c'est-à-dire le divorce). Certains Etats prévoient par ailleurs des mécanismes permettant de remédier au vice et ainsi de rendre le mariage valable.

Ainsi, à l'exception de ce qui est prévu dans quelques ordres juridiques (c'est-à-dire en dehors de l'Allemagne pour les mineurs de moins de 16 ans, du Danemark et du Royaume-Uni pour les mineurs de moins de 16 ans et les mineurs qui ont entre 16 et 18 ans mais n'ont pas obtenu le consentement parental), **la nullité ou la dissolution du mariage du mineur n'est pas automatique**⁸⁹³. Elle doit être demandée par un époux (Autriche, Belgique, France, Suède et Norvège), l'époux mineur une fois sa majorité atteinte (Espagne et Italie), l'autorité compétente (dans tous les ordres juridiques nationaux sélectionnés), les parents de la personne ayant conclu le mariage alors qu'elle était mineure (Espagne,

⁸⁹² Convention relative aux droits de l'enfant (RS 0.107), Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (RS 0.108), Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, Pacte international relatif aux droits civils et politiques (RS 0.103.2), Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage (RS 0.311.371), Convention sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels (RS 0.311.40).

⁸⁹³ La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes prévoit que les mariages d'enfants n'ont pas d'effets juridiques.

France et Italie) ou tout tiers concerné ou y ayant un intérêt (Belgique et France). Les délais pour ce faire varient de 6 mois à partir de la majorité de la personne mariée alors qu'elle était mineure (en Belgique), à 30 ans à compter de la célébration du mariage (en France, lorsque le mineur n'avait pas obtenu la dispense du procureur de la République pour se marier); certains Etats ne prévoient pas de délai de prescription (Norvège et Suède).

Lorsque le mariage du mineur est forcé, les règles changent (sauf en Suède), sans nécessairement qu'elles comportent alors une spécificité pour les mineurs. Elles varient notamment selon les pays en termes de points de départ de la prescription de l'action. Il pourra ainsi s'agir de la fin de la contrainte combinée à la date du mariage (Danemark et Norvège), de la fin de la contrainte seulement (Espagne), de la fin de la contrainte et de l'atteinte de la majorité (Allemagne où s'ajoute comme point de départ la connaissance des circonstances pour le représentant légal de l'incapable, Autriche et Italie), ou de la date du mariage seulement (France et Royaume-Uni). Trois ordres juridiques ne posent pas de prescription (Belgique, Norvège où un divorce sur ce motif est possible lorsque l'annulation ne l'est plus, et Suède où il s'agit dans tous les cas d'un divorce). En tout cas, le droit international, en la Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique⁸⁹⁴ (communément appelée Convention d'Istanbul), impose aux Etats parties de prendre les mesures nécessaires pour que les mariages forcés puissent être annulables, annulés ou dissous.

Lorsque le mariage est annulé, l'effet n'est **rétroactif** que dans certains Etats, et en tout cas pas à l'égard de l'époux de bonne foi et des enfants du couple, le cas échéant (Autriche, Belgique, Espagne, France et Italie). En Italie, par exemple, le rapport national fait état du versement d'une indemnité par le conjoint fautif et/ou le tiers auquel l'annulation est imputable, en plus de la possibilité de prévoir une pension alimentaire pendant 3 ans.

En Allemagne, l'annulation (pour les mineurs de 16 ans ou plus) en raison de la minorité ou de la contrainte n'a d'effet que **pour l'avenir**. Il existe des règles relatives à l'entretien en faveur des ou de l'époux qui ignoraient le motif de nullité ou de l'époux forcé à se marier (qui sera le seul à avoir droit à une pension). Le droit allemand applicable en matière de divorce s'applique à la liquidation, pour le logement et les biens du ménage.

Au Danemark, le mariage du mineur n'étant automatiquement pas valable, **aucun effet légal** n'est prévu. En Norvège, on rappelle qu'il n'y a éventuellement annulation que dans le cas où le mariage est forcé (sinon on aura recours à un divorce) ; le droit norvégien considère dans ce cas que le mariage n'a jamais existé et que les parties n'ont donc aucun des droits qui s'ouvrent en cas de divorce (cela étant, des dispositions applicables aux cohabitants non-mariés peuvent s'appliquer dans certains cas et conduire au versement d'un soutien financier).

Dans certains Etats, il existe des **mécanismes permettant de remédier au fait qu'un époux n'avait pas l'âge requis au moment du mariage**. Il s'agira : de l'appréciation de motifs graves par les autorités nationales (Allemagne, Danemark et Norvège), de l'impossibilité d'annuler le mariage si les conjoints ont vécu un an ensemble depuis que la majorité a été atteinte (Belgique et Espagne), de la volonté du mineur de maintenir le mariage une fois qu'il a atteint l'âge de la majorité (Autriche, Allemagne pour les mineurs mariés entre 16 et 18 ans, et Italie) ou qu'il a eu des enfants (Italie), ou du consentement du représentant légal donné *a posteriori* (Autriche et France).

894

RS 0.311.34.

2. Droit international privé : Mariages conclus à l'étranger

Im internationalen Privatrecht der untersuchten Rechtsordnungen finden sich in **formeller Hinsicht drei unterschiedliche Ansätze** zum Umgang mit im Ausland geschlossenen Ehen. Die skandinavischen Rechtsordnungen sowie die Niederlande und gewissermassen auch Belgien und Spanien sehen wie die Schweiz (Art. 45 IPRG) eigene Normen vor, welche die Frage der Anerkennung regeln, und dies (mindestens formell) separat von der Frage des auf eine Eheschliessung anwendbaren Rechts. Nach dem französischen Modell bestehen Anerkennungsvorschriften nur für die Staatsangehörigen des jeweiligen Landes. Schliesslich behandeln Rechtsordnungen wie Deutschland und Österreich sowie Italien die Ehwirksamkeit durch Verweisungsnormen, d.h. die Ehe wird dann anerkannt, wenn sie nach gewissen (ausländischen) Rechtsordnungen gültig ist.⁸⁹⁵ Dies gilt auch im englischen Recht. Im Rahmen neuerer Revisionen ist allerdings eine gewisse Vermischung der Ansätze zu erkennen, was daran liegt, dass die Gesetzgeber aus politischen Gründen die Anerkennung vermehrt aktiv gestalten und Mindestanforderungen formulieren, gerade in Bezug auf das Alter.

Inhaltlich ist die Ausgangslage etwas einheitlicher. So wird eine ausländische Ehe in der **Mehrheit der Rechtsordnungen** dann anerkannt, wenn die Eheschliessung formell nach dem Recht des Eheschliessungsstaats (*lex loci celebrationis*) und materiell (d.h. hinsichtlich der Ehevoraussetzungen) **dem nationalen Recht der beiden Ehegatten** entspricht (wobei das englische Recht auf das «*domicile*» der Ehegatten abstellt). Allerdings wird auch bei Erfüllen dieser Voraussetzungen eine Ehe nicht anerkannt, wenn dies dem **ordre public** der anerkennenden Rechtsordnung widersprechen würde. Dieser Mechanismus gilt nicht nur in Österreich, Italien und England, sondern auch in Belgien, Spanien und Frankreich. Das deutsche Recht folgt ebenfalls derselben Logik, sieht aber seit 2017 bei Minderjähigenehen eine Sonderanknüpfung an das deutsche Recht vor, wonach diese je nach Alter nichtig oder aufhebbar sind.

Die untersuchten **skandinavischen Rechtsordnungen** sowie die Niederlande verlangen für eine Anerkennung nicht das Bestehen der Ehevoraussetzungen nach dem jeweiligen nationalen Recht der Ehegatten, stellen aber **inhaltliche Anforderungen** an eine Anerkennung. So ist nach dem 2017 revidierten dänischem Recht eine Anerkennung **grundsätzlich** u.a. dann nicht möglich, wenn ein Ehegatte bei der Eheschliessung unter **18 Jahre** alt war; dasselbe gilt nach einer Revision von 2018 nach schwedischem Recht, wobei seit einer erneuten Revision mit Wirkung ab 01.07.2021 allgemein auf das Vorliegen von Ehehindernissen nach schwedischem Recht abgestellt wird. Das geltende norwegische Recht sieht Mindestanforderungen wie das Mindestalter von 18 Jahren nur vor, soweit mindestens einer der Ehegatten norwegischer Staatsangehöriger ist oder in Norwegen Wohnsitz hat. Entsprechend der in Dänemark und Schweden erfolgten Änderungen sollen diese Anforderungen nach einer 2021 beschlossenen aber noch nicht in Kraft stehenden Revision allerdings auf alle im Ausland geschlossenen Ehen ausgeweitet werden. Alle drei Rechtsordnungen sehen aber Ausnahmen von dieser grundsätzlichen Nichtanerkennung der Minderjähigenehe vor und erlaubt eine Anerkennung, wenn wichtige Gründe dafür bestehen und (in Schweden) die Ehegatten im Zeitpunkt der Anerkennung mindestens 18jährig sind. Im niederländischen Recht wird die Mindestanforderung im Rahmen einer Konkretisierung der *ordre public* – *Widrigkeit* formuliert. So ist zwar nach aktuell geltendem Recht die einzige Schranke der Anerkennung der *ordre public*, doch das Gesetz führt seit 2015 relativ detailliert aus, dass eine mit einer im Zeitpunkt der Eheschliessung unter 18jährigen Person per Gesetz als *ordre public* widrig anzusehen ist. Dies gilt allerdings nicht, wenn im Zeitpunkt der Anerkennung beide Ehegatten das 18. Altersjahr vollendet haben; es tritt also eine Heilung ein. Nach einem aktuellen Reformvorschlag soll eine Ehe von Minderjährigen allerdings (ausser für Scheidungsklagen) immer als *ordre public* widrig angesehen werden. Im Ergebnis und von der Regelungstechnik kommt die Rechtslage somit derjenigen in den skandinavischen Rechtsordnungen relativ nahe.

⁸⁹⁵ S. N. Yassari / R. Michaels, Die Frühehe im Rechtsvergleich : Praxis, Sachrecht, Kollisionsrecht, in Yassari/Michaels (Hrsg.), Die Frühehe im Recht, Tübingen 2021, 17 ff., S. 67.

Entsprechend lässt sich der Umgang mit im Ausland geschlossenen **Minderjährigen** folgendermassen zusammenfassen. Ausser in Skandinavien,⁸⁹⁶ den Niederlanden und Deutschland werden auch Minderjährigenehen grundsätzlich anerkannt, aber im Rahmen einer **Einzelfallprüfung der *ordre public-widrigkeit*** wird über die Nichtanerkennung einer Minderjährigenehe entschieden. Trotz derselben Grundidee unterscheiden sich allerdings die verschiedenen Staaten in der Anwendung und im Detaillierungsgrad der Regelung wesentlich: Das französische Recht operiert nicht mit einer Altersgrenze sondern mit der Pubertät (eines) der Ehegatten. In Österreich und Italien scheint eine Ehe unter 16 Jahren (mindestens in der Regel) als *ordre public* widrig angesehen zu werden, in Spanien greift der *ordre public* ab 14 Jahren, und nach (allerdings etwas älterer) englischen Rechtsprechung wurde in einem Einzelfall mit wenigen Verbindungen zu England eine Ehe einer 13 jährigen Nigerianerin als gültig befunden. Auch die jüngere norwegische Rechtsprechung sah die Anerkennung einer Ehe einer im Zeitpunkt der Eheschliessung 13jährigen Syrerin im Zusammenhang mit einer aufenthaltsrechtlichen Beurteilung in Anbetracht der gemeinsamen Kinder und der Ehedauer sowie des Alters im Anerkennungszeitpunkts nicht als *ordre public-widrig*. Auch wenn es sich beim *ordre public* um eine Einzelfallprüfung handelt und die in Lehre und Rechtsprechung enthaltenen Altersangaben deshalb nur schwer zu vergleichen sind und im Laufe der Zeit ändern können, geben sie einen Anhaltspunkt über die unterschiedliche Handhabung der *ordre public* - Widrigkeit in den verschiedenen Rechtsordnungen.

Die meisten untersuchten **skandinavischen** Rechtsordnungen⁸⁹⁷ sowie das niederländische Recht sehen hingegen die **grundsätzliche Nichtanerkennung von Minderjährigenehen** vor, wobei **Ausnahmen** möglich sind. Dabei spielt das Alter im Zeitpunkt der Anerkennung, das Vorliegen gemeinsamer Kinder, die Dauer des gemeinsamen Haushalts eine Rolle, erforderlich ist zudem in der Regel ein gemeinsamer Antrag; die Gesetzesmaterialien sind vor allem in Dänemark eher zurückhaltend bei der Identifikation einzelner Faktoren, die Praxis scheint wesentlich flexibler.

In **Deutschland** gelten Ehen mit Minderjährigen unter 16 Jahren per Gesetz als Nichtehe, so dass eine Anerkennung nicht möglich ist; diese starre Regel wird allerdings aktuell vom Bundesverfassungsgericht geprüft und in der Lehre stark kritisiert. Ehen zwischen 16 und 18 Jahren können aufgehoben werden, wobei auch Verwaltungsbehörden antragsberechtigt sind. Auch wenn das Gericht von einer Aufhebung der Ehe nur absehen kann, wenn dies zur Vermeidung einer schweren Härte für die Ehegatten oder die aus der Ehe hervorgegangenen Kinder geboten erscheint, geht die Praxis regelmässig vom Bestehen eines Härtefalls aus – auch hier finden sich ähnliche Faktoren wie in den skandinavischen Rechtsordnungen. Insgesamt scheint die Reform eher einen beschränkten Einfluss gehabt zu haben.

Abschliessend ist zu bemerken, dass in einer Vielzahl von Rechtsordnungen insbesondere in Nordeuropa (Dänemark, Deutschland, Niederlande, Norwegen, Schweden) der Umgang mit Minderjährigenehen in den letzten Jahren (teilweise wiederholt) Gegenstand von **Gesetzesrevisionen** war. Gemeinsam war den Vorstössen, dass Altersgrenzen beziffert wurden; mit einer Berücksichtigung des Alters im Zeitpunkt der Anerkennung soll schliesslich vermieden werden, dass eine Ehe automatisch aufgelöst und danach frisch geschlossen wird. In der Regel wurden aber auch Ausnahmeregelungen festgelegt, dies um Härtefälle zu vermeiden sowie menschenrechtlichen Anforderungen zu genügen. Gerade dieser Punkt führte (und führt) oft zu kontroversen Diskussionen in den jeweiligen Rechtsordnungen. Bezeichnend ist schliesslich, dass trotz der in der Gesetzgebungsdebatte erhoffte Striktheit in der Praxis regelmässig eine Einzelfallbeurteilung erfolgt.

⁸⁹⁶ Mit Ausnahme des geltenden norwegischen Rechts bei Ehen ohne Bezug zu Norwegen.

⁸⁹⁷ Mit Ausnahmen von im Ausland geschlossenen Ehen ohne Bezug zu Norwegen, nach geltendem Recht.

3. Droit pénal : Incrimination du mariage du mineur

Plusieurs Etats ont récemment spécialement incriminé le mariage précoce. L'infraction de mariage d'enfant punit l'incitation ou la permission du mariage d'un mineur (ou d'une relation similaire), même s'il n'y a pas de contrainte ou simple négligence (en Suède depuis 2020, au Danemark depuis 2021 et en Norvège pour les mineurs de moins de 16 ans). Au Danemark, depuis 2021, la personne qui officie un mariage religieux sans obligation civile ou toute autre forme de relation s'apparentant au mariage et l'époux de plus de 18 ans peuvent également être punis, sans considération du consentement des époux. Au Royaume-Uni, une proposition de loi en ce sens est actuellement à l'étude.

Dans l'ensemble des ordres juridiques observés, **le mariage précoce n'est pas considéré comme forcé par principe.** On relève néanmoins, par exemple, que le législateur norvégien indique avoir incriminé le mariage précoce en grande partie afin de prévenir les mariages forcés, ou encore que les Etats parties à la Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage se sont engagés à fixer des âges minimums appropriés pour le mariage, au motif que le mariage forcé est une pratique analogue à l'esclavage⁸⁹⁸.

Le **mariage forcé des mineurs** ne fait l'objet d'une mention spécifique qu'en Suède. Cela étant, la définition de l'infraction et sa peine y sont les mêmes que pour le mariage forcé des majeurs.

Parmi les ordres juridiques dans lesquels le mariage précoce ou le mariage forcé des mineurs ne font pas l'objet d'une disposition pénale spéciale, certains incriminent **le mariage forcé en général** dans une disposition applicable aux mineurs (Allemagne, Belgique, Espagne, Italie depuis 2019, Norvège (y inclus les relations similaires au mariage) et Royaume-Uni) et prévoient éventuellement que **la minorité de la victime constitue une circonstance aggravante** de la peine (Belgique, Espagne et Italie). En ce sens, la Convention d'Istanbul prévoit que les Etats parties doivent incriminer le fait de forcer un adulte ou un enfant à contracter mariage.

Cela étant, les autres ordres juridiques répriment tout de même de tels faits par le biais d'**infractions périphériques**, telles que les violences, même psychologiques, le meurtre, la menace de mort ou de violence, le viol entre époux⁸⁹⁹, le viol sur mineur, l'enlèvement, la séquestration (France⁹⁰⁰ et Autriche⁹⁰¹), la coercition illicite (Danemark) ou la contrainte grave (Autriche⁹⁰²).⁹⁰³ Dans ces cas, la minorité de la victime (Autriche et France) ou la contrainte à mariage (Danemark et France) peuvent constituer des circonstances aggravantes.

⁸⁹⁸ Voir également : Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes & Comité des droits de l'enfant, Recommandation générale / observation générale conjointe n° 31 du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et n° 18 du Comité des droits de l'enfant sur les pratiques préjudiciables, *op. cit.*

⁸⁹⁹ Voir également, au plan international, la Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes et la jurisprudence de la Cour EDH, notamment.

⁹⁰⁰ A noter que, en France, depuis 2021, sont incriminés le viol et les agressions sexuelles sur les mineurs de moins de 15 ans sans qu'il ne soit plus nécessaire de caractériser la menace, la contrainte, la violence ou la surprise.

⁹⁰¹ Le droit autrichien considère même qu'il y a soupçon de commission d'infraction sexuelle dans tout mariage d'un mineur de moins de 14 ans.

⁹⁰² Le droit autrichien incrimine le mariage forcé ; mais cette disposition n'est applicable qu'aux personnes ayant la capacité légale de se marier ; ainsi, c'est l'infraction de contrainte grave qui punira le mariage forcé des mineurs.

⁹⁰³ Voir également la doctrine et la jurisprudence citées de la Cour EDH interprétant les articles 3 et 4 de la Convention EDH comme pertinents en matière de violences accompagnant les mariages forcés.

La répression du mariage forcé par le biais d'infractions périphériques a pu être préférée afin de répondre au besoin de palier des blocages dus à l'absence de réciprocité d'incriminations avec des ordres juridiques où le mariage forcé n'est pas réprimé. Le rapport de droit français observe en effet que, parce que, en matière délictuelle, le droit français exige la réciprocité d'incrimination lorsque l'applicabilité du droit matériel français repose sur la compétence personnelle active, la doctrine relève que des infractions très spécifiques, telles que les manœuvres dolosives destinées à provoquer un départ du territoire national ou le non-respect d'une ordonnance de protection, rempliront difficilement ce critère. Pour cette raison, la doctrine salue « le bon choix législatif qui permet de s'assurer de l'efficacité internationale de la répression »⁹⁰⁴, car **la répression du mariage forcé à travers l'utilisation des circonstances aggravantes d'infractions très largement incriminées à l'étranger, telles que les violences, plutôt que la création d'une disposition spécifique, permet d'assurer la réciprocité des incriminations**, dans la mesure où les mariages forcés ne sont pas toujours réprimés, en tant que tels, à l'étranger. Cela étant, on relève que la Convention d'Istanbul prévoit que les Etats parties doivent reconnaître leur compétence à l'égard des infractions commises par ou contre leurs ressortissants ou les personnes ayant leur résidence habituelle sur leur territoire, indépendamment du lieu de commission, mais également **sans rechercher la réciprocité d'incrimination**⁹⁰⁵.

On relève en outre que certains Etats incriminent l'usage de manœuvres dolosives pour **déterminer une personne à quitter le territoire pour la contraindre à se marier** (Autriche, Espagne, France, Norvège, Royaume-Uni et Suède), ou encore le non-respect d'une **ordonnance de protection** pour personne menacée de mariage forcé ou d'un *forced marriage protection order* (cf. *supra* 1.) (France et Royaume-Uni). La Convention d'Istanbul prévoit en effet que les Etats parties doivent incriminer le fait de tromper un adulte ou un enfant afin de l'emmener sur le territoire d'un autre Etat avec l'intention de le forcer à se marier.

Plusieurs rapports nationaux précisent que le mariage forcé est considéré comme étant une circonstance aggravante de l'infraction de **traite des êtres humains** (Espagne et Italie). Le rapport espagnol précise d'ailleurs que, lorsque la victime est mineure, la peine est aggravée et les conditions requises pour que les faits soient qualifiés sont assouplies (Espagne). La Directive européenne concernant la prévention de la traite des êtres humains et la lutte contre ce phénomène ainsi que la protection des victimes (applicable à la traite des êtres humains à des fins de mariages forcés) engage les Etats à prévoir la possibilité d'engager des poursuites pendant une période suffisamment longue après que la victime a atteint l'âge de la majorité, et que les auteurs de la traite voient leur peine augmenter lorsque les victimes sont des enfants.

⁹⁰⁴ Cazalbou, La sanction pénale des mariages forcés, *op. cit.*, p. 227.

⁹⁰⁵ Convention d'Istanbul, article 44 : « 1 Les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour établir leur compétence à l'égard de toute infraction établie conformément à la présente Convention, lorsque l'infraction est commise : [...] d par un de leurs ressortissants; ou e par une personne ayant sa résidence habituelle sur leur territoire. 2 Les Parties s'efforcent de prendre les mesures législatives ou autres nécessaires pour établir leur compétence à l'égard de toute infraction établie conformément à la présente Convention, lorsque l'infraction est commise contre l'un de leurs ressortissants ou contre une personne ayant sa résidence habituelle sur leur territoire. 3 Pour la poursuite des infractions établies conformément aux articles 36 [violence sexuelle y compris le viol], 37 [mariages forcés] [...] de la présente Convention, les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour que l'établissement de leur compétence ne soit pas subordonné à la condition que les faits soient également incriminés sur le territoire où ils ont été commis. [...] ».

4. Droit des étrangers : Conséquences sur le titre de séjour délivré en raison du mariage

Le droit des étrangers en vigueur dans la majorité des ordres juridiques observés prévoit la possibilité d'attribuer ou de permettre la conservation du titre de séjour délivré en raison du mariage lorsque celui-ci est annulé en raison du caractère forcé du mariage, pour permettre à la victime du mariage forcé de **se soustraire à la violence**.

Il s'agira souvent de **dispositions générales relatives aux violences domestiques**, en ce sens pertinentes pour des cas de mariages forcés conclus par des mineurs (Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, France, Italie, Royaume-Uni, Suède, voire Allemagne⁹⁰⁶).

En Autriche, en France et en Norvège, il existe en outre des **titres de séjour spécifiques pour les cas d'annulation ou de divorce pour mariage ou partenariat forcé**.

Par ailleurs, les rapports autrichiens et français font état de dispositions permettant à **la victime emmenée à l'étranger, de retrouver leur statut de résident** ou de ne pas être pénalisée à cet égard. Ces mesures correspondent à ce que prévoit la Convention d'Istanbul, en ce qu'elle prévoit que les « Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour que les victimes de mariages forcés amenées dans un autre pays aux fins de ce mariage, et qui perdent en conséquence leur statut de résident dans le pays où elles résident habituellement, puissent récupérer ce statut »⁹⁰⁷.

Au plan international, les Etats parties à la Convention d'Istanbul du **Conseil de l'Europe** se sont engagés à garantir un permis de résidence autonome aux victimes dont le statut de résident dépend de celui de leur conjoint ou partenaire, dans l'éventualité de la dissolution du mariage ou de la relation, en cas de situations particulièrement difficiles. Le droit de l'**Union européenne** comprend aussi plusieurs normes en ce sens, que la victime soit un membre de la famille d'un ressortissant de l'UE qui a exercé son droit de circuler, ou bien qu'elle soit membre de la famille d'un ressortissant d'un Etat tiers à l'UE⁹⁰⁸. Ainsi, lorsque des situations particulièrement difficiles l'exigent (telles que certains cas de mariages forcés, ou encore des violences domestiques ou une situation familiale particulièrement difficile en cas de renvoi forcé dans le pays d'origine), la séparation du couple n'entraîne pas la fin du droit de séjour. Ces mesures veulent permettre aux victimes, dont le titre de séjour dépend d'une personne coupable du mariage forcé, d'avoir accès à la justice sans craindre de perdre leur titre de séjour et en s'affranchissant des pressions éventuellement exercées par le coupable.

A l'instar du droit international, les ordres juridiques analysés ne prévoient **pas de dispositions spécifiques pour les victimes de mariages forcés mineurs**. Cela étant, **la particularité de la situation des mineurs au regard du droit des étrangers est soulevée à plusieurs reprises**, par exemple en ce qu'il est considéré qu'ils n'ont en principe pas besoin d'un titre de séjour et peuvent être pris en charge par les services sociaux indépendamment de leurs nationalité et statut migratoire (France⁹⁰⁹), en ce qu'ils ne sont en principe pas expulsables lorsqu'ils ne sont pas accompagnés et pourront donc bénéficier d'un permis en raison de leur minorité si aucun autre permis ne leur est attribuable (Italie), ou encore en ce que les autorités prennent en compte leur âge pour prendre une décision de retrait

⁹⁰⁶ D'après la doctrine allemande, le droit de séjour en raison de « situations particulièrement difficiles » bénéficie également aux victimes de mariages forcés dont l'union a été annulée sur ce motif.

⁹⁰⁷ Convention d'Istanbul, article 59 paragraphe 4. Ce sujet ne figurant pas dans la liste des questions à traiter, le fait que les autres rapports nationaux n'en fassent pas état n'exclut pas que des dispositions similaires y soient en vigueur.

⁹⁰⁸ Voir également la Directive relative au titre de séjour délivré aux ressortissants de pays tiers qui sont victimes de la traite des êtres humains.

⁹⁰⁹ En France, la question du droit au séjour se pose surtout au moment du passage à l'âge adulte.

ou de conservation du titre de séjour après une séparation dans des cas impliquant des abus ou autres mauvais traitements (Danemark).⁹¹⁰

Hors violences et mariage forcé, la situation migratoire des époux suite à l'annulation du **mariage précoce** est traitée par les droits allemand et autrichien. En Allemagne, la situation de la personne dont le mariage a été annulé en raison de sa minorité au moment de la cérémonie est expressément indiquée comme étant une « situation particulièrement difficile » pouvant justifier la pérennité du droit de séjour. En Autriche, le mineur qui voit son mariage annulé en raison de son âge pourra recevoir un titre de séjour car cette situation peut être considérée comme particulièrement digne d'être prise en considération.

5. Droit des réfugiés : Protection internationale contre le mariage du mineur

A l'instar de ce que garantit le droit international, dans l'ensemble des ordres juridiques observés, **le besoin d'une protection internationale peut être reconnue en raison de craintes liées au mariage forcé.**

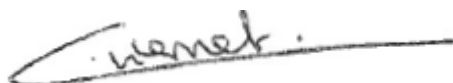
Toujours dans la ligne de ce que prévoit le droit international, les Etats octroient tantôt le **statut de réfugié**, en raison de l'appartenance à un groupe social des filles et des femmes originaires de certains pays où le mariage forcé est une pratique courante (Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, France, Italie⁹¹¹, Norvège, Royaume-Uni et Suède), tantôt une protection complémentaire telle que la **protection subsidiaire**, estimant que des traitements inhumains et dégradants, voire la torture (Italie), sont à craindre en cas de renvoi (Belgique, Danemark, France, Norvège et Suède).

Si le **mariage précoce** est présent dans la jurisprudence des cours de l'asile, il est mêlé à la question du mariage forcé (Allemagne, Autriche, Espagne, France, Danemark, Norvège et Royaume-Uni).

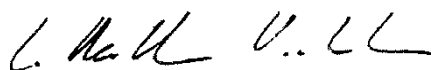
On observe peu de **dispositions spéciales pour les mineurs**, si ce n'est que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être recherché (par exemple : au Danemark, en Norvège et en Suède), que les critères d'attribution de la protection internationale peuvent être plus souples et que la minorité est prise en compte notamment car l'âge peut être un motif de persécution et une source de vulnérabilité (Belgique, France, Royaume-Uni, Suède et Directive Qualification de l'Union européenne).

Dans tous les cas, le besoin d'une protection internationale n'est jamais automatiquement reconnu. Il convient toujours de fournir aux autorités des **éléments circonstanciés** (notamment familiaux, géographiques ou sociologiques) relatifs aux risques de persécution encourus par le demandeur d'asile.

INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARÉ



Dr. Carole Viennet
Cheffe de projet



Dr. Lukas Heckendorn Urscheler
Vice-directeur

⁹¹⁰ Voir également, pour les mineurs non-accompagnés, le rapport belge.

⁹¹¹ Le rapport italien présente en outre une décision octroyant le statut de réfugié à un homme qui a dû fuir après avoir eu une relation amoureuse avec une femme dont la famille voulait forcer le mariage avec un autre.

<i>Perspectives internationales et européennes</i> ⁹¹²	<i>Dr. Carole Viennet Dr. Lukas Heckendorn Urscheler</i>
<i>Droit allemand</i>	<i>Fabian Brand</i>
<i>Droit anglais</i>	<i>John Curran, LL.M.</i>
<i>Droit autrichien</i>	<i>Fabian Brand</i>
<i>Droit belge</i>	<i>Anne-Grace Kleczewski</i>
<i>Droit danois</i>	<i>Henrik Westermarck, LL.M.</i>
<i>Droit espagnol</i>	<i>Dr. Rodrigo Polanco Lazo</i>
<i>Droit français</i>	<i>Dr. Carole Viennet</i>
<i>Droit italien</i>	<i>Dr. Ilaria Pretelli</i>
<i>Droit norvégien</i>	<i>Henrik Westermarck, LL.M.</i>
<i>Droit néerlandais</i>	<i>Drs M.R. Beuker, correspondant</i>
<i>Droit suédois</i>	<i>Henrik Westermarck, LL.M.</i>
<i>Observations comparatives</i> ⁹¹³	<i>Dr. Carole Viennet Dr. Lukas Heckendorn Urscheler</i>

⁹¹² Sections 1, 3, 4 et 5 rédigées par Dr Carole Viennet et section 2 rédigée par Dr. Lukas Heckendorn Urscheler.

⁹¹³ Sections 1, 3, 4 et 5 rédigées par Dr Carole Viennet et section 2 rédigée par Dr. Lukas Heckendorn Urscheler.