

## AUFsätze ARTICLES ARTICOLI

- 1 *Andrea Büchler/Sandro Clausen*: Die elterliche Sorge –  
Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung
- 36 *François Bohnet*: Droit de la famille et projet de révision de la LTF:  
l'examen des mesures protectrices et provisionnelles  
passe discrètement à la trappe
- 47 *Samuel Zogg*: «Vorsorgliche» Unterhaltszahlungen im Familienrecht
- 102 *Andrea Lanz Müller*: Anspruchsgrundlagen und Bemessung von  
Hinterlassenenleistungen der geschiedenen Witwe im Lichte  
des Betreuungsunterhalts
- 110 *Walter Boente*: Erste Auswirkungen der Behindertenrechts-  
konvention auf das Erwachsenenschutzrecht
- 126 *Margret Bürgisser*: Partnerschaftliche Rollenteilung –  
ein Erfolgsmodell
- 147 *Marc Spescha*: Die familienbezogene Rechtsprechung im  
Migrationsrecht (FZA/AuG/EMRK) ab November 2016 bis  
Ende September 2017

## DOKUMENTATION DOCUMENTATION DOCUMENTAZIONI

- 183 Gesetzgebung – Législation – Legislazione
- 202 Rezensionen – Recensions – Recensioni

## RECHTSPRECHUNG JURISPRUDENCE GIURISPRUDENZA

204

## HERAUSGEBERINNEN

INGEBORG SCHWENZER  
ANDREA BÜCHLER  
MICHELLE COTTIER

## Schriftleitung

Sabine Aeschlimann

## Redaktionsmitglieder

Christine Arndt  
Margareta Baddeley  
Daniel Bähler  
Katerina Baumann  
Linus Cantieni  
Jeanne DuBois  
Roland Fankhauser  
Christiana Fountoulakis  
Thomas Geiser  
Urs Gloor  
Marianne Hammer-Feldges  
Alexandra Jungo  
Susanne Leuzinger-Naef  
Peter Liatowitsch  
Daniel Rosch  
David Rüetschi  
Joachim Schreiner  
Jonas Schweighauser  
Daniel Steck  
Rolf Vetterli



## IMPRESSUM

19. Jahrgang – Année – Anno; Januar – Janvier – Gennaio  
Erscheint vierteljährlich – Paruient trimestrielle – Pubblicazione trimestrale  
Zitiervorschlag – Citation proposée – Citazione consigliata: FamPra.ch  
ISSN 1424-1811 (Print), e-ISSN 2504-1460 (Online)

Herausgeberinnen Prof. Dr. iur. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Universität Basel, Peter Merian-Weg 8, CH-4002 Basel, E-Mail: [Ist.schwenzer@unibas.ch](mailto:Ist.schwenzer@unibas.ch)  
Editrices Prof. Dr. iur. Andrea Büchler, Universität Zürich, Rämistrasse 74, CH-8001 Zürich, E-Mail: [Ist.buechler@rwi.uzh.ch](mailto:Ist.buechler@rwi.uzh.ch)

Prof. Dr. iur. Michelle Cottier, MA, Université de Genève, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, CH-1211 Genève 4, E-Mail: [Michelle.Cottier@unige.ch](mailto:Michelle.Cottier@unige.ch)

Schriftleitung Dr. Sabine Aeschlimann, LL.M., Advokatin, Hauptstrasse 104, CH-4102 Binningen  
Telefon: ++41 61 421 05 95, Telefax: ++41 61 421 25 60, E-Mail: [aeschlimann@swvam.ch](mailto:aeschlimann@swvam.ch), [fampra-ius@unibas.ch](mailto:fampra-ius@unibas.ch)

Redaktion lic. iur. Christine Arndt, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Margareta Baddeley; Daniel  
Rédaction Bähler, Oberrichter; lic. iur. Katerina Baumann, Fürsprecherin und Notarin; Dr. iur.  
Redazione Linus Cantieni, Präsident der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB), Kreis Bülach Süd; lic. iur. Jeanne DuBois, Rechtsanwältin; Prof. Dr. iur. Roland Fankhauser, LL.M., Advokat; Prof. Dr. iur. Christiana Fountoulakis; Prof. Dr. iur. Thomas Geiser; Dr. iur. Urs Gloor, Rechtsanwalt, Mediator; lic. iur. Marianne Hammer-Feldges, Fürsprecherin und Notarin; Prof. Dr. iur. Alexandra Jungo; Dr. iur. Susanne Leuzinger-Naef, alt Bundesrichterin; Dr. iur. Peter Liatowitsch, Advokat, Notar und Mediator; Prof. (FH) Dr. iur. Daniel Rosch, Sozialarbeiter FH, MAS Nonprofit-Management; Dr. iur. David Rüetschi, Leiter Fachbereich Zivilrecht und Zivilprozessrecht, Bundesamt für Justiz; Dr. phil. Joachim Schreiner; Dr. iur. Jonas Schweighauser, Advokat; Dr. iur. Daniel Steck, aOberrichter; Dr. iur. h.c. Rolf Vetterli, aKantonsrichter.

Verlag Stämpfli Verlag AG, Telefon: ++41 31 300 63 25  
Editions Wölflistrasse 1, Postfach, E-Mail: [verlag@staempfli.com](mailto:verlag@staempfli.com)  
Edizioni CH-3001 Bern Internet: [www.staempfliverlag.ch](http://www.staempfliverlag.ch)

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les registres rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition.

Inserate Stämpfli AG, Telefon: ++41 31 300 63 41  
Annonces Inseratemanagement, Wölflistrasse 1, E-Mail: [inserate@staempfli.com](mailto:inserate@staempfli.com)  
Inserti Postfach, CH-3001 Bern

Abonnemente Stämpfli Verlag AG, Telefon: ++41 31 300 63 25  
Abonnements Periodika, Wölflistrasse 1, E-Mail: [periodika@staempfli.com](mailto:periodika@staempfli.com)  
Abbonamenti Postfach, CH-3001 Bern

Jährlich – Annuel – Annuale: AboPlus Sfr. 414.– (Print und Online), Online Sfr. 380.–  
Einzelheft – Numéro séparé – Numero singolo: SFr. 82.– (exkl. Porto)  
Ausland – Etranger – Estero: AboPlus Sfr. 438.–, Online Sfr. 380.–

Die Preise verstehen sich inkl. Versandkosten und 2,5% MWST.

Schriftliche Kündigung bis 3 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de l'abonnement.

## **Inhalt – Contenu – Contenuto**

<i>Andrea Büchler/Sandro Clausen: Die elterliche Sorge – Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung</i>	1
<i>François Bohnet: Droit de la famille et projet de révision de la LTF: l'examen des mesures protectrices et provisionnelles passe discrètement à la trappe</i>	36
<i>Samuel Zogg: «Vorsorgliche» Unterhaltszahlungen im Familienrecht</i>	47
<i>Andrea Lanz Müller: Anspruchsgrundlagen und Bemessung von Hinterlassenenleistungen der geschiedenen Witwe im Lichte des Betreuungsunterhalts</i>	102
<i>Walter Boente: Erste Auswirkungen der Behindertenrechtskonvention auf das Erwachsenenschutzrecht</i>	110
<i>Margret Bürgisser: Partnerschaftliche Rollenteilung – ein Erfolgsmodell</i>	126
<i>Marc Spescha: Die familienbezogene Rechtsprechung im Migrationsrecht (FZA/AuG/EMRK) ab November 2016 bis Ende September 2017</i>	147

---

## **DOKUMENTATION – DOCUMENTATION – DOCUMENTAZIONI**

Gesetzgebung – Législation – Legislazione	183
Rezensionen – Recensions – Recensioni	202

# **Droit de la famille et projet de révision de la LTF : l'examen des mesures protectrices et provisionnelles passe discrètement à la trappe**

*François Bohnet, Professeur à l'Université de Neuchâtel, LL.M, avocat.<sup>1</sup>*

---

**Mots clés:** *Accès au Tribunal fédéral, accès à la justice, mesures protectrices de l'union conjugale, mesures provisionnelles en matière de divorce, mesures provisionnelles relatives aux enfants, violation des droits constitutionnels.*

**Stichwörter:** *Zugang zum Bundesgericht; Zugang zur Justiz; Eheschutzmassnahmen; vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren; vorsorgliche Massnahmen in Bezug auf Kinder; Verletzung verfassungsmässiger Rechte.*

---

## **I. Introduction**

La loi sur le Tribunal fédéral est entrée en vigueur il y a un peu plus de dix ans, le 1<sup>er</sup> janvier 2007<sup>2</sup>. Amenée à remplacer la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 (OJ), la LTF visait essentiellement à décharger le Tribunal fédéral, mais aussi à améliorer sur divers points la protection judiciaire des droits en Suisse et simplifier les voies de droit<sup>3</sup>. Le but principal a été atteint durant les premières années, le nombre de causes ayant stagné dans un premier temps, pour toutefois repartir à la hausse dès 2012<sup>4</sup>. Un groupe de travail désigné par l'Office fédéral de la justice a procédé à une évaluation de cette nouvelle loi sur plusieurs années. Ont suivi un rapport du Conseil fédéral du 30 octobre 2013<sup>5</sup>, puis un projet de modification de la LTF (AP-LTF) et un rapport explicatif de l'Office fédéral de la justice<sup>6</sup> mis en consultation en novembre 2015. Lors de sa séance du 6 septembre 2017, le Conseil fédéral a pris acte des résultats de la consultation concernant la révision de la loi sur

---

1 L'auteur remercie MICHAEL ECKLIN, MLaw, pour ses recherches dans l'élaboration de cet article.

2 RS 173.110; RO 2006 1069.

3 Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 4000, 4010 ss; Rapport explicatif (modification de la loi sur le Tribunal fédéral) du 4 novembre 2015, 3.

4 Rapport sur les résultats de l'évaluation de la nouvelle organisation judiciaire fédérale, FF 2013 8143, 8155.

5 Rapport sur les résultats de l'évaluation de la nouvelle organisation judiciaire fédérale, FF 2013 8143.

6 Rapport explicatif (modification de la loi sur le Tribunal fédéral) du 4 novembre 2015.

le Tribunal fédéral<sup>7</sup>. Compte tenu des critiques formulées, le recours constitutionnel subsidiaire ne sera pas supprimé comme le prévoyait le projet, divers participants à la consultation ayant rejeté l'idée de l'abolir.

En matière de droit de la famille, plus spécifiquement pour les mesures protectrices de l'union conjugale et les mesures provisionnelles, la révision proposée aura cependant des conséquences majeures, ce alors même que le rapport ne mentionne nulle part les effets du projet dans ce domaine. Notre contribution se penche sur cet aspect de la proposition de révision de la LTF.

## II. L'accès au Tribunal fédéral en droit de la famille

Le droit civil et la procédure civile relèvent de la compétence de la Confédération (art. 122 al. 1 Cst.). Ces matières sont régies par le droit fédéral, depuis plus d'un siècle pour la première<sup>8</sup>, récemment pour la seconde<sup>9</sup>. Le Tribunal fédéral assure, en dernière instance, la protection juridique des particuliers dans les litiges civils (art. 189 al. 1 let. a Cst.). Il est le garant de l'application uniforme du droit fédéral sur tout le territoire de la Confédération.

Si l'art. 191 al. 1 Cst. déclare que la loi garantit l'accès au Tribunal fédéral, l'art. 191 al. 2 Cst précise que la loi peut prévoir une valeur litigieuse minimale pour les contestations qui ne portent pas sur une question juridique de principe. En matière civile, l'art. 74 al. 1 let. b LTF limite le recours en matière civile aux affaires pécuniaires<sup>10</sup> présentant une valeur litigieuse minimale de CHF 30 000.– (CHF 15 000.– dans les domaines du bail et du travail, art. 74 al. 1 let. b LTF). Cependant, le recours constitutionnel subsidiaire, introduit lors des débats aux Chambres fédérales consacrés à la future LTF<sup>11</sup>, permet de se plaindre de toute violation des droits constitu-

---

7 Cette consultation s'était terminée fin février 2016.

8 Code civil suisse du 10 décembre 1907.

9 Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008.

10 Le recours est ouvert contre les décisions finales en matière non pécuniaire – comme un jugement sur le principe du divorce ou la prise en charge des enfants – y compris sur les autres points, même si la valeur litigieuse utile n'est pas atteinte cf. par exemple : arrêt du TF du 2.6.2010 (5A\_266/2010), consid. 1.2.

11 Suite aux observations formulées par le Tribunal fédéral au projet législatif, la Commission des affaires juridiques du Conseil national a chargé le Département fédéral de justice et police (DFJP) de chercher avec le Tribunal fédéral des solutions quant aux modalités de son accès par le justiciable. Le groupe de travail consécutivement formé a proposé d'ajouter au système des trois recours ordinaires unifiliés un recours constitutionnel subsidiaire ouvert contre celles des décisions cantonales qui ne peuvent être attaquées par la voie du recours ordinaire devant le Tribunal fédéral. Cette solution a été reprise et adoptée par les Chambres sans modifications (BO 2005 CE 665; BO 2005 CN 969). Pour un historique complet de l'adoption de la LTF sur le site de l'Office fédéral de la Justice : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/archiv/bundesrechtspflege.html>.

tionnels contre une décision rendue en matière civile non susceptible d'un recours en matière civile (art. 113 LTF).

Dans le domaine du droit de la famille, les décisions rendues par les tribunaux cantonaux supérieurs sont donc susceptibles d'être examinées par le Tribunal fédéral. Cela vaut tout particulièrement pour les décisions finales, qui mettent fin à la procédure (art. 90 LTF), mais aussi pour les décisions séparées sur la compétence ou la récusation (art. 92 LTF). Pour les autres décisions incidentes, le recours en matière civile et le recours constitutionnel subsidiaire ne sont à disposition que si la décision est susceptible de causer un préjudice irréparable (art. 93 al. 1 let. a LTF), ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (art. 93 al. 1 let. b LTF). L'hypothèse de l'art. 93 al. 1 let. a LTF n'intervient en principe pas en présence d'une décision sur le fond en matière de divorce et d'effets accessoires selon le Tribunal fédéral, puisque dans ce domaine, une décision préjudicielle ou incidente sur le fond pourra être attaquée par un recours contre la décision finale, dans la mesure où elle influe sur le contenu de celle-ci, en vertu de l'art. 93 al. 3 LTF<sup>12</sup>.

L'accès au Tribunal fédéral est en particulier garanti pour les mesures provisionnelles en matière de divorce et les mesures protectrices, la jurisprudence considérant qu'il s'agit de décisions finales au sens de l'art. 90 LTF<sup>13</sup>. En effet, ces décisions mettent fin à l'instance sous l'angle procédural. Les mesures provisionnelles en matière de divorce ont un objet différent de celui de la procédure au fond. Il en va autrement pour les mesures provisionnelles requises en procédure de modification de jugement de divorce<sup>14</sup> et celles requises par l'enfant majeur pour son entretien<sup>15</sup>.

Quant aux motifs du recours, ils sont limités dans ces deux domaines. L'art. 98 LTF prévoit en effet que seule la violation des droits constitutionnels peut être invoquée à l'encontre des décisions sur mesures provisionnelles. Tout comme les mesures provisionnelles en matière de divorce, les mesures protectrices de l'union conjugale sont des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF<sup>16</sup>. De plus, une telle violation doit être spécifiquement invoquée et motivée, conformément au principe d'allégation (« *Rügeprinzip* », art. 106 al. 2 LTF). Le Tribunal fédéral exige que ces motifs soient expressément soulevés et exposés de manière claire et détaillée<sup>17</sup>. En d'autres termes, « *Le recourant qui se plaint de la violation d'un droit fondamental ne peut donc se borner à critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel,*

---

12 ATF 134 III 426, consid. 2.1.

13 ATF 134 III 426, consid. 1.3.1; 133 III 393, consid. 4, qui se réfère au message concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale, FF 2001 ch. 4.1.4.1.

14 ATF 130 I 347.

15 ATF 135 III 238.

16 ATF 133 III 393, consid. 5.

17 ATF 139 I 229, consid. 2.2; 134 II 244, consid. 2.2.

où l'autorité de recours jouit d'une libre cognition ; il ne peut, en particulier, se contenter d'opposer sa thèse à celle de l'autorité cantonale, mais doit démontrer ses allégations par une argumentation précise »<sup>18</sup>. Lorsque la cause est uniquement patrimoniale et que la valeur litigieuse minimale de CHF 30000.– n'est pas atteinte (art. 74 al. 1 let. b LTF), le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 LTF) permet un contrôle identique dans ce domaine. Il convient de relever que, jusqu'à l'entrée en vigueur de la LTF, c'est le recours de droit public qui permettait le contrôle des mesures provisionnelles en matière de divorce et de mesures protectrices<sup>19</sup>, également sous l'angle des droits constitutionnels<sup>20</sup>, si bien qu'à cet égard la protection était la même depuis 1943 en tout cas.

### III. La limitation d'accès au Tribunal fédéral en matière matrimoniale selon le projet de révision

Rien ne laisse entendre dans le rapport à l'appui du projet de révision du 4 novembre 2015 que la protection judiciaire en matière de droit de la famille sera modifiée. Les domaines spécifiquement touchés sont ceux du droit pénal (pour des cas présentés comme de moindre d'importance<sup>21</sup>) et du droit des étrangers<sup>22</sup>. C'est étonnamment dans le chapitre consacré à l'« *amélioration des exceptions* »<sup>23</sup>, ce par quoi il faut entendre l'amélioration de l'accès au Tribunal fédéral, que la problématique est brièvement évoquée. Le rapport relève en effet que lorsqu'un recours auprès du Tribunal fédéral (en matière civile, en matière pénale ou en matière de droit public) est en principe irrecevable en raison de la valeur litigieuse ou du domaine sur lequel il porte, une exception sera désormais prévue dès lors que ce recours soulève une question juridique de principe ou qu'il s'agit pour d'autres motifs d'un cas particulièrement important<sup>24</sup>. Puis le rapport indique : « *L'accès au Tribunal fédéral en matière de mesures provisionnelles dépendra aussi à l'avenir de l'existence d'un cas particulièrement important ou d'une question juridique de principe, mais les motifs de recours ne seront plus limités, contrairement au droit actuel* ».

Le projet prévoit ainsi que les mesures provisionnelles ne puissent faire l'objet d'un recours en matière civile qu'en cas de question juridique de principe ou pour d'autres motifs, sur un cas particulièrement important (art. 93b P-LTF). L'art. 98 LTF

18 ATF 134 II 349, consid. 3 ; 133 II 396, consid. 3.2.

19 Arrêt du TF du 22.5.2007 (5A\_52/2007), consid. 4, RSPC 2007 288.

20 ATF 127 III 474, consid. 2.

21 Rapport explicatif (modification de la loi sur le Tribunal fédéral) du 4 novembre 2015, n° 2.1.2, 6 s.

22 Rapport explicatif (modification de la loi sur le Tribunal fédéral) du 4 novembre 2015, n° 2.1.4, 9 s.

23 Rapport explicatif (modification de la loi sur le Tribunal fédéral) du 4 novembre 2015, n° 2.1.4, 4.

24 Rapport explicatif (modification de la loi sur le Tribunal fédéral) du 4 novembre 2015, n° 2.1.4, 4.

serait quant à lui abrogé. La modification est fondamentale: invoquer avec succès une question juridique de principe est complexe et plaider un autre cas particulièrement important paraît assez hasardeux. Comme le rapport le reconnaît, « *Le Tribunal fédéral a une grande latitude pour déterminer si un recours soulève une question juridique de principe ou concerne un cas particulièrement important. Jusqu'à présent, il a interprété ces notions juridiques indéterminées de manière restrictive. Il considère qu'elles ne justifient qu'exceptionnellement l'ouverture d'une voie de droit au Tribunal fédéral lorsque le recours serait normalement exclu* »<sup>25</sup>. Il note par ailleurs que la question juridique de principe est l'hypothèse principale de cas particulièrement important, si bien que « *Pour qu'une affaire qui ne soulève pas une question juridique de principe soit considérée comme particulièrement importante, il faut donc que l'intérêt à ce que la décision soit rendue par l'autorité judiciaire suprême soit aussi grand qu'en présence d'une question juridique de principe. Ce peut être le cas si la décision touche directement ou indirectement un grand nombre de personnes, si elle a des conséquences majeures pour l'exécution des tâches d'une collectivité publique ou s'il existe des signes que l'autorité précédente a enfreint des normes juridiques importantes* ».

On ne peut donc sérieusement parler d'une amélioration de la situation juridique en matière de mesures provisionnelles, même si le Tribunal ne serait plus limité à l'examen de la violation des droits constitutionnels<sup>26</sup> et s'il pourrait éventuellement assouplir sa jurisprudence sur la notion de cas particulièrement important<sup>27</sup>. Aujourd'hui, le recours en matière civile ou le recours constitutionnel subsidiaire est ouvert en matière de mesures provisionnelles pour toute violation des droits constitutionnels. Avec le projet de révision, il faudra que le prononcé cantonal soulève une question juridique de principe ou représente un autre cas particulièrement important pour que la violation (de l'ensemble) du droit fédéral puisse être invoquée. A l'heure actuelle, la partie qui se prévaut d'une question juridique de principe fait de plus toujours valoir à titre subsidiaire un recours constitutionnel subsidiaire (art. 119 LTF), ce que lui permet d'éviter d'échouer trop souvent au stade de la recevabilité. Or, comme l'art. 93b P-LTF se situe dans le chapitre 4 consacré à la procédure de recours, dans la section relative aux décisions sujettes à recours, la limitation qu'il consacre en matière de mesures provisionnelles s'appliquera fatalement au recours constitutionnel subsidiaire<sup>28</sup>, qui serait finalement maintenu suite aux prises de po-

---

25 Rapport explicatif (modification de la loi sur le Tribunal fédéral) du 4 novembre 2015, n° 2.1.4, 5.

26 Rapport explicatif (modification de la loi sur le Tribunal fédéral) du 4 novembre 2015, n° 2.1.2, 8.

27 Le rapport explicatif, p. 8, semble l'envisager, à tout le moins en cas de suppression du recours constitutionnel subsidiaire, ce qui n'est plus l'option privilégiée.

28 L'art. 113 LTF dispose que « *Le Tribunal fédéral connaît des recours constitutionnels contre les décisions des autorités cantonales de dernière instance qui ne peuvent faire l'objet d'aucun recours selon les art. 72 à 89* ».

sition sur le projet<sup>29</sup>. Cela limiterait de ce fait drastiquement la possibilité d'accès au Tribunal fédéral dans le domaine des mesures protectrices et provisionnelles en matière de droit de la famille, à moins cependant que l'art. 93b P-LTF, contrairement à l'art. 98 LTF actuel, ne concerne que les mesures provisionnelles ayant un caractère incident, et non celles de nature finale comme le retient le Tribunal fédéral pour les mesures protectrices et les mesures provisionnelles en procédure de divorce<sup>30</sup>. Mais faute de toute référence dans le rapport du Conseil fédéral, il est bien risqué de se contenter de cette possible interprétation.

Ce point semble avoir échappé aux participants à la procédure de consultation : les mesures provisionnelles ne sont simplement pas évoquées<sup>31</sup>. Il n'est donc pas surprenant que le Conseil fédéral ne prévoie pas d'adapter le projet sur ce point.

Les développements qui précèdent imposent d'examiner quelles seraient les conséquences de l'adoption de ce projet sur la protection des droits en matière de mesures protectrices et provisionnelles en droit de la famille.

#### **IV. La conséquence de la limitation d'accès au Tribunal fédéral en matière de mesures protectrices et provisionnelles en droit de la famille**

##### *1. Le contentieux en matière de mesures protectrices et provisionnelles en droit de la famille*

Le Tribunal fédéral traite de très nombreuses causes de mesures protectrices et de mesures provisionnelles en matière de divorce, ainsi que d'autres affaires urgentes relevant du droit de la famille (filiation, protection de l'enfant et de l'adulte). Si l'on consulte le site officiel du Tribunal fédéral, et que l'on sélectionne uniquement les affaires traitant de mesures protectrices de l'union conjugale selon leur intitulé en français, on trouve environ 350 arrêts depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, date de l'entrée en vigueur de la LTF. Depuis 2013, les statistiques du Tribunal fédéral spécifient en particulier, en droit de la famille, les affaires urgentes. Cela représente, par exemple pour 2016, 195 affaires sur les 530 de droit de la famille. En 2015, le chiffre était de 260 sur 540 affaires traitées cette année-là, en 2014, 317 sur 532 cas et en 2013, 192 sur 499 affaires. C'est l'équivalent, voire un nombre supérieur selon les années, du contentieux cumulé en matière de bail et de travail, autres domaines sociaux importants. Globalement, le contentieux urgent en droit de la famille représente depuis 2013 entre 10 et 15 % des affaires de droit privé.

---

29 Selon le communiqué du Conseil fédéral du 6 septembre 2017 (<https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2017/2017-09-06.html>).

30 ATF 133 III 393, consid. 5.

31 Voir la synthèse des résultats de la consultation du 4 août 2017.

Les mesures protectrices et provisionnelles en droit de la famille représentent donc un domaine qui génère une grande activité pour le Tribunal fédéral. Cela n'est pas surprenant. Le régime provisoire mis en place à la séparation du couple, marié ou non marié, est d'une importance très prononcée pour les personnes concernées et il a des incidences marquées pour la suite de la procédure<sup>32</sup>. Cela vaut évidemment, si l'on prend l'exemple des couples mariés et le champ des mesures protectrices (art. 176 CC), pour le principe de la suspension de la vie commune et le sort du domicile conjugal et des meubles qui le garnissent. C'est également le cas s'agissant de la répartition par mesures protectrices et provisionnelles du droit de la famille, de la prise en charge de l'enfant et des contributions d'entretien, pour les enfants et le conjoint. Une fois ces points réglés au stade provisionnel, ils ne sont généralement modifiés, même au fond, qu'en cas de circonstances nouvelles le justifiant. En cas de désaccord, les solutions retenues au stade des mesures protectrices ou provisionnelles représentent donc un enjeu d'importance, qui explique le nombre conséquent d'affaires de ce type déferées au Tribunal fédéral. De plus, il s'agit d'un contentieux social important pour l'ensemble de la population, au même titre que le contentieux du bail et du travail, pour lesquels l'accès à notre Haute Cour a fait l'objet d'une réglementation spécifique lors de l'adoption de la LTF. Afin de ne pas trop restreindre l'accès au Tribunal fédéral dans ces domaines, la valeur litigieuse minimale a été abaissée à CHF 15000.– (art. 74 al.1 let. a LTF), alors qu'elle est en principe de CHF 30000.– (art. 74 al.1 let. a LTF). Il serait donc particulièrement surprenant que le Tribunal fédéral soit déchargé de ce domaine, sans du reste qu'une volonté claire en ce sens n'ait été exprimée.

Si Lausanne ne se penchait que sur les jugements au fond en matière de droit de la famille, cela signifierait qu'une partie conséquente du contentieux de droit de la famille lui échapperait. Cela voudrait également dire que certaines causes, dont l'examen au stade provisionnel par le Tribunal fédéral permet ensuite une résolution facilitée, pourraient demeurer controversées des années durant, jusqu'à l'ouverture du recours contre la décision au fond.

Après un examen d'une cinquantaine d'arrêts rendus dans le domaine des mesures protectrices, on constate que la plupart des cas d'admission (avec un taux assez équivalent à celui des autres causes, soit environ 11-12 %) concernent un « *arbitraire dans l'établissement des postes relatifs à une pension* », parfois une violation du droit d'être entendu ou un « *arbitraire dans la méthode d'établissement des charges et revenus pour la fixation de la pension* ». L'on peut relever que la plupart des recours admis le sont partiellement dans la mesure de leur recevabilité, à mesure que, souvent, nombre de griefs des recourants ne satisfont pas aux exigences de motivation en matière de mesures provisionnelles.

---

32 CPra Matrimonial-BOHNET/HIRSCH, art. 175 CC, n. 43 ; BSK ZGB I-SCHWANDER, art. 175 CC, n. 3.

## 2. *La jurisprudence publiée relative aux mesures protectrices et provisionnelles en matière matrimoniale*

Il est également intéressant de se pencher sur les arrêts publiés en matière de mesures protectrices et de mesures provisionnelles en matière matrimoniale depuis 2007. Il s'agit des décisions qui pourraient être considérées, selon le projet de révision, comme des arrêts portant sur une question juridique de principe ou représenter un autre cas important (art. 93b P-LTF). On recense un peu moins de vingt arrêts, qui portent pour beaucoup sur des questions techniques de procédure.

Les premières décisions publiées sont relatives à l'ouverture du recours en matière civile contre des prononcés de mesures protectrices. L'ATF 133 III 393 a posé le principe selon lequel de tels prononcés constituent des décisions finales au sens de l'art. 90 LTF (consid. 4) et qu'ils ont la nature des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF, si bien que seule peut être invoquée à leur encontre la violation de droits constitutionnels. L'ATF 133 III 585 portait quant à lui sur l'articulation des voies de recours cantonales et fédérales en matière de mesures protectrices et sur les exigences de motivation selon l'art. 98 LTF.

Plusieurs arrêts du Tribunal fédéral concernent l'articulation entre les mesures protectrices de l'union conjugale et les mesures provisionnelles dans le cadre du divorce et leurs modifications :

Possibilité de modifier des mesures protectrices de l'union conjugale ou des mesures provisionnelles rendues dans le cadre d'une procédure de divorce et reposant sur une convention (ATF 142 III 518).

- L'entretien des enfants pouvant influencer l'entretien de l'époux, il convient, au stade des mesures protectrices de l'union conjugale, de prendre des conclusions subsidiaires en entretien du conjoint pour le cas où les conclusions principales ne devaient pas être admises (ATF 140 III 231).
- La décision de mesures protectrices de l'union conjugale déploie ses effets jusqu'à ce que le juge des mesures provisionnelles la modifie. S'il n'y a pas de conflit de compétences, cette décision peut même avoir été rendue après la litispendance de l'action en divorce (ATF 138 III 646).
- Effets des mesures provisionnelles en cas de fin du procès en divorce sans jugement ; délimitation des compétences du juge des mesures provisionnelles et du juge des mesures protectrices de l'union conjugale (ATF 137 III 614).
- Délimitation et conditions de la compétence des tribunaux suisses pour ordonner des mesures provisoires et des mesures protectrices de l'union conjugale (ATF 134 III 26).

Un certain nombre de décisions porte sur la procédure d'appel :

- Relation entre les novas dans la procédure d'appel et la procédure de modification de mesures protectrices de l'union conjugale portant sur l'entretien de l'enfant (ATF 143 III 42).

- Sort d'une requête d'effet suspensif selon l'art. 315 al. 5 CPC en cas d'appel contre une décision ayant pour objet l'attribution de la garde des enfants dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale, respectivement de mesures provisionnelles, pour la durée de la procédure de divorce (ATF 138 III 565 ; 137 III 475).
- Principes régissant l'administration des preuves en appel dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale. Exigences de motivation de l'appel (ATF 138 III 374).

Les quelques arrêts publiés en matière provisionnelle et concernant des questions de fond portent, en les énumérant de manière chronologique, sur l'attribution de la garde (ATF 136 I 178), la protection du logement familial en cas de départ de celui-ci (ATF 136 III 257), le fondement de l'obligation d'entretien entre époux dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale et de mesures provisionnelles (ATF 137 III 385), les effets du concubinage sur la contribution d'entretien dans le cadre de mesures protectrices de l'union conjugale (138 III 97), la prise en compte des impôts et de redevances de leasing dans le budget du débirentier (ATF 140 III 337) et la question de l'instauration de la garde exclusive ou alternée dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices (ATF 142 III 612 ; 142 III 617).

Certes, ces diverses questions, tant de procédure que de fond, auraient sans doute pu être examinées par le Tribunal fédéral dans le projet de nouveau régime, comme constituant des questions juridiques de principe ou représenter un autre cas important (art. 93b P-LTF). Mais l'on peut douter qu'un plaideur se risque à saisir le Tribunal fédéral lorsqu'il s'agit de la seule porte ouverte au recours. On remarque du reste que dans ces dix-huit cas, le recourant n'a gagné qu'une fois (ATF 143 III 42), et trois fois partiellement (ATF 138 III 374, 140 II 337 et 142 III 612). Autant dire que les parties visant avant tout une victoire au Tribunal fédéral, il est peu probable qu'elles le saisissent simplement dans l'espoir de régler une question juridique de principe. Par définition, il ne peut y avoir de développement de la jurisprudence sans cas soumis au Tribunal fédéral. L'affaiblissement de la protection juridique entraîne donc fatalement une stagnation de la jurisprudence.

### 3. Synthèse

Le critère posé par l'art. 93b du projet de révision de la LTF pour les recours à l'encontre des mesures provisionnelles rendra pratiquement impossible la remise en cause des prononcés cantonaux dans ce domaine. Or il s'agit, si l'on s'en tient uniquement aux mesures protectrices et provisionnelles du droit de la famille, d'un contentieux d'une grande importance pour les particuliers, qui les touchent dans des aspects essentiels de leur existence, comme l'atteste le nombre de causes actuellement déférées au Tribunal fédéral dans ce domaine. Non seulement les questions de principe ne seront plus portées devant le Tribunal fédéral, compte tenu des risques par-

ticulièrement élevés d'irrecevabilité, mais les prononcés cantonaux ne pourront pratiquement plus être remis en cause. Il existe dès lors un sérieux risque de disparités cantonales et l'absence de risque de sanction fédérale pourrait avoir, qu'on le veuille ou non, des conséquences sur la gestion des dossiers par les tribunaux des cantons.

## V. Conclusion

L'art. 93b P-LTF selon lequel « *Le recours contre une décision portant sur une mesure provisionnelle est uniquement recevable si la contestation soulève une question juridique de principe ou porte, pour d'autres motifs, sur un cas particulièrement important* » doit selon nous être biffé, ou à tout le moins reformulé et déplacé. En effet, la renonciation à la suppression, suite à la procédure de consultation, du recours constitutionnel subsidiaire, qui permet un contrôle de la constitutionnalité des décisions au fond, ne change rien à la limitation drastique des possibilités de recours en matière de mesures provisionnelles, l'art. 93b P-LTF s'appliquant aussi au recours constitutionnel subsidiaire.

Le maintien de cette disposition supprimerait pratiquement l'important contentieux social devant le Tribunal fédéral en matière de mesures protectrices et provisionnelles en matière de droit de la famille<sup>33</sup>, qui représente plusieurs centaines d'arrêts par année. Or le rapport de Conseil fédéral n'évoque absolument pas cette problématique. Bien au contraire, dès lors que la modification de la disposition de la LTF relative aux mesures provisionnelles figure au chapitre consacré à l'amélioration de la protection juridique. Les effets de l'art. 93b P-LTF semblent donc ne pas avoir été envisagés, du moins ouvertement. Il ne devrait donc pas être difficile de renoncer à cette disposition.

---

**Résumé :** *Le projet de révision de la loi sur le Tribunal fédéral, dans son état actuel, aura des incidences autant sérieuses qu'inattendues en matière de droit de la famille. En effet, ce projet prévoit l'introduction d'un nouvel article 93b LTF selon lequel les mesures provisionnelles ne peuvent faire l'objet d'un recours en matière civile qu'en cas de question juridique de principe ou pour d'autres motifs, sur un cas particulièrement important. Vu la position dans la loi de cette disposition, elle exclurait aussi le recours constitutionnel subsidiaire, recours qui était supprimé dans le projet, mais réintroduit suite aux résultats de la consultation selon le dernier communiqué du*

---

<sup>33</sup> A moins, comme nous l'avons vu ci-dessus (*C in fine*), qu'il ne concerne que les décisions incidentes et non, au contraire à l'art. 98 LTF qui serait abrogé, les décisions finales comme les mesures protectrices de l'union conjugale et les mesures provisionnelles en matière de divorce.

*Conseil fédéral. Si cet article 93b LTF devait voir le jour, cela signifierait que le recours au Tribunal fédéral en matière de mesures protectrices et de mesures provisionnelles en matière de divorce et de droit de la famille serait pratiquement impossible, alors qu'il représente aujourd'hui un pourcentage important des affaires traitées par le Tribunal fédéral en droit de la famille. Cette incidence en droit de la famille est d'autant plus surprenante qu'elle n'est absolument pas évoquée dans le rapport accompagnant le projet.*

**Zusammenfassung:** *Die Revisionsvorlage des Bundesgesetzes über das Bundesgericht wird in ihrer aktuellen Fassung sowohl schwerwiegende als auch unerwartete Auswirkungen auf das Familienrecht haben. Der Entwurf sieht die Einführung eines neuen Artikels 93b BGG vor, wonach eine Beschwerde in Zivilsachen gegen Entscheide über vorsorgliche Massnahmen nur zulässig ist, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder aus anderen Gründen ein besonders bedeutsamer Fall vorliegt. Angesichts der Stellung dieser Bestimmung im Gesetz würde sie auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ausschliessen, die im Entwurf abgeschafft worden war, jedoch infolge der Ergebnisse der Vernehmlassung gemäss der letzten Mitteilung des Bundesrats wieder eingefügt worden ist. Sollte dieser Artikel 93b BGG tatsächlich eingeführt werden, würde dies bedeuten, dass die Beschwerde an das Bundesgericht in Bezug auf Schutzmassnahmen und vorsorgliche Massnahmen im Scheidungsverfahren und in familienrechtlichen Angelegenheiten praktisch unmöglich würde, obwohl sie gegenwärtig einen erheblichen Prozentsatz der beim Bundesgericht behandelten familienrechtlichen Angelegenheiten ausmacht. Diese Auswirkung auf das Familienrecht ist umso erstaunlicher, als sie im Begleitbericht zum Entwurf überhaupt nicht erwähnt wird.*

---