

**[1077] Extrait de l'arrêt de la II<sup>e</sup> Cour de droit civil du Tribunal fédéral dans la cause A. contre Dame A. (recours en matière civile) 5A\_407/2011 du 5 août 2011**

*Art. 49 Cst.; 75 al. 2 LTF; Recours contre une ordonnance de mesures protectrices de l'union conjugale; droit transitoire; violation du principe de la primauté du droit fédéral par le Tribunal cantonal fribourgeois*

D'ici à l'entrée en vigueur du CPC, les cantons devaient avoir institué comme autorités de recours – de dernière instance – des tribunaux supérieurs. Sauf à violer le principe de la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.), les cantons doivent donc soumettre au tribunal supérieur, c'est-à-dire au tribunal cantonal (ou à l'un ou plusieurs de ses membres), les recours pendants au 1<sup>er</sup> janvier 2011 qui seront jugés après cette date. Doit dès lors être déclaré recevable un appel contre une décision rendue sur mesures protectrices de l'union conjugale par le Tribunal d'arrondissement de la Sarine après le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

*Art. 49 BV; 75 Abs. 2 BGG; Beschwerde gegen eine Eheschutzmassnahme; intertemporales Recht; Verstoss gegen die derogierende Kraft des Bundesrechts*

Bis zum Inkrafttreten der ZPO hätten die Kantone obere Gerichte als letztinstanzliche Rechtsmittelgerichte einsetzen sollen. Um einen Verstoss gegen die derogatorische Kraft des Bundesrechts zu vermeiden, müssen die Kantone deshalb ihren oberen Gerichten (oder einem Mitglied derselben) die am 1. Januar 2011 hängigen Rechtsmittel, die nach diesem Datum beurteilt werden, zuweisen. Deshalb ist eine Berufung gegen einen nach dem 1. Januar 2011 gefällten Entscheid des Bezirksgerichts des Sensebezirks über Eheschutzmassnahmen zulässig.

*Art. 49 Cost.; 75 cpv. 2 LTF; Reclamo contro una misura di protezione dell'unione coniugale; diritto transitorio; violazione del principio della forza derogatoria del diritto federale da parte del Tribunale cantonale friborghese*

In vista dell'entrata in vigore del CPC i Cantoni avrebbero dovuto istituire – come autorità di ricorso di ultima istanza – dei tribunali superiori. Pena la violazione del principio della forza derogatoria del diritto federale (art. 49 Cost.), i Cantoni debbono quindi sottoporre al tribunale superiore, ossia al tribunale cantonale (o ad uno o più dei suoi membri), i ricorsi pendenti al 1. gennaio 2011 e che saranno giudicati dopo questa data. Di conseguenza, dev'essere dichiarato irricevibile l'appello contro una decisione resa su misure di protezione dell'unione coniugale dal Tribunale circondariale della Sarine dopo il 1. gennaio 2011.

**2.1** En droit cantonal fribourgeois, jusqu'au 31 décembre 2010, en vertu de l'art. 130 al. 2 LTF, les recours en matière de mesures protectrices de l'union conjugale étaient réglés comme suit: le Tribunal civil d'arrondissement statuait sur recours contre la décision du Président du Tribunal civil d'arrondissement (art. 54a al. 2 de la loi d'application du code civil suisse pour le canton de Fribourg [LACC/FR], disposition abrogée suite à l'entrée en vigueur du Code de procédure civile fédéral du 19 décembre 2008 [ci-après CPC]); son jugement pouvait ensuite faire l'objet d'un appel restreint au Tribunal cantonal (art. 54a al. 3 aLACC/FR; art. 299a al. 2 let. b de l'ancien code de procédure civile fribourgeois [aCPC/FR]; arrêt 5P.512/2006 du 24 mai 2007 consid. 3; Revue fribourgeoise de jurisprudence [RFJ] 2008 p. 376, 377).

L'arrêt rendu sur appel pouvait être attaqué devant le Tribunal fédéral par un recours en matière civile au sens de l'art. 98 LTF.

**2.2** D'ici à l'entrée en vigueur du CPC, le 1<sup>er</sup> janvier 2011, les cantons devaient avoir édicté des dispositions d'exécution conformes notamment à l'art. 75 al. 2 LTF; ils devaient en particulier avoir institué comme autorités de recours – de dernière instance – des tribunaux supérieurs (art. 75 al. 2 1<sup>re</sup> phrase LTF). Le délai transitoire qui leur avait été accordé pour adapter leur législation est échu à cette date (arrêt 5A\_162/2011 du 19 avril 2011 consid. 2.2 destiné à la publication).

Sauf à violer le principe de la primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.), les cantons doivent donc désormais soumettre au tribunal supérieur, c'est-à-dire au tribunal cantonal (ou à l'un ou plusieurs de ses membres), les recours pendants au 1<sup>er</sup> janvier 2011 qui seront jugés après cette date (arrêt 5A\_162/2011 précité consid. 2.2 destiné à la publication).

En effet, à dater du 1<sup>er</sup> janvier 2011, le recours en matière civile au Tribunal fédéral, comme d'ailleurs le recours constitutionnel subsidiaire (art. 114 LTF), ne sont recevables que contre une décision cantonale de dernière instance (art. 75 al. 1 LTF), prise par un tribunal supérieur (art. 75 al. 2 1<sup>re</sup> phrase LTF) et, sauf exceptions expresses, rendue sur recours (art. 75 al. 2 2<sup>e</sup> phrase LTF; arrêt 5A\_162/2011 précité consid. 2.2 destiné à la publication).

**2.3** Au vu de ce qui précède, la décision par laquelle le Tribunal cantonal fribourgeois a déclaré irrecevable l'appel interjeté par le recourant viole l'art. 75 al. 2 1<sup>re</sup> phrase LTF. Dans le cas particulier, le seul moyen dont disposait l'intéressé était en effet l'appel au Tribunal cantonal, la décision objet de l'appel, rendue sur mesures protectrices de l'union conjugale par le Tribunal d'arrondissement de la Sarine, ne pouvant être immédiatement déférée au Tribunal fédéral (arrêt 5A\_162/2011 précité consid. 2.3 destiné à la publication).

**N O T E** *Nicolas Pellaton, avocat, doctorant*

Le délai d'adaptation fixé à l'art. 130 al. 2 LTF étant arrivé à échéance le 1<sup>er</sup> janvier 2011, l'art. 75 al. 2 LTF est désormais applicable. Aux termes de cette disposition, les cantons doivent prévoir un double degré de juridiction en matière civile; un degré unique est parfois admis; dans tous les cas, la dernière instance doit être un tribunal supérieur. Les cantons n'ont donc plus la possibilité de prévoir qu'une instance inférieure statue comme autorité de deuxième et dernière instance (cf. FF 2001 4001, 4109; comp. art. 48 al. 2 let. a OJ; cf. déjà, p. ex., TF 4A\_303/2008 du 14.08.2008, consid. 1).

Ainsi, plusieurs plaideurs, dans des affaires vaudoises, se sont récemment fait éconduire par le Tribunal fédéral pour n'avoir pas préalablement emprunté la voie du recours devant le tribunal cantonal (arrêt 5A\_162/2011 du 19.04.2011, désormais publié au Recueil officiel [ATF 137 III 238], confirmé par les arrêts TF 5A\_313/2011 du 12.05.2011; TF 5A\_108, 141, 224, 243, 246 et 254/2011 du 27.04.2011).

L'affaire objet de l'arrêt reproduit ci-dessus se distingue des précédentes par le fait qu'un appel avait été interjeté contre la décision rendue sur recours par l'instance inférieure (cf. ég. TF 5A\_459/2011 du 15 août 2011). Le Tribunal cantonal fribourgeois, non sans pertinence, a tenté de déclarer celui-ci irrecevable, considérant que le CPC ne prévoit pas la possibilité

d'une double instance de recours. Le Tribunal fédéral, de manière implicite, et quitte à remettre en cause à son tour le principe de la force dérogatoire du droit fédéral, fait toutefois primer l'exigence d'un tribunal supérieur sur celle de la double instance au maximum – laquelle découle également d'une loi fédérale (art. 308 ss CPC). L'art. 75 al. 2 LTF constituant une *lex specialis*, applicable directement à défaut de mieux, ce mal doit être tenu pour acceptable; l'arrêt est donc pleinement à approuver.

## ■ Bundesgesetz über das Bundesgericht – Loi sur le Tribunal fédéral – Legge sul Tribunale federale

### I. Beschwerde in Zivilsachen – Recours en matière civile – Ricorso in materia civile

[1078] Extrait de l'arrêt de la II<sup>e</sup> Cour de droit civil du Tribunal fédéral dans la cause A. et B. contre Office de l'état civil de Lausanne, Service de la population (recours en matière civile) 5A\_225/2011 du 9 août 2011

*Art. 97a CC; 72 al. 2 let. b ch. 2 LTF; Le refus de concourir à la célébration d'un mariage peut être attaqué en dernière instance par la voie du recours en matière civile*

*Art. 97a ZGB; 72 Abs. 2 lit. b Ziff. 2 BGG; Die Weigerung der standesamtlichen Eheschliessung kann letztinstanzlich mit Beschwerde in Zivilsachen angefochten werden*

*Art. 97a CC; 72 cpv. 2 let. b n. 2 LTF; Il rifiuto di procedere alla celebrazione di un matrimonio può essere attaccato in ultima istanza a mezzo del ricorso in materia civile*

1.1 Le recours est dirigé contre une décision de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal du canton de Vaud qui confirme le refus de l'Office de l'état civil de prêter son concours à la célébration du mariage, en application de l'art. 97a CC. Il s'agit d'une décision prise en application de normes de droit public, notamment de droit des étrangers, dans une matière connexe au droit civil (art. 72 al. 2 let. b ch. 2 LTF; arrêt 5A\_753/2009 du 18 janvier 2010 consid. 1.1). Interjeté dans le délai légal (art. 100 al. 1 LTF) par des parties qui ont succombé dans leurs conclu-