

Symposium en droit de la famille



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG  
UNIVERSITÄT FREIBURG

# La procédure en droit de la famille

Edité par

Christiana Fountoulakis  
Professeure à l'Université de Fribourg

Alexandra Jungo  
Professeure à l'Université de Fribourg

Christiana Fountoulakis

Professeure à l'Université de Fribourg

Alexandra Jungo

Professeure à l'Université de Fribourg

# La procédure en droit de la famille

10<sup>e</sup> Symposium en droit de la famille 2019

Citation suggérée de l'ouvrage: CHRISTIANA FOUNTOLAKIS/ALEXANDRA JUNGO (édit.), *La procédure en droit de la famille*, Genève/Zurich 2020 Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8728-5

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Diffusion en France: Lextenso Éditions, Grande Arche – 1 Parvis de La Défense,  
92044 Paris La Défense Cedex

[www.lextenso-editions.com](http://www.lextenso-editions.com)

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL, Avenue  
Milcamps 119, B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47; courriel:  
[patrimoine@telenet.be](mailto:patrimoine@telenet.be)

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

# Sommaire

Avant-propos	III
Sommaire	V
Liste des abréviations	VII
FRANÇOIS BOHNET	
Alléguer et conclure en procédure matrimoniale	1
THOMAS GEISER	
Conventions et voies de droit dans le partage de la prévoyance: à la séparation des voies de droit	27
ANDREAS BUCHER	
La résidence habituelle – pivot de la procédure internationale relative aux droits de l’enfant	45
PHILIPPE MEIER	
Les conventions sur les effets du divorce: questions choisies	95
PAUL-HENRI STEINAUER	
La liquidation du régime de la participation aux acquêts – Questions de preuve et de fond	157
CHRISTINA GAIST	
La procédure de divorce et le jugement de divorce: questions choisies	177
CHRISTIANA FOUNTOLAKIS/LUCILE MACHERET/NICOLAS PAQUIER	
Résumé des jurisprudences fédérale et cantonale en droit de la famille	195

# La résidence habituelle – pivot de la procédure internationale relative aux droits de l'enfant

## Table des matières

I.	Introduction	46
II.	Les éléments de base de la notion	48
	A. Les trois dimensions: physique, familiale et durée	48
	1. Le rattachement physique	48
	2. Le centre de vie	49
	3. La durée	50
	B. Points critiques	52
	1. L'intention – élément subjectif	52
	2. Le droit de séjour	54
	3. Création et abandon: deux éléments fusionnels ?	55
	4. Un enfant sans résidence habituelle ?	56
	5. Une double résidence alternée ?	59
	6. De quelques frictions à propos de la résidence habituelle	65
III.	Le déplacement de la résidence habituelle	67
	A. Les conséquences en matière de compétence	67
	1. Le changement de compétence	67
	2. L'exception en cas d'enlèvement	69
	3. L'exception en cas de divorce	70
	B. L'autorisation au déplacement	70
	C. Le départ sans autorisation	72
	D. L'éloignement temporaire de l'enfant de sa résidence habituelle	74
IV.	La résidence habituelle au centre du régime de l'enlèvement	75
	A. Le champ d'application de la CLaH 80	75
	1. Les États contractants	75
	2. Le droit de garde	75
	B. La résidence habituelle en cas de non-retour	76
	C. La résidence habituelle abandonnée avant l'enlèvement	79
	D. La destination du retour	82
	1. Le pays ou le lieu de la résidence habituelle ?	82
	2. Quel retour en cas de déplacement de la résidence habituelle du parent lésé ?	85

---

\* Professeur honoraire de l'Université de Genève.

V.	La résidence habituelle de l'enfant à l'étranger	85
A.	La reconnaissance des décisions et mesures	85
B.	L'adoption prononcée dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant	86
C.	L'enfant né d'une mère porteuse	87
	Bibliographie	91

## I. Introduction

- 1 Depuis que la notion de résidence habituelle a fait son apparition dans les Conventions de La Haye, dans les années 1950, il a été affirmé qu'elle devait rester sans définition. Tel est toujours le cas, malgré de nombreuses tentatives qui n'ont jamais dépassé les bords du débat doctrinal.
- 2 Alors qu'il s'agit d'un critère clé de tout régime international sur les droits de l'enfant, ses contours restent indéfinis dans des domaines aussi importants que l'établissement de la filiation, l'obligation alimentaire, les mesures de protection de l'enfant ainsi que l'enlèvement d'enfant. Malgré cela, la jurisprudence et la pratique s'en accommodent très largement. Car dans la plupart des situations, la résidence habituelle de l'enfant est aisément identifiable. Pour les cas dans lesquels on doit se contenter de l'incertitude, les solutions sont laissées à l'appréciation des autorités et des praticiens – ce qui débouche sur des débats denses, en l'absence d'une jurisprudence stabilisée.
- 3 Les instruments de droit international qui ont la résidence habituelle pour pilier de leur régime sont principalement, dans l'ordre de leur création, la Convention de 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires (CLaH 73)<sup>1</sup>, la Convention de 1980 sur l'enlèvement d'enfant (CLaH 80)<sup>2</sup>, celle de 1993 sur l'adoption (CLaH 93)<sup>3</sup> et celle de 1996 sur la protection des enfants (CLaH 96)<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 2.10.1973 (RS 0.211.213.01).

<sup>2</sup> Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25.10.1980 (RS 0.211.230.02).

<sup>3</sup> Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29.5.1993 (RS 0.211.221.311).

<sup>4</sup> Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants du 19.10.1996 (RS 0.211.231.011).

Au plan européen, on mentionnera tout d'abord, s'agissant des obligations alimentaires, la Convention de Lugano (CL)<sup>5</sup>, complétée, pour les effets à l'intérieur des États membres de l'Union européenne (UE), par un Règlement de 2009<sup>6</sup>. En ce qui concerne les mesures de protection et l'enlèvement d'enfant, l'Union européenne dispose d'un régime autonome, parallèle aux Conventions de La Haye de 1980 et 1996, le Règlement de Bruxelles II<sup>bis</sup><sup>7</sup>, révisé le 25 juin 2019<sup>8</sup>. Étant donné que l'on retrouve les règles de compétence de la Convention de La Haye 1996 dans le Règlement de Bruxelles II<sup>bis</sup>, qui s'applique à la grande majorité des États parties à la Convention de La Haye, la jurisprudence de la Cour de justice représente l'interprétation dominante, étant donné qu'elle lie la majeure partie des États contractants de la Convention de La Haye. Sans être liée par les arrêts de la Cour, la Suisse doit les observer dans le but de parvenir à une interprétation harmonisée de la Convention.

Au regard du très large domaine couvert par les traités liant la Suisse, la notion de résidence habituelle de l'enfant au sens du pur droit suisse interne fait pâle figure. Elle n'a que très rarement lieu de s'appliquer, ce qui ne lui permet pas de jouer sur son atout, qui est d'être pourvue d'une définition légale. Selon l'art. 20 al. 1 lit. b LDIP, une personne physique a sa résidence habituelle « dans l'État dans lequel elle vit pendant une certaine durée, même si cette durée est de prime abord limitée ». La jurisprudence n'a pas souvent l'occasion de se servir de ce texte, étant donné que la notion telle qu'elle figure dans les Conventions internationales, sans définition, est une notion autonome.

---

5 Convention du 30.10.2007 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (RS 0.275.12).

6 Règlement 4/2009 du 18.12.2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (JOUE 2009 L 7 p. 1).

7 Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27.11.2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (« Bruxelles II<sup>bis</sup> »)(JOCE 2003 L 338, p. 1).

8 Journal officiel de l'Union européenne 2019 L 178 p. 1 ss.

## II. Les éléments de base de la notion

### A. Les trois dimensions: physique, familiale et durée

#### 1. Le rattachement physique

- 6 La présence physique est l'ancre de toute résidence habituelle. Sans elle, on ne peut résider, et ce encore moins « habituellement ». C'est également la raison pour laquelle cette résidence est une notion de fait. Elle relève du droit, certes, mais ces conditions sont de nature « factuelle ». Elles sont en principe aisément constatables dans la vie extérieure de l'individu, qui se manifeste nécessairement de façon physique. Sans utiliser les termes de « présence » et de « physique », l'art. 20 al. 1 lit. b LDIP les réunit en désignant la « vie » de la personne. Il n'y a pas de vie sans existence physique, et celle-ci est nécessairement localisée géographiquement.
- 7 La jurisprudence du Tribunal fédéral est constante sur ce point, sans toutefois se servir souvent des termes de « présence physique ». Tel fut le cas de l'arrêt du 12 juin 2012, dans une affaire grecque, constatant que « toute résidence implique nécessairement une présence physique à un endroit donné »<sup>9</sup>. Il existe pourtant des exceptions, sur lesquels on reviendra.<sup>10</sup>
- 8 Tout en étant reconnue comme autonome, la notion telle qu'employée à l'art. 5 al. 1 CLaH 96 connaît le même fondement. La Cour de justice de l'UE, saisie de l'interprétation de l'instrument parallèle du Règlement de Bruxelles II<sup>bis</sup>, soutient la même position. Pour la Cour, une présence physique dans l'État dans lequel l'enfant est prétendument intégré est une condition nécessairement préalable à l'évaluation de la notion de résidence habituelle.<sup>11</sup> En l'absence d'une telle présence, on ne saurait se rabattre sur des circonstances telles que l'intention du parent exerçant la garde ou la résidence habituelle de l'un ou de l'autre parent, au détriment de considérations géographiques objectives.<sup>12</sup>
- 9 Cependant, la présence physique en elle-même n'est pas suffisante, car il faut lui ajouter un élément d'intensité afin qu'elle puisse être reconnue comme « habituelle ». Cette intensité se décline en deux faisceaux qui sont entremêlés. Le plus facile à appréhender est la durée: un séjour de courte durée ne suffit pas; il faut une présence régulière de quelques mois impliquant une certaine vie. Le texte allemand de l'art. 20

---

<sup>9</sup> TF, 12.6.2012, 5A\_346/2012, cons. 4; de même, TF, 11.1.2010, 5A\_764/2009, cons. 2.1; TF, 23.4.2012, 5A\_889/2011, cons. 4.1.2.

<sup>10</sup> Cf., par ailleurs, CHAUDET, *Revue de l'avocat* 2018 p. 380-382, plaidant pour plus de flexibilité.

<sup>11</sup> Cf. CJUE, 17.10.2018, C-393/18, *UD c. XB*, n° 43-53, 70.

<sup>12</sup> CJUE, 17.10.2018, C-393/18, *UD c. XB*, n° 62.



LDIP exige une vie « während längerer Zeit », ce qui va au-delà d'une « certaine durée ». La durée de ce séjour peut être limitée d'emblée, pourvu qu'elle soit suffisamment longue. Un séjour de courte durée ne permet pas de créer une résidence habituelle, mais une présence régulière de quelques mois peut s'avérer suffisante.<sup>13</sup> Cependant, on ne peut se contenter de la notion de durée sans lui attacher son objet. La présence dans la durée doit être caractérisée; sinon, il lui manque le rattachement à un territoire et elle ne peut devenir « habituelle ». Ce facteur se résume dans le facteur matériel de « centre de vie », auquel on doit associer un facteur temps dans le sens d'une durée.

## 2. Le centre de vie

Se retrouver en un endroit de manière « habituelle » implique des racines dans un environnement qui s'étend en un lieu ou un pays et qui est caractérisé par les éléments propres à la vie d'une personne, qui sont principalement d'ordre familial et social. Pour les enfants, c'est l'intégration dans la famille qui est le facteur décisif, étant donné qu'il n'est pas porteur d'éléments suffisants de sa propre vie qui permettraient d'en dégager une localisation au sens « habituel », tout au moins pendant son jeune âge. Pour l'enfant lui-même, la nature « habituelle » de sa résidence ne peut être déterminée isolément; il faut tenir compte de son entourage. 10

Dans la jurisprudence, on trouve ainsi de nombreux arrêts constatant que pour les enfants, il y a lieu de se référer à leur cadre familial, respectivement à la résidence habituelle des personnes qui en assument la garde.<sup>14</sup> Un arrêt récent rappelle que la notion de résidence habituelle de l'enfant repose sur une situation de pur fait, déterminée d'après le centre effectif de sa vie, correspondant à une certaine intégration dans un environnement social et familial, composée de facteurs tels la durée du séjour, la régularité, les connaissances linguistiques, les conditions et les raisons du séjour et la nationalité de l'enfant.<sup>15</sup> 11

Dans le cas le plus extrême des nouveau-nés, leur résidence dépend entièrement de leur rattachement à une famille ou à des tierces personnes qui en assument la charge. L'enfant étant dépourvu de toute autonomie, sa résidence est directement associée à 12

---

<sup>13</sup> TF, 26.3.2004, 5C.28/2004, cons. 3.2.

<sup>14</sup> Cf., notamment, TF, 110 II 119, 122 ; ATF 117 II 334, 337; TF, 11.11.2009, 5A\_650/2009, cons. 5.2; TF, 29.3.2011, 5A\_119/2011, cons. 6.2.1.1; TF, 25.5.2011, 5A\_257/2011, cons. 2; TF, 25.10.2011, 5A\_440/2011, cons. 2.2; TF, 10.9.2012, 5A\_550/2012, cons. 3.3.1; TF, 18.4.2013, 5A\_164/2013, cons. 3; TF, 28.11.2013, 5A\_807/2013, cons. 2.3.1; TF, 8.3.2018, 5A\_1021/2017, cons. 5.1.2.

<sup>15</sup> TF, 6.11.2018, 5A\_846/2018, cons. 4.

son entourage, qui lui transmet son caractère habituel.<sup>16</sup> Au fur à mesure que l'enfant grandit, devenant de plus en plus autonome, cette dépendance des relations avec la famille s'affaiblit et fait place à un rattachement autonome. Cependant, ce processus est lent et peut se poursuivre jusqu'à l'adolescence, à propos de laquelle on aurait tort de penser qu'elle rendrait l'enfant autonome par rapport à ses parents. Aussi est-il erroné d'affirmer que l'école produirait l'effet de détacher l'enfant du centre de vie de sa famille.<sup>17</sup> Cela rejoint l'idée que l'on pourrait parler de continuité et de stabilité uniquement par rapport aux nourrissons et de petits enfants; pour des enfants plus âgés, la séparation de leur principal gardien et support familial serait sans danger.<sup>18</sup> On n'est pas loin du scandale des « Verdingkinder », qui se répète de nos jours, sans que personne n'intervienne, tout simplement parce que les enfants qui en sont les victimes n'ont pas de voix.

- 13 La notion de résidence habituelle, malgré sa définition propre, se rapproche ainsi sensiblement de celle de domicile, jusqu'à s'y identifier.<sup>19</sup> Car l'idée du « centre de vie » inclut celle d'une intention se traduisant dans des faits extérieurs à la personne, comme cela se produit lorsque la même notion sert de base au domicile. La différence, toute en nuances, se manifeste à travers l'intensité, plus ou moins forte, du rattachement au « centre de vie ». Cette intensité se manifeste par la durée.

### 3. La durée

- 14 La durée est un élément qui renforce le rattachement au lieu de vie de l'enfant. Si la durée est plutôt longue, le lien physique avec le lieu de vie de l'enfant et de sa famille

---

<sup>16</sup> ATF 129 III 288, 292.

<sup>17</sup> Comme l'a fait le TF dans son arrêt du 11.1.2010, 5A\_764/2009, cons. 2.3, affirmant que le lieu de l'école remplace le centre de vie de la famille.

<sup>18</sup> Cf., notamment, TF, 16.4.2009, 5A\_884/2009, cons. 3, allant jusqu'à affirmer que l'on pourrait exiger d'une mère de cesser l'allaitement; TF, 23.5.2018, 5A\_121/2018, cons. 5.3, et les références citées. C'est également l'avis de MÖCKLI, RDS 2017 II p. 281, 299. Comme c'est le cas du Tribunal fédéral, dont l'auteur rédige les arrêts, aucune source d'expérience, médicale ou de science n'accompagne ces affirmations. De surcroît, même pour un enfant de moins de deux ans, la séparation du parent gardien est acceptable pour le Tribunal fédéral si ce parent ne fait pas valoir un motif suffisant pour refuser de raccompagner l'enfant au retour. L'enfant doit alors subir les conséquences de la faute de ce parent, ce qui contrevient à l'un des principes les plus élémentaires des droits de l'enfant. On comparera ces arrêts avec la jurisprudence qui condamne la séparation d'enfants de moins de 15 ans de leurs parents dans les cas de détention en vue d'un renvoi selon l'accord de Dublin (cf. ATF 143 I 437, 446 s.). Selon une autre jurisprudence, également fondée sur l'art. 8 CEDH, on peut présumer « qu'à partir de 18 ans, un jeune est normalement en mesure de vivre de manière indépendante sauf circonstances particulières (ATF 145 I 227, 233; 120 Ib 257, 261 s.) – en d'autres termes, en-dessous de l'âge de 18 ans, cette présomption ne s'applique pas.

<sup>19</sup> Cf. ATF 120 Ib 299, 302.

est implicitement stabilisé. Il arrive alors que l'on peut se contenter du constat d'une telle durée pour en déduire que la résidence ne peut pas être autrement qu'habituelle.

C'est pourquoi la pratique évoque parfois l'existence d'une présomption de fait selon laquelle après six mois de présence en un lieu ou dans un pays, la résidence habituelle s'en suit. Dans certains pays, tels que l'Allemagne et l'Autriche, la jurisprudence se sert d'une telle présomption. Le Tribunal fédéral a déjà rappelé ce délai, tout en y ajoutant d'autres facteurs, en réalité décisifs, liés aux circonstances du séjour et de sa durée probable.<sup>20</sup> Un autre arrêt faisait état d'un mois de présence ininterrompue au domicile des parents depuis la naissance.<sup>21</sup> 15

Une telle présomption n'a donc pas de valeur absolue; la résidence habituelle n'en dépend pas. Une telle résidence peut exister sans qu'elle ne soit associée à aucune durée. Pour convaincre, il suffit de penser au cas du nouveau-né dont on doit déterminer la résidence habituelle dès le jour de sa naissance, afin de connaître sa filiation (art. 68 et 69 LDIP) ou son nom de famille (art. 37 LDIP), par exemple. 16

La jurisprudence admet judicieusement que la durée peut se manifester sous la forme d'une *perspective*. Si la présence physique est intense au point que l'on peut reconnaître qu'elle représente un projet pour l'avenir immédiat, la condition de la durée est réalisée. Il est alors dit que la résidence doit être destinée à durer et à remplacer le précédent centre de vie.<sup>22</sup> Si la durée de fait manque, on se contentera de la durée « envisagée ». <sup>23</sup> Cette solution empêche qu'une lacune se produise dans l'exercice de la compétence ou au niveau de la continuité de la loi applicable. Lorsque le changement de la résidence habituelle entraîne un changement de compétence, il est opportun d'assurer à l'enfant l'accès à la justice aussitôt qu'il arrive dans son nouveau lieu de vie. Lorsqu'il s'agit d'un rapport de droit défini dans la durée, tel le droit à l'entretien ou le nom de famille, la loi de la résidence habituelle peut être celle à partir du déménagement, alors que la durée réelle du séjour ne s'est pas encore concrétisée. Dans le cas d'un enfant réfugié, il est parfois indispensable de lui assurer une protection de droit civil dès son arrivée dans le pays. La perspective de durée résulte alors de la demande d'asile, qu'elle soit susceptible d'être acceptée ou non: la 17

---

<sup>20</sup> Cf., par exemple, TF, 15.11.2005, 5P.367/2005, cons. 5.3; TF, 23.4.2012, 5A\_889/2011, cons. 4.1-4.3; TF, 10.9.2012, 5A\_550/2012, cons. 3.3.1; TF, 8.1.2013, 5A\_809/2012, cons. 2.3.3. L'arrêt du TF du 11.1.2010, 5A\_764/2009, cons. 2.1, retient un délai d'un an, en référence à l'art. 12 CLaH 80.

<sup>21</sup> TF, 3.9.2014, 5A\_584/2014, cons. 5.

<sup>22</sup> TF, 25.10.2011, 5A\_440/2011, cons. 2.2; TF, 10.9.2012, 5A\_550/2012, cons. 3.3.1; TF, 6.11.2018, 5A\_846/2018, cons. 4.

<sup>23</sup> TF, 23.12.2009, 5A\_432/2009, cons. 5.3; TF, 9.10.2014, 5A\_324/2014, cons. 5.3; TF, 12.3.2018, 5A\_948/2017, cons. 3.3.

longueur de la procédure laisse place à un accueil prolongé, physique et social, au point que la résidence habituelle est acquise peu de temps après l'attribution à un canton<sup>24</sup>. La perspective de la localisation de la vie familiale est également décisive: l'enfant né dans une famille dont la vie est connue pour se dérouler à son domicile acquiert sa résidence habituelle au même lieu, dès sa naissance. En revanche, l'enfant né d'une mère porteuse en Californie, qui le remettra aussitôt aux parents d'intention, n'acquiert pas de résidence habituelle dans ce pays.

- 18 On peut ainsi constater à travers une longue série d'arrêts que dans le cas du déménagement de l'enfant avec ses parents, sa résidence habituelle est normalement créée immédiatement ou dans très peu de temps au nouveau lieu de vie de la famille.<sup>25</sup> La perspective d'une certaine durée du séjour est alors le critère le plus important.<sup>26</sup> Lorsque l'arrivée dans le nouveau pays a manifestement lieu dans le but de s'y installer, la résidence habituelle est acquise dans quelques jours.<sup>27</sup> On a même vu des arrêts acceptant un domicile « imminent »<sup>28</sup>; cela vaut également pour la résidence habituelle.

## B. Points critiques

### 1. L'intention – élément subjectif

- 19 La jurisprudence remarque parfois que l'élément subjectif de l'intention n'est pas une condition de la résidence habituelle, tandis qu'il fait partie de la notion de domicile.<sup>29</sup> De façon plus nuancée, il a cependant également été dit que l'élément subjectif est moins présent dans la résidence habituelle qu'il ne l'est dans le domicile, sans être absent.<sup>30</sup> En réalité, la distinction n'est en effet pas aussi marquée. Premièrement, l'intention en tant qu'élément du domicile doit être objectivée ou rendue reconnaissable; elle doit pouvoir être reconnue dans les faits extérieurs à l'homme et non à travers une simple expression de la volonté. Deuxièmement, l'intention est normalement à l'origine de la présence de l'enfant et de sa famille en un lieu donné. Dès lors, dans la mesure où elle devient reconnaissable à travers la présence physique

---

<sup>24</sup> Cf. ATF 113 II 5, 7 s.; 116 II 497, 501-503.

<sup>25</sup> Cf. ATF 143 III 193, 195; TF, 11.11.2009, 5A\_650/2009, cons. 5.3; TF, 23.12.2009, 5A\_432/2009, cons. 5.3; TF, 12.3.2018, 5A\_948/2017, cons. 3.3.

<sup>26</sup> Cf., outre les arrêts déjà cités, TF, 11.11.2009, 5A\_650/2009, cons. 5.2; TF, 8.8.2016, 5A\_293/2016, cons. 3.1.

<sup>27</sup> ATF 143 III 193, 195; TF, 1.7.2019, 5A\_21/2019, cons. 6. Elle est acquise immédiatement: TF, 21.6.2017, 5A\_68/2017, cons. 2.3.

<sup>28</sup> Cf. ATF 116 II 202, 206-209 (mariage); TF, 22.4.2005, 5A.34/2004, cons. 3.1 (adoption).

<sup>29</sup> ATF 129 III 282, 292; TF, 18.4.2013, 5A\_164/2013, cons. 3; TF, 6.11.2018, 5A\_846/2018, cons. 4.

<sup>30</sup> ATF 117 II 334, 337.

et l'enracinement de la famille à son « centre de vie », elle fait partie de l'argumentaire pour soutenir la création d'une résidence habituelle. C'est un indice. La différence est donc toute en nuances. Pour la résidence habituelle, les faits objectifs à l'extérieur de l'homme sont décisifs. L'intention subjective reste confinée au for intérieur de la personne, ce qui ne l'empêche pas de devenir reconnaissable et d'être ainsi objectivée. Pour le domicile, le projet de vie qui est associé à la présence en un lieu est un élément indispensable dans l'analyse de cette notion. Parfois cependant, l'exigence de la résidence physique s'efface complètement lorsque, dans de rares cas, la seule volonté doit être retenue comme déterminante.<sup>31</sup> Cela peut permettre de conserver un domicile, mais non une résidence habituelle.

Ces distinctions se manifestent rarement dans la pratique, ce qui n'empêche pas de les mentionner, ce d'autant que l'art. 20 LDIP s'en inspire. S'il est vrai que l'art. 20 al. 1 lit. b LDIP vise la vie de la personne et que l'on a pu penser que le fait d'être reconnaissable, comparé à l'élément subjectif, serait plus important que pour le domicile<sup>32</sup>, on ne peut guère voir dans la résidence habituelle autre chose qu'une référence au centre des relations personnelles et professionnelles.<sup>33</sup> Toutefois, contrairement au domicile, la résidence habituelle peut reposer sur une présence de peu d'intensité, faute d'un enracinement plus fort ailleurs, et elle se contente d'une durée limitée. La personne peut résider habituellement dans un lieu où elle ne compte pas rester plus qu'un certain temps, sans y acquérir un domicile dès lors que les signes extérieurs qui entourent sa présence ne démontrent pas son intention de s'établir dans ce lieu pour une durée à première vue non limitée. Dès lors, une personne peut plus facilement n'avoir point de domicile qu'elle peut ne disposer d'aucune résidence habituelle. C'est la raison pour laquelle l'art. 20 al. 2 LDIP fait de la résidence habituelle une notion subsidiaire, intervenant lorsqu'il manque un domicile, cependant sans écarter l'hypothèse qu'une telle résidence puisse également s'avérer inexistante dans un cas particulier.

L'intention de s'établir, même réduite à un degré de moindre intensité que pour le domicile, peut donc constituer un indice susceptible de renforcer le centre de vie de la famille, sans être indispensable pour acquérir une résidence habituelle. On ne saurait cependant l'ignorer au motif qu'il faille éviter que la résidence habituelle de l'enfant dépende de celle du parent gardien, comme le dit un arrêt<sup>34</sup>, aussitôt

---

<sup>31</sup> Ainsi dans le cas de l'étudiant en séjour à l'étranger, dont le déménagement est assumé par ses parents et qui reviendra à son nouveau lieu de vie.

<sup>32</sup> Cf. le Message sur la LDIP, FF 1983 I p. 255, 309: « l'élément subjectif reste en retrait ».

<sup>33</sup> Le « Schwerpunkt der Lebensbeziehungen » – ATF 117 II 334, 337 ; ATF 119 V 111, 117; ATF 129 III 288, 292 ; et les arrêts cités *supra* 14.

<sup>34</sup> TF, 23.5.2018, 5A\_121/2018, cons. 3.1. L'argument consiste à dire dans cet arrêt que l'intention de demeurer dans un endroit ne serait pas déterminante, en particulier dans le cas d'enfants très

contredit par un autre, constatant que l'enfant avait acquis sa résidence habituelle déjà quelques jours après son arrivée en Russie, compte tenu des démarches entreprises par sa mère, « agissant avec l'intention manifeste de s'installer, comme l'enfant, dans son pays d'origine ».<sup>35</sup> On comparera ces arrêts à celui, plus nuancé, de la Cour de justice du 28 juin 2018<sup>36</sup>, concluant que la résidence habituelle d'un enfant en bas âge correspond au lieu où se situe, dans les faits, le centre de sa vie et son environnement, qui est essentiellement familial, déterminé par des circonstances objectives, sans exclure l'intention des parents en tant qu'indice de nature à compléter un faisceau d'éléments concordants.<sup>37</sup>

## 2. Le droit de séjour

- 22 C'est une constante de la jurisprudence de déclarer que l'attribution ou le refus du droit de séjourner en Suisse n'ont point d'effet sur l'appréciation des conditions du domicile ou de la résidence habituelle. Cela signifie principalement que l'octroi de l'asile n'est pas une exigence à cet égard. La régularité du séjour ne compte pas.<sup>38</sup> De même, le fait d'avoir déposé ses papiers ou de payer des impôts en un certain lieu n'est pas déterminant, ni d'autres indices de la même nature d'ailleurs.<sup>39</sup>
- 23 En rupture apparente avec cette logique, quelques arrêts mentionnent néanmoins de tels facteurs en tant qu'éléments, favorables ou non, selon les cas, à l'affirmation d'une présence qualifiée par le centre de vie de la personne. Cela paraît acceptable dans la mesure où il existe suffisamment de motifs d'une autre nature pour conclure dans le même sens, soit pour la création d'une résidence habituelle, soit pour constater que celle-ci a été abandonnée ou déplacée. Cela devient problématique

---

jeunes, dès lors qu'ils n'ont pas la capacité de former et exprimer leur volonté propre, au risque de créer une résidence habituelle dépendante de celle du parent gardien (de même, ALFIERI, p. 63). C'est méconnaître que l'intention à laquelle on se réfère par rapport à de jeunes enfants est celle de la famille dont le centre de vie produit l'effet d'y attirer la résidence habituelle de l'enfant. Il n'y a là rien de « dépendant » dans le sens d'une fiction, mais simplement un fait lié à la vie de l'enfant. Pour le TF, 6.11.2018, 5A\_846/2018, cons. 4, de même, l'intention de demeurer dans un endroit n'est pas déterminant.

<sup>35</sup> TF, 1.7.2019, 5A\_21/2019, cons. 6.

<sup>36</sup> CJUE, 28.6.2018, C-512/17, *HR c. KO*, n° 38-66.

<sup>37</sup> La question de savoir si l'accord des parents peut être décisif lorsqu'il s'agit de la résidence habituelle d'un enfant très jeune est actuellement soumise à la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Monasky v. Taglieri*.

<sup>38</sup> TF, 11.1.2010, 5A\_764/2009, cons. 2.1.

<sup>39</sup> TF, 15.8.2012, 5A\_291/2012, cons. 3.2; TF, 6.11.2018, 5A\_846/2018, cons. 5.

lorsqu'un tel indice devient un critère déterminant dans certains arrêts<sup>40</sup>, tout en étant relégué comme étant sans signification dans d'autres.<sup>41</sup>

### 3. Création et abandon: deux éléments fusionnels ?

Dès lors que la présence physique est un pilier indispensable de la résidence habituelle, le fait de devenir physiquement présent dans un autre lieu ou pays implique normalement l'abandon de la résidence dans le pays de la présence manifestée antérieurement. 24

Dans le cours ordinaire des choses des familles qui déplacent leur lieu de vie d'un pays dans un autre, avec leurs enfants, les deux facettes s'intercalent l'une dans l'autre. Le déplacement de la résidence représente le départ d'un pays, et l'arrivée dans le nouveau pays de séjour correspond à la création d'une nouvelle résidence habituelle. Il suffit donc de constater, en règle générale, que les conditions de celle-ci sont réalisées, pour dire que l'ancienne résidence habituelle a été abandonnée simultanément. Il n'empêche qu'il s'agit d'une paire. Pour trouver l'unique résidence habituelle d'une personne, l'un ne va pas sans l'autre, comme les conditions d'acquisition d'une telle résidence peuvent également servir à constater l'abandon de la résidence précédente. Le départ pour une courte durée, à des fins de vacances, de convalescence ou de séjour de formation, par exemple, n'implique pas l'abandon de la présence physique dès lors qu'il subsiste la perspective de retour, manifestée par un centre de vie suffisamment attractif pour rendre le départ passager. Des interruptions de courte durée ne font pas perdre la résidence habituelle, tant que subsistent certains liens avec le lieu où la personne a l'habitude de revenir. En revanche, lorsqu'une telle perspective de retour n'est pas reconnaissable, du fait du départ et, par exemple, de la fin des rapports de travail ou du bail d'un logement, la résidence habituelle prend fin, respectivement elle est transférée dans le nouveau pays de séjour.<sup>42</sup> Cependant, la situation n'est pas toujours aussi limpide. 25

En cas de déplacement en violation du droit de garde d'un parent, une certaine retenue s'impose avant d'admettre que l'enfant ait créé une nouvelle résidence habituelle, en particulier lorsqu'un enlèvement d'enfant est allégué et rendu 26

---

<sup>40</sup> Ainsi dans la seconde affaire grecque, l'arrêt notant que la résidence habituelle était demeurée en Grèce, compte tenu du fait que « l'enfant est né en Grèce et y dispose d'un statut de réfugié et d'un titre de séjour valable » (TF, 23.5.2018, 5A\_121/2018, cons. 3.).

<sup>41</sup> Ainsi dans l'affaire de Genève, où il est reproché à la Cour de justice de s'être fondée sur l'inscription dans un registre (TF, 6.11.2018, 5A\_846/2018, cons. 5; TF, 18.4.2019, 5A\_131/2019, cons. 2).

<sup>42</sup> Cf., en matière d'assurances sociales, indiquant un délai de tolérance de trois mois, ATF 119 V 98, 109-111, 111 ss, 117-120, qui est cependant purement indicatif.

probable.<sup>43</sup> L'établissement dans le nouveau pays de séjour peut s'entourer d'une certaine incertitude qui peut laisser des doutes quant à l'existence d'une résidence destinée à durer, dès lors qu'il se profile une perspective de retour. Cependant, il serait inexact d'adopter une position radicalement opposée à la création d'une nouvelle résidence habituelle.<sup>44</sup> L'art. 7 CLaH 96 est explicitement fondé sur une telle hypothèse, qui n'est donc pas rare.

- 27 Dans certains cas de migration, suivie d'une attente longue jusqu'à l'octroi d'un asile ou d'une permission de séjourner d'une autre nature, la création d'une résidence habituelle peut être incertaine pendant une période relativement longue, alors que l'abandon de l'ancienne résidence dans le pays de provenance est certain depuis le départ du pays, même si un retour ultérieur n'est pas exclu. L'abandon de l'une et l'acquisition de l'autre dépendent donc de facteurs complètement distincts.
- 28 Des situations se présentent ainsi dans lesquelles l'abandon d'une résidence habituelle dans un pays n'est pas suivi d'une nouvelle résidence habituelle ailleurs, l'enfant restant sans résidence. Cela peut affecter la disponibilité d'une couverture de protection par des autorités compétentes et par des lois protectrices dont le champ d'application dépend de la résidence habituelle.

#### **4. Un enfant sans résidence habituelle ?**

- 29 Une personne peut quitter un pays sans y laisser de rattachement physique en un lieu ou un repère familial, et sans créer de résidence habituelle dans un autre pays. Les conditions de la résidence habituelle étant de purs faits, il n'y a pas d'exigence selon laquelle la présence physique qui est abandonnée dans un pays soit reconstituée dans un autre.
- 30 Le problème ne peut se poser lorsqu'il est prévu que, dans un tel cas, un critère subsidiaire intervient pour remplir la fonction attribuée à la résidence habituelle. La CLaH 96 consacre à cet égard une solution pour le cas des réfugiés et d'autres enfants internationalement déplacés dans des conditions analogues, pour lesquels le lieu de leur simple présence est suffisant pour fonder la compétence des autorités appelés à les protéger par des mesures de protection (art. 6 al. 1). La même solution est élargie à tout enfant dont la résidence habituelle ne peut être établie (art. 6 al. 2). Pour tous ces cas, la CLaH 96 reconnaît l'existence d'enfants sans résidence habituelle. En revanche, elle n'élargit pas cette solution à la loi applicable qui est en règle générale celle de la résidence habituelle, sans que celle-ci laisse place à une loi

---

<sup>43</sup> Cf. ATF 117 II 334, 337; TF, 23.4.2012, 5A\_889/2011, cons. 4.

<sup>44</sup> Cf. ATF 125 III 301, 303.



fondée sur une simple résidence ou la présence de l'enfant, s'agissant notamment de la loi reconnaissant aux parents leur autorité parentale (art. 16).

En l'absence d'une telle solution subsidiaire, la tentation est grande de faire surgir une résidence habituelle artificiellement, afin de s'assurer que la personne dispose d'une localisation physique à laquelle des effets juridiques peuvent être rattachés. 31

C'est le cas du marin qui quitte la vie terrestre pour partir vers une vie en haute mer, auquel on entend rattacher artificiellement une résidence suisse afin de le soumettre à la perception d'impôts<sup>45</sup>. Le droit fiscal ne supporte pas que l'on puisse échapper aux impôts. Lorsque son point de rattachement est le domicile ou la résidence habituelle et que ces notions sont des notions de fait sans être pourvues du complément d'un domicile artificiel tel l'art. 24 CC, la pratique a tendance à assouplir les exigences et de se contenter d'un lien de faible consistance afin de rattraper même le dernier des contribuables, quitte à s'exposer au risque d'une double-imposition que l'on pourra encore corriger le cas échéant. 32

L'art. 20 LDIP montre le problème: que faire lorsqu'une personne ne remplit pas les conditions d'une résidence habituelle? Lorsqu'il s'agit de l'établissement de la filiation, régie par la loi de la résidence habituelle de l'enfant, et que l'on ne trouve pas les éléments de celle-ci réunies en l'espèce, on ne peut faire autrement que d'assouplir les exigences afin de rattacher la filiation au pays le plus proche du lieu de vie de l'enfant. De même en cas de successions: Les contestations au sujet du domicile d'un défunt sont fréquentes, mais on ne peut se retrouver avec une personne décédée n'ayant eu ni domicile ni résidence habituelle. Cette notion de résidence doit donc être élargie au point d'englober les personnes n'ayant pas eu un ancrage significatif au terme de leur vie.<sup>46</sup> 33

Pour la résidence habituelle, la condition de la présence physique est incontournable. Certes, cette présence n'est pas factuelle au point d'exiger de la personne qu'elle se trouve jour et nuit au même lieu. Des absences passagères ne font pas perdre la résidence habituelle, comme le fait d'arriver en un lieu au cours d'un voyage ne crée pas une telle résidence non plus. Pour être « habituelle », la résidence doit 34

---

<sup>45</sup> Cf., pour le cas d'un « globe-trotter », ATF 138 II 300, exigeant la preuve d'un nouveau domicile et appliquant l'art. 24 al. 1 CC par analogie.

<sup>46</sup> Par ailleurs, en matière de succession, la résidence habituelle, comme le domicile, sont analysés rétrospectivement, étant donné qu'il n'y a plus de perspective d'une vie future à prendre en compte. Ainsi, les facteurs de durée, de régularité et de stabilité de la vie du défunt dans le passé deviennent décisifs, comme le montrent les considérants 23 et 24 du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen (JOUE 2012 L 201 p. 107).

s'accompagner d'une perspective de présence pour une certaine durée. Inversement, pour perdre son caractère « habituel », une résidence une fois acquise doit s'avérer amputée de la perspective de retour dans un laps de temps relativement court, aussi court que la perspective de créer une telle résidence requiert un laps de temps d'une certaine durée.

- 35 L'interprétation du droit auquel la résidence habituelle sert de rattachement devient alors décisive. Dans certaines matières, telles celles mentionnées, faute de la présence d'un critère subsidiaire, telle une simple résidence, la notion de résidence habituelle doit subir des ajustements. Le premier se dirige vers le futur: l'on comprend une résidence en réalité non encore devenue habituelle comme un lieu disposant de la perspective d'y parvenir. Le second se tourne vers le passé: on tend à maintenir la résidence habituelle au lieu que la personne a déjà quitté, en supposant que faute de s'être déjà constitué une telle résidence ailleurs, elle pourrait encore y revenir à une prochaine occasion. On parvient ainsi à éviter que la personne se retrouve sans accès à la justice, faute de juge compétent, ou sans savoir quelle loi appliquer, faute d'un rattachement fondé sur la résidence habituelle. Cependant, cette double marge d'interprétation n'est pas sans limite.
- 36 Dans d'autres matières, la résidence habituelle est d'interprétation stricte, en ce sens qu'elle ne doit pas servir à la création d'un droit en l'absence de ses composants essentiels, qui ne sont pas extensibles à loisir. L'hypothèse d'une personne sans résidence habituelle est alors la réalité.
- 37 Pour le Tribunal fédéral, dans l'affaire grecque déjà mentionnée, tel est le cas de *l'enfant non encore né*.<sup>47</sup> L'embryon n'étant pas une personne, il ne peut avoir une présence physique. Le ventre de sa mère ne compte pas. L'existence physique de la mère ne peut se dédoubler de celle de l'embryon qu'elle porte. Sous l'angle du droit suisse et du principe de la personnalité conditionnelle de l'embryon selon l'art. 31 CC, une telle position est problématique.<sup>48</sup> Elle devient contestable lorsqu'elle est adoptée dans des cas d'enlèvement d'enfant. La CLaH 80 entend préserver l'autorité parentale de chaque parent. L'embryon, dans les limites physiques et juridiques qui lui sont propres, est placé sous l'autorité parentale de ses parents.<sup>49</sup> Pourquoi ne

---

<sup>47</sup> Cf. TF, 12.6.2012, 5A\_346/2012, cons. 4.4. Cet arrêt sert de référence encore dans la jurisprudence récente, tel l'arrêt du TF du 6.11.2018, 5A\_846/2018, cons. 4.

<sup>48</sup> En vertu de ce principe, on admet que l'enfant puisse avoir un domicile dès sa conception. Il « partage le domicile de ses père et mère » (art. 25 al. 1 CC), son domicile se trouvant dès lors au « lieu où résident » ses parents (art. 23 al. 1 CC). L'enfant conçu est ainsi rattaché au lieu de la présence physique des parents, ce que l'on ne peut concevoir autrement qu'en lui reconnaissant également une existence physique.

<sup>49</sup> On songera à la nomination d'un curateur à l'occasion d'une succession (art. 544 al. 1<sup>bis</sup> CC), au retrait anticipé de l'autorité parentale (art. 311 al. 3 CC) et à l'attribution de l'autorité parentale

devrait-il pas jouir également de la protection contre les enlèvements ? Le Tribunal fédéral n'a ainsi vu aucun obstacle au départ de la mère enceinte de la Grèce vers New York, puis Genève, laissant son mari en Grèce, pour qui il ne restait plus qu'à espérer l'octroi d'un droit de visite, assorti de son obligation d'entretien. A la même époque, la Cour de cassation française voyait la situation autrement, ordonnant à la mère qui venait du Texas pour se retirer en France et y accoucher à retourner au Texas avec le nouveau-né. En l'espèce, l'enlèvement impliquait encore la sœur de trois ans.<sup>50</sup> Comment le Tribunal fédéral aurait-il jugé si le couple vivant en Grèce avait encore un autre enfant déjà né ? On aurait voulu renvoyer cet enfant, en le séparant du nouveau-né ?

Le Tribunal fédéral cite encore récemment le même arrêt pour fonder une résidence habituelle de l'enfant, alors qu'en l'espèce, l'enfant avait quitté la Grèce, pays de sa naissance et de refuge, depuis plus d'une année, se trouvant avec sa mère en Suisse dans l'attente de l'octroi du droit de séjour.<sup>51</sup> Dans l'un de ces arrêts, l'absence de présence physique empêche la résidence habituelle d'être créée, tandis que dans l'autre, il est renoncé à cette exigence, consacrée dans une jurisprudence constante, au motif que l'enfant ne s'est pas créé une telle résidence ailleurs et que sans une telle résidence, même artificielle, la CLaH 80 ne peut s'appliquer afin de renvoyer l'enfant dans un pays qu'il a abandonné, ce que la Convention, au demeurant, ne commande pas.

## 5. Une double résidence alternée ?

L'absence d'une résidence habituelle étant rare, il n'en va pas de même de la situation opposée d'enfants résidant simultanément dans plusieurs pays. Les quelques tentatives qui ont été faites de vouloir attribuer à l'enfant plus qu'une seule résidence habituelle n'ont pas dépassé les contours d'un effort purement doctrinal. La jurisprudence entend rendre la situation simple pour l'enfant et les parents, en exigeant une résidence habituelle unique, même si les circonstances semblent inciter à penser que l'enfant se trouve géographiquement résidant en plusieurs pays, notamment lorsqu'il s'agit de familles de frontaliers.

Du moment que la résidence habituelle se substitue systématiquement au domicile lorsqu'une personne n'a nulle part de domicile, on pourrait penser que cette notion

---

aux deux parents non mariés, afin de permettre à l'enfant de porter le nom de célibataire du père dès le jour de sa naissance (art. 270a al. 2 CC).

<sup>50</sup> Cour de cassation française, arrêt du 26 octobre 2011, *Revue critique de droit international privé* 2012 p. 599.

<sup>51</sup> TF, 23.5.2018, 5A\_121/2018, cons. 3. Pour une autre référence au même arrêt, cf. TF, 8.3.2018, 5A\_1021/2017, cons. 5.1.2.

subsidaire doit être, comme le domicile, un concept *unique*. Le choix d'une seule résidence habituelle semble indispensable pour déterminer la loi applicable. En matière de compétence, la même notion est utilisée; elle devrait donc recevoir la même interprétation. Il s'agit d'éviter qu'au lieu de deux résidences passagères, même habituelles, il existe deux fors compétents, sous réserve du jeu de la litispendance. A propos de la CLaH 96, le Tribunal fédéral a écarté l'idée que l'enfant pourrait avoir simultanément plusieurs résidences habituelles, comme il l'avait déjà admis pour la Convention de 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (CLaH 61)<sup>52</sup>. Certes, on peut admettre qu'un enfant peut avoir deux résidences habituelles alternatives et successives, mais cela suppose que le mode de garde porte sur plusieurs mois, soit sur une période suffisamment longue pour entraîner régulièrement un changement de la résidence habituelle.<sup>53</sup> En revanche, l'enfant ne peut résider habituellement dans deux pays, même limitrophes, en même temps.<sup>54</sup>

- 41 On observera également que la Cour de justice de l'UE a conclu, en matière de sécurité sociale certes, qu'un système de coordination fondé sur le principe de l'unicité et le critère du centre habituel des intérêts de la personne rend impératif la détermination d'un lieu de résidence unique.<sup>55</sup> Sans qu'elle le dise expressément, la conclusion est la même en droit international privé, lorsque la Cour compte attribuer à cette notion un sens uniforme dans le contexte du Règlement Bruxelles II<sup>bis</sup>, précisant que « la résidence habituelle de l'enfant correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de celui-ci dans un environnement social et familial ».<sup>56</sup>
- 42 La *garde alternée*, instaurée souvent de façon paritaire, va changer la donne. Car dans une telle situation, il n'y a pas de « centre » ou d'attache prépondérante de l'enfant auprès de l'un des parents et de son lieu de vie. Les faits pertinents pour fonder une résidence habituelle sont répartis sur deux lieux, parfois sur deux pays, notamment le long d'une frontière. Vouloir maintenir une résidence unique dans une telle situation serait peu fidèle au caractère concret et de fait de la résidence habituelle.<sup>57</sup> Le Tribunal fédéral n'a pas voulu s'engager sur le chemin ainsi tracé. Il faut qu'une seule résidence habituelle soit déterminée.<sup>58</sup> Il semble que la pratique se développe

---

<sup>52</sup> TF, 11.1.2010, 5A\_764/2009, cons. 2.1.

<sup>53</sup> Sur ce point, l'arrêt corrige la lecture biaisée donnée à cette hypothèse dans l'arrêt du TF du 8.3.2018, 5A\_1021/2017, cons. 5.3.

<sup>54</sup> TF, 6.11.2018, 5A\_846/2018, cons. 4.

<sup>55</sup> CJUE, 16.5.2013, C-589/10, *Wencel*, n° 45-51.

<sup>56</sup> CJUE, 8.6.2017, C-111/17, *OL*, n° 42.

<sup>57</sup> Cf. GALLANT, *Mélanges Mayer*, p. 251.

<sup>58</sup> TF, 8.3.2018, 5A\_1021/2017, cons. 5.1.2.

dans ce sens.<sup>59</sup> La doctrine s'en inspire.<sup>60</sup> Le bien de l'enfant n'est pas pris en compte.<sup>61</sup> On préfère donc s'écarter de la notion de fait de cette résidence pour la rendre artificielle, du moins partiellement. Un autre arrêt accepte tout au moins qu'au sens de l'art. 25 al. 1 CC, il n'existe pas de solution pour le cas d'une garde alternée; la réglementation sur une telle garde ne peut servir à déterminer le domicile de l'enfant. Dans ce second arrêt, la lacune de la loi est donc reconnue. Sans véritablement combler cette lacune, l'on admet qu'il faille rechercher le lieu des liens les plus étroits, en tenant compte de facteurs liés aux activités de l'enfant, tel que le lieu où l'enfant est scolarisé, y va à la cantine, joue du tennis et suit des cours au conservatoire.<sup>62</sup> Avec ces éléments, on s'éloigne cependant du sens véritable de la résidence habituelle, car ces activités ne sont pas représentatives de la part la plus importante des relations de l'enfant et de son centre de vie, rattaché aux lieux de vie respectifs de ses parents et très accessoirement à son école et à ses loisirs.

Il semble bien qu'eu égard à un législateur sans voix<sup>63</sup>, les tribunaux vont devoir se résoudre à trouver des solutions car il en va du respect des droits de l'enfant dont la vie balance entre ses deux parents.<sup>64</sup> Lorsqu'il s'agit de connaître le « lieu habituel de travail », on peut réduire l'hypothèse et choisir le lieu « principal » de cette activité.<sup>65</sup> S'agissant de la résidence habituelle, le respect de l'égalité de traitement entre les parents n'autorise pas une telle simplification, sauf à admettre que la garde est alternée à certains égards et non sur d'autres. Or, est-ce raisonnable de trahir le sens véritable de la garde alternée lorsque la compétence juridictionnelle et la loi applicable sont en jeu ? 43

L'art. 25 du Code civil laisse perplexes: « L'enfant sous autorité parentale partage le domicile de ses père et mère ou, en l'absence de domicile commun des père et mère, le domicile de celui de ses parents qui détient la garde; subsidiairement, son domicile est déterminé par le lieu de sa résidence. » Manifestement, ce texte a été écrit lorsque le Code civil ne connaissait pas encore la garde partagée ou alternée. Pourtant, il a été révisé lors de la réforme du droit de l'autorité parentale en 2013.<sup>66</sup> Que faire lorsque 44

---

<sup>59</sup> Cf. VOGEL, Festschrift Geiser, p. 580.

<sup>60</sup> STEINAUER, Mélanges Baddeley, p. 21-25; GEISER, AJP 2015 p. 1105.

<sup>61</sup> Ce alors que l'on dit par ailleurs que la maxime du bien de l'enfant domine le régime de la garde alternée; cf. ATF 142 III 612, 614 s.; 143 I 21, 30 s.

<sup>62</sup> ATF 144 V 299, 308-310.

<sup>63</sup> Étant précisé que cela vise le législateur d'aujourd'hui. Celui de la LDIP voyait cela autrement, affirmant que « une personne peut aussi avoir une résidence habituelle dans plusieurs endroits » (FF 1983 I p. 309). De même BOHNET/OTHENIN-GIRARD, SJ 2001 II p. 150 s.

<sup>64</sup> Pour les tribunaux, il s'agit de combler une lacune de la loi comme le ferait le législateur (art. 1 al. 2 CC).

<sup>65</sup> Cf. ATF 145 III 14.

<sup>66</sup> Cf., sur cette révision, la présentation de STEINAUER, Mélanges Baddeley, p. 17-21.

les deux parents détiennent la garde ? Il n'est pas certain que l'on puisse suivre le texte et se rabattre sur la résidence de l'enfant.<sup>67</sup> Car cela est écrit au singulier, loin de l'idée que l'enfant pourrait avoir deux résidences, l'une et l'autre auprès de chacun de ses parents. L'art. 25 CC est construit sur le modèle d'une garde auprès de l'un des parents, sans exclure des séjours chez l'autre parent, mais en considérant que ceux-ci sont de durée courte ou limitée. Or, comme le Tribunal fédéral l'a constaté dans un autre arrêt, la garde alternée ne permet pas de désigner l'un des parents en tant que principale personne de référence.<sup>68</sup> A son point de départ, la situation est « neutre ».<sup>69</sup> Il n'y a donc pas de parent « qui détient la garde ». Le législateur n'a pas songé à cette hypothèse.

- 45 On a pensé que l'art. 301a CC pourrait montrer le chemin, étant donné qu'il autorise les parents détenteurs de l'autorité parentale à déterminer le lieu de résidence de l'enfant (al. 1) et qu'ils peuvent, par ailleurs, s'entendre sur le régime de l'autorité parentale et de la garde (al. 5). On admet tout au moins qu'il faudrait interpréter « largement » l'art. 301a al. 2 CC.<sup>70</sup> Cependant, on ne doit pas trop forcer le sens de ce texte qui n'a pas été élaboré dans l'optique d'une garde alternée de deux parents mais dans le but d'aménager à l'enfant son lieu de résidence, pris au singulier. Même si on peut concevoir que l'aménagement du régime de la garde inclut l'hypothèse d'une garde partagée, alternée ou paritaire (al. 5), cela ne comprend pas la conséquence qui devrait s'en suivre au sujet du domicile de l'enfant. L'art. 301a CC ne s'y réfère point, car cela relève de l'art. 25 CC qui représente le siège de la matière, même en étant lacunaire.<sup>71</sup> C'est manifestement le cas lorsque les parents désignent l'un d'eux

---

<sup>67</sup> On exige à cet égard qu'il existe une rupture durable de la garde de fait (cf. STEINAUER, *Mélanges Baddeley*, p. 22). C'est l'opposé de ce qui se produit en cas de garde alternée. Le mot « subsidiairement » (« in den übrigen Fällen ») vise l'hypothèse de l'absence d'un parent qui détient la garde, ce qui est méconnu par CHRISTENER/HERZIG, p. 241 s.

<sup>68</sup> TF, 1.2.2019, 5A\_1013/2018, cons. 4.

<sup>69</sup> ATF 144 III 469, 471 s.; TF, 6.2.2019, 5A\_951/2018, cons. 3.1.

<sup>70</sup> GEISER, PJA 2015 p. 1105.

<sup>71</sup> STEINAUER, *Mélanges Baddeley*, p. 23: soutient qu'en cas de choix de la garde alternée, par les parents ou à travers une décision du juge, « il convient donc de déterminer aussi, conventionnellement ou d'autorité, quel sera le domicile de l'enfant ». L'auteur ne fournit pas la base légale de cette conclusion. Pour les parents, l'art. 301a CC ne l'offre pas, et pour l'autorité, il ne s'agit pas d'une mesure parmi celles « nécessaires pour protéger l'enfant si son développement est menacé » (art. 307 al. 1 CC), ce d'autant que les règles sur le domicile (art. 23-26 CC) ne laissent aucun rôle à l'autorité judiciaire pour ce faire. Enfin, l'auteur laisse l'enfant dépourvu d'un accord des parents ou d'une décision de l'autorité sans domicile aucun, ce qui est à son tour incompatible avec l'art. 24 CC. Comment va-t-on alors déterminer pour l'enfant sans domicile la compétence du juge des mesures protectrices ? De même, interprétant largement l'art. 301a al. 2 CC, GEISER, PJA 2005 p. 1105, ne dit pas comment déterminer la compétence du juge au lieu de la résidence de l'enfant si c'est précisément le lieu de cette résidence qui est déterminant à cet égard. Dès lors que le critère de compétence rejoint le fond (déterminer le

comme gardien de fait, auquel cas l'art. 25 CC détermine l'effet juridique du domicile de l'enfant.<sup>72</sup> Il n'y a pas moyen de solliciter l'art. 301a CC davantage lorsque la garde alternée est choisie. De toute manière, cette controverse n'est d'aucune utilité en droit international privé.

Ce qui est en jeu est l'équilibre dans la répartition des rôles de chacun des parents, suivant le principe consacré à l'art. 9 CDE.<sup>73</sup> L'attachement de l'enfant à chacun de ses parents est à la base de la garde alternée. Il n'y a pas de raison pour ne pas y donner effet s'agissant du lien juridique de la résidence. En fait, on risque de ne pas se tromper que les enfants, qui ont le sens de l'équité, préféreraient ne pas avoir de domicile plutôt que d'être domiciliés auprès de l'un et non près de l'autre de ses parents. Ils ne sont pas impressionnés par l'affirmation qu'il serait impossible d'avoir plusieurs domiciles, uniquement parce que l'art. 23 al. 2 CC le dit, à travers une simple fiction. Or, une fiction doit pouvoir être écartée dès le moment où elle contredit de façon trop flagrante la réalité. Avant de proclamer que cette fiction doit subsister, il faudrait d'abord examiner si les difficultés surgissant en cas de double domicile ne sont pas insurmontables.<sup>74</sup> Le Conseil fédéral observe ainsi que le dédoublement du domicile de l'enfant est pratiqué auprès du contrôle de l'habitant et en matière d'assistance sociale.<sup>75</sup> On aurait aussi pu remarquer qu'en matière de double imposition, le domicile fiscal est en principe le domicile civil, mais cela n'empêche pas de retenir un domicile alternant lorsqu'une personne a deux domiciles fiscaux d'importance égale.<sup>76</sup> Un signe qui parle est le fait que les meilleurs auteurs se bornent à affirmer qu'il s'agirait d'une évidence, que l'on ne peut faire autrement, sans s'expliquer davantage. On ne remarque pas que le législateur n'a pas envisagé le cas de la garde alternée, et encore moins celui de la garde paritaire, ce qui permettrait de reconnaître une lacune dans les dispositions du Code civil.<sup>77</sup> Par

---

domicile de l'enfant), le Tribunal fédéral voudra encore faire intervenir la théorie des faits doublement pertinents.

<sup>72</sup> Il est inexact de dire que le « lieu de résidence » selon l'art. 301a al. 2 CC correspond au « centre de vie » de l'enfant (cf. MÖCKLI, RDS 2017 II p. 270, note 166, avec des références). Cette disposition parle du lieu de résidence, rien de plus. Le centre de vie peut en être une conséquence (souvent, mais pas nécessairement), mais celle-ci résulte des dispositions sur le domicile ou la résidence habituelle. De toute manière, tant que l'art. 25 CC peut s'appliquer, le centre de vie ne joue pas de rôle concernant l'enfant.

<sup>73</sup> Le Rapport du Conseil fédéral du 8 décembre 2017 cite l'art. 3 al. 1 CDE, mais non l'art. 9 CDE (p. 17). Le Rapport répondait au postulat n° 15.3003 qui a été classé par la suite.

<sup>74</sup> S'agissant de la résidence habituelle, elles ne le sont pas, cf. GALLANT, Mélanges Mayer, p. 251-253.

<sup>75</sup> Rapport cité, p. 22 s.

<sup>76</sup> ATF 131 I 145, 149 s.

<sup>77</sup> Si l'on ne peut faire face au problème, on l'ignore. Le Conseil fédéral explique dans son rapport que l'on peut admettre que l'enfant ait son domicile au lieu où il passe la majeure partie de son

ailleurs, on ne remarque pas que les domiciles fictifs du droit civil ne pénètrent pas le droit international privé (art. 20 al. 2 LDIP), pour lequel le problème ne peut être évacué aussi facilement.<sup>78</sup>

47 De même, si l'on peut accepter que les Conventions de La Haye aient été fondées sur une notion unique de résidence habituelle, la raison principale est qu'à l'époque de leur rédaction, la répartition paritaire de la garde des enfants n'était pas une situation dont il aurait fallu tenir compte. Le fait que cette notion soit autonome, retenue dans un traité dont l'interprétation devrait être dynamique afin de connaître des progrès dans le respect et la protection des intérêts de l'enfant, devrait permettre d'encadrer mieux les enfants vivant en garde partagée au-delà des frontières. Il convient aussi d'encadrer le problème dans sa dimension réelle: dans les cas internationaux, les situations qui intéressent ici sont celles d'enfants jeunes, non encore scolarisés, ou ceux vivant en internat, à distance égale de leurs parents. Pour les autres, l'école obligatoire a pour effet de rattacher l'enfant davantage au parent vivant à proximité de celle-ci.<sup>79</sup>

48 Dans l'hypothèse de l'arrêt du Tribunal fédéral, s'agissant d'une affaire d'enlèvement, pourquoi ne conviendrait-il pas de partir du principe qu'en cas de garde alternée entraînant une double résidence alternée, l'ordre juridique de chacun des pays visés puisse constituer le droit de référence pour déterminer si l'enlèvement est illicite ? Dans le cas particulier, on se serait référé au droit du pays de celui des deux lieux de résidence où l'enfant se trouvait immédiatement avant le déplacement ou le non-retour.<sup>80</sup> En l'espèce, on aurait admis la violation du droit suisse, étant donné que la mère refusait la poursuite du régime alterné tel que convenu et pratiqué, du fait qu'il ne convenait plus dès le moment où l'enfant avait acquis l'âge entraînant l'entrée à l'école obligatoire. La mère ayant retenu l'enfant, la résidence habituelle déterminante au sens de l'art. 3 de la Convention était en Allemagne.<sup>81</sup> Peu importe que l'enfant dispose encore d'une autre résidence habituelle (en Suisse), et ce même si celle-ci devait se trouver dans un pays dont le droit n'aurait pas retenu un cas d'illicéité. L'enlèvement s'avère ainsi illicite selon les deux droits concernés, ce qui ne doit pas rendre le fonctionnement de la CLaH 80 plus difficile.

---

temps, mais cela en précisant que cela ne vaut que pour les cas où « les parents ne prennent pas l'enfant en charge à parts strictement égales » (p. 22). Cette hypothèse est donc constatée mais non examinée, toute l'analyse étant ramenée à la « nécessité de l'unité du domicile civil » (p. 23).

<sup>78</sup> Le Rapport du Conseil fédéral n'en fait pas mention.

<sup>79</sup> C'était le cas de l'enfant dans l'arrêt du TF du 8.3.2018, 5A\_1021/2017.

<sup>80</sup> Avis partagé par l'Oberlandesgericht Stuttgart dans son arrêt du 27.2.2003, FamRZ 2003 p. 959.

<sup>81</sup> Nous corrigeons sur ce point notre observation dans la Chronique de 2018, SRIEL 2018 p. 253.



D'une manière ou d'une autre, on glissera alors vers le règlement au fond de l'autorité parentale et des relations personnelles de l'enfant, en étant à nouveau confronté au dédoublement de fait de la résidence habituelle de l'enfant vivant sous la garde partagée. Si cet état de fait doit se traduire en droit, on admettra deux lieux de compétence dont il s'agira de régler le concours. La CLaH 96 connaît une disposition sur la litispendance (art. 13). Initialement, on a simplement voulu régler le rapport entre la compétence du juge de la résidence de l'enfant et celle du juge saisi de l'action en divorce. Ce texte est cependant rédigé de manière large, englobant tout conflit positif de compétences résultant du jeu des articles 5 à 10. Il pourrait donc s'appliquer au concours entre les juges saisis à chacune des résidences habituelles de l'enfant. La compétence du juge premier saisi l'emportera, sauf s'il décide d'y renoncer au profit du juge saisi ultérieurement et mieux placé pour statuer.<sup>82</sup> 49

A première vue, la répartition entre les deux résidences habituelles semble difficile s'agissant de la loi applicable. Pour la CLaH 96, cela est moins problématique qu'il n'y paraît. Car les autorités compétentes appliquent en principe leur propre loi (art. 15 al. 1); si des mesures sont prises, leurs conditions d'application sont régies par la loi de chacune des résidences en ce qui concerne les effets se produisant sur les territoires respectifs (par analogie à l'art. 15 al. 3). S'agissant des effets se produisant de plein droit, telle l'autorité parentale, la répartition entre les deux lois de chacune des résidences habituelles est fondée sur la règle de priorité qui s'applique au conflit mobile en cas de changement de la résidence. Dès qu'un tel rapport d'autorité résulte de l'une de ces lois, elle est reconnue par l'autre et ailleurs parmi les États contractants (art. 16). En matière d'obligations alimentaires, la difficulté est plus pointue, car si deux lois différentes peuvent s'appliquer, ce n'est que successivement, en cas de changement de la résidence habituelle. L'interprétation ne doit cependant pas devenir la victime de textes rédigés à une époque déjà lointaine. On pourrait songer à appliquer celle des deux lois de résidence habituelle qui est également celle du parent qui porte la charge principale de l'entretien. 50

## 6. De quelques frictions à propos de la résidence habituelle

Lorsque l'on vise la résidence habituelle en tant que critère de compétence ou de facteur de rattachement à la loi applicable, on pense en général à la résidence au moment présent. Mis à part le cas de la garde alternée, cette résidence est un critère unique. Elle peut se dédoubler dans le temps, lorsque le changement de résidence produit, successivement, un changement de compétence et de loi applicable. Dans ce dernier cas du conflit mobile, des aménagements peuvent s'avérer nécessaires afin 51

---

<sup>82</sup> Cf. GALLANT, *Mélanges Mayer*, p. 251, constatant que le conflit est viable aussi bien dans le cadre de la Convention de La Haye que dans celui du Règlement Bruxelles II<sup>bis</sup>.

de régler au mieux le transfert de la situation d'une loi vers une autre. Les principales solutions consistent (1) à assurer la reconnaissance dans le nouveau pays de résidence des droits acquis, telle l'autorité parentale (art. 16 CLaH 96) ou (2) de désigner la loi applicable, en matière d'obligation alimentaire, par exemple, en fonction des périodes successives de résidence de l'enfant (art. 4 CLaH 73).

- 52 Un conflit d'une autre nature peut se présenter lorsque la loi régissant les aliments de l'enfant connaît des dispositions se référant aux droits de ses parents qui peuvent être régis par une autre loi. L'entretien de l'enfant peut dépendre du revenu du parent débiteur, qui dépend de sa situation financière, elle-même dépendant de l'économie du pays de sa résidence et, en partie, de la législation locale. La jurisprudence maîtrise ces situations.
- 53 Une autre difficulté peut se présenter lorsque la fixation de la prestation alimentaire due à l'enfant est liée à celle d'un autre membre de la famille, telle la mère divorcée, et que l'obligation alimentaire envers cet autre créancier est régie par une autre loi. Ainsi lorsque la loi alimentaire suisse entend réduire l'entretien revenant à l'épouse divorcée au niveau des frais effectifs de la prise en charge de l'enfant, tandis que la loi étrangère régissant les effets du divorce retient une solution plus généreuse. Que fera-t-on du nouveau principe de la priorité de l'obligation d'entretien à l'égard d'un enfant mineur (art. 276a CC), si la loi applicable à l'entretien de l'époux (marié ou divorcé) n'accepte pas d'être ainsi reléguée au second rang ? Pour déterminer cette part de la prise en charge de l'entretien de l'enfant par un parent marié, le droit suisse tient compte des règles sur l'entretien dans l'union conjugale, mais il laisse prévaloir en définitive le besoin d'entretien de l'enfant<sup>83</sup>. Il doit en aller de même au niveau de la loi applicable; en cas de conflit, la loi de l'enfant devrait l'emporter.
- 54 Parfois, on doit faire face à une scission de la compétence pour statuer sur le sort de l'enfant, dans la mesure où certaines questions sont tranchées dans un pays et d'autres dans un autre, alors qu'il s'agit d'un ensemble qui ne supporte pas des réponses non coordonnées. Le cas principal est celui de la prestation d'entretien décidé au for compétent selon la Convention de Lugano, dans le pays du domicile du parent défendeur (art. 2 CL) ou par le juge de la résidence habituelle de l'enfant ou celui saisi de l'action en divorce (art. 5 ch. 2 CL). Que doit faire ce juge si ni lui ni un autre juge dans le même pays ne peut statuer sur l'attribution de l'autorité parentale et le règlement des relations personnelles, étant donné que la compétence pour ce faire dépend du tribunal d'un autre pays dans lequel l'enfant vit ou a déménagé ? Le lien entre l'entretien et le règlement de la relation avec les parents est particulièrement intense lorsque la prise en charge influence directement sur la répartition des prestations d'entretien, comme c'est le cas du droit suisse. En

---

<sup>83</sup> Cf. ATF 144 III 481, 488 s.

pratique, il devient alors souvent inévitable, soit de surseoir à statuer en attendant le règlement de la garde prononcée à l'étranger, soit de rendre un jugement sur l'entretien quitte à réserver une modification ultérieure si les mesures prises à l'étranger l'exigent.

### III. Le déplacement de la résidence habituelle

#### A. Les conséquences en matière de compétence

##### 1. Le changement de compétence

Comme ce fut le cas sous l'emprise de la CLaH 61, suivi sur ce point par la CLaH 96, 55 le principe de l'absence de *perpetuatio fori* est une constante de la jurisprudence. Aussitôt que l'enfant a déplacé sa résidence habituelle dans un autre pays, soit de la Suisse vers l'étranger, soit en sens inverse, la compétence de l'autorité saisie au lieu de la résidence habituelle d'origine cesse. Elle n'est pas transférée à proprement parler à l'autorité de la nouvelle résidence habituelle, mais cette autorité peut être saisie dès ce moment-là. Lorsque l'enfant arrive en Suisse, les décisions prises au lieu de sa résidence habituelle à l'étranger sont reconnues, mais celles ordonnées depuis l'acquisition de la résidence habituelle en Suisse ne le sont plus. Il n'y a pas de litispendance; l'art. 13 ne s'applique pas.

Le principe d'éviter la *perpetuatio fori* sert à l'actualité des données sur l'enfant au regard des faits de sa vie actuelle. Il n'empêche qu'il intervient avec une certaine rigidité. La compétence initiale peut cesser alors que l'affaire est déjà arrivée au stade d'un appel, cependant uniquement dans la mesure où la cour d'appel dispose d'un pouvoir de cognition entier, en fait et en droit.<sup>84</sup> L'autorité saisie au lieu de la nouvelle résidence habituelle doit reprendre l'affaire à zéro. Elle peut certes demander à l'autorité étrangère, antérieurement saisie, de lui transmettre les informations dont elle dispose (art. 32-34 CLaH 96), mais l'exploitation de celles-ci a ses limites, compte tenu de la nouvelle situation dans la vie de l'enfant et des exigences découlant de la loi de la nouvelle résidence habituelle. 56

L'acquisition du caractère « habituel » de la résidence dans un nouveau lieu peut 57 laisser des doutes dans certains cas. Le Tribunal fédéral tend parfois à conserver la résidence au précédent lieu de vie, même si l'enfant n'y est plus que marginalement présent physiquement. Des raisons d'opportunité peuvent alors l'emporter et aboutir

---

<sup>84</sup> Cf. ATF 123 III 411, 413 s.; ATF 132 III 586, 591 s.

à ce qu'une compétence retenue sur la base de la résidence habituelle initiale soit conservée;<sup>85</sup> cependant, on court alors le risque que la mesure prise en Suisse ne soit pas reconnue dans le pays étranger, du moins tant que l'on est dans l'incertitude sur la création d'une nouvelle résidence habituelle dans un autre pays à l'étranger.

- 58 La *perpetuatio fori* subsiste comme une exception. Selon l'art. 5 al. 2 CLaH 96, le changement vers la compétence de la nouvelle résidence habituelle ne s'opère qu'à la condition que l'enfant va se retrouver dans un État contractant. Il n'y a pas lieu de renoncer à l'exercice de la compétence en Suisse si l'on n'est pas assuré de l'accès aux tribunaux de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant. Il n'empêche que les décisions qui sont alors prises en Suisse dans l'intention de servir l'intérêt de l'enfant risquent de tomber dans le vide, faute d'être exécutées à l'étranger, ou simplement parce qu'elles ne sont pas suivies ou respectées, devenant ainsi inutiles. Cependant, ce risque est le moindre mal que d'exposer l'enfant à ce qu'il se trouve à l'étranger sans avoir accès à la protection par un juge du pays et sans être pourvu de mesures ordonnées en Suisse, quitte à ce qu'elles aient une efficacité limitée. Selon les circonstances, voyant que l'enfant est parti et risque d'être inatteignable, l'autorité suisse peut cesser d'exercer sa compétence faute d'intérêt à agir. Le cas échéant, elle peut également se contenter de mesures partielles (tels des contacts par *skype*) et renvoyer le parent concerné pour le surplus à agir devant les autorités étrangères au cas où une réglementation plus détaillée devait s'avérer nécessaire.<sup>86</sup>
- 59 En marge de ces principes, il n'est pas bien clair par quel chemin le Tribunal fédéral arrive à l'application de l'art. 5 CLaH 96. Pour certains arrêts, la Convention est appliquée « en tant que droit national »<sup>87</sup>, tandis que pour d'autres, elle se présente de manière autonome en tant que « loi uniforme »<sup>88</sup>. En l'état d'une confusion étonnante, il semble que c'est la thèse de l'application de la Convention en vertu du « renvoi général de l'art. 85 al. 1 LDIP » qui l'emporte.<sup>89</sup> Ce qui est troublant est non seulement la méconnaissance de la priorité du droit international (art. 1 al. 2 LDIP), mais également le fait que, contrairement à celle de 1996, la Convention parallèle sur

---

<sup>85</sup> Cf. TF, 26.6.2018, 5A\_136/2018, cons. 3.2.

<sup>86</sup> Cf. TF, 2.11.2017, 5A\_382/2017, cons. 10.

<sup>87</sup> ATF 142 III 56, 59 s; TF, 17.6.2016, 5A\_264/2016, cons. 3.1; TF, 2.11.2017, 5A\_382/2017, cons. 2; TF, 15.1.2018, 5A\_236/2016, cons. 3.1.3.

<sup>88</sup> ATF 142 III 1, 4; TF, 11.8.2016, 5A\_152/2016, cons. 3.1.

<sup>89</sup> TF, 28.6.2016, 5A\_274/2016, cons. 2.1 et 2.4; TF, 26.9.2016, 5A\_582/2016, cons. 2.2; TF, 14.12.2016, 5A\_795/2016, cons. 3; TF, 1.7.2019, 5A\_21/2019, cons. 4.

la protection des adultes de 2000<sup>90</sup> est appliquée comme elle doit l'être, directement et sans le détour par l'art. 85 al. 2 LDIP.<sup>91</sup>

## 2. L'exception en cas d'enlèvement

Lorsque le déplacement de la résidence habituelle est associé à un enlèvement illicite, 60 l'art. 7 CLaH 96 déroge à l'art. 5 al. 2 (et à l'art. 6 al. 2) en ce sens que l'autorité de l'ancienne résidence habituelle conserve sa compétence pour prendre des mesures (al. 1) jusqu'à ce que l'on ne peut plus s'attendre à un retour de l'enfant du pays de sa nouvelle résidence habituelle. Une telle situation se présente (1) lorsqu'il y a eu un consentement au départ (lit. a) ou que (2) la résidence a duré un an et que l'enfant s'y est intégré, sauf dans le cas où une demande de retour a été présentée dans ce même délai et qu'elle est encore en cours d'examen. Tant qu'aucune de ces conditions n'est réalisée, la compétence initialement fondée sur l'art. 5 al. 1 continue sur le fondement de l'art. 7.<sup>92</sup> Cela comprend la possibilité de prononcer une mesure ordonnant au parent ravisseur de revenir avec l'enfant. L'art. 7 tend à empêcher que le ravisseur puisse tirer un avantage indu de l'enlèvement en ce qui a trait notamment à l'attribution des droits sur l'enfant.<sup>93</sup>

Si le juge suisse estime, en exerçant sa compétence en vertu de l'art. 7 CLaH 96 qu'il 61 n'entend pas se servir des modalités de transfert de compétence selon l'art. 8, il doit statuer au fond et ne peut simplement laisser la situation en l'état, invoquant une difficulté (certes réelle) de décider du sort d'un enfant qui s'est établi à l'étranger. Il n'est pas autorisé non plus à régler uniquement une partie des questions et renvoyer les parties à mieux agir à l'étranger pour le reste, alors que l'on sait que cela sera extrêmement difficile, voire impossible.<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes du 13 janvier 2000 (RS 0.211.232.1).

<sup>91</sup> ATF 143 III 237, 239-241.

<sup>92</sup> TF, 23.6.2016, 5A\_1010/2015, cons. 4.1; TF, 17.10.2017, 5A\_634/2017, cons. 1.2; TF, 1.7.2019, 5A\_21/2019, cons. 5.1. En revanche, si l'une de ces conditions est réalisée, l'incompétence du tribunal suisse doit être constatée d'office (contrairement à ce qui a été fait dans l'arrêt du TF du 11.2.2013, 5A\_848/2012, cons. 2).

<sup>93</sup> ATF 141 IV 205, 212.

<sup>94</sup> C'est pourtant ce qu'a fait le Tribunal fédéral dans son arrêt du 11.2.2013, 5A\_848/2012, confirmant un arrêt genevois concluant à l'attribution de l'autorité parentale à la mère, auteur d'un enlèvement illicite de l'enfant vers la Guadeloupe, sans se prononcer sur les relations personnelles entre l'enfant et son père, habitant la Suisse, violant ainsi non seulement la règle de compétence de l'art. 7 CLaH 96, mais également les dispositions de fond des alinéas 1 et 3 de l'art. 273 CC, au motif que cela soit « expédient » (cons. 4).

### 3. L'exception en cas de divorce

- 62 Enfin, on mentionnera encore que le déplacement de la résidence habituelle est sans effet sur la compétence pour prendre des mesures lorsque les parents sont convenus d'en saisir le juge saisi d'une demande en divorce dans un État contractant, si tel est l'intérêt de l'enfant et si l'un des parents au moins réside habituellement dans cet État et si l'un d'eux a la responsabilité parentale sur l'enfant (art. 10 CLaH 96). C'est la seule hypothèse où la CLaH 96 tend à préserver le principe de l'unité du jugement de divorce.<sup>95</sup> Les cas d'application sont extrêmement rares.

### B. L'autorisation au déplacement

- 63 Le nouvel art. 301a al. 2 CC, adopté dans le cadre de la réforme du droit suisse de l'autorité parentale et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2014, subordonne le déplacement de la résidence de l'enfant à l'étranger systématiquement au consentement de l'autre parent s'il partage avec lui l'autorité parentale et, à défaut, à la décision du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant. Cette décision est une mesure de protection qui obéit aux règles de compétence de la CLaH 96.<sup>96</sup>
- 64 L'art. 301a al. 2 CC ne précise pas à quelles conditions le juge ou l'autorité de protection de l'enfant décidera. Certes, le Message rappelle, comme une banalité, qu'il sera statué « avant tout dans l'intérêt de l'enfant ». <sup>97</sup> Cependant, ce repère est insuffisant dès lors que la situation personnelle et économique du parent qui en assume la garde est également en jeu. En effet, au regard du bien de l'enfant, des solutions multiples peuvent être envisagées dont chacune respecte la personne de l'enfant. Ce n'est donc pas l'enfant qui peut, seul, fournir le motif pour l'approbation, respectivement le refus du déplacement.
- 65 La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que l'art. 301a CC n'offre pas au parent n'ayant pas la garde un droit de veto pour s'opposer au départ à l'étranger de l'enfant avec le parent qui en assume la garde principale. On ne peut imposer à ce dernier de renoncer au déménagement et de rester en Suisse avec l'enfant, même si cette solution serait la meilleure pour l'enfant. Le législateur n'a pas voulu introduire un contrôle judiciaire, même indirect, des motifs à la base du déménagement du parent gardien.<sup>98</sup> Le droit d'autodétermination du parent désireux de partir l'emporte, sous

---

<sup>95</sup> En règle générale, ce principe n'a aucun rôle à jouer face à celui de la compétence fondée sur la résidence habituelle de l'enfant (TF, 18.7.2012, 5A\_631/2011, cons. 3.2, 4.3).

<sup>96</sup> Cf. ATF 143 III 193, 200 s., 203-206; TF, 26.9.2016, 5A\_582/2016, cons. 2.

<sup>97</sup> FF 2011 p. 8345.

<sup>98</sup> ATF 142 III 481, 488-491; 143 III 203, 203-206.

réserve des cas de mise en danger de l'enfant; les restrictions fondées – parallèlement – sur le droit pénal sont également à observer.<sup>99</sup> En règle générale, on exigera cependant un projet concret avant d'accepter le départ, mais sans aller jusqu'à requérir la preuve d'engagements réels (contrats de travail, bail du logement) qui devraient être annulés en cas de refus.<sup>100</sup>

A ce stade de l'examen, la question essentielle est de savoir si l'intérêt de l'enfant est mieux préservé si l'enfant accompagne le parent lors de son départ ou s'il partage sa vie avec le parent restant au pays, en tenant compte de toutes les possibilités d'adapter les modalités de leurs relations, conformément à l'art. 301a al. 5 CC.<sup>101</sup> 66

La meilleure disponibilité de l'un des parents par rapport à l'autre peut être un facteur déterminant,<sup>102</sup> cependant sans l'être dans tous les cas. Le départ avec l'enfant doit être normalement autorisé au parent qui assume principalement la charge de l'enfant et continuera à le faire, sauf dans une hypothèse où ce parent entend surtout éloigner l'enfant de l'autre parent.<sup>103</sup> Le fait que le déménagement ait déjà été effectué joue un rôle, compte tenu de l'effet négatif d'un retour du point de vue de l'intérêt des enfants.<sup>104</sup> 67

Dans l'hypothèse où les parents assument chacun un engagement plus ou moins égal envers l'enfant, la continuité dans la vie de l'enfant, combinée le cas échéant avec une certaine incertitude dans l'hypothèse d'un départ, peuvent militer pour le maintien de l'enfant en Suisse.<sup>105</sup> Ce n'est cependant pas plus qu'une considération, certes importante, qui peut devoir céder sa place si l'ensemble des autres facteurs militent en sens opposé, notamment si l'enfant exprime sa volonté de changer de lieu de vie.<sup>106</sup> Dans ce dernier cas, l'Obergericht de Zurich estimait que du moment que la relation avec la mère était également bonne et que l'enfant vivait dans une situation stable et économiquement quelque peu plus solide que celle qui l'attendait aux États-Unis, il était préférable de ne pas le confronter aux difficultés de l'assimilation dans cet autre pays (cons. 2). Cependant, le Tribunal fédéral suivait l'avis de l'expert et jugeait que la maturité de l'enfant et sa volonté de suivre son père qui était déjà retourné en 68

---

<sup>99</sup> Cf. ATF 141 IV 10, 17-20; TF, 8.8.2016, 5A\_293/2016, cons. 4.3.

<sup>100</sup> ATF 142 III 481, 497.

<sup>101</sup> ATF 142 III 481, 491-498; TF, 7.7.2016, 5A\_945/2015, cons. 4.3, non publié dans l'ATF 142 III 498 ; TF, 1.3.2017, 5A\_570/2016, cons. 3.

<sup>102</sup> TF, 25.6.2015, 5A\_985/2014, cons. 3.2.

<sup>103</sup> ATF 142 III 481, 494 s.

<sup>104</sup> TF, 26.8.2016, 5A\_274/2016, cons. 5-7.

<sup>105</sup> Cf. ATF 142 III 498, 500 s.; TF, 14.6.2018, 5A\_1018/2017, cons. 3-5.

<sup>106</sup> Cf. TF, 1.2.2019, 5A\_1013/2018, cons. 4 et 5. L'avis de l'enfant n'est cependant pas nécessairement décisif (cf. TF, 6.2.2019, 5A\_951/2018, cons. 3: départ avec la mère en Autriche, son pays d'origine).

Amérique en juillet 2018, devaient l'emporter sur le handicap de devoir s'adapter à une nouvelle vie, qui était d'autant moins important compte tenu de sa connaissance de la langue anglaise et de son attachement à son père (cons. 3).

- 69 La jurisprudence ajoute, suivant le Message<sup>107</sup>, que le transfert de l'enfant sous la juridiction d'un pays étranger présente l'inconvénient de rendre la mise en œuvre d'une réglementation suisse de l'autorité parentale plus difficile.<sup>108</sup> Un tel inconvénient ne saurait cependant peser dans la balance si son impact concret n'est pas démontré. On ne peut se contenter d'une simple hypothèse, sachant que l'intérêt de l'enfant est en jeu. Le parent requérant peut d'ailleurs être sollicité pour démontrer que les mesures prises en Suisse sont reconnues dans le pays étranger concerné. Il a cependant également été souligné que le seul transfert de compétence découlant du déplacement licite de la résidence de l'enfant ne constituait pas un critère déterminant.<sup>109</sup> En pratique, on observe néanmoins une certaine retenue s'agissant du refus de l'effet suspensif d'une autorisation d'émigrer obtenue d'un premier juge, sans l'exclure pour autant en présence de motifs impératifs ou de cas d'urgence.<sup>110</sup> Enfin, on peut également estimer que le point de savoir si le départ de l'enfant a lieu vers un État contractant des Conventions de 1980 et de 1996 constitue un facteur à prendre en considération.

### C. Le départ sans autorisation

- 70 La pratique ne peut guère protéger pleinement le parent réclamant que l'enfant reste en Suisse. Si le premier juge autorise le déplacement et le fait sans accorder l'effet suspensif, le parent qui entend partir avec l'enfant (dans un autre État contractant) n'a plus qu'à prendre ses valises et filer au plus vite.<sup>111</sup> Car un appel devient alors sans espoir dès le moment où l'enfant n'aura plus en Suisse une présence suffisante pour lui reconnaître une résidence habituelle. La compétence suisse aura pris fin.<sup>112</sup> Ce que le parent voyant partir son enfant peut encore tenter de faire est de réclamer, au plus vite, de la cour d'appel qu'elle accorde l'effet suspensif à titre super-provisoire, empêchant le départ.<sup>113</sup> Si cela ne réussit pas, c'est une maigre consolation de lui dire

---

<sup>107</sup> FF 2011 p. 8345.

<sup>108</sup> ATF 142 III 498, 502.

<sup>109</sup> ATF 142 III 502; TF, 7.7.2016, 5A\_306/2016, cons. 3.2.2.

<sup>110</sup> Cf. ATF 143 III 193, 197; 144 III 469, 473.

<sup>111</sup> Dans les deux jours dans l'exemple du TF, 12.3.2018, 5A\_948/2017.

<sup>112</sup> TF, 12.3.2018, 5A\_948/2017, cons. 3.3; ATF 143 III 193, 195-197; ATF 144 III 469, 473.

<sup>113</sup> Parmi les motifs invoqués par le parent qui entend conserver la garde, on trouve surtout le besoin de stabilité de l'enfant. A l'opposé, on fait remarquer que la situation antérieure met en



qu'il aura accès au juge de la nouvelle résidence habituelle de l'enfant en pays étranger.<sup>114</sup> Par ailleurs, le parent gardien de l'enfant est parfois tenté de prendre les devants et de partir avant d'être notifié du jugement; ainsi, aucune mesure prise en appel ne peut encore le faire revenir.

Il faut cependant prendre garde face à la vigilance du parent qui risque de voir son enfant quitter la Suisse. Car tant que le jugement du premier juge n'a pas été rendu ou qu'il a été favorable au parent gardien mais assorti de l'effet suspensif, le départ avec l'enfant constitue un enlèvement illicite, faute de l'accord du parent qui s'y oppose. Dans l'immédiat, le parent lésé réclamera des mesures préventives empêchant le départ. Elles ne sont pas faciles à obtenir, surtout si on veut qu'elles soient efficaces, ce que le simple dépôt des papiers n'est pas nécessairement, notamment dans l'espace Schengen, et tant que l'autorisation parentale pour enfant non accompagné n'est pas encore requise systématiquement dans les aéroports. Plus incisive serait l'assignation de l'enfant à un rayon au-delà duquel il n'a pas le droit d'aller ou d'y être amené, ce qui n'est pas sans laisser des failles, tout en étant raisonnablement adapté à la vie de l'enfant que l'on ne voudrait que très rarement voir placé ou séquestré uniquement en raison du conflit de ses parents. Si cette démarche n'a pas réussi, le parent lésé demandera au juge d'attester simplement que le départ était constitutif d'un déplacement ou d'un non-retour illicite, document qu'il produira devant l'autorité saisie dans l'État étranger de la demande de retour (art. 14 et 15 CLaH 80). Simultanément, il demandera ce retour afin d'éviter qu'il ne déborde pas le délai d'un an fixé à l'art. 12 al. 1 CLaH 80.

Lorsque le jugement approuve le départ, l'effet suspensif est indispensable si le parent lésé dans le conflit entend se pourvoir en appel. Dans un tel cas, si le départ est néanmoins effectué et que l'enfant n'a plus sa résidence habituelle en Suisse, la cour d'appel conserve une compétence suisse, non sur la base de l'art. 5 CLaH 96, mais en vertu de l'art. 7, avec l'effet que dans les autres États contractants, les autorités de la nouvelle résidence ne sont pas compétentes (art. 5 al. 2), tandis que la décision suisse rendue en appel devra être reconnue. Cela constitue un premier pas qui n'empêche pas le litige de se poursuivre devant le juge de la nouvelle résidence qui pourra être saisi ultérieurement d'une demande en modification des mesures prises en Suisse. En revanche, si l'effet suspensif n'est pas accordé par le premier juge, ni par le juge d'appel, saisi en urgence, le jugement entre en force et le départ a lieu sans obstacle. Du coup, dès que la constitution de la résidence habituelle de l'enfant à l'étranger est établie, la cour d'appel suisse perd sa compétence.

---

péril le bien de l'enfant ou encore que l'appel paraît d'emblée infondé. Cf. ATF 144 III 469, 472; TF, 6.2.2019, 5A\_792/2018, cons. 3.2.

<sup>114</sup> ATF 143 III 193, 203, dans un autre cas où le départ a eu lieu peu de jours après la décision.

## D. L'éloignement temporaire de l'enfant de sa résidence habituelle

- 73 L'art. 301a CC porte sur la détermination du lieu de résidence. Dans l'hypothèse où cette résidence devait se trouver à l'étranger, c'est le terme « déménagement » qui est utilisé. On en déduit que le départ pour une courte durée, assorti d'un projet de retour et suivi d'une réintégration au principal lieu de vie, ne constitue pas un transfert du lieu de résidence au sens de l'art. 301a CC. Une autorisation au sens de cette disposition et, en cas de refus, l'accord du juge ne sont donc pas nécessaires. Les conditions de la mise en œuvre d'un départ temporaire à l'étranger relèvent du règlement de l'autorité parentale et des relations personnelles.<sup>115</sup> Si un tel départ se fait à l'initiative de l'un des parents alors qu'il a des répercussions importantes sur la relation personnelle entre l'enfant et son autre parent, ce dernier doit être consulté afin de donner son avis, voire son accord. C'est ainsi qu'à défaut d'accord de la mère, le Tribunal fédéral a approuvé l'interdiction faite au père d'aller visiter avec ses enfants sa propre famille au Liban, compte tenu des problèmes de sécurité et des risques d'enlèvement dans ce pays.<sup>116</sup> Le jugement est excessivement sévère<sup>117</sup>, tout en cadrant correctement le débat juridique. L'exercice des relations personnelles avec l'enfant n'est pas du domaine exclusif de chacun des parents dans son propre intérêt. On comprendrait aisément, en revanche, l'interdiction faite à un parent de partir avec son enfant en Syrie ou en Irak. Tant qu'il n'y a pas de projet d'un véritable déplacement de la résidence habituelle, le mécanisme de la CLaH 80 ne fonctionne pas. On reste placé au niveau de mesures protectrices dont le respect n'est pas facile à assurer en Suisse, tandis que la situation dans le pays étranger d'arrivée de l'enfant est incertaine, cependant avec la chance d'une meilleure protection dans les États contractants de la CLaH 96.

---

<sup>115</sup> Cf., au sujet des vacances à passer à l'étranger: TF, 31.1.2019, 5A\_179/2018, cons. 5; TF, 1.2.2019, 5A\_702/2018, cons. 5.

<sup>116</sup> TF, 28.8.2015, 5A\_246/2015, cons. 3.4.

<sup>117</sup> En comparaison de la légèreté avec laquelle le risque d'enlèvement avait été écarté dans l'affaire de l'enfant que l'on a renvoyé au Mexique (TF, 30.4.2015, 5A\_229/2015), pour finalement l'accueillir en Suisse trois ans plus tard (TF, 9.7.2018, 5A\_475/2018).

## IV. La résidence habituelle au centre du régime de l'enlèvement

### A. Le champ d'application de la CLaH 80

#### 1. Les États contractants

Le mécanisme de la CLaH 80 comprend une collaboration entre les autorités des pays impliqués dans le cas particulier. Cela ne peut fonctionner qu'entre États parties au système. Il est ainsi prévu qu'un État contractant n'applique la Convention qu'à l'égard d'enfants ayant eu leur résidence habituelle dans un État contractant immédiatement avant l'atteinte aux droits de garde ou de visite (art. 4 CLaH 80). Comme le dit le Préambule, il s'agit de garantir le retour immédiat de tels enfants dans l'État de leur résidence habituelle. Cela signifie également, *a contrario*, que la CLaH 80 n'assure pas le retour d'un enfant dans un pays dans lequel il n'avait plus sa résidence habituelle, au moment de l'enlèvement ou de son non-retour. 74

Si l'enfant a été déplacé sans droit d'un pays dans lequel il ne résidait pas habituellement, il n'y sera pas renvoyé, mais il pourra l'être vers le pays dans lequel il se trouvait en tant que résidant habituel. De même, si le retour d'un enfant a été refusé sans droit, ce retour ne peut se faire vers un pays dans lequel, au moment de ce refus illicite, l'enfant n'y avait pas sa résidence habituelle. C'est ce que le Tribunal fédéral a méconnu dans l'affaire du Chili sur laquelle on reviendra. 75

#### 2. Le droit de garde

Cité dans tous les arrêts, l'art. 3 al. 1 lit. a CLaH 80 définit l'essentiel de la notion de base de l'enlèvement illicite par le fait qu'il y a lieu en violation d'un droit de garde attribué à une personne « par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour ». Cette condition est en deux parties: 76

En premier lieu, il faut identifier l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement. Cet État est, soit l'État de la résidence habituelle avant le déplacement, soit l'État de la résidence habituelle de l'enfant dans lequel il n'a pas été retourné alors qu'il aurait dû l'être selon le droit de cet État. Dans les deux cas, la résidence habituelle désigne le pays vers lequel l'enfant doit être renvoyé conformément à la CLaH 80 ainsi que le rappelle le Préambule. Cela signifie également et du même coup que l'enfant ne doit pas être renvoyé vers un pays dans lequel il n'avait pas de résidence habituelle au moment du déplacement ou du non-retour. 77

- 78 En second lieu, dès le moment où l'État de la résidence habituelle au moment de la violation alléguée du droit de garde est connu, le droit de cet État, y compris ses règles de conflit de lois, détermine le titulaire de ce droit de garde. A cet égard, cette seconde condition n'exige pas dans tous les cas que cet État soit désigné individuellement. En effet, lorsque la résidence habituelle est difficile à déterminer, alors que l'on connaît les pays où l'enfant aurait pu disposer d'une telle résidence, on ne doit pas aller plus loin lorsqu'il s'avère que les différents droits en jeu définissent de manière identique le droit de garde dont la violation a incité le parent requérant à demander le retour de l'enfant. Sur ce point, dans un contexte européen, il s'agit de tenir compte du Règlement de Bruxelles II<sup>bis</sup> qui détermine la responsabilité parentale de manière identique que la CLaH 96 en son art. 16, puisque ce régime européen s'y réfère expressément (art. 62). En général, la jurisprudence suisse ne tient pas compte de cette simplification.
- 79 Lorsque le droit applicable est connu, il s'agit d'identifier le ou les titulaires du droit de garde sur l'enfant enlevé, qui ne peut être qu'un droit qui comprend « en particulier celui de décider de son lieu de résidence » (art. 5 lit. a CLaH 80). Si ce droit est le droit suisse, il convient de traduire cette définition dans nos catégories, pour lesquelles la décision sur la résidence appartient à l'autorité parentale, tandis que la garde est devenue une simple situation de fait.

## **B. La résidence habituelle en cas de non-retour**

- 80 La résidence habituelle est ainsi le pivot du système. Elle désigne le pays du retour et le droit de garde qui soutient la demande. Selon que cette résidence se trouve, ou non, dans le pays du parent requérant le retour, la CLaH 80 s'applique, ou non. Lorsque l'enlèvement consistait en un déplacement physique de l'enfant, on connaît le pays de sa résidence où il doit retourner. La situation est moins évidente lorsque le départ d'un pays n'était pas la cause de l'enlèvement, mais le non-retour ultérieur; la résidence habituelle est alors celle à ce moment-là et non celle du départ initial du pays du séjour antérieur.
- 81 C'était l'enjeu dans l'affaire genevoise qui a fait l'objet de deux arrêts du Tribunal fédéral, qui connaîtront encore une suite.<sup>118</sup> C'est un cas de garde partagée, les enfants partageant leur vie entre Genève et la France voisine. Les détails de la dispute n'ont guère d'intérêt ici. Les parties divergent sur la résidence habituelle de la famille lors de la séparation et du prétendu déplacement sans droit des enfants. Pour le requérant, la famille a toujours vécu en France, ce qui résulte de nombreux éléments

---

<sup>118</sup> TF, 6.11.2018, 5A\_846/2018; TF, 18.4.2019, 5A\_131/2019.

de preuve de leur présence, tandis que le logement à Genève était beaucoup trop petit pour que l'on puisse envisager y vivre à long terme. Pour la mère, le centre effectif de vie a toujours été à Genève, principal point d'attache des enfants compte tenu de leur école et de leurs activités sociales, culturelles et sportives, tandis que la villa en France était une résidence secondaire. De l'avis du Tribunal fédéral, déjà mentionné plus haut, il est exclu qu'un enfant ait simultanément deux résidences habituelles parce qu'il partage son temps entre deux États au cours de la même journée, ou la même semaine, à l'instar du mode de vie des frontaliers.<sup>119</sup> Il était reproché à la Cour de justice de ne pas avoir conduit l'administration des preuves correctement, rejetant des moyens invoqués par le recourant sans l'avoir invité à en fournir la preuve. Le Tribunal fédéral n'a pas soulevé d'objection quant aux enjeux: la mère n'ayant plus laissé les enfants revenir vivre auprès de leur père en France, ce non-retour ne pouvait entraîner l'application de la Convention qu'à la condition de pouvoir y faire situer la résidence habituelle des enfants. Si cette résidence était à Genève, la CLaH 80 ne s'appliquerait pas, car le retour ne peut s'opérer en vertu de la Convention vers un pays où les enfants ne résidaient pas au moment de leur non-retour.

Il est rappelé que la détermination de la résidence habituelle est indispensable lors de l'examen d'une requête fondée sur la CLaH 80. La Cour de justice ayant refusé de trancher la question incontournable du lieu de la résidence habituelle, elle doit se remettre à l'œuvre. On va voir, cependant, que le Tribunal fédéral ne maîtrise pas aussi clairement ce principe comme il l'affirme. 82

Dans l'affaire du Chili<sup>120</sup>, en effet, la position du Tribunal fédéral est à l'opposé de celle des arrêts rendus dans l'affaire genevoise. 83

Les parents de l'enfant étaient un couple d'origine chilienne. Ils n'étaient pas mariés. 84  
Après avoir vécu une courte période ensemble, leur vie a continué séparément jusqu'en été 2017, lorsque la mère et leur enfant né en 2010 sont partis vivre en Suisse. Ce départ s'est fait sur la base d'un accord par lequel le père acceptait que la mère et l'enfant vivent en Suisse pour une année environ, le dernier jour étant fixé au 18 juillet 2018. Après cette date, la mère et l'enfant sont cependant restés en Suisse. Ce déplacement résultait du fait que la mère avait fait la connaissance, en 2015, de l'homme qui est devenu son mari en avril 2018. Le tribunal cantonal de Schwyz notait que la famille vivait comme dans une bulle en Suisse, typique pour de nombreux « expat »: peu de contacts avec leurs voisins, mère sans travail, faible maîtrise de l'allemand, l'enfant parlant espagnol en famille et anglais dans une école privée. Son arrêt concluait qu'au vu de ces circonstances, on ne pouvait admettre que l'enfant ait acquis une résidence habituelle le 18 juillet 2018, au dernier jour avant qu'il eût dû

---

<sup>119</sup> TF, 6.11.2018, 5A\_846/2018, cons. 4.

<sup>120</sup> TF, 11.1.2019, 5A\_982/2018.

retourner au Chili. Le Tribunal fédéral aurait pu simplement suivre ce raisonnement et confirmer le retour de l'enfant au Chili, dans le pays de sa précédente résidence habituelle.

- 85 Ce n'est pas ce qu'il a fait. Dans une diatribe d'une exceptionnelle violence, il a accusé le tribunal de Schwyz, de même qu'une professeure réputée de l'Université de Zurich, d'avoir commis une erreur manifeste de réflexion. Était en cause l'observation de l'arrêt cantonal que l'art. 3 CLaH 80 exigeait qu'au moment du non-retour, l'enfant n'ait pas déjà créé une résidence habituelle dans l'État d'arrivée (la Suisse en l'espèce). Si tel avait été le cas en l'espèce, l'enfant n'aurait pas été renvoyé. C'était une remarque sans pertinence pour le sort du litige, puisqu'il a été conclu que l'enfant n'avait pas créé une telle résidence en Suisse.
- 86 Pour le Tribunal fédéral, il fallait simplement donner suite à l'accord des parents prévoyant le retour de l'enfant au Chili au plus tard le 18 juillet 2018. Cet accord devait être respecté en vertu de l'art. 16 CLaH 96, entraînant le renvoi au Chili en vertu de la CLaH 80. L'arrêt ne s'intéresse pas à la notion d'enlèvement telle que définie à l'art. 3 de cette dernière convention. Si cette disposition avait été observée, le renvoi de l'enfant dont le retour n'a pas eu lieu, à tort, n'est garanti qu'en direction de l'État de la résidence habituelle de l'enfant. S'il n'y a plus une telle résidence, la CLaH 80 ne s'applique pas.<sup>121</sup> Autrement dit: « L'enfant doit avoir été enlevé ou retenu illicitement dans un État autre que celui de sa résidence habituelle ». <sup>122</sup> C'est le raisonnement suivi dans les arrêts rendus dans l'affaire de Genève, qui n'ont été ni observés ni mentionnés dans l'arrêt sur l'affaire du Chili.
- 87 Avant de lancer à l'adresse des juges cantonaux qu'ils n'avaient pas fait preuve d'une réflexion suffisante, le Tribunal fédéral aurait également pu consulter un arrêt de la Cour de justice de l'UE qui aurait pu lui éviter de s'égarer. Il s'agissait du cas d'un enfant qui est né et a séjourné avec sa mère pendant plusieurs mois, conformément à la volonté commune de ses parents, dans un État membre autre que celui où ces derniers avaient leur résidence habituelle avant sa naissance. L'intention initiale des parents était certes que la mère allait revenir dans l'État de l'ancienne résidence, accompagnée de l'enfant. Mais l'enfant n'a jamais eu de résidence habituelle dans cet État. En conséquence, le refus de la mère de retourner dans ce même État avec l'enfant ne saurait être considéré comme un déplacement ou non-retour illicite.<sup>123</sup> La conclusion aurait dû être la même dans l'affaire du Chili: on ne renvoie pas un enfant dans un pays dans lequel il n'a pas de résidence habituelle au moment de l'enlèvement. La question de savoir si l'enfant avait créé une résidence habituelle en

---

<sup>121</sup> Cf. MAZENAUER, n° 184; BEAUMONT/MCELEAVY, p. 99.

<sup>122</sup> ALFIERI, p. 41.

<sup>123</sup> CJUE, 8.6.2017, C-111/17, *OL*, n° 35-70.

Suisse était donc pertinente et aurait dû être examinée, quitte à renvoyer l'affaire au tribunal cantonal pour un examen complémentaire.

Le Tribunal fédéral insiste encore qu'il fallait suivre la logique du retour au *statu quo ante*, consacrant la compétence des autorités du Chili. Or, si l'enfant a acquis une résidence habituelle en Suisse, ce que l'arrêt n'examine pas, il n'y aurait pas de compétence au Chili. Le Tribunal fédéral croit trouver encore un autre fondement dans l'art. 7 CLaH 96, sans remarquer que cela suppose réalisées les conditions de l'enlèvement selon l'art. 3 CLaH 80, et sans observer non plus que cet art. 7 ne s'applique pas au Chili, n'étant pas un État contractant de la CLaH 96. 88

À en croire la réflexion qui soutient cet arrêt, même dans le cas où l'accord des parents ne prévoyait le retour de l'enfant que dans plusieurs années, au terme d'un cursus scolaire, par exemple, la CLaH 80 s'appliquerait encore, étant donné que la résidence habituelle de l'enfant en Suisse ne serait pas à prendre en considération. Par ailleurs, la Convention pourrait intervenir chaque fois qu'un accord des parents aurait prévu la remise de l'enfant à l'autre parent à l'étranger, même pour une durée limitée (pour l'exercice d'un droit de visite ou des vacances, par exemple), étant donné que la question de localiser la résidence habituelle de l'enfant serait sans pertinence et ne se poserait dès lors pas. Or, tel n'est pas le sens de la Convention qui entend prévenir le déracinement de l'enfant de son cadre habituel, rien de plus. Lorsque l'enfant est retenu au lieu de sa résidence habituelle, l'enjeu consiste à statuer sur le fond du droit des parents quant à la résidence de l'enfant, et non de renvoyer celui-ci dans un pays dont les autorités ne sont pas compétentes à son égard, faute pour lui d'y être habituellement résidant. 89

### C. La résidence habituelle abandonnée avant l'enlèvement

Les Juges dans l'affaire du Chili auraient également pu s'inspirer de la seconde affaire grecque, dans laquelle le Tribunal fédéral insistait jusqu'à l'extrême pour accoler à l'enfant une résidence habituelle qui ne reposait pourtant sur aucune présence réelle de l'enfant. L'autorité parentale du père resté en Grèce était reconnue, sur la base d'un mariage consulaire conclu à l'Ambassade de l'Afghanistan à Belgrade entre un Afghan et une Iranienne, ce qui aurait dû laisser douter de sa reconnaissance en Grèce, étant donné que la validité du mariage dans le pays national de la femme n'était pas vérifiée.<sup>124</sup> Après avoir vécu les premiers six mois de la vie de l'enfant en Grèce, la 90

---

<sup>124</sup> Le Tribunal fédéral se contentait d'un certificat de mariage établi dans l'Ambassade, document qui n'atteste pas de la validité du mariage en Iran et ne prouve pas la reconnaissance du mariage en Grèce. Il ajoute que le mariage aurait été reconnu dans ce pays du fait de son inscription sur l'acte de naissance, dont la fonction n'est aucunement de faire preuve du mariage des parents.

famille a entamé un périple vers la Finlande, la conduisant encore brièvement, après l'échec de la demande d'asile dans ce pays, en Suède puis en Norvège, où le père est rentré en Grèce, tandis que la mère est venue en Suisse avec son enfant, déposant aussitôt une nouvelle demande d'asile. Il est manifeste qu'en regardant rétrospectivement, cet enfant n'avait plus sa résidence habituelle en Grèce dès son départ vers le nord de l'Europe, faute d'une présence physique de quelque durée. En réalité, le Tribunal fédéral le savait bien. Mais peu importe, il a fallu retourner cet enfant à n'importe quel prix, sans se préoccuper de la CLaH 80 et sans égard aucun à l'intérêt de l'enfant, mentionné nulle part et de toute manière incompatible avec l'affirmation de l'arrêt que le retour d'un enfant enlevé est « automatique ».<sup>125</sup> Que faut-il encore pour se rendre compte que nos Juges fédéraux font fausse route ?

- 91 En reprenant le raisonnement, il fallait d'abord affirmer la résidence habituelle de l'enfant en Grèce en effaçant la condition incontournable de la présence physique dans ce pays. Le texte de base qui a servi de référence est l'arrêt rendu dans la première affaire grecque, s'agissant d'un enfant non encore né. Cet enfant-là n'avait pas de présence physique, si bien que la condition y relative devait figurer en toutes lettres dans l'arrêt. Dans la seconde affaire grecque, il fallait renvoyer à ce même arrêt, mais en évitant l'élément gênant de la présence physique, s'agissant d'une condition non réalisée. Aussitôt compris aussitôt fait: l'exigence de la présence de l'enfant fut simplement biffée (deux fois) et l'arrêt reproduit sans cette mention, pourtant capitale dans la jurisprudence.<sup>126</sup> On a alors fini par dire que l'enfant est né en Grèce et y dispose d'un statut de réfugié et d'un titre de séjour valable, ce qui mène à la conclusion que « vu les attaches de l'enfant avec cet État, il sied de constater que la dernière résidence habituelle de l'enfant est demeurée en Grèce ». On a ainsi renvoyé, non à une résidence habituelle inexistante, mais à la dernière résidence habituelle de l'enfant, dont on sait qu'elle ne joue aucun rôle dans le contexte de la CLaH 80.

---

<sup>125</sup> TF, 23.5.2018, 5A\_121/2018, cons. 5.3 (« retour automatique de l'enfant prévu par la CLaH 80 »). Que faut-il encore pour que les Juges et leurs Greffiers lisent que « ce retour de l'enfant ne saurait être ordonné de façon automatique ou mécanique » (CEDH, 26.11.2013, *Efthymiou*, n° 66775/11, § 40; CEDH, 21.05.2019, *O.C.I. c. Roumanie*, n° 40450/17, § 35, 46).

<sup>126</sup> On a également fait référence à un arrêt de la CJUE déjà cité dans l'arrêt sur la première affaire grecque, alors que cet arrêt précisait bien que les facteurs mentionnés par le Tribunal fédéral ne peuvent jouer un rôle que « outre la présence physique de l'enfant » (CJUE, 2.4.2009, C-523/07, *A*, n° 38). On n'a pas noté que la même condition de base a été soulignée dans d'autres arrêts, plus récents (cf. CJUE, 17.10.2018, C-393/18, *UD c. XB*, n° 50, précisant que la présence physique de l'enfant « est une condition nécessairement préalable à l'évaluation de la stabilité de cette présence » et n° 53). Dans des termes analogues, un autre arrêt relevait que la détermination de la résidence habituelle de l'enfant dans un État membre « exige à tout le moins que l'enfant ait été physiquement présent dans cet État membre » (CJUE, 15.2.2017, C-499/15, *W./V. c. X*, n° 61).



Le calvaire qui attendait la mère a été voulu, mais heureusement, la vie réelle l'a emportée. On n'a pas voulu croire la mère dans son récit d'avoir été la victime de violences sexuelles de la part du père de l'enfant dont elle disait qu'il était le fruit d'un viol. On n'a pas voulu pousser la sensibilité humaine (et féministe) plus loin que de consoler la mère qu'elle ne serait pas obligée de vivre à proximité de l'homme qui réclamait pouvoir visiter l'enfant vivant auprès d'elle et dont la violence a été reconnue. Pour le Tribunal fédéral, le fait de recevoir la visite régulière de son violeur n'a pas d'importance, dès lors qu'il ne vit pas à proximité.<sup>127</sup> 92

Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral constatait que, si les abus dont le père était accusé devaient s'avérer fondés, il ne ferait aucun doute que le retour de l'enfant en Thaïlande placerait l'enfant dans une situation de danger intolérable.<sup>128</sup> Pourquoi ne pas l'avoir dit dans l'affaire grecque qui soulève le même problème, d'une gravité certaine, même si dans ce cas, contrairement à l'affaire de la Thaïlande, une plainte pénale n'avait pas été déposée ? 93

Dans l'affaire grecque, le Tribunal fédéral ne s'est pas donné la peine de rendre son arrêt efficace. Il s'est borné à condamner la mère à rentrer avec son garçon en Grèce. Elle ne l'a pas fait, malgré les menaces du genre de l'art. 292 CP, inefficaces pour faire plier une mère cherchant l'asile en Suisse. Dès ce moment-là, l'arrêt devait tomber dans le vide. Rien n'a été décidé pour une telle hypothèse, pourtant probable, l'art. 11 al. 1 LF-EEA étant resté lettre morte, comme c'est souvent le cas. 94

D'après les renseignements que nous avons pu obtenir, différents services et organisations ont essayé de mettre sur pied un arrangement vivable en Grèce, sans succès. Comme le remarque l'arrêt (sous B.a), l'Autorité centrale grecque a fourni des explications juridiques, sans utilité pour arranger le placement de l'enfant. L'Autorité 95

---

<sup>127</sup> Suivant une pratique constante (incompatible avec l'art. 10 LF-EEA), rien n'a été prévu pour éviter de telles rencontres, par la présence d'une tierce personne, par exemple. Pour un enfant de trois ans, un encadrement sérieux était indispensable. L'arrêt remarque qu'un enfant de cet âge doit pouvoir supporter d'être séparé de sa mère, cela ne constituant pas un danger grave pour lui (cons. 5.3 – fixant la limite de l'insupportable à deux ans). L'affirmation est gratuite, ne reposant sur aucune vérification ou expérience. L'art. 10 LF-EEA est du droit impératif, même pour le Tribunal fédéral. S'il n'est pas observé, les enfants sont abandonnés à leur sort. Il en a été ainsi pour le garçon renvoyé en Italie auprès d'un père sans résidence stable (cf. TF, 16.1.2014, 5A\_880/2013) et les deux enfants retournés à Londres sans leur mère (obligée de rester à Genève auprès d'un autre enfant), sans logement prévu et sachant que le père, malade et violent, n'a guère eu de contact avec les enfants depuis leur naissance et qu'il ne devait pas s'en approcher (cf. TF, 30.1.2017, 5A\_936/2016, cons. 3.2 et 6.3.2), le Tribunal fédéral allant jusqu'à dire à leur mère que la question de savoir si la prise en charge de la famille par les services et institutions sociales du pays du retour était une question sans pertinence (TF, 23.3.2017, 5F\_9/2017, cons. 5.2).

<sup>128</sup> TF, 24.4.2019, 5A\_162/2019, cons. 6.3.

centrale fédérale a dû baisser les bras, et les Juges de liaison n'ont apparemment pas été consultés, ce qui aurait pu être une occasion de montrer leur utilité. La procédure d'asile est arrivée au niveau du Tribunal administratif fédéral avant d'être rayée du rôle et de poursuivre son chemin à travers le Service des migrations. L'enfant de trois ans que l'on voulait renvoyer, même pour vivre seul en Grèce, vit en Suisse. Mais le dossier d'enlèvement n'est pas encore clos.

- 96 Pour revenir au début: ce drame humain, heureusement évité dans ses extrêmes, n'a été possible qu'en raison de la manipulation de la notion de résidence habituelle. L'enfant n'en avait point en Grèce, si bien que la CLaH 80 ne devait pas s'appliquer. Le père ne l'aurait pas mérité de toute manière, car il n'est jamais venu visiter son enfant en Suisse (signe de sa crainte d'être ciblé par une plainte pénale ?), et en Grèce, il ne voulait pas davantage, son seul intérêt étant de pouvoir visiter son enfant et non d'en assumer la responsabilité. Or, la Convention n'est pas faite pour garantir un objectif aussi limité, étant rappelé que son art. 21 n'a pas été invoqué.

## D. La destination du retour

### 1. Le pays ou le lieu de la résidence habituelle ?

- 97 Le retour de l'enfant ne doit pas simplement être ordonné; il doit aussi être organisé ou, du moins, il faut s'assurer que tel soit le cas. En vertu de l'art. 11 al. 1 LF-EEA, la décision ordonnant le retour de l'enfant doit être assortie de *mesures d'exécution*. Cette exigence avait déjà été reconnue dans la pratique antérieure, mais elle n'a été que rarement mise en œuvre<sup>129</sup>, donnant ainsi l'occasion au ravisseur d'engager un nouveau contentieux, avec les retards indésirables qu'un nouveau procès peut entraîner.
- 98 Lorsque l'on est assuré de la présence du ravisseur lors du déplacement de l'enfant, les instructions à donner sont relativement simples, portant principalement sur la date et les conditions du départ.<sup>130</sup> On suppose alors que l'enfant soit ramené au parent lésé ou qu'il vive avec son ravisseur et principal gardien dans la même demeure ou à proximité. Une autre solution consiste à inviter le parent lésé à venir chercher l'enfant en Suisse, en indiquant la date et le lieu, tout en laissant à l'enfant l'occasion de dire « au revoir » au parent ravisseur qui ne compte pas l'accompagner lors de son retour. Les situations qui posent problème sont celles où le

---

<sup>129</sup> Cf. ATF 130 III 530, 532 s. ; TF, 18.6.2003, 5P.216/2003, cons. 1.

<sup>130</sup> Cf. TF, 10.11.2009, 5A\_569/2009, cons. 2.3, et TF, 10.11.2009, 5A\_583/2009, cons. 3.3.

rapprochement physique avec le parent lésé dans le pays de provenance n'est pas réglé et risque de ne pas avoir lieu.

Dans des conditions difficiles, il ne suffit pas d'ordonner que l'enfant soit ramené, par exemple, « en Allemagne »<sup>131</sup> ou « en Espagne »<sup>132</sup>, en particulier dans l'hypothèse où l'enfant ne vivra pas dans la demeure du parent requérant. C'était une pratique constante du Tribunal fédéral qui donnait l'impression d'y tenir, comme l'a rappelé un arrêt du 5 août 2013, expliquant que la CLaH 80 n'irait pas plus loin que d'exiger le retour dans l'autre État contractant; en conséquence, l'ordre de renvoi du tribunal cantonal visant le retour au lieu de la résidence habituelle en Norvège fut corrigé, ce retour ne devant pas être précisé au-delà de l'arrivée de l'enfant « en Norvège ».<sup>133</sup> Si cela semble conforme à la rigueur du texte de la Convention, cela n'est pas compatible avec l'objectif du rétablissement du *statu quo ante*, pourtant rappelé dans de nombreux arrêts. La Cour de justice a expliqué clairement que « la procédure de retour vise ainsi à replacer [l'enfant] dans l'environnement qui lui est le plus familier et, ce faisant, à restaurer la continuité de ses conditions d'existence de développement ».<sup>134</sup>

Certes, il n'y a normalement pas de difficultés à escompter lorsque la mère est disposée à respecter le jugement et à assurer le retour de l'enfant en sa compagnie, ce qui les mène en règle générale dans le même lieu de vie que celui d'avant leur départ.<sup>135</sup> Cependant, il convient d'avoir en vue les hypothèses dans lesquelles la mère ne révèle pas sa réaction en cas d'ordonnance de retour ou qu'elle s'y déclare d'emblée opposée. Si la CLaH 80 ne permet pas d'aller plus loin que d'exiger le retour dans le pays de la résidence habituelle, sans désigner de lieu, non seulement le ravisseur est libre de choisir la destination de l'enfant, mais encore, le tribunal suisse ordonnant son retour ne peut exiger de lui de déclarer son choix. L'autorité d'exécution qui reçoit l'ordre d'assurer le retour d'un enfant aux « États-Unis d'Amérique » doit-elle suivre la mère qui est prête à accompagner l'enfant si c'est pour la Californie, alors que la famille vivait à New York ?

Des cas peuvent alors se présenter dans lesquels l'autorité chargée de l'exécution ne dispose pas d'instructions suffisantes afin de procéder à une « exécution directe »

---

<sup>131</sup> TF, 17.12.2004, 5P.437/2004.

<sup>132</sup> ATF 131 III 334, 343 s.; TF, 10.9.2012, 5A\_550/2012 ; TF, 17.12.2012, 5A\_847/2012.

<sup>133</sup> TF, 5A\_504/2013, cons. 5.1. Cf., par ailleurs, TF, 30.1.2017, 5A\_936/2016, cons. 6.3.2; TF, 19.5.2017, 5A\_305/2017, cons. 6.3; TF, 26.6.2018, 5A\_136/2018, cons. 5.3 et 8.2.

<sup>134</sup> CJUE, 8.6.2017, C-111/17, *OL*, n° 61.

<sup>135</sup> Ainsi dans l'affaire du TF, 4.9.2019, 5A\_605/2019, cons. 2, la mère est condamnée à assurer le retour de l'enfant « en Thaïlande », après avoir accepté de l'accompagner. L'arrêt précise qu'en l'espèce, l'ordre de retour n'implique pas la réintégration de la ville ou région habituelle avant le déplacement illicite (cons. 3.1.2).

(art. 337 al. 1 CPC). C'est ce que l'art. 11 al. 1 LF-EEA voulait éviter; cela suppose toutefois qu'il soit appliqué. Si les indications relatives à l'exécution sont insuffisantes, il appartient alors au requérant qui sollicite le retour de l'enfant d'adresser une requête au tribunal d'exécution (art. 338 al. 1 CPC). Si l'ordre de retour est insuffisant au point qu'il faille le compléter, le tribunal cantonal doit être sollicité par le ravisseur ou l'enfant afin qu'il modifie la décision aux conditions fixées à l'art. 13 al. 1 LF-EEA; lorsque l'exécution est confiée à une autorité administrative, celle-ci ne peut pas aller au-delà du dispositif de la décision et doit faire revenir l'affaire devant le tribunal cantonal afin d'obtenir le complément nécessaire. Ainsi, lorsqu'il est ordonné à une mère d'assurer le retour de l'enfant en Grèce<sup>136</sup>, et qu'elle s'y refuse, l'office cantonal qui reçoit l'arrêt à des fins d'exécution ne peut procéder faute d'une instruction suffisante; il ne saurait se croire autorisé à renvoyer l'enfant seul, même accompagné.

- 102 Par ailleurs, si le retour ne pouvait pas être précisé mieux que par un ordre de revenir « au pays » de la résidence habituelle antérieure, il serait pratiquement impossible d'appliquer l'art. 10 LF-EEA qui exige la collaboration avec les autorités de ce pays. Comment faire lorsque l'on ne sait pas en quel lieu ou en quelle région l'enfant devrait se retrouver ? On ne doit pas s'étonner que cette incohérence ne soit pas remarquée, dès lors que le Tribunal fédéral évite de respecter l'art. 10 autant qu'il peut. Quant à la jurisprudence de la Cour européenne de l'homme, le Tribunal fédéral n'en tient pas compte, tout au moins si les parties n'insistent pas à ce qu'elle soit respectée.<sup>137</sup>
- 103 Quelques arrêts semblent cependant annoncer un revirement, pour le moins implicite. Ainsi, il a été reconnu que l'on ne saurait se contenter d'un retour « en France » si la mère refuse d'y retourner volontairement. Il convient alors de déterminer si l'enfant pourrait être placé auprès du père.<sup>138</sup> Un autre arrêt accepte que le renvoi en un lieu est également une possibilité.<sup>139</sup> Cela correspond au simple bon sens, mais se place en contradiction avec l'affirmation, souvent répétée, que « le retour est ordonné sur le territoire français, et non dans un endroit précis de ce pays »<sup>140</sup>. En effet, si l'enfant doit repartir sans parent, on ne peut faire autrement.<sup>141</sup>

---

<sup>136</sup> Cf. TF, 23.5.2018, 5A\_121/2018.

<sup>137</sup> On songera notamment à l'arrêt cité, CEDH, 26.11.2013, *Efthymiou*, n° 66775/11, § 40.

<sup>138</sup> TF, 1.10.2013, 5A\_637/2013, cons. 5.3.2.

<sup>139</sup> TF, 9.7.2018, 5A\_475/2018, cons. 4.5.

<sup>140</sup> TF, 1.10.2013, 5A\_637/2013, cons. 5.3.1.

<sup>141</sup> Cf. TF, 30.11.2016, 5A\_827/2016, cons. 7.2. L'arrêt croit rassurer la mère qu'il n'y aura pas de danger pour l'enfant car elle n'aura pas à le remettre au père, alors que c'est exactement l'instruction donnée à l'Office cantonal si la mère compte rester en Suisse.

## 2. Quel retour en cas de déplacement de la résidence habituelle du parent lésé ?

Dans quelques rares cas, on peut se demander si le retour de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle s'impose comme le prévoit la CLaH 80. Car celle-ci entend rétablir le *statu quo ante*. Que faire s'il est devenu impossible d'y parvenir du fait que la demeure familiale n'y est plus, principalement du fait du départ du parent lésé vers un autre pays ? Dans la seconde affaire grecque, la question aurait pu se poser si l'on avait conclu à ce que la résidence habituelle de l'enfant et de ses parents se trouvait en Finlande, alors que le père réclamant le retour de l'enfant est ensuite revenu en Grèce. 104

La résidence des parents n'apparaît pas, dans la CLaH 80, comme un facteur déterminant son applicabilité ou son fonctionnement. Le critère décisif est la résidence habituelle de l'enfant, comme le rappelle d'ailleurs le Préambule. On constate cependant que ce texte introductif évoque la résidence habituelle de l'enfant sans autre précision. Le changement de la résidence du parent requérant pourrait ainsi être pris en compte s'il implique également, compte tenu des circonstances, le déplacement de la résidence habituelle de l'enfant, aussitôt qu'il réintègre le nouveau foyer de ce parent. Le tribunal qui ordonne le retour approuve alors également, avec ou sans l'accord du parent ravisseur, le déplacement de la résidence habituelle qui y est associé, au plus tard au moment où l'enfant s'y rend. Les motifs d'opposition selon l'art. 13 CLaH 80 doivent être examinés par rapport au pays de cette nouvelle résidence. 105

## V. La résidence habituelle de l'enfant à l'étranger

### A. La reconnaissance des décisions et mesures

Après avoir examiné l'impact de la notion de résidence habituelle en matière de compétence internationale et de loi applicable, il convient d'aborder encore brièvement le rôle de cette résidence en matière de reconnaissance de décisions concernant des enfants. En principe, des problèmes se posent rarement à ce sujet dans la pratique. Il y a deux raisons principales pour cela: (1) la résidence habituelle de l'enfant constitue un critère de compétence indirecte qui se présente alternativement parmi d'autres, se référant normalement à la résidence de chacun des parents. On est donc en présence d'une pluralité de fors acceptables, ce qui fait que la résidence de l'enfant n'est que rarement l'objet d'un débat ou d'une controverse. (2) S'agissant de la reconnaissance d'une décision rendue par le juge de 106

la résidence habituelle de l'enfant, cette question a déjà été examinée par le premier juge, ce qui rend normalement une controverse ultérieure, au stade de la reconnaissance dans un autre État, sans grand intérêt.

- 107 Il convient ainsi de s'intéresser plutôt aux cas dans lesquels la résidence habituelle de l'enfant ne sert pas de critère de compétence indirecte et ne peut donc servir au soutien de la reconnaissance en Suisse d'une décision rendue au sujet de l'enfant. Le cas des mesures protectrices prises à l'égard d'un enfant qui a changé de résidence habituelle a déjà été mentionné. On le retrouve ici, car la Suisse écarte la *perpetuatio fori* non seulement si l'enfant a quitté la Suisse, mais également s'il a quitté un État étranger en cours de procédure, pourvu qu'il ait fondé une nouvelle résidence habituelle en Suisse ou dans un autre État contractant de la CLaH 96. La solution est quelque peu rigide, car elle élimine toute chance de faire reconnaître la décision en Suisse alors même que l'instance est arrivée au stade de l'appel, pourvu que la cognition des juges d'appel s'étende aux faits et au droit.<sup>142</sup> Parfois, cela peut inciter une partie faisant face à une décision défavorable rendue en première instance à se pourvoir en appel simplement pour ensuite déménager en Suisse, mettant ainsi fin prématurément à la procédure initiale.

## **B. L'adoption prononcée dans l'État de la résidence habituelle de l'enfant**

- 108 Il y a 50 ans, c'était une position ferme de la Suisse de ne pas reconnaître des adoptions intervenues dans le pays de l'enfant. On ne saurait croire que les autorités d'un tel pays puissent procéder avec autant de sérieux que les autorités suisses. En conséquence, les adoptions devaient être traitées en Suisse si les adoptants étaient domiciliés en Suisse (art. 75 al. 1 LDIP), ce qui entraînait l'acceptation de la même compétence exercée dans un pays étranger du domicile des parents adoptifs (art. 78 al. 1 LDIP). On y a ajouté la compétence du pays national des adoptants, sans bien se rendre compte qu'alors, on devait reconnaître également les adoptions faites dans les pays de l'enfant si, par chance, l'un des parents au moins en avait le passeport.<sup>143</sup>
- 109 La situation a considérablement changé lorsque la Suisse a dû se rendre compte que la majorité des pays participant à l'élaboration de la CLaH 93 sur l'adoption internationale n'acceptait pas sa position, insistant, au contraire, sur la priorité des États de provenance des enfants à juger de leur intérêt et à gérer le processus

---

<sup>142</sup> Cf. ATF 132 III 586, 591 s.

<sup>143</sup> ATF 120 II 87, 90-92.

d'adoption. Si elle voulait préserver les chances de nos habitants de trouver des enfants à adopter, elle devait se rallier au système de la Convention. Ce faisant, cependant, on a conservé l'exclusivité de la compétence au domicile des adoptants pour les cas non régis par la Convention.

Dans ces cas, le refus de reconnaître l'adoption faite sérieusement et de bonne foi, en suivant une démarche largement soutenue par la majeure partie des pays, peut produire des résultats choquants. Plus grave, un tel refus peut frapper des familles dont les parents ont reçu un enfant dans ces mêmes conditions alors qu'ils vivaient à l'étranger, dans un pays où l'adoption était pleinement reconnue. Arrivant en Suisse, même des années plus tard, la foudre de la LDIP les frappe, rendant l'adoption inexistante sur notre territoire. Une telle situation est particulièrement choquante s'il est impossible de procéder à une nouvelle adoption en Suisse. C'est ce qui est arrivé à une personne adoptée au Brésil et qui a vécu avec ses parents suisses en Espagne avant de venir comme adolescente en Suisse.<sup>144</sup> Pareil refus heurte l'art. 8 CEDH, qui oblige la Suisse à garantir la protection d'une vie familiale valablement et effectivement constituée à l'étranger. L'art. 78 al. 1 LDIP ne doit pas constituer un obstacle à la reconnaissance d'une adoption étrangère dans de telles circonstances. Dans un cas similaire, le Luxembourg a été condamné par la Cour européenne des droits de l'homme pour avoir refusé de reconnaître l'adoption faite au Pérou par une mère seule et non mariée, ce que ne permettait pas le droit luxembourgeois. En effet, le respect de la réalité sociale l'emporte, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, et il requiert de l'État de respecter le statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH.<sup>145</sup>

Ce que l'on peut retenir de ces considérations, en liaison avec le rôle de la résidence habituelle, est que celle-ci, si elle n'est pas retenue comme un critère de compétence indirecte, empêchant ainsi la reconnaissance d'une décision prise dans le pays de cette résidence, l'obstacle ainsi posé peut être surmonté. En effet, c'est ce qu'exige le droit fondamental du respect de l'intérêt de l'enfant ou de la protection de la famille, tel que reconnu comme droit de l'homme. Les enfants adoptés à l'étranger et immigrés en Suisse ne sont pas les seuls concernés par cette faille dans notre système de droit international privé.

### **C. L'enfant né d'une mère porteuse**

Un autre enfant dont le cursus de sa filiation paraît suspect est l'enfant né d'une femme qui n'a pas de lien autre avec lui que de l'avoir porté dans son ventre. Alors

---

<sup>144</sup> ATF 134 III 467, 470-475.

<sup>145</sup> CEDH, 28.6.2007, n° 76240/01, WAGNER, § 131-136.

que l'on ne peut pas, dans un tel cas, reconnaître à l'enfant une résidence habituelle au jour de sa naissance, en Californie, par exemple, étant donné qu'il est censé partir aussitôt avec ses parents d'intention dans le pays de leur lieu de vie, l'on ne peut reconnaître non plus, sur cette base, le jugement confirmant la filiation par rapport aux parents d'intention et révoquant le lien avec la mère d'emprunt.

- 113 Pour les enfants de la Californie, le Tribunal fédéral accepte en revanche le lien créé par la nationalité acquise par l'enfant sur le sol du pays de sa naissance<sup>146</sup>; cela semble artificiel et par ailleurs discriminatoire par rapport aux enfants n'ayant pas disposé de ce *ius soli*. On ne saurait refuser la reconnaissance d'un tel enfant au seul motif qu'il ne répond à aucun chef de compétence indirect de l'art. 70 LDIP. Car, comme dans le cas des adoptions que l'on vient d'évoquer, le droit fondamental au respect de sa vie familiale se place au-delà de telles exigences de for compétent. La question doit être abordée et tranchée à ce niveau-là.
- 114 Le Tribunal l'a fait et a conclu au refus de reconnaître de telles filiations, en retournant vers l'étranger la prohibition de la maternité de substitution en droit suisse.<sup>147</sup> Cette interdiction ne doit pas être contournée par des couples sachant que l'enfant en résultant sera ultérieurement reconnu en Suisse. On ne reprendra pas ce débat ici, constatant simplement qu'aucune place n'est laissée pour un assouplissement quelconque de cette position, tenant aux circonstances ou à l'intérêt de l'enfant dans le cas particulier.<sup>148</sup> C'est le point d'ancrage d'une révision de cette jurisprudence qui aura sans doute lieu un jour.
- 115 L'avis consultatif fourni par la Cour à la Cour de cassation française le 10 avril 2019<sup>149</sup> constituera à cet égard un poids lourd qui fera pencher la balance en faveur des enfants. Constatant que l'absence de reconnaissance d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention (la mère « légale ») entraînait des conséquences négatives sur plusieurs aspects du droit de l'enfant au respect de la vie privée (§ 40), la Cour considère que l'impossibilité générale et absolue d'obtenir une telle reconnaissance n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant (§ 46). Le droit national doit offrir une telle possibilité de reconnaissance, comme il doit d'ailleurs le faire, *a fortiori*, lorsque l'enfant a été conçu avec les gamètes de la mère d'intention (§ 47). Toutefois, ce droit de l'enfant ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription à l'état civil de l'acte légalement établi à l'étranger; elle peut se faire par une autre voie, telle que

---

<sup>146</sup> ATF 141 III 312, 316; ATF 141 III 328, 336.

<sup>147</sup> Cf. ATF 141 III 312, 316-323; ATF 141 III 328, 338-347.

<sup>148</sup> ATF 141 III 312, 323.

<sup>149</sup> Demande n° P16-2018-001, faite en vertu du Protocole n° 16, non ratifié par la Suisse.



l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que celle-ci ait lieu dans des conditions garantissant l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre (§ 48-58).

Certes, le législateur suisse pourrait vouloir privilégier la seconde solution acceptée par la Cour (§ 48-58), à savoir adapter le droit de l'adoption pour une telle hypothèse, à condition que cela soit fait en répondant aux exigences d'efficacité et de célérité (non réalisées en l'état actuel du droit suisse, du fait du lien nourricier et de la durée de la procédure). Cependant, même dans un tel cas, il faudrait alors rendre une telle adoption accessible aux couples non mariés si l'on veut éviter une discrimination entre les parents mariés (devant engager une adoption) et ceux non mariés qui auraient un accès direct à la transcription à l'état civil. Enfin, le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'affirmé par la Cour comprend nécessairement l'abandon du contrôle de la compétence « indirecte » selon l'art. 70 LDIP. 116

Face à cette ouverture, on n'est pas étonné que la résistance s'est manifestée aussitôt. Une greffière du Tribunal fédéral croit pouvoir affirmer que celui-ci ne changera pas de position.<sup>150</sup> C'est l'impression que l'on recueille en lisant quelques arrêts récents, employant un style d'une rigidité qui repousse toute sensibilité pour l'intérêt des enfants concernés.<sup>151</sup> C'est ignorer cependant que les arrêts qui ont refusé la reconnaissance des enfants dans leur lien avec les parents d'intention ont été adoptés avec une majorité de 3:2 Juges, ce qui laisse augurer un changement de jurisprudence, ce d'autant que l'avis fourni par la Cour a clarifié la situation. Ce qui montre le bon chemin, c'est la faiblesse des arguments qui sont invoqués pour se placer en travers.<sup>152</sup> 117

L'auteure citée croit savoir que la gestation pour autrui qu'elle qualifie de commerciale est une « création du droit des affaires » (p. 96 s.), comme si le désir d'enfants des parents d'intention ne compte pas. Cela a dû défigurer d'emblée sa lecture de l'avis de la CEDH, dont elle croit pouvoir déduire qu'il aurait implicitement confirmé le droit et la jurisprudence suisse (p. 89). Elle accepte que la Cour ait estimé l'intérêt supérieur de l'enfant primordial mais qu'il faille y inclure la protection contre les risques d'abus que comportent la gestation pour autrui et la possibilité de 118

---

<sup>150</sup> Cf. GAURON-CARLIN, SJ 2019 II p. 89. L'auteure ne précise pas si elle a recueilli l'avis des Juges.

<sup>151</sup> Cf. TF, 1.12.2016, 5A\_317/2016, cons. 2; TF, 21.12.2017, 5A\_912/2017, cons. 2.

<sup>152</sup> Depuis le Symposium, la Cour de cassation, statuant en Assemblée plénière, a montré la voie à suivre dans l'affaire *Menesson*. S'inspirant de l'avis fourni par la CEDH, elle a décidé de confirmer la transcription des actes de naissance désignant la mère d'intention sur le registre de l'état civil, mettant ainsi fin aux atteintes portées à l'art. 8 CEDH, et ce en l'absence d'une autre voie permettant de reconnaître la filiation dans des conditions compatibles avec le respect de la vie privée des enfants, telles l'adoption ou la possession d'état (arrêt n° 648 du 4 octobre 2019).

connaître ses origines (p. 90).<sup>153</sup> Or, l'avis de la Cour ne tire aucune conclusion de cette dernière observation, s'agissant d'évaluer la situation d'un enfant déjà né. L'auteure poursuit en affirmant qu'au vu de ces enjeux, la Cour aurait souligné l'importance d'un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières (p. 90). Certes, l'avis comprend ce point, mais il le dit après avoir relevé que « l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant » (§ 42), conclusion manifestement incompatible avec la jurisprudence fédérale.

- 119 Notant que la Cour a laissé aux États le choix des moyens mis à disposition des familles pour permettre la reconnaissance du lien enfant-parents d'intention relève de la compétence de chaque État, l'auteure constate que la possibilité d'une reconnaissance ultérieure d'un lien de filiation doit être prévue, « lorsque, grâce à l'écoulement du temps, un lien socio-affectif avec la mère d'intention a pu se concrétiser » et qu'à cet égard, « la voie de l'adoption de l'enfant notamment peut servir à l'établissement de ce lien de filiation » (p. 90). Or, l'auteure ne mentionne pas que pour la Cour, l'adoption n'est qu'une issue parmi d'autres, dont notamment une reconnaissance « directe » du lien de filiation avec la mère d'intention. De surcroît, l'auteure passe sous silence qu'une telle adoption doit garantir l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre (§ 55), alors qu'elle explique par ailleurs qu'il serait impossible en droit positif suisse que la mère d'intention soit, dès la naissance de l'enfant, reconnue comme sa mère juridique exclusive (ignorant l'art. 267 CC) et que de surcroît, les obstacles liés à l'adoption comportent « plusieurs risques pour les familles d'intention de ne jamais devenir les parents juridiques de l'enfant » (p. 94), en sorte que « cette solution ne devrait pas être réellement envisagée par les parents d'intention » (p. 95). Or, par ces affirmations, l'auteure soutient en définitive que l'adoption n'est pas une issue. Cela signifie, au regard de l'avis de la Cour, qu'à défaut d'autres voies en droit suisse, le droit au respect de la vie privée de l'enfant (principe prioritaire pour la Cour, mais méconnu par l'auteure) requiert que la reconnaissance

---

<sup>153</sup> L'argument a déjà impressionné le Tribunal fédéral, craignant que l'enfant soit traité comme une marchandise que l'on pourrait commander (ATF 141 III 328, 339), sans vérifier si un paiement a été fait dans le cas particulier. La même crainte n'est pas articulée avec autant de rigueur lorsque l'on observe certaines pratiques d'insémination artificielle ou de recherches d'enfants à adopter, où le facteur financier est souvent bien présent, sans que la Suisse réagisse par un refus de reconnaissance ou d'autres sanctions. Mais surtout, cet enfant est une personne pour elle-même, avec ses propres intérêts, qui n'ont aucun rapport quelconque avec ce que l'on croit pouvoir reprocher aux parents.

du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention se fasse par la transcription sur le registre de l'état civil.

Un point commun lie ce développement aux observations sur les adoptions étrangères faites dans le pays de la résidence habituelle de l'enfant. Cette notion est sans pertinence du moment que le rapport de famille créé à l'étranger accède au rang de la protection à travers les droits de l'homme (art. 8 CEDH) que l'on ne saurait subordonnée à une exigence de compétence, surtout si elle devait exclure le for de la résidence habituelle de l'enfant. 120

## Bibliographie

ALFIERI A.C., Enlèvement international d'enfants, Berne 2016.

BAETGE D., Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht, Tübingen 1994.

BAETGE D., Zum gewöhnlichen Aufenthalt bei Kindesentführungen, IPRax 2001 p. 573-577.

BAETGE D., Auf dem Weg zu einem gemeinsamen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts, *in* Die richtige Ordnung, Festschrift für Jan Kropholler, Tübingen 2008, p. 77-88.

BEAUMONT, P.R./MCELEAVY P.E., The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford 1999.

BOHNET F./OTHENIN-GIRARD S., Le for du domicile et de la résidence habituelle: comparaison des régimes de la LDIP et de la LFors, SJ 2001 II p. 139-167.

BUCHER A. (édit.), Loi sur le droit international privé suisse, Convention de Lugano, Commentaire romand, Bâle 2011, Mise à jour: [www.andreasbucher-law.ch](http://www.andreasbucher-law.ch)

BUCHER A., La jurisprudence suisse en matière de droit international privé de la famille, SRIEL 2019 p. 303-327 (chronique régulière).

BUCHER A., Kindesentführungen gemäss ZPO ?, *in* Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Berne 2018, p. 423-437.

BUCHER A., Autorité parentale conjointe dans le contexte suisse et international, *in* La famille dans les relations transfrontalières, Symposium en droit de la famille Fribourg, Genève 2013, p. 1-68.

BUCHER A., Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext, *in* Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Symposium zum Familienrecht Freiburg, Zurich 2013, p. 1-84.

CHAUDET F., La constitution d'un domicile en droit international privé, *Bulletin de l'avocat* 2018 p. 377-382.

CHRISTENER-TRECHSEL CH./HERZIG CH., Herausforderung Mobilität bei gemeinsamer elterlicher Sorge: Der sogenannte Zügelartikel – Versuch einer Auslegeordnung, *in* Neunte Schweizer Familienrechts Tage, Berne 2018, p. 229-266.

COESTER-WALTJEN D., Die Bedeutung des «gewöhnlichen Aufenthalts» im Haager Entführungsabkommen, *in* Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht, Tübingen 2001, p. 543-556.

GALLANT E., Réflexions sur la résidence habituelle des enfants de couples désunis, *in* Mélanges Pierre Mayer, Paris 2015, p. 241-253.

GAURON-CARLIN S., La gestation pour autrui: état des lieux en Suisse et réflexions prospectives, *SJ* 141 (2019) II p. 75-105.

GEISER TH., Umsetzung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch die Gerichte, *PJA* 2015 p. 1099-1108.

GRUBER U.P., Der gewöhnliche Aufenthalt von Säuglingen und Kleinkindern, *IPRax* 2019 p. 217-221.

HOLL V.H., Funktion und Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts bei internationalen Kindesentführungen, Frankfurt a.M. 2001.

JOHN, G., Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts und seine Bedeutung im europäischen Privat- und Zivilverfahrensrecht, *GPR* 2018 p. 70-79, 136-142.

KEGEL G., Was ist gewöhnlicher Aufenthalt?, *in* Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfeldes, Festschrift für Manfred Rehbinder, Munich 2002, p. 699-706.

LAMONT R., Habitual Residence and Brussels II<sup>bis</sup>: Developing Concepts for European Private International Family Law, *Journal of Private International Law* 2007 p. 261-281.

LEVANTE M., Wohnsitz und gewöhnlicher Aufenthalt im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht der Schweiz, St-Gall 1998.

MASMEJAN D., La localisation des personnes physiques en droit international privé, Etude comparée des notions de domicile, de résidence habituelle et d'établissement, en droit suisse, français, allemand, anglais, américain et dans les Conventions de La Haye, Genève 1994.

MAZENAUER L., Internationale Kindesentführungen und Rückführungen – Eine Analyse im Lichte des Kindeswohls, Zurich 2012.

MCELEAVY P., La résidence habituelle, un critère de rattachement en quête de son identité: perspectives de common law, Travaux du Comité français de droit international privé 2008-2010 p. 127-155.

MELLONE M., La nozione di residenza abituale e la sua interpretazione nelle norme di conflitto comunitarie, Rivista di diritto internazionale privato et processuale 2010 p. 685-716.

MÖCKLI U.P., Die Relocation von Kindern, Revue de droit suisse (RDS) 2017 II p. 229-311.

MÖCKLI U.P., Wegzug des Kindes ins Ausland. Materielle Beurteilung der Auswanderung, internationale Zuständigkeit und richterliche Kommunikation, *in* Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser, Zurich 2017, p. 385-401.

RENTSCH B., Der gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrechts, Tübingen 2017.

ROGERSON D., Habitual Residence: The New Domicile?, International and Comparative Law Quarterly 49 (2000) p. 86-107.

STEINAUER P.-H., Le domicile de l'enfant dont les parents n'ont pas un domicile commun, *in* Le droit en question, Mélanges Margareta Baddeley, Genève 2017, p. 15-24.

VAERINI JENSEN M., Autorité parentale, prise en charge et déménagement à l'étranger de l'enfant, *in* Entretien de l'enfant et prévoyance professionnelle, Genève 2018, p. 125-158.

VOGEL U., Der Wohnsitz des minderjährigen Kindes im Zivil- und Sozialhilferecht, *in* Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser, Zurich 2017, p. 577-591.