

Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 1 ^{re} éd. 2011	Mise à jour Andreas Bucher 17.9.2020
--	---

Chapitre 4 Filiation

Art. 66-84

5

10^e ligne, ajouter aux arrêts cités : Paradiso, 27.1.2015, § 67, 69.

19^e ligne : confirme l'arrêt Pini : CEDH, Negrepointis, 3.5.2011, § 54-60, 103, Clunet 2012 p. 213.

29^e ligne, à la suite de l'arrêt Frette : Harroudj, 4.10.2012, § 47-52, Rev.crit. 2013 p. 146. La Cour a également nié l'existence d'une vie familiale de facto dans le cas d'un enfant né d'une gestation pour autrui, menant à une relation de courte durée entre l'enfant et ses parents d'intention, marquée par la précarité des liens du point de vue juridique (CEDH, Paradiso, 24.1.2017, § 142-158) ; dans cette affaire, le raisonnement apparaît circulaire, étant donné que la famille de fait doit être appréciée préalablement, en tant que notion autonome, avant qu'intervienne l'analyse de l'impact de la qualité juridique du lien.

33^e ligne, à la suite de l'arrêt Mikulic : Il comprend également le respect du père biologique d'entrer en contact avec l'enfant vivant auprès de sa mère et de son mari, si la naissance résultait d'un projet de famille (qui ne s'est pas concrétisé), l'enfant étant devenu partie de l'identité du père réel (CEDH, Schneider, 15.9.2011, § 79-90, FamPra.ch 2011 n° 70 p. 1010), et d'établir sa paternité (CEDH, Ahrens, 22.3.2012, § 60).

6

13^e ligne, ajouter aux arrêts cités : Vallianatos, 7.11.2013, § 84.

7

8^e ligne, insérer : Le père doit avoir accès à un moyen lui permettant d'établir légalement sa paternité (CEDH, Kruskovic, 21.6.2011, § 33-44). Il doit pouvoir établir sa paternité à l'égard d'un enfant déjà reconnu par un autre homme, non marié à la mère (CEDH, L.D. et P.K. c. Bulgarie, 8.12.2016, § 62-76).

22^e ligne : L'ATF 14.4.2011, 5A_640/2010, c. 3.4.2, est publié in ATF 137 I 154 ss, 159. Puis insérer : Il n'y a pas un consensus législatif suffisant pour permettre au père biologique de contester la paternité légale du mari de la mère eu égard à l'art. 8 CEDH, qui pourrait tout au plus fonder un droit de visite et de contact (cf. CEDH, Ahrens, 22.3.2012, § 63-75 ; ATF 144 III 1 ss, 6-9).

24^e ligne, ajouter aux arrêts cités : ATF 9.6.2017, 5A_780/2016, c. 6.3.

In fine : En revanche, même si le père biologique n'a pas pu établir un lien avec l'enfant, vivant dans la famille du mari de la mère, la demande d'entrer en contact avec l'enfant ne peut être refusée d'emblée, sans qu'elle soit examinée sous l'angle de l'intérêt supérieur de l'enfant (CEDH, Schneider, 15.9.2011, § 91-102).

7a n

Un nouveau domaine d'intérêt pour l'art. 8 est apparu au sujet de la protection des enfants nés à l'étranger d'une *gestation pour autrui*. Au regard d'une prohibition de contrats de mère porteuse, érigée au rang de principe d'ordre public, comme en France et en Italie, la Cour a relevé qu'il s'impose néanmoins de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité au respect d'un tel choix du législateur et l'intérêt des parties, dont notamment l'intérêt supérieur des enfants au respect de leur vie privée et familiale (CEDH, *Menesson*, 26.6.2014, § 84, et *Labassée*, 26.6.2014, § 63). Cet examen porte sur les obstacles concrets rencontrés par les intéressés du fait de la non reconnaissance de la filiation créée du fait d'être né d'une mère porteuse aux Etats-Unis. Lorsque les parents ont pu s'établir et vivre ensemble avec les enfants en France, dans leur pays de domicile, sans courir le risque que les autorités en viennent à vouloir les séparer en raison de leur situation juridique, les difficultés pratiques auxquelles il y a lieu de faire face ne dépassent pas les limites qu'impose le respect de l'art. 8 (*Menesson*, § 87-94). La situation de l'enfant, en revanche, se présente différemment, dès lors qu'elle doit être examinée au regard du droit de l'enfant à établir les détails de son identité d'être humain, ce qui inclut sa filiation ; en l'espèce, le fait que la France refuse de reconnaître une filiation valablement établie en droit californien place l'enfant devant une contradiction juridique portant atteinte à son identité au sein de la société française (§ 96). Le choix par les parents de procéder à une gestation pour autrui, prohibé en droit français, ne peut être opposé à l'enfant. La Cour adopte cependant une position modérée, étant donné que la méconnaissance de la vie privée de l'enfant n'est constatée qu'au sujet du refus de reconnaître en droit français

le lien de filiation à l'égard du père, soit l'un des parents d'intention qui est également le géniteur de l'enfant, en rappelant par ailleurs que le droit français refusait toute solution de substitution, par le biais d'une reconnaissance de paternité, d'une adoption ou par l'effet de la possession d'état (§ 98-101 ; jurisprudence confirmée dans l'arrêt Foulon et Bouvet, 21.7.2016, § 55-58). Sans nier que la relation de l'enfant avec la mère d'intention était également affectée, la Cour ne conclut pas, sur ce point, à une violation de l'art. 8 ; de ce fait, la portée de l'arrêt apparaît relativement limitée. Il aurait paru préférable de faire un pas de plus et de reconnaître que l'art. 8 impose la reconnaissance du statut de l'enfant dans sa cellule familiale complète, comprenant le lien avec celle qui est, selon l'acte d'état civil californien, sa mère. Le Tribunal fédéral s'est aligné sur cette jurisprudence en acceptant la paternité du père génétique d'un enfant né en Californie d'une mère porteuse, mais en refusant le lien de filiation créé en Californie et constaté par un jugement par rapport à son partenaire n'ayant aucun lien génétique avec l'enfant (cf. ATF 141 III 312 ss, 323-327).

7b n

Dans l'affaire *Paradiso*, la Cour, constituée en Grande Chambre, a renversé un arrêt de chambre et refusé de protéger un rapport de parenté de pur fait, l'enfant étant né d'une gestation pour autrui et sa filiation constatée faussement, tant pour la mère que pour le père (à la suite d'une confusion des spermés), dans un certificat de naissance délivré par les autorités russes, certificat non reconnu par les autorités italiennes qui ont décidé d'éloigner l'enfant de ses prétendus père et mère et de le remettre à la charge des services sociaux (arrêt du 24.1.2017). En l'espèce, les autorités italiennes avaient conclu à l'incapacité des requérants d'éduquer l'enfant au motif qu'ils avaient contourné la loi sur l'adoption ; elles ont laissé l'enfant sans citoyenneté et sans nouvelle identité pendant plus de deux ans. L'arrêt de chambre, du 27.1.2015, avait estimé que l'ordre public ne doit pas passer pour une carte blanche justifiant toute mesure, « car l'obligation de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant incombe à l'Etat indépendamment de la nature du lien parental, génétique ou autre » (§ 80). La Grande Chambre a jugé, par contre, que l'intérêt général en jeu devait peser lourdement, car laisser les requérants prendre soin de l'enfant durablement reviendrait à légaliser une situation créée par eux en violation de règles importantes du droit italien (§ 185-215). Il n'empêche qu'en définitive, l'enfant, dont la qualité des relations avec ses parents de fait n'était pas mise en doute, devait subir la sanction du comportement de ceux-ci et la mise en œuvre d'un intérêt général qui ne l'affecte aucunement, ni à présent ni dans le futur.

7c n

L'affaire *Mennesson* a donné à la Cour l'occasion de développer sa position, à travers le nouvel instrument (fondé sur le Protocole n° 16, non ratifié par la Suisse) d'une demande d'avis consultatif formulée par la Cour de cassation française (Clunet 2019 p. 99). Dans son avis du 10.4.2019 (ILM 2019 p. 1234), la CEDH a rappelé qu'en l'espèce, le père d'intention était reconnu comme le père de l'enfant du fait de son lien biologique, la question portait cette fois sur la possibilité pour la mère d'intention de faire reconnaître en France le lien de filiation constaté dans l'acte étranger (californien) alors que l'enfant n'était pas issu de ses gamètes, mais d'une tiers donneuse. 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 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 ; cf. art. 70 n° 7). S'inspirant de l'avis qu'elle avait sollicité, la Cour de cassation française, statuant en Assemblée plénière, 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 privés des enfants (arrêt n° 648 du 4.10.2019). Etant donné que cette solution coexiste avec l'adoption, il se pose une question de proportionnalité. Il a ainsi été jugé que d'attendre entre 4 ou 5 mois afin d'obtenir une décision d'adoption confirmant la reconnaissance du lien de filiation avec les parents d'intention n'impose pas aux enfants concernés un fardeau excessif (CEDH, C. et E. c. France, 12.12.2019, § 41-45).

9

15^e ligne, insérer : Avant d'ouvrir une procédure d'adoptabilité, les autorités doivent prendre des mesures concrètes pour permettre à l'enfant de renouer des liens avec son père, incarcéré à tort, puis acquitté, qui ne s'en est jamais désintéressé (CEDH, Akinnibosun, 16.7.2015, § 74-85).

10

14^e ligne, ajouter à la phrase relative à l'arrêt Zaunegger : cette situation étant différente de celle d'un père divorcé qui prétend que l'autorité parentale lui soit attribuée, en étant placé, en vertu de l'art. 138 CCS, sur pied d'égalité avec la mère (ATF 30.3.2012, 5A_540/2011, c. 3, non publié in ATF 138 III 348 ss ; CEDH, Buchs, 27.5.2014, § 52-56 ; ATF 23.7.2014, 5A_92/2014, c. 2.4).

27^e ligne, ajouter aux arrêts cités : Nowakowski, 10.1.2017, § 80-97.

29^e ligne, insérer ; Le risque que le père voudra transmettre ses convictions religieuses n'est pas suffisant (CEDH, Vojnity, 12.2.2013, § 31-41).

In fine, ajouter : L'autorité viole l'art. 8 CEDH si, suite à l'expulsion de la mère, elle procède à une adoption sans déployer des efforts adéquats et suffisants pour faire respecter le droit du père au regroupement avec son enfant (CEDH, K.A.B., 10.4.2012, § 103-117). Le droit de vivre ensemble peut empêcher l'expulsion du père dans son pays d'origine, le Nigéria, s'il n'existe pas d'autre solution pour conserver le contact avec ses enfants en Suisse (CEDH, Udeh, 16.4.2013, § 46-55, critiqué bien maladroitement dans l'ATF 139 I 325 ss, 328 ; sur les conditions de l'octroi de l'autorisation de séjour au regard de l'art. 8 CEDH : ATF 144 I 91 ss, 96-99).

11

4^e ligne, insérer : Laisser la mère étrangère, disposant de l'autorité parentale, batailler pendant six ans devant les tribunaux suisses pour obtenir un droit de contact autre que téléphonique avec son enfant enlevé par son père en Suisse, suivi de l'octroi d'un droit de visite alors qu'on lui refuse une autorisation de séjour pendant encore deux ans, viole l'art. 8 CEDH (CEDH, Polidario, 30.7.2013, § 68-78).

7^e ligne, ajouter aux arrêts cités : N.TS. c. Georgia, 2.2.2016, § 72.

18^e ligne, insérer : L'Etat a l'obligation de prendre toutes les mesures pratiques que l'on peut raisonnablement exiger de lui compte tenu des circonstances ; dans ce contexte, la médiation civile constitue une aide utile à une coopération de l'ensemble des personnes concernées (CEDH, Cengiz Kilic, 6.12.2011, § 126-135).

In fine, ajouter : Raw, 7.3.2013, § 51 s.

12

4^e ligne, ajouter aux arrêts cités : Mitzinger, 9.2.2017, § 32.

6^e ligne : L'art. 1 du Protocole n° 1 (non ratifié par la Suisse) relatif au respect des biens peut également jouer un rôle (cf. CEDH, Östürk, 13.10.2009, § 45-56 ; Négrépontis, 3.5.2011, § 96, 101-105 ; Fabris, 7.2.2013, § 48-55 ; Wolter et Sarfert, 23.3.2017, § 57-65).

13^e ligne, ajouter à l'arrêt Camp et Burini : Mannesson, 26.6.2014, § 98.

15^e ligne, ajouter : Fabris, § 56-75, sous l'angle du Protocole n° 1.

In fine, ajouter : Cela ne s'applique pas, cependant, à l'hypothèse d'un couple homosexuel lié par un pacs dont l'un des partenaires souhaite adopter l'enfant biologique de l'autre sans que celui-ci ne perde l'autorité parentale, étant donné que cette situation n'est pas, pour la Cour, comparable à celle des couples mariés auxquels le mariage confère un statut particulier (CEDH, Gas et Dubois, 15.3.2012, § 64-73). En revanche, l'art. 14, combiné avec l'art. 8, est violé si une adoption coparentale est frappée d'une interdiction absolue pour un couple homosexuel (sans que l'intérêt de l'enfant et le bien-fondé de la demande d'adoption soient vérifiés), tandis qu'elle est accessible à un couple hétérosexuel non marié, la différence de traitement étant fondée uniquement sur l'orientation sexuelle des partenaires (CEDH, X. c. Autriche, 19.2.2013, n° 111-153).

Bibliographie

LDIP :

EVA MARIA BELSER/ALEXANDRA JUNGO, Elternschaft im Zeitalter medizinischer Machbarkeit, Das Recht auf Achtung des Kinderwunsches und seine Schranken, RDS 135 (2016) I p. 175-224 ; NORA BERTSCHI, Leihmutterchaft, Berne 2014 ; VÉRONIQUE BOILLET/ESTELLE DE LUZE, Mère porteuse, parents d'intention, homoparentalité ... Et l'enfant?, Jusletter 5.10.2015 ; IDEM, Les effets de la gestation pour autrui à caractère international en Suisse, in La gestation pour autrui, approches juridiques internationales, Bâle 2018, p. 143-181 ; ANDREAS BUCHER, La résidence habituelle – pivot de la procédure internationale relative aux droits de l'enfant, in La procédure en droit de la famille, Fribourg 2019, Genève 2020, p. 45-93 ; ANDREA BÜCHLER/NORA BERTSCHI, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern?, FamPra.ch 14 (2013) p. 33-56 ; ANDREA BÜCHLER/LUCA MARANTA, Leihmutterchaft im internationalen Verhältnis : Der aktuelle Stand in der Schweiz, FamPra.ch 16 (2015) p. 354-369 ; SABRINA GAURON-CARLIN, La gestation pour autrui : état des lieux en Suisse et réflexions prospectives, Sem.jud. 141 (2019) II p. 75-105 ; SELMA DUC, (K)ein-Eltern-Kind, Zur Anerkennung eines in Kalifornien mittels Leihmutterchaft begründeten Kindesverhältnisses durch ein gleichgeschlechtliches männliches Paar in der Schweiz, Jusletter 11.7.2016 ; BIRGIT FRIE, Konkordante Zustimmung zur Vaterschaftsanerkennung durch Abgabe einer Sorgeerklärung nach schweizerischem Recht?, StAZ 71 (2018) p. 233-235 ; THOMAS GEISER, Leihmutterchaft und Ordre public, in Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Zurich 2016, p. 807-815 ; SUSANNE LILIAN GÖSSL, Materialprivatrechtliche Angleichung der personalrechtlichen Eintragung bei hinkenden Statusverhältnissen, IPRax 35 (2015) p. 273-277 ; MARYSE JAVAUX VENA/JOËLLE SCHICKEL-KÜNG, Liens de filiation étrangers et leur réception en droit suisse, in La famille dans les relations transfrontalières, Symposium Fribourg 2013, Genève 2013, p. 131-152 ; PHILIPPE MEIER, L'enfant en droit suisse: quelques

aspects de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, FamPra.ch 14 (2013) p. 255-310 ; LUCA MONTISANO/PETER UEBERSAX, Die Leihmutterschaft im Migrationsrecht, SJZ 116 (2020) p. 595-604 ; KURT SIEHR, Anerkennung ausländischer Entscheidungen bei Leihmutterschaften auf Wunsch von Inländern, in Festschrift für Annton K. Schnyder, Zurich 2018, p. 327-339 ; ELODIE SPAHNI, Surrogacy Abroad, Recognition (or Non-Recognition?) in Switzerland, A Painful Dilemma, YPIL 18 (2016/17) p. 441-466 ; TIFFAINE STEGMÜLLER, Tourisme procréatif et reconnaissance des liens de filiation : la jurisprudence embryonnaire de la Cour EDH et du TF, in L'influence du droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit suisse, Genève 2016, p. 133-156 ; CHRIS THOMALE, Anerkennung kalifornischer Leihmutterschaftsdekrete in der Schweiz, IPRax 36 (2016) p. 177-181 ; LISA TUROLLA, Die Anerkennung ausländischer Kindesverhältnisse in Leihmutterschaftsfällen, SJZ 112 (2016) p. 393-399.

Droit international privé étranger et comparé :

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución, in Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid 2013, p. 77-90 ; BERTRAND ANCEL, L'épreuve de vérité, Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestion pour autrui délocalisée, Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe, Paris 2012, p. 1-9 ; MATHIAS AUDIT, Bioéthique et droit international privé, RCADI 373 (2014) p. 217-447 ; CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS, La gestación por sustitución en el derecho internacional privado español, AEDIPr 17 (2017) p. 673-710 ; CHRISTOPH BENICKE, Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmutterschaft, StAZ 66 (2013) p. 101-114 ; KATHARINA BOELE-WOELKI, (Cross Border) Surrogate Motherhood : We Need to Take Action Now !, in Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 47-58 ; SYLVAIN BOLLÉE, La gestation pour autrui en droit international privé, Travaux 2012-2014 p. 215-248 ; CRISTINA CAMPIGLIO, Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali : il ruolo creativo della giurisprudenza, RDIPP 50 (2014) p. 483-516 ; ANDREA CANNONE, Tendenze legefoteriche nelle recenti modifiche delle norme di diritto internazionale privato italiano in materia di filiazione e di rapporti tra genitori e figli, RDIPP 55 (2019) p. 5-24 ; DAGMAR COESTER-WALTJEN, Justizielle Zusammenarbeit, ein Allheilmittel gegen « Justizkonflikte » - auch bei der Abstammung ?, in Festschrift für Rolf Stürmer, t. 2, Tübingen 2013, p. 1197-1207 ; IAN CURRY-SOMMER/MACHTELD VONK, Dutch Co-Motherhood in 2014, in The International Survey of Family Law 2014, p. 361-376 ; ANTONIETTA DI BLASE, Riconoscimento della filiazione da procreazione medicalmente assistita : problemi di diritto internazionale privato, RDIPP 54 (2018) p. 839-869 ; ALEXANDER DIEHL, Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus, Frankfurt a.M. 2014 ; MARCELLA DISTEFANO, Maternità surrogata ed interesse superiore del minore : une lettura internationalprivatistica su un difficile *puzzle* da ricomporre, GenIUS 2 (2015) n° 1 p. 160-173 ; KONRAD DUDEN, Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Tübingen 2015 ; MARTIN ENGEL, Internationale Leihmutterschaft und Kindeswohl, ZEuP 22 (2014) p. 538-561 ; HUGUES FULCHIRON, La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ?, Clunet 141 (2014) p. 563-588 ; HUGUES FULCHIRON/CHRISTINE BIDAUD-GARON, Reconnaissance ou reconstruction ?, A propos de la filiation des enfants nés par GPA, Rev.crit. 104 (2015) p. 1-42 ; DANIEL GRÜNBAUM, Foreign Surrogate Motherhood : mater semper certa erat, AJCL 60 (2012) p. 475-505 ; JAN VON HEIN/DIETER HENRICH, Art. 19-24 EGBGB, ErwSÜ (Internationales Kindschaftsrecht, Erwachsenenschutzübereinkommen), I. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin 2014 ; TOBIAS HELMS, Ausländische Leihmutterschaft und Grenzen der aus Art. 8 EMRK ableitbaren Anerkennungspflicht, IPRax 42 (2020) p. 379 s. ; IRENE VON DER HEYDE, Abstammung nach medizinisch assistierter Reproduktion im italienischen Recht – insbesondere Fälle von Leihmutterschaft, StAZ 71 (2018) p. 236-240 ; OLIVIA LOPES PEGNA, Riforma della filiazione e diritto internazionale privato, RDI 47 (2014) p. 394-418 ; LUCIE LORENZINI, Gestation pour autrui : entre ordre public et intérêt supérieur de l'enfant, Clunet 144 (2017) p. 831-853 ; BRIGITTA LURGER, Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterschaftsverbot, IPRax 33 (2013) p. 282-289 ; ANIL/RANJIT MALHOTRA, Surrogacy for Single and Unmarried Foreign Persons : A Challenge under Indian Law, in The International Survey of Family Law 2014, p. 165-179 ; NATHALIE MATHIEU, Séparation des parents et garde d'enfant, Le point sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 24 (2013), n° 93, p. 39-63 ; CLAUDIA MAYER, Ordre public und Anerkennung der rechtlichen Elternschaft in internationalen Leihmutterschaftsfällen, RabelsZ 78 (2014) p. 551-591 ; IDEM, Sachwidrige Differenzierungen in internationalen Leihmutterschaftsfällen, IPRax 34 (2014) p. 57-62 ; PATRICIA OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Recognition in Spain of Parentage Created by Surrogate Motherhood, YPIL 12 (2010) p. 619-637 ; ILARIA PRETELLI, Le nouveau droit international privé italien de la filiation, Rev.crit. 103 (2014) p. 559-572 ; IDEM, Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée, Rev.crit. 104 (2015) p. 559-578 ; ANDREA SCHULZ, Das deutsche internationale Kindschaftsrecht, FamRZ 65 (2018) p. 797-808 ; DAVID SINDRES, Le tourisme procréatif et le droit international privé, Clunet 142 (2015) p. 429-504 ; TEUN STRUYCKEN, Surrogacy, a New Way to Become a Mother ?, in Le 90^e anniversaire de Boutros Boutros-Ghali, La Haye 2012, p. 235-254 ; CHRIS THOMALE, Anerkennung ukrainischer Leihmutterschaftsbasierter Geburtsurkunden in Italien, IPRax 36 (2016) p. 493-498 ; IDEM, Das Kindeswohl ex ante - Strassburger zeitgemässe Betrachtungen zur Leihmutterschaft, IPRax 37 (2017) p. 583-590 ; JOHN TOBIN, To Prohibit or Permit : What is the (Human) Right Response to the Practice of International Commercial Surrogacy ?, ICLQ 63 (2014) p. 317-352 ; SARA TONOLO, La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata : ordine pubblico e interesse del minore, RDIPP 50 (2014) p. 81-104 ; KATARINA TRIMMINGS/PAUL BEAUMONT (éd.), International Surrogacy Arrangements, Oxford 2013 ; IDEM, International Surrogacy Arrangements : An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level, JPIL 7 (2011) p. 627-647 ; SPYRIDON VRELLIS, La légitimation d'un enfant né hors mariage : une institution en déclin, Regards comparatifs sur le droit matériel et les conflits de lois, Revue hellénique de droit international 61 (2008) p. 711-733 ; ROLF WAGNER, Internationales Abstammungsrecht in der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht, StAZ 72 (2019) p. 321-331.

Art. 66

5

9^e ligne, insérer avant les auteurs cités : ATF 14.5.2012, 5A_609/2011, c. 4.2.1.

9

In fine, ajouter : Une hypothèse de « consorité interne » à l'occasion d'une situation internationale peut se produire lorsqu'au moment de l'introduction de l'instance, l'enfant est sans résidence du fait qu'il n'est pas encore

né (cf. ATF 14.5.2012, 5A_609/2011, c. 4.2.2).

Art. 68

18

2^e ligne, remplacer l'art. 254 ch. 2 CCS par l'art. 296 al. 2 CPC.

6^e ligne, ajouter : ATF 21.11.2017, 5A_230/2017, c. 4.2.

In fine, ajouter : Cependant, l'expertise ADN n'est pas l'unique moyen de preuve pour établir la paternité, ni en droit suisse, ni sous l'angle de l'ordre public ; une preuve par indices peut s'avérer concluante (cf. ATF cité, c. 4.3).

19

In fine, ajouter à l'ATF 118 II 475 : ATF cité du 21.11.2017, c. 5.3. Puis continuer : En principe, le père et mari de la mère qui tarde à contester la paternité ne peut effacer celle-ci en invoquant l'ordre public suisse (ATF 9.6.2017, 5A_780/2016, c. 6).

20

5^e ligne, ajouter : Verwaltungsgericht ZH, FamPra.ch 2016 n° 42 p. 750.

22

4^e ligne, remplacer « art. 44 al. 2 » par : art. 44 et 45

11^e ligne, à la suite de l'arrêt du 10.2.1993 : arrêt suivi d'autres, le 26.10.2011 (Clunet 2012 p. 176) et le 27.9.2017 (Clunet 2018 p. 875).

24a n

On observera cependant que l'évolution récente manifeste un certain recul à l'égard d'un droit absolu de l'enfant à connaître et à établir le lien avec son père. Un arrêt a permis à un père non biologique de reconnaître l'enfant (Obergericht AG, FamPra.ch 2013 n° 37 p. 546). De plus, la nouvelle législation sur l'autorité parentale (FF 2013 p. 4229) a supprimé l'art. 309 CCS, qui exigeait de l'autorité depuis 35 ans d'agir d'office en paternité lorsqu'un enfant est sans père ; une telle intervention n'aura lieu plus qu'en vertu de l'art. 308 CCS, « lorsque les circonstances l'exigent ». Certes, lorsqu'en définitive, l'enfant se trouve sans père, cela viole son droit fondamental à connaître son ascendance (malgré les affirmations erronées du Conseil fédéral, FF 2011 p. 8346), mais il semble bien que l'ordre public suisse en sort affaibli. Un arrêt récent tente de redresser la situation, approuvant la nomination d'office d'un curateur afin de constater la filiation paternelle et de protéger les intérêts patrimoniaux lorsque la mère n'entend pas révéler l'identité du père (ATF 142 III 545 ss). Cependant, le Tribunal fédéral n'a pas toujours réagi avec la même rigueur (cf. l'ATF 3.12.2014, 5A_684/2014, acceptant le placement d'enfants auprès de tiers, alors que le père biologique étranger a été empêché de procéder à leur reconnaissance et qu'après le décès de la mère, la tutrice n'a rien fait d'utile pour soutenir le père dans ses démarches ou pour agir en paternité).

24b n

La rigueur du droit suisse dans l'accès à l'action au désaveu se répercute également sur l'appréciation de l'ordre public suisse s'agissant de l'intérêt manifesté par le père biologique à agir en désaveu afin de se substituer au père légal, mari de la mère, sans lien génétique avec l'enfant. Le tiers géniteur n'étant pas légitimé à constater cette paternité (ATF 144 III 1 ss), il ne trouvera aucun appui dans l'ordre public suisse si la loi étrangère ne le soutient non plus.

26

6^e ligne, ajouter comme référence : Büchler/Bertschi, FamPra.ch 2013 p. 47-52. Puis insérer : L'enfant issu d'une telle naissance jouit de la protection de sa vie familiale selon l'art. 8 CEDH (cf. ATF 135 I 143 ss, 148-153).

Corriger in fine : RS 810.11 (et non 814.90), puis ajouter : L'action en paternité ne peut prospérer si l'insémination a eu lieu dans un pays étranger qui protège l'anonymat du donneur ; la désignation d'un curateur chargé de faire constater la paternité n'a alors pas de sens (cf. Tribunal cantonal VD, JdT 2011 III p. 50).

Art. 69

4

In fine, ajouter : La stabilité du lien de filiation et de ses effets militent en faveur de la loi de la résidence au moment de l'action si ce lien correspond au centre de vie actuel de l'enfant. Cependant, comme le Tribunal

fédéral l'observe à cet égard, l'analyse est complexe et elle implique le regard sur les circonstances concrètes du cas particulier et les perspectives de vie de l'enfant selon que l'on choisisse l'une ou l'autre option (cf. ATF 28.11.2019, 5A_222/2018, c. 4).

Art. 70

1

In fine, ajouter : Une reconnaissance de complaisance déclarée dans son pays d'origine par un homme ne pouvant être le père biologique a déjà été refusée (ATF 13.3.2019, 5A_10/2019).

2

In fine, ajouter : Le contenu de la décision peut porter sur un lien de filiation inconnu du droit suisse, telle la filiation résultant d'une possession d'état selon le droit français. On doit cependant se situer dans les limites de l'ordre public, comme c'est le cas de la paternité génétique de l'enfant né d'une mère porteuse (cf. ATF 141 III 312 ss, 316, 328 ss, 336).

2a n

Depuis récemment, l'ordre public s'est affaibli au point de s'effacer devant la double parenté des partenaires d'un couple du même sexe. L'art. 264c al. 1 ch. 2 CCS offre à une personne la possibilité de l'adoption de l'enfant de son partenaire enregistré. Au regard de ce développement, on ne voit plus guère de sensibilité du niveau d'ordre public à l'égard de la filiation qu'un enfant peut avoir créé à l'étranger par adoption ou à travers un autre mode d'établissement d'un lien de parenté avec les deux partenaires d'un couple du même sexe, marié ou non. Ainsi, la Cour de cassation italienne a reconnu la filiation d'un enfant né de deux mères dont l'une a fourni l'ovule implanté dans l'utérus de sa partenaire après insémination par le sperme d'un homme anonyme ; tout en constatant qu'il ne s'agit pas d'un cas de gestation par autrui, l'arrêt du 15.6.2017 prononce que l'intérêt de l'enfant commande le respect de sa double filiation, sans égard à l'union de sexe de ses deux parents (RDIPP 2018 p. 408). La réponse devrait être la même du point de vue suisse, car une telle filiation ne se distingue guère d'une adoption de l'enfant du partenaire enregistré.

3

On rappellera que l'art. 70 porte sur la reconnaissance de décisions et non sur celle d'actes d'état civil (contrairement à l'avis de Büchler/Bertschi, FamPra.ch 2013 p. 44). L'acte étranger de naissance doit être transcrit sans vérification d'une compétence indirecte. Il jouit d'une valeur probante en Suisse, qui ne va pas plus loin que les actes suisses analogues (cf. art. 33 n° 17-19). S'agissant de la question des effets à donner à une décision étrangère constatant la filiation de parents ayant procédé à une maternité de substitution, l'art. 70 est lacunaire. On ne saurait se contenter de la simple présence de l'enfant lors de sa naissance. Le Tribunal fédéral accepte en revanche le lien créé par la nationalité acquise par l'enfant sur le sol du pays de sa naissance (ATF 141 III 316, 336) ; cela semble artificiel et par ailleurs discriminatoire par rapport aux enfants n'ayant pas disposé de ce *ius soli*. On pourrait interpréter l'art. 70 au-delà de ce qui a été prévu et tenir compte de l'étroite connexité avec la décision par laquelle la maternité de la mère d'emprunt a été révoquée. Il serait également possible de fonder la reconnaissance directement sur le droit fondamental de l'enfant de disposer de un, voire de deux parents (cf. art. 15 n° 13-19, art. 25 n° 14, art. 66-84 n° 7a s. ; cf. Bertschi, p. 79-85, 88) ; en effet, dans la mesure où un tel droit est reconnu en cette qualité, on ne saurait en nier l'existence pour une seule question de compétence indirecte.

4

Les positions à l'étranger sont très contrastées, s'agissant tant de l'acceptation d'une telle procréation, notamment en cas de gestion pour autrui, que de la reconnaissance de la filiation d'enfants nés par cette voie.

5 n

Dans deux arrêts qui étaient très attendus, le Tribunal fédéral a mis l'accent sur la prohibition de la maternité de substitution en droit suisse, qui pourrait être aisément contournée par des couples sachant que l'enfant en résultant sera ultérieurement reconnu en Suisse (ATF 141 III 316-323, renversant l'arrêt du Verwaltungsgericht de St-Gall, cf. Güssli, IPRax 2015 p. 274 s. ; FamPra.ch 2014 n° 58 p. 1054). L'ordre public ne saurait autoriser une fraude à une interdiction érigée en Suisse dans l'intérêt de la morale, de l'intérêt public et de la dignité humaine (ATF 141 III 322). Il n'y a aucune place pour un assouplissement quelconque de cette position, tenant aux circonstances ou à l'intérêt de l'enfant dans le cas particulier (ATF 141 III 323). La paternité du partenaire enregistré du père génétique n'a donc pas été reconnue, l'enfant n'ayant ainsi que ce dernier comme seul parent. Il doit en aller de même, d'après le second arrêt, de l'enfant n'ayant aucun lien génétique avec le couple qui compte en devenir les parents (ATF 141 III 338-347). Le Tribunal fédéral reconnaît (ATF

141 III 318 s., 339, 342) qu'il va au-delà de ce que commande le droit constitutionnel suisse qui ne va pas plus loin que d'interdire toutes les formes de maternité de substitution en Suisse (art. 119 al. 2 lit. d Cst.féd.). Il est difficilement contestable que la reconnaissance de l'enfance de substitution intervenue à l'étranger viderait la prohibition suisse de sa substance, en particulier si elle était acceptée dans un cas où les liens des intéressés avec la Suisse sont étroits tandis qu'ils sont faibles avec la Californie (ATF 141 III 322 s., 342-347). On peut également admettre que l'intérêt de l'enfant n'est pas autant négligé comme on le dit souvent, étant donné que le partenaire du père génétique est protégé dans son droit d'assurer la prise en charge de l'enfant (ATF 141 III 319, 325-327) et que parfois, une adoption peut être envisagée (ATF 141 III 346 s.). Le Tribunal fédéral écarte d'ailleurs toute idée que le refus de la paternité du partenaire du père génétique soit lié à la nature de leur relation, ce d'autant qu'une modification du Code civil accepte l'adoption de l'enfant du partenaire (FF 2016 p. 4757), ce que la pratique a déjà reconnu lorsque l'adoption a eu lieu à l'étranger (ATF 141 III 321).

6 n

La position affirmée sans nuance par le Tribunal fédéral, votant à 3 : 2, ne semble pas devoir rester gravée dans du marbre (même après sa confirmation dans les ATF 1.12.2016, 5A_317/2016, c. 2 ; ATF 21.12.2017, 5A_912/2017, c. 2). La prohibition constitutionnelle est déjà écornée par le seul fait de la reconnaissance de la paternité du père génétique qui, en l'espèce, ne pouvait se concevoir sans le recours à une mère de substitution. L'interdiction semble ainsi s'effacer d'elle-même lorsque l'enfant est remis à ses géniteurs, qui peuvent être les deux partenaires d'un couple hétérosexuel, marié ou non. On réagira aussi avec modération à la crainte que l'enfant soit traité comme une marchandise que l'on pourrait commander (ATF 141 III 318, 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. Dès lors, est-ce convaincant de soutenir l'appel à l'ordre public par le motif que l'enfant né d'une mère porteuse ne soit pas aussi protégé que l'enfant adopté ? Le Tribunal fédéral ne semble pas en être bien certain, car il estime un tel rapprochement non décisif dans un arrêt (ATF 141 III 323), tandis qu'il déclare l'examen de l'aptitude à adopter et de l'intérêt de l'enfant une « exigence centrale » dans l'autre (ATF 141 III 344 s.), comme si l'accueil d'un enfant à naître d'une mère porteuse ne puisse pas être préparé aussi soigneusement que l'adoption d'un nouveau-né. Le débat se résume en définitive à une question de morale procréative : accepte-t-on ou non que l'enfant puisse devenir l'enfant de parents n'ayant pas de lien biologique avec lui si l'utérus de gestation n'était pas celui de l'un d'eux mais celui d'une autre femme, portant l'enfant dans l'intérêt de ces futurs parents ? Le Tribunal fédéral répond catégoriquement par la négative, en prenant le Code civil comme appui en plus de la Constitution (ATF 141 III 317, 337-339), alors qu'il accepte que l'art. 70 LDIP puisse accueillir en Suisse des types de filiation inconnus du droit suisse (ATF 141 III 316, 336). Le Tribunal fédéral a placé son raisonnement dans l'abstrait, alors que l'ordre public commande une appréciation en fonction du résultat (cf., de même, obs. S. Hotz, AJP 2015 p. 1325 ss, 1329-1331). Il semble bien que l'on ne va pas en rester là (cf., pour une discussion détaillée du rôle de l'ordre public, Duden, p. 133-193). Le premier des cas cités a été porté devant la CEDH.

7 n

L'avis consultatif fourni par la Cour à la Cour de cassation française (cf. art. 66-84 n° 7c) devra amener le Tribunal fédéral à revoir sa position en mettant le regard prioritairement sur l'intérêt de l'enfant à établir son lien de filiation avec les deux parents d'intention et d'éviter l'incertitude résultant de l'impossibilité d'établir un tel lien avec l'un d'eux. 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 qui peut poser, le cas échéant, un obstacle à la reconnaissance incompatible avec le droit de l'enfant à faire établir le lien de filiation créé à l'étranger avec la « mère légale », et ce dans les deux cas, selon que l'enfant est, ou n'est pas, issu des gamètes de celle-ci (cf. n° 3 ; art. 78 n° 5, avec les références aux arrêts de la Cour en matière d'adoption). Un premier écho est négatif, estimant que la jurisprudence ne devrait pas connaître de revirement dans un avenir proche (cf. Gauron-Carlin, Sem.jud. 2019 II p. 89) ou ignorant tout simplement les conclusions qui se dégagent de l'avis consultatif de la Cour, l'Adoption étant présentée comme la seule issue (Montisano/Uebersax, SJZ 2020 p. 597-603). On doit

compter, heureusement, sur des analyses plus nuancées, tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant à travers une lecture plus objective de l'avis de la Cour (cf. Bucher, Symposium 2019, p. 87-91). C'est ce qu'a fait la Cour de cassation française dans l'arrêt cité du 4.10.2019 (art. 66-84 n° 7c), confirmant la transcription des actes de naissance désignant la mère d'intention sur le registre de l'état civil ; l'arrêt constate qu'au regard du temps écoulé depuis la concrétisation du lien entre les enfants et la mère d'intention, une adoption aurait des conséquences manifestement excessives en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée des enfants et que par ailleurs, la possession d'état, connue en droit français, ne présente pas des garanties de sécurité juridique suffisantes.

La Greffière du Tribunal fédéral ne fait pas mystère de son hostilité au « tourisme procréatif » et de son insensibilité à la situation de l'enfant, bien connue de ceux qui lisent les arrêts en langue française en matière d'enlèvement d'enfants. Elle croit savoir que la gestation pour autrui qu'elle qualifie de commerciale est une « création du droit des affaires » (p. 96, 97), 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 confirmée le droit et la jurisprudence suisses. 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 connaître ses origines (p. 90). 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 » (par. 42), conclusion manifestement incompatible avec la jurisprudence fédérale. Notant que la Cour a laissé aux Etats 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 Etat, 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 (par. 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 CCS) 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 du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention se fasse par la transcription sur le registre de l'état civil.

Le sommet de l'incompréhensible est atteint avec la publication de l'article de Montisano/Uebersax dans la SJZ 2020 p. 595-604, qui procède à une lecture tronquée de l'avis consultatif de la CEDH (p. 597), décrivant l'état du droit suisse comme il fut constaté dans les deux arrêts du Tribunal fédéral de 2015, dont un assouplissement est suggéré. Pire encore, l'article est rédigé à l'attention des ressortissants suisses exposés à la rigueur du Service des migrations et de la Direction consulaire du Département des affaires étrangères (se déclarant œuvrer « au service des citoyens ») qui renvoie à un Mémento daté de juillet 2011 (sic !), refusant toute inscription dans le registre de l'état civil sur la seule base des documents étrangers. L'article sera bien évidemment diffusé dans toutes les ambassades suisses dans les pays dans lesquels on suspecte des cas de gestation pour autrui. Ces auteurs, prenant l'adoption comme seule issue accessible aux enfants nés d'une mère porteuse à l'étranger, se font ainsi l'instrument d'une politique hostile à l'intérêt des enfants qui n'y sont pour rien dans l'origine de leur filiation, à travers une publication se situant en-dessous de tout niveau scientifique acceptable, que ce soit pour la SJZ ou

ailleurs en Suisse. Pour ajouter au malheur frappant ainsi les enfants concernés et leur famille, le prof. Pascal Pichonnaz, éditeur responsable de la SJZ, a refusé d'exiger des auteurs un rectificatif ou d'en publier un lui-même, ne serait-ce que pour corriger sa négligence dans la supervision de sa revue, dont les articles ne font l'objet d'aucune lecture de vérification. Parfois, on peut regretter le bon vieux temps : avec les éditeurs de la SJZ de l'époque, le prof. Oftinger en premier lieu, une telle médiocrité était impensable, comme on pouvait se fier à leur sens de la responsabilité morale à l'égard de la société et, en matière de filiation, à l'égard des enfants et de leurs familles.

Art. 72

7

In fine, ajouter : Le problème se pose en particulier dans les relations avec l'Allemagne qui ne se contente pas de la déclaration commune de vouloir partager l'autorité parentale selon l'art. 298a CCS, un tel acte n'impliquant pas, en principe, un accord de volonté de la mère approuvant la reconnaissance d'enfant formalisée par le père (cf. Frie, StAZ 2018 p. 233-235).

21

11^e ligne, ajouter : cf. Tribunale d'appello TI, RtiD 2012 II n° 76c p. 935.

Art. 73

1

8^e ligne, insérer en début de parenthèse : ATF 19.11.2019, 5A_680/2018, c. 3.2.

5

In fine, ajouter : Le seul lien de nationalité avec le pays étranger du lieu de l'acte suffit d'après l'art. 73 al. 1 (cf. ATF 130 III 723 ss, 727 s., et art. 70 n° 1), mais l'attention doit alors porter sur l'éventualité d'un acte de complaisance (cf. ATF 13.3.2019, 5A_10/2019).

Art. 75-78

1

10^e ligne, ajouter après le n° RS : Convention révisée le 27.11.2008.

3

12-16^e lignes : remplacer les références à l'OPEE par : art. 4-7 OAdo [Ordonnance sur l'adoption du 29 juin 2011, RS 211.221.36].

20^e ligne, ajouter à l'ATF du 5.12.2006 : ATF 4.10.2019, 5A_343/2019, puis biffer tous les arrêts qui suivent, la pratique s'étant stabilisée.

27^e ligne, insérer : Lorsqu'une adoption par une personne seule est envisagée, l'examen de l'intérêt de l'enfant requiert une attention particulière (ATF 25.4.2012, 5A_207/2012, c. 4 et 5).

28^e ligne : remplacer les références à l'OPEE par : art. 8 OAdo.

4 nouveau

Les parents candidats à l'adoption qui ne connaissent pas encore l'identité de l'enfant peuvent obtenir auprès de l'Autorité centrale cantonale de leur domicile l'agrément d'accueillir un enfant en vue d'adoption, à laquelle se substitue une autorisation, en principe dès l'arrivée de l'enfant en Suisse (art. 6 OAdo). Cet agrément ne permet toutefois l'accueil de l'enfant en Suisse que lorsque le service des migrations (autrefois la police des étrangers) aura octroyé le visa ou l'assurance de l'autorisation de séjour (art. 8 OAdo).

5

2-6^e lignes : remplacer les références à l'Oaiad, abrogée, par : art. 12-23 OAdo.

6

13-14^e lignes : phrase à remplacer par : Des ordonnances ont alors été révisées, puis, avec effet dès le 1.1.2012, leur contenu relatif à l'adoption réuni dans l'OAdo qui s'applique dorénavant en parallèle à la LF-CLaH.

7

In fine, ajouter : Aux termes de son art. 26 al. 2, cette Convention devrait être amendée ou dénoncée depuis que la Convention de La Haye a été ratifiée par le Vietnam, le 1^{er} novembre 2011, où elle est entrée en vigueur le 1^{er} février 2012.

17

In fine : ajouter la référence à l'art. 2 al. 3 OAdo.

18

12^e ligne, ajouter : Toutes ces compétences sont rappelées et, sur certains points, rendues plus explicites à l'art. 2 al. 1 OAdo, s'agissant notamment de réagir aux dérapages observés dans certains pays, souvent révélés par la pratique de paiements excessifs (cf. Urwyler, RMA 2011 p. 369).

19

3^e ligne : ajouter la référence à l'art. 2 al. 2 OAdo.

Avant-dernière phrase à remplacer par : Les décisions des Autorités centrales cantonales peuvent faire l'objet des voies ordinaires de recours.

21

6^e ligne : renvoi à l'OPEE remplacé par : art. 2 al. 2 OAdo, puis la fin de la phrase par : qui peuvent être, selon les cantons, des organes tutélaires.

14^e ligne : remplacer les références à l'Oaiad par : art. 12-23 OAdo.

In fine : remplacer les renvois à l'OPEE par : art. 16-18 OAdo.

22

4^e ligne : remplacer la référence à l'Oaiad par : art. 2 al. 1 lit. b, art. 12 OAdo.

7^e ligne : même changement.

9-11^e lignes : biffer la mention des art. 21-23 Oaiad ainsi que la suite de la phrase.

In fine : biffer la dernière phrase.

23

Cette période sensible politiquement, mais transitoire, ayant été vécue sans difficultés, le problème évoqué est aujourd'hui obsolète.

24

18^e ligne : remplacer la référence à l'Oaiad, par : art. 12-23 OAdo, puis continuer : ... soit exercée par l'Autorité centrale cantonale directement.

25

4^e ligne : remplacer le renvoi à l'Oaiad par : art. 18 OAdo.

28

3-4^e ligne : remplacer « une autorisation provisoire de placement » par « l'agrément ».

5^e ligne : remplacer la mention de l'OPEE par : art. 4 OAdo.

7^e ligne : de même : art. 5 OAdo.

8^e ligne : remplacer les règles des deux ordonnances citées par : art. 5 al. 2 et 5, art. 17 OAdo.

29

2^e ligne : remplacer l'article de l'OPEE par : art. 5 al. 2 OAdo.

In fine : Les requérants ne peuvent en principe être déclarés aptes à adopter si la différence d'âge entre eux et l'enfant qu'ils souhaitent accueillir dépasse 45 ans (art. 5 al. 4 OAdo).

32

Dès la 10^e ligne, remplacer la fin et lire : En sus dudit rapport, la loi prévoit que le dossier comprend « l'autorisation provisoire de placement » (art. 5 al. 1 lit. a LF). Avec cet intitulé, ce document a créé des confusions, étant donné que la décision de confier un enfant aux futures parents en vue d'une adoption sera prise par l'Autorité centrale de l'Etat d'origine (art. 17 CLaH ; cf. n° 59) et qu'il ne s'agit pas nécessairement d'un placement au sens du droit suisse. L'Ordonnance sur l'adoption a dès lors remplacé cette expression par celle d'agrément (art. 6) ; dès lors que celui-ci remplit la même fonction que l'ancienne autorisation provisoire, la loi n'a pas été changé, mais complétée par une annotation appropriée. Il conviendra tout au moins que l'agrément précise qu'il répond aux conditions de l'art. 15 CLaH.

49

5^e ligne : La LF renvoie dorénavant à l'Ordonnance sur l'adoption (art. 5 et 7).

6^e ligne : remplacer la mention de l'OPEE par : art. 7 al. 1 OAdo.

In fine : remplacer le texte entre parenthèses par : art. 7 al. 5 OAdo.

50

2^e ligne : ajouter après la LF : art. 8 OAdo.

51

5^e ligne : Remplacer l'art. 11h OPEE par : art. 8 OAdo.

56

4^e ligne : remplacer la mention de l'OPEE par : art. 7 al. 1 lit. d OAdo.

61

9^e ligne : remplacer la mention de l'OPEE par : art. 7 OAdo.

10^e ligne : remplacer le renvoi à l'Oaiad par : « condition implicite à l'art. 16 OAdo ».

12^e ligne : remplacer la mention de l'OPEE par : art. 9 al. 3 OAdo.

14^e ligne : remplacer la mention de l'OPEE par : art. 5 al. 2 lit. d ch. 5 OAdo.

62

Ajouter in fine : L'Ordonnance sur l'adoption envisage comme seule solution pour un tel enfant que l'autorité cantonale « le place ailleurs » ou demande à l'autorité de protection de l'enfant de le faire (art. 10 al. 4). Cette solution simpliste ne tient pas compte des exigences des art. 20 et 21 CLaH, en ce qui concerne tant la variété des mesures à envisager que la coopération avec l'Etat d'origine.

65

8^e ligne, remplacer le renvoi à l'art. 11 OPEA par : art. 10 al. 4 OAdo, art. 11 et 16a OPEE, récemment modifiée, RO 2012 p. 5801.

Bibliographie

LDIP :

DAVID URWYLER, Nouvelle ordonnance sur l'adoption, RMA 66 (2011) p. 367-376, versions allemande, p. 357-366, et italienne, p. 377-386.

Convention de La Haye de 1993 :

BERNARD DUTOIT, La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, FJS, Genève 2010 ; LAURA MARTÍNEZ-MORA *et al.*, The 1993 Hague Intercountry Adoption Convention and Subsidiarity : Is the Subsidiarity Principle Still « Fit for Purpose » ?, *in* Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 343-356 ; ROMANA WEBER, Internationale Adoption als Förderung des Kinderhandels ?, *in* Der Schutz polizeilicher Güter, Zurich 2011, p. 257-276.

Droit international privé étranger et comparé :

CHRISTOPH BENICKE, Ordre-public-Verstoss ausländischer Adoptionsentscheidungen bei ungenügender Prüfung des Kindeswohls, *in* Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren, Festschrift für Bernd von Hoffmann, Bielefeld 2011, p. 545-560 ; IDEM, Die Anknüpfung der Adoption durch Lebenspartner in Art. 22 Abs. 1 S. 3 EGBGB, IPRax 35 (2015) p. 393-396 ; TOBIAS HELMS, Vorschlag zur Reform des Internationalen Adoptionsrechts, StAZ 68 (2015) p. 97-104 ; MARÍA SUSANA NAJURIETA, L'adoption internationale des mineurs et les droits de l'enfant, RCADI 376 (2014) p. 199-493 ; CHIARA E. TUO, Riconoscimento degli effetti delle adozioni straniere e rispetto della diversità culturali, RDIPP 50 (2014) p. 43-80 ; BÉNÉDICTE VASSALLO, La réception en France des décisions étrangères d'adoption, Travaux 2010-2012 p. 51-78.

Art. 77

3

In fine, ajouter : Dans l'hypothèse d'une kafala reconnue en Suisse, la famille d'accueil dispose de larges moyens pour agir dans le sens de l'intérêt de l'enfant nonobstant le fait de l'absence d'un lien de filiation ; cela peut mieux favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper de leur pays d'origine, comme le ferait une adoption (cf. CEDH, Harroudj, 4.10.2012, § 47-52).

14

8^e ligne : remplacer la référence à l'OPEE par : art. 7 al. 1 lit. d Oado.

17a n

Dans l'hypothèse d'une adoption ayant pour origine une disparition forcée au sens de la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les dispositions forcées du 20.12.2006, l'annulation devra être prononcée sur la seule base du droit suisse à titre d'ordre public, renforcé par l'art. 25 par. 4 de la Convention, sans observer la loi étrangère le cas échéant plus restrictive visée par l'art. 77 al. 3 (cf. le Message, FF 2014 p. 437 ss, 464, qui ne fait pas mention de la question du conflit de lois).

Art. 78

5

In fine : confirme l'arrêt Wagner : CEDH, Négrépointis, 3.5.2011, § 68-76.

6

In fine, ajouter : mais non un écart de seulement 10 ans (Obergericht LU, LGVE 2009 I n° 18 p. 47).

8

9^e ligne, ajouter à l'ATF 120 II 89 : ATF 10.7.2014, 2C_110/2014, c. 6.4.

9

10^e ligne, citer dans un sens favorable en premier lieu : ATF 141 III 312 ss, 321.

11^e ligne, ajouter : Javaux/Schickel, Symposium, p. 140.

In fine, ajouter : Depuis que la loi suisse prévoit l'adoption de l'enfant du partenaire enregistré (art. 264c al. 1 ch. 2 CCS), l'ordre public suisse s'est effacé, au point de ne plus s'opposer qu'au mariage d'un couple de même sexe (art. 45 al. 3), mais non à leur enfant adopté à l'étranger. Lorsque l'on est en présence d'une adoption conjointe fondée sur un mariage polygamique, celui-ci ne peut être reconnu tandis que l'adoption peut l'être en tant qu'adoption par la mère seule, étant donné que ni son aptitude à éduquer l'enfant ni l'intérêt de celui-ci ne sont en cause (cf. Verwaltungsgericht BS, BJM 2017 p. 103 ; ATF 7.6.2016, 5A_155/2016).

10

19^e ligne, insérer : L'examen de l'intérêt de l'enfant s'impose également en pareils cas (cf. ATF cité du 10.7.2014, c. 6.5).

12

In fine, ajouter : Une adoption de pur fait, reposant simplement sur un lien socio-affectif et « attestée » par un acte de naissance faux, ne peut être reconnue (Obergericht LU, LGVE 2012 I n° 5 p. 7).

Art. 79-84

6

4^e ligne: lire „débitteur“ au lieu de „créancier“.

10

In fine, ajouter : CEDH 18.11.2010, Romanczyk, § 53-67.

15

5^e ligne, concernant l'accord avec les Etats-Unis : ATF 14.12.2016, 5A_795/2016, c. 5.

6^e ligne, ajouter : de la Colombie-Britannique (RS 0.211.213.232.3).

12^e ligne, remplacer la référence à RDIPP 2008 p. 582, par : RDIPP 2014 p. 719.

In fine, modifier la dernière phrase : L'Union européenne a approuvé le Protocole et la Convention. La jurisprudence s'est déjà prononcée sur des questions ayant trait à la loi applicable (cf. CJUE 7.6.2018, C-83/17, KP c. LO ; 20.9.2018, C-214/17, Mõlk). Le Conseil fédéral n'a pas voulu se déterminer en 2014 (cf. le Message concernant la révision du droit de l'entretien de l'enfant, FF 2014 p. 511 ss, 551) et ne l'a pas fait depuis lors.

Bibliographie

LDIP :

ROLAND FANKHAUSER, Der conflict mobile im Kinderunterhaltsrecht oder zur (Un-)Beständigkeit von Unterhaltsregelungen, in Private Law, national, global, comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer, Berne 2011, p. 481-492 ; FRANCINE HUNGERBÜHLER/SANDRA JOHN, Internationales Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, in CHRISTIANA FOUNTOLAKIS *et al.* (éd.), Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zurich 2016, p. 635-690 ; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ/MICHAELA EICHENBERGER, Internationales Unterhaltsrecht im Rechtsverkehr zwischen der Schweiz und der EU, in Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Zurich 2016, p. 817-831 ; RODRIGO RODRIGUEZ, Grenzüberschreitende Vollstreckung und Sicherung bei Unterhaltstiteln, in Berner Gedanken zum Recht, Festgabe für den Schweizerischen Juristentag 2014, Berne 2014, p. 135-154 ; IDEM, Vollstreckung und Sicherung von Unterhaltstiteln im internationalen Verhältnis, FamPra.ch 19 (2018) p. 699-720 ; JANINE SPRENGER, Ehegattenunterhalt und nachehelicher Unterhalt im internationalen Kontext, AJP 26 (2017) p. 1062-1074.

Conventions de La Haye et de New York en matière d'obligations alimentaires :

LUCAS ARNET, Die Vollstreckbarerklärung schweizerischer Kindesunterhaltsverträge auf staatsvertraglicher Basis, Berne 2013 ; SANDRA JOHN, Überblick über die internationale Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen aus dem Blickwinkel der Zentralbehörde für internationale Alimentensachen im Bundesamt für Justiz, FamPra.ch 16 (2015) p. 536-561 ; RODRIGO RODRIGUEZ, Die Durchsetzung ausländischer Unterhaltstitel in der Schweiz, in Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Symposium zum Familienrecht Freiburg, Zurich 2013, p. 151-166.

Convention de La Haye de 2007 et Règlement européen de 2008 :

STEFAN ARNOLD, Entscheidungseinklang und Harmonisierung im internationalen Unterhaltsrecht, IPRax 32 (2012) p. 311-315 ; FRANZISKA BARTL, Die neuen Rechtsinstrumente zum IPR des Unterhalts auf internationaler und europäischer Ebene, Tübingen 2012 ; PAUL BEAUMONT *et al.* (éd.), The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide, Oxford 2014 ; PAUL BEAUMONT/LARA WALKER, Administrative and Judicial Cooperation in the Hague 2007 Maintenance Convention, in Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid 2013, p. 185-197 ; ANDRÉ BOTUR, Aktuelle Probleme der grenzüberschreitenden Vollstreckung europäischer Unterhaltstitel nach der Brüssel I-VO, FamRZ 57 (2010) p. 1860-1870 ; NATALIA CONTI, Grenzüberschreitende Durchsetzung von Unterhaltsansprüchen in Europa, Munich 2011 ; MAXIMILIAN ESSER, Der Erlass weitergehender Formvorschriften im Rahmen des Haager Unterhaltsprotokolls durch die Mitgliedstaaten der EU, IPRax 33 (2013) p. 399-402 ; ESTELLE GALLANT, Coopération d'autorités et recouvrement international des aliments, International Journal of Procedural Law (IJPL) 2 (2012) p. 54-67 ; URS PETER GRUBER, Die Vollstreckbarkeit ausländischer Unterhaltstitel – altes und neues Recht, IPRax 33 (2013) p. 325-330 ; KATHRIN KROLL-LUDWIGS, Das Verhältnis von Haager Unterhaltsprotokoll (2007) und Haager Unterhaltsübereinkommen (1973): lex posterior derogat legi priori?, IPRax 36 (2016) p. 34-40 ; MATTHIAS LEHMANN, Das neue Unterhaltskollisionsrecht - im Irrgarten zwischen Brüssel und Den Haag, GPR 11 (2014) p. 342-352 ; MARCO LEVANTE, Die Reform des internationalen Unterhaltsrechts, in Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zurich 2011, p. 729-745 ; VOLKER LIPP, Parteiautonomie im internationalen Unterhaltsrecht, in Confronting the Frontiers of Family and Succession Law, Liber Amicorum Walter Pintens, Cambridge 2012, p. 847-866 ; ALBERTO MALATESTA, La convenzione e il protocollo dell'Aja del 2007 in materia di alimenti, RDIPP 45 (2009) p. 829-848 ; FAUSTO POCAR/ILARIA VIARENGO, Il

regolamento (CE) N. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari, RDIPP 45 (2009) p. 805-828 ; CLAUDIA SCHMIDT (éd.), Internationale Unterhaltsrealisierung, Rechtsgrundlagen und praktische Anwendung, Baden-Baden 2011 ; KURT SIEHR, The EU Maintenance Regulation and the Hague Maintenance Protocol of 2007, in Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 529-540 ; ELISABETH UNGER, Internationale Unterhaltsrealisierung in der EU und weltweit, FamRZ 60 (2013) p. 1941-1946 ; JOSÉ MANUEL VELASCO RETAMOS, La subrogation dans le Règlement 593/2008 sur la loi applicable aux obligations alimentaires, RSDIE 23 (2013) p. 265-277 ; FRANCESCA C. VILLATA, Obblighi alimentari e rapporti di famiglia secondo il regolamento N. 4/2009, RDI 94 (2011) p. 731-776 ; LARA WALKER, Maintenance and Child Support in Private International Law, Oxford 2015 ; MARTIN WEBER, Die Grundlage der Unterhaltspflicht nach dem Haager Unterhaltsprotokoll, ZfRV 53 (2012) p. 170-173.

Droit international privé étranger et comparé

Art. 79

3

2^e ligne, ajouter : ce que l'on oublie parfois dans la pratique (cf. ATF 30.8.2012, 5A_193/2012, c. 3).

6^e ligne, préciser : « demande liée à l'état des personnes ou à la responsabilité parentale ».

In fine : remplacer « art. 17 et 18 » par « art. 23 et 24 ».

7a n

L'art. 79 ne connaît pas une règle analogue à celle de l'art. 83 al. 2. Dans un cas international, on ne peut appliquer l'art. 27 CPC (comme l'a fait le Tribunal cantonal NE, RJN 2017 p. 121). Il convient de remplir la lacune en acceptant le for au domicile de la mère réclamant le remboursement des frais liés à la grossesse et l'accouchement.

Art. 83

8

In fine, ajouter : La Convention ne prévoit pas de possibilité pour choisir la loi applicable (cf. art. 63 n° 12), même en cours de procès (contrairement à ce qu'admet l'ATF 12.3.2012, 5A_835/2011, c. 2, cependant sans approfondir la question).

10

6^e ligne : pour une illustration, cf. ATF 3.6.2011, 5A_898/2010.

14

3^e ligne, ajouter à l'art. 279 al. 1 CCS : ATF 21.11.2017, 5A_230/2017, c. 5.

16

In fine, ajouter : Le nouveau droit suisse de l'entretien prévoit qu'en principe, les contributions sont dues à l'enfant (art. 289 al. 1 CCS) ; elles couvrent cependant également les frais de prise en charge de l'enfant par les parents et les tiers (art. 285 al. 2). L'entretien de l'ex-époux divorcé (art. 8 de la Convention) ne comprend pas la part d'entretien correspondant à de tels frais (art. 4).

16a n

Une 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 CCS), 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 (cf. ATF 144 III 481 ss, 488 s.). Il doit en aller de même au niveau de la loi applicable ; en cas de conflit, la loi de l'enfant devrait l'emporter.

17

3^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 145 III 255 ss, 258.

18

7^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 14.5.2018, 5A_503/2017, c. 2 et 3, puis insérer : Lorsque le débiteur d'entretien vit en pays étranger, il y a lieu de tenir compte, lors du calcul du montant de base, du niveau de vie de ce pays, déterminé en pratique sur la base des parités monétaires des consommateurs collectées statistiquement ou des comparaisons internationales du pouvoir d'achat (ATF 15.5.2019, 5A_685/2018, c. 4.7).

13^e ligne, intégrer en début de la parenthèse : Kantonsgericht SG, FamPra.ch 2018 n° 63 p. 1129, puis : cf., par

ailleurs, les arrêts cités ...

16^e ligne, insérer après l'arrêt de Zoug : Il convient d'examiner objectivement si l'on peut imputer au débiteur un revenu hypothétique ; cela suppose que celui-ci soit réalisable effectivement et que le retour en Suisse puisse raisonnablement être exigé. Cette condition n'est pas remplie dans le cas d'un ex-mari n'ayant plus de contact avec la Suisse depuis son retour au Cambodge, où il travaille et s'est remarié (ATF 17.10.2012, 5A_513/2012, c. 4), ni dans l'hypothèse d'un père qui a établi son cadre de vie à Londres depuis de nombreuses années (ATF 24.8.2017, 5A_90/2017, c. 5).

20

2^e ligne, insérer : Il convient alors de se référer aux directives appliquées dans la pratique étrangère et ne pas se rabattre sur les tables usuels en Suisse (ATF 25.9.2017, 5A_48/2017, c. 5.5).

25a n

Le fait d'avoir le statut d'un « sans-papier » ne signifie point que l'enfant vivant en Suisse n'a pas droit à l'entretien, eu égard au droit suisse et aux art. 11 al. 1 Cst.féd. et art. 3 al. 1 CDE (Obergericht LU, LGVE 2011 n° 2 p. 2).

Art. 84

9

In fine, ajouter : Du moment que la décision étrangère tient compte des ressources et des besoins de tous ceux concernés, l'ordre public suisse n'est pas lésé (cf. ATF 26.11.2019, 5A_65/2019, c. 3.3.1). En revanche, une condamnation à contribuer à l'entretien d'un enfant majeur sans limite dans le temps heurterait l'ordre public suisse (ATF 21.9.2016, 5A_935/2015, c. 3.5) ; il conviendrait alors de réduire la rente à une durée raisonnable.

13

Une injonction correspondant à l'avis au débiteur doit être reconnue si la décision relative à la condamnation aux aliments l'est (Tribunale d'appello TI, RtiD 2010 I n° 10c p. 686).

18

16^e ligne : Mais parfois on ne peut exiger du débiteur d'entretien de venir s'établir en Suisse (cf. Obergericht BE, FamPra.ch 2011 n° 33 p. 510).

20

In fine, ajouter : De manière similaire, lorsque l'attribution de l'enfant à l'un des parents heurte l'ordre public et ne peut être reconnue, le même sort doit alors frapper le prononcé sur les aliments s'il s'avère hors proportion avec la détermination à venir du parent ayant la garde de l'enfant (ATF 20.6.2011, 5A_15/2011, c. 4 in fine).