

Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 1 ^{re} éd. 2011	Mise à jour Andreas Bucher 23.12.2022
--	--

Chapitre 4 Filiation

Art. 66-84

4a n

En ce qui concerne la vie familiale d'un enfant telle que garantie par l'art. 8 CEDH, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) adopte comme idée de base que « dans toutes les décisions concernant des enfants, leur intérêt supérieur doit primer » (CEDH, Strand Lobben, 10.9.2019, § 204, suivi d'un exposé des principes généraux applicables, également reproduits dans l'arrêt Abdi Ibrahim du 10.12.2021, § 145). Dans les affaires dans lesquelles sont en jeu des questions de placement d'enfants et de restrictions du droit de visite, l'intérêt de l'enfant doit passer avant toute autre considération (même arrêt, § 204). La recherche de l'unité familiale est une considération inhérente au droit au respect de la vie familiale (§ 205), tenant compte du consensus international autour de l'idée que l'enfant ne doit pas être séparé de ses parents contre leur gré (§ 207) et de l'obligation positive des Etats et de leurs autorités compétentes à prendre des mesures afin de faciliter la réunion de la famille dès que cela s'avère possible (§ 208). Dans ce contexte, la Cour se penche également sur le processus décisionnel suivi par les autorités (§ 212).

5

2^e ligne, ajouter : cf. Papaux, RDS 2022 II p. 174-185, 202-247

10^e ligne, ajouter aux arrêts cités : Paradiso, 27.1.2015, § 67, 69 ; Honner, 12.11.2020, § 50 s.

19^e ligne : confirme l'arrêt Pini : CEDH, Negreponitis, 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. La conclusion était différente dans une affaire récente dans laquelle l'enfant né d'une gestation pour autrui vivait dans de relations étroites avec chacun de ses parents d'intention depuis quatre ans (CEDH, Fjölnisdóttir, 18.5.2021, § 56-62).

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), 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 ; Koychev, 13.10.2020, § 56-68).

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 Autriche et en Autriche, 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 Autriche, 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 Autriche 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. Dans un arrêt de chambre plus récent, une violation du droit à la vie familiale a été niée au motif que l'enfant entretenait d'étroites relations avec chacun de ses parents d'intention même après leur divorce et leur remariage avec de nouveaux partenaires (CEDH, *Fjölfnisdóttir*, 18.5.2021, § 66-75) ; il fut noté cependant que la question du respect de la vie privée de l'enfant n'avait pas été examinée sous l'angle de considérations autres que celles qui avaient été plaidées en référence à la vie familiale (§ 76). On doit également réserver des situations dans lesquelles l'enfant, compte tenu des circonstances, se voit assuré de la protection de son intérêt supérieur par d'autres moyens consacrés en droit interne (cf. CEDH, *C.E. et al. c. Autriche*, 24.3.2022, § 111-116 ; *A.L. c. Autriche*, 7.4.2022, § 60-66), ainsi que le cas particulier du parent d'intention qui refuse finalement de consentir à l'adoption (CEDH, *A.M. c. Norvège*, 24.3.2022, § 126-133).

7c n

L'affaire *Menesson* 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, ILM 2019 p. 1241). 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 Autriche le lien de filiation constaté dans l'acte étranger (californien) alors que l'enfant n'était pas issu de ses gamètes, mais d'une tierce 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). 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. Autriche, 12.12.2019, § 41-45), même dans l'hypothèse dans laquelle la mère d'intention est également la mère génétique (CEDH, D. c. Autriche, 16.7.2020, § 45-72, exigent l'accès à un mécanisme effectif et suffisamment rapide, § 64). En revanche, cette exigence n'est manifestement pas respectée lorsque, dans une affaire concernant la Suisse (ATF 141 III 312 ss), toute possibilité de faire reconnaître le lien de filiation de manière définitive a été refusée durant plus de sept ans, l'enfant étant ainsi placé dans une incertitude juridique quant à son identité dans la société et privé de vivre et d'évoluer dans un milieu stable (CEDH, D.B., 22.11.2022, § 87-90).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). Le processus décisionnel qui aboutit au retrait de l'autorité parentale et à l'autorisation de l'adoption implique pour les autorités de se livrer à un véritable exercice de mise en balance entre les intérêts de l'enfant et ceux de la famille biologique (cf. CEDH, Strand Lobben, 10.9.2019, § 220-226 ; Abdi Ibrahim, 10.12.2021, § 151). Il convient aussi de veiller à ce que la famille d'accueil permette à l'enfant de garder certains liens avec la mère et, à travers elle, avec ses racines culturelles et religieuses (Abdi Ibrahim, § 160-162).

10

5^e ligne, insérer : Viole l'art. 8 une décision restreignant les droits parentaux d'un parent et le privant de tout contact avec ses enfants, en l'absence de l'examen requis, pour des motifs liés à son identité de genre et à sa démarche visant à modifier celui-ci (CEDH, A.M. c. Russie, 6.7.2021, § 74-81).

14^e ligne, ajouter à la phrase relative à l'arrêt Zaunegger : cette situation est 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 ; Négrépointis, 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 :

LORÈNE ANTHONIOZ, La filiation des enfants nés d'une GPA à l'étranger, Jusletter 23.5.2022 ; 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, Leihmutterschaft, 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 ; ELENA BRODEALÁ/MARIE-HÉLÈNE PETER-SPIESS, Surrogacy and Same-Sex Parenthood before the European Court of Human Rights : Reflections in Light of Cases against Switzerland, SRIEL 32 (2022) p. 397-419 ; 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 ; IDEM, Mater semper certa est en Géorgie, Jusletter 16.5.2022 ; ANDREA BÜCHLER/NORA BERTSCHI, Gewünschtes Kind, geliehene Mutter, zurückgewiesene Eltern ?, FamPra.ch 14 (2013) p. 33-56 ; ANDREA BÜCHLER/LUCA MARANTA, Leihmutterschaft 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 ; CLÉMENCE GAY, La nouvelle présomption de «parentalité» en faveur de l'épouse, Jusletter 4.4.2022 ; SELMA DUC, (K)ein-Eltern-Kind, Zur Anerkennung eines in Kalifornien mittels Leihmutterschaft 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, Leihmutterschaft 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 ; GUILLAUME KESSLER, La multiparenté, FamPra.ch 21 (2020) p. 380-401 ; 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 Anton 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 ; IDEM, Procréation médicalement assistée transfrontière et filiation de l'enfant, Genève 2020 ; 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 substitución, 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 ; MARIA CATERINA BARUFFI, Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di Cassazione italiana e di altri Corti, RDIPP 56 (2020) p. 290-324 ; CHRISTOPH BENICKE, Kollisionsrechtliche Fragen der Leihmutterschaft, StAZ 66 (2013) p. 101-114 ; CHRISTINE BIDAUD, La force probante des actes de l'état civil étranger modifiée par la loi bioéthique, Rev.crit. 2022 p. 35-46 ; 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 ; SYLVAIN BOLLÉE/BERNARD HAFTTEL, L'art d'être inconstant, Regards sur les récents développements de la jurisprudence en matière de gestation pour autrui, Rev.crit. 2020 p. 267-283 ; CRISTINA CAMPIGLIO, Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali : il ruolo creativo della giurisprudenza, RDIPP 50 (2014) p. 483-516 ; ANDREA CANNONE, Tendenze legefioriste 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 ; MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ, La gestación por sustitución en España y en el Reino Unido, AEDIPr 19-20 (2019/20) p. 327-361 ; DAGMAR COESTER-WALTJEN, Justizielle Zusammenarbeit, ein Allheilmittel gegen « Justizkonflikte » - auch bei der Abstammung ?, in Festschrift für Rolf Stürner, 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 ; LAURA FERNÁNDEZ ECHEGARAY, La gestación por sustitución y la reproducción asistida en España, Cizur Menor 2019 ; GUNNAR FRANCK, Vaterschaftsanerkennung versus gesetzliche Vaterschaft im Internationalen Abstammungsrecht, FamRZ 67 (2020) p. 307-313 ; 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 ; SUSANNE GÖSSL/ANNE SANDERS, Die Legalisierung der Leihmutterschaft, Vorschläge für die familienrechtliche Regelung in Deutschland, JZ 77 (2022) p. 492-502 ; ANASTASIA GRAMMATICAKI-ALEXION, Best Interest of the Child in Private International Law, RCADI 412 (2020) p. 253-434 ; DANIEL GRÜNBAUM, Foreign Surrogate Motherhood : mater semper certa erat, AJCL 60 (2012) p. 475-505 ; TOBIAS HELMS, Ausländische Leihmutterschaft und Grenzen der aus Art. 8 EMRK ableitbaren Anerkennungspflicht, IPRax 42 (2020) p. 379 s. ; JEREMY HEYMANN/FABIAN MARCHADIER, La filiation de l'enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger, Clunet 146 (2019) p. 1149-1164 ; IRENE VON DER HEYDE, Abstammung nach medizinisch assistierter Reproduktion im italienischen Recht – insbesondere Fälle von Leihmutterschaft, StAZ 71 (2018) p. 236-240 ; STEFANIE HÖSEL, Grenz-überschreitende Leihmutterschaft als Herausforderung im internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Bielefeld 2020 ; KATHARINA HELENA HOFFMEISTER, Reproduktives Reisen und Elternschaft, Baden-Baden 2022 ; ELISA HOVEN/FRAUKE ROSTALSKI, Zur Legalisierung der Leihmutterschaft in Deutschland, JZ 77 (2022) p. 482-491 ; GUILLAUME KESSLER, Le droit international privé à l'épreuve du renouveau de la filiation, Clunet 147 (2020) p. 91-120 ; NADINE LEDERER, Grenzenloser Kinderwunsch, Frankfurt a.M. 2016 ; 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 ; KATHARINA LUGANI, Aktuelles zum Umgang mit Leihmutterschaften im Ausland, in Familienrecht zwischen Tradition und Innovation, Festschrift für Elisabeth Koch, Bielefeld 2019, p. 635-646 ; 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 ; ANEESH V. Pillai, Surrogate Motherhood and the Law, New Delhi 2015 ; 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 ; FREDERICK RIELÄNDER, Widersprüchliche Vaterschaftszuweisungen im Internationalen Abstammungsrecht : Vaterschaftsvermutung kraft nachwirkender Ehe vs. Pränatale Vaterschaftsanerkennung, IPRax 41 (2021) p. 249-261 ; ANDREA SCHULZ, Das deutsche internationale Kindeschaftsrecht, FamRZ 65 (2018) p. 797-808 ; SHARON SHAKARGY, Choice of law for surrogacy agreements : in the in-between of status and contract, JPIL 16 (2020) p. 138-162 ; DAVID SINDRES, Le tourisme procréatif et le droit international privé, Clunet 142 (2015) p. 429-504 ; SOPHIE CATHERINE SITTER, Grenzüberschreitende Leihmutterschaft, Berlin 2017 ; 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, Mietmutterschaft, Eine international-privatrechtliche Kritik, Tübingen 2015 ; IDEM, Anerkennung ukrainischer Leihmutterschafts-basierter Geburtskunden in Italien, IPRax 36 (2016) p. 493-498 ; IDEM, Das Kindeswohl ex ante – Strassburger zeitgemässe Betrachtungen zur Leihmutterschaft, IPRax 37 (2017) p. 583-590 ; IDEM, State of play of cross-border surrogacy arrangements – is there a case for regulatory intervention by the EU ?, JPIL 13 (2017) p. 463-473 ; 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 ; FABIAN WALL, Anerkennung ausländischer Leihmutterschaftsentscheidungen nach §§ 108, 109 FamFG, StAZ 74 (2021) p. 294-303 ; PHILIPP WEBER, Gleichgeschlechtliche Elternschaft im internationalen Privatrecht, Tübingen 2017 ; MICHAEL WELLS-GRECO, The status of children arising from inter-country surrogacy arrangements, La Haye 2016.

Art. 66**5**

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

In fine, biffer Dutoit

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. 67**4**

In fine, lire Siehr/Markus, ZK-IPRG, art. 67 n° 11

Art. 68**4a n**

Lorsque le critère temporel de la résidence est le moment de la naissance (art. 69 al. 1), il serait artificiel de vouloir rechercher le contenu substantiel de cette notion dans la personne du nouveau-né. L'intégration dans la vie familiale est alors l'élément déterminant, combinée avec la perspective de durée du séjour des principales personnes de référence. Lorsque la naissance a eu lieu à l'étranger et que le séjour s'y prolonge pour quelque temps, il semble raisonnable de situer la résidence habituelle dans le pays du retour de la famille dans son pays d'ancrage, même s'il manque une présence physique qui constitue normalement une condition nécessaire du lieu de la résidence habituelle (cf. ATF 148 III 245 ss, 253, s'agissant du cas d'enfants nés en Géorgie d'une gestation pour autrui). Cette solution est préférable à celle consistant à se replier sur une simple résidence, faute de mieux (même arrêt, c. 6.3.2).

6

7^e ligne, ajouter à l'art. 23 al. 2 : ATF 148 III 255

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.

In fine, lire: Siehr/Markus, ZK-IPRG, art. 68 n° 10-12, 41, 46

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), le 27.9.2017 (Clunet 2018 p. 875) et le 16.12.2020 (Clunet 2021 p. 553).

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) ; le Tribunal fédéral a réduit le champ de l'ordre public à des cas abusifs, notant que tel n'est pas l'hypothèse dans laquelle la paternité du déclarant n'apparaît pas invraisemblable d'un point de vue objectif (ATF 22.7.2022, 5A_760/2021, c. 5.2 ; cf. art. 73 n° 2). 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, 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 contester 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.

25

16^e ligne, ajouter à la mention de l'art. 72 n° 9-11 : avec le renvoi à la Convention de la CIEC du 12.9.1962

IV^{bis}. La procréation médicalement assistée et la gestation pour autrui

26 n

La détermination de la filiation d'un enfant né grâce à une méthode de *procréation médicalement assistée* est en principe régie par l'art. 68. L'impossibilité pour l'enfant conçu au moyen d'un don de sperme de contester son lien de filiation à l'égard du mari de sa mère ou d'agir en paternité contre le donneur découle directement de l'art. 23 de la LF sur la procréation médicalement assistée du 18.12.1998 (RS 810.11) ; cette disposition a la valeur d'une règle d'ordre public. Par ailleurs, une loi étrangère qui accepte la filiation fondée sur une telle voie de procréation, même par rapport à une mère non mariée, ne heurte pas l'ordre public suisse (cf. Vischer, Festschrift Müller-Freienfels, p. 675, 678 ; Böhler/Bertschi, FamPra.ch 2013 p. 47-52). 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). 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).

26a n

La législation du 18.12.2020 sur le « mariage pour tous » n'accepte la parentalité de l'épouse d'une mère ayant donné naissance à un enfant au moyen d'un don de sperme qu'à la condition que la conception ait été faite en vertu de la LF citée (art. 255a CCS, FF 2020 p. 9609). Cependant, s'agissant d'une disposition de droit civil, elle ne s'applique que si le droit suisse est applicable selon l'art. 68. La condition qui est ainsi posée n'empêche pas l'application d'une loi plus favorable à la parentalité de la femme de la mère, désignée par l'art. 68 en cas de résidence habituelle de l'enfant à l'étranger ou consacrée dans un acte de reconnaissance d'enfant ou dans un jugement étranger répondant aux conditions de l'art. 70 ou de l'art. 73 al. 1, respectivement. Les autorités ne pourront pas toujours savoir si la mère de l'enfant né et enregistré en Suisse n'a pas bénéficié d'un don de sperme fait à l'étranger. En sus de cette marge d'incertitude, la réglementation adoptée, fruit d'un compromis politique, comporte des éléments discriminatoires en lien avec la nationalité des personnes impliquées et de l'exigence du mariage de la femme bénéficiaire du don, écartant ainsi la partenaire féminine non mariée qui ne peut reconnaître l'enfant, seule l'adoption étant disponible (cf. la critique de Papaux, RDS 2022 II p. 207, 230-232). L'art. 35 al. 6 OEC qui exige un certificat médical attestant la conformité avec la loi citée est étroitement calquée sur l'art. 255a CCS et ne tient pas compte de l'applicabilité d'une loi étrangère.

26aa n

La restriction liée au droit suisse a pour but de ne pas accepter des attributions d'enfant résultant d'une insémination protégeant l'anonymat du donneur. Refuser la parentalité de l'épouse d'une mère qui a procédé selon une législation étrangère correspondant à la loi suisse sur le droit de l'enfant d'obtenir des informations sur ses origines constitue une discrimination sans fondement qui n'a pas été voulue par le législateur.

26b n

Lorsqu'il manque une décision ou un acte de reconnaissance intervenu à l'étranger et reconnu en Suisse, le droit suisse constitue le droit de référence pour la filiation d'un enfant né à l'étranger d'une *gestation pour*

autrui. On ne peut guère faire autrement que de situer la résidence habituelle de l'enfant en Suisse et d'appliquer la règle de conflit de lois de l'art. 68 (cf. n° 4a). Le principe *mater semper certa est* se place alors en première ligne, avec pour effet que la mère ayant géré la grossesse jusqu'à la naissance de l'enfant est considérée comme la mère juridique du point de vue suisse, comme l'a constaté le Tribunal fédéral dans deux cas concernant la Géorgie (cf. ATF 148 III 255 ; ATF 1.7.2022, 5A_32/2021, c. 5.4). Cela n'est manifestement pas satisfaisant, compte tenu du fait que les arrangements conclus entre les parents d'intention (vivant en Suisse, en règle générale) et la mère d'emprunt prévoient normalement que celle-ci renonce ou est censée avoir renoncé, d'après sa loi, à toute prétention de type filiation ou autorité parentale. Le code civil de la Géorgie ne connaît pas le principe *mater semper certa est*, même pour les mères mariées (cf. art. 1189, 1191). Le principe *mater semper certa est*, au sens de la loi suisse, aboutit ainsi à une filiation totalement fictive par rapport à une femme dont la qualité de « mère » ne correspond à aucun lien réel avec l'enfant. Celui-ci ne peut exercer aucun contact avec la femme qui lui a donné naissance, dans un pays dans lequel il ne jouit par rapport à celle-ci d'aucun lien de filiation ou de parenté. Tout au plus peut-il porter le nom de sa « mère » qui l'a mis au monde, sachant toutefois que celle-ci n'y tient aucunement et que l'enfant sera révolté le jour où il doit comprendre qu'il est ainsi rattaché à une femme avec laquelle il n'a aucun rapport quelconque. Dans ces conditions, l'attribution du nom en tant qu'élément de la personnalité n'a aucun sens.

26c

Le principe *mater semper certa est* ne s'impose donc pas comme une évidence. Il le fait encore moins si l'on observe la jurisprudence. Il apparaît dans les arrêts de 2022 pour la première fois. Dans les deux arrêts californiens de 2015, il n'a pas été retenu, alors qu'il aurait pu l'être. Les nouveaux arrêts insistent en soulignant que le statut de la mère d'emprunt doit être défini selon la loi suisse désignée par l'art. 68 du fait que celle-ci ne dispose, *ex lege*, d'aucun lien de filiation en Géorgie. Or, dans les cas californiens, la mère d'emprunt n'était pas la mère juridique non plus, mais cela simplement du fait que des arrêts de justice ont statué ainsi. Ces arrêts n'ont pas été reconnus en Suisse sur ce point. Les enfants ont été considérés, du point de vue suisse, comme sans parents dans un cas (ATF 141 III 340, 345) et comme sans mère (respectivement sans lien avec l'homme partenaire du père génétique) dans l'autre (ATF 141 III 325, 327). Dans les deux cas, les « mères » ont accouché d'enfants sans en être les mères juridiques. En suivant les arrêts de 2022, il aurait fallu leur déterminer la filiation selon le droit suisse (art. 68) en application du principe *mater semper certa est*. Cela n'a pas été fait en 2015, avec l'avantage que l'on pouvait entamer plus directement la démarche visant l'adoption des enfants. On pourrait placer le second des arrêts cités à mi-chemin : le principe *mater semper certa est* y figure sous la forme d'un renvoi à l'art. 252 al. 1 CCS pour le cas où les filiations nées d'une gestation pour autrui en Californie ne seraient pas reconnues en Suisse (ATF 141 III 342 s.) ; cependant, en arrivant à ce refus, l'arrêt conclut que les enfants seraient sans parents (ATF 141 III 345), ce qui ne serait évidemment pas le cas si le principe *mater semper certa est* avait été appliqué comme le préconise l'arrêt trois pages en aval de son développement.

26d n

Si l'on voulait en rester au principe *mater semper certa est*, encore faudrait-il le faire de façon cohérente. Ce principe attribue la filiation maternelle exclusivement à la femme qui a accouché de l'enfant. Celle-ci devrait alors jouir, du point de vue suisse, de tous les droits découlant, en Suisse, d'un tel lien de filiation. Ce n'est pas ce que fait le Tribunal fédéral dans les arrêts concernant la Géorgie. Certes, la « mère » est enregistrée en cette qualité à l'état civil, mais elle ne jouit pas de l'autorité parentale qui lui revient d'après la loi tant qu'elle ne lui est pas retirée. Ces arrêts ne le disent pas en autant de termes, mais ils constatent que cette autorité revient exclusivement au père d'intention qui a reconnu ou qui pourra reconnaître l'enfant, en comptant sur le concours de la mère d'intention (ATF cités du 7.2.2022, c. 8.6, non reproduit dans l'ATF 148 III 245 ss, et du 1.7.2022, c. 7.4.4). L'art. 298b CCS est cité à l'appui de cette solution, qui devrait le cas échéant être ordonnée par l'autorité de protection des enfants ; pourtant, une telle autorité exclusive du père sur un enfant sans mère n'y figure pas. La demande de pourvoir l'enfant d'un curateur *ad litem* fut rejetée au motif que les enfants étaient représentés par les parents d'intention, sans laisser apparaître le moindre conflit d'intérêt (c. 1.6, respectivement c. 1.5). C'est exact, certes, mais cela méconnaît complètement que selon le droit suisse, l'autorité parentale revient exclusivement à la mère d'emprunt, juridiquement titulaire sur le fondement du principe *mater semper certa est*. De plus est, si le père d'intention détient seul l'autorité parentale, les enfants devraient porter son nom de famille (art. 270a al. 1 CCS) et non celui de la mère d'emprunt, comme cela fut admis (ATF cité du 7.2.2022, c. 7.5). De même, on comprend fort bien que le centre de vie de l'enfant qui fonde sa résidence habituelle est rattaché au lieu de la vie familiale des parents d'accueil (c. 6), mais on anticipe ainsi une situation familiale dont on nie l'existence juridique (par rapport à la mère d'intention tout au moins) de par le ratta-

chement de l'enfant à la mère d'emprunt en vertu dudit principe.

26e n

Procédant par une interprétation conforme au but et à l'objet de la loi, la jurisprudence devrait commencer par recaler le principe *mater semper certa est* à sa juste place, circonscrit à la relation entre la mère ayant la double qualité d'avoir donné naissance à l'enfant et de le reconnaître comme son enfant en droit. Le principe *mater semper certa est* puise ses origines dans l'intention du législateur de faciliter aux mères la constatation de leur maternité, les libérant du fardeau de devoir déclarer une reconnaissance de leur enfant, comme cela est connu dans de nombreux pays étrangers. Ce principe n'a manifestement aucun rôle à jouer lorsqu'il se présente en concours entre la mère d'emprunt ayant accouché et la mère d'intention qui a initié le processus, avec son partenaire, en commençant par fournir ses propres gamètes ou ceux d'une tierce personne.

26f n

En transposant ledit principe à la gestation pour autrui, on entame une démarche contradictoire au détriment de l'intérêt de l'enfant. En effet, imposer à l'enfant et à sa famille la maternité liée à la femme ayant accouché n'a aucun sens si l'on n'y attache aucun effet juridique quelconque au-delà du seul lien d'état civil, reconnu exclusivement du point de vue suisse. La vie familiale de l'enfant qui est protégé en droit fondamental et des droits de l'homme (art. 8 CEDH) comprend le lien familial de fait. Or, ce lien existe manifestement avec les parents d'intention, alors qu'il est inexistant par rapport à la mère d'emprunt. Pour celle-ci, l'enfant ne représente aucune attache quelconque, de droit et en fait. L'enfant n'a aucun intérêt à ce que de tels liens lui soient imposés. Pour lui, comme pour les parents d'intention, le principe *mater semper certa est* n'a aucun sens. La filiation doit être conçue dans la durée et non comme un mode de pure transition. Rattacher la maternité au seul acte charnel de l'accouchement « ne paraît plus tenable » (Papaux, RDS 2022 II p. 236). La maternité de la mère d'emprunt doit céder devant la réalité des intentions vécues par les familles concernées.

26g n

De toute manière, le Tribunal fédéral reconnaît qu'il fallait s'aligner sur l'avis consultatif de la CEDH du 10.4.2019 (art. 66-84 n° 7c) et offrir à la mère d'intention la possibilité d'établir sa filiation maternelle par un autre moyen, tel que l'adoption, à condition que celle-ci puisse être obtenue par une voie efficace et avec célérité (ATF cités du 7.2.2022, c. 8.1, non reproduit dans l'ATF 148 III 245 ss, et du 1.7.2022, c. 7.1). Aucune allusion n'est faite au sort de l'enfant au cas où l'adoption ne peut avoir lieu, faute de respecter une ou plusieurs conditions. Quoi qu'il en soit, quel est le sens du principe *mater semper certa est* si l'intérêt de l'enfant et de la famille d'intention exige qu'il soit anéanti dans ses effets par une adoption ? Certes, on parvient ainsi au résultat recherché, mais ce en se servant d'un principe comme une étape intermédiaire à laquelle il n'est pas destiné. Le principe *mater semper certa est*, s'il devait s'appliquer selon la logique de la lettre de la loi, ne peut se manifester qu'un instant, pour disparaître aussitôt. Pour la CEDH, « 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). Le droit au respect de la vie privé de l'enfant « requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention » (§ 46). La maternité que l'on croit pouvoir dégager dudit principe n'est donc jamais *semper certa*, étant donné qu'elle doit laisser la place à la filiation avec la mère d'intention au terme d'une période d'incertitude qui doit être « aussi brève que possible » (§ 49). Autant dire qu'une telle situation ne correspond en aucune manière au véritable sens et à l'objectif du principe *mater semper certa est*.

26h n

Il convient ainsi de privilégier une approche directe. L'intérêt de l'enfant milite en faveur de l'acceptation de l'identité de sa filiation en référence à l'ordre juridique qui a soutenu sa naissance. Il n'y a pas lieu d'imposer à la mère d'emprunt le principe *mater semper certa est* qui est à l'opposé du sens et de la réalité de la gestation pour autrui, et du même coup de priver les parents d'intention du résultat de leur projet auquel le droit suisse n'oppose aucune prohibition d'une quelconque efficacité. L'obstacle que l'on a cru lire dans la Constitution (cf. ATF 141 III 318 s., 339, 342) n'apparaît plus dans la récente jurisprudence. Du moment que l'on peut reconnaître qu'en l'espèce, l'intérêt de l'enfant milite pour son intégration dans la famille d'intention, le choix du mode opératoire importe peu, étant admis tout au moins que le détour par le principe *mater semper certa est* n'aura pas lieu.

26i n

En effet, le barrage que l'on a cru apercevoir à l'art. 119 al. 2 lit. d Cst.féd. ne résiste pas au simple regard du texte. Comme le Tribunal fédéral l'avait noté, la prohibition de la gestation pour autrui est dirigée vers des comportements en Suisse, sans ériger, en soi, un obstacle à la reconnaissance de filiations créées à l'étranger conformément à la loi locale (ATF 141 III 319, 339, 342). La disposition citée s'adresse d'ailleurs au législa-

teur suisse qui n'a pas compétence pour régulariser des comportements ayant lieu en pays étrangers ; il peut, certes, statuer sur les effets de tels actes en Suisse, mais la règle constitutionnelle n'est pas rédigée dans cette optique, puisqu'elle se borne à utiliser le verbe « interdire » et l'adjectif « non autorisé » (« unzulässig »). Le reproche d'un contournement frauduleux d'une prohibition de droit constitutionnel suisse (ATF 141 III 322 s., 343) repose donc sur des bases bien fragiles. De toute manière, alors que les arrêts de 2015 insistaient tant sur la fraude à la loi suisse, l'arrêt de 2022 ne le fait plus. Car le principe *mater semper certa est*, que l'on entend appliquer à la mère d'emprunt en Géorgie, consacre également une gestation pour autrui non autorisée par la Constitution. Cette mère étant inscrite sur le registre suisse de l'état civil, la « fraude » est consommée.

26j n

Il sera difficile de construire par la voie jurisprudentielle une adoption « light » qui sert l'intérêt à l'efficacité et la célérité du processus tel qu'esquissé par la CEDH et qui soit accessible aux parents d'intention auxquels le droit civil suisse n'offre pas, en l'état, la voie de l'adoption. Certes, dans un certain nombre de cas, le droit actuel de l'adoption peut servir à atteindre l'objectif porté par les intentions des parents. Dans les affaires concernant la Géorgie, cela semble avoir été le cas, mais on aurait tort de généraliser cette observation. Affirmer, comme le fait le Tribunal fédéral, que la CEDH n'aurait pas posé d'exigence temporelle, laissant les autorités décider de cas en cas (ATF cités, c. 8.5, respectivement c. 7.4.2), est inexact compte tenu de l'injonction claire que le processus d'adoption doit garantir l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant (§ 55), l'objectif consistant à ce que le lien de filiation de l'enfant puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé (§ 52), de telle manière que la durée de l'incertitude quant à son statut soit « aussi brève que possible » (§ 49). La jurisprudence devra donc s'inspirer des injonctions d'effectivité et de célérité, rappelées par ailleurs dans l'arrêt fédéral (c. 8.1, respectivement c. 7.1). Le Conseil fédéral, en réponse à la Motion n° 22.3382 du 8.4.2022, accepte la nécessité d'un allègement du droit de l'adoption, justifié au regard de l'ATF 7.2.2022 (ATF 148 III 245 ss). Aussi ne faut-il pas ignorer l'hypothèse du décès de l'un des parents d'intention (cf. Dutoit/Bonomi, art. 68 n° 15).

26k n

Le Tribunal fédéral juge non pertinent un arrêt de la Cour de cassation française qui a écarté toute idée d'adoption en raison de la durée excessive du combat mené par les époux *Menesson* (arrêt du 4.10.2019, art. 66-84 n° 7c), ce sans citer deux autres, de la CEDH, estimant que l'on pouvait se contenter d'une procédure s'étendant sur une période entre 4 et 5 mois (arrêts rendus contre la France, le 12.12.2019 et le 16.7.2020, cf. art. 66-84 n° 7c). Même sans attribuer une valeur absolue à ces indications temporelles, il est loin d'être certain que le processus suisse en vue d'adoption réponde aux exigences. Il suffit d'additionner la durée du lien nourricier d'un an (art. 264 CCS) et celle de la procédure d'adoption proprement dite, comprenant une enquête et la confection de rapports d'évaluation de la situation familiale, pour comprendre qu'en règle générale, on est loin du compte (cf. Stegmüller, p. 285 ; Papaux, RDS 2022 II p. 237 ; Brodealä/Peter, SRIEL 2022 p. 415-417). Le législateur suisse préférerait sans doute l'option de l'adoption, mais il faudrait alors qu'il se saisisse de la question et prépare une législation offrant les allègements appropriés. Il s'agirait d'une « preferred adoption » (suggérée par Thomale, JPIL 2017 p. 471 s. ; idem, Mietmutterchaft, p. 93-99). Cependant, même dans une telle optique, il faudrait également rendre l'adoption accessible aux couples non mariés afin d'éviter une discrimination non justifiée.

26l n

La reconnaissance d'enfant par la mère d'intention apparaît également comme un moyen approprié. Certes, le droit civil suisse ne connaît pas cette institution, comme l'observe le Tribunal fédéral (ATF cité du 7.2.2022, c. 7.4.1, non reproduit dans l'ATF 148 III 245 ss). Cependant, ce n'est pas entièrement exact. On notera d'abord que la LDIP ne fait pas de la reconnaissance d'enfant un acte réservé aux hommes (cf. art. 71-73). Malgré la disparition d'une disposition correspondante dans la version de l'OEC antérieure à 2004 (ancien art. 108 ; cf. art. 72 n° 16), la Suisse doit offrir un instrument de forme afin de permettre aux mères de faire une telle déclaration, conformément à la Convention de la CIEC du 12.9.1962 (RS 0.211.222.1 ; cf. art. 72 n° 11) et sans égard au fait que la filiation repose par ailleurs sur le principe *mater semper certa est*. La déclaration figure normalement sur l'acte de naissance (art. 1), mais elle peut être faite autrement dans chaque Etat contractant (art. 2 et 3). L'ordre public suisse ne s'y oppose pas. Certes, une telle reconnaissance d'enfant faite valablement quant à sa forme ne jouit pas pour autant de sa validité quant au fond. La Convention ne règle pas ce dernier point (art. 4). Dans la première affaire concernant la Géorgie, la reconnaissance par le père a été valablement reçue par le biais de la communication du contrat de gestation pour autrui à l'office suisse de l'état civil ; la question n'était plus litigieuse devant le Tribunal fédéral (c. 7.3). Il n'y aurait pas de raison de ne pas accepter la même manière de procéder s'agissant d'une déclaration faite par la mère d'intention. Le Tribunal fédéral

écarte une telle solution au motif de la priorité de la filiation résultant du principe *mater semper certa est*. La mère d'intention ne peut reconnaître un enfant, dit-on, sans écarter d'abord cette filiation, une opération inconnue dans la loi, tant en Suisse qu'en Géorgie (c. 7.4.1). Ce raisonnement suppose que le détour par le principe *mater semper certa est* soit incontournable. L'affirmation que l'art. 73 ne connaîtrait pas une déclaration d'abandon de filiation est un peu court. Un tel acte est comparable à une contestation de la reconnaissance, qui est reconnue en Suisse si elle a eu lieu dans l'un des Etats mentionnés, en l'espèce l'Etat national de la mère d'emprunt. Le fait que l'alinéa 2 de l'art. 73, qui régit la matière, mentionne uniquement les « décisions étrangères », mais non les « actes concernant l'état civil » comme à l'art. 32 al. 1, ne devrait pas porter à conséquence. On aurait donc pu reconnaître la négation de toute reconnaissance de la filiation de la mère d'emprunt, telle qu'affirmée dans le contrat de gestation pour autrui conformément à la loi locale, et procéder avec la déclaration de la mère d'intention comme on l'a fait avec la reconnaissance du père. On rappellera d'ailleurs que le lien génétique n'est pas une condition de la reconnaissance d'enfant ; en son absence, une contestation peut avoir lieu si tel est l'intérêt d'une personne concernée. Par ailleurs, le Tribunal fédéral, à part d'ignorer la Convention de la CIEC, n'a pas noté non plus que la Turquie en fait partie, comme la Suisse ; le fait que la Turquie adhère au principe *mater semper certa est* n'y change rien, contrairement à ce que l'arrêt en dit (c. 7.4.2).

26m n

La jurisprudence devra encore définir le point de repère dans l'idée, avancée par le Tribunal fédéral dans un contexte voisin, qu'il fallait protéger l'enfant grandissant « au sein du couple formé par ses deux parents d'intention ». Cette définition, plutôt large, devait s'appliquer à la situation de l'ex-partenaire enregistrée d'une mère, qui doit pouvoir revendiquer un droit aux relations personnelles avec l'enfant au motif qu'elle représentait pour lui une figure parentale d'attachement (cf. ATF 147 III 209 ss, 212-214). Or, s'il fallait protéger la « filiation d'attachement » née au sein d'un couple de partenaires, pourquoi ne devrait-elle pas l'être également dans le couple d'intention ayant procédé à une gestation pour autrui, dont le mari a reconnu légalement l'enfant ou s'apprête à le faire, tandis que son épouse forme avec lui une unité familiale générant une filiation d'attachement à l'égard de leur enfant ? Il n'est pas certain qu'il faille aller aussi loin, comme on peut s'interroger sur l'avenir de la jurisprudence citée. Car en parallèle à l'établissement de liens de filiation de nature biologique, le développement des hypothèses de parentalité juridique semble devoir être encadré par des actes de volonté (reconnaissance, adoption) émanant de chacun des parents en sus des circonstances d'attachement entourant la vie de l'enfant.

26n n

Pourtant, si aucune de ces voies ne serait engagée, ou susceptible de l'être, dans l'intérêt de l'enfant dont il est certain qu'il ne doit pas être ou resté attaché juridiquement à la mère d'emprunt, on en reste au principe posé par l'avis consultatif de la CEDH de l'obligation des Etats parties de reconnaître le statut juridique créé par les parents d'intention à travers une gestation pour autrui opérée en pays étranger (Papaux, RDS 2022 II p. 236). Si ce statut ne peut être reconnu sur le fondement des règles de reconnaissance de décisions ou actes publics étrangers, il y a lieu d'ajuster les règles de conflit de lois et le droit national désigné par elles de manière à ce que la filiation créée valablement à l'étranger puisse devenir effective en Suisse. Le principe *mater semper certa est* se place en travers de cet impératif capital. Il doit laisser sa place à l'épanouissement de la filiation de l'enfant conformément au projet mené de bonne foi par les parents d'intention et la mère d'emprunt.

26o n

On ajoutera que si l'intérêt de l'enfant à la confirmation de sa filiation par rapport aux parents d'intention doit l'emporter, certes, il le fait toujours dans le contexte de l'ordre public. Lorsque, comme on le soupçonne parfois, des réticences apparaissent à l'égard de la manière dans laquelle le processus de gestation pour autrui a été entamé et mené à terme, on est encore placé au niveau de l'appréciation de l'intérêt de l'enfant qui constitue le cadre de référence pour tenir compte de situations qui paraissent douteuses. Un contrôle juridictionnel n'est donc pas inapproprié ; il peut s'avérer utile afin de mesurer les risques que la gestation pour autrui peut engendrer, notamment pour l'enfant, lorsqu'elle est pratiquée à l'étranger par des ressortissants d'un pays où elle n'est pas autorisée (cf. CEDH, D. c. France, 16.7.2020, § 86/87). L'autorité en charge de la transcription à l'état civil (art. 32) et le juge du fond (art. 68) disposent du cadre procédural nécessaire, en tout cas tant que le législateur ne décide pas d'un aménagement mieux structuré.

26p n

Compte tenu de la situation qui tend à se cristalliser à la suite de l'avis consultatif de la CEDH de 2019, reconnu par le Tribunal fédéral, les citoyens suisses procédant en pays étranger à une naissance à travers une gestation pour autrui devraient y trouver du réconfort lorsqu'ils requièrent l'autorisation de séjour pour l'enfant qu'il compte amener chez eux en Suisse. Les exigences en matière de fourniture de documents qui leur sont

opposées à travers les services consulaires suisses vont souvent au-delà de ce qui est nécessaire compte tenu de la jurisprudence récente. A l'avenir, on devrait pouvoir compter avec des allègements, conformes à l'état actuel du droit.

35

15/16^e lignes, lire Siehr/Markus, ZK-IPRG, art. 72 n° 16

36

In fine, lire Siehr/Markus, ZK-IPRG, art. 68 n° 22-25

Art. 69

1

Ajouter à la première phrase : ... ce qui rend la détermination de la résidence habituelle parfois difficile (cf. art. 68 n° 4a).

3

In fine, lire Siehr/Markus, ZK/IPRG, art. 69 n° 13.

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).

7

In fine, lire Siehr/Markus, ZK-IPRG, art. 68 n° 10-12, art. 69 n° 9

Art. 70

1

In fine, lire Dutoit, art. 70 n° 4, puis 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

3^e ligne, lire Siehr/Markus, ZK-IPRG, art. 70 n° 5-14

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. La pression en faveur de la reconnaissance de situations de multiparenté va croissant (cf. Kessler, FamPra.ch 2020 p. 398-401).

3 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 de l'ordre public suisse, car une telle filiation ne se distingue guère d'une adoption de l'enfant du partenaire enregistré, à condition que la parentalité soit vécue comme dans l'hypothèse d'une adoption.

4 n

L'art. 70 porte sur la reconnaissance de décisions ou actes formateurs et non sur celle d'actes d'état civil (cf. art. 32 n° 1). La distinction est souvent méconnue (ainsi par Büchler/Bertschi, FamPra.ch 2013 p. 44). Le Tribunal fédéral l'a rappelé encore récemment, dans le contexte d'une gestation pour autrui (cf. ATF 148 III 245 ss, 249-252 ; ATF 1.7.2022, 5A_32/2021, c. 4). Cela signifie que la filiation d'un enfant issu d'un tel mode de procréation, lorsqu'elle est attestée par un acte de naissance incluant uniquement la mention d'une filiation

établie *ex lege*, doit être examinée en termes de droit applicable (art. 68) et non sous l'angle de la transcription d'actes concernant l'état civil (art. 32, 70). Un tel acte jouit d'une valeur probante en Suisse, mais celle-ci ne va pas plus loin que les actes suisses analogues (cf. art. 33 n° 17-19).

4a n

Les critères de compétence indirecte ne sont souvent pas réalisés dans un pays étranger dans lequel se trouve la mère d'emprunt qui accouchera de l'enfant puis le remettra aux parents d'intention n'ayant aucune attache avec ce pays. Le Tribunal fédéral accepte 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 d'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. Le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant tel qu'affirmé par la CEDH comprend nécessairement l'abandon du contrôle de la compétence « indirecte » selon l'art. 70 qui pourrait 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 d'intention (cf., pour une jurisprudence analogue en matière d'adoption, art. 78 n° 5, avec les références aux arrêts de la Cour en matière d'adoption).

5

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 (cf. les indications figurant dans l'avis consultatif de la CEDH de 2019 (§ 22-24). Les travaux initiés par la Conférence de La Haye dès 2010 n'aboutiront pas dans un avenir prévisible. Une réflexion progresse lentement mettant au centre la protection de l'enfant malgré l'hostilité proclamée dans les pays des parents à l'égard de ce mode de procréation (cf. les Principes de Vérone du Service social international de mars 2021).

5a n

La controverse fondamentale qui divise les pays concernés est difficile à surmonter. Les pays d'accueil, d'un côté, veulent empêcher ou tout au moins réduire très fortement les naissances d'enfants de mère porteuse, tandis que les pays d'origine y voient une contribution à leur développement et au bénéfice des parents privés d'enfant. Ainsi, pour l'Inde, considéré comme un « hub » majeur d'enfants nés par gestation d'autrui dans le monde, la position est nette et sans nuance, exigeant que les pays doivent reconnaître les pratiques de gestation menées dans l'intention de contribuer au bien-être de leurs citoyens lorsque ceux-ci reviennent au pays avec un enfant né d'une mère porteuse (cf. Pillai, p. 321, 331).

6 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 avait 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 a reconnu (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 que depuis une récente réforme, le Code civil accepte l'adoption de l'enfant du partenaire (art. 264c CCS), ce que la pratique a déjà reconnu lorsque l'adoption a eu lieu à l'étranger (ATF 141 III 321).

7 n

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 a répondu 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 ; et pour une discussion détaillée du rôle de l'ordre public, Duden, p. 133-193). Le premier des cas cités (ATF 141 III 312 ss) a été porté devant la CEDH (n° 58252/15), suivi de l'affaire 5A_912/2017 (n° 26848/18). Le premier arrêt rendu par la CEDH a d'emblée placé l'enfant au centre du débat : l'argumentation du Tribunal fédéral « est certes pertinente, mais pas décisive en soi dans le cas d'espèce ». Il convient, en effet, du point de vue de la Convention, « de faire abstraction du comportement éventuellement critiquable des parents de manière à permettre la recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant » (CEDH, D.B., 22.11.2022, § 86). Concrètement, en refusant toute possibilité de faire reconnaître le lien de filiation de manière définitive durant plus de sept ans, la Suisse a placé l'enfant dans une incertitude juridique quant à son identité dans la société et l'a privé de vivre et d'évoluer dans un milieu stable, violant ainsi son droit au respect de la vie privée (§ 87-90).

8 n

La jurisprudence dégagée des arrêts de 2015 doit être reconfigurée au regard des arrêts récents rendus dans des affaires concernant la Géorgie (ATF 148 III 245 ss ; ATF 1.7.2022, 5A_32/2022 ; cf. art. 68 n° 26b-26m). Certes, ces arrêts ne sont pas directement applicables à l'examen de la reconnaissance d'une filiation gérée pour autrui, étant donné l'absence d'une décision ou d'un acte public pertinent établi dans le pays de naissance, la Géorgie (cf. n° 4). Dans ces affaires, le sort des enfants dépendait au départ des règles de conflit de lois de la LDIP, désignant la loi de leur résidence habituelle (art. 68). Selon le droit suisse, la filiation *ex lege* devait être rattachée à la mère d'emprunt, par application du principe *mater semper certa est* (cf. art. 68 n° 26b-26h). Afin de consacrer la filiation avec la mère d'intention, celle-ci devait opter pour une adoption, dont le prononcé pouvait être escompté dans un délai raisonnable. Le droit suisse étant applicable, l'ordre public suisse n'était pas en jeu. Pourtant, lors de l'examen des options disponibles au cas où la naissance aurait été complétée en Géorgie par des actes susceptibles de solliciter l'application des règles de reconnaissance de la LDIP, le Tribunal fédéral ne mentionne à aucun moment que l'ordre public suisse pourrait constituer un obstacle.

Une Greffière du Tribunal fédéral n'a pas fait 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 consultatif de la CEDH, dont elle croit pouvoir déduire qu'il aurait implicitement confirmée le droit et la jurisprudence suisses. Pire encore, l'article de Montisano/Uebersax dans la SJZ 2020 p. 595-604 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. L'article est rédigé à l'attention des ressortissants suisses exposés à la rigueur du Service des migra-

tions 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 sur le registre de l'état civil sur la seule base des documents étrangers. On n'en dira pas mieux des observations de M. Loacker à propos de l'arrêt du Verwaltungsgericht de Zurich du 14.5.2020 (Fam-Pra.ch 2020 n° 54 p. 992, qui croit savoir que les arrêts de la CEDH de 2014 sont encore déterminants alors que l'exact contraire ressort de l'avis consultatif de la Cour dont l'auteur ne dit rien alors qu'il est cité dans le même arrêt.

9 n

Le raisonnement suivi dans ces nouveaux arrêts enlève à la jurisprudence de 2015 sa pertinence sur un point important : l'ordre public suisse ne s'oppose pas catégoriquement à la reconnaissance de la filiation de l'enfant par rapport à ses parents d'intention, mais un Etat qui entend renoncer à une transcription directe de la nouvelle filiation sur ses registres de l'état civil doit disposer d'un moyen pour régulariser l'attribution de l'enfant à ses vrais parents autrement, en garantissant l'efficacité et la célérité de sa mise en œuvre dans l'intérêt de l'enfant.

10 n

L'ordre public suisse ne s'efface donc pas complètement. Les conceptions dominantes (marquées par de grandes réticences) sont ménagées dans la mesure où un autre moyen peut s'avérer disponible pour consacrer la filiation de l'enfant par rapport à ses parents d'intention, et ce au mieux en offrant un regard sur l'observation satisfaisante de l'intérêt de l'enfant. Mais à défaut d'un tel moyen de substitution, l'ordre public ne peut servir de rempart à l'encontre de la reconnaissance de la filiation résultant d'une gestation pour autrui, à l'instar de ce qui résulte de l'art. 8 CEDH à la lumière de l'avis consultatif de la CEDH. Sur ce point, les arrêts de 2015 sont dépassés, principalement dans leur optique que la sanction de ce que l'on croyait constituer une fraude à la législation suisse, qui aurait dû l'emporter sur le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant à jouir de la filiation par rapport à ses parents d'intention. L'ordre public subsiste, en revanche, en tant que cadre de référence pour vérifier que la gestation pour autrui a été menée dans le respect de l'intérêt de l'enfant.

Art. 71-74

4

In fine, lire Schwander, BSK-IPRG, art. 71 n° 10 ; Siehr/Markus, ZK-IPRG, art. 71 n° 8

Art. 71

3

7° ligne, lire Siehr/Markus, ZK-IPRG, art. 71 n° 16

Art. 72

4

In fine, biffer la parenthèse.

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). Il apparaît donc qu'il serait en principe dans l'intérêt de l'enfant que la mère soit encouragée à exprimer son consentement, en sorte que la reconnaissance valable en Suisse le soit également en Allemagne (cf. ATF 13.7.2021, 5A_722/2020, c. 4.2, qui ne voit pas l'intérêt de la question).

16

7° ligne, insérer : ou faire une déclaration dont le sort est incertain à l'étranger, puis ajouter « pleinement » après « respecter ».

21

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

Art. 73

1

5^e ligne, ajouter : ATF 21.2.2022, 5A_822/2020, c. 3.1.3

8^e ligne, insérer en début de parenthèse : ATF 19.11.2019, 5A_680/2018, c. 3.2 ; ATF 7.2.2022, 5A_545/2020, c. 7.1 ; ATF 1.7.2022, 5A_32/2021, c. 6.

11^e ligne, insérer : Un acte émis quelque temps après la naissance suffit (ATF cité du 21.2.2022, c. 3.4-3.6).

1a n

La reconnaissance d'un enfant par un homme sachant qu'il n'est pas le père ne heurte pas l'ordre public suisse (sauf dans un cas de fraude manifeste), l'action en contestation étant réservée (cf. ATF cité du 21.2.2022, c. 3.8). On constate un glissement de l'exigence du lien biologique vers le respect de la vie socio-affective, résultant dans un affaiblissement de l'ordre public (cf. art. 68 n° 24a). La paternité déclarée par un homme de bonne foi, sans une volonté de vouloir contourner la loi (notamment si la reconnaissance était valable dans l'Etat étranger du lieu de sa déclaration), et qui n'apparaît pas invraisemblable d'un point de vue objectif, ne heurte pas l'ordre public suisse, ce qui est d'autant plus évident dans une situation dans laquelle les parents entendent vivre avec l'enfant une véritable vie de famille, renforcée le cas échéant par leur mariage (cf. ATF 22.7.2022, 5A_760/2021, c. 5.2). Une intention de contourner les conditions d'une adoption doit certes être observée en tant qu'obstacle à une telle reconnaissance, mais ce n'est pas une raison pour faire jouer l'ordre public de façon catégorique, heurtant la vie familiale lorsque les circonstances ne laissent apparaître aucune hésitation à ce niveau.

5

In fine, insérer avant l'auteur cité : n° 1a, puis 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). L'octroi d'une kafala ne dispense pas de l'examen des conditions en vue d'une adoption à l'occasion d'une demande en placement nourricier (cf. ATF 17.11.2020, 5A_341/2020, c. 6).

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

3a n

L'omission de solliciter une autorisation de placement en vue d'adoption, ou le refus de l'obtenir, peut laisser les intéressés glisser sur une mauvaise pente s'ils entendent insister sur la voie de l'adoption. Pour le Tribunal fédéral, la méconnaissance de l'exigence du lien nourricier et du placement préalable peut laisser libre cours à une pratique consistant à se « procurer » un enfant à l'étranger et à mettre les autorités devant le fait accompli (cf. ATF 27.8.2021, 5A_219/2021, c. 5.2.1.1, 5.2.4). Si le projet d'adoption avait été fondé au mépris des règles de procédure en matière d'adoption et de placement de l'enfant en vue de son adoption, la question de savoir si l'adoption serait néanmoins dans l'intérêt supérieur de l'enfant ne nécessite pas d'être examinée (ATF cité, c. 6), malgré le fait que la Cour cantonale avait noté que l'adoption « semblait s'inscrire dans l'intérêt de l'enfant » (c. 4.1). On ne saurait ouvrir la voie à la légalisation de situations illégales sous couvert de l'intérêt de l'enfant (c. 7.3). Le refus de prononcer l'adoption n'implique pas « nécessairement » une séparation entre la mère d'intention, ce d'autant que celle-ci et l'enfant pourraient retourner vivre en Ethiopie, où l'enfant a déjà fait l'objet d'une adoption, cependant non reconnue en Suisse (c. 7.3). Aucun examen concret de cette affirmation n'a eu lieu. Sur le plan général, l'exigence de décider du sort de l'enfant en toute hypothèse en fonction de son intérêt supérieur est incontournable (art. 3 CDE) et ne saurait être reléguée au motif de la méconnaissance de règles de procédure, pour laquelle l'enfant n'est pas responsable. Dire à la famille de retourner en Ethiopie constitue une menace déplacée, s'agissant d'une femme de nationalité suisse et établie à Genève depuis 15 ans déjà et auprès de laquelle l'enfant vit depuis plus de trois ans, dans une ambiance familiale qui a fait conclure

la tutrice, les auteurs d'un rapport d'enquête et le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant que l'adoption devait être prononcée. L'adoption ayant été refusée, l'enfant continuera sa vie dans le même contexte familial, comprenant un frère adopté, né en Ethiopie. On voit mal que l'enfant de cinq ans soit replacé auprès de tiers. L'arrêt du Tribunal fédéral aboutit donc uniquement à le priver d'un lien de filiation en Suisse. En effet, les parents biologiques en Ethiopie étant inexistant, l'enfant ayant été abandonné, et aucune adoption ne pouvant s'y substituer, l'enfant n'a pas d'identité en termes de filiation et de relation familiale ; les art. 7 et 8 CDE sont bafoués sans avoir mérité une mention.

4 n

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 biffer la suite.

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

Biffer la dernière phrase.

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.

In fine : biffer la dernière phrase.

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 futurs 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 changée, 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.

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 :

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 ; CHRISTINE BUDZIKIEWICZ, La réforme du droit de l'adoption internationale en Allemagne, *Rev.crit.* 2021 p. 361-369 ; ROBERT MAGNUS, Die Neuregelung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts der Adoption, IPRax 42 (2022) p. 552-560 ; MARÍA SUSANA NAJURIETA, L'adoption internationale des mineurs et les droits de l'enfant, RCADI 376 (2014) p. 199-493 ; GIUSEPPE PUMA, Il riconoscimento del provvedimento straniero di adozione omoaffettiva nell'ordinamento italiano, RDI 104 (2021) p. 841-859 ; 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 ; ROLF WAGNER, Neues Internationales Privatrecht zur Adoption, StAZ 73 (2020) p. 129-136.

Art. 76

3

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.

17

In fine, ajouter: Pour le Tribunal fédéral, cependant, l'obstacle de l'ordre public qui pourrait se dresser contre la reconnaissance de l'annulation d'une adoption ordonnée à l'étranger n'offre guère de résistance, au motif que le droit suisse connaît déjà la possibilité de l'annulation d'un lien de filiation (à l'art. 260a-c CCS) et sans observer que le cas de l'adoption requiert à cet égard une très grande retenue (cf. ATF 25.8.2020, 5A_138/2020, c. 3, citant des sources qui n'ont aucun rapport avec l'adoption et le cas particulier, c. 3.3, 3.4) ; cet arrêt est consternant de par la pauvreté en valeur humaine et juridique (cf. obs. Bucher, SRIEL 2021 p. 479).

Le constat est simple : tout ce qui y est dit dans les considérants en droit relatifs au cas particulier est faux. Les Juges fédéraux croient pouvoir affirmer que l'annulation d'une adoption ne serait en rien extraordinaire et ils s'appuient à cet égard sur un arrêt et une décision de la CEDH qui n'ont strictement aucun rapport avec la question posée dans l'espèce (c. 3.3). Comme l'arrêt le dit, cette jurisprudence porte sur le retrait de l'autorité parentale, suivi du placement d'un enfant en vue d'adoption, ce qui implique la rupture du lien avec le parent biologique. C'est une problématique complètement différente de celle de la rupture d'une filiation fondée sur une adoption. Ensuite, les Juges fédéraux croient savoir que l'annulation d'une adoption n'est nullement insupportable (« geradezu unerträglich ») si on la compare à la possibilité de contester une reconnaissance d'enfant (art. 260a-c CCS), sans remarquer que celle-ci vise à effacer une filiation ne correspondant pas à un lien biologique, tandis que la disparition d'une adoption casse un lien fondé sur un lien social et familial, créé par une décision prise en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant (c. 3.4). Et l'arrêt ajoute encore que l'annulation d'une adoption n'aurait rien d'extraordinaire puisque la Suisse l'aurait accepté par la ratification de la Convention de La Haye de 1996. Les Juges fédéraux se réfèrent à ce propos à l'art. 4 de celle-ci, sans remarquer que cette disposition se borne à déclarer que l'annulation de l'adoption est exclue du champ d'application de la Convention. Quelle confusion ! Quelle méconnaissance d'une distinction élémentaire entre le contenu d'un traité et son champ d'application ! Faut-il alors se replier sur la présentation correcte de la notion d'ordre public (c. 3.2) ? Elle n'a pas été comprise. On y lit que l'ordre public doit s'apprécier en tenant compte du résultat de son application dans le cas particulier. On lit également que la mesure de retrait de l'autorité parentale doit être justifiée par l'intérêt supérieur de l'enfant (c. 3.3). Les Juges fédéraux n'ont pas fait leur devoir : rien n'est dit à ce sujet.

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 (RS 0.103.3), 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).

25

3^e ligne : remplacer RS 814.90 par RS 810.11.

26

In fine, remplacer l'art. 268c al. 3 CCS par l'art. 268d al. 4 CCS.

27

Remplacer l'art. 15 al. 1 Oaiad par : art. 19 al. 3 OAdo.

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 n

Lorsqu'une adoption simple est transformée en adoption plénière par l'effet de la loi étrangère, l'ordre public suisse n'est en principe pas violé (cf. Zivilgericht BS, REC 1987 p. 80). Une adoption par un seul des époux peut être reconnue en Suisse, alors même qu'elle n'était pas possible selon le droit suisse. Il en va de même pour une adoption conjointe par un couple non marié (cf. Othenin-Girard, *Ordre public*, n° 927). S'il s'agit d'un couple de personnes du même sexe, mariées ou réunies en un partenariat enregistré, depuis plusieurs années déjà, le respect du rapport de famille créé valablement à l'étranger l'a emporté (cf. ATF 141 III 312 ss, 321). Avec l'acceptation de l'adoption de l'enfant du partenaire enregistré (art. 264c al. 1 ch. 2 CCS) et, surtout, depuis l'adoption de la législation sur le Mariage pour tous, cet obstacle est définitivement levé. 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

3^e ligne, lire Schückel/Hauser, BSK-IPRG, art. 78 n° 37 ; Siehr/Markus, ZK-IPRG, art. 78 n° 28

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).

6

4^e ligne: lire „débiteur“ 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, Mölk). 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). En réponse à un postulat qui lui a demandé de s'y intéresser (n° 19.3105), le Conseil fédéral a présenté un rapport le 18.6.2021, dans lequel il recommande de ratifier la Convention et son Protocole, notant toutefois que cela touche au fédéralisme et produit des conséquences financières. Le Conseil fédéral conclut dès lors que l'impulsion de travaux complémentaires doit venir du Parlement. Celui-ci est saisi d'une nouvelle Motion (n° 22.3250) exigeant du Gouvernement qu'il élabore un modèle d'organisation approprié.

Bibliographie

LDIP :

CHRISTIAN ARNOLD, Exequatur ausländischer Unterhaltstitel in der Schweiz, AJP 30 (2021) p. 355-360 ; 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

<p>Schweiz und der EU, <i>in</i> Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Zurich 2016, p. 817-831 ; JULIAN POWELL/LADINA SOLÈR, Anrechnung eines hypothetischen Einkommens bei Wegzug eines unterhaltspflichtigen Elternteils ins Ausland, FamPra.ch 22 (2021) p. 35-48 ; RODRIGO RODRIGUEZ, Grenzüberschreitende Vollstreckung und Sicherung bei Unterhaltstiteln, <i>in</i> 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.</p> <p><i>Conventions de La Haye et de New York en matière d'obligations alimentaires :</i></p> <p>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, <i>in</i> Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Symposium zum Familienrecht Freiburg, Zurich 2013, p. 151-166.</p> <p><i>Convention de La Haye de 2007 et Règlement européen de 2008 :</i></p> <p>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 <i>et al.</i> (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, <i>in</i> 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, <i>in</i> Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zurich 2011, p. 729-745 ; VOLKER LIPP, Parteiautonomie im internationalen Unterhaltsrecht, <i>in</i> 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 ; FRANCESCO PESCE, Le obbligazioni alimentari tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea, Rome 2013 ; FAUSTO POCAR/ILARIA VIARENGO, Il regolamento (CE) N. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari, RDIPP 45 (2009) p. 805-828 ; GIAN PAOLO ROMANO, Droits et obligations alimentaires entre être humains, droits et obligations entre Etats et intérêt de la Suisse à adhérer aux Conventions de La Haye de 2007, SRIEL 31 (2021) p. 51-96 ; 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, <i>in</i> 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 RETAMOSA, 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.</p> <p><i>Droit international privé étranger et comparé</i></p>	Art. 79
<p>1 In fine, ajouter : Tribunal cantonal NE, RJN 2019 p. 191</p> <p>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 ».</p> <p>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.</p>	Art. 81
<p>3 In fine, lire Siehr/Markus, ZK-IPRG, art. 81 n° 5, 11</p>	Art. 83
<p>8 In fine, lire Siehr/Markus, ZK-IPRG, art. 83 n° 53</p>	Art. 83

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 usuelles 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).

17

Au début : Les modalités de la procédure sont réglées de façon détaillée (cf. ATF 18.10.2021, 5A_70/2021, c. 4-6).

9^e ligne : 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).

24

13^e ligne, ajouter à l'art. 2 ch.5 : cf. ATF 6.5.2020, 5A_778/2019, c. 4.2.1, jugeant compatible avec l'ordre public une décision autrichienne allouant l'entretien rétroactivement pour trois ans