

Commentaire romand - <i>Loi sur le droit international privé,</i> Convention de Lugano 1 ^{re} éd. 2011	Mise à jour Andreas Bucher 12.1.2022
--	---

Chapitre 5 Tutelle, protection de l'adulte et autres mesures protectrices

Nouveau titre depuis le 1.1.2013 (RO 2011 p. 772).

Art. 85

Législation

Dans le contexte de la révision du droit de l'autorité parentale, la rédaction (en langues française et italienne) de l'alinéa 4 de l'art. 85 a été rendue plus claire (RO 2014 p. 357 ss, 366). Depuis son entrée en vigueur, le 1.7.2014, cette disposition a la teneur suivante :

⁴ Les mesures ordonnées dans un Etat qui n'est pas partie aux conventions mentionnées aux al. 1 et 2 sont reconnues si elles ont été ordonnées ou si elles sont reconnues dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant ou de l'adulte.

⁴ Massnahmen, die in einem Staat ergangen sind, der nicht Vertragsstaat der in den Absätzen 1 und 2 erwähnten Übereinkommen ist, werden anerkannt, wenn sie im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes oder des Erwachsenen ergangen sind oder dort anerkannt werden.

⁴ I provvedimenti adottati in uno Stato che non è parte alle Convenzioni menzionate nei capoversi 1 e 2 sono riconosciuti se sono stati adottati o sono riconosciuti nello Stato di dimora abituale del minore o dell'adulto.

⁴ The measures taken in a State which is not party of the Conventions referred to in par. 1 and 2 are recognized provided that they have been taken or recognized in the State of the habitual residence of the child or the adult.

Législation – Loi sur le Tribunal fédéral (LTF)

Les Chambres fédérales ont été saisies d'un Message du Conseil fédéral relatif à la modification de la LTF (n° 18.051, FF 2018 p. 4713 ss, 4753, 4775), prévoyant entre autres qu'à l'avenir, le délai de recours de 10 jours vaudra également pour les décisions prises par une instance cantonale unique au sens de l'art. 7 LF-EEA statuant sur un enlèvement d'enfants et sur la base des Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes. Le Parlement ayant décidé de ne pas entrer en matière sur cette réforme de l'accès au Tribunal fédéral, la proposition relative à l'art. 7 LF-EEA a également été abandonnée.

Plan

Insérer sous « I » le sous-titre : *6.4 Le Règlement Bruxelles II^{ter}*

Bibliographie

LDIP et Conventions en général :

ANNA CLAUDIA ALFIERI/JOËLLE SCHICKEL-KÜNG, La coopération internationale en matière de protection des enfants, *in* La famille dans les relations transfrontalières, Symposium en droit de la famille Fribourg, Genève 2013, p. 69-87 ; STEPHAN AUERBACH, Kinderschutz in grenzüberschreitenden Fällen, RMA 74 (2019) p. 66-79 ; 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, Autorité parentale conjointe dans le contexte suisse et international, *in* La famille dans les relations transfrontalières, Symposium en droit de la famille Fribourg, Genève 2013, p. 1-68 ; IDEM, Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext, *in* Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Symposium zum Familienrecht Freiburg, Zurich 2013, p. 1-84 ; URS GLOOR/JONAS SCHWEIGHAUSER, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht, FamPra.ch 15 (2014) p. 1-25 ; FRANCINE HUNGERBÜHLER/SANDRA JOHN, Internationales Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, *in* CHRISTIANA FOUNTOLAKIS *et al.* (éd.), Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zurich 2016, p. 635-690 ; LUCA MARANTA, Die Abklärung der elterlichen Sorge im internationalen Kontext, RMA 72 (2017) p. 353-367 ; URS PETER MÖCKLI, Die Relocation von Kindern, RDS 136 (2017) II p. 229-311 ; IDEM, Wegzug des Kindes in Ausland, Materielle Beurteilung der Auswanderung, internationale Zuständigkeit und richterliche Kooperation, *in* Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser, Zurich 2017, p. 385-401 ; GIAN PAOLO ROMANO, Conflits entre parents et ordres juridiques en matière de responsabilité parentale, *in* Enlèvement parental international d'enfants, Bâle 2015, p. 85-127, en anglais: YPIL 16 (2014/15) p. 129-166 ; IDEM, Vers des tribunaux transnationaux pour les familles transnationales?, L'exemple

de la responsabilité parentale, Sem.jud. 141 (2019) II p. 245-280 ; IVO SCHWANDER, Kindes- und Erwachsenenschutz im internationalen Verhältnis, AJP 23 (2014) p. 1351-1374 ; MICAELA VAERINI, Autorité parentale, prise en charge et déménagement à l'étranger de l'enfant, in *Entretien de l'enfant et prévoyance professionnelle*, Genève 2018, p. 125-158.

Convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants :

Suisse : ANDREAS BUCHER, Que devient le droit (civil) international au Tribunal fédéral?, Jusletter, 8.5.2017 ; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, « Kleine Seelen, grosse Gefahr » - der Minderjährigenschutz im Internationalen Privatrecht der Schweiz im Überblick, in *Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander*, Zurich 2011, p. 577-591 ; NORA LISCHETTI, Unbegleitete Minderjährige im schweizerischen Asylverfahren, Asyl 27 (2012) p. 3-12.

Autres sources : MARIA CATERINA BARUFFI, La convenzione dell'Aja del 1996 sulla tutela dei minori nell'ordinamento italiano, RDIPP 52 (2016) p. 977-1019 ; CHRISTOPH BENICKE, Haager Kinderschutzübereinkommen, IPRax 33 (2013) p. 44-54 ; ALEGRÍA BORRÁS RODRÍGUEZ, La cláusula de compatibilidad del art. 52.2 del Convenio de La Haya de 1996 y los instrumentos comunitarios, in *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea, Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia 2012, p. 189-202 ; IDEM, The Protection of the Rights of Children and the Recognition of Kafala, in *Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Cambridge 2013, p. 77-87 ; IMEN GALLALA-ARNDT, Die Einwirkung der Europäischen Konvention für Menschenrechte auf das Internationale Privatrecht am Beispiel der Rezeption der Kafala in Europa, RabeslsZ 79 (2015) p. 405-428 ; NIGEL LOWE/MICHAEL NICHOLLS, The 1996 Hague Convention on the Protection of Children, Bristol 2012 ; NURIA MARCHAL ESCALONA, Reconnaissance et efficacité de la Kafala marocaine dans l'ordre juridique espagnol, Rev.crit. 104 (2015) p. 89-113 ; PETER MCELEAVY, The 1996 Hague Convention and the European Union: Connection and Disconnection, in *Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon*, Cambridge 2013, p. 371-380 ; NACIRA SAADI, L'institution de la kafala en Algérie et sa perception par le système juridique français, RIDC 66 (2014) p. 99-127 ; OLEG ZAYTSEV/VLADIMIR ZAYTSEV, The Russian Implementation of the Hague Children Conventions, YPIL 19 (2017/18) p. 421-448.

Convention de La Haye de 1961 sur la protection des mineurs :

HANSWERNER ODENDAHL, Das Haager Minderjährigenschutzabkommen (MSA) von 1961, Wie lebendig ist das Fossil ?, IPRax 35 (2015) p. 575-578.

Conventions de 1980 en matière d'enlèvements d'enfants :

Suisse – LF-EEA : ANNA CLAUDIA ALFIERI, Enlèvement international d'enfants : une perspective suisse, Berne 2016 [thèse] ; IDEM, Enlèvement international d'enfants : premières expériences avec la LF-EEA, FamPra.ch 13 (2012) p. 550-569 ; DANIEL BÄHLER, Direkte richterliche Kommunikation und das Internationale Haager Richternetzwerk, FamPra.ch 15 (2014) p. 359-372 ; IDEM, Die Siebte Spezialkommission der Haager Konferenz zur praktischen Handhabung der Übereinkommen über Kindesentführungen und Kinderschutz, FamPra.ch 19 (2018) p. 386-428 ; ANDREAS BUCHER, Das BG-KKE gilt auch für das Bundesgericht, in *Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander*, Zurich 2011, p. 485-503 ; IDEM, La volonté de l'enfant enlevé, in *Le droit en question, Mélanges en l'honneur de Margareta Baddeley*, Genève 2017, p. 61-80 ; IDEM, Kindesentführungen gemäss ZPO?, in *Zivilprozess und Vollstreckung national und international - Schnittstellen und Vergleiche*, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Berne 2018, p. 423-437 ; IDEM, Vollstreckung bei Kindesentführungen, FamPra.ch 19 (2018) p. 377-385 ; BASTIEN DUREL, Droits de garde et enlèvement international d'enfants, RMA 67 (2012) p. 190-223, version allemande, RMA 68 (2013) p. 174-220 ; CHRISTINE GUY-ECABERT/ELISABETH VOLCKRICK (éd.), Enlèvement parental international d'enfants, Saisir le juge ou s'engager dans la médiation ?, Neuchâtel 2015 ; SANDOR HORVATH, Versagegründe bei internationalen Kindesentführungen : ein kritischer Blick auf die Praxis des Bundesgerichts, FamPra.ch 18 (2017) p. 999-1020 ; JOËLLE KÜNG, L'enlèvement international d'enfants : deux ans d'expérience avec la loi fédérale et développements récents à l'étranger, in *Le droit civil dans le contexte international, Journée de droit civil 2011*, Genève 2012, p. 57-75 ; LUCIE MAZENAUER, Internationale Kindesentführungen und Rückführungen – Eine Analyse im Lichte des Kindeswohls, Zurich 2012 ; IDEM, Elterliche Sorge, Obhut, Aufenthaltsbestimmungsrecht und internationale Kindesentführung – der Anwendungsbereich des KHÜ unter altem und neuem Recht, in *Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Liber amicorum für Alexandra Rumo-Jungo*, Zurich 2014, p. 261-279 ; KARIN MEYER/LUCIE MAZENAUER, Internationale Kindesentführung - wie ist das HKÜ auszulegen ?, FamPra.ch 14 (2013) p. 57-77 ; DANIEL RIETIKER, Un enlèvement d'enfant devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme : L'affaire Neulinger et Shuruk c. Suisse analysée à la lumière des méthodes d'interprétation des traités internationaux, Revue trimestrielle des droits de l'homme 23 (2012) n° 90 p. 377-413 ; TINE VAN HOF/THALIA KRUGER, Separation from the Abducting Parent and the Best Interests of the Child: A Comparative Analysis of Case Law in Belgium, France and Switzerland, NILR 65 (2018) p. 131-153.

Autres sources : MARIA CATERINA BARUFFI, A child-friendly area of freedom, security and justice : work in progress in international child abduction cases, JPIL 14 (2018) p. 385-420 ; PAUL BEAUMONT *et al.*, Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights, ICLQ 64 (2015) p. 39-63 ; MARION BLONDEL, Guide du droit applicable au déplacement international illicite d'enfants, Limal 2020 ; MICHAEL BOGDAN, Some Reflections on the Treatment by the ECtHR of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, in *Entre Bruselas y La Haya, Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid 2013, p. 213-224 ; CAROL BRUCH, The Promise and Perils of a Protocol to the 1980 Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, in *Private law, national, global, comparative*, Festschrift für Ingeborg Schwenzer, Berne 2011, t. I, p. 237-249 ; CAROL S. BRUCH/MARGARET M. DURKIN, The Hague's Online Child Abduction Materials : A Trap for the Unwary, Family Law Quarterly 44 (2010) p. 65-82 ; LAURA CARPANETO, In-depth Consideration of Family Life v. Immediate Return of the Child in Abduction Proceedings within the EU, RDIPP 50 (2014) p. 931-958 ; CHRISTELLE CHALAS, Raison et sentiments en matière d'enlèvement international d'enfant, Rev.crit. 2019 p. 111-126 ; DAGMAR COESTER-WALTJEN, Das Zusammenspiel von Rechtsquellen und Institutionen bei internationalen Kindesentführungen, International Journal of Procedural Law (IJPL) 2 (2012) p. 12-35 ; CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, Convention Enlèvement d'enfants de 1980, Guide de bonnes pratiques, Partie VI, Article 13(1)(b), La Haye 2020 ; MARCELLA DISTEFANO, Interesse superiore del minore e sottrazione internazionale di minori, Milan 2012 ; JULIA EPPLER, Grenzüberschreitende Kindesentführung, Zum Zusammenspiel des Haager Kindesentführungsübereinkommens mit der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 und dem Haager Kinderschutzübereinkommen, Frankfurt a.M. 2015 ; ADELIN GOUTTENOIRE, Les enlèvements internationaux d'enfants devant la Cour européenne des droits de l'homme: entre obligation positive et ingérence, Revue trimestrielle des droits de l'homme 27 (2016), n° 105, p. 61-76 ; URS PETER GRUBER/LAURA MÖLLER, Die Zulässigkeit eines Sorgerechtsverfahrens bei vorangegangener Kindesrückgabe nach HKÜ, IPRax 39 (2019) p. 221-226 ; BETTINA HEIDERHOFF, Kindesrückgabe bei entgegenstehendem Kinderwillen, IPRax 34 (2014) p. 525-528 ; DIETER HENRICH, Zum Tatbestand der Kindesentführung, in *Familienrecht in Praxis und Theorie*, Festschrift für Meo-Micaela Hahne, Bielefeld

2012, p. 87-98 ; DAVID HODSON *et al.*, Child abduction returns trumped by asylum claims, IFL 2017 p. 281-284 ; GERHARD HOHLOCH, Ablehnung der Kinderückführung trotz "Widerrechtlichkeitsbescheinigung" wegen überwiegenden Kindesinteresses, IPRax 36 (2016) p. 248-252 ; COSTANZA HONORATI, Il ritorno del minore sottratto e il rischio grave di pregiudizio ai sensi dell'art. 13 par. 1 lett. b della convenzione dell'Aja del 1980, RDIPP 56 (2020) p. 796-842 ; STELLINA JOLLY/AADITYA VIKRAM SHARMA, Domestic violence and inter-country child abductions : an Indian judicial and legislative exploration, JPIL 17 (2021) p. 114-146 ; CHRISTIAN KOHLER, Grenzen des gegenseitigen Vertrauens im Europäischen Justizraum : Zum Urteil des EGMR in Sachen Avotins v. Lettland, IPRax 37 (2017) p. 333-338 ; THALIA KRUGER, International Child Abduction, The Inadequacies of the Law, Oxford 2011 ; NIGEL LOWE, Timing Issues in Settling Applications under the 1980 Hague Abduction Convention, *in* Festschrift für Dieter Martiny, Tübingen 2014, p. 107-126 ; IDEM, Return Orders under the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, The Issues Facing the Japanese Courts, Japanese Yearbook of International Law 57 (2014) p. 77-101 ; IDEM, Strasbourg in Harmony with The Hague and Luxembourg over Child Abduction?, *in* Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, Bielefeld 2015, p. 543-554 ; DIETER MARTINY, Internationale Kindesentführung und europäischer Menschenrechtsschutz - Kollision unterschiedlicher Ansätze, *in* Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, Bielefeld 2015, p. 597-609 ; PETER MCELEAVY, Judicial Communication and Co-operation and the Hague Convention on International Child Abduction, International Journal of Procedural Law (IJPL) 2 (2012) p. 36-53 ; IDEM, The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention : Prioritising Return or Reflection ?, NILR 62 (2015) p. 365-405 ; ONYOJA MOMOH, The interpretation and application of Article 13(1)(b) of the Hague Child Abduction Convention in cases involving domestic violence, JPIL 15 (2019) p. 626-657 ; MASAKO MURAKAMI, Japan's Recent Approach to The Hague Child Abduction Convention and Its Procedural Issues, ZZPInt 22 (2017) p. 339-357 ; RHONA SCHUZ, The Hague Child Abduction Convention, A Critical Analysis, Oxford 2013 ; KURT SIEHR, Gewöhnlicher Aufenthalt eines entführten Kindes vor und nach dessen Rückführung, IPRax 35 (2015) p. 144-148 ; ROBERT G. SPECTOR, A Guide to United States Case Law under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, YPIL 12 (2010) p. 139-178 ; SARAH VIGERS, Mediating International Child Abduction Cases, The Hague Convention, Oxford 2011 ; LARA WALKER, The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family in the Case-Law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: the Danger of Neulinger, JPIL 6 (2010) p. 649-682 ; LARA WALKER/PAUL BEAUMONT Shifting the Balance Achieved by the Abduction Convention: The Contrasting Approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice, JPIL 7 (2011) p. 231-249 ; SATOSHI WATANABE, The Ratification of the Hague Child Abduction Convention and its Implementation in Japan, *in* Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, Bielefeld 2015, p. 883-896 ; MICHAEL WILDERSPIN, Derechos fundamentales en materia de derecho de familia: en particular, la sustracción de menores, AEDIPr 11 (2011) p. 527-558 ; STEFAN WRBKA, Japans Beitritt zum Haager Kindesentführungsübereinkommen, ZfRV 55 (2014) p. 126-138 ; DAI YOKOMIZO, La Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants et le Japon, Rev.crit. 101 (2012) p. 799-813 ; JUN YOKOYAMA, A Japanese Implementation Bill for the 1980 Child Abduction Convention, *in* Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 661-672 ; SHUJI ZUSHI, Japan's 5-year experience in implementing the 1980 Hague Abduction Convention, IFL 2019 p. 80-88.

Convention de La Haye de 2000 sur la protection des adultes :

PIETRO FRANZINA, La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato, Padoue 2012 ; IDEM, La Convenzione dell'Aja sulla protezione internazionale degli adulti nella prospettiva della ratifica italiana, RDI 98 (2015) p. 748-814 ; RICHARD FRIMSTON *et al.* (éd.), The International Protection of Adults, Oxford 2015 ; FLORENCE GUILLAUME, Droit international privé, *in* Protection de l'adulte, CommFam, Berne 2013, p. 1155-1294 ; IDEM, Internationales Privatrecht, *in* Erwachsenenschutz, Berne 2013, p. 1199-1343 ; FLORENCE GUILLAUME/BASTIEN DUREL, La protection internationale de l'adulte, *in* Le nouveau droit de la protection de l'adulte, Bâle 2012, p. 341-383 ; JAN VON HEIN, Kollisionsrechtliche Aspekte neuer Formen des Erwachsenenschutzes, *in* Festschrift für Herbert Kronke, Bielefeld 2020, p. 149-159 ; KATJA KARJALAINEN, Fragility of Cross-Border Adult Protection, YPIL 20 (2018/19) p. 439-465 ; ANNA-LUISA LEMMERZ, Die Patientenverfügung, Autonomie und Anknüpfungsgerechtigkeit, Tübingen 2014 ; SILVIA MARINO, Aspetti internazionali delle disposizioni anticipate di trattamento, RDIPP 54 (2018) p. 608-634 ; PHILIPPE MEIER, Droit de la protection de l'adulte, Articles 360-456 CC, Zurich 2016 ; IDEM, De la Côte d'Azur au Lac Majeur: ... ou comment un mandat d'inaptitude survit-il à un déménagement?, *in* Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser, Zurich 2017, p. 363-384 ; LARA M. PAIR/PATRICK SIMON GLOOR, Mandat pour cause d'inaptitude: Comment aborder les aspects internationaux, L'expert financier 2020 p. 303-307 ; RENATE SCHAUB, Kollisionsrechtliche Probleme bei Vorsorgevollmachten, IPRax 36 (2016) p. 207-215 ; ANDREAS SPICKHOFF, Vorsorgeverfügungen im Internationalen Privatrecht, *in* Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, Bielefeld 2015, p. 825-842.

Union européenne :

En général et Règlement Bruxelles II^{bis} : CHRISTOPH ALTHAMMER (éd.), Brussels IIa, Rome III, Article-by-Article Commentary, Munich 2019 ; NICOLAS BAREÏT, La Cour de justice de l'Union européenne artisan de la lutte contre les enlèvements d'enfants, Observations sur une jurisprudence bien éclairée, Revue trimestrielle de droit européen 47 (2011) p. 537-559 ; SILVIA BARTOLINI, In the name of the best interests of the child : the principle of mutual trust in child abduction cases, CML Rev. 56 (2019) p. 91-120 ; PAUL BEAUMONT, Not heard and not returned : the reality of Article 11(8) proceedings, IFL 2015 p. 124-133 ; PAUL BEAUMONT *et al.*, Conflicts of EU courts on child abduction, JPIL 12 (2016) p. 211-260 ; ANATOL DUTTA, Grenzüberschreitender Gewaltschutz in der Europäischen Union, FamRZ 62 (2015) p. 85-92 ; ANATOL DUTTA/ANDREA SCHULZ, First Cornerstones of the EU Rules on Cross-Border Child Cases : The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union on the Brussels IIA Regulation from C. to Health Service Executive, JPIL 10 (2014) p. 1-40 ; FEDERICA FALCONI, Il trasferimento di competenza nell'interesse del minore alla luce dell'interpretazione della Corte di giustizia, RDIPP 53 (2017) p. 662-692 ; REINHOLD GEIMER, Grenzüberschreitender Gewaltschutz in der Europäischen Union, *in* Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, Bielefeld 2015, p. 375-388 ; URS PETER GRUBER, Die perpetuatio fori im Spannungsfeld von EuEheVO und den Haager Kinderschutzabkommen, IPRax 33 (2013) p. 409-412 ; BURKHARD HESS, Grenzüberschreitende Gewaltschutzanordnungen im Europäischen Justizraum, *in* Zwischenbilanz, Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen, Bielefeld 2015, p. 453-460 ; COSTANZA HONORATI, Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali, RDIPP 49 (2013) p. 5-42 ; IDEM, La prassi italiana sul ritorno del minore sottratto ai sensi dell'art. 11 par. 8 del regolamento Bruxelles II-bis, RDIPP 51 (2015) p. 275-314 ; IDEM, La tutela dei minori migranti e il diritto internazionale privato : quali rapporti tra Dublino III e Bruxelles II-bis ?, RDIPP 55 (2019) p. 691-713 ; PILAR JIMÉNEZ BLANCO, Unmarried Fathers and Child Abduction in European Union Law, JPIL 8 (2012) p. 135-157 ; THALIA KRUGER/LISELOT SAMYN, Brussels II^{bis} : successes and suggested improvements, JPIL 12 (2016) p. 132-168 ; AGNE LIMANTE,

Establishing habitual residence of adults under the Brussels IIa Regulation, JPIL 14 (2018) p. 160-181 ; OLIVIA LOPES PEGNA, L'interesse superiore del minore nel regolamento n. 2201/2003, RDIPP 49 (2013) p. 357-384 ; NIGEL LOWE/VICTORIA STEPHENS, Operating the 1980 Hague Convention in the context of Brussels IIa – the 2015 statistics, IFL 2018 p. 12-24 ; ULRICH MAGNUS/PETER MANKOWSI (éd.), Brussels IIbis Regulation, Munich 2012 ; KALLIOPE MAKRIDOU, Recent developments on provisional measures relating to parental responsibility under the Council Regulation (EC) 2201/2003, FamPra.ch 13 (2012) p. 369-378 ; SILVIA MARINO, La portata della proroga del foro nelle controversie sulla responsabilità genitoriale, RDIPP 51 (2015) p. 349-366 ; DELPHINE PORCHERON, Le principe de reconnaissance mutuelle au service des victimes de violence, Rev.crit. 2016 p. 267-283 ; MARIANNE ROTH/CLAUDIA REITH, The Brussels IIa Regulation in Austria – 10 years of application, in Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Zurich 2016, p. 521-535 ; KATARINA TRIMMINGS, Child Abduction within the European Union, Oxford 2013 ; BENEDETTA UBERTAZZI, The hearing on the child in the Brussels IIa Regulation and its Recast Proposal, JPIL 13 (2017) p. 568-601.

Règlement Bruxelles II^{ter}: MARLENE BROSCHE, Die Neufassung der Brüssel IIa-Verordnung, GPR 17 (2020) p. 179-189 ; LAURA CARPANETO, La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore „in astratto“ e „in concreto“ nella riforma del regolamento Bruxelles II-bis, RDIPP 54 (2018) p. 944-977 ; SABINE CORNELOUP/THALIA KRUGER, Le règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagne du terrain, Rev.crit. 2020 p. 215-245 ; URS PETER GRUBER/LAURA MÖLLER, Die Neufassung der EuEheVO, IPRax 40 (2020) p. 393-405 ; COSTANZA HONORATI, La proposta di revisione del regolamento Bruxelles II-BIS, RDIPP 53 (2017) p. 247-282 ; ILARIA PRETELLI, Provisional Measures in Family Law and the Brussels IIter Regulation, YPIL 20 (2018/19) p. 113-148 ; ANDREA SCHULZ, Die Neufassung der Brüssel IIa-Verordnung, FamRZ 67 (2020) p. 1141-1150 ; ETIENNE THOMAS, La procédure de retour de l'enfant à l'aune du règlement Bruxelles 2 ter, Clunet 147 (2020) p. 897-922 ; MARC-PHILIPPE WELLER, Die Reform der EuEheVO, IPRax 37 (2017) p. 222-231.

Droit international privé étranger et comparé :

GHIDA BAWADKJI, Die Berücksichtigung des Kindeswohls im Zusammenhang mit der Scheidung, Eine besondere Betrachtung des deutschen IPR im Vergleich zu den Rechtsordnungen der arabischen Länder, Frankfurt a.M. 2012 ; DOROTHEA VAN ITERSSEN, Recognition and Enforcement of Foreign Civil Protection Orders - A Topic for the Hague Conference ?, in Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l'honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, p. 609-620 ; KARSTEN THORN/KAREN VÁRON ROMERO, Kollisionsrecht in der Twilight Zone, Zur Reform des Internationalen Privatrechts der Fürsorgeverhältnisse, IPRax 41 (2021) p. 15-28.

2

In fine, ajouter : sous réserve des relations avec la Turquie, pour laquelle seule la Convention de 1961 est encore applicable (art. 51 ; cf. n° 97).

2a n

La Convention de 1996 ne contenant pas de règle spécifique sur le champ d'application de ses règles de compétence « dans l'espace », elle s'applique dans toute la mesure où ses dispositions tendent à régir la résolution du cas particulier. Ainsi, il suffit de se demander si l'un des chefs de compétence qui y est retenu se trouve sur le territoire d'un Etat contractant ; lorsqu'un cas particulier présente des liens avec un Etat non contractant, il n'y a donc pas lieu de s'en remettre au droit national pour en dégager l'applicabilité de la Convention ; celle-ci intervient d'elle-même. Cela a souvent été méconnu (à commencer par l'ATF 8.1.2013, 5A_809/2012, c. 2.3.1, 2.4, ainsi que Othenin-Girard, AJP 2013 p. 612, déduisant l'application de la Convention du renvoi de l'art. 85 al. 1 ; de même, ATF 27.6.2013, 5A_90/2013, c. 3.3 ; ATF 19.6.2014, 5A_146/2014, c. 3.1 ; ATF 28.8.2015, 5A_246/2015, c. 2 ; et encore inexact Schwander, AJP 2014 p. 1353-1356).

2b n

Corrigeant son interprétation, le Tribunal fédéral est ensuite venu présenter la Convention de 1996 comme une loi uniforme (cf. ATF 142 III 1 ss, 4, avec la particularité que l'art. 5 al. 2 ne s'applique pas dans les relations avec les Etats non contractants). Il est vrai que ce n'est pas le rôle de l'art. 85 al. 1 d'attribuer à la Convention cette caractéristique de « loi uniforme », qui doit résulter d'elle-même. Bien que l'emploi de cette expression soit impropre, puisqu'elle vise normalement du droit matériel harmonisé, le Tribunal fédéral a bien compris dans cet arrêt du 26.11.2015 que la Convention de 1996 contient un régime autonome et complet de règles de compétence qui se substitue aux règles nationales. On aurait pu en rester là.

2c n

Cependant, deux mois plus tard, le 20.1.2016, le Tribunal fédéral a compris la Convention encore autrement. Celle-ci n'est plus une loi uniforme. Elle ne s'appliquerait pas, en l'espèce, « à titre de droit international », étant donné que la Tunisie, pays de résidence des enfants et de leur mère, ne l'a pas ratifiée (ATF 142 III 56 ss, 59 s.). Aucune disposition n'est citée, ou pourrait l'être, pour retenir une telle restriction au champ d'application des règles de compétence. Dans une telle situation, la Convention serait pertinente à teneur de l'art. 85 al. 1, « en tant que droit national ». L'arrêt examine alors toutes les dispositions de la Convention sur la compétence pour constater qu'aucune d'elles ne retient un for en Suisse. Or, du moment que ce résultat découle de la Convention, pourquoi dire que ce serait du « droit national » ?

2d n

Depuis cette jurisprudence confuse, la Convention est tantôt appliquée « en tant que droit national » (ATF 17.6.2016, 5A_264/2016, c. 3.1, suivant l'ATF 142 III 59 s., comme l'ATF 2.11.2017, 5A_382/2017, c. 2 ; ATF 15.1.2018, 5A_236/2016, c. 3.1.3 ; ATF 16.11.2020, 5A_105/2020, c. 3.1), tantôt sous la bannière de « loi unifiée » (ATF 11.8.2016, 5A_152/2016, c. 3.1, renvoyant à l'ATF 142 III 4). Dans un autre arrêt, concernant une famille ayant vécu au Népal où le père et la fille aînée vivaient encore, on n'a mentionné ni la Convention, ni la LDIP (ATF 7.6.2016, 5A_105/2016, c. 2.2). Puis, dans deux cas liés, l'un aux Etats-Unis, l'autre au Canada, on est revenu à la formule que la Convention s'appliquerait en vertu du « renvoi général de l'art. 85 al. 1 LDIP », sans citer aucun des arrêts figurant au Recueil officiel (ATF 28.6.2016, 5A_274/2016, c. 2.1 et 2.4 ; ATF 26.9.2016, 5A_582/2016, c. 2.2 ; de même, ATF 14.12.2016, 5A_795/2016, c. 3 ; ATF 1.7.2019, 5A_21/2019, c. 4). Enfin, comme s'il fallait appliquer la loi les yeux fermés, un arrêt du 27.10.2016 applique la loi suisse à l'attribution de la garde sur la base de l'alinéa 1 de l'art. 82, ignorant à la fois la réserve de l'alinéa 3, l'art. 85 et la Convention (5A_474/2016, c. 3). Un autre arrêt mentionne l'art. 48, sans remarquer que le règlement du sort des enfants ne constitue pas, en droit international privé, une mesure protectrice de l'union conjugale (ATF 13.12.2016, 5A_470/2016, c. 3).

2e n

Si l'on prend la mesure en suivant des arrêts plus récents, c'est la thèse de l'application de la Convention de 1996 en tant que « droit national » désigné par l'art. 85 al. 1 qui semble l'emporter. Le Tribunal fédéral applique donc la Convention sur le fondement de cet article de la LDIP lorsque l'enfant réside habituellement dans un Etat non contractant. L'art. 5 al. 2 de la Convention ne s'applique pas, et la *perpetuatio fori*, reconnu en droit suisse, intervient pour prolonger la compétence. Le résultat est correct au regard de l'art. 5 al. 2 qui n'impose le changement de compétence au profit de l'Etat de la nouvelle résidence que si cet Etat est partie de la Convention. Le raisonnement est pourtant faux s'il entend dire que la Convention ne s'appliquerait pas, ou uniquement en vertu du droit national de l'art. 85 al. 1. La Convention connaît d'autres règles de compétence, telles que l'art. 7 et l'art. 10, qui s'appliquent toujours en vertu de la Convention et non par le « renvoi » de l'art. 85 al. 1 LDIP.

2f n

Le Tribunal fédéral ne s'est pas aperçu qu'il est venu ouvrir une autre entorse à la cohérence de son raisonnement. En effet, lorsqu'il s'agit d'un adulte déplaçant sa résidence habituelle vers l'étranger dans un Etat non contractant de la Convention de La Haye sur la protection des adultes de 2000, le Tribunal fédéral applique l'art. 5 de celle-ci, non sans observer qu'elle correspond à l'art. 5 de la Convention parallèle de 1996 sur la protection des enfants (ATF 143 III 237 ss, 239-241). Il remarque en outre que d'autres règles de compétence de la Convention de 2000 continuent à s'appliquer (notamment celle sur le for de la nationalité, art. 7, et celle désignant le lieu des biens, art. 9) et que la Suisse peut conserver le principe de la *perpetuatio fori* au regard de l'art. 5 al. 2. Il n'est question nulle part que la Convention s'appliquerait en pareil cas à titre de droit national, en vertu de l'art. 85 al. 2, que l'arrêt ne mentionne même pas, alors que par rapport à la Convention de 1996, la règle quasi identique de l'art. 85 al. 1 est incontournable et fait de la Convention du droit national.

Que faut-il encore pour que cesse ce cafouillage ? Un arrêt qui dit que la Convention sur les adultes de 2000 s'applique même si l'adulte est parti dans un Etat non contractant (l'Espagne), tandis que d'autres arrêts disent, à propos des règles identiques de la Convention de 1996 sur les enfants, que celle-ci ne s'appliquerait pas dans la situation identique d'un départ de l'enfant dans un Etat non partie ? Et comment peut-on adopter un raisonnement affirmant que la Convention ne s'appliquerait pas « en tant que droit international », alors que la même Convention doit s'appliquer « en tant que droit national » en vertu du « renvoi » de l'art. 85 al. 1, et que l'on dit exactement le contraire à propos de la Convention parallèle de 2000, figurant d'ailleurs en bonne place à l'art. 85 al. 2 que l'on ne mentionne même pas ? N'observe-t-on pas que ce raisonnement est nécessairement vide de sens, car comment peut-on dire que la réponse que l'on cherche ne se trouve pas dans la Convention « en tant que droit international » et qu'il faille donc l'y chercher encore « en tant que droit national » – pour constater que, évidemment, à ce dernier titre, aucune réponse ne s'y trouve non plus ?

2g n

Cependant, en lisant les derniers arrêts, le mode rédactionnel mettant en jeu la Convention semble évoluer puisqu'il est dit que l'art. 85 « prévoit » l'application de celle-ci ou, plus simplement encore, que la Convention est applicable, sans prendre appui sur l'art. 85 (cf. ATF 9.2.2021, 5A_762/2020, c. 3 ; ATF 14.4.2021, 5A_933/2020, c. 1.1).

Ce paragraphe devient le n° 6a, *infra*.

5

In fine, lire ATF 130 III 454 s.

6

2^e ligne : remplacer « art. 50 » par : art. 51 ; cf. n° 97.

6a n

Au sein de l'Union européenne, on a préféré transposer tout d'abord les règles de juridiction et de coopération de la Convention de La Haye en droit communautaire, ce qui fut fait dans le Règlement 2201/2003 du 27.11.2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (*Règlement Bruxelles II^{bis}* ; JOCE 2003 L 338, p. 1 ; cf. n° 98-111). Ce texte a fait l'objet d'une refonte qui est devenue le *Règlement Bruxelles II^{ter}*, applicable dès le 1.8.2022 (JOUE 2019 L 178, p. 1, art. 100). Etant donné que l'on retrouve les règles de compétence de la Convention de La Haye 1996 dans ces deux Règlements, qui s'appliquent à la grande majorité des Etats parties à la Convention de La Haye, la jurisprudence de la Cour de justice représente l'interprétation dominante, qui lie la majeure partie des Etats contractants de la Convention de La Haye. Sans être liée par les arrêts de la Cour, la Suisse doit les observer dans le but de parvenir à une interprétation harmonisée de la Convention. Cela concerne en particulier l'observation de la Cour que le Règlement ne comporte aucune limitation de son champ d'application territorial ; en effet, aucune condition relative à l'existence d'un rapport juridique impliquant plusieurs Etats membres (respectivement des Etats contractants de la Convention de La Haye) n'est posée (cf. CJUE 17.10.2018, C-393/18, UD c. XB, n° 29-41).

7

6^e ligne, s'agissant de la lit. b : ATF 25.10.2011, 5A_440/2011, c. 2.1.

8

3/4^e lignes : biffer la parenthèse.

10^e ligne, citer : ATF 19.6.2014, 5A_146/2014, c. 3.1.1 ; ATF 25.6.2015, 5A_985/2014, c. 1.4 ; ATF 142 III 56 ss, 60 ; puis ajouter : ou d'un autre mode de séparation des parents (ATF 18.7.2012, 5A_631/2011, c. 3.2 ; ATF 8.1.2013, 5A_809/2012, c. 2.3.1).

In fine, ajouter : Il en va de même d'une décision fondée sur l'art. 301a CCS (cf. ATF 143 III 193 ss, 200 s., 203-206 ; ATF 26.9.2016, 5A_582/2016, c. 2). Le placement dans un établissement fermé constitue une mesure s'il est ordonné pour protéger l'enfant, et non pour le sanctionner (cf., au sujet des règles parallèles des art. 1 et 56 du Règlement Bruxelles II^{bis}, CJUE 26.4.2012, C-92/12, Health Service Executive, n° 56-66).

9a n

La réponse est différente, en revanche, lorsque l'autorité de protection se borne à réceptionner la déclaration des parents de vouloir partager l'autorité parentale (art. 298 al. 4 CCS). Aucun processus décisionnel n'ayant lieu, il ne s'agit pas d'une mesure de protection ; la Convention de 1996 ne fournit dès lors pas la règle de compétence. La LDIP n'est pas plus utile pour trouver une base légale. En définitive, s'agissant d'une simple formalité, il n'y a pas lieu de se référer aux règles de compétence. Pour pouvoir recevoir une telle déclaration, il suffit d'un lien raisonnable, fondé sur la résidence habituelle ou le domicile de l'enfant ou de l'un de ses parents, ou encore sur leur nationalité suisse. Car la caractéristique essentielle de ce dépôt est son aptitude à faire naître l'autorité parentale conjointe dès que la situation se place dans le champ d'application du droit suisse. Or, cette question relève de la loi applicable qui est, s'agissant d'une attribution de la responsabilité parentale par un accord, sans l'intervention d'une autorité publique, la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant (art. 16 par. 2 de la Convention). Le fait que la déclaration ait été déposée, par précaution, à un moment antérieur au déplacement de la résidence habituelle en Suisse n'empêche pas l'autorité parentale conjointe de naître dès le moment où, du fait de ce transfert, la loi suisse devient applicable (cf. n° 63 s.). C'est également à titre de rapport de responsabilité fondé sur un accord et sans l'intervention d'une autorité que l'autorité parentale conjointe ainsi née en Suisse sera reconnue dans les autres Etats contractants, sauf si cette autorité n'y est pas déjà venue à exister pour un autre motif, fondé sur la loi d'une résidence habituelle antérieure. La même question se pose aux offices suisses de l'état civil. Etant donné que le dépôt de la déclaration a lieu conjointement avec l'enregistrement de la reconnaissance de l'enfant (cf. art. 11b OEC), il convient de suivre les mêmes règles de compétence que celles de l'art. 71 al. 1 LDIP. La compétence sera donc fondée sur le lieu suisse de la naissance, la résidence habituelle de l'enfant et le domicile des mère et père ou encore leur lieu d'origine. Certes, on pourrait se demander, comme l'autorité de la protection de l'enfant devrait également le faire, si cette compétence ne devrait pas être exercée uniquement si le droit suisse est applicable en vertu de l'art. 16 al. 2 de la Convention de La Haye de 1996. Ce

ne serait pas judicieux, car le dépôt de la déclaration est un simple service rendu aux parents. On regrettera cependant que les autorités fédérales de l'état civil n'aient pas voulu inclure dans les tâches des représentations de la Suisse à l'étranger la réception des déclarations relatives à l'autorité parentale conjointe, alors qu'elles reçoivent des déclarations de nom qui peuvent dépendre du choix par les parents de l'autorité conjointe qu'il faudra alors d'abord déposer devant un office de l'état civil en Suisse (cf. art. 5 al. 1 OEC).

10

8^e ligne, ajouter à « lit. e » : ATF 4.9.2012, 5A_762/2011, c. 5.3.3 ; l'avis au débiteur étant ainsi également exclu, cf. ATF 138 III 11 ss, 12-18 ; 145 III 255 ss, 258.

11

12^e ligne, insérer : Ainsi, les conditions d'un partage successoral dépendant de la loi successorale, tandis que l'approbation de l'accord par le curateur de l'enfant pour le compte de celui-ci constitue une mesure protectrice (cf., sur le texte parallèle du Règlement Bruxelles II^{bis}, n° 98, CJUE 6.10.2015, C-404/14, Matoušková, n° 25-38). De même, la désignation d'un curateur en recherche de paternité relève de la Convention, alors que celle-ci ne régit pas l'établissement de la filiation (ATF 14.5.2012, 5A_609/2011, c. 2.2).

16

In fine, ajouter : Lorsque les lieux de vie de l'enfant et d'un parent sont éloignés, l'accent doit porter sur les vacances en commun plutôt que sur les visites le weekend et, s'agissant de celles-ci, il convient de préférer les réunions prolongées quitte à ce qu'elles soient moins fréquentes (cf. ATF 142 III 481 ss, 495-498 ; ATF 1.3.2017, 5A_570/2016, c. 3).

18

5^e ligne, compléter l'interdiction de quitter le territoire suisse : assortie, le cas échéant, du dépôt des documents de voyage.

6^e ligne, ajouter à l'ATF 136 III 353 ss : ATF 30.3.2011, 5A_830/2010, c. 4 ; ATF 10.8.2012, 5A_369/2012, c. 3.

8^e ligne, ajouter après les arrêts cités : Alfieri, FamPra.ch 2012 p. 556 s. Puis insérer : Le risque d'un enlèvement est un facteur à considérer lorsque l'enfant part en visite auprès de l'autre parent à l'étranger, mais l'on ne peut se contenter d'un danger purement abstrait (cf. ATF 31.1.2019, 5A_179/2018, c. 5 ; ATF 1.2.2019, 5A_702/2018, c. 5). Le déplacement dans l'espace Schengen est difficile à empêcher (cf. ATF 135 III 574 ss, 576 ; ATF 6.7.2016, 5A_257/2016, c. 3.3).

9^e ligne, ajouter à l'ATF cité : Tribunal cantonal VD, rapporté in ATF 12.9.2012, 5A_641/2012.

11^e ligne, insérer : Un simple risque abstrait ne suffit pas (ATF 14.6.2017, 5A_968/2016, c. 4.3) ; il faut des indices concrets (ATF 15.12.2020, 5A_433/2020, c. 3.2).

13^e ligne, insérer : Il n'est point nécessaire de démontrer de surcroît que le déménagement menacerait gravement le bien de l'enfant, car le risque d'un enlèvement illicite constitue une menace suffisante.

In fine, ajouter : Certes, lorsque le parent qui est seul titulaire du droit de garde (ou de l'autorité parentale) envisage de déménager, l'autre parent peut agir afin que le droit de garde lui soit transféré si le déplacement projeté n'est pas dans l'intérêt de l'enfant ; toutefois, cette procédure au fond n'assure pas de protection dans l'immédiat, si bien que des mesures provisoires sont indispensables pour assurer le maintien du lieu de résidence de l'enfant en Suisse (cf. l'ATF cité du 10.8.2012, c. 3.2).

In fine, biffer la dernière phrase.

18a n

Le nouvel art. 301a al. 2 CCS, adopté dans le cadre de la réforme du droit suisse de l'autorité parentale, subordonne le déplacement de la résidence de l'enfant à l'étranger systématiquement au consentement de l'autre parent s'il partage avec lui l'autorité parentale et, à défaut, à la décision du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant (cf. n° 189a-d). Cette disposition n'est pas applicable au déplacement de la résidence de l'enfant en pays étrangers ou vers la Suisse, question régie par la loi étrangère de la résidence habituelle de l'enfant et soumise à la compétence des autorités de ce lieu (contrairement à l'avis de Gloor/Schweighauser, FamPra.ch 2014 p. 20).

20

6^e ligne, ajouter : CJUE, 25.11.2021, C-289/20, IB, n° 39.

8^e ligne, complétant le renvoi à l'art. 20 n° 38 : ATF 25.10.2011, 5A_440/2011, c. 2.2.

11^e ligne, confirmant la méthode fonctionnelle : ATF cité du 25.10.2011, c. 2.2.2.

22a n

Il n'a pas été envisagé que la prolifération des cas de *garde alternée* allait soulever la question difficile de la résidence habituelle de l'enfant. Si l'alternance est organisée et vécue dans la parfaite égalité des parents, une notion de résidence unique, axée sur l'idée d'un « centre de vie » ou sur une règle comme l'art. 25 CCS ne peut

être mise en harmonie avec la vie réelle. Le Tribunal fédéral n'a pas voulu aller aussi loin, estimant que le juge devait rechercher une seule résidence ou, le cas échéant, une résidence alternative et successive, sans observer que cela est incompatible avec le mode de vie instauré par les parents et vécu par l'enfant (ATF 8.3.2018, 5A_1021/2017, c. 5). Il a reconnu, cependant, que des résidences habituelles alternatives et successives supposent un mode de garde portant sur plusieurs mois, soit sur une période suffisamment longue pour entraîner régulièrement un changement de la résidence habituelle. Telle n'est pas la situation d'une garde alternée impliquant pour l'enfant un va-et-vient entre deux lieux d'hébergement, au terme d'un séjour d'une ou de deux semaines en règle générale ; des espacements plus courts sont également possibles, même dans une seule journée, à l'instar du mode de vie des frontaliers (cf. ATF 6.11.2018, 5A_846/2018, c. 4). La question mérite d'être approfondie. On ne pourra guère éviter que l'enfant dispose de deux résidences habituelles (cf. art. 20 n° 37a s. ; obs. Bucher, SRIEL 2018 p. 251).

23

6° ligne, insérer : L'enfant peut acquérir sa nouvelle résidence habituelle quelques jours déjà après son arrivée dans le nouveau pays, notamment lorsque le (seul) titulaire de l'autorité parentale entreprend des démarches montrant son intention de s'y installer (ATF 1.7.2019, 5A_21/2019, c. 6).

24

3° ligne, ajouter à l'ATF du 27.6.2011 : ATF 15.8.2012, 5A_291/2012, c. 3 ; ATF 23.6.2016, 5A_1010/2015, c. 4.1.

9° ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 11.9.2012, 5A_485/2012, c. 1.4 ; ATF 143 III 193 ss, 195 s. ; Kantonsgericht GR, CAN 2017 n° 13 p. 39.

In fine, biffer la dernière phrase et ajouter : Il se produit alors un changement de compétence, de telle sorte que la règle sur la litispendance (art. 13) n'a pas lieu de s'appliquer et qu'une éventuelle décision de l'autorité au lieu de la résidence précédente ne pourra être reconnue en Suisse (cf. ATF 9.10.2014, 5A_313/2014, c. 5 et 7).

25

2° ligne, ajouter à l'ATF cité : l'ATF 8.1.2013, 5A_809/2012, c. 2.3.2, 2.4 ; ATF 142 III 1 ss, 3-5 ; ATF 21.12.2015, 5A_713/2015, c. 2.1 ; ATF 26.8.2016, 5A_274/2016, c. 2.2 ; ATF 26.9.2016, 5A_582/2016, c. 2.2 ; ATF 2.11.2017, 5A_382/2017, c. 2 ; ATF 15.1.2018, 5A_236/2016, c. 3.1.3.

In fine, ajouter : Le cas échéant, elle peut également se contenter de mesures partielles (tels des contacts par skype), laissant à l'autorité de la nouvelle résidence le soin de décider d'une réglementation plus complète (cf. ATF cité du 2.11.2017, c. 10).

26

In fine, ajouter : ATF cité du 23.6.2016, c. 3.2, 5. Lorsqu'il s'agit de mesures protectrices qui appellent d'être transférées à l'autorité compétente du pays de la nouvelle résidence de l'enfant, et que cette autorité ne procède pas de manière utile, l'on ne peut parfois pas faire autrement que de conserver les mesures prises afin d'éviter que l'enfant se trouve hors de toute protection (cf. Auerbach, RMA 2019 p. 70).

26a n

L'acquisition du caractère « habituel » de la résidence dans un nouveau lieu peut laisser des doutes dans certains cas. Le Tribunal fédéral tend parfois à conserver la résidence au précédent lieu de vie, même si l'enfant n'y est plus que marginalement présent physiquement. Des raisons d'opportunité peuvent alors l'emporter et aboutir à ce qu'une compétence retenue sur la base de la résidence habituelle initiale soit conservée (cf. 26.6.2018, 5A_136/2018, c. 3.2) ; cependant, on court alors le risque que la mesure prise en Suisse ne soit pas reconnue dans le pays étranger. En revanche, on ne saurait aller aussi loin que de laisser durer une résidence habituelle dans un pays que l'enfant et ses parents ont quitté depuis une année ou plus, n'y laissant subsister plus aucun lien physique, les seules attaches s'y trouvant étant le lieu de naissance et l'octroi du statut de réfugié (en Grèce, en l'espèce, cf. ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, c. 3.2 ; cf. Bucher, Symposium 2019, p. 79-82). Dans une telle hypothèse, on doit admettre, soit que l'enfant n'a de résidence habituelle nulle part, soit y substituer, à défaut, la résidence correspondant au lieu où la protection de l'enfant peut être assurée au mieux. La jurisprudence doit assurer un minimum de cohérence : on ne saurait répéter de manière constante que la résidence habituelle a pour base une présence physique, puis soudainement laisser tomber cette exigence fondamentale parce que cela semble convenir dans un cas particulier, en l'espèce le renvoi d'un enfant vivant en Suisse vers la Grèce, pays qu'il a quitté il y a plus d'une année avant son arrivée en Suisse avec sa mère (rendant ainsi la Convention de 1980 manifestement inapplicable). La contradiction est aussi flagrante dans le premier arrêt cité, acceptant que la « résidence effective » de l'enfant se trouvait en France auprès du père en France, mais refusant d'en déduire l'incompétence des tribunaux genevois au motif que cette résidence ne pouvait guère être qualifiée d'habituelle, étant donné qu'elle résultait d'une décision de justice pourtant rendue deux ans plus tôt. Il est donc préférable de

conserver la conformité avec l'exigence de principe de la présence physique (cf. ATF 14.4.2021, 5A_933/2020, c. 1).

27

15^e ligne, ajouter aux auteurs cités : Schwander, AJP 2014 p. 1357 ; Lischetti, Asyl 2012 p. 6-8.

28a n

On ajoutera en marge qu'au cas où le premier juge a statué alors que la compétence suisse était douteuse ou clairement non fondée, une autorité d'appel doit se prononcer sur la question et ne peut rejeter l'appel au motif que la décision querellée était de toute manière justifiée au fond (comme l'a fait l'ATF 18.3.2014, 5A_836/2013, c. 1). Car la Convention n'autorise pas l'octroi d'une mesure par une autorité incompétente (art. 1 al. 1 lit. a), dont la décision pourra se heurter au refus de sa reconnaissance dans les autres Etats contractants (art. 23 al. 2 lit. a).

29

11^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 12.2.2001, 5C.272/2000, c. 3c.

13^e ligne, remplacer l'arrêt de l'OGH du 16.4.1998 par celui, plus récent, du 27.6.2013, IPRax 2015 p. 169 ; puis ajouter : Alfieri, thèse, p. 69 s.

29a n

La question de savoir si l'enfant a pu se créer une nouvelle résidence habituelle en Suisse après avoir été enlevé est une question de pur fait. Elle ne peut dépendre d'une décision du juge de l'Etat de provenance sur la nature purement provisoire du transfert de la résidence de l'enfant, ni du seul fait qu'un enlèvement illicite ait été constaté (contrairement à l'ATF 30.1.2005, 5A_864/2015, c. 7.2).

34

3^e ligne, insérer : La compétence initialement fondée sur l'art. 5 al. 1 continue alors sur le fondement de l'art. 7 (ATF cité du 23.6.2016, c. 4.1 ; ATF 1.7.2019, 5A_21/2019, c. 5.1 ; ATF 23.10.2020, 5A_496/2020, c. 1.1).

In fine, ajouter : Cela comprend la possibilité de prononcer une mesure ordonnant au parent ravisseur de revenir avec l'enfant (cf. Bucher, Symposium 2013, n° 181-185).

Une décision suisse tendant à réclamer le retour de l'enfant doit, pour être efficace, conserver l'autorité parentale du parent lésé par l'enlèvement. Ordonner un tel retrait sans assortir un appel de l'effet suspensif revient à retirer à un tel parent tout moyen pour faire valoir ses droits (cf. la critique dans l'ATF 30.1.2017, 5A_714/2016, c. 6).

36

15^e ligne, insérer : Elle cesse au terme du délai de résidence d'un an (cf. ATF 20.8.2012, 5A_509/2012, c. 3-7). Il en va de même lorsqu'aucune demande de retour n'a été formulée (cf. ATF 17.10.2017, 5A_634/2017, c. 1.2). Puis *biffer* la dernière phrase et la remplacer par celle-ci : L'examen de la demande de retour peut également prendre fin par l'acceptation de celle-ci ; dans un tel cas, le report de l'exécution du retour ne prolonge pas le délai au-delà d'un an (suivant l'argument évoqué dans l'ATF 18.3.2014, 5A_836/2013, c. 1). La compétence suisse a donc cessé dès l'approbation du retour, dans l'idée que l'enfant ira retourner dans son pays de départ (contrairement à l'analyse de l'ATF 27.4.2021, 5A_281/2020, c. 3). La demande de retour est celle faite dans le pays étranger où l'enfant a été amené et non la démarche entreprise à cette fin en Suisse (contrairement à ce que semble indiquer l'ATF 25.6.2014, 5A_218/2014, c. 4.3). La disposition tend à empêcher que le ravisseur puisse tirer un avantage indu de l'enlèvement en ce qui a trait notamment à l'attribution des droits sur l'enfant (ATF 141 IV 205 ss, 212).

36a n

Au regard du texte, le régime est le même dans l'hypothèse où une demande de retour présentée dans l'Etat de refuge non seulement a été examinée mais acceptée avant l'échéance du délai de résidence d'un an. Les conditions de la lettre b de l'art. 7 al. 1 étant remplies, l'acquisition d'une résidence habituelle dans ce pays n'est pas évidente, sans être impossible (cf. n° 29-31). Dans l'affirmative, la compétence suisse fondée sur l'art. 7 al. 1 lit. b cesse au terme du délai d'un an, étant noté que cette disposition ne prévoit aucune prolongation (du type « perpetuatio fori ») pour le cas d'une procédure encore en cours mais entamée avant ce moment décisif. L'incompétence des tribunaux suisses doit alors être constatée, et ce également par le Tribunal fédéral, même si les parties ne le requièrent pas, étant donné que les compétences retenues par la Convention ne relèvent pas de leur volonté (ni expresse ni implicite) et que le Tribunal fédéral ne saurait invoquer un régime procédural de droit interne (fondé sur la LTF, tel le « Rügeprinzip ») qui l'amène à confirmer un arrêt cantonal violant le Traité (comme l'a fait l'ATF 11.2.2013, 5A_848/2012, c. 2).

Le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF), comprenant le droit international directement applicable (art. 95 lit. c LTF ; cf. ATF 130 I 312 ss, 318 ; 136 V 24 ss, 26). Il n'est donc nullement lié, ni par les arguments des parties, ni par la motivation de l'autorité précédente (cf., parmi beaucoup d'autres, ATF 133 V 515 ss, 519 ; 134 III 102 ss, 104 s. ; 135 II 384 ss, 389 ; 135 V 39 ss, 41). Il est certes prévu que le recourant doit indiquer ses conclusions et en expliquer les motifs (art. 42 al. 1 et 2 LTF), sous peine de voir son recours déclaré irrecevable si un tel cas est manifeste (art. 108 al. 1 lit. b LTF). Mais en cas de recevabilité, cette exigence de forme et de contenu ne réduit pas le devoir du Tribunal fédéral d'appliquer le droit d'office. L'ATF du 11.2.2013 se pose en travers de ces principes et ce de manière contradictoire : Tout d'abord, il renonce à examiner la question de la compétence suisse, en remarquant qu'elle n'était plus contestée devant le Tribunal fédéral. Puis, dans le même considérant, il constate « qu'il convient cependant d'examiner la question du droit applicable » alors que celle-ci n'était pas querellée par les parties non plus. Or, le droit international l'emporte dès que l'arrêt du Tribunal fédéral porte sur le fond. Du moment que le recours est recevable, le droit international doit être appliqué d'office et entièrement et non en fonction de la teneur des écritures des parties.

37a n

Si le juge suisse estime, en exerçant sa compétence en vertu de l'art. 7, qu'il n'entend pas se servir des modalités de transfert de compétence selon l'art. 8, il doit statuer au fond et ne peut simplement laisser la situation en l'état, invoquant une difficulté (certes réelle) de décider du sort d'un enfant qui s'est établi à l'étranger. Il n'est pas autorisé non plus à régler uniquement une partie des questions et renvoyer les parties à mieux agir à l'étranger pour le reste, alors que l'on sait que cela sera extrêmement difficile, voire impossible. C'est pourtant ce qu'a fait le Tribunal fédéral dans l'arrêt cité du 11.2.2013, confirmant un arrêt genevois concluant à l'attribution de l'autorité parentale à la mère, auteur d'un enlèvement illicite de l'enfant vers la Guadeloupe, sans se prononcer sur les relations personnelles entre l'enfant et son père, habitant la Suisse, violant ainsi non seulement la règle de compétence de l'art. 7 de la Convention, mais également les dispositions de fond des alinéas 1 et 3 de l'art. 273 CCS, au motif que cela soit « expédient » (c. 4).

Le Tribunal fédéral croit rassurer le père en confirmant que le droit de visite retenu par la Cour de justice de Genève selon la formule classique (un weekend sur deux et la moitié des vacances) sera la solution appropriée au cas où la mère devait malgré tout revenir en Suisse avec l'enfant (c. 4). Comment ne pas être consterné devant tant d'anomalies judiciaires : (1) un jugement qui retient une solution pour une hypothèse dont personne ne peut savoir si elle va se réaliser un jour ; (2) une hypothèse devenue sans fondement sérieux dès lors qu'il fut décidé que l'autorité parentale revienne à la mère qui n'aura donc plus aucune raison de quitter son pays d'origine et de retourner vivre en Suisse ; et ce (3) sans vérifier si le jugement genevois sera susceptible d'être reconnu en Guadeloupe et permettra au père d'en requérir le complément sous forme d'un droit de visite et de contact, alors que, pour ce faire, il aurait fallu examiner la compétence suisse d'après la Convention (art. 7), ce que le Tribunal fédéral a omis de faire ; puis (4) affirmer que la compétence des autorités françaises en Guadeloupe sera fondée sur la résidence habituelle de l'enfant que celui-ci a « acquis par la décision entreprise » (c. 3.4), alors que l'existence d'une telle résidence, notion de fait, devait déjà être vérifiée précédemment en tant que condition de l'art. 7 et qu'elle créait ainsi simultanément un chef de compétence en vertu de l'art. 5 al. 1 en Guadeloupe, bien avant que le Tribunal fédéral rende son arrêt. Plus fondamentalement, (5) comment reprocher au recourant d'avoir saisi les autorités suisses et lui rappeler « qu'en agissant ainsi », il « ne pouvait ignorer » que l'examen de la situation personnelle et familiale « se révélerait pour le moins difficile » (c. 3.4) et qu'il était « malvenu de s'en plaindre » (c. 3.5), alors que c'est son droit (art. 7 de la Convention) ? Est-ce vraiment le rôle du Tribunal fédéral de faire transparaitre autant de mépris à l'égard d'un père dont on rappellera qu'il a été victime d'un enlèvement illicite de son enfant et qu'il a obtenu un jugement définitif devant les autorités françaises ordonnant le retour de l'enfant en Suisse ?

37b n

Dans la pratique récente, l'art. 7 joue un rôle lorsque l'un des parents a sollicité et obtenu de l'autorité suisse la permission de déménager avec l'enfant à l'étranger, dans un autre Etat contractant. Lorsque cette décision n'est pas encore définitive, sous réserve d'un appel ou du fait de l'effet suspensif, un tel départ a lieu sans l'accord de l'autre parent, résultant dans un enlèvement illicite produisant l'effet de conserver la compétence suisse, non

selon l'art. 5, mais en vertu de l'art. 7 (cf. ATF 17.10.2017, 5A_634/2017, c. 1.2 ; ATF cité du 23.10.2020, c. 1.1). La situation est différente si la décision acceptant le déménagement est immédiatement exécutoire, sans effet suspensif : l'enfant doit alors quitter la Suisse sans tarder (vers un autre Etat contractant), auquel cas la compétence suisse cesse (cf. n° 189f ; ATF 12.3.2018, 5A_948/2017, c. 3.3 ; ATF 143 III 193 ss, 195-197 ; 144 III 469 ss, 473). Le seul moyen de défense consiste dans un tel cas à demander en seconde instance une mesure super-provisoire de rétablir l'effet suspensif. Le parent qui est conscient de ce risque partira donc avec l'enfant au plus vite (dans les deux jours dans l'exemple de l'ATF cité du 12.3.2018). L'autre parent se consolera avec la perspective d'avoir accès aux autorités de la nouvelle résidence de l'enfant (ATF 143 III 203, dans un autre cas où le départ avait lieu peu de jours après la décision).

37c n

L'art. 7 est destiné à résoudre complètement un problème que l'art. 16 de la Convention de 1980 ne résout que partiellement, en empêchant certes les autorités de l'Etat de refuge de statuer sur le fond du droit de garde, mais uniquement par rapport aux Etats contractants de cette Convention. L'art. 7 de la Convention de 1996 vise à étendre et à adapter ce régime aux Etats non liés par celle de 1980, mais il ne le fait qu'à l'égard des Etats contractants de la Convention de 1996, qu'ils fussent ou non parties à la Convention de 1980 (cf. Lagarde, Actes et doc. 18/II, n° 46). Il est vrai que l'expression « autre Etat » n'aide pas à bien comprendre. L'objectif de l'art. 7 consiste à régler une hypothèse particulière d'un changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre Etat contractant. Le principe figure à l'art. 5 al. 2, qui mentionne l'art. 7 comme une exception, mais sans indiquer que celle-ci sortirait du cadre prévu pour les relations entre Etats contractants. Dans l'hypothèse d'un déplacement illicite des enfants de la Suisse vers l'Algérie, le Tribunal fédéral n'aurait donc pas dû appliquer l'art. 7, même « en tant que droit national », comme il le déduit faussement de l'art. 85 al. 1 (ATF 16.11.2020, 5A_105/2020, c. 3.1).

38

In fine, ajouter : Seuls les Etats contractants peuvent participer à un tel transfert (ATF 142 III 56 ss, 60).

42

In fine, ajouter : Les cas de jurisprudence sont encore rares (cf., au sujet de la règle parallèle de l'art. 15 du Règlement Bruxelles II^{bis} ; CJUE 27.10.2016, C-428/15, Child and Family Agency ; CJUE 10.7.2019, C-530/18, EP c. FO).

44

In fine, ajouter : Un échange de vues est possible, mais il n'est pas imposé (art. 9 al. 2 ; ATF 20.2.2017, 5A_362/2016, c. 4.3).

45

8^e ligne, insérer : Le principe fondé sur la compétence des autorités de la résidence habituelle de l'enfant peut ainsi déroger au principe de l'unité du jugement de divorce (ATF 18.7.2012, 5A_631/2011, c. 3.2, 4.3).

46

7^e ligne, ajouter : ATF 142 III 60 s. ; puis insérer : ni celle de la protection de l'union conjugale (ATF 18.3.2014, 5A_836/2013, c. 1).

48

7^e ligne, insérer : Elle doit être vérifiée et ne peut résulter d'une simple spéculation (à l'instar de l'ATF 18.3.2014, 5A_863/2013, c. 1).

12^e ligne, insérer : Il ne faut donc pas confondre l'accord portant sur la compétence du juge suisse du divorce avec la position des parents quant aux mesures à prendre (comme le fait l'ATF 18.7.2012, 5A_631/2011, c. 4.4).

Dans l'ATF cité, il est reproché au recourant de ne pas adresser dans son recours la constatation de l'Obergericht ZH que l'intimée « sei offensichtlich mit einer unstreitigen Regelung der Kinderbelange nicht einverstanden » (c. 4.4). Cette critique est sans pertinence dès lors qu'elle vise le fond et non l'accord sur la compétence. L'arrêt n'est pas clair sur le point de savoir si l'intimée avait retiré son accord initial sur la compétence du juge zurichois du divorce. En reprochant au recourant de n'y avoir pas répondu, le Tribunal fédéral sous-entend qu'une telle dénonciation unilatérale soit possible en droit. Or, comme pour toute élection de for, elle ne l'est pas.

50

12^e ligne, ajouter aux articles cités : cf. ATF 20.2.2017, 5A_362/2016, c. 4.1.

51

8^e ligne, insérer à la fin : C'est la seule hypothèse où l'art. 13 peut s'appliquer (ATF 21.12.2015, 5A_713/2015, c. 2.3).

56

In fine, ajouter : ATF 9.10.2014, 5A_313/2014, c. 4.

58

10^e ligne, ajouter : Schwander, AJP 2014 p. 1364.

In fine, ajouter : Il n'empêche que l'on ne doit pas simplement l'ignorer, comme le Tribunal fédéral l'a fait dans un cas concernant une mère remariée et ses enfants suisses vivant depuis cinq ans en Tunisie, seul le père étant resté en Suisse depuis le divorce (ATF 20.1.2016, 5A_331/2015, c. 2.2, non reproduit dans l'ATF 142 III 56 ss). Sans se prononcer – le dossier étant renvoyé à l'autorité cantonale – le Tribunal fédéral appuie l'attribution de l'autorité parentale conjointe (ATF 142 III 62 s.), sans se rendre compte qu'il en résulterait que la mère ne permettra plus jamais à ses enfants de se rendre en Suisse, où le père pourra exécuter le jugement lui attribuant la part à l'autorité parentale et faire ordonner des mesures en prévention d'un enlèvement.

60

8^e ligne, insérer : Parmi ces modalités, on compte le droit de fixer la résidence de l'enfant (ATF 8.8.2016, 5A_293/2016, c. 4.2).

63

In fine, ajouter : ATF 23.4.2012, 5A_889/2011, c. 4.4.

64

3^e ligne, ajouter: ATF 12.8.2016, 5A_513/2016, c. 2.3 ; Obergericht BE, FamPra.ch 2018 n° 43 p. 877.

65

3^e ligne, ajouter : ATF 8.8.2016, 5A_293/2016, c. 4.2.

In fine, ajouter : S'inspirant de cette règle, il convient d'admettre qu'un éventuel changement de la loi applicable du fait de l'entrée en vigueur de la Convention ne doit pas faire perdre un droit parental né antérieurement (OGH 7.10.2011, ZfRV 2011 p. 269). Sous cette réserve, en raison du silence de la Convention, il ne reste qu'à s'inspirer du droit transitoire national (ATF 23.4.2012, 5A_889/2011, c. 4.4).

86

Etant donné que la Convention a pour objet d'établir entre les autorités des Etats contractants la coopération nécessaire à la réalisation de ses objectifs (art. 1 al. 1 lit. e), il n'y a pas lieu de procéder par d'autres moyens, hors Convention, lorsque les moyens prévus au chapitre V sont disponibles. Il existe encore une pratique des autorités fédérales d'engager à l'étranger des enquêtes menées par le personnel diplomatique ou consulaire suisse présent dans l'Etat de résidence. Or, l'Autorité centrale suisse est la seule à représenter la Suisse auprès des Autorités centrales étrangères dans le contexte de l'application de la Convention de La Haye (art. 1 al. 3 lit. c LF-EEA). Elle n'a ni titre ni motif pour détourner le régime conventionnel par des interventions directes de nature consulaire dans l'Etat de résidence. Tout au plus pourrait-elle faire appel au service diplomatique afin d'obtenir de l'Autorité centrale locale ou d'une autorité compétente qu'elle agisse avec plus de célérité, dans les limites de la Convention de Vienne sur les relations consulaires du 24.4.1963 (art. 38, 73 al. 1 ; RS 0.191.02). S'agissant plus directement de l'exercice d'une fonction consulaire dans le contexte de la protection de mineurs, le personnel consulaire peut, selon cet instrument, sauvegarder les intérêts des « ressortissants de l'Etat d'envoi », en particulier lorsque l'institution d'une tutelle ou d'une curatelle à leur égard est requise, mais cela uniquement « dans les limites fixées par les lois et règlements de l'Etat de résidence », parmi lesquelles il faut compter les règles de la Convention de La Haye (art. 5 lit. h) ; une telle intervention ne peut donc avoir lieu que dans la mesure où elle n'entre pas en conflit avec le régime de coopération de la Convention de La Haye. Par ailleurs, les mesures à prendre, le cas échéant, peuvent avoir pour destinataires exclusivement des ressortissants suisses. La fonction consulaire exercée à l'étranger par des agents suisses ne peut servir à enquêter en vue de la préparation du renvoi d'enfants étrangers séjournant en Suisse dans leur pays d'origine, sauf si cela se fait avec l'accord des autorités locales.

90

7^e ligne, remplacer le renvoi à l'art. 6 OPEA par : art. 2a al. 1 et art. 6, 8a et 16a al. 2 OPEE.

90a n

Par rapport aux dispositions comparables de l'art. 56 par. 1 et 2 du Règlement Bruxelles II^{bis}, la Cour de justice a confirmé que l'approbation du placement doit être donnée par une autorité compétente de droit public ; l'avis

favorable de l'établissement d'accueil ne suffit pas (CJUE 26.4.2012, C-92/12, Health Service Executive, n° 67-89, 95). Une régularisation a posteriori est possible pour évacuer des incertitudes sur la portée de l'approbation mais non pour fournir celle-ci si elle n'a pas été donnée auparavant (n° 90-95). Si la mesure doit être prolongée ou renouvelée, le même processus doit être observé (n° 134-146). Cela comprend l'exigence de déclarer la décision exécutoire, en suivant une procédure simple et rapide (art. 26 CLaH 96), l'autorité de l'Etat requis pouvant, le cas échéant, ordonner dans l'intervalle une mesure provisoire de protection (art. 12 CLaH 96 ; cf. l'arrêt cité, n° 107-133). Il convient d'observer, de surcroît, que l'enfant sous la tutelle légale de la kafala jouit d'une relation privilégiée avec son tuteur qui relève de la notion de vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH, sans correspondre cependant à un lien de filiation (cf. CJUE 26.3.2019, C-129/18, SM, n° 44-73). Une marge pour considérer l'intérêt de l'enfant est d'ailleurs laissée du fait que l'art. 23 al. 2 autorise le refus de reconnaissance, mais ne l'impose pas (cf. ATF 17.11.2020, 5A_341/2020, c. 5 et 6.2, s'agissant d'une kafala par rapport à laquelle les autorités marocaines ne pouvaient savoir qu'en raison de la double nationalité et du domicile suisse des époux, elle mettait en jeu la Convention).

94

L'hypothèse de la reconnaissance d'un ordre de rapatriement émanant d'un tribunal de l'Etat de provenance est évoquée, de manière confuse et sans mentionner la Convention de 1996, dans l'ATF 30.11.2016, 5A_827/2016, c. 6.

96

In fine, ajouter : Une décision étrangère n'est ainsi dépourvue d'effets en Suisse que si tel est le cas d'après les deux accords (ATF 15.8.2012, 5A_291/2012, c. 2.2). Etant donné que cette solution découle des clauses respectives de faveur à tout autre instrument liant les Etats contractants et permettant la reconnaissance et l'exécution, la règle de priorité de l'alinéa 3 de l'art. 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (RS 0.111) n'a pas lieu de s'appliquer pour soutenir la priorité du traité plus récent (celui de La Haye), comme le Tribunal fédéral le pense (cf. ATF cité, c. 2.3, 4.2, appliquant faussement ledit alinéa 3, qui suppose une incompatibilité qui n'existe pas dès lors que les deux accords se déclarent compatibles entre eux dans le sens de la faveur à la reconnaissance).

97

3^e ligne : cf. ATF 25.10.2011, 5A_440/2011, c. 2.1 ; ATF 138 III 11 ss, 15 ; ATF 8.1.2013, 5A_809/2012, c. 2.3.1 ; ATF 142 III 56 ss, 59.

98

Remplacer la dernière phrase par celle-ci : Cet instrument a été complété par le Règlement 606/2013 du 12.6.2013 relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile (JOUE 2013 L 181, p. 4), qui tend à protéger plus largement les personnes menacées dans leur intégrité ou leur liberté.

100

12^e ligne, ajouter après l'art. 12 al. 1 : cf., par ailleurs, pour un cas de succession, l'al. 3 et CJUE 19.4.2018, C-565/16, Saponaro, n° 20-40

In fine, ajouter : , notamment lorsqu'un renvoi à une juridiction mieux placée ne peut se faire (cf. CJUE 4.10.2018, C-478/17, IQ, n° 27-49). Le droit de visite comprend celui des grands-parents à l'égard de leurs petits-enfants (CJUE 31.5.2018, C-335/17, Valcheva, n° 18-37). La résidence habituelle de l'enfant correspond au lieu où se situe, dans les faits, le centre de sa vie (cf. CJUE 28.6.2018, C-512/17, HR, n° 38-66). Enfin, l'art. 15 consacre la possibilité du renvoi à une juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire. Un tel renvoi doit être de nature à apporter une valeur ajoutée réelle et concrète à l'examen de l'affaire, compte tenu notamment des règles de procédure applicables dans l'autre Etat, et il ne doit pas présenter de risque d'avoir une incidence préjudiciable sur la situation de l'enfant (CJUE 27.10.2016, C-428/15, Child and Family Agency, n° 56-61).

101

In fine, ajouter : Le placement transfrontalier (art. 56) s'opère de manière analogue à ce que prévoit la Convention (cf. n° 90 ; CJUE 26.4.2012, C-92/12, Health Service Executive).

102

2^e ligne, ajouter : ledit principe ne s'étend pas, cependant, à l'hypothèse où la procédure s'est terminée par une décision définitive dont la modification est demandée ultérieurement lorsque la résidence habituelle de l'enfant a été déplacée sur le territoire d'un autre Etat (CJUE 15.2.2017, C-499/15, W., n° 47-70).

In fine, ajouter : Une telle prorogation vaut pour la procédure visée et elle disparaît avec le prononcé d'une décision passée en force de chose jugée (CJUE 1.10.2014, C-436/13, E., n° 37-50). Il n'est pas exigé qu'une

autre procédure soit également pendante devant la juridiction choisie (CJUE 12.11.2014, C-656/13, L., n° 36-52).

103

13^e ligne, insérer : L'ordre public est atteint s'il existe une violation manifeste, eu égard aux intérêts supérieurs de l'enfant, d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique d'un Etat membre ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique (CJUE 19.11.2015, C-455/15, P., n° 37-53).

110a n

Dans l'hypothèse d'un enlèvement illicite dans un autre Etat membre, les autorités de cet Etat ne sont pas compétentes pour statuer sur le droit de garde, sauf si le parent lésé a acquiescé au déplacement ou renonce à demander le retour de l'enfant (CJUE 10.4.2018, C-85/18, CV, n° 40-57). Une décision judiciaire exécutoire provisoirement qui autorise le déplacement de l'enfant et qui a été ensuite infirmée en appel soulève une question délicate relative à la résidence habituelle de l'enfant qui a quitté son pays d'origine entre les deux décisions (cf. CJUE 9.10.2014, C-376/14, C., n° 44-69). Dans le cas d'un enfant qui est né et a séjourné avec sa mère pendant plusieurs mois, conformément à la volonté commune de ses parents, dans un Etat membre autre que celui où ces derniers avaient leur résidence habituelle avant sa naissance, l'intention initiale des parents quant au retour de la mère, accompagnée de l'enfant, dans ce dernier Etat ne saurait permettre de considérer que cet enfant y a sa résidence habituelle ; en conséquence, le refus de la mère de retourner dans ce même Etat accompagnée de l'enfant ne saurait être considéré comme un déplacement ou non-retour illicite (CJUE 8.6.2017, C-111/17, OL, n° 35-70). Si l'enfant a été déplacé illicitement dans un Etat tiers dans lequel il a acquis une résidence habituelle, les juridictions d'un Etat membre ne conservent pas leur compétence en vertu de l'art. 10 du Règlement, mais sur la base de l'art. 7 de la Convention de La Haye de 1996 si l'Etat de résidence de l'enfant en fait partie (CJUE 24.3.2021, SS c. MCP, § 36-64).

111

12/13^e lignes, ajouter à l'arrêt de la CJCE : suivi par l'arrêt CEDH du 18.6.2013.

17^e ligne, à la fin, insérer : Toutefois, cette décision ne doit pas être prise de façon automatique ou mécanique (cf. CEDH, Royer, 6.3.2018, § 50 ; O.C.I. c. Roumanie, 21.5.2019, § 35, 46).

In fine, ajouter : Dans l'ensemble, le Règlement place le principe de la confiance mutuelle devant l'intérêt de l'enfant (cf. l'analyse critique de Bartolini, CML Rev. 2019 p. 111-119). Il a été rappelé, cependant, que la protection assurée à travers l'art. 8 CEDH doit être réservée (cf. CEDH, Sneerson et Kampanella, 12.7.2011, § 87-98).

6.4 Le Règlement Bruxelles II^{ter}

111a n

La refonte du Règlement Bruxelles II^{bis} dans le nouveau Règlement II^{ter} (applicable dès le 1.8.2022) n'a pas modifié, en principe, les règles de compétence en matière de responsabilité parentale (art. 7-20) qui s'inspirent toujours largement de celles de la Convention de La Haye de 1996. Le nouvel art. 21 exige des juridictions des Etats membres de donner à un enfant qui est capable de discernement une possibilité réelle et effective d'exprimer son opinion et, lorsqu'elle procède ainsi, de prendre dûment en compte *l'opinion de l'enfant* eu égard à son âge et à son degré de maturité. Le respect de cette disposition figure à l'art. 39 par. 2 en tant que motif de refus de la reconnaissance d'une décision en matière de responsabilité parentale, sauf dans les cas d'urgence ou lorsque la procédure ne portait que sur les biens de l'enfant en sorte que l'objet de la procédure ne rendait pas l'audition de l'enfant indispensable. L'exécution d'une décision en matière de responsabilité parentale ne requiert pas que leur force exécutoire soit constatée (art. 34 par. 1). Comme pour le divorce, le Règlement II^{ter} étend les effets aux autres Etats membres de tout *acte authentique ou accord* dressé, respectivement enregistré dans un Etat membre, moyennant le respect de quelques conditions minimales ne comprenant pas le contrôle de la compétence indirecte, mais incluant l'exigence que l'enfant ait eu la possibilité d'exprimer son opinion (art. 68 par. 2 et 3). Le Règlement Bruxelles II^{ter} ne portant pas, comme son prédécesseur, sur la loi applicable, les dispositions pertinentes de la Convention de La Haye de 1996 s'appliquent (art. 97 et 98).

111b n

Les règles en matière *d'enlèvement international d'enfants* ont été regroupées dans un nouveau chapitre III. Elles sont toujours fondées sur la Convention de La Haye de 1980, mais elles offrent quelques nouveautés qui complètent le régime de La Haye (art. 96). Ainsi, les parties doivent être invitées à examiner, le plus tôt possible, si elles sont disposées à entamer une médiation ou à recourir à tout autre mode alternatif de règlement des litiges (art. 25). L'exigence de solliciter et de tenir compte de l'opinion de l'enfant s'applique également à la procédure

de retour au titre de la Convention de La Haye (art. 26). Le motif de refus de l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention est configuré de manière restrictive (art. 27 par. 3) comme il l'est dans le Règlement II^{bis} (art. 11 par. 4). Une nouvelle disposition règle la manière de procéder lorsqu'une décision refusant le retour de l'enfant dans un autre Etat membre a été fondée sur l'art. 13 al. 1 lit. b ou l'al. 2 de la Convention (art. 29 par. 1). Une telle décision est accompagnée d'un certificat (par. 2). Ces documents, ainsi qu'un dossier comprenant un résumé des audiences, sont transmis à l'autorité qui, dans un Etat membre dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour avait déjà été saisie d'une demande d'examen au fond en matière de droit de garde (par. 3). Dans les autres cas, c'est à la partie qui saisit une telle juridiction afin qu'elle examine le fond du droit de garde de fournir à celle-ci ces documents (par. 5). Nonobstant une décision de non-retour, toute décision au fond en matière de droit de garde qui implique le retour de l'enfant est exécutoire et l'emporte donc sur le refus du retour (par. 6, reprenant l'art. 11 para. 8 du Règlement II^{bis}).

111c n

Les décisions accordant un droit de visite et celles portant sur le fond du droit de garde et impliquant le retour de l'enfant (art. 29 par. 6) sont dites « *privilégiées* » (art. 42) en ce sens qu'elles sont reconnues dans les autres Etats membres sans qu'il soit nécessaire de recourir à aucune procédure et sans qu'il soit possible de s'opposer à sa reconnaissance, sauf si la décision est inconciliable avec une décision ultérieure (art. 43 par. 1, art. 50). Aucune déclaration constatant la force exécutoire d'une telle décision n'est nécessaire (art. 45 par. 1).

111d n

La *procédure d'exécution* peut être suspendue lorsque la décision en cause fait l'objet d'un recours ordinaire dans l'Etat membre d'origine ou qu'une demande de refus d'exécution fondée sur l'un des motifs prévus à cet effet a été présentée. Un tel effet suspensif peut être demandé par la personne contre laquelle l'exécution est demandée ou, si le droit national le permet, à la demande de l'enfant concerné (art. 56 par. 1 et 2). Les mêmes personnes ainsi que toute partie agissant dans l'intérêt de l'enfant peuvent requérir l'autorité compétente qu'elle suspende la procédure d'exécution « si l'exécution risque d'exposer l'enfant à un *grave danger physique ou psychique* du fait d'empêchements temporaires qui sont apparus après que la décision a été rendue ou de tout autre changement de circonstances significatif » (par. 4). Deux situations peuvent alors se présenter : Le danger peut cesser d'exister auquel cas l'exécution reprend (par. 4 in fine) ; ou le danger revêt un caractère durable, conduisant l'autorité compétente, sur demande, à refuser l'exécution de la décision (par. 6). Ce motif de suspension et, le cas échéant, de refus d'exécution a pour effet de réintroduire, au stade de l'exécution d'une décision prise dans un autre Etat membre, un examen, certes restreint, mais néanmoins réel de l'intérêt de l'enfant. Le rejet du motif de refus de l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention de La Haye ou la décision sur le droit de garde qui l'emporte sur une décision de non-retour (art. 29 par. 6) ne représentent donc pas le point final de l'attribution de l'enfant, étant donné qu'il se présente encore le filtre du grave danger physique ou psychique survenu depuis lors et posant un dernier obstacle à l'exécution de la décision. Il est prévu, de surcroît, que les motifs de suspension ou de refus de l'exécution prévus par le droit national de l'Etat membre d'exécution peuvent s'appliquer autant qu'ils ne soient pas incompatibles avec les motifs de refus de reconnaissance prévus par le Règlement (art. 57, renvoyant aux art. 47, 50 et 56). Cela doit permettre, notamment, de prendre en compte des objections manifestes de l'enfant, formulées seulement après que la décision a été rendue mais avec tant de force que, s'il n'en était pas tenu compte, cela représenterait un grave danger physique ou psychique pour l'enfant (cf. considérant 69).

112

6^e ligne, s'agissant de la Convention de 1996 : cf. n° 97, puis ajouter : c'est le cas de la Turquie

116

8^e ligne, ajouter : ni l'avis au débiteur (ATF 138 III 11 ss, 12-18).

120

6^e ligne, ajouter au dernier ATF cité : ATF 25.10.2011, 5A_440/2011, c. 2.2 ; ATF 11.9.2012, 5A_485/2012, c. 1.4.

121

4^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 143 III 237 ss, 241 s.

137

In fine, biffer Schwander.

140

7^e ligne, ajouter à l'ATF cité : ATF 140 V 136 ss, 142.

145

11^e ligne, insérer avant l'arrêt lucernois : ATF 142 III 56 ss, 61 s. ; ATF 11.8.2016, 5A_152/2016, c. 3.2.

12^e ligne, insérer : L'intérêt à prendre des mesures peut manquer lorsque l'enfant vit dans un pays très éloigné (Tribunal cantonal NE, RMA 2017 p. 342).

In fine, ajouter : Le juge suisse du divorce doit également observer cette disposition et ne pas fonder sa compétence sur le principe de l'unité du jugement du divorce (contrairement à l'Obergericht ZH, BIZR 2012 n° 17 p. 37 ; cf. art. 63 n° 46).

145a n

Enfin, on aura recours à l'art. 85 al. 3 pour admettre la compétence suisse en cas de mesures à prendre concernant un enfant conçu, auquel la Convention de 1996 n'entend pas s'appliquer si la mesure doit produire des effets avant la naissance (art. 2 ; cf. n° 2), telle la nomination d'un curateur à l'occasion d'une succession (art. 544 al. 1^{bis} CCS). En revanche, on acceptera la priorité de la Convention si la mesure est destinée à prendre effet dès la naissance mais non pendant la gestation *in utero* (FF 2007 p. 2443 ; Schwander, RDT 2009 p. 5), tel le retrait anticipé de l'autorité parentale (art. 311 al. 3 CCS) et l'attribution de l'autorité parentale aux deux parents non mariés, afin de permettre à l'enfant de porter le nom de célibataire du père dès le jour de sa naissance (art. 270a al. 2 CCS ; cf. art. 37 n° 20i). Lorsque l'enfant vivant à l'étranger doit être pourvu d'un curateur de représentation dans un procès en Suisse, l'art. 85 al. 3 doit s'appliquer, faute d'une compétence prévue par la Convention (cf., cependant le refus exprimé dans l'ATF 14.12.2016, 5A_795/2016, c. 6, au motif que la représentation par la mère dans le procès alimentaire contre le père domicilié en Suisse était suffisante).

La lecture de l'arrêt laisse perplexe : La mère – vivant avec l'enfant aux Etats-Unis – demandait à ce que son avocate soit désignée « en qualité de curatrice d'assistance et de représentation judiciaire de la mineure » en vue d'une action alimentaire à intenter par l'enfant contre le père, et ceci « aux fins de l'assister et de la représenter dans le cadre de cette procédure » (B.a.) L'arrêt conclut à ce qu'il n'existe pas de compétence de l'autorité suisse en vertu de l'art. 85 al. 3, motif pris de l'absence de tout conflit d'intérêts dans lequel pourrait se trouver la mère qui était donc en mesure de représenter l'enfant (On aurait pu s'attendre à un renvoi à l'ATF 142 III 153 ss, mais il ne s'y trouve pas). Pour mesure l'absurdité du raisonnement, on lit au considérant 8 que par rapport à ce verdict d'incompétence : « Autre serait de savoir si une telle curatelle de représentation devrait être ordonnée par le tribunal dans le cadre d'une éventuelle action alimentaire introduite en Suisse, où le père est domicilié. » Donc, on examinera la question lorsque l'action est intentée, mais non lorsque la curatelle est demandée en vue de préparer et de déposer la demande devant le tribunal. On notera également que l'avocate de la mère avait déjà été mandatée afin d'agir de la sorte en vertu de l'accord conclu avec les Etats-Unis le 31.8.2004 (RS 0.211.213.133.6), qui oblige la Suisse à entreprendre toute mesure utile afin de recouvrer des aliments réclamés de la part de demandeurs américains en Suisse. Le Tribunal fédéral se borne à constater que l'accord ne contient pas de règles de compétence (c. 5), sans observer que la désignation d'un curateur ad litem est une mesure comprise dans le champ de l'accord. Enfin, en affirmant qu'il n'existerait pas de conflit d'intérêt susceptible de limiter le pouvoir de représentation de la mère, l'arrêt ne se pose aucune question relative à la loi applicable à l'exercice de l'autorité parentale, en l'espèce régie par la loi de l'Etat américain de la résidence habituelle de l'enfant (art. 16, 17, 20 de la Convention de 1996).

146

6^e ligne, insérer : Le point de savoir si les autorités de l'Etat étranger de la résidence habituelle sont saisies est donc important (cf. ATF 142 III 56 ss, 62, suivi de l'ATF 11.4.2018, 5A_530/2018, c. 3.1 ; ATF 16.11.2020, 5A_105/2020, c. 3.1, 3.4.3) ; il faut cependant que l'on puisse prévoir qu'elles rendront, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse.

147

3^e ligne, lire : ... si elles ont été ordonnées ou si elles sont reconnues ...

8^e ligne, insérer : L'impossibilité d'appliquer la Convention de 1996 sur la base de l'alinéa 1^{er} de l'art. 85 dans les relations avec les Etats non contractants résulte du texte clair de l'alinéa 4 (ce qui a néanmoins été méconnu dans l'ATF 140 V 141).

9^e ligne, ajouter : ATF 17.6.2016, 5A_264/2016, c. 3.

153

12^e ligne, suivant l'arrêt Carlsson : Sneersone et Kampanella, 12.7.2011, § 85 ; Karrer, 21.2.2012, § 41 ; Raw, 7.3.2013, § 82.

154a n

Le très grand nombre d'Etats participant aux instruments de prévention et de répression des enlèvements ne doit pas cacher le fait qu'un bon tiers des Etats de ce monde s'abstiennent toujours, sans se laisser impressionner ni par les obligations découlant de l'art. 11 CDE, ni par les appels pressants du Comité des droits de l'enfant.

158

7^e ligne, insérer après la mention de l'art. 12 : Cela suppose toutefois que la décision porte sur le constat ultérieur de l'illicéité de ce déplacement (art. 1 lit. d, ii) et non sur un retrait de la garde au parent parti avec l'enfant à l'étranger qui prend effet postérieurement à ce départ (règle méconnue par l'ATF 25.3.2015, 5A_51/2015, c. 4.2, ainsi que par l'arrêt de révision, ATF 22.5.2015, 5F_6/2015, c. 7).

En l'espèce, la mère est partie avec ses deux filles de la Hongrie le 4.9.2013, après qu'un tribunal de district lui avait attribué les deux filles du couple dans le jugement de divorce rendu le 19.6.2013. Une cour d'appel a renversé ce jugement sur ce point, attribuant les enfants à leur père, et ce le 17.10.2013. L'ATF rapporte que ce jugement transfère la garde des enfants au père et ordonne à la mère de les lui remettre dans les 15 jours. Donc, ce jugement ne décide aucunement que le déplacement des enfants par leur mère en Suisse, plus d'un mois auparavant, était illicite. Il n'avait aucune raison de le faire, étant donné que la Cour était saisie d'une demande tendant à la modification de l'attribution de la garde qui ne pouvait produire un effet qu'au moment de la décision, le 17.10.2013. Certes, le Tribunal fédéral ajoute une remarque complémentaire relevant que la mère n'aurait de toute manière pas eu le pouvoir de décider seule du départ des enfants selon le droit hongrois ; cependant, même à supposer que cela soit exact, ce point n'a fait l'objet d'aucune décision hongroise, condition indispensable pour l'application de la Convention (art. 7).

159

In fine, ajouter : Cette possibilité n'a pas été évoquée ni saisie dans l'affaire tranchée par l'ATF 25.3.2015, 5A_51/2015, sans que l'on puisse en deviner les raisons ; en effet, tant la Convention de La Haye de 1980 que celle de 1996 aurait pu s'appliquer en l'espèce.

160

In fine, ajouter : Les dispositions de la LF-EEA relatives à la procédure en cas d'enlèvement ne s'appliquent pas directement dans le contexte de la Convention de Luxembourg, si ce n'est par analogie si les circonstances le commandent. Sur un point cependant, la Convention européenne est mentionnée explicitement, rappelant son art. 5 ch. 3 sur l'exemption de frais (art. 14 LF-EEA).

162

9^e ligne, expliquant l'art. 5 par. 3 : ATF 27.6.2013, 5A_90/2013, c. 5 et 6.

164

In fine, ajouter : Le Tribunal fédéral voit dans l'art 3 al. 1 et 14 une exigence d'urgence comparable à celle de l'art. 11 al. 2 de la Convention de La Haye de 1980 (ATF 25.3.2015, 5A_51/2015, c. 6).

170a n

Les autres motifs de refus de l'art. 10 al. 1 peuvent encore intervenir indirectement, dans la mesure où elles ont fait l'objet d'une réserve formulée par l'Etat d'origine en vertu de l'art. 17 al. 1, à laquelle s'applique le principe de la réciprocité (art. 17 al. 2 ; cf., pour le cas de l'art. 10 al. 1 lit. a, ATF 25.3.2015, 5A_51/2015, c. 3).

172

In fine, ajouter : Le Tribunal fédéral voit dans ce motif une analogie avec l'art. 20 de la Convention de La Haye de 1980, en tenant cependant également compte des motifs de refus de celle-ci concernant l'évaluation d'un risque de danger en cas de retour et la prise en compte de l'opinion de l'enfant (art. 13 al. 1 lit. b, al. 2 ; ATF 25.3.2015, 5A_51/2015, c. 5.2).

174

In fine, ajouter à l'ATF 31.3.2011, 5A_131/2011, c. 3 : cf. obs. Bucher, RSDIE 2012 p. 335 ; et, par ailleurs, n° 96.

179

In fine, ajouter : cf., à titre d'illustration, ATF 139 III 285 ss.

183a n

Le Préambule de la Convention vise explicitement les cas dans lesquels il y a lieu de « garantir le retour immédiat de l'enfant dans l'Etat de sa résidence habituelle ». Ainsi que l'explique le Rapport officiel, dans toutes les hypothèses pertinentes, on se trouve confronté « au déplacement d'un enfant hors de son milieu habituel, où il se trouvait confié à une personne physique ou morale qui exerçait sur lui un droit légitime de garde », situation

à laquelle il faut assimiler le cas du « refus de réintégrer l'enfant dans son milieu, après un séjour à l'étranger consenti par la personne qui exerçait la garde » (§ 12). Dans les deux cas, le retour a lieu dans le milieu de vie de l'enfant d'avant l'enlèvement.

183b n

Cela signifie que la Convention ne couvre pas l'hypothèse où l'enfant n'est pas à retourner « dans son milieu », c'est-à-dire dans le pays de sa résidence habituelle immédiatement avant l'atteinte au droit de garde commise par le parent « enleveur ». Tel est le cas de l'enfant qui a quitté le pays de sa résidence habituelle dans le respect du droit de garde du parent resté dans ledit pays (en vertu d'un accord convenu entre les parents, par exemple) et qui s'est constitué une nouvelle résidence habituelle dans un autre pays au moment où le parent qui l'a accompagné décide de refuser son retour dans le pays de sa résidence antérieure. Dans cette hypothèse, il n'y a plus de « retour dans son milieu » possible, étant donné que le milieu de vie de l'enfant, correspondant au for le plus approprié, est devenu celui de sa nouvelle résidence habituelle. La Convention entend garantir uniquement la présence de l'enfant dans le pays de sa résidence habituelle et d'empêcher un parent d'utiliser une voie de fait pour créer des liens artificiels de compétence judiciaire internationale, en vue d'obtenir la garde de l'enfant (§ 11, 15, 57). Elle ne vise pas un tel retour dans un Etat qui n'est pas celui de la résidence habituelle. Lorsqu'un parent refuse de retourner l'enfant après une période relativement longue durant laquelle l'enfant vivait avec ce parent en Suisse conformément à ce qui a été convenu entre les parents initialement, la question de savoir si l'enfant a créé une résidence habituelle en Suisse et abandonné celle qu'il avait auparavant (au Chili) se pose, contrairement à l'avis du Tribunal fédéral (cf. ATF 11.1.2019, 5A_982/2018, c. 5 ; cf. Bucher, Symposium 2019, p. 76-79). A en croire la réflexion qui soutient cet arrêt, même dans le cas où l'accord des parents ne prévoyait le retour de l'enfant que dans plusieurs années, au terme d'un cursus scolaire, par exemple, la Convention s'appliquerait encore, étant donné que la résidence habituelle de l'enfant en Suisse ne serait pas à prendre en considération. Le Tribunal fédéral se démarque de l'objectif de la Convention consistant à assurer le *statu quo* reposant sur le milieu habituel de l'enfant, défini au moyen de la notion de sa résidence habituelle. Si l'on suivait son raisonnement, la Convention pourrait intervenir chaque fois qu'un accord des parents aurait prévu la remise de l'enfant à l'autre parent à l'étranger, même pour une durée limitée (pour l'exercice d'un droit de visite ou des vacances, par exemple), étant donné que la question de localiser la résidence habituelle de l'enfant serait sans pertinence et ne se poserait dès lors pas. Or, tel n'est pas le sens de la Convention qui entend prévenir le déracinement de l'enfant de son cadre habituel, rien de plus (cf. obs. A. Büchler, FamPra.ch 2019 p. 656-668 ; Maze-nauer, n° 184 ; Zürcher, p. 19 ; Pirrung, Vorbem. zu Art. 19 EGBGB, n° D-35 ; Beaumont/McEleavy, p. 99). Ainsi, dans un autre cas, dans lequel le litige portait sur le devoir du père de ne pas retenir l'enfant à Genève afin de lui permettre de rejoindre sa mère et ses deux cadets à la suite de leur déménagement aux Pays-Bas, le Tribunal fédéral a tranché en affirmant la compétence des autorités au lieu de la résidence habituelle de l'enfant en vertu de la Convention de 1961, sans envisager l'hypothèse d'un enlèvement illicite fondé sur l'idée d'une rétention d'enfant sans droit (cf. ATF 12.2.2001, 5C.272/2000, c. 3). La Convention de 1980 n'est pas en jeu, en effet, lorsque l'enfant se trouve au lieu de sa résidence habituelle ; l'enjeu est alors de statuer sur le fond du droit des parents quant à la résidence de l'enfant, et non de renvoyer celui-ci dans un pays dont les autorités ne sont pas compétentes à son égard, faute pour lui d'y être habituellement résidant. Curieusement, alors qu'il rejette cette idée dans le premier arrêt cité, le Tribunal fédéral l'a consacré deux mois plus tôt, dans une affaire où la mère résidant à Genève n'a plus voulu renvoyer son enfant auprès de son père en France voisine ; la Cour de justice de Genève a jugé que l'enfant avait sa résidence habituelle à Genève et que, dès lors, la Convention de 1980 n'était pas applicable. Le Tribunal fédéral ne la sanctionne pas sur ce dernier point, mais uniquement au motif que la Cour cantonale, à laquelle l'affaire fut renvoyée, aurait mal apprécié les conditions d'une résidence habituelle (cf. ATF 6.11.2018, 5A_846/2018, c. 5 ; ATF 18.4.2019, 5A_131/2019, c. 3 ; la Cour genevoise a finalement localisé la résidence en France, cf. ATF 23.10.2019, 5A_701/2019). L'enjeu de la résidence habituelle a également été rappelé explicitement dans un arrêt antérieur (ATF 8.8.2016, 5A_293/2016, c. 3). On relèvera encore un arrêt de la Cour de justice de l'UE, statuant que le retour d'un enfant né hors du pays où les parents avaient prévu que la mère y retournerait avec l'enfant, ne constitue pas, en cas de refus de la mère de respecter ce qui était convenu, un enlèvement illicite, dès lors que l'enfant n'avait pas sa résidence habituelle dans ce pays (CJUE 8.6.2017, C-111/17, OL, n° 35-70).

Que l'on ne vienne pas nous dire que le Tribunal fédéral est intouchable et la qualité de sa jurisprudence indiscutable. Certes, le plus haut respect devant notre Haute Cour est de mise. Mais lorsque l'on voit publiés deux arrêts adoptant des raisonnements diamétralement opposés, à bref intervalle, alors que deux des trois Juges étaient les mêmes, il y a lieu de s'arrêter un instant et de ne pas retourner à ce que l'on

croit être le train normal des choses. Le fait que la second arrêt, du 11.1.2019, est rédigé par un Greffier qui notoirement ne lit pas le Français, et omet donc de citer l'arrêt du 6.11.2018, n'arrange pas une situation que nous déplorons depuis quelque temps déjà. Plus grave est le ton adopté dans l'arrêt du 11.1.2019 où les Juges, respectivement, le Greffier dont la plume acerbe est bien connue, croient pouvoir lancer à l'encontre d'une professeure d'université bien connue qu'elle aurait commis une « erreur manifeste de réflexion » (« offensichtlicher Denkfehler ») en suggérant que la question de la résidence habituelle de l'enfant au moment du refus de renvoyer un enfant se pose du fait qu'en cas de réponse affirmative, la Convention de 1980 ne s'applique pas (c. 5). C'est exactement le raisonnement de la Cour de justice que le Tribunal fédéral n'a pas contesté deux mois auparavant, relevant simplement que les conditions relatives à la résidence habituelle étaient à revoir. Que faut-il encore pour que les Juges fédéraux, avec leurs Greffiers, ouvrent les yeux pour reconnaître leur besoin de formation, complétée, au mieux, par une touche de modestie et de courtoisie envers ceux et celles qui expriment un avis discordant qui mérite tout au moins d'être observé avec respect ? Dans un passé plus que centenaire, on avait écrit à l'art. 1^{re} du Code civil que « le juge s'inspire des solutions consacrées par la doctrine ». On a l'impression que la II^e Cour de droit civil veuille s'employer à prouver le contraire. L'arrêt du 5.8.2020 rend la situation encore plus confuse.

183c n

Une manière bien curieuse de résoudre le problème est d'ignorer la condition de la résidence habituelle. Dans le cas australien, la mère a laissé passer le délai fixé au 14.4.2020 d'un commun accord avec le père pour revenir avec les enfants en Australie. Auparavant, elle avait pu résister à la demande de retour du père (ATF 25.6.2019, 5A_301/2019), mais à partir de cette date, sa résistance n'avait plus de fondement dans la Convention. Le Tribunal fédéral, convaincu qu'il faille donner pleins effets à celle-ci, se borne à constater la violation de l'autorité parentale du père et l'absence de motifs valables pour refuser le retour des enfants, sans se demander si ceux-ci n'avaient encore leur résidence habituelle en Australie le 14.4.2020, au moment de l'enlèvement commis à travers leur non-retour (ATF 5.8.2020, 5A_548/2020, c. 4.1, affirmant certes que « les mineurs concernés se trouvaient en Australie à leur domicile immédiatement avant le déplacement en Suisse et le non-retour en Australie prétendument illicite », constatation manifestement fautive s'agissant de l'hypothèse du non-retour, survenu deux ans après leur déplacement qui était licite, et par ailleurs inexact en raison de l'emploi de la conjonction « et », alors que l'art. 3 utilise celle de « ou »). Le jour du 14.4.2020, les enfants, arrivés en Suisse le 2.4.2018, y avaient vécu depuis deux ans. Ils ont donc eu le temps pour s'y créer une résidence habituelle. Plus certainement encore, ils ont définitivement abandonné leur résidence habituelle en Australie, pays dans lequel ils ne sont pas retournés et n'y avaient donc plus aucune présence physique. Selon son art. 3, la Convention de La Haye de 1980 n'était donc plus applicable. Cela ne devait pas exclure, en soi, un retour en Australie, dont l'examen aurait pu se faire sous la forme d'une mesure protectrice selon la Convention de 1996 (cf. n° 34). Une procédure liée à une requête en mesures de protection de l'enfant et en entretien était d'ailleurs en cours depuis le 14.9.2018, sans que la compétence du tribunal vaudois (fondée sur la résidence habituelle) fût contestée, à en croire le récit de l'arrêt du Tribunal fédéral. Aucune des deux juridictions n'a d'ailleurs tenu compte, à juste titre, de la clause de l'accord des parents fixant la résidence habituelle des enfants en Australie.

184

12^e ligne, insérer à la fin : Le tribunal qui ordonne le retour approuve alors également, avec ou sans l'accord du parent ravisseur, le déplacement de la résidence habituelle qui y est associé, au plus tard au moment où l'enfant s'y rend. Les motifs d'opposition selon l'art. 13 doivent être examinés par rapport au pays de cette nouvelle résidence.

185

8^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 25.5.2011, 5A_257/2011, c. 2 ; ATF 18.4.2013, 5A_164/2013, c. 3 ; ATF 5.8.2013, 5A_504/2013, c. 2.3.1 ; ATF 28.11.2013, 5A_807/2013, c. 2.3.1 ; ATF 3.9.2014, 5A_584/2014, c. 5 ; ATF 8.8.2016, 5A_293/2016, c. 3 ; ATF 6.11.2018, 5A_846/2018, c. 4 ; ATF 20.11.2020, 5A_877/2020, c. 4.

18^e ligne, insérer : Il s'agit d'une notion autonome (ATF 3.1.2022, 5A_954/2022, c. 4.1.2).

20^e ligne : remplacer [en rapport avec le nouveau droit] l'expression « le droit de garde » par : « un tel droit de garde ».

In fine, ajouter aux ATF cités : ATF 10.8.2012, 5A_369/2012, c. 3.1, puis : En revanche, lorsque la garde est assumée par l'un des parents tandis que les deux conservent l'autorité parentale en commun, celle-ci peut comprendre, selon la loi applicable (telle la nouvelle législation suisse), le droit de chacun de participer à la décision sur le lieu de résidence de l'enfant (cf., s'agissant également du droit espagnol, ATF 20.9.2012, 5A_537/2012,

c. 2 et 3, ATF 10.9.2012, 5A_550/2012, c. 3.2 et 3.3.2, et ATF 8.8.2016, 5A_293/2016, c. 4.2 ; pour le droit norvégien : ATF cité du 5.8.2013, c. 2.3.2 ; le droit anglais : ATF cité du 28.11.2013, c. 2.3.2 ; ATF 30.1.2017, 5A_936/2016, c. 5 ; et le droit du Honduras : ATF cité du 11.11.2009, c. 4).

185a n

Depuis la réforme du régime de l'autorité parentale, le droit de déterminer la résidence de l'enfant est directement lié à celle-ci (art. 301a al. 1 CCS), tandis que la garde, devenue une notion de fait sans définition légale, ne porte plus que sur les soins de l'enfant auprès de l'un des parents (cf. Bucher, Symposium 2013, p. 80-83, 119-130). Il n'en demeure pas moins que ce que le législateur suisse a voulu rattacher exclusivement à l'autorité parentale demeure un « droit de garde » au sens de l'art. 5 lit. a de la Convention (cf. Bucher, Symposium 2013, n° 135). Cela nonobstant, le parent dépourvu d'autorité parentale, tout en étant « gardien » dans le sens de l'exercice d'une « prise en charge » et de relations personnelles avec l'enfant, n'a, en principe, aucune part à la décision de déplacer la résidence de l'enfant et doit se contenter d'un droit d'en être informé « en temps utile » (art. 301a al. 3 CCS).

185b n

Dans certaines hypothèses de *garde alternée*, gérées à égalité en deux lieux différents, il est difficile, voire artificiel d'attribuer une seule résidence habituelle auprès de l'un seul des parents au sens d'un « centre effectif de vie » (cf. n° 22a). A supposer que l'enfant puisse avoir deux résidences habituelles, cela n'empêche pas l'application de la Convention de 1980, mais elle se fera avec une efficacité plus limitée (cf. obs. Bucher, SRIEL 2018 p. 251).

186

10^e ligne, insérer : Une telle modalité de l'aménagement de l'autorité parentale et de la garde n'a pas été évoquée lors de l'élaboration du nouveau droit sur l'autorité parentale ; cela laisse penser qu'elle puisse être conservée dans la pratique au-delà du 1.7.2014 (cf. Bucher, Symposium 2013, n° 160).

16^e ligne, ajouter à l'arrêt Plamondon de la Cour de cassation : 14.3.2012, enfants Tibo et Tom, Rev.crit. 2012 p. 886.

17^e ligne : L'arrêt Abbott est publié in ILM 2010 p. 1099. Puis insérer : La situation est en définitive la même lorsque les deux parents partagent l'autorité parentale en commun, comme c'est de plus en plus souvent le cas, tandis que l'un d'eux exerce la garde de fait ou le droit d'hébergement, cependant limité par un rayon géographique assurant à l'autre parent l'exercice régulier de ses relations avec l'enfant (cf. ATF 13.7.2012, 5A_479/2012, c. 4.4.3 et 4.5).

187

3^e ligne, ajouter : ATF 136 III 362 ; ATF 11.1.2019, 5A_982/2018, c. 3.

187a n

En revanche, ne constitue pas un enlèvement illicite la situation dans laquelle l'un des parents, sans l'accord de l'autre parent, est conduit à emmener son enfant de son Etat de résidence habituelle vers un autre Etat en exécution d'une décision de transfert prise par le premier Etat, sur le fondement notamment du mécanisme d'attribution du type Dublin (CJUE 2.8.2021, C-262/21, A. c. B., n° 39-53).

188

5^e ligne, ajouter à l'ATF 128 II 9 ss : ATF 8.1.2015, 5A_736/2014, c. 2.2 ; ATF 10.11.2016, 5A_404/2016, c. 3 ; Tribunale d'appello TI, RtiD 2016 I n° 7c p. 606.

189

3^e ligne, ajouter in fine : ATF 136 III 353 ss, 362 ; ATF 10.9.2012, 5A_550/2012, c. 3.3.2 ; ATF 8.8.2016, 5A_293/2016, c. 4.2 ; ATF 11.1.2019, 5A_982/2018, c. 5.

189a n

La loi régissant le droit de garde détermine les *modalités de l'accord* donné par un parent au déplacement de la résidence de l'enfant par l'autre parent. En droit suisse, l'art. 301a CCS régit cette matière (cf. Bucher, Symposium 2013, p. 44-65 ; idem, Symposium 2019, p. 70-73 ; Durel, RMA 2012 p. 219-223). Cette règle ne pose pas d'exigence de forme. Le consentement peut donc être donné oralement ou tacitement, étant noté cependant que la preuve de l'accord est alors parfois difficile à fournir, en particulier dans le contexte de l'art. 13 al. 1 lit. a, dont les conditions sont d'interprétation stricte (cf. n° 246-248). La loi ne précise pas que l'accord doit être donné préalablement au déplacement de l'enfant. L'accord peut donc être convenu à tout moment se situant en amont de son application concrète et, notamment, au moment du divorce déjà, ou encore, dans le cas d'un couple non marié et vivant séparé, lors du dépôt de la déclaration commune devant l'officier de l'état civil ou l'autorité de protection de l'enfant. On observera également que s'il est dit, certes, que l'on « ne peut modifier » le lieu de

résidence de l'enfant « qu'avec l'accord » de l'autre parent, cela n'exclut pas un acquiescement ultérieur (cf. Bucher, Symposium 2013, n° 171-175), respectivement une ratification (ATF 2.3.2016, 5A_847/2015, c. 5.3).

189b n

Du point de vue suisse, le consentement donné au départ de l'enfant, respectivement son refus, n'est pas simplement un acte juridique fondé sur la libre volonté de ce parent. Cet accord s'inscrit dans l'exercice de l'autorité parentale, dont le droit de déterminer la résidence de l'enfant constitue une partie. Or, ce droit constitue, comme cette autorité, un « droit-devoir » (« Pflichtrecht ») – une conception que le législateur n'entendait pas abandonner (FF 2011 p. 8325 ; BO CE 2013 p. 6). L'accord ou le refus au changement de résidence de l'enfant s'inscrit dans le même contexte. Il en résulte que l'opposition au déplacement de l'enfant qui serait, par exemple, dépourvue de fondement au regard de l'intérêt de l'enfant et qui viserait essentiellement à empiéter sur l'autonomie du parent-gardien et sa liberté de mouvement, au point que celui-ci verra sa propre relation avec l'enfant se détériorer s'il était empêché de mettre ses projets de vie en application, serait dépourvue de base légale et dès lors non susceptible de constituer un cas d'exercice valable du droit de déterminer la résidence de l'enfant. En effet, les refus au départ, comme les demandes de retour d'ailleurs, peuvent avoir pour motif la volonté de se venger de son ancien partenaire, bien plus que d'assurer la présence de l'enfant. Dans la pratique, cependant, de telles hypothèses abusives ne sont pas abordées sous cet angle de l'application de la loi régissant le droit de garde ; elles sont prises en compte lorsqu'une autorité décide d'écarter une objection ainsi articulée et d'autoriser le parent-gardien à passer outre et à mettre son projet de départ avec l'enfant en exécution. L'art. 14 de la Convention prévoit expressément qu'une telle décision est respectée.

189c n

Une telle *décision* s'apparente à une mesure protectrice par laquelle l'autorité compétente lève l'obstacle du refus de l'accord d'un parent au départ de l'enfant. L'art. 301a al. 2 CCS ne précise pas, cependant, à quelles conditions le juge ou l'autorité de protection de l'enfant décidera. Certes, le Message rappelle, comme une banalité, qu'il sera statué « avant tout dans l'intérêt de l'enfant » (FF 2011 p. 8345). Cependant, ce repère est insuffisant dès lors que la situation personnelle et économique du parent qui en assume la garde est également en jeu. En effet, au regard du bien de l'enfant, des solutions multiples peuvent être envisagées dont chacune respecte la personne de l'enfant. Ce n'est donc pas l'enfant qui peut, seul, fournir le motif pour l'approbation, respectivement le refus du déplacement (cf. Bucher, Symposium 2013, p. 141-146). Si, à l'inverse, l'autorité entend empêcher le départ de l'enfant à l'étranger, elle peut ordonner les mesures de prévention nécessaires (cf. n° 18). Le législateur n'a cependant pas saisi l'occasion pour en consacrer le fondement dans le nouvel art. 301a CCS ; il faudra toujours le chercher à l'art. 307 al. 3 CCS (ATF 144 III 10 ss, 14).

189d n

La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que l'art. 301a CCS n'offre pas au parent n'ayant pas la garde un droit de veto pour s'opposer au départ à l'étranger de l'enfant avec le parent qui en assume la garde principale. On ne peut imposer à ce dernier de renoncer au déménagement et de rester en Suisse avec l'enfant, même si cette solution serait la meilleure pour l'enfant. Le législateur n'a pas voulu introduire un contrôle judiciaire, même indirect, des motifs à la base du déménagement du parent gardien (ATF 142 III 481 ss, 488-491 ; 143 III 193 ss, 203-206). Le droit d'autodétermination du parent désireux de partir l'emporte, sous réserve des cas de mise en danger de l'enfant (Obergericht BE, FamPra.ch 2015 n° 14 p. 249 ; Kantonsgericht SG, FamPra.ch 2015 n° 32 p. 485) ; les restrictions fondées – parallèlement – sur le droit pénal sont également à observer (cf. ATF 141 IV 10 ss, 17-20 ; ATF 8.8.2016, 5A_293/2016, c. 4.3 ; ATF 23.8.2019, 6B_1073/2018, c. 6). En règle générale, on exigera un projet concret avant d'accepter le départ (ATF 142 III 497 ; Obergericht ZH, BIZR 2013 n° 38 p. 157), cependant sans aller jusqu'à requérir la preuve d'engagements réels (contrats de travail, bail du logement) qui devraient être annulés en cas de refus.

189e n

La question essentielle est alors de savoir si l'intérêt de l'enfant est mieux préservé, ou bien s'il accompagne le parent lors de son départ, ou alors s'il partage sa vie avec le parent restant au pays, en tenant compte de toutes les possibilités d'adapter les modalités de leurs relations, conformément à l'art. 301a al. 5 CCS (ATF 142 III 491-498 ; ATF 7.7.2016, 5A_945/2015, c. 4.3, non publié dans l'ATF 142 III 498 ss ; ATF 1.3.2017, 5A_570/2016, c. 3 ; ATF 5.11.2019, 5A_310/2019, c. 4). La meilleure disponibilité de l'un des parents sur l'autre peut être un facteur déterminant (ATF 25.6.2015, 5A_985/2014, c. 3.2). Le départ avec l'enfant doit être normalement autorisé au parent qui assume principalement la charge de l'enfant et continuera à le faire, sauf dans une hypothèse où ce parent entend surtout éloigner l'enfant de l'autre parent (ATF 142 III 494 s. ; ATF 12.3.2020, 5A_916/2019, c. 5 ; ATF 30.11.2021, 5A_277/2021, c. 5). Le modèle de prise en charge préexistant constitue le point de départ de l'analyse (ATF 17.8.2020, 5A_539/2020, c. 4 ; ATF 23.9.2020, 5A_596/2020, c. 3.1). Le fait

que le déménagement ait déjà été effectué joue un rôle, en tenant compte de l'effet négatif d'un retour du point de vue de l'intérêt des enfants (ATF 26.8.2016, 5A_274/2016, c. 5-7). Dans l'hypothèse où les parents assument chacun un engagement plus ou moins égal par rapport à l'enfant, la continuité dans la vie de l'enfant, combinée le cas échéant avec une certaine incertitude dans l'hypothèse d'un départ, peuvent militer pour le maintien de l'enfant en Suisse (cf. ATF 142 III 500 s. ; ATF 14.6.2018, 5A_1018/2017, c. 3-5 ; ATF 9.10.2019, 5A_271/2019, c. 3). Ce n'est cependant pas plus qu'une considération, certes importante, qui peut devoir céder sa place si l'ensemble des autres facteurs militent en sens opposé, notamment si l'enfant exprime sa volonté de changer de lieu de vie (cf. ATF 1.2.2019, 5A_1013/2018, c. 4 et 5).

189f n

La jurisprudence ajoute, suivant le Message (FF 2011 p. 8345), que l'attribution de l'enfant à une juridiction étrangère présente l'inconvénient de rendre la mise en œuvre d'une réglementation suisse de l'autorité parentale plus difficile (ATF 142 III 485). Un tel inconvénient ne saurait cependant peser dans la balance si son impact concret n'est pas démontré. On ne peut se contenter d'une simple hypothèse, sachant que l'intérêt de l'enfant est en jeu. Le parent requérant peut d'ailleurs être sollicité pour démontrer que les mesures prises en Suisse sont reconnues dans le pays étranger concerné (cf. n° 18). Il a cependant également été noté, correctement, que le seul transfert de compétence découlant du déplacement licite de la résidence de l'enfant ne constitue pas un critère déterminant (ATF 142 III 502 ; ATF 7.7.2016, 5A_306/2016, c. 3.2.2). En pratique, on observe néanmoins une certaine retenue s'agissant du refus de l'effet suspensif d'une autorisation d'émigrer obtenue d'un premier juge, sans l'exclure pour autant en présence de motifs impératifs ou de cas d'urgence (cf. ATF 143 III 197 ; 144 III 469 ss, 473 ; ATF 1.10.2020, 5A_1025/2019, c. 4).

189g n

Les décisions à prendre à cet égard se placent par ailleurs dans le cadre du respect de la vie familiale au sens de l'art. 8 CEDH. La décision autorisant ou non le déplacement avec l'enfant met en jeu le droit du parent principal gardien et de l'enfant de vivre en commun. Cela suppose, sous l'angle de l'intérêt de l'enfant, un examen approfondi de la situation familiale dans son ensemble, comprenant les facteurs émotionnels, psychologiques, médiaux et matériels, tenant en compte les intérêts respectifs de chacune des personnes concernées (cf. CEDH, Penchevi, 10.2.2015, § 55-57, 59, 67 ; Dimova et Peeva, 19.1.2017, § 18, 33-46). L'observation d'une certaine urgence est également requise (arrêt Penchevi, § 72-75).

190

4^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 13.1.2012, 5A_840/2011, c. 2.3 ; ATF 10.9.2012, 5A_550/2012, c. 3.3.3.

6^e ligne, insérer : Une conclusion négative suppose que le requérant ait abandonné son intérêt à prendre soin de l'enfant. Le fait de les avoir confiés aux grands-parents ne le démontre pas (ATF 2.7.2019, 5A_440/2019, c. 3.1).

190a n

Le droit de garde dont la Convention entend assurer la protection est celui du parent dont ce droit a été violé du fait de l'enlèvement par le ravisseur. Pour pouvoir invoquer cette protection, le parent victime de l'enlèvement doit démontrer qu'il avait effectivement exercé son droit. La Convention n'exige pas que le ravisseur ait disposé d'un droit de garde ou l'ait exercé concrètement, bien que tel soit normalement le cas. Le Tribunal fédéral s'est donc trompé lorsqu'il a examiné la condition de l'art. 3 lit. b à l'égard de la mère qui avait amené sa fille en Suisse après l'avoir confié pendant cinq ans à sa grand-mère au Honduras, constatant qu'elle avait exercé son droit de garde pendant plusieurs années et conservé son droit de décider du lieu de résidence de l'enfant (ATF 17.11.2016, 5A_717/2016, c. 4.4) ; pareille exigence ne s'applique pas au ravisseur, mais au requérant qui exige le retour afin d'être rétabli dans son droit de garde, exercé effectivement, ce qui, en l'espèce, n'était pas le cas du père de l'enfant, vivant au Honduras, dépourvu du droit de garde en vertu de décisions rendues dans ce pays.

191

In fine, ajouter : De même, l'enfant peut faire valoir une violation de l'art. 8 CEDH causée par la méconnaissance de la Convention de La Haye (cf. art. 66-84 n° 11, in fine, et les arrêts cités).

191a n

Pour le Tribunal fédéral, dès lors que le nasciturus ne peut avoir une résidence habituelle, faute d'avoir une présence physique en tant que personne à un endroit donné (cf. art. 20 n° 33), le déplacement de la mère enceinte à l'étranger ne peut causer la Convention de 1980 à s'appliquer (ATF 12.6.2012, 5A_346/2012, c. 4.4 ; contra : Cour de cassation française, 26.10.2011, Rev.crit. 2012 p. 599, commenté in obs. A. Fiorini, ICLQ 2012 p. 530-540). Le Tribunal fédéral cite encore récemment le même arrêt à l'appui de l'exigence d'une présence physique de l'enfant, alors qu'en l'espèce, l'enfant avait quitté la Grèce, pays de sa naissance et de refuge, depuis plus d'une année, se trouvant avec sa mère en Suisse en l'attente de l'octroi du droit de séjour (cf. ATF 23.5.2018,

5A_121/2018, c. 3). Dans l'un de ces arrêts, l'absence de présence physique empêche la résidence habituelle d'être créée, tandis que dans l'autre, il est renoncé à cette exigence, consacrée dans une jurisprudence constante, au motif que l'enfant ne s'est pas créé une telle résidence ailleurs et que sans une telle résidence, même artificielle, la Convention sur l'enlèvement de 1980 ne peut s'appliquer afin de renvoyer l'enfant dans un pays qu'il a abandonné, ce que la Convention, au demeurant, ne commande pas.

191b n

Encore faut-il observer le volet *pénal*, respectivement l'éventuel effet *extraditionnel* d'une décision étrangère de garde, même non reconnue en Suisse et sans pertinence sous l'angle de la Convention de 1980. On songera aux décisions d'attribution de garde rendues après le départ de la mère et de ses enfants, souvent dans le but de sanctionner le ravisseur par l'attribution de la garde exclusive au parent resté dans le pays, comme cela peut être observé dans la pratique américaine (« chasing order » ; cf. n° 272). La procédure étant unilatérale, sans notification à la mère et sans l'inviter à comparaître, elle est normalement incompatible avec l'ordre public procédural. De surcroît, si elle provient d'un Etat non partie à la Convention de 1996, il manque également la compétence (art. 85 al. 4 ; cf. n° 147). Ainsi que l'enseigne une affaire survenue en 2006, lorsqu'une telle décision est complétée par un mandat d'arrêt, elle peut servir de prétexte à la Police fédérale pour placer la mère en détention provisoire à titre extraditionnel (cf. les renseignements rapportés dans l'ATF 19.11.2012, 2C_397/2012, c. 4, et par Bucher, obs. in RSDIE 2007 p. 366-369).

192

In fine, ajouter : Dans ce contexte également, le régime du rapport entre la Convention de 1980 et celle de 1996 n'empêche pas de procéder tout d'abord en vertu de celle-ci afin d'obtenir le retour de l'enfant enlevé illicitement par le biais de l'exécution d'une mesure de protection (cf. CJUE 19.9.2018, C-325/18, Hampshire County Council, n° 46-53).

193a

On ne voit pas comment on pourrait justifier le retour d'un enfant enlevé dans l'Etat d'origine qu'il a quitté du fait qu'il y avait été persécuté, normalement avec le parent ravisseur ou le reste de la famille. La Convention de Genève de 1951 doit l'emporter sur celle de La Haye de 1980. Le Tribunal fédéral ne l'a pas remarqué (cf. ATF 11.10.2017, 5A_655/2017 ; ATF 19.1.2021, 5A_39/2021). Du moment qu'il dispose de la qualité de réfugié, la garde de l'enfant est régie par la loi de son domicile, respectivement de sa résidence (art. 12) et il bénéficie à cet égard de la juridiction des tribunaux suisses (art. 16). La Convention de La Haye de 1980 n'entend pas y déroger.

201a n

Depuis quelques années, la Conférence de La Haye a mis sur pied un *Réseau international de juges de La Haye*, pour lequel le Tribunal fédéral a désigné deux juges cantonaux qui fonctionnent dans ce cadre comme agents de liaison (Marie-Pierre de Montmollin, Neuchâtel, et Daniel Bähler, Berne ; cf. Bähler, FamPra.ch 2014 p. 359-372). En tant que membres du Réseau, ces juges ont pour tâche d'assurer un flux optimal d'informations entre les juridictions, au plan international et en Suisse, ainsi que dans les relations avec l'Autorité centrale suisse. Il n'existe aucune règle précise sur leur compétence, celle-ci n'impliquant pas, semble-t-il, une intervention dans un contexte juridictionnel, concernant un cas particulier. En revanche, ces juges se rendent également disponibles aux particuliers et à leurs conseils s'il s'agit de la transmission d'informations ou de faciliter les contacts avec une autorité étrangère. La jurisprudence ne soutient pas leur engagement (Möckli, RDS 2017 II p. 305 ne cite aucun exemple). Dans une seule affaire, il fut noté qu'un tel juge était impliqué et recevait l'arrêt à ce titre (ATF 19.4.2017, 5A_149/2017 ; 27.9.2017, 5A_666/2017).

205

4^e ligne, ajouter au sujet du rôle de l'Autorité centrale : pour elle, l'initiation d'une médiation ou d'une conciliation devrait être la règle (cf. Mazenauer, n° 42).

9^e ligne, ajouter : terme invoqué par l'Autorité centrale pour justifier son omission de suivre les intentions du législateur (Alfieri, thèse, p. 113).

In fine : cf. Bucher, Festschrift Schwander, p. 487-490, et, pour un cas d'abstention de l'Autorité centrale d'agir selon la loi : ATF 31.10.2011, 5A_674/2011, c. 2.1.

206

Ajouter à la fin de la 1^{er} phrase : cf. Vigers, p. 39-42.

209

6^e ligne, ajouter : cf. Mazenauer, n° 209.

In fine, ajouter : Ainsi que cela résulte de la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation Thanei du 16.12.2010 (n° 10.4017), l'Autorité centrale ne fait pas ce qu'elle est censée faire (comme le confirme Alfieri, thèse, p. 139).

Lorsqu'une auteure qualifiée pour le faire rapporte sur deux ans d'expérience avec la LF-EEA (cf. Küng, Journée 2011, p. 57-75), on devrait s'attendre à quelques renseignements utiles sur la mise en œuvre de la loi de la part de l'Autorité centrale fédérale, ce d'autant que la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation Thanei (n° 10.4017, 16.12.2010) a fait apparaître quelques carences. Or, il n'en est rien. Il y est fait état de 8 procédures de médiation (dont un seul échec – ce qui montre leur utilité !) depuis l'entrée en vigueur de la loi (p. 66, note 34), alors que l'Autorité centrale a été saisie de 45 nouveaux cas (p. 65), ce qui fait qu'elle n'a accepté d'engager une médiation que dans moins de 20% des cas. L'auteure rappelle l'obligation de l'Autorité d'établir un réseau d'experts au sens de l'art. 3 de la loi (p. 67), mais elle ne dit mot sur ce qui a été fait (une simple liste d'adresses). Il est observé que la représentation de l'enfant a été ordonnée dans plusieurs procédures judiciaires (p. 67), mais le silence est gardé sur le fait qu'une telle mesure n'a jamais été sollicitée par l'Autorité centrale, comme l'art. 6 al. 2 de la loi lui donne la possibilité, vivement soutenue par le Conseil fédéral (FF 2007 p. 2464 s.) et lors des débats aux Chambres fédérales (BO CN 2007 p. 1639, 1641). Cela signifie également que dans les cas de médiation, l'enfant n'a pas été pourvu d'un curateur. On s'étonnera enfin que ni la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation Thanei, ni d'autres publications relatives aux expériences avec la LF-EEA ne soient mentionnées.

De manière similaire, dans une contribution apportant des renseignements précieux sur la pratique dans les cantons, rédigée « pour alimenter la transparence » (Alfieri, FamPra.ch 2012 p. 551), il n'est dit rien sur le refus de l'Autorité centrale d'engager une médiation même en cas de résistance de la part d'un parent (p. 552), ou sur le réseau d'experts (indiquant implicitement qu'il n'existe pas), tandis qu'il est confirmé que l'Autorité centrale n'a encore jamais fait usage de l'art. 6 al. 2 pour obtenir la nomination d'un représentant pour l'enfant (p. 561), cependant sans aucune explication, alors que l'auteure est parmi les personnes les mieux placées pour s'en expliquer, ne serait-ce que pour « alimenter la transparence ». Cette même carence est implicitement confirmée dans la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation Frei (n° 14.3415, 5.6.2014, cf. n° 251b). Dans sa thèse, Alfieri ne tente pas de justifier la négligence de l'Autorité (et la sienne), non sans ajouter que la désignation d'un curateur aurait l'avantage que l'enfant soit représenté lors des médiations menées par cette Autorité (p. 139) ; cela signifie que cette Autorité écarte systématiquement l'enfant de toute tentative de réconciliation.

213

21^e ligne, insérer : Toutefois, une approche flexible doit prévaloir, consistant à inclure dans l'approbation de l'accord des questions qui débordent le litige sur l'enlèvement, si c'est la seule manière de régler celui-ci de manière pacifique (cf. le cas de l'Obergericht ZH, rapporté par Alfieri, FamPra.ch 2012 p. 554 s.).

214

12^e ligne, insérer : Il semble qu'auprès des juges cantonaux, une certaine préférence se manifeste pour la conciliation (cf. Alfieri, FamPra.ch 2012 p. 551).

15^e ligne, insérer : Le juge doit donner au médiateur des instructions, notamment quant au temps disponible (cf. ATF 137 III 529 ss, 531). Exclure toute recherche de renseignements sur la situation personnelle et familiale de l'enfant (comme le fait le même arrêt) est excessif, étant donné que le médiateur doit disposer d'une certaine connaissance des faits principaux, notamment en cas d'allégations de violence.

In fine, ajouter : S'il s'avère que la Convention n'est pas applicable, la médiation selon l'art. 8 al. 1 LF-EEA tombe (ATF 18.4.2013, 5A_164/2013, c. 4).

217

In fine, ajouter : Afin de ne pas laisser l'enfant sans protection, le Tribunal fédéral peut encore lui désigner un curateur (ATF 20.9.2012, 5A_537/2012, c. 1). Le mandat du curateur dure en principe jusqu'à la fin de l'exécution du retour (FF 2007 p. 2467 ; pour un refus, cf. ATF 5.8.2013, 5A_504/2013, c. 4).

219

2^e ligne, ajouter : cf. n° 288.

222

3^e ligne, ajouter : cela encore récemment : Obergericht ZH, 24.7.2012, c. 7, non publié.

5^e ligne, insérer après l'ATF 120 Ia 165 ss : ATF 7.9.2015, 5A_623/2015, c. 1 ; de même, dans le cadre de la Convention de 1996 : ATF 19.6.2014, 5A_210/2014, c. 2.

7^e ligne, ajouter : pratique approuvée par Alfieri, thèse, p. 187, qui ne fait aucune mention de la privation du moyen de recours.

224a n

La jurisprudence récente a abandonné cette manière de procéder, sans motif, pour revenir à un régime strict fondé sur les art. 99 al. 1 et 105 al. 1 LTF, sans considération des exigences particulières de la LF-EEA (cf. ATF 10.9.2012, 5A_550/2012, c. 1.3, 2.2, 4.2.3, et ATF 17.12.2012, 5A_847/2012, c. 1.4, 3.2.1 ; ATF 21.8.2014, 5A_577/2014, c. 5.2 ; ATF 12.8.2016, 5A_513/2016, c. 1, 3.1, 3.3 ; ATF 13.9.2016, 5A_558/2016, c. 7.2.2), ni de celle découlant de l'art. 2 de la Convention, obligeant les tribunaux à suivre une procédure d'urgence, ce qui signifie que le renvoi à l'autorité cantonale ne doit pas avoir lieu s'il s'agit d'une question que le Tribunal fédéral peut clarifier lui-même sans peine (contra : ATF 1.10.2013, 5A_637/2013, c. 5.2). La nouvelle rigueur est particulièrement malencontreuse dans des situations qui pourraient, à défaut d'être prises en compte par le Tribunal fédéral, conduire par la suite à une modification de la décision (art. 13 LF-EEA ; cf. n° 300-305). Elle n'est pas licite, de surcroît, lorsque les faits nouvellement invoqués sont de nature à rendre l'arrêt du Tribunal fédéral attaquant en vertu des art. 6 ou 8 CEDH s'ils n'étaient pas pris en considération. Enfin, elle est plutôt choquante si le Tribunal fédéral procède néanmoins à l'examen de faits qualifiés de *nova* et se réfère dans un arrêt ultérieur à son analyse comme si celle-ci contenait des conclusions définitives (cf. ATF 19.4.2017, 5A_149/2017, c. 2). La pratique est cependant instable puisque l'on y trouve également des arrêts récents qui font un pas de plus, en vertu de l'art. 105 al. 2 LTF, permettant au Tribunal fédéral de tenir compte de faits non retenus dans les considérants de l'arrêt cantonal mais qui figurent au dossier (ATF 25.3.2015, 5A_51/2015, c. 6 ; ATF 30.4.2015, 5A_229/2015, c. 5.3). Cependant, cette disposition de la LTF permettrait au Tribunal fédéral d'aller plus loin.

224b n

Lorsque des circonstances importantes doivent être élucidées, le Tribunal fédéral devrait compléter l'instruction directement, en vertu de l'exigence de célérité (art. 11). En pratique, le Tribunal fédéral préfère le renvoi à l'autorité cantonale, notamment lorsqu'il y a lieu de procéder à une nouvelle audition de l'enfant (cf. ATF 147 I 149 ss ; ATF 19.4.2017, 5A_149/2017, c. 5.6) ou de recueillir des informations à l'étranger (ATF 1.10.2013, 5A_637/2013, c. 5.2 ; ATF 13.9.2016, 5A_558/2016, c. 7.2.2).

225

In fine, ajouter aux arrêts cités : CEDH, Dore, 1.2.2011, § 46-50 ; Karoussiotis, 1.2.2011, § 88-91 ; Karrer, 21.2.2012, § 54 ; Özmen, 4.12.2012, § 94-106 ; Chabrowski, 17.1.2013, § 108 ; R.S. v. Poland, 21.7.2015, § 70. Puis continuer : Parfois, une période plus longue peut se justifier par les circonstances du cas particulier, à condition que les autorités ne restent pas inactives (CEDH, Serghides, 2.11.2010, § 73 s.). L'exigence de procéder en urgence ne saurait exonérer les autorités d'un examen effectif des allégations d'une partie (CEDH, X. c. Lettonie, 26.11.2013, § 118). Un moyen pour concentrer la procédure consiste à fixer l'ensemble des actes d'instruction d'emblée dans une seule ordonnance (cf. ATF 137 III 529 ss, obs. Bucher, RSDIE 2012 p. 319, s'agissant d'une procédure cantonale éclatée en de nombreux actes d'instruction sur une durée de dix mois, lenteur à laquelle la Cour d'appel de Berne ne semble pas vouloir remédier, cf. ATF 28.4.2014, 5A_246/2014, c. 5 ; ATF 21.8.2014, 5A_577/2014, partie D). En principe, il n'y a pas lieu de surseoir à statuer sur le retour jusqu'à droit connu dans une procédure sur le fond du droit de garde pendant dans l'Etat de départ (ATF 13.7.2012, 5A_479/2012, c. 5.3), mais des exceptions sont possibles (ATF 2.12.2013, 5A_799/2013, c. 6).

226

In fine, ajouter : En règle générale, cependant, la mention de la violation dans le dispositif est considérée comme une réparation suffisante (cf. ATF 138 II 513 ss, 519). Il semble qu'à la suite d'un arrêt récent, cette pratique ne soit plus d'actualité ; il a été jugé, en effet, que le grief de violation de l'obligation de diligence de l'autorité cantonale ne présente plus d'intérêt actuel depuis le moment où celle-ci a rendu son jugement sur la requête en retour de l'enfant (cf. ATF 30.11.2016, 5A_709/2016, c. 4, sans mentionner les arrêts cités). Cet arrêt ne laisse plus aucune réparation au requérant victime de juges cantonaux laissant traîner un dossier dont l'urgence est reconnue.

227

12-19° lignes : La pratique ayant changé depuis lors, il faut remplacer la partie de la phrase débutant par « ainsi que ceux du curateur de l'enfant », jusqu'à la mention de Schmid, AJP 2002, par le texte suivant : Il en fut de même des frais du curateur de l'enfant (ATF 10.11.2009, 5A_296/2009, c. 6.2 ; ATF 31.8.2010, 5A_520/2010, c. 6.3), jusqu'au moment où ils ont été comptés parmi les frais judiciaires (ATF 31.10.2011, 5A_674/2011, c. 6 ; ATF 13.1.2012, 5A_840/2011, c. 6 ; ATF 12.6.2012, 5A_346/2012, c. 6 ; ATF 10.9.2012, 5A_550/2012, c. 5.2 ; ATF 17.12.2012, 5A_847/2012, c. 6 ; ATF 5.8.2013, 5A_504/2013, c. 5.2 ; ATF 1.10.2013, 5A_637/2013, c. 6). La garantie du paiement par l'Etat des frais et dépens du procès comprend les « frais entraînés par la participation d'un avocat » (art. 26 al. 2). Prévues directement par la Convention, les frais ainsi remboursés ne doivent pas être confondus avec l'assistance judiciaire. Les avocats choisis par les parties sont également rémunérés, quoiqu'à un tarif réduit dans certains cantons (cf. ATF 19.4.2017, 5A_149/2017, c.

6 ; ATF 11.1.2019, 5A_997/2018, c. 4 ; ATF 25.6.2019, 5A_301/2019, c. 7.2). En revanche, lorsque les frais de représentation du recourant peuvent être mis à la charge du parent responsable en vertu de l'art. 26 al. 4, celui-ci peut solliciter l'assistance judiciaire s'il en remplit les conditions (ATF cité du 11.1.2019, c. 4 ; ATF 11.9.2020, 5A_643/2020, c. 7). L'avocat doit lui-même se porter requérant pour obtenir le remboursement de ses honoraires (ATF cité du 19.4.2017, c. 6). Si la requête devient sans objet du fait du retour volontaire de l'enfant, l'art. 26 al. 4 s'applique également (ATF 3.12.2012, 5A_716/2012, c. 4).

In fine, ajouter : Elle s'applique également au cas qui se révèle finalement comme n'étant pas régi par la Convention (ATF 18.4.2013, 5A_164/2013, c. 5). Les frais liés à l'activité de l'Autorité centrale sont couverts par la gratuité, comme le disent le texte clair de l'art. 26 et le Message (FF 2007 p. 2469), même si une représentante de cette Autorité tente de le nier pour justifier une pratique illégale (Alfieri, thèse, p. 148).

229

5^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 13.1.2012, 5A_840/2011, c. 6 ; ATF cités du 5.8.2013, c. 5.2, et du 1.10.2013, c. 6 ; ATF 28.11.2013, 5A_822/2013, c. 4.1 ; ATF 3.9.2014, 5A_584/2014, c. 9 ; ATF 17.11.2016, 5A_717/2016, c. 5 ; ATF 20.11.2020, 5A_877/2020, c. 5 ; ATF 3.1.2022, 5A_954/2021, c. 6.

In fine, ajouter : Sur ce point, l'art. 14 LF-EEA n'ajoute rien de plus. L'utilité de cette disposition consiste de nos jours surtout en ce qu'elle permet de dénoncer la pratique de l'Office fédéral de la justice consistant à faire payer aux parties toute tentative de médiation.

230

5^e ligne, ajouter : cf. Alfieri, thèse, p. 129-131.

233

In fine, ajouter : La ratification d'une convention de médiation doit être incluse ici, étant donné qu'à défaut, la médiation est privée de ses effets.

Il semble bien trop catégorique de dire que « la ratification de la convention de médiation ne rentre pas dans le domaine de compétence des autorités suisses », et bien vague d'y ajouter la nuance qu'« il est compliqué pour le tribunal supérieur compétent ... de justifier sa compétence dans un tel cas. » (cf. Alfieri, dans : Guy-Ecabert/Volcknick, p. 154).

237

18^e ligne, insérer : Celle-ci n'est donc pas indispensable (ATF 8.8.2016, 5A_293/2016, c. 4.2 ; ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, c. 6.2). De même, lorsqu'une décision rendue dans cet Etat est pertinente, il est préférable de l'interpréter et de l'appliquer plutôt que d'en requérir une autre en vertu de l'art. 15 (ATF 21.8.2014, 5A_577/2014, c. 3.3).

238

5^e ligne, insérer : Dans ce second cas, le délai ne commence à courir qu'à partir de la date de retour telle que convenue ou découlant des circonstances, et non déjà dès le jour où le parent qui est parti avec l'enfant a fait connaître ses intentions de ne pas revenir avec lui (ATF 28.11.2013, 5A_822/2013, c. 2). Le délai est compté sur une année (cf. ATF 31.7.2018, 5A_576/2018, c. 4).

16^e ligne, ajouter à l'ATF 26.11.2002, 5P.322/2002, c. 1.2 : ATF 25.11.2013, 5A_791/2013.

17^e ligne, ajouter : ATF 13.9.2016, 5A_558/2016, c. 5 : demande déposée une semaine avant le terme du délai ; ATF cité du 31.7.2018 : dépôt au dernier jour

239

3^e ligne, ajouter à l'art. 12 al. 2 : cf. Mazenauer, n° 187-203.

241

In fine, ajouter : Dans ces limites, l'atteinte à la liberté d'établissement doit être acceptée (cf. ATF 3.9.2014, 5A_584/2014, c. 7).

242

15^e ligne, ajouter après l'ATF cité : Mazenauer, n° 63.

242a n

Le Tribunal fédéral avait d'abord accepté qu'un rôle soit réservé à la maxime inquisitoire, estimant cependant qu'il appartenait en premier lieu au requérant d'indiquer les faits pertinents et les moyens de preuve (ATF 13.1.2012, 5A_840/2011, c. 3.2). Ensuite, il a reconnu, s'agissant du risque d'un danger sérieux au sens de l'art. 13 al. 1 lit. b, qu'« il appartient en réalité aux autorités d'établir l'existence ou l'absence d'un tel risque » (ATF 30.1.2017, 5A_936/2016, c. 6.3.3). Depuis un nouvel arrêt de 2017, il est admis dorénavant que la maxime d'office s'applique à la Convention (et non seulement à son art. 13) en vertu de l'art. 296 al. 1 CPC (ATF

11.10.2017, 5A_655/2017, c. 5.2 ; ATF 11.9.2020, 5A_643/2020, c. 4.3.1). En comprenant les dispositions de la Convention (dont notamment l'art. 13) au regard du principe de l'intérêt de l'enfant et de l'art. 3 CDE, on aurait pu aboutir à la même conclusion, sans le détour par le CPC. Curieusement, le Tribunal fédéral ne trouve aucune règle de procédure utile dans la Convention elle-même ou dans la LDIP et oublie encore de regarder la LF-EEA, pourtant réservée à l'art. 302 al. 2 CPC (cf. Bucher, Festschrift Kren, p. 423-437). Même sous la maxime d'office dite « illimitée », les parties doivent collaborer avec la diligence requise à la présentation des preuves pertinentes ; de plus, cette maxime ne libère pas les parties du fardeau de la preuve, en ce sens que la partie qui entend déduire d'un fait un droit doit supporter les conséquences de l'absence de preuve (ATF 18.9.2018, 5F_12/2018, c. 4, arrêt plus nuancé que l'ATF 31.7.2018, 5A_576/2018, c. 3.1, qui ne mentionne pas la maxime d'office). Le juge ayant l'obligation d'établir d'office l'ensemble des faits pertinents, cela peut comprendre la consultation d'un rapport d'enquête obtenu par une partie sans l'approbation de l'autorité judiciaire qui en est l'auteur (ATF cité du 11.9.2020, c. 4.3.2 et 4.4).

244

5^e ligne, ajouter : ATF 20.9.2012, 5A_537/2012, c. 5 ; ATF 15.10.2014, 5A_705/2014, c. 3.1, puis insérer : ou « objectivement vraisemblables » (ATF 3.1.2022, 5A_954/2021, c. 5.1.2).

245

9^e ligne, ajouter : ATF 9.7.2018, 5A_475/2018, c. 4.5.

13^e ligne, ajouter : Mazenauer, n° 168.

246

7^e ligne, ajouter à Schmid : Mazenauer, n° 211

247

6^e ligne, ajouter aux ATF cités : ATF 10.9.2012, 5A_550/2012, c. 4.1 ; ATF 28.11.2013, 5A_807/2013, c. 3.1 ; ATF 21.8.2014, 5A_577/2014, c. 4 ; ATF 14.3.2016, 5A_58/2016, c. 2.2 ; ATF 13.9.2016, 5A_558/2016, c. 4.2.2, 6.2.

7^e ligne, insérer en début de parenthèse : ATF 11.1.2019, 5A_582/2018, c. 4.

8^e ligne, ajouter à Schmid : Mazenauer, n° 231-267.

16^e ligne, ajouter : ATF 14.1.2016, 5A_1003/2015, c. 5.1.1, 5.2.1 ; et insérer : Si l'accord a été donné pour une durée limitée, il n'y a plus de consentement au terme du délai (ATF 5.8.2013, 5A_504/2013, c. 3.1). Une autorisation de voyage international, de surcroît limitée dans le temps, ne peut être interprétée comme l'acceptation d'un transfert de la garde, même si le parent gardien laisse écouler un certain temps avant de réagir (ATF 30.11.2016, 5A_709/2016, c. 5.3.2).

In fine, ajouter : Interprété comme un acte formateur, le consentement ne peut être révoqué (ATF 8.8.2016, 5A_293/2016, c. 3.3).

248

16^e ligne, ajouter : Mazenauer, n° 239-251.

20^e ligne, insérer avant l'ATF du 17.11.2006 : ATF 28.11.2013, 5A_822/2013, c. 3 ; ATF 15.10.2014, 5A_75/2014, c. 3 ; ATF cité du 14.3.2016, c. 4-7 ; ATF 30.8.2021, 5A_467/2021, c. 2

22^e ligne, ajouter à Raselli *et al.* : Mazenauer, n° 269 s., puis remplacer la suite par : ATF cités du 28.11.2013, c. 3.3, du 8.8.2016, c. 3.3, et du 30.8.2021, c. 2.5.

248a n

Il convient de ne pas oublier que le parent lésé est exposé plus facilement à l'objection du manque de contact avec l'enfant si l'enlèvement illicite est le fait d'un non-retour, survenu après un déplacement licite, étant donné qu'il n'est pas toujours aisé de conserver un contact suffisant sur la distance. Cela ne doit pas empêcher, cependant, de confondre les deux situations et de traiter, par exemple, un non-retour comme s'il s'agissait d'un déplacement (comme le fait l'ATF 5.8.2020, 5A_548/2020, c. 5.1.2, se référant uniquement au déplacement, qui était licite, et sans mentionner l'hypothèse du non-retour ; correct, en revanche, l'ATF 3.1.2022, 5A_954/2021, c. 4.4).

249

In fine, lire Schwander, BSK-IPRG, art. 85 n° 118, puis ajouter : Mazenauer, n° 113 s., 133-168 ; Alfieri, thèse, p. 73-78.

251

23^e ligne, insérer : dans de tels cas, le facteur « temps » oblige les autorités à « investiguer de manière plus approfondie les implications concrètes du retour » (CEDH, B. c. Belgique, 10.7.2012, § 75).

29^e ligne, insérer : Les autorités saisies doivent procéder à une analyse suffisante aux fins d'apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant (CEDH, Karrer, 21.2.2012, § 39-55).

251a n

Les « principes Neulinger » sont devenus jurisprudence (cf. CEDH, Sneersone et Kampanella, 12.7.2011, § 85 ; R. c. Estonie, 15.5.2012, § 37 ; B. c. Belgique, 10.7.2012, § 56-65 ; Anghel, 25.6.2013, § 79 s. ; Y.S. et O.S. c. Russie, 15.6.2021, § 76-83). L'intérêt de l'enfant est défini par la Cour sous un double aspect, impliquant le maintien des liens entre l'enfant et sa famille, d'une part, et la garantie d'une évolution dans un environnement sain, d'autre part. La Grande Chambre a confirmé son arrêt Neulinger dans l'affaire X. c. Lettonie par un arrêt du 26.11.2013. Tout en rappelant que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue la considération principale (§ 95 s.), la Cour relève que la Convention de La Haye associe cet intérêt au rétablissement du « statu quo », mais ce en tenant compte du fait que ce même intérêt et les raisons objectives qu'il représente peuvent parfois justifier un non retour (§ 97). Cette approche s'inscrit dans le cadre d'une application combinée et harmonieuse de l'art. 8 CEDH et de la Convention de 1980, fondées sur la même philosophie (§ 94-97). Il en résulte que le retour de l'enfant n'a rien d'automatique ou mécanique (§ 98). L'examen approfondi évoqué dans l'arrêt Neulinger (§ 139) signifie selon le nouvel arrêt que le juge requis a pour obligation procédurale que les éléments susceptibles de constituer un « risque grave » pour l'enfant en cas de retour soient « réellement pris en compte » et que la décision à ce sujet soit « spécialement motivée au vu des circonstances de l'espèce » (§ 106 s.). De surcroît, le juge doit vérifier si les garanties adéquates sont assurées de manière convaincante dans l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant et, en cas de risque avéré, que des mesures de protection concrète y soient prises (§ 108). En l'espèce, la Cour a reproché à la Cour régionale de Rīga d'avoir refusé d'examiner, à la lumière de l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention, une expertise dénonçant un risque de traumatisme psychologique pour l'enfant en cas de séparation d'avec sa mère, et de ne pas avoir procédé à des vérifications sérieuses permettant soit de confirmer soit d'écarter l'existence d'un tel danger, comme elle n'avait pas traité la question de savoir si la mère pouvait suivre sa fille en Australie et maintenir le contact avec elle (§ 114-119). L'arrêt ayant été adopté à une courte majorité de 9 contre 8 voix, il ressort de l'opinion dissidente des juges minoritaires que ceux-ci partagent les principes généraux de l'arrêt, leur désaccord portant uniquement sur une appréciation plus positive de la manière de procéder des juridictions lettones qui, à leur avis, ont respecté les obligations procédurales telles que définies dans l'arrêt.

251b n

L'arrêt X. c. Lettonie devait consolider la position définie dans l'arrêt Neulinger. Il ne s'agit point d'un arrêt qui « relativise » les considérants de ce dernier arrêt, comme le Tribunal fédéral a cru pouvoir le présenter, afin de justifier encore sa propre décision dans le cas Neulinger (cf. ATF 2.12.2013, 5A_799/2013, c. 5.5 ; ATF 16.1.2014, 5A_880/2013, c. 5.1.1 ; ATF 28.4.2014, 5A_246/2014, c. 3.1 ; ATF 3.9.2014, 5A_584/2014, c. 6.2.3 ; ATF 23.12.2014, 5A_930/2014, c. 6.1.4). Dans l'arrêt Lettonie, la Cour de Strasbourg a entendu « clarifier » son arrêt Neulinger (§ 105), rappelant que l'intérêt supérieur de l'enfant constitue la considération primordiale (§ 96), ce qui oblige les autorités nationales à examiner l'ensemble des éléments susceptibles de constituer une exception au retour immédiat de l'enfant à la lumière de l'art. 8 CEDH (§ 106 ; cf. Alfieri, thèse, p. 174). Comme l'a noté le Juge Pinto de Albuquerque dans son opinion concordante, « l'arrêt Neulinger et Shuruk est sain et sauf ». La clarification fournie par l'arrêt X. c. Lettonie est rappelée dans des arrêts plus récents (CEDH, Rouiller, 22.7.2014, § 65 ; Gajtani, 9.9.2014, § 105). Les deux arrêts coexistent dans la jurisprudence (cf. CEDH, Penchevi, 10.2.2015, § 55 s., 67 ; Sévère, 21.9.2017, § 99 s. ; O.C.I. c. Roumanie, 21.5.2019, § 34, 40, 46 ; S.N. et M.B.N., 23.11.2021, § 97-100). L'arrêt Efthymiou du 5.2.2015 rappelle l'attachement de la Cour à la jurisprudence Neulinger plus nettement encore. La Cour explique que son rôle consiste à s'assurer que le processus décisionnel a été équitable : « Pour ce faire, elle doit vérifier si les juridictions nationales se sont livrées à un examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale et de toute une série d'éléments, d'ordre factuel, affectif, psychologique, matériel et médical notamment, et si elles ont procédé à une appréciation équilibrée et raisonnable des intérêts respectifs de chacun, avec le souci constant de déterminer quelle était la meilleure solution pour l'enfant dans le cadre d'une demande de retour dans son pays d'origine. » (§ 42).

251c n

Après avoir voulu « relativiser » l'arrêt Neulinger, le Tribunal fédéral y est revenu, le citant seul (ATF 30.1.2017, 5A_936/2016, c. 4.1.2), ignorant cependant l'arrêt Efthymiou, respectivement en affirmant une position diamétralement opposée (ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, c. 5.1, 8.1). En l'espèce, ces précédents n'ont produit aucun effet, le retour de deux enfants étant ordonné, même sous contrainte, alors que la mère ne pouvait ou ne voulait les accompagner, dès lors qu'elle devait s'occuper d'un autre enfant encore, scolarisé en Suisse ; le Tribunal fédéral a prescrit une remise en mains du père dont il était admis qu'il était malade et violent et incapable de s'occuper de ses enfants qu'il n'avait rencontrés que sporadiquement depuis leur naissance. Un avenir meilleur pour les enfants semble cependant se profiler : l'arrêt du 11.9.2020, rappelant la jurisprudence de la CEDH (sans

dénigrer l'arrêt Neulinger mais sans le mentionner), approuve la cour cantonale pour n'avoir pas violé l'art. 13 de la Convention et l'art. 5 LF-EEA, étant donné qu'elle a dûment pris en considération « l'intérêt supérieur de l'enfant eu égard à son environnement familial » (5A_643/2020, c. 6). Cependant, dans un autre arrêt, cet environnement ne comprend pas l'intégration dans le nouveau pays de séjour qui peut, le cas échéant, rendre le départ vers le pays d'origine très lourd à assumer (cf. ATF 1.3.2022, 5A_954/2021, c. 5.4, l'écartant catégoriquement si le délai d'un an de l'art. 12 al. 2 n'est pas dépassé), alors que cet aspect ne doit pas être écarté de l'évaluation de la situation de l'enfant eu égard aux arrêts Neulinger (§ 146) et Efthymiou (§ 42), notamment. Au demeurant, si le délai de l'art. 12 devait être décisif pour refuser toute considération de l'enracinement de l'enfant dans son pays hôte, il devrait en aller de même lorsque l'opinion de l'enfant est en jeu selon l'art. 13 al. 2 ; or, tel n'est pas le cas, car l'intégration scolaire et sociale de l'enfant en Suisse est un facteur à prendre en compte dans ce contexte (cf., notamment, les ATF 30.11.2016, 5A_706/2016, c. 5.5.2 ; ATF 9.7.2018, 5A_475/2018, c. 4 ; cf. n° 277b-d).

Suivant une motivation souvent répétée, le Tribunal fédéral a insisté sur le fait qu'il n'y ait pas lieu de procéder à un « examen approfondi de la situation complète pour rendre une décision sur le fond de la cause ». Personne ne l'a jamais demandé sérieusement. Ce qu'il faut faire consiste à examiner et motiver succinctement « les éléments plaidant en faveur du retour de l'enfant dans le pays de provenance, ainsi que les motifs invoqués d'exclusion au rapatriement de l'enfant, à la lumière de l'intérêt supérieur de l'enfant et en tenant compte des circonstances du cas d'espèce » (consid. 4.1.2). C'est encore exact en partie, sachant que cela signifie que ces « éléments » et ces « motifs » doivent être examinés correctement. Or, c'est ce que le Tribunal fédéral refuse de faire, de manière explicite ou implicite. Au demeurant, le récit de la jurisprudence européenne est tronqué puisque celle-ci dit bien, depuis l'arrêt Neulinger (§ 139), qu'il fallait se livrer à un « examen approfondi de l'ensemble de la situation familiale » (cf. l'arrêt Efthymiou du 5.2.2015, n° 66775/11, § 42, arrêt qui n'est pas cité ici alors que le Tribunal fédéral le connaît, cf. ATF 24.9.2015, 5A_617/2015, c. 3.3.2.1). Un tel examen approfondi n'empêche aucunement que l'on respecte le cadre limité des motifs d'opposition de l'art. 13 de la Convention, mais ce faisant, on doit tenir compte de tous les éléments représentatifs des intérêts respectifs des membres de la famille. On notera à ce sujet un point positif dans l'observation qu'il appartient en réalité aux autorités d'établir l'existence ou l'absence d'un « risque grave » en cas de retour (consid. 6.3.3). Un auteur connaissant bien la jurisprudence observe ainsi correctement que lors de l'application de l'art. 13 al. 1 lit. b, il y a place pour débattre indirectement de la « relocation », au point que le thème du procès revient en définitive à se demander quel est le lieu de vie le plus approprié pour l'enfant (cf. Möckli, RDS 2017 II p. 296-301).

Depuis l'engagement puissant de la CEDH dans le domaine de l'enlèvement d'enfant et du poids que la Cour attache à l'intérêt de l'enfant, le débat sur cette notion, mais encore sur l'ensemble de la problématique du régime parfois draconien de la Convention est devenu très animé. Le désarroi face à la jurisprudence du Tribunal fédéral, renforcé par l'arrêt du 16.1.2014, cité, était à l'origine de l'interpellation de Yvonne Feri du 5.6.2014 (n° 14.3415), demandant notamment au Conseil fédéral si l'Office fédéral de la justice peut « contribuer à ce que les instances judiciaires prêtent suffisamment attention à la loi ». Dans sa réponse du 20.8.2014, le Conseil fédéral, sans entrer en matière sur l'arrêt cité, a souligné les mérites de l'OFJ dans la mise en réseau des spécialistes et des institutions dans toutes les régions du pays. Il était encore dit qu'il est aussi « déjà arrivé que l'OFJ rappelle par écrit à un tribunal que l'enfant doit être représenté », confirmant ainsi implicitement qu'il n'a encore jamais requis une telle mesure indépendamment d'une procédure judiciaire, dès réception du dossier, comme le prévoit l'art. 6 al. 2 LF-EEA (cf. n° 209). Servie par une réponse aussi lacunaire et en partie inexacte, la même députée a déposé, le 18.3.2015, un postulat (n° 15.3190), demandant au Conseil fédéral d'évaluer la LF-EEA, en portant une attention particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant, l'amélioration du réseau d'experts, l'accès à la médiation, la représentation de l'enfant et la gratuité de la procédure ; comme il fallait s'y attendre, le Conseil fédéral a répondu par des généralités et un témoignage de satisfaction adressé à ses services (qui ont préparé la réponse), sans répondre aux questions posées. Une nouvelle interpellation s'en est suivie (n° 15.3518), se référant par ailleurs au cas du Mexique, tranché par l'ATF 30.4.2015, 5A_229/2015. Quatre questions ont également été déposées, recueillant des réponses sans substance (n° 15.5241-15.5244). Le Conseil fédéral est saisi d'un nouveau postulat suggérant une évaluation de la LF-EEA et du traitement par l'Office fédéral de la justice (Feri, n° 20.4448) ; cette évaluation est en cours.

252

In fine, ajouter : Ainsi que l'illustre le récit de la jurisprudence, la II^e Cour de droit civil du Tribunal fédéral n'est pas parvenue à répondre aux objectifs du législateur, tant elle méconnaît l'intérêt des enfants et l'exigence de tendre vers une pratique cohérente (cf., en ce sens également, Horvath, FamPra.ch 2017 p. 1016-1019). Quelques signes récents laissent penser, cependant, que les Juges finiront par quitter leur schéma de pensées focalisé sur la résolution des cas d'enlèvement dans un contexte de pur conflit entre parents. En attendant, de trop nombreux enfants ont dû payer le prix de la méconnaissance de leur besoin de protection. L'art. 5 LF-EEA devait servir de modèle pour faire mieux. C'est ce qu'a retenu le Japon qui a pris cette disposition comme source d'inspiration lors de l'élaboration de la loi japonaise d'application de la Convention, n° 48 du 19.6.2013 (cf. Yokoyama, Mélanges van Loon, p. 661-672 ; Yokomizo, Rev.crit. 2012 p. 813 ; Lowe, Japanese Yearbook of International Law 2014 p. 86-101 ; Watanabe, Festschrift Coester-Waltjen, p. 893 s. ; Wrbka, ZfRV 2014 p. 136).

253

10^e ligne, ajouter : ATF 11.9.2020, 5A_643/2020, c. 5.3.2, et dire : ni des conditions de vie plus modestes (ATF 3.1.2022, 5A_954/2021, c. 5.2.4)

12^e ligne, ajouter : Mazenauer, n° 305, 313, puis compléter : ou dans le cas d'un père aux multiples antécédents judiciaires, consommant alcool et stupéfiants et penchant vers des violences verbales et physiques (cf. ATF 13.9.2016, 5A_558/2016, laissant au Tribunal fédéral encore des doutes).

19^e ligne : l'ATF 4.2.2011, 5A_913/2010, est publié *in* FamPra.ch 2011 n° 32 p. 505. Puis ajouter : ATF 31.10.2011, 5A_674/2011, c. 3.2 ; ATF 13.1.2012, 5A_840/2011, c. 3.1 ; ATF 2.7.2019, 5A_440/2019, c. 3.4.

254

In fine, ajouter : Même si la situation générale dans le pays de retour n'inspire pas la confiance, il se peut néanmoins que les renseignements relatifs au cas particulier puissent être rassurants, compte tenu notamment du niveau de vie de la famille (cf. ATF 13.1.2012, 5A_840/2011, c. 3.4). Il faut pouvoir constater un impact sur la vie de l'enfant (ATF cité du 3.1.2022, c. 5.2.4). L'analyse de la situation de sécurité de la famille où l'enfant doit retourner peut exiger l'apport de renseignements ciblés sur son milieu de vie (cf. ATF 30.4.2015, 5A_229/2015, c. 6.2 et 6.3 ; CEDH, Y.S. et O.S. c. Russie, 15.6.2021, § 98) ; s'il subsiste un risque, il convient de contacter les autorités locales, en se servant du canal de l'Autorité centrale suisse, du juge de liaison, du Service Social International ou des autorités diplomatiques ou consulaires (ce qui n'a pas été fait dans le cas cité). Lorsque l'état sécuritaire dans un pays soulève des doutes, il ne suffit pas de consulter le système « itineris » du Département des affaires étrangères, qui est destiné aux touristes (comme l'a fait le Tribunal fédéral s'agissant du Mexique, où la criminalité quotidienne est notoire (ATF cité du 30.4.2015, c. 6.3, qui ne mentionne pas le risque d'enlèvement qui y est signalé).

255

In fine, ajouter : Mazenauer, n° 318-320. L'intérêt supérieur de l'enfant doit s'apprécier compte tenu des relations entre les membres d'une fratrie (CEDH, Raw, 7.3.2013, § 81), sans négliger cependant les circonstances du cas individuel qui peuvent justifier une séparation (CEDH, Vujica, 8.10.2015, § 97-103). Pour le Tribunal fédéral, la séparation d'une fratrie de demi-sœurs ne constitue nullement une exception au rapatriement de mineurs (ATF 30.1.2017, 5A_936/2016, c. 4.2.1). L'incapacité de la mère de s'occuper convenablement d'une demi-fratrie peut laisser penser qu'il vaut mieux ne pas lui renvoyer l'enfant enlevé par son père (cf. ATF 11.9.2020, 5A_643/2020, c. 5.2).

256 n

La question de savoir s'il existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable, ne peut trouver une réponse adéquate que si la *relation de l'enfant avec les deux parents* est prise en considération. Les effets du retour doivent être appréciés, d'une part, au regard de la relation avec le parent demandeur. Elles doivent toutefois englober également, d'autre part, la relation de l'enfant avec le parent auteur de l'enlèvement, indépendamment du caractère illégal de l'enlèvement dont l'enfant n'est pas responsable. L'art. 13 al. 1 lit. b, considéré sous l'angle de l'intérêt supérieur de l'enfant, n'autorise pas une interprétation selon laquelle le danger, respectivement, la situation intolérable ne pourrait résulter que du retour de l'enfant auprès du parent dont le droit de garde a été violé. La situation de l'enfant est en effet tout autant affectée par sa relation avec le parent qui l'a enlevé et, notamment, par le risque d'une séparation d'avec ce parent. Il est donc indispensable de prendre également en considération la situation et l'attitude du parent auteur de l'enlèvement pour apprécier si le retour de l'enfant peut placer celui-ci dans une situation intolérable. Ce double regard sur la relation de l'enfant tant avec son père qu'avec sa mère est implicite à l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention et devenu explicite à l'art. 5 LF-EEA.

257 n

Le législateur a entendu réagir à une jurisprudence refusant aux *mères* à l'origine d'un enlèvement d'invoquer la défense fondée sur l'art. 13 al. 1 lit. b au motif de leur impossibilité d'accompagner l'enfant lors d'un retour et de reprendre vie dans l'Etat de l'auteur de la demande de retour. Une telle argumentation, a-t-il été jugé, aurait finalement pour conséquence que l'auteur de l'enlèvement utilise son comportement illégal pour en tirer profit pour lui-même (cf., notamment, ATF 31.1.2003, 5P.263/2002, c. 4.2.2.3 ; ATF 27.3.2003, 5P.71/2003, c. 2.4.2, obs. Bucher, RSDIE 2003 p. 415-418 ; ATF 130 III 534 s. ; ATF 15.11.2005, 5P.367/2005, c. 8 ; ATF 16.8.2007, 5A.285/2007, c. 4.1 ; ATF 16.4.2009, 5A_105/2009, c. 3.3, 3.8 ; ATF 1.10.2013, 5A_637/2013, c. 5.1.2 ; ATF 30.1.2017, 5A_936/2016, c. 6.3.1 ; ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, c. 5 ; ATF 24.4.2019, 5A_162/2019, c. 6.2.3 ; ATF 3.1.2022, 5A_954/2021, c. 5.3.2). Il faudra tout au moins interpréter restrictivement les motifs de l'art. 13 afin d'empêcher le ravisseur de tirer un profit de sa violation du droit (ATF 31.8.2010, 5A_520/2010, c. 4). Une exception a été admise en faveur d'une mère avec son nourrisson. Cependant, si l'avis était pertinent que le ravisseur ne doive tirer aucun avantage de son comportement illégal, il ne serait plus possible d'appliquer l'art. 13 et de tenir compte de la situation de l'enfant. Ici comme ailleurs en droit de la famille, la faute n'est pas un critère de décision ; seule la perte pour l'enfant du contact avec sa mère doit être évaluée pour savoir s'il en résulte une situation intolérable (cf. Schweppe, p. 167-175, 182 ; Bucher, Sem.jud. 2006 II p. 244-247, 252-254 ; Mazenauer, n° 167). Le Rapport explicatif avait d'ailleurs constaté judicieusement que le déplacement d'un enfant est parfois justifié « par des raisons objectives touchant soit à sa personne, soit à l'environnement qui lui était le plus proche » (Actes et doc. 14/II, 1980, p. 432 n° 25). La jurisprudence de la CEDH, notamment l'arrêt Neulinger (cf. n° __153, __251), ne laisse plus aucune place pour faire de la Convention de La Haye un instrument tendant à sanctionner les mères à l'origine d'un enlèvement, comme le pense le Tribunal fédéral. Alors que le regard sur la situation de l'enfant doit permettre de mieux évaluer si la séparation de la mère lui cause un préjudice, le Tribunal fédéral en déduit, au contraire, que l'enfant, désormais au centre de l'analyse de l'art. 13 al. 1 lit. b, doit pouvoir assumer une telle séparation (ATF 13.1.2012, 5A_840/2011, c. 3.1 ; ATF 3.9.2014, 5A_584/2014, c. 6.2.2, et les arrêts cités ; ATF cités du 30.1.2017, c. 6.3.1, du 24.4.2019, c. 6.2, et du 3.1.2022, c. 5.3.2).

258 n

L'argumentation hostile au comportement de la mère n'a pas de place lorsque le motif de refus de l'art. 13 al. 1 lit. b est invoqué par *l'enfant*, auquel on ne peut reprocher le comportement du ravisseur. Le Tribunal fédéral avait déjà admis qu'à l'égard d'enfants, toute critique visant la mère était sans pertinence (ATF 18.5.2004, 5P.151/2004, obs. Bucher, RSDIE 2005 p. 394, AJP 2005 p. 106) ; curieusement, il a cependant fait de cette critique un motif pour fonder, dans la même affaire W., s'agissant d'un renvoi en Australie qui a été très remarqué à l'époque, la décision parallèle rendue sur recours de la mère (ATF 130 III 534 s.). Or, la règle applicable étant la même pour les deux parties, un motif qui n'est pas pertinent pour l'une ne peut l'être pour l'autre. Dès lors qu'en vertu de l'art. 9 al. 3 LF-EEA, l'enfant est dorénavant pourvu d'office d'un représentant et devient ainsi partie à tout procès d'enlèvement, il n'y a plus de place pour cette argumentation. Or, dans une jurisprudence constante (cf. les arrêts sous n° 257), le Tribunal fédéral cite fréquemment le second arrêt, jamais le premier (cf. ATF cité du 3.1.2022, c. 5.3.2 ; ATF 11.9.2020, 5A_643/2020, c. 5.1.2.2 ; ATF cité du 23.5.2018, c. 5.3, et les références). Il n'est pas remarqué que l'affaire W. avait déclenché les travaux menant à la LF-EEA (cf. les postulats Vermot-Mangold, 03.3214 et 04.3367). La lettre b de l'art. 5 de cette loi retient explicitement que l'impossibilité pour le parent ravisseur d'accompagner l'enfant au retour est un facteur de décision dans l'application de l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention. En citant encore constamment l'arrêt rendu le 18.5.2004, le Tribunal fédéral rappelle qu'il n'entend pas respecter ce principe fondamental de la loi entrée en vigueur le 1.7.2009.

259 n

Si l'on doit constater, certes, que le risque de perturbation qu'impliquerait pour l'enfant un retour le séparant de sa mère pourrait, dans certains cas, le placer dans une situation difficile, il faut exiger néanmoins que cette situation soit caractérisée. L'argument tel qu'invoqué parfois par des mères a souvent peu de consistance, dans la mesure où l'on s'aperçoit que la mère, une fois placée face à une obligation de retourner l'enfant, sera finalement prête à l'accompagner. Même si le renvoi d'un enfant de cinq ans peut être douloureux pour celui-ci et la mère, il doit être ordonné si les souffrances à venir sont tolérables au regard du but de rétablir la situation d'avant l'enlèvement (cf. ATF 11.4.2002, 5P.65/2002, c. 4 c/bb). Il ne suffit pas d'admettre que le retour de la mère soit impossible du fait qu'un procès en divorce est en cours et que les parents se sont séparés définitivement (comme l'avait fait un ATF du 30.7.1990, cité par Bucher, RSDIE 2002 p. 310, AJP 2002 p. 477).

260 n

Si toutefois *l'opposition de la mère reste ferme*, l'autorité saisie de la demande de retour doit en tenir compte, même si elle désapprouve cette attitude ; car la situation déterminante est celle de l'enfant, qui ne doit pas subir une sanction du fait du comportement de sa mère. Il existe en effet des cas dans lesquels le retour peut exposer le ravisseur à des souffrances psychiques ou à d'autres situations difficiles à supporter, tel l'emprisonnement ou le dénuement, dont les répercussions sur l'enfant placeraient ce dernier dans une situation intolérable (cf. Beaumont/McEleavy, p. 145-149 ; Abt, AJP 1997 p. 1083 ; Ehrle, p. 86-89, 96-111, 128). On ne peut raisonnablement attendre de la mère qu'elle retourne dans un pays dans lequel elle risque d'être emprisonnée (en ce sens ATF 3.1.2022, 5A_954/2021, c. 5.3.2 ; ATF 10.11.2009, 5A_569/2009, c. 4.3.2 ; ATF 16.4.2009, 5A_105/2009, c. 3 ; ATF 16.8.2007, 5A.285/2007, c. 4.2, arrêts qui corrigent l'ATF 31.1.2003, 5P.263/2002, c. 4.2.2.3 et l'ATF 130 III 535). Lorsque le retour de la mère risque d'exacerber dramatiquement le conflit conjugal, il peut s'avérer intolérable d'y exposer l'enfant (cf. OGH, 11.11.1999, ZfRV 2000 p. 196). Dans l'arrêt Neulinger (cf. n° __153, __251), la CEDH a soutenu cette approche (§ 134-151), en indiquant des repères qui sont en parfaite harmonie avec l'art. 5 LF-EEA.

261 n

Les auteurs de *l'art. 5 LF-EEA* ont voulu donner une ligne directrice à la jurisprudence pour traiter en particulier de tels cas sensibles et difficiles à résoudre. Le mot « notamment » entend souligner que des précisions sont données uniquement pour certains cas d'application de l'art. 13 al. 1 lit. b, disposition qui conserve entièrement son domaine de pertinence. Les conditions énoncées à l'art. 5 LF-EEA visent à concrétiser la règle conventionnelle et non à la corriger (ATF 10.11.2009, 5A_569/2009, c. 4, et 5A_583/2009, c. 4 ; ATF 31.8.2010, 5A_520/2010, c. 4 ; ATF 4.2.2011, 5A_913/2010, c. 5 ; ATF 13.1.2012, 5A_840/2011, c. 3.4 ; ATF 13.7.2012, 5A_479/2012, c. 5 ; ATF 1.10.2013, 5A_637/2013, c. 5.1.2 ; ATF cité du 16.1.2014, c. 5.1.2). Le fait que celle-ci soit directement applicable devant les tribunaux suisses n'empêche pas le législateur de fournir des conditions d'application afin de guider la pratique dans un sens plus proche des objectifs de la Convention. Il existe d'ailleurs d'autres exemples en droit suisse précisant le sens à donner aux dispositions d'un traité, nonobstant le fait qu'elles soient d'application directe (tels l'art. 3 de la loi sur l'asile, RS 142.31, l'art. 298 al. 1 CPC, les art. 7 et 178 al. 1 LDIP ; Alfieri, thèse, p. 155-173). Le Règlement Bruxelles II^{bis} contient également, à l'art. 11 al. 4, une règle précisant le rôle de l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention.

262 n

L'art. 5 LF-EEA constate que l'enfant est placé notamment dans une situation intolérable, autorisant le refus du retour sur la base de l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention, lorsque l'hébergement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant (lit. a) et qu'en outre, le parent ravisseur (en règle générale la mère) n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui (lit. b), alors que le placement auprès de tiers n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant (lit. c). Ces trois conditions sont *cumulatives*. Si l'une d'elles n'est pas réalisée, le motif de refus de l'art. 13 al. 1 lit. b tombe, à moins que le retour ne soit intolérable pour l'enfant pour une autre raison. Afin de clarifier ce point dans le texte français, la Chancellerie fédérale a inséré un « et », qui ne se trouvait pas dans la version d'origine.

262a n

On a cru comprendre qu'un arrêt du 16.4.2009 avait annoncé la nouvelle orientation portée par l'art. 5 LF-EEA déjà avant l'entrée en vigueur de la loi. En effet, dans une affaire d'enlèvement devant normalement se conclure par le retour de l'enfant aux *Etats-Unis*, le Tribunal fédéral a pris pour position que cela ne devait se faire, compte tenu du très jeune âge de l'enfant (2 ans) et de l'incapacité du père de l'accueillir dans son foyer, qu'à la condition que l'entrée de la mère (Suisse) sur le territoire américain soit assurée en compagnie de l'enfant (double national suisse/américain), de même que sa présence auprès de l'enfant sur le sol américain jusqu'au terme de la procédure relative à la garde (ATF 16.4.2009, 5A_105/2009, c. 3). Pour le Tribunal fédéral, la réalisation de ces conditions devait se concrétiser par le biais de la collaboration des autorités américaines et, en particulier, du juge chargé de régler le litige sur la garde. L'arrêt a été considéré comme un modèle (Möckli, RDS 2017 II p. 304). Le message était clair : l'enfant risque de se trouver dans une situation intolérable s'il doit retourner seul, étant alors séparé de sa mère et placé auprès de tiers, faute de pouvoir vivre dans la demeure de son père. En pareille situation, il n'est manifestement pas judicieux de recourir à *l'ultima ratio* du placement de l'enfant dans une famille d'accueil, au sens de l'art. 5 lit. c LF-EEA. Dans des arrêts rendus ultérieurement dans la même affaire, le Tribunal fédéral a cependant affaibli les exigences posées initialement, relâchant ainsi également la garantie d'une vie commune entre la mère et l'enfant (cf. ATF 7.12.2009, 5A_721/2009, c. 2 et 3 ; ATF 29.4.2010, 5A_154/2010, c. 6-12). Le modèle n'est pas devenu ce qu'il était censé l'être.

262b n

Depuis lors, de nombreux arrêts ont mis l'art. 5 LF-EEA en pratique, tout en rappelant que cette règle ne doit pas avoir l'effet de corriger l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention (cf. les arrêts cités n° 261). Dans d'autres arrêts, l'art. 5 LF-EEA a été ignoré (ATF 11.1.2010, 5A_764/2009 ; ATF 8.7.2010, 5A_436/2010, c. 4 ; ATF 20.9.2012, 5A_537/2012 ; ATF 21.8.2014, 5A_577/2014, c. 5 ; ATF 11.10.2017, 5A_655/2017). Dans plusieurs arrêts récents, l'art. 5 LF-EEA est expliqué longuement, incluant des renvois au Message, ce qui laisse penser que le respect de cette disposition est dorénavant acquis (ATF cités du 10.9.2012, c. 4.2, et du 1.10.2013, c. 5 ; ATF 3.9.2014, 5A_584/2014, c. 6.2.2 ; ATF 15.10.2014, 5A_705/2014, c. 4.1 ; ATF 23.12.2014, 5A_930/2014, c. 6.1.2 ; ATF 13.9.2016, 5A_558/2016, c. 7.2.1 ; ATF 30.11.2016, 5A_709/2016, c. 5.4.1 ; ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, c. 5.3 ; ATF 4.9.2019, 5A_605/2019, c. 3.1.1 ; ATF 11.9.2020, 5A_643/2020, c. 5.1.2.1 ; ATF 3.1.2022, 5A_954/2021, c. 5.1.1). Une procédure pénale pour abus sexuel qui est encore en cours ne suffit pas pour renoncer à l'examen des conditions de l'art. 5 LF-EEA (ATF 24.4.2019, 5A_162/2019, c. 6.3).

262c n

Malgré ces nombreux renvois à l'art. 5 LF-EEA, on est cependant encore dans l'attente d'un renversement significatif de la jurisprudence dans le sens d'une meilleure prise en considération de l'intérêt de l'enfant qui était l'objectif essentiel du législateur. Comme en témoignent de nombreux arrêts (cités sous n° 257), le second des arrêts rendus dans l'affaire W. (cf. n° 258) est resté d'actualité, avec l'affirmation que le parent ravisseur, ayant créé lui-même une situation intolérable pour l'enfant en refusant de le raccompagner, alors qu'on peut l'exiger de lui, ne peut pas invoquer la mise en danger de l'enfant à titre d'exception au retour ; à défaut, il pourrait décider librement de l'issue de la procédure de retour. Le regard étant exclusivement tourné vers la sanction du comportement du ravisseur, la mère en règle générale, aucune place n'est aménagée pour le respect de l'intérêt de l'enfant qui peut souffrir d'une telle séparation, sans porter à cet égard aucune responsabilité, comme le Tribunal fédéral l'avait d'ailleurs admis dans le premier arrêt rendu dans la même affaire, jugeant du recours des enfants, condamnés à vivre en divers placements en Australie, alors que la mère était empêchée de s'y rendre. On a aussi pu se demander si la substance de l'art. 5 LF-EEA a été bien assimilée lorsqu'un arrêt observe que la Convention de 1980 prescrirait un « retour automatique » (ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, c. 5.3).

263 n

Dans un cas particulier, il convient d'examiner tout d'abord si le *parent demandeur* est pour le moins passagèrement apte à accueillir l'enfant. Dans l'affirmative, l'argument selon lequel le retour pourrait placer l'enfant dans une situation intolérable ne trouve généralement pas de place (cf. ATF 13.1.2012, 5A_840/2011, c. 3.4). Si l'hébergement auprès du requérant ne heurte pas manifestement l'intérêt de l'enfant (au sens de la lit. a de l'art. 5 LF-EEA), un tel retour est en principe tolérable pour lui, dans l'attente d'une décision définitive sur l'attribution de la garde (ATF 31.7.2018, 5A_576/2018, c. 5). Dès lors, *l'enfant devra également supporter la séparation du parent auteur de l'enlèvement* si ce dernier tient à ne pas le suivre lors de son retour. En pareil cas, le retour même de très jeunes enfants peut être ordonné, malgré le refus de la mère de les accompagner (ATF 15.11.2005, 5P.367/2005, c. 8 ; ATF 4.2.2011, 5A_913/2010, c. 5.3 ; de même, pour un enfant de sept ans : ATF 28.4.2014, 5A_246/2014, c. 2 et 3, ou de huit ans : ATF 24.9.2015, 5A_617/2015, c. 3). Cependant, la réponse peut être différente si la mère s'est principalement occupée des enfants, de sorte que la remise de ceux-ci au père, en leur très jeune âge, peut remettre leur bien-être sérieusement en péril (cf. ATF 5.8.2013, 5A_504/2013, c. 3.2 ; ATF 1.10.2013, 5A_637/2013, c. 5). Le cas échéant, des mesures de protection prises par les autorités locales, suivant des suggestions de la part du juge suisse (art. 10 LF-EEA), peuvent rendre le retour néanmoins acceptable (cf. n° 288-291, précaution à laquelle l'ATF 10.1.2010, 5A_764/2009, AJP 2010 p. 385, ne s'est pas intéressé, ni l'ATF cité du 16.1.2014, c. 5.2, et l'ATF 12.8.2016, 5A_513/2016, c. 3.2, 3.3), un arrêt allant jusqu'à indiquer que l'absence de la prise en charge de la famille par les services et institutions sociales du pays de provenance ne constitue pas une exception à l'ordre de retour des mineurs (ATF 23.3.2017, 5F_9/2017, c. 5.2). Il faudrait des circonstances particulières rendant la séparation de la mère préjudiciable à l'enfant pour néanmoins refuser le retour, en vertu de l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention. Ainsi, la Cour de cassation française était arrivée à la conclusion qu'un enfant de quatre ans qui risquait d'être renvoyé sans sa mère aux Etats-Unis, alors qu'il avait déjà vécu avec celle-ci depuis l'enlèvement en France pendant trois ans, est exposé à un danger psychologique caractérisé (arrêt du 12.7.1994, Rev.crit. 1995 p. 96, Shamée). De telles situations doivent rester exceptionnelles et l'aménagement des conditions de procédure par la LF-EEA devrait permettre de les éviter. Une certaine rigueur est en effet incontournable si l'on ne veut pas transformer le conflit en un litige sur le fond du droit de garde, ce que la Convention ne permet pas (art. 16) et la priverait d'ailleurs de son effet utile. L'art. 5 LF-EEA n'a pas pour but de s'en écarter.

264 n

Lorsque les relations avec le père sont difficiles au point que la présence de l'enfant dans sa demeure ne peut être envisagée, notamment en raison du risque de violences ou de son incapacité de prendre soin de l'enfant, même pour une période limitée, *la résolution du cas d'enlèvement dépend principalement de la possibilité pour la mère de retourner dans le pays de départ et d'y assumer la charge de l'enfant*. Il n'est pas exigé de la mère qu'elle habite avec le père, comme il ne faut pas confondre le retour de l'enfant avec sa remise au père (ATF cité du 11.4.2002, c. 4b ; ATF 27.3.2003, 5P.71/2003, c. 2.4.2 ; ATF 23.4.2003, 5P.128/2003, c. 4.2 ; ATF 10.11.2009, 5A_583/2009, c. 4.3 ; ATF 21.8.2014, 5A_577/2014, c. 5.3 ; ATF 19.5.2017, 5A_305/2017, c. 6.3). L'ordre de retour n'implique pas la réintégration de la ville ou région habituelle avant le déplacement illicite (ATF 4.9.2019, 5A_605/2019, c. 3.1.2). Toutefois, si le père dispose d'un droit de garde qui l'autorise à accueillir l'enfant dans sa demeure, cette situation est déterminante pour apprécier les circonstances du retour de l'enfant. Cela vaut tant pour le cas où une décision en ce sens a été rendue avant l'enlèvement (cf. ATF 15.10.2004, 5P.354/2004, c. 4.1), comme pour le cas où elle a été prise ultérieurement. Si, dans l'Etat de la résidence antérieure, le droit de déterminer le lieu de séjour de l'enfant a été transféré à une autorité de tutelle ou de protection de la jeunesse, cette décision est également un fait à retenir pour apprécier les conditions du retour de l'enfant (cf. ATF 17.12.2004, 5P.437/2004). *En toute hypothèse, on ne saurait se borner à affirmer un retour possible de la mère si les dangers en résultant pour l'enfant n'ont pas été évalués* (comme l'a fait l'ATF 16.8.2007, 5A_285/2007, c. 4, obs. Bucher, RSDIE 2010 p. 216, AJP 2007 p. 1585). L'art. 5 LF-EEA tend à renverser cette approche rigide. *Les conditions du retour de la mère sont à prendre en compte lorsque l'enfant ne sera pas remis au père et qu'il s'agit de préserver ses relations étroites avec la mère* (cf. ATF 10.11.2009, 5A_569/2009, c. 4.3, et 5A_583/2009, c. 4.3). L'intérêt de l'enfant étant la considération déterminante, l'analyse doit nécessairement porter sur la situation familiale dans son ensemble, tenant également compte de la relation avec le parent ravisseur (cf., en particulier, l'arrêt Neulinger de la CEDH, cité n° 153, 251, § 134-151 ; CEDH, Sneersone et Kampanella, 12.7.2011, § 85-98 ; Shaw, 26.7.2011, § 75 ; B. c. Belgique, 10.7.2012, § 72).

264a n

Le Tribunal fédéral semble être sur la voie de reconnaître que de tels éléments, implicites à l'orientation fixée par l'art. 5 LF-EEA, sont à prendre en considération. *La pratique est cependant incertaine*. Des facteurs liés à la situation familiale ont été écartés comme étant sans objet (cf. ATF 13.7.2012, 5A_479/2012, c. 5.3, constatant que rien n'indique que le placement des enfants auprès du père ne soit pas dans leur intérêt et que la mère n'allègue aucun élément empêchant impérativement son propre retour ; ATF 3.9.2014, 5A_584/2014, c. 6.3.2, estimant qu'il peut être raisonnablement exigé de la mère, nonobstant les difficultés pratiques, de retourner en France avec l'enfant). Il a également été dit que le retour intolérable dans le pays d'origine concerne l'enfant mineure, non le parent ravisseur (ATF 30.1.2017, 5A_936/2016, c. 6.3.2 ; ATF cité du 4.9.2019, c. 4.1.1 ; ATF 11.9.2020, 5A_643/2020, c. 5.1.2.2), méconnaissant ainsi que les obstacles au retour de ce parent peuvent affecter la situation et la protection de l'enfant. On commence à reconnaître que si la décision fondée sur l'art. 13 al. 1 lit. b ne doit pas refléter un règlement du droit de l'autorité parentale ou de la garde, des éléments pertinents à ce titre – sous l'angle de la « relocation » – pénètrent néanmoins indirectement la thématique de cette décision (cf. Möckli, RDS 2017 II p. 296-301). La possibilité pour la mère de revenir avec l'enfant dans le pays requérant, même en vivant à distance du père, n'est pas toujours suffisante. Dans des cas de violence et d'abus sexuel, par exemple, l'enfant n'est pas protégé si le risque de danger n'est pas écarté lorsque le père vient exercer son droit de visite.

265 n

Or, ainsi que l'on a pu le constater dans la pratique (cf. n° 260), *la mère peut légitimement refuser* un retour au motif qu'elle doit craindre des poursuites pénales dans ce pays ou en raison du risque de ne pas être assurée d'une protection suffisante, de l'enfant et d'elle-même, face à la violence du père. Elle peut aussi se trouver confrontée à une contrainte de rester dans le pays de refuge pour des raisons tenant à de nouvelles obligations familiales, respectivement de « relations familiales très solides » (ATF 3.1.2022, 5A_954/2021, c. 5.3.2 ; ATF cité du 4.9.2019, c. 3.1.1 ; ATF 21.1.2020, 5A_990/2019, c. 5.1.2). Une telle hypothèse peut être liée à un nouveau mariage (ATF 1.10.2013, 5A_637/2013, c. 5.1.2 ; ATF 16.1.2014, 5A_880/2013, c. 5.1.2 ; ATF 3.9.2014, 5A_584/2014, c. 6.2.2 ; ATF 30.11.2016, 5A_827/2016, c. 7.1 ; ATF 24.4.2019, 5A_162/2019, c. 6.2), à la naissance d'un enfant ou à une obligation morale de soigner un proche parent malade (cf. FF 2007 p. 2463). Dans de tels cas, dépendant des circonstances concrètes, la lettre b de l'art. 5 LF-EEA peut s'appliquer. Le seul fait d'être bien intégré en Suisse et d'y trouver ses propres parents n'est cependant pas suffisant (ATF 10.11.2009, 5A_569/2009, c. 4.3.1 ; ATF 10.9.2012, 5A_550/2012, c. 4.2.2 et 4.2.3). Un remariage n'a pas été considéré comme un obstacle suffisant si le nouveau mari était ressortissant de l'Etat de retour, ce fait montrant

qu'il lui était possible d'accompagner la mère et l'enfant (cf. ATF 2.12.2013, 5A_799/2013, c. 5.4 ; et de même pour un compagnon, ATF cité du 3.1.2022, c. 5.3.4).

266 remplacé par le n° 268a.

267 remplacé par le n° 262a.

268 n

Le cas de l'impossibilité pour la mère de retourner avec l'enfant est complété, à l'art. 5 lit. b LF-EEA, par l'hypothèse dans laquelle *on ne peut « manifester pas l'exiger » d'elle*. Comme l'illustre l'arrêt cité du 16.4.2009 (n° ___), cela couvre la situation où le retour est en soi possible, mais non dans des conditions assurant au ravisseur de pouvoir rester présent auprès de l'enfant jusqu'au terme du procès au fond, du fait, par exemple, de l'impossibilité d'obtenir la prolongation d'un visa ou de l'absence de moyens financiers le préservant avec l'enfant du dénuement. On ne peut exiger le retour de la mère si le juge étranger chargé de statuer sur la garde a déjà attribué la garde exclusive au parent réclamant le retour de l'enfant (« chasing order ») ; le tribunal suisse doit s'assurer que cette mesure est levée (cf., en ce sens, l'ATF cité du 16.4.2009, c. 3). Il n'est pas suffisant de se contenter d'une simple vraisemblance (comme le fait l'ATF 20.9.2012, 5A_537/2012, c. 3), alors que la collaboration internationale permettrait de faire mieux (cf. n° __288). Il faut exiger des garanties à ce qu'une telle mesure préjudiciable à l'enfant, si elle n'est pas levée, ne soit pas exécutée (ATF cité du 1.10.2013, c. 5.2). La situation de l'enfant, seul concerné d'après la Convention, est évidemment fortement influencée par les difficultés et la charge psychique que doit supporter son parent exerçant le rôle éducatif primaire. S'il est exact de dire que des inconvénients économiques ou d'autres désagréments ne doivent pas empêcher le retour (cf. n° __253), encore faut-il que celui-ci débouche sur des conditions de vie décentes (cf. Kantonsgericht GR, SJZ 2011 p. 89 ; FF 2007 p. 2463 ; Mazenauer, n° 305, 313). Une collaboration efficace avec les autorités locales constitue un moyen de s'en assurer. Chacun des parents a pour devoir d'y contribuer également, soit en préparant l'accueil de l'enfant et du ravisseur à leur retour (logement, travail, entretien), soit en accomplissant les actes nécessaires au voyage et à l'entrée sur le territoire du pays de destination, notamment en sollicitant sans délai les permissions requises (cf. l'ATF cité du 16.4.2009, c. 3.8).

268a n

Si le tribunal saisi de la demande de retour doit partir du fait que le parent auteur de l'enlèvement, en général la mère, ne peut accompagner l'enfant lors de son retour ou qu'on ne peut pas attendre raisonnablement d'elle qu'elle retourne, la question se pose de savoir si la *séparation des deux parents*, y compris de la mère, et le *placement*, en cas de retour, auprès de tiers, ne met pas l'enfant dans une situation intolérable. La séparation de l'enfant de sa mère doit être considérée, en règle générale, comme une atteinte grave à l'intérêt de l'enfant lorsque la mère est la personne de référence principale pour l'enfant et que la relation avec le père ne permet pas, par ailleurs, que ce dernier le prenne sous sa garde lors de son retour. Un placement auprès de tiers de l'enfant, forcé de rompre les relations régulières avec les deux parents, ne peut entrer en ligne de compte qu'à titre tout à fait exceptionnel. Le traumatisme grave qu'ont dû subir les enfants W., renvoyés de force et placés successivement dans trois familles d'accueil en Australie, pour y attendre 20 mois alors que seule la mère, restée en Suisse et empêchée de les rejoindre, était apte à en prendre soin (cf. Bucher, Sem.jud. 2006 II p. 240), illustre que l'art. 5 LF-EEA doit permettre d'empêcher pareille dérive, ce que l'art. 13 al. 1 lit. b de la Convention aurait d'ailleurs permis à lui seul s'il avait été appliqué raisonnablement. Une situation de détresse de la mère, qui la retient en Suisse, ne doit pas bouleverser l'équilibre physique et psychique de l'enfant qui serait, au retour, contraint de vivre séparé de ses deux parents (FF 2007 p. 2463 ; Mazenauer, n° 290-312). L'examen du sort de l'enfant et de la disponibilité de mesures suffisantes de protection est alors indispensable, autant que le refus d'y procéder est choquant, lorsque, dans l'affaire d'Italie, un garçon de 8 ans a dû retourner seul en Italie auprès d'un père sans résidence stable (ATF 16.1.2014, 5A_880/2013) et que, dans l'affaire de Londres, un retour forcé de deux petits enfants a été ordonné sans aucune préparation et en sachant que la mère ne pouvait aller y vivre et que le père violent vivait avec une injonction de ne pas s'en approcher (ATF 30.1.2017, 5A_936/2016, ATF 23.3.2017, 5F_9/2017, c. 5.2).

268b n

Dans des arrêts récents, le Tribunal fédéral tend à circonscrire les cas dans lesquels la séparation de la mère comme principal gardien serait trop douloureuse, que ce soit pour les *nourrissons* (ATF 19.12.2013, 5A_884/2013, c. 4.2.2.1) ou des enfants d'à peine *deux ans* (ATF 16.4.2009, 5A_105/2009, c. 3 ; ATF cité du 1.10.2013, c. 5.1.2 ; ATF 2.12.2013, 5A_799/2013, c. 5.6 ; ATF 3.9.2014, 5A_584/2014, c. 6.2.2). Cette jurisprudence est liée à la thèse que de tels enfants vivraient encore en référence à une personne (la mère), tandis que les enfants plus âgés seraient davantage reliés à leur environnement (cf. ATF cité du 16.4.2009, c. 3.4 ; Möckli, RDS 2017 II p. 281, 282, 299) ; on reconnaît la simplification excessive du raisonnement, présenté sans aucune

explication et sans rapport aucun avec le bien de l'enfant dans le cas particulier. Il est ainsi dit qu'un enfant de *trois ans* pourrait être séparé de sa mère sans qu'une telle mesure ne soit en principe constitutive d'un danger grave pour lui ; aucune nuance tenant compte du bien de l'enfant n'y est ajoutée (cf. ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, c. 5.3). Il arrive ainsi que l'on écarte toute considération de l'intérêt de l'enfant, l'attention portant essentiellement sur l'argumentation de la mère sans que son bien-fondé ne soit examiné, ni les mesures à prendre pour assurer le retour protégé de l'enfant (cf. l'ATF cité du 16.1.2014, c. 5.2, et les observations critiques de Bucher, RSDIE 2014 p. 496-502, AJP 2014 p. 569-575, de J. Schweighauser *et al.*, FamPra.ch 2014 p. 449-457, et d'Alfieri, thèse, p. 174-178). On relèvera tout au moins qu'en matière d'entretien, la limite inférieure se situe autour de trois ans, étant précisé qu'au-delà, il faut procéder par paliers selon des critères objectifs, évitant ainsi de tomber dans l'arbitraire (cf. ATF 144 III 481 ss, 495).

268c n

Dans un remarquable renversement de jurisprudence, l'arrêt du 8.9.2021 (5A_437/2021, c. 3 et 4) retient que le refus des autorités américaines de lever à titre exceptionnel *l'interdiction d'entrée de la mère aux Etats-Unis pendant 10 ans*, prohibant à celle-ci toute visite de l'enfant en Floride auprès d'un père dont l'éducation laissait à désirer, aboutissait à une situation de danger pour l'enfant, intolérable sous l'angle de l'art. 13 al. 1 lit. b. L'arrêt relève explicitement que le jugement antérieur du 11.1.2010 (5A_764/2009) était erroné ; dans ce cas, en effet, l'enfant de 10 ans a dû attendre cinq ans à New York avant de pouvoir revenir en Suisse auprès de sa mère qui a dû patienter plusieurs années jusqu'à ce que les autorités américaines lui délivrent une autorisation d'entrée pour des raisons humanitaires. L'erreur judiciaire ayant été commise, on saluera que le Tribunal fédéral le reconnaisse enfin, ce qui laisse augurer la perspective d'une jurisprudence à venir qui soit *plus respectueuse de la relation de l'enfant avec sa mère, malgré le fait que celle-ci ait été à l'origine de l'enlèvement*. Il est dit dans cet arrêt, en effet, que si un enfant de cinq ans ne souffre pas par principe d'une séparation de la personne l'ayant principalement pris en charge, cela est admise cependant dans l'idée (non formulée explicitement) que dans le contexte de visites régulières, *des relations stables puissent s'établir entre l'enfant et ses deux parents* (c. 4, in fine). Cela signifie que, dorénavant, *le respect de la relation avec le parent ravisseur* entre dans l'examen sous l'angle de l'art. 13 al. 1 lit. b et de l'intérêt de l'enfant à ce qu'il ne doive pas subir des souffrances trop importantes du fait de son renvoi dans son pays de provenance. Tout en saluant cet arrêt novateur, on notera que sa conclusion et l'esprit qui semble l'animer restent à être confirmés.

269 n

Si le retour ne peut se faire dans la demeure du père (lit. a) et s'il ne peut être raisonnablement attendu de la mère (lit. b), le renvoi de l'enfant nécessiterait un placement auprès de tiers. Or, une telle issue constitue une situation extrême, correspondant à une *ultima ratio* (ATF 3.9.2014, 5A_584/2014, c. 6.2.2). Normalement, lorsque la relation de l'enfant est bonne ou parfaitement acceptable avec au moins l'un de ses parents, il serait choquant de le voir placé auprès de tiers, en attendant le sort du litige sur la garde, ce qui peut, dans de nombreux pays, prendre de longs mois, un an, ou encore plus, durée pendant laquelle la personnalité de l'enfant risque d'être gravement déstabilisée. La conclusion s'impose alors qu'une telle issue n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant (lit. c). Tel n'est pas toujours le cas. Si les deux parents sont incapables de prendre convenablement soin de l'enfant au point que l'on risque de devoir en séparer l'enfant de toute manière, le placement dans le pays de sa résidence habituelle d'avant l'enlèvement peut être parfaitement tolérable (cf. FF 2007 p. 2464). Si l'enfant peut trouver un bon accueil dans la proche parenté (tels les grands-parents), son intérêt peut être suffisamment préservé malgré l'éventuel refus de la mère de l'accompagner au retour (ATF 31.8.2010, 5A_520/2010, c. 4). De tels cas sont cependant exceptionnels. Cela signifie que la question du retour du ravisseur est cruciale chaque fois que le parent requérant n'est pas apte lui-même à prendre soin de l'enfant à son retour.

269a n

Dans un arrêt, le Tribunal fédéral a élargi l'hypothèse visée à la lettre a de l'art. 5 LF-EEA. Cette disposition couvrirait également le cas où l'enfant subira un préjudice grave du fait de la séparation de la mère, compte tenu de son jeune âge et de l'étroite relation avec celle-ci en tant que principale personne de référence, et ce même si le père s'avère apte, en soi, à accueillir l'enfant. En l'espèce, une telle rupture du lien avec la mère aurait pu se produire même en cas de retour de la mère, en vertu d'une décision française prise après l'enlèvement et confiant provisoirement au père la garde exclusive de l'enfant. Ainsi, même si la mère était prête à accompagner l'enfant au retour, elle en sera privée, de telle sorte qu'au lieu d'un retour au « statu quo », il se produira une rupture brutale du lien entre l'enfant et sa mère. Or, une telle mesure relève du fond et ne saurait être tolérée lorsqu'elle est prise comme une sanction frappant le comportement du parent ravisseur (comme le font les « chasing orders » de type américain). L'enfant n'a pas à subir un tel sort, même si sa relation avec le père est bonne ou pour le moins correcte (ATF cité du 1.10.2013, c. 5.2). Cependant, cette solution est fondée directement sur l'art. 13 al.

1 lit. b de la Convention ; elle n'est pas visée par l'art. 5 lit. a LF-EEA (cf. obs. Bucher, RSDIE 2014 p. 487 s., AJP 2013 p. 1874-1876).

271

3^e ligne, ajouter après l'ATF cité : ATF 19.12.2013, 5A_884/2013, c. 4.2.2.2 ; ATF 14.1.2016, 5A_1003/2015, c. 5.1.1 ; ATF 14.3.2016, 5A_58/2016, c. 2.2 ; ATF 13.9.2016, 5A_558/2016, c. 6.3.2 ; Mazenauer, n° 326.

5^e ligne, insérer : Il en va de même si la résidence de l'enfant a été fixée auprès du ravisseur à titre provisoire (ATF cité du 19.12.2013, c. 4.3 ; cf., cependant, l'ATF 28.11.2013, 5A_807/2013, c. 3.2, refusant de tenir compte d'une décision anglaise provisoire statuant que le retour de l'enfant n'était pas dans son intérêt).

In fine, ajouter aux auteurs cités : Mazenauer, n° 327.

271a n

La Convention soutient, certes, le retour des enfants enlevés, mais elle n'entend pas favoriser pour autant de tels « double retours », préjudiciables à l'enfant. Lorsqu'un tel risque se précise, compte tenu des circonstances, le tribunal suisse doit se renseigner sur l'état de la procédure en cours à l'étranger, comme l'art. 10 LF-EEA l'exige. Le Tribunal fédéral n'envisage pas qu'il soit procédé ainsi (cf. ATF 17.12.2012, 5A_847/2012, c. 3.2.1, et l'ATF cité du 19.12.2013, c. 4.2.1 ; ATF cité du 13.9.2016, c. 6.3.3). La même attitude a été adoptée lorsque le retour a été ordonné auprès du père dont il était établi qu'il était malade et violent, incapable de s'occuper de deux enfants avec lesquels il n'avait pas plus que des contacts sporadiques depuis leur naissance, au point qu'il était exclu, eu égard aux décisions déjà prises antérieurement en Angleterre, que les enfants lui soient confiés un jour (ATF 30.1.2017, 5A_936/2016, c. 3.2, 6.3). Si le délai d'attente est raisonnable et qu'il est vraisemblable que l'on s'achemine vers un résultat permettant d'éviter à l'enfant une rupture liée à un retour s'avérant inutile, le juge suisse peut surseoir à statuer. Alors qu'il s'y oppose normalement (ATF cité du 17.12.2012, c. 3.3 ; ATF 12.8.2016, 5A_513/2016, c. 3.3), le Tribunal fédéral a déjà reconnu qu'une suspension de courte durée pouvait être envisagée (ATF 2.12.2013, 5A_799/2013, c. 6), tout en ignorant cette possibilité dans un autre cas où il aurait fallu attendre un mois, alors qu'en fait l'affaire n'était pas réglée dans ce délai de toute façon, en raison du renvoi à l'autorité cantonale (ATF cité du 13.9.2016, c. 6.3.3).

271b n

Sur le fond de la question, une jurisprudence récente accepte qu'il soit tenu compte de la perspective se présentant au parent qui a demandé le retour de l'enfant, tout en insistant sur la rigueur d'un tel examen. En effet, le Tribunal fédéral observe qu'entrent également dans le cadre de l'art. 5 lit. b LF-EEA les cas dans lesquels un tel parent « ne reprendra pas l'exercice du droit de garde ni ne l'obtiendra par voie judiciaire, le rapatriement de l'enfant étant alors assimilable à un aller-retour qui ne servirait en définitive qu'à soumettre l'affaire à la compétence des autorités de l'ancien lieu de résidence ». Pour le tribunal saisi en Suisse de la demande de retour, un tel jugement attribuant la garde exclusive au parent ravisseur doit apparaître indubitable (ATF 21.1.2020, 5A_990/2019, c. 5.1.3), hypothèse non réalisée en l'espèce (c. 5.2). Le Message avait déjà explicité cette situation comme une exception au principe du retour (cf. FF 2007 p. 2463 ; de même ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, c. 5.3).

272

6^e ligne, insérer un renvoi au n° 191b.

In fine, ajouter : Il est également intolérable qu'au retour, l'enfant soit séparé brutalement de sa mère qui l'accompagne, pour être remis au père en vertu d'une décision prise postérieurement à l'enlèvement et visant à sanctionner le comportement du ravisseur et non à régler la situation de l'enfant au plus près de son intérêt ; des garanties doivent alors être requises afin que l'enfant ne subisse pas un tel sort (ce qu'a fait l'ATF 1.10.2013, 5A_637/2013, c. 5.2, renvoyant le dossier à l'autorité cantonale).

273

In fine, insérer comme avant-dernière phrase : Le Tribunal fédéral méconnaît parfois l'importance de cette considération (ainsi dans l'ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, qui cite l'affirmation du père de ne pas revendiquer l'attribution de la garde de l'enfant, montrant l'absence de tout intérêt au retour en Grèce d'un enfant avec lequel le père n'a eu aucun contact depuis deux ans). La Convention ne doit pas servir ...

273a n

Dans de telles situations d'un enfant enlevé par sa mère exerçant la garde principale et effective, qui n'est pas en état de revenir dans le pays d'origine, le retour immédiat ne servira pas à rétablir le statu quo ante comme les auteurs de la Convention de 1980 l'ont proclamé comme étant son objectif fondamental. Le rapatriement de l'enfant crée ainsi souvent de nouvelles perturbations au mépris de l'intérêt de l'enfant. L'interprétation de l'art. 5 a abouti à une extension du droit de garde à des hypothèses dans lesquelles le parent qui prétend être lésé dans son droit ne dispose en fait guère plus que d'un droit de garde réduit à son titre formel, assorti d'un droit de visite et de contact, alors que le renvoi de l'enfant consacre la séparation du parent gardien avec lequel l'enfant partage

sa vie. Certes, l'art. 13 al. 1 lit. b peut servir de remède. Mais cette disposition n'a pas été adoptée pour faire face à ces situations nouvelles de garde partagée en droit, mais souvent déséquilibrée dans les faits. Le défi de l'époque était de lutter contre les enlèvements commis par des parents voulant s'approprier un enfant par des voies de fait, alors que le défi d'aujourd'hui consiste à éviter les ruptures d'équilibre dans la vie d'un enfant sous la garde juridique de deux parents dont l'un exerce la charge principale de l'éducation et des soins fournis à l'enfant (cf. obs. A. Alouane, sous l'arrêt, trop rigide, de la Cour de cassation française du 24.6.2015, Rev.crit. 2016 p. 165).

275

11^e ligne, ajouter avant les auteurs cités : Mazenauer, n° 389-398.

In fine, ajouter : L'opposition d'un enfant de sept ans, pour constante et éclairée qu'elle soit, n'est pas jugée pertinente (ATF 4.9.2019, 5A_605/2019, c. 3.3 ; cf. à titre de comparaison, l'avis opposé de la Cour de cassation italienne, du 8.2.2017, RDIPP 2018 p. 120). Le même refus par rapport à un enfant de 8 ans laisse des doutes lorsque l'état de fait de l'arrêt n'est pas clair (cf. ATF cité du 13.9.2016, c. 7.1.3). La volonté d'un enfant de 8½ ans n'a pas compté, ce d'autant que l'enfant ne pouvait se distancer de l'influence de son père (ATF 2.7.2019, 5A_439/2019, c. 4.5).

276

15^e ligne, insérer: Onze ou douze ans semble être la règle, sans exclure, le cas échéant, la volonté d'un enfant quelque peu plus jeune (cf. ATF 133 III 150 ; ATF 27.9.2017, 5A_266/2017, c.5 ; ATF 9.7.2018, 5A_475/2018, c. 4.2 ; ATF 21.1.2020, 5A_990/2019, c. 6.1).

277

10^e ligne, in fine, lire : Dutoit, art. 85 n° 101, puis insérer : La volonté de l'enfant, telle que visée par l'art. 13 al. 2, inclut nécessairement l'appréciation, du point de vue de l'enfant, de facteurs susceptibles de jouer un rôle pour l'attribution de la garde (cf. Mazenauer, n° 371 ; Möckli, RDS 2017 II p. 302 ; Beaumont/McEleavy, p. 189-191 ; OGH 20.3.2013, ZfRV 2013 p. 173). Il est excessif d'exiger d'un enfant qu'il puisse distinguer entre une procédure d'enlèvement et le procès sur le fond du droit de garde, comme le fait le Tribunal fédéral (ATF 133 III 146 ss, 149 ; ATF 30.4.2015, 5A_229/2015, c. 5.1 ; ATF cité du 9.7.2018, c. 4.2 ; ATF cité du 21.1.2020, c. 6.1).

14^e ligne, insérer : Dans un autre, elle l'était, ce qui n'a pas empêché l'enfant d'en être convaincu (ATF cité du 30.4.2015, c. 5.2). Au demeurant, l'influence du ravisseur, en tant que telle, est naturelle dans la vie de l'enfant ; le point critique est atteint lorsqu'elle prive l'enfant de son autonomie de jugement (cf. Mazenauer, n° 373-384). In fine, ajouter : Mazenauer, n° 369.

277a n

Le mode de raisonnement suivi par le Tribunal fédéral jusqu'à récemment pouvait servir à marginaliser toute opinion personnelle, étant donné que la formation et l'expression d'un avis personnel sont toujours fondées sur l'influence des éléments de la vie qui entourent le vécu de chaque personne, pour les adultes autant que pour les enfants. C'est bien le but de l'argument. Il permet d'écarter toute volonté d'un enfant, forcément influencé par son environnement. La question que l'on doit se poser est de savoir si la volonté telle qu'exprimée par la personne, que cela soit un adulte ou un enfant, lui appartient en elle-même ou s'il ne s'agit que de la reproduction de la volonté d'une autre personne ou de circonstances qui s'imprègnent à une personne sans que celle-ci les assimile véritablement au point d'en tirer les conséquences dans son propre comportement. La seconde hypothèse peut être illustrée par ce que l'on appelle le conflit de loyauté. Contrairement à ce que l'on dit généralement, un tel conflit n'est pas réservé aux enfants ; un adulte peut en souffrir tout autant, notamment dans un contentieux familial impliquant plusieurs personnes parmi lesquelles on croit devoir faire un choix. S'il est réel, le conflit de loyauté « classique » empêche l'enfant de procéder à un véritable choix, la conséquence étant qu'il est soit incapable d'exprimer une préférence, soit qu'il le fait puisqu'il est appelé à le faire mais ce sans en être véritablement convaincu dans son for intérieur (ATF 12.8.2016, 5A_513/2016, c. 3.1). En revanche, comme le Tribunal fédéral l'a constaté judicieusement dans un arrêt plus récent, rendu dans la même affaire, l'enfant peut avoir réussi à résoudre son conflit de loyauté, situation dans laquelle on ne peut passer outre sa volonté (ATF cité du 27.9.2017, c. 4). Le conflit de loyauté qui n'est pas résorbé peut être rapproché de la première hypothèse : la volonté est certes exprimée, mais elle n'est pas véritablement assimilée par la personne, étant donné qu'elle prend sa force dans une volonté externe et risque dès lors de disparaître aussitôt que cette influence faiblit ou s'efface complètement. Le point essentiel est ainsi le fondement et l'assimilation de la volonté exprimée dans la raison de la personne, dont on suppose au préalable qu'elle soit capable de discernement. Cela signifie également qu'au cas où cette volonté n'est pas respectée, par des tiers ou par le juge, la personne se sent atteinte. Ses droits sont violés. La violation de l'art. 8 CEDH n'a pas été articulée dans la procédure, mais elle est bien réelle. Dans un

arrêt du 2.2.2016, N.TS v. Georgia, la CEDH a noté que, dans le cas particulier, il était dans l'intérêt des enfants (3 garçons) d'être réunis avec leur père et qu'il était également exact que la famille maternelle (après le décès de leur mère) exerçait une influence négative sur eux. Cependant, cela n'était pas décisif pour apprécier l'intérêt supérieur des enfants qui devait comprendre le respect de leur volonté ferme et claire de ne pas être réunis avec leur père (§ 81-84).

Les termes de l'arrêt de la Cour s'opposent diamétralement aux récents arrêts du Tribunal fédéral refusant d'accepter que des enfants enlevés puissent avoir une volonté entraînant le refus de leur renvoi. "However, while making its own assessment of the best interests, the domestic courts failed to give adequate consideration to one important fact: the boys did not want to be reunited with their father." (§ 81) La Cour a noté que l'attitude négative de la famille maternelle à l'égard du père avait marqué la relations des enfants avec leur père, continuant : "But, whatever the manipulative role played by the maternal family, the evidence before the domestic courts concerning the hostile attitude of the children towards their father was unambiguous." (§ 82) Le danger potentiel à leur santé psychique en cas de retour forcé auprès du père étant établi, ordonner une telle mesure radicale sans des mesures préparatoires tendant à assister les enfants et leur père en vue de rétablir leur relation se heurte à l'intérêt supérieur des enfants. (§ 83). Il y avait donc violation de l'art. 8 CEDH (§ 84).

277b n

Des arrêts récents pourraient annoncer un revirement. Dans le premier, du 30.11.2016 (ATF 5A_706/2016, c. 5.5.2), il s'agissait d'une fille âgée de quatorze ans qui était venue avec sa mère en Suisse sur la base d'une autorisation de voyage acceptée par le père, détenteur du droit de garde en vertu d'un jugement brésilien ; à l'échéance de l'accord, cependant, la fille n'est pas revenue au Brésil, restant avec sa mère en Suisse. En l'espèce, l'influence de la mère sur la volonté de la fille ne paraissait pas établie. L'enfant – s'exprimant parfaitement en français – a été entendue hors la présence de ses parents, qui n'ont pas pris connaissance du procès-verbal d'audition. L'enfant avançait comme motif « son intégration sociale et scolaire depuis près de deux ans, ainsi que les relations qu'elle peut entretenir en Suisse avec sa demi-sœur qui vit avec elle et sa mère une semaine sur deux ». Ces motifs ne sauraient être considérés comme un simple « souhait d'enfant », « mais indiquent que la volonté de la fille est sérieuse et réfléchie et repose sur des raisons particulières et compréhensibles ». L'exception prévue par l'art. 13 al. 2 de la Convention était en l'espèce satisfaite. On saluera évidemment cet arrêt en espérant qu'il puisse faire jurisprudence, ce qui n'est pas aussi certain du fait que les mêmes motifs invoqués dans d'autres affaires n'ont pas été acceptés (cf. les arrêts cités sous n° 277 ainsi que l'ATF 25.3.2015, 5A_51/2015, c. 6.2, s'agissant d'une fille de 14 ans et de sa sœur cadette, dont le refus – exprimé de façon claire et constante – de retourner en Hongrie a été réduit à un simple vœux, au motif que les enfants étaient également aptes à supporter une réintégration dans ce pays). Dans ce dernier cas, l'aptitude des enfants à se réintégrer dans leur pays de provenance a eu pour effet de réduire le poids de leur volonté de ne pas y retourner, tandis que dans l'affaire plus récente du Brésil, ce facteur (relevé sous c. 5.4.2) a laissé la volonté de l'enfant de faire valoir son intégration en Suisse parfaitement intacte.

277c n

Dans le deuxième arrêt du 19.4.2017 (5A_149/2017), suivi d'un autre, du 27.9.2017 (5A_666/2017), rendu dans la même affaire, d'autres assouplissements apparaissent. La volonté d'un enfant de 11 ans qui a changé d'avis après avoir été informé de l'ordre de renvoi doit être examinée, quitte à ce que la durée de l'examen puisse avoir pour effet de consolider la maturité et la volonté de l'enfant au point que son refus du renvoi doit entraîner le rejet de la demande de retour (5A_149/2017, c. 3-5). Quoi qu'il en soit de l'influence exercée par son entourage, ce qui est déterminant est son aptitude à comprendre sa situation et à se former une propre opinion (même arrêt, c. 5.1). A la suite d'une nouvelle audition, très détaillée, le refus de l'enfant se confirmait nettement, entraînant le rejet de la demande de retour. Il a été jugé que la volonté de l'enfant a été exprimée clairement et nettement (« mit gewissem Nachdruck »), soutenue par des motifs plausibles (« nachvollziehbaren Gründen »), et dépourvue de manipulation de la part d'un parent. Le fait que l'enfant s'est opposé explicitement à devoir rejoindre son père en Espagne, voire à être en contact avec lui, s'est révélé d'un poids certain, sans entraîner la réaction, habituelle dans la jurisprudence jusqu'alors rendue, que cela était sans pertinence car lié à la question de l'autorité parentale et non au retour en cas d'enlèvement (cf. c. 3-5). Le Tribunal fédéral retient également que la volonté de l'enfant devait se former forcément en fonction de ses circonstances de vie actuelles ; celles-ci étaient imprégnées par la vie en commun avec sa mère depuis bientôt deux ans. Il fallait donc savoir distinguer entre la volonté

de l'enfant, même forgée sous l'influence d'un parent, d'une part, et une véritable manipulation, d'autre part (c. 4).

277d n

Dans un autre arrêt récent, il fut admis que l'enfant âgée de 12 ans et demi peut se former une volonté autonome de ne pas retourner au pays de départ, le Mexique (ATF 9.7.2018, 5A_475/2018, c. 4). L'enfant a exprimé sa volonté de vivre en Suisse déjà bien avant son départ du Mexique et elle l'a répétée de façon constante depuis son arrivée en Suisse. Il est rappelé qu'une volonté autonome n'exclut pas une influence externe (notamment de la part des parents) ; cependant, elle ne doit pas simplement consister à transmettre (ou « transporter », suivant le terme employé par le Tribunal fédéral) l'avis de la personne qui lui est la plus proche. Cette volonté l'emporte même si la relation avec le parent resté au Mexique s'avère bonne (ce qui, contrairement à l'ATF cité du 25.3.2015, c. 6.2, n'affaiblit pas la pertinence de la volonté de rester en Suisse). Le stade de maturité étant atteint, le fait que la même volonté ait été jugée manipulée auparavant ne compte pas (cf., dans la même affaire, ATF cité du 30.4.2015, c. 5.2).

Il convient de rester prudent avant de conclure que cette jurisprudence soit stabilisée. Les arrêts cités ne sont pas publiés dans le Recueil des ATF. Un arrêt du 19.5.2017 explique ainsi que le degré de maturité d'enfants âgés de 8 et 7 ans serait clairement douteux [ce que l'on peut comprendre, mais pour d'autres raisons] au motif qu'ils aient formulé « leur souhait de 'rester auprès de leur mère' - objet d'une décision portant sur la garde -, non 'en Suisse', à l'instar de l'enjeu d'une décision fondée sur la CLaH80 » (ATF 5A_305/2017, c. 7.2). On exige ainsi des enfants, non seulement qu'ils comprennent la spécificité de la procédure de retour de la CLaH et s'exprime en conséquence de manière à éviter toute allusion à une question de garde. On ferme les yeux, ensuite, devant la simple logique qu'en disant vouloir « rester auprès de leur mère », les enfants disent nécessairement et simultanément qu'ils veulent rester « en Suisse », soit avec leur mère. Enfin, en déclarant vouloir rester auprès de leur mère, les enfants ne disent point exclusivement vouloir rester sous la garde de leur mère, étant donné que l'expression de leur volonté englobe également l'hypothèse de leur refus du retour selon la CLaH, ce qui implique logiquement qu'ils demandent à rester en Suisse auprès de leur mère, même à titre provisoire, en attendant l'issue du procès sur la garde.

Dans l'ATF du 9.7.2018, certes remarquable, on a tenu compte de la volonté exprimée de manière claire et répétée par l'enfant déjà bien avant l'enlèvement, c'est-à-dire lorsqu'elle était liée exclusivement à la garde par la mère, à laquelle l'enfant était opposée. A ce moment-là, il ne pouvait être question de la spécificité de l'enlèvement.

On notera également que, dans l'arrêt du 27.9.2017, le fait que l'enfant refusait tout d'abord un contact régulier, puis tout contact avec le père, était non sans importance pour l'appréciation de sa détermination de rester en Suisse auprès de sa mère (c. 3, 4). Cependant, cela risque d'être dénaturé dans la pratique, conduisant à un refus systématique de contact avec le parent réclamant le retour. Cela n'est pas dans l'intérêt de l'enfant.

278

3^e ligne, ajouter à l'ATF 134 III 88 ss : ATF 31.10.2011, 5A_674/2011, c. 3.3.

9^e ligne, ajouter : ou fermeté (« Widersetzen ») ; puis préciser : comme le font l'ATF 134 III 91, l'ATF 2.12.2013, 5A_799/2013, c. 5.7 ; ATF 30.4.2015, 5A_229/2015, c. 6.1 ; ATF 13.9.2016, 5A_558/2016, c. 7.1.2, en référence à la traduction allemande qui ne correspond pas au texte original. Puis ajouter : cf. Mazenauer, n° 386-388 ; Heiderhoff, IPRax 2014 p. 527.

10^e ligne, insérer : ou des « motifs particuliers et compréhensibles »

In fine, mentionner : en ce sens, les ATF cités du 8.6.2009 et du 13.9.2016 manquent de précision, tandis que les ATF cités du 30.11.2016, c. 5.5, et du 27.9.2017, c. 5, paraissent convaincants, du fait que les motifs sont expliqués et démontrent le sens de la volonté de l'enfant.

279

8^e ligne : cf. Bucher, Festschrift Schwander, p. 492-494. Puis insérer : L'exigence de maturité au sens de l'art. 13 al. 2 et celle de la capacité de révéler des faits graves liés à la perspective d'un retour, sous l'angle de l'art. 13 al. 1 lit. b, ne sont pas les mêmes (cf. Cour de cassation italienne, 11.8.2011, RDIPP 2012 p. 690).

In fine, ajouter : En fonction de la nature des informations susceptibles d'être récoltées, même de très jeunes enfants peuvent donc être entendus (cf. n° 216 ; Mazenauer, n° 54). On ne saurait transposer à l'application de la Convention (et notamment de son art. 13 al. 1 lit. b), dominée par la maxime d'office, des limites d'âge tirées de considérations de droit interne, écartant l'audition d'office d'enfants de moins de 11/12 ans (comme cela est dit, notamment, aux ATF 11.1.2010, 5A_764/2009, c. 5.1 ; ATF 20.9.2012, 5A_537/2012, c. 4 ; cf. Bucher, Festschrift Schwander, p. 490-494). Lorsque la volonté de l'enfant n'atteint pas le seuil de maturité nécessaire pour l'application de l'art. 13 al. 2, elle peut néanmoins révéler une situation de danger au sens de l'art. 13 al. 1 lit. b. On ne saurait donc outrepasser son refus du retour si cela comporte le risque d'un danger psychique pour l'enfant au cas où il serait renvoyé de force (cf., cependant, ATF cité du 30.4.2015, c. 6.4, écartant un tel risque compte tenu de la maturité et des facilités d'adaptation de l'enfant alors que sa volonté n'a pas été jugée pertinente pour tenir compte de son opposition au retour).

280

2^e ligne : biffer les auteurs cités et se référer à l'ATF cité du 30.11.2016, 5A_706/2016, c. 5.5

In fine, ajouter : Dans quelques arrêts, la CEDH a observé que l'opposition des enfants ne fait pas nécessairement obstacle au retour, l'art. 13 al. 2 n'accordant pas à l'enfant un droit de veto qui empêcherait le juge de tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce (CEDH, Raw, 7.3.2013, § 94 ; Blaga, 1.7.2014, § 80). Dans un autre arrêt (lié à l'ATF 134 III 88 ss), il a été constaté qu'il n'est pas déraisonnable de soutenir que l'art. 13 al. 2 ne confère pas à l'enfant la possibilité de librement choisir l'endroit où il veut vivre (CEDH, Rouiller, 22.7.2014, § 73), considération reprise par le Tribunal fédéral (ATF 25.3.2015, 5A_51/2015, c. 5.2). Cependant, ainsi que l'a relevé la Cour de cassation italienne, dans l'hypothèse d'une opposition clairement manifestée par l'enfant de retourner vivre avec le parent qui réclame son retour, l'on ne peut y substituer une évaluation alternative de la relation entre l'enfant et ce parent afin de justifier le renvoi (arrêt du 26.9.2016, RDIPP 2018 p. 773).

283

4^e ligne, ajouter avant les auteurs cités : Mazenauer, n° 421, 426.

In fine, ajouter : L'affirmation que les autorités de l'Etat de provenance seraient corrompues, statistiques à l'appui, ne suffit pas (ATF 2.12.2013, 5A_799/2013, c. 4).

286

In fine, ajouter : Ce principe doit cependant laisser place à des dérogations, fondées sur le respect de la vie familiale, lorsqu'une telle assignation à résidence au seul profit du parent visiteur tend à empêcher le parent en charge de l'éducation de l'enfant de se construire un avenir dans un autre pays, tel son pays d'origine, ne lui laissant pour option que de renoncer à l'éducation de son enfant alors que le tribunal a précisément considéré qu'il est le parent le mieux à même d'assurer l'encadrement de l'enfant (cf. obs. Ch. Chalas, Rev.crit. 2012 p. 893 s.).

287

In fine, ajouter : Le Tribunal fédéral a eu raison de réagir à l'attitude passive et incertaine, voire hostile des autorités américaines, sollicitées de lever à titre exceptionnel l'interdiction d'entrée de la mère aux Etats-Unis pendant 10 ans, causant une rupture durable de la relation avec l'enfant, intolérable sous l'angle de l'art. 13 al. 1 lit. b (ATF 8.9.2021, 5A_437/2021, c. 3 et 4).

288

In fine, ajouter : Le Tribunal fédéral ne respecte qu'épisodiquement cette disposition fondamentale et ne corrige pas les arrêts qui lui sont déférés et qui l'ont ignoré.

288a n

Dès lors que le danger au sens de l'art. 13 al. 1 lit. b peut être réduit en intensité ou même être écarté si la protection des autorités du pays de retour est assurée (cf. n° 253), il faut examiner si tel est le cas dans le cas particulier. Il a déjà été admis que certaines garanties susceptibles de rendre le retour tolérable peuvent prendre la forme de conditions à remplir avant que la décision de retour puisse prendre effet (ATF 13.1.2012, 5A_840/2011, c. 4). Sous l'angle de l'art. 8 CEDH également, les autorités doivent faire de leur mieux pour faciliter une telle coopération (CEDH, M.A., 15.1.2015, § 106). Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a reconnu que l'art. 10 al. 2 LF-EEA devait l'amener à procéder lui-même aux vérifications nécessaires (ATF 25.3.2015, 5A_51/2015, c. 6), tandis que, dans un autre, on a fait confiance aux assurances données par les autorités locales à ce que des mesures de sécurité seraient prises si cela devait s'avérer nécessaire une fois l'enfant revenu (ATF 4.9.2019, 5A_605/2019, c. 4.1.1, approuvé par la CEDH le 23.11.2021 dans son arrêt S.N. et M.B.N.). Lorsque la sécurité de la famille au retour n'est pas certaine, on peut certes solliciter l'avis des parties et se servir de renseignements disponibles aux voyageurs, mais il est toujours mieux de prendre contact avec les

autorités locales, normalement avec l'aide des Autorités centrales ou des juges de liaison (ce qui n'a pas été fait par rapport au Mexique selon l'ATF 30.4.2015, 5A_229/2015, c. 6). Plus grave est un autre cas récent : le père qui réclame le retour de deux enfants est malade et violent et dès lors incapable de s'occuper des enfants avec lesquels il n'avait guère de contact depuis leur naissance ; cela n'empêche pas le Tribunal fédéral de décider que les enfants doivent lui être remis en personne en Angleterre, le cas échéant avec le concours des agents de la force publique, dans l'hypothèse où la mère, devant s'occuper d'un autre enfant en Suisse, ne voulait ou ne pouvait retourner dans ce pays avec lequel elle n'avait plus aucune attache (ATF 30.1.2017, 5A_936/2016, c. 3.2, 6.3.2). Aucun intérêt n'est porté à une collaboration avec les autorités anglaises, pourtant requise par l'art. 10 LF-EEA et l'art. 8 CEDH. Un arrêt rendu au sujet d'une demande en révision va jusqu'à ajouter que l'absence d'une prise en charge de la famille par les services et institutions sociales du pays de provenance serait sans pertinence (ATF 23.3.2017, 5F_9/2017, c. 5.2). Autant dire qu'en mettant les enfants dans la rue, cela serait encore commandé par la Convention de La Haye ! Dans un autre arrêt, un enfant de trois ans a été condamné au retour avec sa mère, sans savoir si celle-ci allait s'exécuter, compte tenu des abus sexuels dont elle était la victime de la part du père ; on a pensé que du fait qu'elle n'était pas obligée d'habiter à proximité de son violeur devait offrir une protection suffisante (cf. ATF 23.5.2018, 5A_121/2018, c. 5.3, 8.2). La pratique manque de rigueur, comme si l'application de l'art. 10 al. 2 LF-EEA dépendait de l'initiative d'une partie de l'invoquer alors qu'il doit être observé d'office. On relèvera cependant, comme un contraste, que le Tribunal fédéral accepte que le retour soit refusé si des démarches tendant à convaincre les autorités américaines à lever l'interdiction faite à la mère de revenir aux Etats-Unis soit levée, étant donné que l'on ne saurait exposer un enfant de cinq ans à ne plus recevoir la visite de sa mère pendant 10 ans (cf. ATF 8.9.2021, 5A_437/2021, c. 3 et 4 (cf. n° 263b).

289

In fine, ajouter : Il en va de même à la lumière de l'art. 8 CEDH qui requiert du juge de s'assurer que des garanties adéquates soient disponibles dans l'Etat du retour et qu'en cas de risque avéré, des mesures de protection concrètes y soient prises (CEDH, X. c. Lettonie, 26.11.2013, § 108, Recueil 2013-VI p. 319). Les situations étant comparables, pourquoi le Tribunal fédéral peut-il se montrer insensible aux besoins de protection des enfants retournés, parfois seuls, dans leur pays d'origine, tandis que l'expulsion d'enfants demandeurs d'asile ne doit pas se faire sans que soit garantie leur prise en charge adaptée à leur âge dans leur pays de renvoi (CEDH, Tarakhel, 4.11.2014, § 116-122) ?

289a n

La difficulté posée par l'évaluation du sérieux et de la pertinence des assurances fournies par les autorités de l'Etat dans lequel l'enfant devrait retourner tient à l'absence d'une réglementation offrant des garanties juridiques suffisantes. Très souvent, l'autorité qui déclare que l'enfant sera protégé lors de son retour n'est pas celle qui en sera chargée concrètement ; de la part de celle-ci, on ne dispose donc d'aucun engagement. Dans l'affaire de la Thaïlande, par exemple, le Tribunal fédéral (arrêt cité du 4.9.2019, c. 4.1.1), approuvé par la CEDH (arrêt cité du 23.11.2021, § 49, 56-59, 108-111), s'est appuyé sur une déclaration du Ministère public, formulée en des termes abstraits et restée sans effets concrets ; lorsque des démarches furent entreprises dans le contexte de l'exécution du renvoi afin de garantir la sécurité de l'enfant, on a attendu en vain des réponses. Les ordonnances de protection rendues, le cas échéant, par une juridiction compétente *ratione materiae* au soutien du parent privé de son enfant sont réversibles et donc de faible consistance lorsque l'enfant sera revenu dans le pays. Au moment où de telles déclarations sont faites, elles n'ont pas une valeur allant au-delà du respect de la bonne foi. Faute de la présence de l'enfant et du ravisseur, elles ne jouissent d'aucune autorité juridique à l'étranger, que ce soit sous l'angle de la Convention de 1980 ou de celle de 1996. On doit s'interroger sérieusement sur la pertinence en réalité bien limitée de telles décisions, s'agissant de statuer sur le danger auquel l'enfant risque d'être exposé. L'arrêt que la Cour suprême des Etats-Unis rendra sur ces questions dans l'affaire *Golan v. Saada* (n° 20-1544) est donc attendu avec grand intérêt.

293

6^e ligne, autre arrêt mentionnant l'éventualité de mesures coercitives : Shaw, 26.7.2011, § 67, 71-74 ; Sévère, 21.9.2017, § 98, 107.

In fine, ajouter : La menace de la peine pénale de l'art. 292 CP est souvent prononcée, sans examiner ni son utilité ni l'exigence de proportionnalité (cf., sur ce dernier point, ATF 147 I 103 ss, 109-111).

294

8^e ligne, ajouter à l'ATF 131 III 343 s. : ATF 10.9.2012, 5A_550/2012, c. 5.1.

17^e ligne, insérer : L'instruction peut être donnée de ne pas éloigner l'enfant d'un certain rayon et de signaler sa présence à intervalles réguliers (ATF 13.2.2019, 5A_128/2019).

22^e ligne, ajouter : ATF 20.9.2012, 5A_537/2012, c. 7 ; ATF 2.7.2019, 5A_440/2019, c. 4.

In fine, ajouter : ATF 25.3.2015, 5A_51/2015, c. 7. Puis continuer : Le Tribunal fédéral ne saurait se contenter de constater que des mesures d'exécution devraient être prises (comme le fait l'ATF cité du 10.9.2012, c. 5.1). Il ne saurait non plus se retrancher derrière un principe inexistant selon lequel l'exécution relève des cantons (comme le fait l'ATF du 25.3.2015, c. 7, citant l'art. 12 al. 1 alors que la disposition applicable est l'art. 11 al. 1) ou avancer qu'il ne peut donner des instructions au personnel local (ATF 30.4.2015, 5A_229/2015, c. 7), ce que l'on ne lui demande pas : il s'agit simplement de donner les directives d'exécution que l'autorité cantonale compétente peut ensuite mettre en application. Dans la pratique, il arrive souvent que les mesures d'exécution sont, sinon inexistantes, pour le moins incomplètes ou impossibles à appliquer compte tenu des circonstances. Dans de tels cas, on doit pouvoir requérir de l'autorité cantonale d'amender la décision, non pour revenir sur le principe du retour, mais pour que des mesures susceptibles d'application pratique soient ordonnées en vertu de l'art. 11 al. 1 LF-EEA. L'autorité d'exécution ne saurait prendre l'initiative d'en édicter elle-même de nouvelles ou de compléter celles du juge hors le cadre fixé dans le jugement.

294a n

Quelques arrêts ayant ordonné le retour de l'enfant « en Espagne » (cf. notamment l'ATF cité du 10.9.2012 ; ATF 17.12.2012, 5A_847/2012) ont laissé apparaître une volonté du Tribunal fédéral de ne pas revenir sur sa pratique. Un arrêt du 5.8.2013 le confirme, expliquant que la Convention n'irait pas plus loin que d'exiger le retour dans l'autre Etat contractant (5A_504/2013, c. 5.1) ; en conséquence, l'ordre de renvoi du tribunal cantonal visant le retour au lieu de la résidence habituelle en Norvège fut corrigé. On n'entend donc pas assurer complètement le rétablissement du « statu quo ante », pourtant rappelé comme le principe de base dans le même arrêt (c. 2.1). Dans certains cas, cette pratique n'est pas satisfaisante et se met en travers de l'efficacité du régime conventionnel. Certes, il n'y a normalement pas de difficultés à escompter lorsque la mère est disposée à respecter le jugement et à assurer le retour de l'enfant en sa compagnie, ce qui les mène en règle générale dans le même lieu de vie que celui d'avant leur départ. Cependant, il convient d'avoir en vue les hypothèses dans lesquelles la mère ne révèle pas sa réaction en cas d'ordonnance de retour ou qu'elle s'y déclare d'emblée opposée. Si la Convention ne permet pas d'aller plus loin que d'exiger le retour dans le pays de la résidence habituelle, sans désigner de lieu, non seulement le ravisseur est libre de choisir la destination de l'enfant, mais encore, le tribunal suisse ordonnant son retour ne peut exiger de lui de déclarer son choix. Dans ces conditions, les autorités suisses peuvent éprouver des difficultés pour organiser le retour si celui-ci devait avoir lieu sous la contrainte. En effet, suivant l'interprétation du Tribunal fédéral, la Convention ne les autorise pas à choisir le lieu de destination ; de surcroît, la compétence pour ordonner une mesure protectrice permettant de passer outre la volonté, respectivement le silence, du détenteur de l'autorité parentale ne leur appartient pas, cette compétence étant réservée aux autorités étrangères du pays de la résidence habituelle de l'enfant (comme le remarque également Alfieri, thèse, p. 64 s., tout en observant que la Convention ne l'exclurait pas). Dans l'arrêt cité, le Tribunal fédéral n'a pas tenu compte de l'art. 11 al. 1 LF-EEA, selon lequel toute décision ordonnant le retour de l'enfant doit être assortie des mesures d'exécution. Pour être efficace et utile, une telle mesure doit nécessairement comprendre l'indication du lieu de destination. S'il s'agit d'un grand pays, ce lieu doit raisonnablement être le lieu de la résidence habituelle ou se trouver à proximité.

On lira par ailleurs ce que la Cour de justice en dit dans la ligne du plus simple bon sens : « L'un des objectifs [de la Convention] est le rétablissement du statu quo ante, c'est-à-dire de la situation qui existait antérieurement au déplacement ou au non-retour illicites de l'enfant. La procédure de retour vise ainsi à replacer celui-ci dans l'environnement qui lui est le plus familier et, ce faisant, à restaurer la continuité de ses conditions d'existence de développement. » (CJUE 8.6.2017, C-111/17, OL, n° 61)

294b n

Tant que le Tribunal fédéral maintient sa pratique (cf. ATF 30.1.2017, 5A_936/2016, c. 6.3.2 ; ATF 19.5.2017, 5A_305/2017, c. 6.3 ; ATF 26.6.2018, 5A_136/2018, c. 5.3, 8.2 ; ATF 4.9.2019, 5A_605/2019, c. 3.1.2), des cas vont se présenter dans lesquels l'autorité chargée de l'exécution ne dispose pas d'instructions suffisantes (selon l'art. 11 al. 1 LF-EEA) afin de procéder à une « exécution directe » (art. 337 al. 1 CPC). Dans une première hypothèse, il appartient alors au requérant qui sollicite le retour de l'enfant d'adresser une requête d'exécution au tribunal d'exécution (art. 338 al. 1 CPC). Si l'exécution des décisions de retour a été confiée à une autorité administrative (cf. n° 298), le tribunal cantonal supérieur est compétent (art. 7 al. 1 LF-EEA). Dans une seconde situation, l'affaire est renvoyée par le Tribunal fédéral au tribunal cantonal afin que celui-ci se charge de l'exécution du retour. Dans les deux cas, ce tribunal peut être requis par le ravisseur ou l'enfant de modifier la décision aux conditions fixées à l'art. 13 LF-EEA (cf. n° 300-305). La Cour européenne des droits de l'homme a observé

dans la décision Kvistad du 20.11.2012 (§ 26) que, de surcroît, les moyens militant contre le retour de l'enfant au sens de l'art. 341 CPC peuvent également être invoqués. Le respect de la Convention commande cependant que ces moyens n'aillent pas au-delà des circonstances ayant changé la situation de manière déterminante, au sens de l'art. 13 al. 1 LF-EEA. Au demeurant, la partie opposée à l'exécution doit également pouvoir invoquer que l'exécution a été abandonnée, soit du fait d'une renonciation, soit eu égard au principe de la bonne foi, lorsque, comme dans l'affaire Kvistad, l'arrêt ordonnant le retour n'a jamais été mis à exécution, et ce pendant une longue période (5 ans en l'espèce, de même que dans l'ATF du 22.6.2010, cité au n° 305).

294c n

Cependant, dans un récent arrêt, le Tribunal fédéral vient de reconnaître que l'on ne saurait se contenter d'un retour « en France » si la mère refuse d'y retourner volontairement. Il convient alors de déterminer si l'enfant pourrait être placé auprès du père (ATF 1.10.2013, 5A_637/2013, c. 5.3.2). Un autre arrêt accepte que le renvoi en un lieu est également une possibilité (ATF 9.7.2018, 5A_475/2018, c. 4.5). Cela correspond au simple bon sens, mais se place en contradiction avec l'affirmation, souvent répétée, que « le retour est ordonné sur le territoire français, et non dans un endroit précis de ce pays » (ATF cité du 1.10.2013, c. 5.3.1 ; cf. obs. Bucher, RSDIE 2014 p. 489 s., AJP 2013 p. 1877-1879). En effet, si l'enfant doit repartir sans parent, on ne peut faire autrement (cf. ATF 30.11.2016, 5A_827/2016, c. 7.2, rassurant la mère qu'il n'y aura pas de danger pour l'enfant car elle n'aura pas à le remettre au père, alors que c'est exactement l'instruction donnée à l'Office cantonal si la mère compte restée en Suisse). La pratique devient cependant très problématique lorsque le Tribunal fédéral ordonne le retour au père en personne après avoir constaté qu'il était malade, violent et incapable de s'occuper des enfants avec lesquels il n'avait eu que des contacts sporadiques depuis leur naissance (cf. ATF cité du 30.1.2017, c. 3.2, 6.3.2, dispositif n° 2).

295

6^e ligne, insérer : Sous l'angle de l'art. 8 CEDH, l'intérêt supérieur de l'enfant s'oppose en règle générale à ce que des mesures coercitives soient prises à son encontre, au point qu'il n'y a pas lieu de le séparer du parent avec lequel il se trouve ou qu'il ne soit pas retourné au parent qui le réclame (CEDH, Raw, 7.3.2013, § 80, 93 ; M.A., 15.1.2015, § 107). L'injonction de faire intervenir les agents de la force publique n'est pas acceptable si elle n'est assortie d'aucun aménagement tenant compte de la sensibilité de l'enfant, laissant libre cours au risque de le traumatiser (cf. l'exemple vaudois dans l'ATF 1.11.2019, 5G_2/2019, c. 1). Il faut néanmoins accepter la possibilité de sanctions efficaces lorsque le parent qui partage la vie de l'enfant se sert de moyens manifestement illégaux pour s'opposer au retour (CEDH, Sévère, 21.9.2017, § 98). Lorsque la police refuse d'intervenir physiquement, le renvoi risque de ne pas avoir lieu (ce que le Tribunal fédéral semble constater sans autre réaction ; cf., dans la même affaire, ATF 19.4.2017, 5A_149/2017, c. 5.6 ; 27.9.2017, 5A_666/2017, c. 2).

13^e ligne, insérer après Vermot-Mangold : l'ATF 10.7.2015, 5A_539/2015, c. 3, accepte de passer outre, sous réserve de l'avis du personnel d'exécution.

295a n

L'emploi de médicaments est prohibé par l'art. 25 al. 1 de la loi sur l'usage de la contrainte (RS 364, LUSC), s'agissant d'un cas d'exécution dont la procédure est régie par le droit fédéral (art. 3 LUSC ; art. 12 LF-EEA) ou d'un transport effectué sur le mandat de l'Autorité centrale ou du Tribunal fédéral (art. 2 al. 1 lit. d LUSC). Par analogie de motif, une telle mesure de contrainte heurtant le bien et la santé de l'enfant n'est pas admissible pour les parents, même agissant en commun en cas d'autorité conjointe ; les autorités de police ne sauraient donc s'y référer comme un motif justificatif. L'absence d'une directive officielle est regrettable.

297

In fine, ajouter : L'interprétation permet de dégager cette solution de la loi, qui ne doit pas être amendée à cet effet (comme le propose Alfieri, thèse, p. 181).

298

In fine : cf. Bucher, Festschrift Schwander, p. 495-498.

300

4^e ligne, changement de circonstances à prendre en compte dans l'intérêt de l'enfant : cf. encore CEDH, Serghides, 2.11.2010, § 68-72 ; Shaw, 26.7.2011, § 75 ; Sévère, 21.9.2017, § 105, 114.

18^e ligne, insérer : La maladie de l'enfant est souvent passagère, telle une affection dermatologique, mais elle peut révéler un traumatisme psychique grave et durable, que l'on ne saurait ignorer (ce que méconnaît l'ATF 17.12.2012, 5A_847/2012, c. 2).

300a n

On doit accepter, cependant, que le passage du temps, notamment lorsqu'il résulte d'incidents de procédure multiples et des lenteurs de la coopération entre autorités, peuvent justifier, certes, le réexamen de la situation

de l'enfant, qui n'en est pas responsable, mais que cela peut également entraîner une violation des droits du requérant à la réunion familiale au sens de l'art. 8 CEDH (cf. CEDH, Sévère, 21.9.2017, § 109-117).

301

3^e ligne, ajouter : cf., dans la même affaire, ATF cité du 27.9.2017, c. 3-5 ; ATF 19.4.2017, 5A_149/2017, c. 5.

302

4^e ligne, insérer : Le moment déterminant est la date de la décision sur la demande en modification (ATF cité du 27.9.2017, c. 2).

6^e ligne, ajouter aux références données : ATF cité du 17.12.2012, c. 2.

305

3^e ligne, insérer : Elle doit également tenir compte de « nouveaux développements imprévus » (cf. ATF 25.3.2015, 5A_51/2015, c. 7, sans autre précision ; et ATF 30.4.2015, 5A_229/2015, c. 7, mentionnant une catastrophe naturelle et l'impossibilité pour la mère d'accueillir l'enfant).

4^e ligne, ajouter : cf., par ailleurs, n° 294b.

In fine : Dans la mesure où la modification de l'arrêt ordonnant le retour est possible, la voie de la révision est fermée (cf. ATF 137 III 322 ss, relatif à l'affaire Neulinger, cf. obs. Bucher, RSDIE 2012 p. 325).

320

In fine, ajouter : cf. n° 360-362.

328

6^e ligne, ajouter au sujet de la *perpetuatio fori* : mais elle subsiste dans les relations avec les Etats non contractants (ATF 143 III 237 ss ; Kantonsgericht GR, PKG 2010 n° 2 p. 19 ss, 24 ; cf. n° 25).

8^e ligne, ajouter avant le renvoi au n° 21 : arrêt grisonnais cité, PKG 2010 p. 20 s. ; Kantonsgericht SH, CAN 2016 n° 3 p. 13.

329

In fine, ajouter : Dans l'hypothèse d'un départ dans un pays étranger, sans y créer une nouvelle résidence habituelle, en particulier s'agissant d'un adulte vulnérable ou incapable, il convient de n'accepter un abandon de la résidence habituelle d'origine qu'avec retenue, sans adopter une fiction telle que l'art. 24 al. 1 CCS, mais en évitant de fonder trop facilement une compétence au lieu de présence d'après l'art. 6, afin de préserver une certaine continuité de la prise en charge par les autorités (cf. l'arrêt du Kantonsgericht GR, cité ; ATF 21.6.2017, 5A_68/2017, c. 2).

339

In fine, biffer Hein, puis ajouter : Guillaume/Durel, p. 364-367.

340

4^e ligne, ajouter : Il n'y a pas lieu non plus de suivre le jeu de la litispendance selon l'art. 9 LDIP par rapport à un Etat non contractant dont les décisions ne pourront pas être reconnues en vertu de l'art. 85 al. 4 (point ignoré par le Tribunal d'appello TI, RtiD 2018 II n° 64c p. 863)

7^e ligne, ajouter : Schwander, AJP 2014 p. 1353.

344

In fine, ajouter : La Convention porte sur la représentation du tiers et non sur le rapport sous-jacent (cf. Schaub, IPRax 2016 p. 209, 213).

347a

L'inscription dans la banque de données centrale gérée par les *offices de l'état civil* est une simple faculté à la disposition du mandant (art. 361 al. 3 CCS). Au moment opportun, elle sert à l'autorité de protection de l'adulte à vérifier s'il existe un tel mandat (art. 363 al. 1 CCS). Elle peut être demandée à chaque office de l'état civil en Suisse (art. 23a OEC) ; curieusement, il n'est pas prévu que l'on puisse s'adresser à une représentation de la Suisse à l'étranger (cf. art. 5 OEC). Le mandat n'est pas défini comme un élément de l'état civil (art. 39 al. 2 CCS) et il ne figure pas dans le registre de l'état civil en tant que « donnée de l'état civil » (art. 7 al. 2 OEC) ; il s'y trouve néanmoins comme une simple « donnée traitée dans le registre » (art. 8 lit. k ch. 1 OEC). L'inscription porte sur la constitution et le lieu du dépôt du mandat, cependant sans que ces faits et la validité du mandat ne soient vérifiés par l'autorité ; si la validité est ultérieurement constatée par une autorité compétente, une inscription additionnelle s'en suit (art. 42 al. 1 lit. c OEC). Si l'enregistrement est demandé par un ressortissant étranger « dont les données ne sont pas disponibles dans le système », il est « également saisi » (art. 15a al. 2 lit. c OEC). L'étranger doit donc faire saisir l'ensemble des éléments de son état civil, ce qui peut comprendre la transcription de divers actes étrangers (entraînant l'ouverture de procédures devant l'autorité cantonale de surveillance et, le cas échéant, la consultation d'autres personnes concernées, art. 32 LDIP) ; s'il vit en couple, son conjoint ou partenaire subit le même sort (ch. 2.1 de la Directive du 1.10.2008 sur la saisie des personnes étrangères dans le

registre de l'état civil). Cette exigence peut s'avérer disproportionnée. Ce n'est qu'un faible allègement de savoir que l'officier de l'état civil peut se contenter d'une déclaration ou reporter le complètement du registre à plus tard (art. 15a al. 3 et 6 OEC). Si une décision étrangère doit être transcrite, les autres personnes concernées apprendront que l'inscription d'un mandat d'inaptitude en est la cause ; cette donnée ne pourra donc restée confidentielle et sa divulgation pourra causer le cas échéant une atteinte à la personnalité. Sur ce point, le traitement des étrangers se révèle discriminatoire. La loi ne l'a pas prévu, car elle préconise l'inscription dans la banque de données (art. 361 al. 3 CCS) et non celle dans le registre de l'état civil, ces deux instruments étant distincts (cf. art. 39 et 45a CCS) ; il aurait fallu créer un registre séparé. En pratique, les étrangers concernés ressentent ces exigences comme autant de tracasseries et laissent tomber l'idée d'une telle inscription.

348

In fine, ajouter : Ainsi, la Cour de cassation française a eu raison de statuer que le mandat d'inaptitude suisse ne saurait être subordonné à des conditions propres au droit français, telles que les modalités de contrôle du mandataire (arrêt n° 101 du 27.1.2021, 19-15.095).

352

6^e ligne, ajouter Guillaume/Durel, p. 377, et biffer Hein.

355

In fine, ajouter : Schaub, IPRax 2016 p. 209, 215.

363

6^e ligne, insérer : S'il est ainsi indispensable de recueillir l'avis d'un adulte malade, il est exagéré, en revanche, de le solliciter à travers une visite en personne du tribunal lorsqu'un expert médical a constaté que l'intéressé, souffrant de la maladie d'Alzheimer, n'est plus en état d'exprimer sa volonté, comme l'a fait le Bezirksgericht ZH (BIZR 2020 n° 55 p. 284).

369a

Le droit civil suisse ne prévoit pas un tel certificat. Il détermine en revanche un large réseau d'autorités suisses auxquelles les mesures de protection de l'adulte prises en Suisse doivent être communiquées (art. 449c CCS). Dans un cas international auquel la Convention s'applique, les règles de celle-ci sur la transmission et le traitement des décisions doivent être observées (art. 34-36, 38-41).